

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

LUCAS GERHARDT GAVRONSKI

**A ORDEM PÚBLICA NA ARBITRABILIDADE DE
DISPUTAS COMERCIAIS INTERNACIONAIS NA PERSPECTIVA BRASILEIRA**

Porto Alegre

2014

LUCAS GERHARDT GAVRONSKI

**A ORDEM PÚBLICA NA ARBITRABILIDADE DE
DISPUTAS COMERCIAIS INTERNACIONAIS NA PERSPECTIVA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora:
Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

Porto Alegre

2014

LUCAS GERHARDT GAVRONSKI

**A ORDEM PÚBLICA NA ARBITRABILIDADE DE DISPUTAS
COMERCIAIS INTERNACIONAIS NA PERSPECTIVA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora:
Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

Banca Examinadora:

Dra. ADRIANA BRAGHETTA (*examinadora*)
Doutora pela Universidade de São Paulo

Dr. FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE (*examinador*)
Doutor pela Universidade de Regensburg

Dr. GUILHERME PEDERNEIRAS JAEGER (*examinador*)
Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Dra. VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA (*orientadora*)
Doutora em Direito pela Université de Paris II Up II

Conceito: _____

Porto Alegre/RS, 24 de novembro de 2014.

*Aos antigos e atuais Mooties da equipe da
UFRGS para o Willem C. Vis International
Commercial Arbitration Moot.*

AGRADECIMENTOS

Por ser a Dissertação de Mestrado o final de mais uma das grandes etapas da vida acadêmica, é impossível deixar de agradecer em primeiro lugar à causa e a razão desta jornada – minha família. Muito obrigado por tudo ao meu pai, JORGE, à minha mãe, HEIDY e ao meu irmão, PEDRO. Agradeço também à minha “grande família” (avós, tios, primos...), pois também foram, são e serão sempre de fundamental importância em tudo até aqui e no que há por vir. Registro especial agradecimento ao meu avô EROS que, mesmo tendo dedicado sua vida acadêmica e profissional às ciências exatas, fez com este neto fosse desde cedo cativado pelas ciências humanas. As lições de História, Política e Filosofia transmitidas através de longas conversas noite à dentro, desde quando era criança pequena, ecoarão para sempre em minha memória.

Agradeço à Profa. Dra. VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA, minha querida orientadora, com quem tenho a honra de conviver desde meus primeiros passos no curso de graduação na Casa do Velho André e, assim, absorver uma pequena parte de seu vasto conhecimento. A Profa. VÉRA é, acima de tudo, um exemplo – não apenas pela notável cientista que é, mas principalmente por sua irrisignação e pela sua coragem na luta incessante pela excelência acadêmica.

Muito obrigado aos meus sócios e parceiros FELIPE GREGOSKI e BRUNO IRION COLETO. Sem a compreensão, o apoio e especialmente o sacrifício destes nas minhas ausências, esta Dissertação jamais seria possível.

Agradeço ao meu “irmão” MÁRCIO VASCONCELLOS, colega na graduação, na pós-graduação, no Grupo de Estudos, na equipe da UFRGS para o WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT, e em diversos outros projetos. Pouquíssimas pessoas definem tão bem o significado da expressão amizade. É uma honra trilhar esses caminhos com figura tão ilustre.

Também agradeço à amável FERNANDA SIROTSKY SCALETSCY, estudiosa do campo da arbitragem e futura referência na área. O material emprestado e, em especial, a discussão

exaustiva sobre cada um dos pontos desta Dissertação representaram contribuição incalculável para o trabalho.

Por fim, agradeço aos antigos e atuais *Mooties* da equipe da UFRGS para o WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT, para quem dedico esta Dissertação. A participação como orador na época da graduação e, nos últimos anos, como um dos “coaches” da equipe tem sido um aprendizado sem tamanho sob todos os aspectos. Enfrentar “eles”, na “terra deles”, na “língua deles” é uma tarefa tão difícil quanto gratificante. Essas experiências tiveram influência decisiva nas minhas escolhas pessoais, acadêmicas e profissionais, que, em última análise, trouxeram-me até esta Dissertação. Por isso, agradeço imensamente a todos que participaram e participam dessas aventuras além-mar. Esse time da UFRGS... é especial.

Public policy is a very unruly horse, and once you get astride it you never know where it will carry you.

J. Burrough, em Richardson v. Mellish - 1984

RESUMO

A Dissertação trata da influência da Ordem Pública na arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais, na perspectiva brasileira. Na sua primeira parte, traçam-se as bases teóricas da noção de Ordem Pública e as suas repercussões no ordenamento brasileiro. Na segunda parte, examina-se a Convenção de Nova York de 1958 e, especialmente, o papel que a noção de Ordem Pública desempenha no seu regime. A partir daí, aborda-se a questão da arbitrabilidade e do dever dos árbitros de proferir uma sentença exequível para se concluir que a observância da Ordem Pública é um requisito de arbitrabilidade, nos termos da Convenção de Nova York de 1958.

Descritores: Ordem Pública – Arbitragem Comercial – Convenção de NY

ABSTRACT

The thesis regards the influence of Public Policy in the arbitrability of international commercial disputes, in the Brazilian perspective. In its first part, it sets the theoretical basis of the Public Policy notion and its repercussion in the Brazilian legal system. In its second part, it examines the 1958 New York Convention and, especially, the role of Public Policy in the Convention's regimen. From that point, it analyzes the issue of arbitrability and the arbitrators' duty to render an enforceable award, to conclude that compliance with Public Policy is a requirement of arbitrability under the 1958 New York Convention.

Descriptors: Public Policy – Commercial Arbitration – NY Convention

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ORDEM PÚBLICA: A CONSTRUÇÃO DE UMA NOÇÃO E SEU TRATAMENTO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	14
1.1. CONSTRUÇÃO DE UMA NOÇÃO DE ORDEM PÚBLICA	14
1.1.1. <i>Noção de Ordem Pública</i>	14
1.1.2. <i>Características</i>	19
1.1.2.1. Relatividade/Instabilidade	20
1.1.2.2. Contemporaneidade	20
1.1.2.3. Fator Exógeno	22
1.1.3. <i>Níveis da Ordem Pública</i>	23
1.1.3.1. Níveis Clássicos	23
1.1.3.1.1. <i>Ordem Pública Interna</i>	23
1.1.3.1.2. <i>Ordem Pública Internacional</i>	24
1.1.3.2. Ordem Pública Transnacional e/ou “verdadeiramente internacional”	25
1.1.3.3. Ascensão da Ordem Pública Regional	26
1.1.3.4. Interação dos Níveis da Ordem Pública	32
1.1.4. <i>Distinções Importantes</i>	33
1.1.4.1. Ordre Public e Public Policy	33
1.1.4.2. Ordem Pública e Normas Imperativas	34
1.1.4.3. Ordem Pública e Normas de Aplicação Imediata	35
1.2. TRATAMENTO DA NOÇÃO DE ORDEM PÚBLICA NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	38
1.2.1. <i>(Con)Fusão da Noção de Ordem Pública com Normas Imperativas ou Normas de Aplicação Imediata</i>	38
1.2.2. <i>Ordem Pública Regional no MERCOSUL?</i>	45
1.2.3. <i>Ordem Pública na Arbitragem Comercial</i>	48
1.2.3.1. Ordem Pública nas Fontes Nacionais da Arbitragem	48
1.2.3.2. Ordem Pública nas Fontes Internacionais da Arbitragem	58
1.2.3.2.1. <i>Código Bustamante</i>	58
1.2.3.2.2. <i>Convenção de Genebra de 1923</i>	60
1.2.3.2.3. <i>Convenção do Panamá de 1975</i>	61
1.2.3.2.4. <i>Protocolo de Las Leñas</i>	63
1.2.3.2.5. <i>Convenção de Montevideu de 1979</i>	65
1.2.3.2.6. <i>Acordo de Buenos Aires de 1998</i>	66

2. CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 1958 E A INFLUÊNCIA DA ORDEM PÚBLICA NA ARBITRABILIDADE DE DISPUTAS COMERCIAIS INTERNACIONAIS..... 69

2.1. A CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 1958.....	69
2.1.1. <i>Visão Geral da Convenção</i>.....	69
2.1.2. <i>Escopo de Aplicação</i>.....	74
2.1.3. <i>Ordem Pública na Convenção de Nova York de 1958</i>.....	79
2.1.3.1. Excepcionalidade.....	81
2.1.3.2. Ordem Pública Internacional.....	84
2.1.3.3. Ordem Pública Material e Processual.....	87
2.1.3.4. Normas de Aplicação Imediata como parte da Noção de Ordem Pública.....	88
2.1.3.5. Reconhecimento do Fator Exógeno.....	90
2.2. A OBSERVÂNCIA DA ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO DE ARBITRABILIDADE	93
2.2.1. <i>Arbitrabilidade</i>.....	93
2.2.1.1. <i>Arbitrabilidade Subjetiva</i>	94
2.2.1.2. <i>Arbitrabilidade Objetiva</i>	95
2.2.2. <i>Dever do(s) Árbitro(s) de Proferir uma Decisão Exequível</i>.....	96
2.2.3. <i>Ordem Pública e Arbitrabilidade</i>.....	102

CONCLUSÃO..... 111

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 115

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo investigar a influência da noção de Ordem Pública na arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais. Tal investigação, ainda que invariavelmente envolva o exame de normas internacionais que se destinam a uma aplicação uniforme, enfoca predominantemente a perspectiva brasileira, em detrimento de uma análise comparatista mais generalizada.

Nesse sentido, cumpre esclarecer três pontos centrais que orientam e delimitam o escopo deste trabalho. O primeiro ponto é relacionado com a noção Ordem Pública, o segundo ponto com a Arbitragem, e o terceiro com uma visão pragmática dos fenômenos jurídicos.

Ainda que mais adiante se defenda uma unidade conceitual do instituto da Ordem Pública, a noção de Ordem Pública abordada nesta dissertação se reporta às relações entre partes privadas (nacionais e estrangeiras), principalmente no contexto de relações comerciais igualitárias. Quer dizer, numa ótica civilista e comercialista.

Não integram esta investigação, portanto, determinadas facetas da Ordem Pública aplicadas no campo do Direito do Trabalho, do Direito do Consumo, do Direito Administrativo e/ou do Direito Penal. Justamente para deixar clara essa ideia é que se fala em Ordem Pública no Direito Privado, mesmo que tal expressão, em alguma medida, configure uma impropriedade terminológica.

O instituto da Arbitragem sobre o qual se centra esta dissertação é o da Arbitragem Comercial. Por mais que ao longo das últimas décadas a Arbitragem Comercial tenha se expandido tanto, ao ponto que não é raro tratar de disputas que não se enquadram nas concepções mais tradicionais de Direito Comercial, a alcunha ainda é utilizada para fazer a distinção em relação à Arbitragem de Investimentos. Na Arbitragem de Investimentos há diversos princípios e mecanismos que diferem da Arbitragem Comercial, que fogem aos limites traçados para este trabalho.

Ressalta-se, ademais, que ao longo desta dissertação são apresentados diversos conceitos técnicos envolvendo a Ordem Pública, bem como alguns dos debates doutrinários que permeiam sua específica distinção e forma de aplicação. Não obstante, prima-se por uma visão pragmática de tais fenômenos, visando-se sempre uma solução funcional a ser adotada nos casos práticos, em detrimento de eventual observância estrita da dogmática.

Uma vez esclarecidos os pontos orientadores, é possível apresentar a estrutura desta dissertação.

O trabalho está dividido em duas partes, sendo a primeira destinada à investigação da noção de Ordem Pública e a segunda destinada ao exame da Convenção de Nova York de 1958 e a influência que a Ordem Pública exerce na arbitrabilidade de disputas comerciais internacionais dentro do seu regime.

Assim, na primeira parte desta dissertação, delinea-se a noção de Ordem Pública, partindo-se de suas origens históricas e passando-se por suas principais características, chega-se até às facetas que apresenta atualmente na sua interação com os diferentes planos do ordenamento jurídico e, em especial, sua distinção em relação a outros institutos que lhe são bastante próximos. Logo em seguida, aborda-se o tratamento dado a essa noção no Direito brasileiro, com especial foco no que diz com sua aplicação na Arbitragem Comercial internacional na perspectiva brasileira.

Já na segunda parte da desta dissertação, examina-se a Convenção de Nova York de 1958 e, em especial, a noção de Ordem Pública nela contida, bem como seu papel no sistema da Convenção. E, assentado esse papel, passa-se à investigação do conceito de arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais, bem como do dever do árbitros de proferirem uma decisão exequível, para se chegar à caracterização da observância à Ordem Pública como condição para a própria arbitrabilidade de tais disputas.

Ao final, com base na concatenação das ideias abordadas ao longo do trabalho, conclui-se que a Ordem Pública é instituo antigo nos ordenamentos jurídicos, mas que sua compreensão vem ganhando cada vez mais importância na seara da Arbitragem Comercial internacional. De fato, os árbitros tem por dever observar não apenas a Ordem Pública do local da sede do procedimento arbitral, mas também a Ordem Pública os demais países conectados

com a disputa em apreço, visando a posterior execução da futura sentença arbitral que será proferida. Por isso, a noção de Ordem Pública passa definitivamente a condicionar a própria arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais.

1. ORDEM PÚBLICA: A CONSTRUÇÃO DE UMA NOÇÃO E SEU TRATAMENTO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

A Ordem Pública é um instituto presente nos mais distintos ordenamentos jurídicos há bastante tempo. Verifica-se sua presença tanto nas tradições da *civil law* como da *common law*. Todavia, sua conceituação varia enormemente de país para país e, mesmo dentro de cada país, ao longo de sua história.

Assim, examinar-se-á justamente o significado deste complexo instituto da Ordem Pública e a forma que essa noção adquiriu nos ordenamentos atuais (1.1.), para depois examinar o tratamento dado a tal instituto do Direito Privado brasileiro (1.2.).

1.1. Construção de uma Noção de Ordem Pública

Para delinear o instituto da Ordem Pública, é necessário compreender suas origens, que levaram a doutrina especializada a tratá-la como uma noção (1.1.1.). A partir daí, é possível definir suas principais características (1.1.2.), bem como os seus diferentes níveis, conforme os planos do ordenamento jurídico (1.1.3.). Também é importante traçar uma distinção entre a noção de Ordem Pública e outros institutos com que tem uma relação bastante próxima, e até chegam a desempenhar funções parecidas no sistema jurídico, mas que definitivamente não são seus sinônimos (1.1.4.).

1.1.1. Noção de Ordem Pública

Assim como é próprio dos grandes fenômenos jurídicos, é muito difícil – e invariavelmente superficial – apontar uma origem única e precisa para o surgimento da noção de Ordem Pública. Diante desse cenário incerto, é igualmente próprio desses fenômenos que sua investigação tenha como ponto de partida o Direito Romano.

ESPERSON faz referência à fórmula romana “*privatorum conventio juri publico non derogat*”¹, que também pode ser encontrada em outra versão no Digesto: “*jus publicum privatorum pactis mutari non poteste*”². Os romanos usavam esses adágios para distinguir as normas que se aplicavam “*ad singulorum utilitatem*” (aos interesses privados dos indivíduos) do que eles chamavam de “*jus publicum*”. As normas “*ad singulorum utilitatem*” podiam ser derogadas, já as disposições de “*jus publicum*” não, pois se entendia que tais disposições afetavam mais diretamente a sociedade como um todo do que os cidadãos em si. Tratava-se, portanto, de uma distinção entre normas públicas e interesses privados³. É interessante notar que, ainda que de forma embrionária, estava-se falando em um limite da autonomia privada face a disposições que tinham por natureza resguardar os interesses da sociedade.

Essa ideia foi transmitida mediante o processo histórico de desenvolvimento do Direito de cada localidade, alcançando mesmo aqueles países que não tem na família do Direito Romano sua origem primária. Por isso, pode-se afirmar que todos, ou praticamente todos, ordenamentos jurídicos atuais apresentam uma espécie de limite, de salvaguarda aos interesses básicos de sua sociedade. É claro, contudo, que nem em todos ordenamentos essa noção está ou esteve presente desde sempre sob a nomenclatura de Ordem Pública. A Doutrina especializada aponta que, em alguns ordenamentos, tal noção se confunde ou está abarcada pelos conceitos de boa moral, bons costumes e/ou direitos e princípios fundamentais⁴.

Isso não significa, contudo, que a nomenclatura “Ordem Pública” seja algo moderno. Na verdade, ela já estava presente nos primeiros movimentos de codificação. No artigo 6º do Código Civil francês de 1804 (Código de Napoleão) se encontrava o seguinte: “*non se pode derogar, pelas convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e à boa*

¹ ESPERSON, Pierro. *Le droit international privé dans la législation italienne*. J. de Droit International 255.

² DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008., p. 393;

³ RACINE, Jean-Baptiste; SAUTONIE, Laura; TENENBAUM, Aline; WICKER, Guillaume. *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis (eds.). Produzido por Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française e Societé de Législation Comparée. Munique: Sellier, 2008, p. 123.

⁴ RACINE, Jean-Baptiste; SAUTONIE, Laura; TENENBAUM, Aline; WICKER, Guillaume. *op. cit.* p. 124-129 e 137-139.

*moral*⁵. RACINE, SAUTONIE, TENENBAUM e WICKER indicam que foi BOULAY DE LA MEURTHE quem sugeriu a inclusão da expressão “Ordem Pública” no referido artigo⁶.

Tal dispositivo permanece até hoje no Código Civil francês, assim como também influenciou diversos outros códigos que contém disposição similar atualmente. À título de exemplo, vale destacar o artigo 280º(2) do Código Civil português, o artigo 6(2) do Código Civil espanhol⁷ e o artigo 1.343 do Código Civil italiano⁸,

Código Civil português:

Artigo 280º

(...)

2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.

Código Civil espanhol:

Artigo 6

(...)

2. A exclusão voluntária da lei aplicável e a renúncia aos direitos nela reconhecidos só serão válidas quando não contrariarem o interesse ou a ordem pública, nem prejudicarem terceiros.

Código Civil italiano:

Artigo 1.343

Causa ilícita – A causa é ilícita quando é contrária a normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes.

Mesmo na perspectiva do Direito Internacional, a noção de Ordem Pública está presente desde os primórdios da disciplina. Sem ignorar o *ius gentium* romano e mesmo a tradição anterior a este, percebe-se a conjugação de vários aspectos, desde a *Lex Mercatoria*

⁵ Tradução nossa: “*on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs*”.

⁶ RACINE, Jean-Baptiste; SAUTONIE, Laura; TENENBAUM, Aline; WICKER, Guillaume. *op. cit.* p. 123.

⁷ Tradução nossa: “*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contrarien el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.*”

⁸ Tradução nossa: “*Causa illecita – La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume.*”

medieval⁹ até os primeiros achados dos estatutários italianos BARTOLO e BALDO¹⁰ no séc. XVI, que levaram à clássica formulação do movimento pelo Direito Internacional Privado, inspirado no conceito de “Comunidade Jurídica dos Povos”¹¹ de SAVIGNY.

Os mencionados estatutários faziam a distinção entre “estatutos favoráveis” e “estatutos odiosos”¹² – estes últimos tinham sua aplicação vedada no fórum em questão. Ademais, o próprio SAVIGNY, no mesmo tratado em que apresentou o referido conceito de “Comunidade Jurídica dos Povos”, fez ressalvas com relação a leis de determinados povos atinentes à escravidão, à poligamia e ao antissemitismo, que seriam inaceitáveis em outros ordenamentos.

É justamente nas lições de SAVIGNY que muitos autores enxergaram o surgimento da noção de Ordem Pública, ao menos de modo mais claro em relação aos conceitos com que se havia trabalhado até então. HAROLDO VALLADÃO, no entanto, anota que não é de todo correto atribuir à SAVIGNY a formulação da noção de Ordem Pública no moderno Direito Internacional Privado, pois o célebre juiz da Suprema Corte Americana JOSEPH STORY teria esboçado o conceito em publicação datada de alguns poucos anos antes do célebre tratado do jurista alemão¹³.

Com efeito, a noção de Ordem Pública se desenvolveu junto à própria evolução do Direito Internacional (Público e Privado). É com propriedade que DOLINGER¹⁴ afirma:

O princípio [*da ordem pública*] foi, desde há muito, incorporado nos sistemas codificados bem como em inúmeros tratados e convenções bi e multilaterais, tendo sido expressamente adotado na maioria das convenções de direito internacional privado, inclusive nas Convenções de Haia, nos Tratados sul-americanos de Lima (1878) e Montevideu (1889 e 1940) e no Código de

⁹ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *A saga da uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria à Convenção de Viena de 1980*. In: Wagner Menezes (org.). *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2004, p. 809-832.

¹⁰ LAURENT, F. *Le droit civil international*. Bruxelas: Bruylant-Christophe, 1880, p. 304.

¹¹ No vocábulo germânico original, “*Volkerrechtlichen Gemeinschaft*”, vide FRADERA, Véra Maria Jacob de. *op. cit.* p. 810.

¹² LAURENT, F. *op. cit.* p. 304.

¹³ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 489.

¹⁴ DOLINGER, Jacob. *Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*. *Texas Law Journal*, vol. 17, n° 2 . p. 167-193.

Bustamante (1928), que contém dezenas de referências ao termo “ordem pública”, bem como nas convenções mais recentes, assinadas no Panamá e em Montevidéu (1979).

Em que pese tal amplitude, o debate acerca da exata definição do conceito de Ordem Pública ainda é intenso na doutrina e extremamente sensível na jurisprudência de qualquer corte – seja nacional, supranacional ou arbitral. Não raras vezes os julgadores se deparam com a tarefa de interpretar quais seriam as concepções de valores, justiça e moralidade de um povo sem maiores instrumentos para tanto.

Inúmeras foram as tentativas de definição ao longo da história. Todos os esforços, contudo, levaram a fórmulas invariavelmente incompletas e/ou excessivamente abstratas – e, portanto, de pouca relevância prática.

Não obstante, DOLINGER apresenta a sua definição de Ordem Pública¹⁵:

(...) o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico moral e econômico de todo Estado constituído.

Logo em seguida, contudo, o próprio DOLINGER reconhece a falta de funcionalidade de tal conceito¹⁶:

Mas não encontramos formulado o que vem a ser básico na filosofia, na política, na moral e na economia de um país. O aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir dentro do sistema jurídico de seu país o que seja fundamental, de ordem pública, não podendo ser desrespeitado pela vontade das partes ou pela aplicação de uma lei estrangeira, do que não seja essencial, podendo tolerar um pacto entre particulares, consagrando as suas vontades, ou admitir que se aplique uma lei estrangeira contendo norma jurídica diversa da constante no direito pátrio.

¹⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado... op. cit.* p. 394.

¹⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado... op. cit.* p. 394.

De fato, a natureza filosófica da noção de Ordem Pública encerra o que, talvez, seja o seu traço mais marcante: a impossibilidade de definição do seu conceito – ou, ao menos, a impossibilidade de definição *precisa* do seu conceito. É nesse sentido a observação do jurista português JOÃO BAPTISTA MACHADO¹⁷: “*a ordem pública é indefinível conceitualmente, como indefinível é o «estilo» ou a «alma» de uma ordem jurídica*”.

Essa impossibilidade de definição, leva RODOLFO SACCO a tecer severa crítica à (ausência de) funcionalidade das definições de Ordem Pública intentadas até então¹⁸:

Nesse campo [*conceituação da Ordem Pública*], definições não afetam nem muito nem pouco sua aplicação prática! De um ponto de vista realista, a melhor definição seria aquela que reunisse uma generalização das soluções encontradas na experiência prática. Tal definição não se encontra em tratados acadêmicos e nem (obviamente) na jurisprudência.

Justamente por causa dessa imprecisão do seu conteúdo é que a maioria da doutrina especializada prefere se referir à Ordem Pública como uma noção, com características e níveis variados de aplicação. Conforme aponta LUIZ OLAVO BAPTISTA, “[*m*]as nem por ser indefinível o conceito está fora de nossa compreensão. O que é importante é buscar suas características e finalidade, pois daí decorre sua compreensão”¹⁹.

1.1.2. Características

Se a busca por uma definição precisa da Ordem Pública não traz grandes frutos, o mesmo não vale para a investigação dos atributos essenciais dessa noção. A compreensão de tais atributos é de suma importância, pois são as principais ferramentas à disposição do intérprete quando chamado à identificar o conteúdo da Ordem Pública em um caso concreto.

¹⁷ MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 253.

¹⁸ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. t. II, 3ª ed., Turim : UTET 2004. Tradução nossa: “*In questo campo le difinitioni non condizionano né tanto né poco le applicazioni pratiche! Dal punto di vista dell’aderenza al reale, la definizione migliore serebbe quelle che si riducesse ad um generalizzazione dele solutioni tratte dall’esperienza. Tale definizione non si trova, peraltro, né nei trattati dei teorici, né (ovviamente) nelle massime giurisprudenziali.*”

¹⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Aplicação do Direito Estrangeiro pelo Juiz Brasileiro*. In: Revista de informação legislativa, v. 36, n. 142. 1999, p. 273.

DOLINGER chama esses atributos de *características da ordem pública*²⁰, e as resume em três pontos. A primeira característica seria a *Relatividade/Instabilidade* (1.1.2.1.); a segunda, a *Contemporaneidade* (1.1.2.2.); e a última seria o que denominou de *Fator Exógeno* (1.1.2.3.).

1.1.2.1. Relatividade/Instabilidade

A característica da *Relatividade/Instabilidade* diz com o fato de que a noção de Ordem Pública é eminentemente territorial. Ela é relativa, pois difere no espaço, variando de Estado para Estado e, muitas vezes, variando entre regiões dentro de um próprio país. Há também o caso de países em que, dependendo da região, há predominância de determinada religião ou de corrente religiosa, importando em significativas diferenças culturais.

Aliás, essas diferenças culturais – não só as religiosas – é que remetem à de ideia de instabilidade. Para além das diferenças territoriais, a noção de Ordem Pública varia junto com a própria evolução dos fenômenos culturais – o que leva à próxima característica.

1.1.2.2. Contemporaneidade

A característica da *Contemporaneidade* diz com a variação temporal da noção de Ordem Pública. As sociedades evoluem ao longo do tempo e seus valores se alteram conforme as suas experiências históricas. Assim, certa medida em determinada época pode ser contrária à Ordem Pública, contudo, em outra época, pode não o ser mais. Por isso que, para além de temporalidade, fala-se em *contemporaneidade*. Independentemente do momento em que se concretizou o fato, o intérprete da ordem pública irá medi-la com base momento atual, com base no momento em que se postula o reconhecimento de determinado efeito jurídico.

Aqui o exemplo clássico é o instituto do divórcio. Muitos países demoraram a reconhecê-lo e muitos não o reconhecem até hoje. Nesses casos, a dissolução de um casamento

²⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado... op. cit.* p. 397.

regularmente contraído era ou é considerada ato atentatório à Ordem Pública. LUIZ OLAVO BAPTISTA destaca esse ponto²¹:

Caracteriza-se a ordem pública pela sua dinâmica histórico-geográfica: ela é uma em determinado momento, para no momento seguinte deixar de ser a mesma. Exemplo gritante é o divórcio, instituição que fornecia farta messe de jurisprudência da Suprema Corte, em matéria de sentenças estrangeiras a que se recusava o exequatur em nome do princípio da indissolubilidade do matrimônio, antes inscrito na Constituição. Hoje, desaparecida a proibição constitucional, não cabe mais a exceção de ordem pública nesse caso. Mas, se o divórcio era inadmissível à ordem pública brasileira, não o era na sistemática jurídica do Uruguai, nosso vizinho próximo, na do México, ou na dos EUA. Varia, assim, no espaço e no tempo.

No Brasil, o divórcio só foi reconhecido a partir de 1977. Logo, o que configurava séria infração à Ordem Pública deixou de sê-lo. Mesmo no caso, por exemplo, de uma sentença estrangeira de divórcio prolatada anteriormente a 1977, mas cuja homologação tenha sido requerida posteriormente a essa data, deve-se reconhecer sua legalidade – afinal o que importa ao intérprete é a configuração da Ordem Pública no momento da interpretação, e não da ocorrência do fato interpretado. Aliás, inclusive atualmente o instituto do divórcio continua sendo um exemplo da característica da *contemporaneidade* da Ordem Pública. Com a Emenda Constitucional nº 66, modificou-se o art. 226, §6º da CRFB para possibilitar o divórcio imediato, sem a necessidade de período de separação judicial ou *de fato*. Assim, os períodos de separação de fato previstos no art. 7º, §6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e no art. 1.580 do Código Civil passaram a não ser mais impeditivos ao divórcio. Quer dizer, mais uma vez se modificou a noção básica da sociedade brasileira sobre o divórcio e/ou a manutenção do casamento civil e quem estava aguardando os prazos para conversão da separação em divórcio pôde imediatamente ter seu divórcio decretado.

Vale destacar, ainda, que o inverso também é verdadeiro. Pode ocorrer que determinado ato seja conforme a ordem pública no momento de seu cometimento, mas que posteriormente seja-lhe negado determinados efeitos jurídicos em razão da alteração da Ordem Pública. Seria o caso, por exemplo, da negativa de homologação de sentença penal condenatória expedida contra sujeito que, à época do crime, era imputável, mas que com a alteração superveniente da legislação ficou abaixo da maioria penal.

²¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Aplicação... op. cit.*, p. 273.

1.1.2.3. Fator Exógeno

A característica do *Fator Exógeno*, por fim, diz com a complexa interação do direito interno com o direito internacional na seara da ordem pública. Desde cedo, falou-se na dicotomia entre a noção de ordem pública interna e a noção de ordem pública internacional. A ordem pública no plano interno funcionaria como um elemento neutralizador da autonomia privada, vedando aos particulares a liberdade de disposição sobre determinados direitos. Já no plano internacional, a noção de ordem pública funcionaria como um elemento limitador à aplicação do direito estrangeiro na esfera local, ainda que a normas de Dir. Internacional Privado incidentes apontassem para sua aplicação.

SAVIGNY já falava em disposições de direito inderrogáveis (“leis absolutas”) e outras que seriam passíveis de flexibilização face à aplicação do direito estrangeiro. Muitos autores do séc. XIX, partindo desse pressuposto, dedicaram-se a classificar as leis entre normas disponíveis, normas de natureza cogente interna (ordem pública interna) e normas insubstituíveis por leis de outras jurisdições (ordem pública internacional).

Todavia, DOLINGER²² critica essa abordagem, afirmando que a ordem pública não é um fator imanente à norma jurídica, e sim aos efeitos práticos de sua aplicação – daí a referência ao *fator exógeno*:

(...) a norma jurídica territorial não é, basicamente, uma manifestação da ordem pública, sendo passível de substituição por norma jurídica estrangeira, desde que esta não fira a ordem pública do forum, ordem pública esta que é uma realidade externa, exógena a qualquer ordem jurídica.

LUIZ OLAVO BAPTISTA²³ acompanha esse entendimento de que a Ordem Pública é condição externa à norma positivada:

Na realidade, encontramos-nos na presença de um princípio, o mesmo que inspirou o legislador a editar essas leis. Portanto, a ordem pública antecede às normas escritas: ela é fundamento da ordem jurídica. Foi por ignorar esse aspecto fundamental de que há um princípio geral – o da ordem pública – que integra o sistema que certos autores foram levados ao naufrágio na tentativa de sua definição ou ao fracasso, na enunciação do que seria “de ordem pública”. Ora, sendo um princípio, assente nas origens do sistema jurídico,

²² DOLINGER, Jacob. *Direito internacional... op. cit.*, p. 402.

²³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Aplicação... op. cit.*, p. 274.

confundindo-se com a concepção que o grupo social tem do direito e que o Estado tem de sua organização, é fácil ver que não se a pode definir. Nem se podem elencar regras de ordem pública, ou casos em que ela opera, de modo exaustivo ou permanente. Qualquer enunciação será falha: ou porque casos novos podem surgir, ou porque o conceito evoluiu. Ele é amebiano.

1.1.3. Níveis da Ordem Pública

Em que pese sua unidade conceitual, identificam-se diferentes níveis da Ordem Pública, que variam conforme sua aplicação nos planos do ordenamento jurídico. Nesse sentido, há uma divisão clássica dos níveis da Ordem Pública (1.1.3.1.), todavia, com a franca evolução do Direito Internacional a partir da segunda metade do século XX, novos níveis emergiram. São eles a Ordem Pública Transnacional e/ou “verdadeiramente” internacional (1.1.3.2.) e a Ordem Pública Regional (1.1.3.3.), que tornam ainda mais complexa a sua interação (1.1.3.4.).

1.1.3.1. Níveis Clássicos

Os níveis clássicos da Ordem Pública são a Ordem Pública interna (1.1.3.1.1.) e a Ordem Pública internacional (1.1.3.1.2.)

1.1.3.1.1. *Ordem Pública Interna*

A Ordem Pública interna é constituída por princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem econômico-social. Tais princípios são inderrogáveis pela vontade dos indivíduos (restringindo assim a liberdade individual, a autonomia privada), conforme exemplifica BAPTISTA MACHADO²⁴, afirmando que a Ordem Pública interna diz com:

(...) as regras fundamentais da organização económica, as que visam garantir a segurança do comércio jurídico e proteger terceiros, as que tutelam a integridade dos indivíduos e a independência da pessoa humana e protegem os fracos e incapazes, as que respeitam à organização da família e ao estado das pessoas, visando satisfazer um interesse geral da colectividade, etc.

²⁴ MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 254.

A ordem pública constitui, deste modo, um fator sistemático de limitação da autonomia privada. Pelo que a autonomia privada é, assim, limitada não só por normas jurídicas imperativas, mas também por princípios advindos da própria Constituição, das demais cartas legislativas que traçam as diretrizes fundamentais da sociedade, bem como construídos pela ciência jurídica.

Sem dúvida que, muitas vezes, tais princípios se encontram expressa ou implicitamente consagrados, desde logo, na Constituição. Em todo o caso, a Lei Fundamental não encerra e, portanto, não constitui um limite à determinação do conjunto de princípios que dizem respeito à Ordem Pública. Lembre-se, aliás, característica exógena da Ordem Pública, produzindo efeitos independentemente da existência de uma norma jurídica expressa, sendo assim suscetível de atuar, e na maior parte das vezes atuando de fato, para além de disposições legais específicas.

Por outro lado, e muito embora, um negócio, por exemplo, possa ser ilícito por contrariar a lei e ao mesmo tempo violar princípios fundamentais do ordenamento jurídico, a verdade é que a contrariedade à lei, em si mesma, pode não envolver qualquer ofensa a um princípio de Ordem Pública.

1.1.3.1.2. *Ordem Pública Internacional*

A Ordem Pública internacional diz com a interface dos princípios básicos da sociedade quando da interação com o direito estrangeiro. A doutrina especializada trata a Ordem Pública internacional como uma faceta mais maleável ou flexível dos princípios básicos da sociedade. LUIZ OLAVO BAPTISTA fala em gradação²⁵:

Ela [*Ordem Pública Internacional*] é noção que se aplica gradualmente, medida pela sensibilidade do juiz diante da antinomia entre a lei ou a decisão estrangeira e o nosso sistema jurídico. Daí ser um conceito amplo, protegido quer pelo direito interno, quer pelas regras de Direito Internacional Público. Podemos lembrar a existência de certos princípios não-escritos de Direito Internacional Público que impedem, negam eficácia a tratados que colidem

²⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Aplicação... op. cit.*, p. 273.

com eles. Em seguida, a noção de ordem pública apresenta as características de operar em primeiro grau, quando se respeita a aplicação do direito estrangeiro no momento da operação da regra conflitual, e em segundo grau, ao se negar a execução de atos estrangeiros que com ele choquem.

De qualquer sorte, o que é necessário destacar de tudo visto até então é o caráter negativo da noção clássica de ordem pública – especialmente no que diz com papel que desempenha na disciplina do Direito Internacional. Tradicionalmente a ordem pública é vista como um obstáculo à expansão do Direito Internacional, como uma verdadeira exceção à aplicação das normas externas em âmbito interno, conforme destaca MARISTELA BASSO²⁶:

(...) a noção que se tem de ordem pública é sempre no sentido de barreira, limite ao campo de atuação do direito internacional privado, no que diz respeito à aplicação do direito estrangeiro.

1.1.3.2. Ordem Pública Transnacional e/ou “verdadeiramente internacional”

A ascensão do Direito Internacional no séc. XX, notadamente a partir do pós-guerra, fez evoluir e aflorar toda uma nova gama de direitos. É nesse contexto que se desenvolve a noção de ordem pública transnacional ou “verdadeiramente internacional”.

Para além da dicotomia referida no tópico anterior, reconheceu-se a existência de um consenso mínimo, de um núcleo mínimo de valores pretensamente comuns a todos os povos da humanidade. Na verdade, essa noção consiste muito mais numa nova tradução de princípios tradicionais da disciplina do Direito Internacional – tendo a ver, em grande medida, com o conceito de *ius cogens* e com os direitos internacionais derivados de tratados. Assim, a noção de ordem pública transnacional passou a ser utilizada por operadores nacionais e internacionais na limitação da legalidade de certos atos praticados em âmbito internacional, com referência a esse mínimo comum.

²⁶ BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 261.

Isso não significa, contudo, que por ter relação com o *ius cogens* que se refere apenas à Direito Público. Pelo contrário: também envolve princípios tipicamente de Direito Privado.

MANUEL PEREIRA BARROCAS ilustra o ponto²⁷:

Ora, sem que nos envolvamos em abstrações pouco utilitárias e concretas, o certo é que se tem sustentado, com o que aliás concordamos, que existe um conjunto mais ou menos vasto de princípios e normas de carácter não jurídico positivo, mas fruto da ciência do Direito, do Direito Natural ou do sentimento de jurisdição universal ou largamente transnacional, que constituem elementos enformadores da ordem jurídica internacional comum a inúmeros estados. São exemplos disso grandes princípios do Direito das Obrigações como é o caso do *pacta sunt servanda*, do princípio da proibição do enriquecimento sem justa causa, do princípio *fraus omnia corrumpit*, etc., etc. (...) E, de certo, alguns deles integram a denominada ordem pública transnacional, do mesmo modo que podem também integrar a ordem pública internacional de muitos estados dado o seu carácter para-universal ou, ao menos, transnacional.

O acréscimo desse novo plano à noção de Ordem Pública, contextualizado com os outros dois planos já referidos, pode causar confusão ao leitor mais apressado. A final de contas, a moral e os valores de uma sociedade, ainda que de difícil definição, são um corpo único de regras.

1.1.3.3. Ascensão da Ordem Pública Regional

O paradigma da ordem pública como uma *exceção*, apesar de persistente, tem sofrido uma notável mudança de perspectiva no que diz com o desenvolvimento de um novo ramo do Direito Internacional. Na segunda metade do séc. XX, o mundo assistiu ao nascimento de diversos processos integracionistas, que visavam à aproximação política, econômica e/ou jurídica dos países de uma mesma região – é claro que com intensidades e celeridades diferentes, dependendo do caso. E, tão logo as características ímpares desse fenómeno foram se revelando, percebeu-se que os princípios insculpidos nos tratados integracionistas, nas suas normativas derivadas, e na jurisprudência das cortes supranacionais instituídas posteriormente a partir deles, na verdade, representavam um novo campo do Direito Internacional, que não se

²⁷ BARROCAS, Manuel Pereira. *A Ordem Pública na Arbitragem*. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Ba3c0fd19-433b-4558-8aa0-f412022d855b%7D.pdf>

enquadrava na tradicional distinção entre Público ou Privado²⁸ - justamente o Direito Comunitário²⁹.

Desse movimento, destacou-se desde cedo a experiência europeia. Com origem na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), iniciou-se um processo de integração sem precedentes que culminou na atual União Europeia. Em que pese a riqueza do histórico desse bloco e a sua interessantíssima e complexa organização atual, para os fins desta exposição, o que cumpre analisar é a inovação alcançada na temática da ordem pública, especialmente na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

A exceção da ordem pública sempre esteve registrada nas normativas da União Europeia, desde os primeiros tratados integracionistas, supostamente prescrevendo uma válvula de escape aos Estados-Membros para evitar a aplicação de determinadas disposições comunitárias. Com redação dada já no Tratado de Roma de 1957, o atual parágrafo segundo, do art. 4º, do Tratado da União Europeia (TUE) assim dispõe:

A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a **ordem pública** e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro. (Grifo nosso)

Não obstante, o Tribunal de Justiça da União Europeia iniciou verdadeira revolução no Direito Comunitário europeu na década de 1960. Na célebre decisão de *Flaminio Costa v.*

²⁸ VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. *Direito Internacional Público e Direito da Integração: Desafios Atuais*. In: *Direito da Integração*. CASELLA, Paulo Borba e VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 59-86.

²⁹ Cumpre esclarecer que utilizamos a expressão “Direito Comunitário” na sua acepção mais genérica e ampla, posto que não é raro encontrarmos na doutrina especializada uma distinção entre “Direito da Integração” e “Direito Comunitário”, referindo-se este último somente a ordenamentos normativos regionais com características avançadas de supranacionalidade e compostos por uma estrutura complexa de organismos regionais. Sobre o ponto, vide VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. *op. cit.* Referimos, ainda, que, após as novas concepções trazidas pelo Tratado de Lisboa de 2009, boa parte da doutrina especializada sustenta ter o bloco europeu atingido nova fase do processo integracionista, de modo que o mais correto agora seria falar em “Direito da União” ou “Direito Unional” quando tratamos do sistema jurídico da União Europeia, em detrimento de “Direito Comunitário”.

*ENEL (1964)*³⁰, o TJUE consagrou o primado do direito comunitário sobre o direito doméstico. E, em *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen (1963)*³¹, o Tribunal traçou as bases para o efeito direto das disposições comunitárias³².

Quer dizer, através da construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia, as disposições dos tratados integracionistas, as Diretivas e as demais regulações de Direito Comunitário do bloco europeu atingiram um *status* sem precedentes. Para além da primazia hierárquica sobre as normas de direito interno, passou-se a lhes reconhecer o efeito direto e a possibilidade de aplicação imediata. Sempre que determinada normativa do Direito Comunitário seja suficientemente clara e tenha conteúdo suficientemente definido, impõe-se a sua aplicação direta por parte das autoridades e das jurisdições nacionais, independentemente de qualquer processo de internalização e/ou de eventual regra doméstica que venha em sentido contrário à normativa.

No que diz com a ordem pública, a primeira vez que o Tribunal de Justiça da União Europeia apreciou diretamente o tema foi em *Yvonne van Duyn v. Home Office (1974)*³³. Tratava-se de uma senhora holandesa que teve sua entrada no Reino Unido negada pelas autoridades locais. Essa senhora era afiliada à seita ou religião da Cientologia e, na época, havia leis britânicas que combatiam expressamente a disseminação dessa crença, por considerá-la prejudicial à ordem social.

O TJUE adotou uma postura mais tradicional ou clássica. Declarou que a ordem pública era um fenômeno territorial e que, portanto, seu conteúdo é definido pelos Estados-Membros. Assim, no confronto entre a Liberdade de Circulação de Pessoas prevista no Tratado de Roma com a ordem pública britânica, o Tribunal manteve a posição das autoridades do Reino Unido, indeferindo o pedido da Sra. Yvonne van Duyn.

³⁰ Caso 6/64, *Flaminio Costa v. ENEL* [1964] ECR 585.

³¹ Caso 26/62, *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR.

³² *Efeito direto* diz com a invocação imediata das normas comunitárias perante as jurisdições nacionais, determinando-se sua incidência direta, independentemente de qualquer processo de internalização previsto pelo direito doméstico dos Estados-Membros da União Europeia. Em *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SPA (1978)*, o TJUE consolidou o *efeito direto* das normas comunitárias esboçado em *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen (1963)*.

³³ Caso 41/74, *Yvonne van Duyn v. Home Office* [1974] ECR.

De todo modo, nessa decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia já dava algumas pistas da diferente abordagem que teria do tema no futuro. Em que pese a definição do conteúdo da ordem pública ser relegada aos Estados-Membros, a Corte manifestara que o exato impacto das disposições de ordem pública na aplicação do Direito Comunitário está sujeito ao controle do TJUE. Afinal de contas, as disposições de ordem pública não poderiam restringir as normativas comunitárias além do necessário.

Logo em seguida, em *Regina v. Pierre Bouchereau (1977)*³⁴, o Tribunal de Justiça da União Europeia começou a interferir diretamente na liberdade dos Estados-Membros em definir o conteúdo da sua ordem pública. O caso dizia com a possibilidade das autoridades britânicas deportarem um francês residente no Reino Unido, com histórico criminal envolvendo entorpecentes.

O TJUE manifestou que a existência de histórico criminal *per se* não é suficiente para restringir a Liberdade de Circulação de Pessoas prevista no Direito Comunitário, devendo a ordem pública ser interpretada pelas autoridades locais de maneira estrita. E mais: impôs a exigência do preenchimento de dois critérios para que se configurasse infração à ordem pública passível de afastar a aplicação do Direito Comunitário. Segue breve trecho do acórdão:

Na medida em que pode justificar certas restrições à livre circulação das pessoas sujeitas ao direito comunitário, o recurso por uma autoridade nacional à noção de **ordem pública** pressupõe, em todo o caso, a existência, afora a perturbação da ordem social que qualquer infração à lei constitui, de uma **ameaça real e suficientemente grave**, que afete um **interesse fundamental da sociedade**. (Grifo nosso)

Ou seja, para uma disposição doméstica ser considerada de ordem pública pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, esta deve se reportar a uma *ameaça real e suficientemente grave* e que diga com um *interesse fundamental da sociedade* – no entendimento da própria Corte, e não na percepção das autoridades locais.

A partir daí, a jurisprudência do TJUE evolui no sentido de cada vez mais restringir e uniformizar a aplicação da *exceção* da ordem pública prevista no Tratado da União Europeia. Passou-se a ir cada vez mais fundo na análise das disposições doméstica de cada Estado-

³⁴ Caso 30/77, *Regina v. Pierre Bouchereau* [1977] ECR.

Membro, produzindo-se verdadeiros juízos de valores sobre essas disposições, seu papel no ordenamento interno, e a compatibilidade da sua aplicação com o Direito Comunitário.

O típico caso em que a Corte aborda essa temática passou a ser aquele decorrente dos conflitos gerados quando companhias sediadas em determinados Estados-Membros passam a prestar serviços, com seus próprios quadros, em outros Estados-Membros, gerando todo o tipo de descompasso em relação à legislação trabalhista aplicável – normas que, usualmente, os Estados-Membros tem como de ordem pública.

Um exemplo bastante ilustrativo dessa situação está em *Payroll Data Services v. Itália (2002)*³⁵. A empresa italiana Payroll Data Services, constituída por duas sociedades francesas, atuava no ramo de processamento e edição de folhas de salários de empresas que desejassem terceirizar essa tarefa. Era-lhe vedado, contudo, oferecer seus serviços a empresas italianas com menos de 250 empregados. Ocorre que a legislação italiana previa que, para prestar esse tipo de serviço a empresas com menos de 250 empregados, a sociedade deveria ser constituída e composta exclusivamente por membros registrados na Ordem dos Advogados italiana e/ou no Conselho de Contabilidade italiano.

O TJUE rechaçou o argumento do Governo Italiano de que tal medida visava à proteção dos trabalhadores – e, portanto, se enquadrava como *exceção* de ordem pública, passível de afastar as disposições de Liberdade de Estabelecimento do Direito Comunitário. Segundo o Tribunal, não se vislumbrava esse pretense interesse na proteção ao trabalhador italiano na medida em que empresas como a Payroll Data Services tinham autorização para prestar serviços a sociedades com mais de 250 empregados, e, por óbvio, a legislação italiana não reservaria menos proteção aos empregados dessas empresas de maior porte.

O pertinente para o presente estudo é justamente ressaltar a profundidade da análise do TJUE, bem como o modo como pondera sobre a legislação doméstica dos Estados-Membros. Sem qualquer constrangimento, a Corte acessa o conteúdo mais profundo do que seria a ordem pública do Estado-Membro, confrontando-o com os princípios e as normas que compõe a União Europeia, garantido sempre a prevalência desses últimos.

³⁵ Caso 79/01, *Payroll Data Services v. Italy* [2002] ECR I-8923.

De fato, alguns anos antes de *Payroll Data Services v. Itália* (2002), em *Arblade e outros v. Bélgica* (1999)³⁶, o Tribunal de Justiça da União Europeia chegou ao ponto de registrar uma própria definição para a ordem pública de um Estado-Membro, no caso, a Bélgica:

No que se refere (...) à qualificação, em direito belga, das disposições controvertidas das leis de polícia e de segurança, cabe entender esta expressão como visando às **disposições nacionais cuja observância foi considerada crucial para a salvaguardada organização política, social ou econômica do Estado-Membro respectivo, a ponto de impor o seu respeito a qualquer pessoa que se encontre no território nacional desse Estado-Membro ou a qualquer relação jurídica neste localizada.** (Grifo nosso)

Na verdade, o que o histórico jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia revela é o entendimento de que o Princípio da Cooperação (insculpido no parágrafo terceiro do art. 4º do TUE, e sempre citado nos acórdãos sobre o tema), teria alterado a própria capacidade dos Estados-Membros de impedirem a aplicação das disposições comunitárias com base na sua Ordem Pública – em grande medida porque os Tratados, internalizados em cada Estado-Membro (e, portanto, ratificado pelos cidadãos), representariam uma expressão comum e superior dos valores de cada povo que compõe a União Europeia. Vai nesse sentido o comentário de CATHERINE KESSEDJIAN³⁷:

Inicialmente, pensava-se que a exceção de ordem pública poderia funcionar como uma exceção às obrigações impostas aos Estados-Membros pelo Tratado da União Europeia. No entanto, nos anos mais recentes ficou cada vez mais claro que mesmo a exceção de ordem pública está limitada pelo princípio da cooperação.

Isso, invariavelmente, levanta a pergunta sobre o que seria hoje, então, a exceção da ordem pública prevista no citado parágrafo segundo, do art. 4º, do TUE e em outras disposições comunitárias. A autora referida acima faz questão de responder³⁸:

(...) quando juntamos todas as restrições que a Corte desenvolveu sobre o uso das exceções de ordem pública previstas no Tratado da União Europeia, pergunta-se o que restou. Na nossa opinião, a resposta é *não muito*.

³⁶ Caso 376/96, *Arblade e outros v. Bélgica* [1999] ECR.

³⁷ KESSEDJIAN, Catherine, *Public Order in European Law*. Erasmus Law Review, v. 1, nº 1, 2007, p. 33.

³⁸ KESSEDJIAN, Catherine. *op. cit.* p. 35.

Com efeito, através da construção jurisprudencial do TJUE, emergiu uma *noção de Ordem Pública Comunitária* – esta consubstanciada nos princípios e normativas que compõe o verdadeiro sistema que é o Direito Comunitário europeu, como ensina JÜRGEN BASEDOW³⁹. Sem qualquer receio, portanto, pode-se afirmar a existência dessa noção de *Ordem Pública Comunitária*, que, como é próprio das disposições de Direito Comunitário europeu, tem primazia sobre qualquer disposição doméstica – inclusive às atinentes à ordem pública interna de cada Estado-Membro. E aí, percebe-se verdadeira inversão no paradigma clássico da noção de Ordem Pública: de exceção ou limite, na sua acepção comunitária passa a ser instrumento promotor e uniformizador do Direito Internacional.

1.1.3.4. Interação dos Níveis da Ordem Pública

Após verificar os vários níveis da Ordem Pública, invariavelmente há de se enfrentar uma *aparente* contradição. Como visto, a Ordem Pública é o resumo das concepções mais fundamentais e sensíveis de um sociedade. Nesse sentido, como poderia então a Ordem Pública variar dependendo do contexto de sua aplicação?

De fato, é uma pergunta sem resposta precisa. No que diz com os níveis clássicos da Ordem Pública (Ordem Pública interna e Ordem Pública internacional), JEAN-FRANÇOIS ROMAIN sugere uma concepção unitária na qual a Ordem Pública interna envolveria a Ordem Pública internacional. A representação gráfica dessa proposta seria dois círculos concêntricos, uma maior que outro. O externo, mais abrangente, seria a Ordem Pública interna enquanto o mais nuclear seria a Ordem Pública internacional⁴⁰.

A ideia é interessante por manter uma concepção unitária de Ordem Pública – com a qual concordamos. Não obstante, os círculos concêntricos de JEAN-FRANÇOIS ROMAIN não

³⁹ BASEDOW, Jürgen. *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*. In : *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde: Le droit international privé: esprit et méthodes*. Paris : Dalloz, 2005, p. 55-74.

⁴⁰ ROMAIN, Jean-Francois. *L'ordre publique (notion generale) et Les droits de l'homme*. Bruxelles : Bruylant, 1995, p .26.

respondem totalmente a pergunta, na medida em que não tratam dos demais níveis da Ordem Pública e carecem de repercussão prática.

De uma perspectiva pragmática, parece-nos mais interessante ao intérprete tratar os diversos níveis da Ordem Pública como dimensões distintas de uma mesmo fenômeno, que se sobrepõe em todo ou em parte conforme o caso concreto. Assim, deve o intérprete atentar para as diferenças e a finalidade de cada um desses níveis ou dimensões para fazer uma melhor aplicação destes.

1.1.4. Distinções Importantes

Não é raro verificar mesmo na doutrina mais especializada certa dificuldade em lidar com determinados conceitos bastante relacionados, mas não iguais ao instituto da Ordem Pública. Nesse sentido, verifica-se eventual diferença entres os conceitos de “*Ordre Public*” e “*Public Policy*” (1.1.4.1.), para depois analisar a distinção entre Ordem Pública e Normas Imperativas (1.1.4.2.), bem como a distinção entre Ordem Pública e Normas de Aplicação Imediata (1.1.4.3.).

1.1.4.1. Ordre Public e Public Policy

Originalmente havia uma distinção entre o conceito de “*Ordre Public*” da *civil law* e de “*Public Policy*” da *common law*. A “*Public Policy*” era tradicionalmente um conceito mais restrito que o conceito de “*Ordre Public*”, pois o primeiro não envolvia questões atinentes ao procedimento, conforme explica CHRISTOPH LIEBSCHER⁴¹.

Todavia, o conceito de “*Public Policy*” da *common law* tem evoluído no sentido de incluir no seu significado as expressões de justiça processual das sociedade que seguem essa tradição jurídica. Atualmente, as expressões “*Ordre Public*” e “*Public Policy*” estão sendo

⁴¹ LIEBSCHER, Christoph. *European Public Policy - A Black Box?* In: *Journal of International Arbitration* 17. 2000, p. 73, 74.

usados – ao menos pela doutrina internacionalista – de modo intercambiável e cada vez mais até mesmo como sinônimos, segundo ALBERT JAN VAN DEN BERG⁴².

1.1.4.2. Ordem Pública e Normas Imperativas

Normas imperativas são aquelas normas que tradicionalmente as partes não podem derogar através do livre exercício de sua autonomia privada. No âmbito interno, portanto, também se afiguram como um limite a autonomia privada.

Não obstante, as normas imperativas não se confundem com a noção de Ordem Pública. A imperatividade de uma norma é relacionada à norma em si e decorre de uma opção legislativa. Já a noção de Ordem Pública, como visto anteriormente, é exógena à norma incidindo sobre os efeitos decorrentes de sua aplicação. É claro que toda norma positiva editada pelo legislado possui uma *ratio*. Todavia, não necessariamente essa *ratio* é fundada em um dos preceitos básicos da sociedade – até porque tais princípios estão em constante mutabilidade (*vide* 1.1.2., acima).

Isso não significa que as normas imperativas sejam menos importantes. Apenas não se confundem com a noção de Ordem Pública e, portanto, são passíveis de certa flexibilização, especialmente no contexto de interação com um direito estrangeiro.

Ademais, também cumpre anotar que não é raro vermos na doutrina a utilização da expressão Norma Imperativa como sinônimo de Norma de Aplicação Imediata⁴³. Todavia, aqui adotamos uma distinção, esclarecida no próximo ponto.

⁴² BERG, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Haia: Kluwer, 1981, p. 359.

⁴³ Vide FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Norma Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

1.1.4.3. Ordem Pública e Normas de Aplicação Imediata

Foi FRANCESKAKIS quem pela primeira vez delineou de forma mais clara o conceito de “Normas de Aplicação Imediata” (*lois d’application immédiate*), sendo de sua alcunha essa expressão⁴⁴. A partir de estudo minuciosa da jurisprudência francesa, o referido autor constatou que as cortes francesas aplicavam imediatamente determinados dispositivos da legislação interna da França – em detrimento das regras atinentes ao método do Conflito de Leis do Direito Internacional Privado. Quer dizer, determinadas normas do direito interno francês eram aplicadas imediatamente ao caso antes mesmo que se fizesse qualquer juízo a respeito do direito material aplicável.

Não era o caso de afastamento do direitos estrangeiro com base na exceção de Ordem Pública. FRANCESKAKIS percebeu que diante de casos envolvendo o que chamou de “organização estatatal” (*organisation étatique*), as cortes francesas aplicavam diretamente normas internas do Código de Napoleão que reputavam de “*lois de police*” ou “*lois d’ordre public*”⁴⁵.

O grande achado de FRANCESKAKIS, na verdade, foi a constatação de uma flexibilização ou relativização do sistema conflitual clássico do Direito Internacional Privado, como ensina ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS⁴⁶. Não obstante, o próprio FRANCESKAKIS sempre referiu que sua análise seguia a doutrina de SAVIGNY, o qual já falava em leis absolutas ou rigorosamente obrigatórias⁴⁷.

Em grande medida, as Normas de Aplicação Imediata representam uma simbiose entre a noção de Ordem Pública e a noção de Normas Imperativas. Elas seriam Normas Imperativas que, por sua natureza especialmente ligada com questões centrais de políticas públicas, sociais e econômicas, adquirem status diferenciado no ordenamento jurídico. Diferem do conceito geral de Ordem Pública na medida em que integram o ordenamento jurídico positivado de um

⁴⁴ FRANCESKAKIS, Phocion. *La théorie du renvoi et les conflits de systmes en droit international privé*. Paris: Sirey, 1958, p. 8.

⁴⁵ FRANCESKAKIS, Phocion. *op.cit.*, p. 12-14.

⁴⁶ MARQUES DOS SANTOS, António. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*. v. 1 e 2. Coimbra: Almedina, 1991, p. 10.

⁴⁷ MARQUES DOS SANTOS, António. *op.cit.*, p. 702.

Estado, exteriorizando valores já consagrados por aquela sociedade no seu ordenamento, enquanto a noção de Ordem Pública, vale lembrar, é exógena às normas positivadas.

ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS identifica três sentidos para a expressão Normas de Aplicação Imediata⁴⁸:

São essencialmente três os sentidos possíveis da expressão normas (ou leis) de aplicação imediata: – as leis que não necessitam de qualquer regulamentação para serem aplicadas (*self executing statutes*); – as leis que se aplicam a situações jurídicas nascidas anteriormente a sua entrada em vigor (acepção temporal); – as leis que se aplicam no espaço independentemente do sistema geral de normas de conflito de leis (acepção espacial).

As Normas de Aplicação Imediata tem, portanto, um inegável caráter material. Como já referido, são em verdade Normas Imperativas cuja *ratio* está fortemente ligada a princípios sociais fundamentais e, em função disso, se sobrepõe às normas conflituais do ordenamento, afastando a aplicação do direito estrangeiro sem nem mesmo antes verificar os efeitos da sua aplicação. Por isso, pode-se dizer que toda Norma de Aplicação Imediata é uma Norma Imperativa – pois não pode ser derogada por convenção particular –, mas nem toda Norma Imperativa é uma Norma de Aplicação Imediata – isso dependerá do papel variável que lhe é atribuído pela sociedade no ordenamento jurídico.

Nesse ponto, também ficam bastante evidentes as duas diferenças básicas já esboçadas acima entre o conceito de Normas de Aplicação Imediata e a noção de Ordem Pública. *Primeiro*, as Normas de Aplicação Imediata são normas positivas enquanto a noção de Ordem Pública – ou melhor, a *exceção* de Ordem Pública – tem por característica ser exógena à norma positivada, incidindo apenas sobre o efeito da aplicação de uma norma. *Segundo*, as Normas de Aplicação Imediata tem incidência direta e, portanto, antecedente a qualquer juízo conflitual para verificação de possível aplicação do direito estrangeiro, enquanto a noção de Ordem Pública – ou melhor, a violação à Ordem Pública – só será verificada quando da aplicação do direito estrangeiro, ou seja, em momento posterior à realização do juízo conflitual.

⁴⁸ MARQUES DOS SANTOS, António. *op.cit.*, p. 2.

Um exemplo de Norma de Aplicação Imediata no direito brasileiro é o Decreto Decreto-lei nº 857/69, que dispõe serem nulas de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como obrigações que, exequíveis no território nacional, que estipulem pagamento em ouro, moeda estrangeira ou, que por alguma forma, restrinjam o curso normal da moeda nacional. No que diz com a circulação da moeda nacional, portanto, sequer se examinará eventual norma conflitual sobre o direito aplicável; o Decreto-lei nº 857/69 será aplicado de imediato.

As Normas de Aplicação Imediata, portanto, tem um conceito bastante próxima e, em alguma media sobreposto, ao conceito de Norma Imperativa e até mesmo à noção de Ordem Pública. Não obstante, ainda assim são institutos distintos.

1.2. Tratamento da Noção de Ordem Pública no Direito Privado Brasileiro

A Ordem Pública também já está presente no Direito Privado brasileiro há muito tempo, no entanto a doutrina pátria mais tradicional faz uma (com)fusão entre a noção de Ordem Pública e a de Normas Imperativas ou Normas de Aplicação Imediata (1.2.1.). Nesse ponto, também cumpre investigar a possibilidade de uma Ordem Pública Regional advinda do MERCOSUL (1.2.2.), bem como a presença da noção de Ordem Pública na Arbitragem Comercial no Brasil (1.2.3.).

1.2.1. (Con)Fusão da Noção de Ordem Pública com Normas Imperativas ou Normas de Aplicação Imediata

Na perspectiva do Direito interno brasileiro, em especial do Direito Privado brasileiro, tradicionalmente não havia disposição positiva da noção de Ordem Pública similar às previstas no Código Civil francês, no português, no espanhol e no italiano (*vide* 1.1.1., acima). Não se encontra no Código Civil de 1916 dispositivo correspondente aos existentes nos aludidos códigos. Isso não significa, contudo, que a noção de Ordem Pública não estivesse presente há muito no Direito brasileiro. É o que DOLINGER já defendia em tese apresentada no concurso de cátedra de direito internacional privado da Universidade do Rio de Janeiro, em 1979⁴⁹:

(...) no campo do direito interno, [*a noção de ordem pública*] pode perfeitamente permanecer oculta, irrelevada, no anonimato. Sua vigilância é uma questão tão manifesta, tão integrante do nosso sistema jurídico, que não precisa o legislador se preocupar em manifestá-la expressamente.

Nesse mesmo sentido, é interessante o relato de HAROLDO VALLADÃO de que obteve, após lutas e larga discussão, em última instância, a anulação de contratos que previam juros mensais de cinco por cento, antes da Lei da Usura de 1933, com base na alegação de violação à Ordem Pública⁵⁰.

⁴⁹ DOLINGER, Jacob. *Evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese apresentada no concurso de cátedra de direito internacional privado. Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (UERJ), 1979, p. 87.

⁵⁰ VALLADÃO, Haroldo. *op.cit.*, p. 480.

Essa omissão legislativa, todavia, teve consequências. RICARDO RAMALHO ALMEIDA explica que a ausência de uma referência positivada produziu uma “(con) fusão conceitual” na maior parte da doutrina pátria entre a noção de Ordem Pública e a de Normas Imperativas, levando essa mesma doutrina a falar em “leis de ordem pública”⁵¹:

Tal omissão, como é evidente, não fez com que o conceito se tornasse estranho ao direito civil brasileiro; entretanto, teve como consequência deletéria a (con) fusão conceitual, ao menos no plano do direito civil, entre “ordem pública” (que é princípio geral, exógeno ao ordenamento jurídico) e “leis imperativas” (que são conjuntos de normas jurídicas positivas), a ponto de se tornar expressão corrente no vocabulário jurídico o termo híbrido “leis de ordens pública”.

Para sustentar o ponto, o mencionado autor destaca o entendimento que CAIO MÁRIO tinha da noção de Ordem Pública⁵²:

Seu campo de ação é o direito provado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprimi-lhes funda analogia com o direito público. Por isso se denominam **leis ou princípios de ordem pública**, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia.

E, adicionalmente, reporta-se à doutrina de ORLANDO GOMES⁵³:

Também adotando o conceito de “leis de ordem pública”, no plano das limitações à liberdade de contratar, como significando aquelas leis que “entendem com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixam, no direito privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade”, Orlando Gomes vai além e as distingue das simplesmente “coativas”, que visam à proteção de certos interesses privados, mas não dizem respeito aos interesses essenciais da sociedade, pois não se configurariam como “regras de ordem pública”.

⁵¹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *op. cit.*, p. 30.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 29.

⁵³ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *op. cit.*, p. 31. No trecho citado o autor se reporta especificamente à obra GOMES, Orlando. *Autonomia privada e negócio jurídico: reverses*. In GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 77-89.

De fato, a “(con) fusão conceitual” defendida é bastante evidente, todavia nos parece mais apropriado colocar tal questão como – em vez de uma (con) fusão entre a noção de Ordem Pública e Normas Imperativas – uma (con) fusão entre a noção de Ordem Pública e Normas de Aplicação Imediata, ao menos quando se tratar do plano internacional; do contexto da interação do direito brasileiro com o direito estrangeiro.

Parece-nos que a doutrina brasileira, exemplificada por CAIO MÁRIO e ORLANDO GOMES, ao falar em “leis de Ordem Pública”, não está referindo a normas inderrogáveis pelas simples opção do legislador (o que seria mais próximo do conceito de Normas Imperativas), mas sim de normas inderrogáveis em razão da sua própria natureza protetiva de interesses básicos da sociedade (o que, no plano internacional ao menos, é mais próximo da conceito de Normas de Aplicação Imediata). Aliás, é justamente esse o sentido da distinção feita por ORLANDO GOMES entre normas simplesmente coativas e normas que dizem respeito aos interesses essenciais da sociedade. A corroborar com essa leitura, em outra passagem, o próprio ORLANDO GOMES destaca que enxerga uma diferença entre “leis Imperativas” e o que chama de “leis de ordem pública”⁵⁴:

(...) à primeira vista, poderia parecer que há coincidência necessária entre lei imperativa e a lei de ordem pública. A aparência é enganosa. Equívoco perigoso é supor, com efeito, que toda lei imperativa é de ordem pública.

Com efeito, já foi esclarecido anteriormente que a maior diferença entre Normas de Aplicação Imediata e a noção de Ordem Pública está no momento de sua aplicação. E é justamente essa diferenciação que a doutrina brasileira mais tradicional não faz – ou não faz com clareza. Simplesmente, reconhece-se que os atos jurídicos podem ser cerceados ao violarem os interesses básicos da sociedade, seja tal violação constatada a partir dos efeitos nefastos de tal ato, seja a partir da infração de regras positivadas de natureza especialmente sensível. E na seara do plano internacional essas regras positivadas especialmente sensíveis à sociedade são classificadas como Normas de Aplicação Imediata (*vide* 1.1.4.2, acima). Nessa

⁵⁴ GOMES, Orlando. *Direito Privado (novos aspectos)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 274.

linha, JEANLISE VELLOSO COUTO situa Normas de Aplicação Imediata como parte da noção de Ordem Pública no Brasil⁵⁵:

No Brasil, as leis de polícia são consideradas como conteúdo da ordem pública, de maneira que, quando a sentença arbitral as transgride, o juiz estatal impede a produção de seu efeito em território nacional. A equiparação e a inclusão no conteúdo da ordem pública geram confusão entre ordem pública e leis de proteção.

Por essa razão, entendemos que é mais apropriado falar em (con) fusão conceitual entre Ordem Pública e Normas de Aplicação Imediata quando se tratar do plano internacional. Quando a análise é sobre o plano estritamente interno, contudo, falar em (con) fusão conceitual entre Ordem Pública e Normas Imperativas é, de fato, mais apropriado dada a ausência de uma classificação adequada que diferencia as Normas Imperativas de naturezas distintas.

Não obstante essa breve ponderação de nossa parte, nossa linha de raciocínio e argumentação é rigorosamente a mesma apresentada por RICARDO RAMALHO ALMEIDA, inclusive no que diz com a continuidade dessa (con) fusão conceitual no Código Civil de 2002.

No atual Código Civil, a expressão “Ordem Pública” aparece em 5 (cinco) oportunidades. E em 3 (três) dessas 5 (cinco) oportunidades a expressão aparece como um adjetivo, como uma qualificadora da norma positivada⁵⁶. Está-se referindo ao parágrafo único do artigo 606, ao artigo 1.125 e ao parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil:

Art. 606. (...)

Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de **lei de ordem pública**. (Grifo nosso)

Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir **disposição de ordem pública** ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto. (Grifo nosso)

⁵⁵ COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e Estado: interesses divergentes?* São Paulo: Atlas, 2010, p. 94. Cumpre registrar, contudo, que apesar de nos utilizarmos de argumentos lançados pela autora, ela fala em (con) fusão entre Ordem Pública e Normas Imperativas, e não com Normas de Aplicação Imediata.

⁵⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *op. cit.*, p. 32.

Art. 2.035. (...)

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar **preceitos de ordem pública**, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (Grifo nosso)

Já em relação aos artigos 20 e 122 do Código Civil, a expressão “Ordem Pública” aparece de modo mais principiológico, e, portanto, mais próximo de uma noção de Ordem Pública relacionada aos efeitos *exógenos* a norma:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da **ordem pública**, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Grifo nosso)

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à **ordem pública** ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. (Grifo nosso)

Essa dualidade da noção de Ordem Pública no Código Civil evidencia a continuidade da aludida (con) fusão conceitual. E tal (con) fusão não se restringe apenas ao Código Civil brasileiro.

Na perspectiva do Direito Internacional Privado brasileiro, a referência expressa à Ordem Pública está presente há muito mais tempo. Cumpre referir o Decreto 6.982 de 1878, que versava sobre a execução de sentenças cíveis ou comerciais no Brasil. O parágrafo 2º do artigo 2º da aludida legislação imperial trazia referência à Ordem Pública como obstáculo à execução de sentenças estrangeiras:

Art. 2º Não obstante concorrerem os requisitos do artigo antecedente, as ditas sentenças não serão executadas se contiverem decisão contrária:

(...)

§ 2º A's leis rigorosamente obrigatorias, fundadas em motivos de ordem pública, como são as que vedam a instituição da alma e das corporações de mão-morta por herdeiras. (Grifo nosso)

Em que pese a expressão “Ordem Pública” estar relacionadas a “leis rigorosamente obrigatórias”, pode-se identificar certa autonomia conceitual na medida em que os “motivos” nos quais as leis estariam fundadas é que seriam de “Ordem Pública”, e não as leis em si. Essa autonomia conceitual, ao menos no que diz com o texto legislativo, ficou mais clara na Introdução do Código Civil de 1916 (que tratava das normas de Direito Internacional Privado brasileiras). O artigo 17 da Introdução ao Código Civil de 1916 dizia o seguinte:

Art. 17. As leis, atos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão eficácia, quando ofenderem a soberania nacional, a **ordem pública** e os bons costumes. (Grifo nosso)

Esse mesmo dispositivo continua em vigor até hoje na atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A única modificação – nada substancial – que sofreu ao longo desses anos foi a substituição da expressão “disposições e convenções particulares” por “quaisquer declarações de vontade” com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 4.657, em 1942 (então denominado de Lei de Introdução ao Código Civil – LICC). Assim, segue a versão atual do artigo 17 da LINDB:

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. (Grifo nosso)

Não obstante a presença da expressão “Ordem Pública” há mais de um século nas normas de Direito Internacional Privado brasileiras, inclusive articulada de modo que indicasse uma autonomia conceitual, a maior parte da doutrina e da jurisprudência nacional reproduziram a (con) fusão entre a noção de Ordem Pública e Normas de Aplicação Imediata no âmbito internacional.

Essa (con) fusão conceitual no plano internacional, sem dúvida alguma, decorre principalmente da (con) fusão conceitual vislumbrada no plano interno. Há, contudo, outros dois fatores que tiveram uma influência decisiva. O primeiro é uma concepção predominantemente

unitária⁵⁷ da noção de Ordem Pública na doutrina e na jurisprudência nacional⁵⁸; o segundo, especificamente em relação à execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, é o sistema previsto na Convenção de Nova York de 1958 (que abordaremos mais adiante – *vide* 2.1.3.4., abaixo).

Corroborando com essa linha de raciocínio o julgamento do caso *Thales Geosolutions Inc. v. Fonseca Almeida Representações e Comércio Ltda. (2005)*⁵⁹, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de relatoria do Min. JOSÉ DELGADO. Tratava-se de pedido de homologação de sentença arbitral prolatada por Tribunal Arbitral constituído em Houston, nos Estados Unidos, conforme as Regras de Arbitragem da UNICTRAL, que condenava a empresa brasileira FONSECA ALMEIDA REPRESENTAÇÕES E COMÉRCIO LTDA., em razão de descumprimento contratual, ao pagamento de valores à empresa norte-americana THALES GEOSOLUTIONS INC.

A empresa brasileira justificou seu descumprimento contratual com base na norma de *exceptio non adimpleti contractus*⁶⁰, pois a empresa norte-americana não teria cumprido com certas obrigações de fornecimento de dados prevista no contrato entre as partes. O Tribunal Arbitral afastou tais alegações e condenou a empresa brasileira. No procedimento de homologação dessa sentença arbitral no Brasil, a empresa brasileira alegava que a rejeição de sua tese importava em violação à Ordem Pública brasileira e, portanto, a sentença não poderia ser executada.

Instada, a Corte Especial do STJ não se limitou a declarar que não havia violação à Ordem Pública na sentença arbitral em análise. A Corte Especial reconheceu o intenso debate

⁵⁷ Vide LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002, no qual o autor desenvolve o argumento de que a distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional não teve tradicionalmente grande repercussão no direito brasileiro.

⁵⁸ Conforme já referimos anteriormente, somos favoráveis a uma concepção unitária da noção de Ordem Pública. Isso não significa que concordamos com a aludida (con) fusão conceitual no plano interno ou com sua reprodução no plano internacional. É inegável, todavia, que a presença da (con) fusão conceitual em ambos os planos traz certa coerência ao sistema, que ficaria comprometida caso se limitasse à apenas um dos planos.

⁵⁹ SEC 802/US (2005/0032123-9-19-9-2005), Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 17/08/2005, DJ 19/09/2005.

⁶⁰ Regra prevista no art. 1.092 do Código Civil de 1916, em vigor à época da conclusão contratual, e também prevista nos arts. 476 e 477 do Código Civil de 2002.

doutrinário sobre o tema da Ordem Pública e concluiu que desse debate se extraíam “leis de Ordem Pública”, as quais listou:

Assentado está, contudo, que são leis de ordem pública:

- a) as constitucionais;
- b) as administrativas;
- c) as processuais;
- d) as penais;
- e) as de organização judiciária;
- f) as fiscais;
- g) as de polícia;
- h) as que protegem os incapazes;
- i) as que tratam de organização de família;
- j) as que estabelecem condições e formalidades para certos atos;
- k) as de organização econômica (atinentes aos salários, à moeda, ao regime de bem).

Em verdade, tal lista consagrada pelo STJ se trata de proposição doutrinária formulada por MARIA HELENA DINIZ⁶¹, conforme registro no próprio acórdão. Resta, portanto, evidente a (con)fusão doutrinária e jurisprudencial entre a noção de Ordem Pública e Normas de Aplicação Imediata. É nesse mesmo sentido, inclusive, a observação de JEANLISE VELLOSO COUTO, ao comentar o mencionado julgado⁶²:

(...) observa-se na decisão relatada acima que [*em relação à noção de Ordem Pública*] ainda prevalece a ideia confusa de princípio geral e norma positiva para defini-la.

1.2.2. Ordem Pública Regional no MERCOSUL?

Sem dúvida alguma, a experiência do MERCOSUL é muito diferente da experiência da União Europeia. O processo integracionista do bloco europeu, em que pese enfrentar severa turbulência provocada pela crise econômica que se arrasta desde 2008, é muito mais bem

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 366.

⁶² COUTO, Jeanlise Velloso. *op. cit.*, p. 96.

sucedido, apresentando uma intensidade e um aprofundamento das relações entre seus Estados-Membros ainda muito distante do MERCOSUL.

Não obstante, conforme leciona MARTHA L. OLIVAR JIMENEZ⁶³, os princípios fundamentais do MERCOSUL, insculpidos no Tratado de Assunção, são tão ousados quanto os previstos nas cartas europeias. E isso imediatamente remete à questão sobre se as inovações alcançadas no processo integracionista europeu vistas anteriormente (*vide* 1.1.3.3., acima) teriam possibilidade de reprodução, resguardados os respectivos estágios de evolução, no bloco mercosulino. Essa questão se impõe até mesmo porque, como visto, tais inovações foram construídas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a partir da aplicação dos princípios previstos nos tratados integracionistas europeus.

Antes de mais nada, por ser etapa crucial, cumpre investigar a possibilidade – ao menos teórica – da primazia das normativas mercosulinas sobre o direito interno dos Estados-Membros do MERCOSUL. E, sobre o ponto, ALEJANDRO PEROTTI⁶⁴ é categórico:

(...) efetivamente, o Tratado de Assunção e seus instrumentos complementares se distinguem claramente dos tratados internacionais clássicos, dando origem a um ordenamento jurídico próprio, distinto, mas, integrado no direito próprio, cuja obrigatoriedade impõe-se às autoridades nacionais, incluindo aos juízes dos Estados. Assim mesmo, a entrada em vigência do direito do Mercosul no direito interno e mais em geral os termos e o espírito do tratado têm como consequência a impossibilidade de que os estados façam prevalecer contra um ordenamento jurídico por eles aceito sobre uma base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior, que não pode se opor a tal ordenamento. Do contrário, permitindo-se a legitimidade jurídica de normas nacionais incompatíveis com o direito do Mercosul, isso provocaria, por um lado a violação do Art. 38 do Protocolo de Ouro Preto, de outro, uma situação discriminatória proibida no marco regional.

(...) tal como pode ser comprovado, a preeminência do Direito do Mercosul não está baseada, juridicamente, em uma permissão, autorização ou reconhecimento por parte do Direito Nacional ou Internacional, nem mesmo quando este foi sustentado em base a doutrina judicial dos Tribunais Supremos dos Estados membros. Para tal, o princípio de primazia do Direito do Mercosul, se deriva da mesma natureza da norma regional, de sua essência, de sua finalidade e do próprio sistema instrumentado a partir do Tratado de Assunção.

⁶³ JIMENEZ, M. L. O. *La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur*. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33-88.

⁶⁴ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Los principios del derecho comunitario y el derecho interno en Europa y la Comunidad Andina: aplicabilidad en el derecho del MERCOSUR*. Córdoba: Mediterránea, 2006. p. 23 e 36.

Assim, fundamentada a possibilidade de primazia do que seria o direito comunitário mercosulino sobre as regulações domésticas dos Estados-Membros, pode-se sustentar, como fez o TJUE na União Europeia, o primado dos princípios integracionistas fundamentais do MERSOCUL sobre qualquer disposição interna – ainda que atinentes à Ordem Pública.

De fato, é o que aconteceu na Opinião Consultiva 01/2007⁶⁵ emitida pelo Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (TPR). O caso versava sobre uma empresa paraguaia que ingressou com uma ação reparatória, na justiça do Paraguai, contra empresa argentina em razão do alegado descumprimento do contrato havido entre as partes. O contrato, porém, prescrevia que a legislação aplicável era a argentina e que o fórum competente para apreciá-lo seria o de Buenos Aires. A empresa argentina, portanto, sustentava a incompetência do fórum paraguaio com base no Protocolo de Buenos Aires. A empresa paraguaia, de seu turno, dizia ser a justiça do Paraguai exclusivamente responsável para dirimir a questão, em razão da Ordem Pública daquele país.

Instado pela justiça paraguaia, o TPR opinou pelo afastamento da incidência das disposições de Ordem Pública interna, declarando a primazia do que chamou de *Ordem Pública Regional*:

Em um sistema de integração, na realidade o que existe é uma **ordem pública regional** que precisamente faz imperiosa a prevalência da norma de um direito de integração sobre qualquer outra lei nacional no sentido amplo, que pudesse ser corretamente tipificada como de ordem pública em qualquer de suas duas modalidades. É precisamente essa ordem pública regional, a custódia e a garantia da imperatividade de qualquer norma do Direito de Integração, e em consequência, **este conceito de ordem pública regional deve prevalecer como regra geral sobre qualquer outro conceito de ordem pública**, dentro do espaço de integração em questão. (Grifo nosso)

É bem verdade que uma opinião consultiva do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL não tem a mesma força vinculante que uma sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia – seu caráter é meramente orientador. Isso, aliás, evidencia o atraso do processo integracionista mercosulino em relação ao do bloco europeu.

⁶⁵ Opinião Consultiva 01/2007. Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL.

Ademais, é impossível deixar de reconhecer que o MERCOSUL passa por uma séria crise, na medida em que seu processo integracionista não vislumbra avanços significativos há mais de uma década. Em verdade, há muito tempo as diferenças políticas e econômicas entre seus Estado-Membros tem se sobressaído em relação a qualquer interesse concreto de integração, ao ponto de que não é raro encontrar quem defenda a dissolução do Bloco.

Nesse sentido, em que pese a ousadia dos tratados que compõe o MERCOSUL, é difícil sustentar que seus Estados-Membros já chegaram em um estágio de integração que configurou uma unidade de valores básicos, reconhecidos e aplicados pela doutrina e pela jurisprudência de cada um desses países, aos moldes da noção de Ordem Pública na União Europeia. De qualquer sorte, o que se extrai de toda essa discussão é que o MERCOSUL esboça as mesmas ferramentas normativas que viabilizaram o desenvolvimento da noção de Ordem Pública no processo integracionista europeu. E uma eventual retomada do seu processo integracionista, especialmente com o fortalecimento da competência e da vinculação das decisões do TPR, possivelmente será marcada pela ascensão de uma noção de Ordem Pública Comunitária ou Regional no MERCOSUL.

1.2.3. Ordem Pública na Arbitragem Comercial

Para identificar a presença da noção de Ordem Pública na Arbitragem Comercial brasileira, cumpre examinar as fontes nacionais da arbitragem comercial (1.2.3.1.), bem como as fontes internacionais da arbitragem comercial (1.2.3.2.).

1.2.3.1. Ordem Pública nas Fontes Nacionais da Arbitragem

Ainda que a Arbitragem Comercial se fizesse presente no ordenamento brasileiro desde a época Imperial, especialmente nas Ordenações Filipinas, historicamente haviam obstáculos para o seu desenvolvimento. Não é à toa que CLÓVIS DO COUTO E SILVA em artigo publicado originalmente em 1988 conclui que o Direito pátrio não favorecia a Arbitragem:

“*Resulta de todo o exposto a constatação de o direito brasileiro não ser favorável ao juízo arbitral*”⁶⁶.

Esse panorama mudou radicalmente com o advento da Lei nº 9.307 de 1996 – a Lei de Arbitragem, também conhecida como “Lei Marco Maciel”. Conforme consta na Justificação de seu anteprojeto⁶⁷, a referida lei foi assumidamente inspirada na Convenção de Nova York de 1958 e na Convenção do Panamá de 1975 (*vide* 1.2.3.2.3. e 2.1., abaixo) e, em especial, na Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial da UNCITRAL de 1985⁶⁸.

A nova Lei de Arbitragem somada a posterior apreciação e consequente declaração de constitucionalidade de todas as suas disposições pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁶⁹ representou o marco inicial de um período de franca expansão da Arbitragem no Brasil. Para os fins desta exposição, todavia, cumpre focar no papel da Ordem Pública nessa legislação que contém dispositivos atinentes tanto à Arbitragem nacional como à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

O parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 9.307/96 introduziu no Brasil a possibilidade das partes escolherem a lei aplicável a sua relação – ao menos quando sua eventual controvérsia for resolvida por arbitragem. Essa possibilidade era vedada anteriormente, mesmo no plano internacional por conta do bastante criticado artigo 9º da LINDB⁷⁰.

⁶⁶ COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O juízo arbitral no Direito Brasileiro*. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 189.

⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista. *Anteprojeto de Lei sobre a Arbitragem no Brasil – Justificação*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/justificativa.pdf>. p. 2.

⁶⁸ A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL, sigla em inglês) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral. Desempenha uma função de relevo no desenvolvimento do quadro jurídico do comércio internacional, através da preparação de textos legislativos, para que os Estados os utilizem na modernização do direito do comércio internacional, e textos não legislativos, para que as partes os utilizem na negociação de suas transações comerciais. A Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 se trata de texto com caráter legislativo destinado a inspirar, ou até mesmo a ser copiado *ipsis literis*, na confecção da lei de arbitragem de cada Estado.

⁶⁹ Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7 (Reino da Espanha), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno do STJ, julgado em 12.12.2001.

⁷⁰ Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir oponente.

De fato, a limitação exacerbada da autonomia privada é um anacronismo do Direito Brasileiro, de modo que essa nova possibilidade de escolha de lei introduzida no sistema foi bastante saudada pela doutrina especializada. Todavia, está registrado no próprio dispositivo em análise que a escolha de lei aplicável não pode exceder os limites da Ordem Pública:

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.** (Grifo nosso)

Isso significa que as regras aplicadas à arbitragem – sejam as regras procedimentais; sejam as regras materialmente aplicadas à resolução do conflito – devem respeitar a Ordem Pública brasileira. Daí decorre o dever do árbitro ou do tribunal arbitral de sempre analisar se a escolha adotada na convenção de arbitragem não viola os fundamentos básicos da sociedade brasileira, conforme leciona CARMONA⁷¹. Essa é a consequência lógica do artigo 18 da Lei de Arbitragem que declara ser o árbitro “juiz de fato e de direito”⁷².

Em se considerando inadmissível a escolha das partes em relação às regras ou parte das regras aplicáveis à arbitragem, por violarem a Ordem Pública, o árbitro ou o tribunal arbitral deverão considerar a escolha ineficaz, procedendo ao julgamento, sempre que possível, mediante a aplicação de outras normas que entenderem adequadas à solução da controvérsia⁷³.

Por isso se afirma que, nesse aspecto, a competência do árbitro (ou tribunal arbitral) e do Judiciário são concorrentes, na medida em que ambos tem o dever de controlar eventual violação à Ordem Pública pelas regras escolhidas pelas partes. É claro, contudo, que o controle judicial se daria em momento posterior, sobre a sentença arbitral prolatada em violação à Ordem Pública.

⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*. 3ª ed. Rev., Atual. e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

⁷² Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 71.

Tratando-se de sentença arbitral prolatada em território nacional, tal controle ocorrerá mediante a Ação Anulatória de Sentença Arbitral. É o que está previsto no artigo 33 da Lei de Arbitragem:

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

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

§2º. A sentença que julgar procedente o pedido:

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

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

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

O próprio parágrafo 2º do mencionado dispositivo vincula a decretação de nulidade das sentenças arbitrais às hipóteses elencadas nos artigo 32 da Lei de Arbitragem. Eis o rol do artigo 32 da Lei 9.307/96:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

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

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

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

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

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

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

Curiosamente, não há menção expressa à Ordem Pública no artigo referido acima. Mas CARMONA já antecipa que o respeito a Ordem Pública, preconizado no parágrafo 1 do artigo 2º da Lei de Arbitragem, está presente sim na análise de eventual nulidade da sentença arbitral, conforme explica ao comentar o artigo 32 da Lei 9.307/96⁷⁴:

(...) o mesmo art. 2º da Lei de Arbitragem que prodigaliza liberdades também trata de impor freios e contrapesos, lembrando que as escolhas das partes não poderão violar os bons costumes e a **ordem pública**.

Ao incentivar a utilização da justiça privada, ampliando o Estado o próprio conceito de jurisdição, o legislador não pretendeu abrir mão de um certo controle sobre a arbitragem. Com efeito, em todo o texto da Lei 9.307/96 percebe-se a preocupação do legislador em evitar abusos e iniquidades, garantidos às partes o devido processo legal (em sentido processual e em sentido material). Eis aí a limitação à autonomia concedida aos litigantes, que não poderão exceder as raias dos interesses que o Estado quer preservar, já que a garantia da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição são inerente à democracia moderna.

A ação anulatória implantada em nosso sistema não se presta, bem se vê, a rever a justiça da decisão ou o fundo da controvérsia, mas apenas a **desconstituir os efeitos da decisão arbitral por inobservância ou infração de matérias de ordem pública** que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica. (Grifo nosso)

Em face disso, LEE⁷⁵, CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO e RICARDO RAMALHO ALMEIDA⁷⁶, entre outros, sustentam que o rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem não é taxativo. CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO exemplifica o pensamento⁷⁷:

São nulas as sentenças proferidas em desconformidade com preceito normativo de proteção à ordem pública ou à própria ordem pública protegida. Não são, por esse motivo, exaustivas as hipóteses de nulidade da sentença contidas no art. 32 da Lei de Arbitragem (...)

⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 412.

⁷⁵ LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 206 e 207.

⁷⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *op. cit.*, p. 269.

⁷⁷ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral: de acordo com a nova jurisprudência constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 163.

CARMONA, no entanto, adota enfoque ligeiramente diferente. Segundo ele, a taxatividade do artigo 32 da Lei de Arbitragem “*deve ser bem compreendida*”. Uma das fontes inspiradoras da Lei 9.307/96 foi a lei espanhola de arbitragem. Inicialmente, a lei de arbitragem espanhola não possuía a violação à Ordem Pública como uma das causas expressas de nulidade das sentenças arbitrais. Em razão disso, o Tribunal Superior espanhol construiu entendimento jurisprudencial já na década de 1960 no sentido de que os princípios orientadores do Estado deveriam ser respeitados nas sentenças arbitrais, e que a violação da Ordem Pública daquele país sujeitaria tais sentenças à desconstituição⁷⁸.

Para melhor refletir esse entendimento jurisprudencial consagrado, a reforma da lei de arbitragem espanhola de 1988, previu expressamente a violação à Ordem Pública como uma das causas de anulação da sentença arbitral (o que se mantém até hoje na atual lei de arbitragem espanhola, de 2003). PEDRO A. BATISTA MARTINS esclarece que a introdução de tal dispositivo na lei de arbitragem espanhola de 1988 acabou por provocar verdadeira enxurrada de ações anulatórias de sentença arbitral naquele país, fundadas na violação à Ordem Pública. Isso estava bastante presente para a comissão⁷⁹ responsável pelo anteprojeto da Lei 9.307/96, razão pela qual se optou por não fazer constar menção expressa a Ordem Pública no rol do artigo 32⁸⁰.

Assim, CARMONA, defendendo uma visão próxima à espanhola antes da reforma da lei de arbitragem de 1988 ou à visão atual na Itália (país em cuja legislação também não há menção expressa à Ordem Pública como causa de nulidade das sentenças arbitrais). Prefere dizer que o artigo 32 da Lei de Arbitragem sintetiza os valores de Ordem Pública que o Estado não permite sejam superados.

Desse modo, a premissa do próprio artigo 32 é a defesa da Ordem Pública de modo geral. Nessa linha, seguindo-se a tradição brasileira de (con)fundir a noção de Ordem Pública com a própria norma, CARMONA afirma que o Legislador espera, portanto, “*que todas as*

⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 413-415.

⁷⁹ A Comissão do Anteprojeto da Lei de Arbitragem foi composta por Carlos Alberto Carmona, Pedro A. Batista Martins e Selma Maria Ferreira Lemes.

⁸⁰ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *op. cit.*, referindo MARTINS, Pedro A. Batista, em conferência no IV Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem, realizado em Curitiba, nos dias 15 a 17 de setembro de 2004, p. 265.

hipóteses de ofensa à ordem pública possam ser reduzidas ou reconduzidas a um dos incisos mencionados [no artigo 32]”⁸¹.

É claro, todavia, que o próprio CARMONA reconhece que nem todas as situações de violação à Ordem Pública poderão ser enquadradas em um dos incisos do artigo 32, o que será um desafio aos nossos tribunais estatais. De todo modo, seja através de um ou outro enfoque sob o dispositivo em debate, o importante é que ambos os entendimentos conduzem a uma mesma conclusão, assim resumida por CARMONA:

(...) a ausência de expressa referência à ordem pública como fator de invalidação da sentença arbitral não impede que se retire de circulação decisão que ofenda valores importantes para a sociedade.

Já em relação às sentenças prolatadas fora do território nacional (reputadas estrangeiras pelo parágrafo único do artigo 34), a Lei de Arbitragem é mais precisa. Assim como ocorre em relação às sentenças judiciais estrangeiras, para ter a sua validade reconhecida e ser executada em solo brasileiro, a sentença arbitral deve passar pelo procedimento de homologação no Superior Tribunal de Justiça⁸² – e é justamente nesse procedimento em que se dará seu controle judicial.

O artigo 38 da Lei 9.307/96 estabelece os fundamentos para a denegação de homologação a uma sentença arbitral estrangeira:

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

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

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

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

⁸¹ CARMONA, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 412.

⁸² O artigo 35 da Lei de Arbitragem determina que a competência para a homologação de sentença arbitral estrangeira é do Supremo Tribunal Federal, todavia tal competência passou a ser do Superior Tribunal de Justiça por ocasião da Emenda Constitucional nº 45, em vigor desde 8 de dezembro de 2004.

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

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

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

Não há nesse artigo menção expressa à Ordem Pública. Mas tal rol é complementado pelas disposições do artigo 39 da Lei de Arbitragem – no qual, aí sim, há menção expressa à Ordem Pública:

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

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

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

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

A referência expressa à violação da Ordem Pública como causa de denegação da homologação de sentença arbitral estrangeira é um dos pontos que tonam evidente as aludidas influências da Convenção de Nova York de 1958 e da Convenção do Panamá de 1975 (*vide* 1.2.3.2.3. e 2.1., abaixo). Mas, acima de tudo, evidencia-se a influência da Lei Modelo da UNCITRAL de 1985, mais precisamente do seu art. 36(1)(b)(ii), o qual prescreve que um poderá se denegar a homologação da sentença arbitral quando um tribunal estatal constatar “[q]ue o reconhecimento ou a execução da sentença contrariam a **ordem pública do presente Estado**” (Grifo nosso)⁸³.

⁸³ KULESZA, Gustavo Santos; MANGE, Flavia Foz; SILVA Rafael Bittencourt; SOARES, Rafael Vicente. *Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985, com as alterações adotadas em 2006*. Disponível em: http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_v

Sobre o artigo 39 da Lei de Arbitragem também vale anotar que, como visto anteriormente, a principal referência que havia até o advento da Lei 9.307/96 no Direito Internacional Privado brasileiro sobre Ordem Pública era o artigo 17 da LINDB. Nesse artigo, a expressão aparece de forma autônoma, sem nenhum qualificativo. Por conta disso, a menção a uma “ordem pública **nacional**” no inciso II e no parágrafo único do artigo 39 da Lei de Arbitragem gerou certa inquietação na doutrina.

PEDRO A. BATISTA MARTINS ao discorrer sobre o tema não é claro sobre sua posição. Ao citar IRINEU STRENGER em passagem na qual utiliza o termo “nacional” em oposição ao “internacional” parece sugerir que o adjetivo “nacional” no inciso II e no parágrafo único do artigo 39 da Lei 9.307/96 teria sido aplicado em oposição a uma concepção de Ordem Pública “internacional”⁸⁴.

LAURO DA GAMA E SOUZA JR. tece severa crítica ao legislador da Lei de Arbitragem, que teria sim utilizado a expressão “ordem pública nacional” como sinônimo de “ordem pública interna”. Portanto, no entender desse autor, o legislador teria ido na contramão do que se verifica nas experiências mais modernas do direito comparado⁸⁵.

Não obstante, acompanhamos o entendimento diverso apresentado por RICARDO RAMALHO ALMEIDA. Para ele, a expressão “ordem pública nacional” utilizada no inciso II e no

ersao_final.pdf. Tradução não oficial:

“Article 36. Grounds for refusing recognition or enforcement.

(I) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

(...)

(b) if the court finds that:

(...)

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.”

⁸⁴ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *op. cit.*, p. 278, ao analisar MARTINS, Pedro A. Batista. *A recepção nacional às sentenças arbitrais prolatadas no exterior*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 455.

⁸⁵ SOUZA JR., Lauro da Gama e. *Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 422.

parágrafo único do artigo 39 da Lei de Arbitragem não é sinônimo de “ordem pública interna”, mas sim de “ordem pública brasileira” ou “ordem pública do País”, conforme argumenta⁸⁶:

(...) parece mais acertado o entendimento de que, no contexto de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a Lei só pode estar-se preocupando com a manutenção da integridade essencial do ordenamento jurídico nacional, no mesmo sentido em que tradicionalmente se aplica a exceção de ordem pública à homologação de sentenças judiciais estrangeiras, vale dizer, no sentido próprio do direito internacional privado – às vezes identificado com a designação “ordem pública internacional” –, o que é específico de relações jurídicas multiconectadas, internacionais, não se confundido com o emprego do princípio da ordem pública no plano das relações civis exclusivamente internas.

De fato, parece que a preocupação do legislador da Lei de Arbitragem estava muito mais voltada a uma unidade da noção de Ordem Pública e do sistema de arbitragem brasileiro como um todo, do que a estrita observância a uma divisão dogmática dos níveis ou planos da Ordem Pública. É o que se denota da seguinte observação de CARMONA ao analisar a relação da noção de Ordem Pública nos artigos 32 e 39 da Lei 9.307/96⁸⁷:

(...) o sistema arbitral brasileiro é coerente, de modo que tanto as sentenças arbitrais nacionais quanto as sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas à mesma condição geral de validade, qual seja, não atentar contra a ordem pública.

Ademais, ainda que se queira insistir em uma análise restrita ao plano internacional, cumpre trazer à baila o artigo 34 da Lei de Arbitragem. Segundo tal dispositivo, o procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira necessariamente observará os tratados internacionais internalizados pelo Brasil que regulamentam o tema:

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

⁸⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *op. cit.*, p. 278 e 279.

⁸⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 418.

Desse modo, conforme evidencia o próprio texto dos dispositivo citado acima, os tratados internacionais não apenas devem ser observados como também tem supremacia ou preponderância sobre as disposições da Lei 9.307/96. Isso significa que a correta identificação da noção de Ordem Pública no procedimento de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil necessariamente obedecerá as previsões dos tratados internacionais sobre o tema.

1.2.3.2. Ordem Pública nas Fontes Internacionais da Arbitragem

Antes mesmo da promulgação da Lei de Arbitragem de 1996, o Brasil já tinha aderido a tratados internacionais que envolviam o tema da Arbitragem e da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, notadamente o Código de Direito Internacional Privado (“Código Bustamante”) (1.2.3.2.1.), a Convenção de Genebra de 1923 (1.2.3.2.2.) e a Convenção Interamericana de Arbitragem Comercial Internacional (Convenção do Panamá de 1975) (1.2.3.2.3.). Foi, no entanto, a partir do impulso dado pela renovação da Arbitragem no Brasil através da Lei 9.307/96 que foram finalmente internalizados uma série de tratados e cartas internacionais relacionados sobre o tema, principalmente o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL (Protocolo de Las Leñas) (1.2.3.2.4.), a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Convenção de Montevidéu de 1979) (1.2.3.2.5.), o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL (Acordo de Buenos Aires de 1998) (1.2.3.2.6.), além da famigerada Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York de 1958) – que será explorada na segunda parte deste trabalho (*vide* 2.1., abaixo).

A história e as vicissitudes de cada um desses tratados internacionais são muito interessantes e fundamentais para a compreensão do instituto da Arbitragem no Brasil. Todavia, o que importa a esta exposição é averiguar a presença da noção de Ordem Pública nesses tratados.

1.2.3.2.1. *Código Bustamante*

O Código Bustamante é fruto da Convenção de Havana de 20 de fevereiro de 1928 e foi a primeira convenção assinada pelo Brasil que buscava uniformizar as regras de Direito

Internacional Privado na América Latina. Ele foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. Ao longo de seu texto, percebem-se várias referências à Ordem Pública, muitas vezes especificada como “ordem pública internacional” e como qualificadora de determinados tipos de normas. No seu artigo 432 já se constata certa equiparação das sentenças arbitrais às judiciais⁸⁸. E, no que diz com a sua execução, impõe como condicionante o respeito à Ordem Pública do país onde se pretende executar, nos termos de seus artigo 423:

Art. 423. Toda sentença civil ou contencioso-administrativa, proferida em um dos Estados contractantes, terá força e poderá executar-se nos demais, se reunir as seguintes condições:

1. Que o juiz ou tribunal que a tiver pronunciado tenha competência para conhecer do assumpto e julgá-lo, de accôrdo com as regras deste Codigo;
2. Que as partes tenham sido citadas pessoalmente ou por seu representante legal, para a acção;
3. Que a sentença **não offenda a ordem publica** ou o direito publico do paiz onde deva ser executada;
4. Que seja executoria no Estado em que tiver sido proferida;
5. Que seja traduzida autorizadamente por um funcionario ou interprete official do Estado em que se ha de executar, se ahi fôr differente o idioma em empregado;
6. Que o documento que a contém reuna os requisitos para ser considerado como authenticico no Estado de que proceda, e os exigidos, para que faça fé, pela legislação do Estado onde se pretende que a sentença seja cumprida. (Grifo nosso)

O Código de Bustamante, todavia, não teve muita repercussão no Brasil, especialmente porque a doutrina e a jurisprudência preferiam se balizar na LINDB, que entrou em vigor poucos anos após a promulgação do Código, conforme explica ADRIANA BRAGHETTA⁸⁹. Cumpre anotar, no entanto, que o modo de controle da sentença arbitral estrangeira previsto no Código de Bustamante é bastante próximo das futuras disposições da Convenção de Nova York de 1958.

⁸⁸ Art. 432. O processo e os efeitos regulados nos artigos anteriores serão applicados nos Estados contractantes ás sentenças proferidas em qualquer delles por arbitros ou compositores amigaveis, sempre que o assumpto que as motiva possa ser objecto de compromisso, nos termos da legislação do paiz em que a execução ser solicite.

⁸⁹ BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. v. 1. São Paulo: Renovar, 2010, p. 269-274.

1.2.3.2.2. *Convenção de Genebra de 1923*

A Convenção de Genebra de 1923 (também chamado de Protocolo de Genebra de 1923), de seu turno, foi assinada em 24 de setembro de 1923, sob os auspícios da Liga das Nações, e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932. Não continha menção expressa à Ordem Pública. Em verdade, a Convenção de Genebra de 1923 falava apenas do reconhecimento da validade de procedimentos arbitrais realizados em território nacional, vinculando-os simplesmente à observância da “legislação nacional”, como refere seu artigo 3:

3 - Cada Estado contratante se compromete a garantir a execução, pelas suas autoridades e de conformidade com as disposições da sua legislação nacional, das sentenças arbitrais proferidas no seu território, em virtude dos artigos precedentes.

Por isso, tal tratado passou praticamente despercebido pela jurisprudência brasileira. Foi ter alguma repercussão apenas 60 anos depois da sua internalização no Direito brasileiro através do caso *Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro v. A.S. Ivarans Rederi (1990)*, de relatoria do Min. GUEIROS LEITE, julgado pelo STJ em 24/04/1990⁹⁰. Nesse caso, debatia-se a homologação de sentença arbitral envolvendo partes de diversas nacionalidades, mas cuja sede do procedimento indicada era o Rio de Janeiro. Discutia-se a natureza internacional do contrato entre as partes e se o fato de não haver compromisso arbitral firmado pelas partes subsequente à cláusula compromissória – conforme determinava a legislação brasileira à época – tornaria a sentença arbitral em questão nula. Em acalorado julgamento, o STJ decidiu que nos contratos internacionais a cláusula compromissória prescindiria de ato subsequente para produzir efeito, por força da Convenção de Genebra de 1923.

Não obstante a rara aplicação da Convenção de Genebra de 1923 pela jurisprudência brasileira, o que é importante verificar para os nossa finalidade é se o Protocolo de 1923 poderia produzir algum conflito com a Convenção de Nova York de 1958. E nesse ponto ADRIANA

⁹⁰ REsp nº 616/RJ, Rel. Ministro Gueiros Leite, Terceira Turma, julgado em 24/04/1990, DJ 13/08/1990.

BRAGHETTA⁹¹ é categórica ao afastar eventuais conflitos entre a Convenção de Genebra de 1923 – e de seu complemento, a Convenção de Genebra de 1927⁹² – com a Convenção de Nova York de 1958⁹³, pois a segunda revogou expressamente as Convenções de Genebra em seu artigo VII(2) da Convenção de Nova York de 1958:

Artigo VII

(...)

2. O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 deixarão de ter efeito entre os Estados signatários quando, e na medida em que, eles se tornem obrigados pela presente Convenção.

1.2.3.2.3. *Convenção do Panamá de 1975*

A Convenção do Panamá de 1975 é fruto da Primeira Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP-I), promovida pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Ela foi promulgada no Brasil através do Decreto nº 1.902, em 09 de maio de 1996. Sua promulgação se deu poucos meses antes da promulgação da Lei de Arbitragem, razão pela qual, ainda que seja tecnicamente anterior, ainda assim pode ser enquadrada dentro do rol de tratados internacionais aderidos pelo Brasil em decorrência do impulso proporcionado pela Lei 9.307/96.

⁹¹ BRAGHETTA, Adriana. *Polygamy of Treaties in Arbitration - A Latin American and Mercosul Perspective*. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.Á.; ARIAS, David. (Org.). *Liber Amicorum: Bernardo Cremades*. Madri: La Ley, 2010, p. 257.

⁹² Em linhas gerais, a Convenção de Genebra de 1923 tratava apenas do reconhecimento da validade dos acordos arbitrais e dos procedimentos arbitrais realizados em território nacional. A Convenção de Genebra de 1927, de seu turno, complementava o Protocolo anterior ao tratar da execução de sentenças arbitrais estrangeiras no território nacional. Esta última não foi assinada pelo Brasil (*vide 2.1.1., abaixo*).

⁹³ BRAGHETTA esclarece que se o país ratificou a Convenção de Nova York de 1958 sem reservas, esta sempre se aplicará em detrimento das Convenções de Genebra de 1923 e 1927 por força de seu artigo VII(2). A única possibilidade teórica de aplicação dos Protocolos de 1923 e 1927 seria o caso de execução de sentença arbitral estrangeira oriunda de país que não tenha ratificado a Convenção de Nova York de 1958 em país que tenha ratificado a Convenção de Nova York de 1958 com reserva de reciprocidade. Nesse caso, as Convenções de 1923 e 1927 poderiam ser aplicadas, ainda que o país onde se busca a homologação da sentença arbitral estrangeira tenha ratificado a Convenção de Nova York de 1958. Tal hipótese, reconhece a autora, é altamente improvável de acontecer tendo em vista a ampla adoção da Convenção de Nova York de 1958. *Vide BRAGHETTA, Adriana. Polygamy...op. cit., p. 257.*

Em que pese ela ter sido redigida dentro de um contexto em que a maioria dos Estados-Membros da OEA não eram signatários da Convenção de Nova York de 1958, é inegável que a Convenção do Panamá de 1975 se inspirou naquele tratado. LEE esclarece que a Convenção do Panamá 1975, em verdade, tem um campo de aplicação mais amplo e audacioso do que a Convenção de Nova York de 1958, moldado à época para atender às particularidades dos países latino-americanos⁹⁴.

Com relação à Ordem Pública, mais precisamente em relação à Ordem Pública como requisito para a homologação de sentença arbitral estrangeira, o artigo 5(2) é cópia literal do artigo V(2) da Convenção de Nova York de 1958:

ARTIGO 5

1. Somente poderão ser denegados o reconhecimento e a execução da sentença por solicitação da parte contra a qual for invocada, se esta provar perante a autoridade competente do Estado em que forem pedidos o reconhecimento e a execução:

a) que as partes no acordo estavam sujeitas a alguma incapacidade em virtude da lei que lhes é aplicável, ou que tal acordo não é válido perante a lei a que as partes o tenham submetido, ou se nada tiver sido indicado a esse respeito, em virtude da lei do país em que tenha sido proferida a sentença; ou

b) que a parte contra a qual se invocar a sentença arbitral não foi devidamente notificada da designação do árbitro ou do processo de arbitragem ou não pôde, por qualquer outra razão, fazer valer seus meios de defesa; ou

c) que a sentença se refere a uma divergência não prevista no acordo das partes de submissão ao processo arbitral; não obstante, se as disposições da sentença que se referem às questões submetidas à arbitragem puderem ser isoladas das que não foram submetidas à arbitragem, poder-se-á dar reconhecimento e execução às primeiras; ou

d) que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não se ajustaram ao acordo celebrado entre as partes ou, na falta de tal acordo, que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não se ajustaram à lei do Estado onde se efetuou a arbitragem; ou

e) que a sentença não é ainda obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do Estado em que, ou de conformidade com cuja lei, foi proferida essa sentença.

⁹⁴ LEE, João Bosco. *A Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975: existência e vicissitudes do sistema interamericano de arbitragem comercial internacional*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 404 e 405.

2. Poder-se-á também denegar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral, se a autoridade competente do Estado em que se pedir o reconhecimento e a execução comprovar:

a) que, segundo a lei desse Estado, o objeto da divergência não é suscetível de solução por meio de arbitragem; ou

b) que o reconhecimento ou a execução da sentença seriam contrárias à ordem pública do mesmo Estado. (Grifo nosso)

1.2.3.2.4. *Protocolo de Las Leñas*

O Protocolo de Las Leñas se trata de um acordo firmado no âmbito do MERCOSUL em 27 de junho de 1992, visando a cooperação judicial entre seus Estados-Membros. O Brasil promulgou o Protocolo através do Decreto nº 2.607, em 12 de novembro de 1996, poucos dias depois da promulgação da Lei de Arbitragem. O Protocolo trata expressamente do reconhecimento e da homologação de sentenças arbitrais entre os Estados-Membros, e tem o respeito aos “princípios de ordem pública” do país onde se pretende a execução como um dos requisitos de homologação, de acordo com seu artigo 20:

Artigo 20

As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições:

a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias que sejam considerados autênticos nos Estados de origem;

b) que estejam, assim como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução;

c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional;

d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa;

e) que a decisão tenha força de coisa julgada e / ou executória no Estado em que foi ditada;

f) que claramente não contrariem os **princípios de ordem pública** do Estado em que se solicita seu reconhecimento e / ou execução.

Os requisitos das alíneas (a), (c), (d), (e) e (f) devem estar contidos na cópia autêntica da sentença ou do laudo arbitral. (Grifo nosso)

Em que pese as iniciativas do TPR, pesamos que ainda não é possível falar na aplicação de uma Ordem Pública Comunitária no MERCOSUL (*vide* 1.2.2., acima), razão pela qual não haveria como interpretar a menção à Ordem Pública no dispositivo acima como uma referência a uma noção de Ordem Pública Regional. Ademais, ao falar em “princípios de ordem pública **do Estado** em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução” o próprio texto do dispositivo indica uma noção de Ordem Pública mais clássica, restritas aos limites territoriais do País em questão. Trata-se, assim, de dispositivo muito próximo das disposições da Convenção de Nova York de 1958, ou ao menos bastante compatível com elas. Aliás, a corroborar tal assertiva, está a cláusula de compatibilidade com outros tratados do art. 35 do Protocolo de Las Leñas:

Artigo 35

O presente Protocolo não restringirá as disposições das convenções que anteriormente tiverem sido assinadas sobre a mesma matéria entre os Estados Partes, **desde que não o contradigam**. (Grifo nosso)

ADRIANA BRAGHETTA faz importante apontamento no sentido de que o art. 35 do Protocolo de Las Leñas seria, em verdade, uma “suposta” cláusula de compatibilidade⁹⁵. Ocorre que, apesar de afirmar que suas disposições não restringirão a aplicação de outras convenções sobre a mesma matéria, a ressalva ao final do art. 35 (“*desde que não o contradigam*”) sustentaria a prevalência dessa convenção sobre as demais em caso de conflito. Daí a “suposta” cláusula de compatibilidade.

Não obstante, essa ressalva ao final do art. 35 do Protocolo de Las Leñas não deve ter maior repercussão no que toca ao tratamento dado à Ordem Pública. Como esclarecido acima, a referência a Ordem Pública é bastante próxima à Convenção de Nova York de 1958, de modo que não haveria falar em conflito entre as duas convenções nesse ponto.

⁹⁵ BRAGHETTA, Adriana. *A importância... op. cit.*, p. 296.

1.2.3.2.5. *Convenção de Montevidéu de 1979*

A Convenção de Montevidéu de 1979 é fruto de mais uma Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP-II) e, na verdade, é um complemento à Convenção do Panamá de 1975, como está estabelecido em seu próprio artigo 1:

Artigo 1

(...)

As normas desta Convenção aplicar-se-ão, no tocante a laudos arbitrais, em tudo o que não estiver previsto na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá em 30 de janeiro de 1975.

Tal dispositivo deixa bem clara a subsidiariedade da Convenção de Montevidéu de 1979 em relação à Convenção do Panamá de 1975, no “*tocante a laudos arbitrais*”. Todavia, há intenso debate doutrinária sobre seus efeitos, na medida em que, logo em seguida, no seu artigo 2, a Convenção de Montevidéu de 1979 estabelece uma lista de requisitos à homologação também de sentenças arbitrais⁹⁶:

Artigo 2

As sentenças, os laudos arbitrais e as decisões jurisdicionais estrangeiros a que se refere o artigo 1 terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes, se reunirem as seguintes condições:

- a) se vierem revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de onde provenham;
- b) se a sentença, o laudo e a decisão jurisdicional, e os documentos anexos que forem necessários de acordo com esta Convenção, estiverem devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado onde devam surtir efeito;
- c) se forem apresentados devidamente legalizados de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito;
- d) se o juiz ou tribunal sentenciador tiver competência na esfera internacional para conhecer do assunto e julgá-lo de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito;
- e) se o demandado tiver sido notificado ou citado na devida forma legal de maneira substancialmente equivalente aquela admitida pela lei do Estado onde a sentença, laudo e decisão jurisdicional devam surtir efeito;

⁹⁶ O Brasil fez reserva ao item “d” do art. II, ao assinar a Convenção de Montevidéu de 1979.

- f) se se tiver assegurado a defesa das partes;
- g) se tiverem o caráter de executáveis ou, conforme o caso, se tiverem passado em julgado no Estado em que houverem sido proferidas;
- h) se não contrariarem **manifestamente os princípios e as leis de ordem pública** no Estado em que se pedir o reconhecimento ou o cumprimento. (Grifo nosso)

As modificações introduzidas são alvo de muitas críticas por parte da doutrina especializada⁹⁷. Boa parte dessa críticas se reportam à alínea “g” do art. 2 da Convenção de Montevideu de 1979, pois, ao misturar de forma indevida sentenças judiciais e sentenças arbitrais, dá margens para se entender que de algum modo teria se reavivado o anacrônico *duplo exequatur*. A doutrina especializada, contudo, é uníssona ao asseverar que esta seria uma leitura equivocada do dispositivo⁹⁸.

No que diz com a noção de Ordem Pública, em que pese serem curiosas as expressões “manifestamente” – que traz uma ideia de excepcionalidade – e “leis de ordem pública” – que remetem à ideia de (con) fusão conceitual com Normas de Aplicação Imediata – constantes na alínea “h” do artigo 2 da Convenção de Montevideu de 1979, não parecem indicar um afastamento ou modificação do previsto anteriormente no Artigo 2 da Convenção do Panamá de 1975. Lembre-se que o artigo 1 da Convenção de Montevideu de 1979 deixa bem claro sua aplicação subsidiária, razão pela qual seria uma incoerência sustentar que houve uma mudança na noção de Ordem Pública em relação à primeira Convenção. Por isso, afirma-se que foi mantido o sistema da Convenção de Nova York de 1958, anteriormente copiado pela Convenção do Panamá de 1975.

1.2.3.2.6. *Acordo de Buenos Aires de 1998*

O Acordo de Buenos Aires de 1998 é outro tratado firmado no âmbito do MERCOSUL, em 23 de junho de 1998, visando “*regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre*

⁹⁷ LEE, João Bosco. *A Convenção do Panamá...* op. cit., p. 428-430.

⁹⁸ BRAGHETTA, Adriana. *A importância...* op. cit., p. 294.

peças físicas ou jurídicas de direito privado”, conforme estabelecido em seu artigo 1. Foi promulgado no Brasil através do Decreto nº 4.719, em 04 de junho de 2003. Quer dizer, posteriormente à promulgação da Convenção de Nova York de 1958 (em 2002), o que poderia ensejar eventual entendimento no sentido de que sua aplicação prevaleceria em eventual conflito com a esta última. Tal possibilidade toma ainda mais corpo quando se verifica que o Acordo de Buenos Aires de 1998 apresenta uma “suposta” cláusula de compatibilidade no seu artigo 26.2, que segue os mesmos moldes do Protocolo de Las Leñas (*vide* 1.2.3.2.4., acima):

Artigo 26

Disposições finais

(...)

2 - O presente Acordo não restringirá as disposições das convenções vigentes sobre a mesma matéria entre os Estados Partes, desde que não o contradigam.

Todavia, tal receio de conflito com a Convenção de Nova York de 1958 não se concretiza, ao menos não em relação ao à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e consequente tratamento dispensado à Ordem Pública. No seu artigo 23, o Acordo de Buenos Aires de 1998 se limita a determinar que sejam aplicadas as disposições da Convenção do Panamá de 1975, do Protocolo de Las Leñas, e da Convenção de Montevideu de 1979 no que diz com a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras:

Artigo 23

Execução do laudo ou sentença arbitral estrangeiro

Para a execução do laudo ou sentença arbitral estrangeiro se aplicarão, no que for pertinente, as disposições da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 1975; o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL, aprovado por decisão do Conselho do Mercado Comum N.º 5/92, e a Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevideu de 1979.

Assim, o Acordo de Buenos Aires de 1998 não traz nenhuma alteração⁹⁹ ao tratamento da noção de Ordem Pública na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. O Acordo simplesmente se reporta a tratados anteriores que seguiam o sistema da Convenção de Nova York de 1958, ainda que ela própria não tenha sido expressamente referida pelo Artigo 23 acima. Essa e outras atecnicidades do Acordo de Buenos Aires de 1998 são fortemente criticadas pela doutrina especializada, conforme refere ADRIANA BRAGHETTA¹⁰⁰. Mas o que importa destacar para nossos fins é que se mantem o sistema da Convenção de Nova York de 1958 até então previsto nos demais tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

De todo o levantamento feito até aqui, portanto, extrai-se que de uma forma ou de outra todos os tratados internacionais internalizados pelo Brasil, remetem ou ao menos são compatíveis com a aplicação das disposições da Convenção de Nova York de 1958.

A Convenção de Nova York de 1958 se trata do principal tratado internacional sobre reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras do mundo, celebrado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), em 20 de junho de 1958. O Brasil, no entanto, só aderiu formalmente a ela em 2002, corrigindo um erro histórico. A Convenção de Nova York de 1958 foi internalizada no ordenamento pátrio através do Decreto nº 4.311, em 23 de julho de 2002. E, desde então, passou a ser a principal fonte normativa para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, assim como já era na maioria dos demais países da comunidade internacional. Por isso tudo que, sem dúvida alguma compreender o sistema de execução de sentenças arbitrais no Brasil e a noção de Ordem Pública que o permeia significa compreender a Convenção de Nova York de 1958.

⁹⁹ Vale mencionar que a expressão “Ordem Pública” aparece apenas uma vez no Acordo de Buenos Aires de 1998, nos seu artigo 15(5), no qual é vedada a utilização da Ordem Pública como fundamento para atacar a validade de uma intimação que tenha seguidos as previsões daquele artigo:

Artigo 15

(...)

5 - Realizada a intimação na arbitragem 'ad hoc', ou o ato processual equivalente na arbitragem institucional, segundo o disposto no presente artigo, não poderá ser invocada uma violação à ordem pública para questionar sua validade, seja na arbitragem institucional ou na 'ad hoc'.

¹⁰⁰ BRAGHETTA, Adriana. *A importância... op. cit.*, p. 296-301.

2. CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 1958 E A INFLUÊNCIA DA ORDEM PÚBLICA NA ARBITRABILIDADE DE DISPUTAS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

A Convenção de Nova York de 1958, após sua internalização no ordenamento brasileiro, passou a ser a lei que regulamenta a o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. Examina-se, portanto, a substância da Convenção de Nova York de 1958 (2.1.) para depois se verificar a influência que a Ordem Pública passa a exercer na própria arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais através do sistema da Convenção (2.2.).

2.1. A Convenção de Nova York de 1958

Inicialmente, apresenta-se uma visão geral da Convenção de Nova York de 1958 (2.1.1.) e, após, delimita-se seu escopo de aplicação (2.1.2.), para, assim, identificar o papel da Ordem Pública no sistema da Convenção (2.1.3.).

2.1.1. Visão Geral da Convenção

A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em Nova York em 10 de junho de 1958 (Convenção de Nova York de 1958) é reverenciada como o tratado de Direito Internacional Privado mais bem sucedido de todos os tempos¹⁰¹. De acordo com o *website* da própria Organização das Nações Unidas (ONU), dos seus 193 Estados-Membros, 149 aderiram à Convenção até o presente momento¹⁰². Todos os atores globais mais relevantes¹⁰³ integram sua lista de Estados-Membros, não fazendo parte dela apenas países tradicionalmente aliados do mercado mundial.

¹⁰¹ BERG, Albert Jan van den. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/ha/crefaa/crefaa.html#>

¹⁰² Fonte: www.un.org

¹⁰³ Vale anotar que Taiwan não integra a lista de Estado-Membros da Convenção de Nova York de 1958, apesar de ter considerável significância no comércio global. Tal fato decorre principalmente da disputa que tem com a China pelo reconhecimento da sua soberania e do seu *status* de Estado independente, razão pela qual até hoje não integra a própria ONU.

É sabido que certos tratados e cartas internacionais muitas vezes recebem um número de adesões considerável, mas acabam não tendo tanta repercussão nos ordenamentos jurídicos dos Estados que os ratificaram. Esse definitivamente não é o caso da Convenção de Nova York de 1958. Em levantamento feito no ano de 2008, registravam-se mais de 1.400 casos envolvendo diretamente a aplicação da Convenção pelos seus Estados-Membros, e em 90% desses casos as sentenças arbitrais estrangeiras foram reconhecidas e executadas¹⁰⁴. Em face disso, afirma-se, sem qualquer sombra de dúvidas, que a Convenção de Nova York de 1958 é a *Lei* que regula o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no mundo.

Sua origem remonta à Convenção de Genebra de 1923. Conforme já abordado anteriormente (*vide* 1.2.3.2.2., acima), a Convenção de Genebra de 1923 tinha um escopo de aplicação muito limitado e era substancialmente insuficiente. Por conta disso, promoveu-se um tratado complementar muito mais ambicioso logo em seguida, através da Convenção de Genebra de 1927. A maioria dos países à época, já envolvidos em tensões que depois eclodiriam na II Guerra Mundial, não concordou com seu conteúdo final, o que levou a uma baixa adesão. Entre as ausências mais notáveis, estavam Estados Unidos e União Soviética. O Brasil também nunca aderiu à Convenção de Genebra de 1927¹⁰⁵.

Com o fim da II Guerra Mundial e o período de ascensão do comércio mundial que se iniciou, logo ficou evidente a insuficiência das Convenções de Genebra de 1923 e 1927 e, portanto, a necessidade de uma nova regulação internacional¹⁰⁶. A Câmara de Comércio Internacional (CCI), sediada em Paris, então tomou uma iniciativa. Em 1953, a CCI lançou um projeto preliminar de um novo tratado internacional para regular a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Tal esboço foi analisado pelo Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC, sigla em inglês). E, em 1955, o ECOSOC lançou um novo projeto com base naquele apresentado pela CCI. Esse segundo projeto foi considerado pela doutrina especializada como sendo muito mais conservador do que o projeto original apresentado pela CCI¹⁰⁷.

¹⁰⁴ BERG, Albert Jan van den. *Convention on the... op. cit.*

¹⁰⁵ FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Haia: Kluwer, 1999, p. 57.

¹⁰⁶ BERG, Albert Jan van den. *Convention on the... op. cit.*

¹⁰⁷ FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. *Fouchard Gaillard Goldman... op. cit.*, p. 57.

Foi assim que, em maio de 1958, a ONU promoveu uma conferência em sua sede – Nova York – para discutir a proposta de uma nova convenção. Ainda nos primeiros dias da conferência, foi apresentada nova proposta de redação que ficou conhecida como a “proposta holandesa”¹⁰⁸, redigida por PIETER SANDERS¹⁰⁹. A partir de então, essa nova proposta passou a ser o texto-base do debate.

Após intensos trabalhos, em 20 de junho de 1958 foi aprovada a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, a Convenção de Nova York de 1958. FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN destacam que o texto final estava muito mais próximo da iniciativa original da CCI do que da proposta mais conservadora apresentada pelo ECOSOC em 1955¹¹⁰.

Desse ponto em diante, portanto, a Convenção de Nova York de 1958 iniciou sua trajetória de sucesso, conquistando cada vez mais aderentes¹¹¹. A Convenção também serviu de base e de inspiração para outros tratados internacionais posteriores, conforme se constatou anteriormente (*vide* 1.2.3.2., acima).

No caso do Brasil, não há muita discussão sobre eventual conflito na aplicação da Convenção de Nova York de 1958 com outro tratado que aborde o mesmo tema, pois, em que pese ser uma das mais antigas, a Convenção foi adotada apenas em 2002 pelo Brasil. Isso significa que, no Direito pátrio, sua aplicação em detrimento de outro tratado internacional pode ser sustentada, inclusive, pelo critério hermenêutico da norma mais recente¹¹². Ademais, ALBERT JAN VAN DEN BERG¹¹³ já assinalou que a Convenção do Panamá de 1975 é compatível

¹⁰⁸ Tradução nossa: “*Dutch Proposal*”.

¹⁰⁹ SANDERS, Pieter. *The History of The New York Convention*. Disponível em: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13474348789900/congress_no._9_keynote_address_prof._pieter_sanders.pdf

¹¹⁰ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Haia: Kluwer, 1999, p. 57.

¹¹¹ Inicialmente, foram 10 países que assinaram a Convenção de Nova York de 1958, a saber: Bélgica, Costa Rica, El Salvador, Alemanha, Índia, Israel, Jordânia, Holanda, Filipinas e Polônia.

¹¹² A única exceção é o Acordo de Buenos de 1998, que foi promulgado no Brasil através do Decreto nº 4.719, em 04 de junho de 2003, portanto, posteriormente à ratificação da Convenção de Nova York de 1958. Essa exceção, contudo, não provocou nenhuma mudança no sistema de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e muito menos do tratamento dado à Ordem Pública (*vide* 1.2.3.2.6., acima).

¹¹³ BERG, Albert Jan van den. *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?* Disponível em:

com a Convenção de Nova York de 1959 e, em grande medida, constituiu uma cabeça-de-ponte para a adesão dos países latino-americanos à Convenção de Nova York de 1958¹¹⁴:

(...) Agora mais países latino-americanos aderiram à global Convenção de Nova York do que à regional Convenção do Panamá, e os latino-americanos estão participando cada vez mais em um nível global da arbitragem internacional. Nessa perspectiva, a Convenção do Panamá pode ser considerada como uma cabeça-de-ponte para a arbitragem internacional, em geral, e à Convenção de Nova York, em particular.

Nesse ponto, há que se invocar ainda o princípio da “máxima eficácia” das sentenças arbitrais, que levaria a aplicação sempre da convenção e/ou das disposições mais favoráveis ao reconhecimento e a execução de tais sentenças. PIERRE MAYER resume o princípio ao explicar que o objetivo comum das convenções na matéria é, com efeito, o de favorecer a eficácia internacional máxima das decisões; é portanto, lógico dar a prioridade àquela que avança mais nessa direção¹¹⁵.

Aliás, tal princípio, em grande medida, está consolidado no próprio texto da Convenção de Nova York de 1958. No seu artigo VII(1) diz o seguinte:

Artigo VII

1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.

Como se percebe, a própria Convenção de Nova York de 1958 prescreve a sua harmonização com as demais normas, nacionais ou decorrentes de outras convenções internacionais, que eventualmente pudessem concorrer com ela. Nesse sentido, seria até uma

https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.newyorkconvention.org%2Fuserfiles%2Fartikelen%2F195_ny-panama.pdf

¹¹⁴ Tradução nossa: “(...) *More Latin American countries have now adhered to the global New York Convention than to the regional Panama Convention and Latin Americans participation is increasingly in a worldwide level in international arbitration. Within this perspective, the Panama Convention can be considered to constitute a bridgehead to international arbitration in general and the New York Convention in particular.*”

¹¹⁵ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *op. cit.*, p. 282, ao referir a visão de João Bosco Lee sobre o tema, baseada na doutrina de Pierre Mayer.

imprecisão falar em derrogação de outras normas nacionais ou convenções internacionais pela Convenção de Nova York de 1958. O mais correto seria falar em aplicação conjunta e orientada pela Convenção de Nova York de 1958. É nesse sentido a observação de CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA¹¹⁶:

(...) a relação da CNY [*Convenção de Nova York de 1958*] com o direito interno – tratados ou legislação nacional – não é de exclusão, por especialidade ou cronologia, mas de convivência e vigência simultânea.

ADRIANA BRAGHETTA e SELMA M. FERREIRA LEMES, ao comentarem o artigo VII da Convenção de Nova York de 1958, asseveram entendimento nessa mesma linha¹¹⁷:

Os tratados internacionais sobre arbitragem – e várias das legislações internas – buscam, na sua essência, facilitar a circulação de sentenças arbitrais internacionais. se todos têm o mesmo objetivo, não tem sentido falar-se em derrogação de algum em detrimento de outros, salvo o caso expresso dos Protocolos de 1923 e 1927. Aplicar-se-á o tratado mais favorável ao reconhecimento da sentença arbitral.

Com efeito, de toda essa discussão, é de se extrair duas constatações fundamentais para os fins desta exposição. A primeira é que a Convenção de Nova York de 1958 alcançou ampla aceitação no cenário global e, portanto, sua aplicação no Brasil deve levar em conta toda essa carga uniformizadora que a acompanha, emanada da doutrina e da jurisprudência de todos os seus países signatários.

A segunda constatação é que a Convenção de Nova York de 1958 tem por pressuposto a harmonização e a orientação das demais legislações aplicáveis ao seu escopo, de modo que, de um lado é flexível ao ponto de jamais representar ela própria um obstáculo adicional à execução de uma sentença arbitral estrangeira, e de outro lado é inflexível ao impedir a incidência de qualquer outro obstáculo à execução de uma sentença arbitral estrangeira que não sejam seus próprio requisitos.

¹¹⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *A interação entre a Convenção de Nova Iorque (CNY) e o direito interno brasileiro: roteiro para a compreensão do tema no âmbito da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. Disponível em: http://www.justen.com.br/pdfs/IE69/IE69_not_cesar.pdf

¹¹⁷ BRAGHETTA, Adriana; LEMES, Selma M. Ferreira. *O Artigo VII da Convenção de Nova Iorque*. In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 316.

2.1.2. *Escopo de Aplicação*

O escopo de aplicação da Convenção de Nova York de 1958 está descrito em seu artigo I:

Artigo I

1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

2. Entender-se-á por "sentenças arbitrais" não só as sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam.

3. Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração.

NADIA DE ARAUJO e LIDIA SPITZ explicam que no seu tratado antecessor, a Convenção de Genebra de 1923 (*vide* 1.2.3.2.2., acima), era necessário que as partes estivessem sujeitas à jurisdição de diferentes Estados contratantes para que fosse reconhecida a validade do compromisso arbitral e/ou da cláusula compromissória. Como se percebe do artigo citado acima, na Convenção de Nova York de 1958 a exigência é menor¹¹⁸.

A Convenção de Nova York de 1958 exige apenas que a sentença arbitral seja proferida fora do território do Estado em que é requerido o seu reconhecimento e a sua execução. ALBERT JAN VAN DEN BERG ressalta que a expressão “execução” tem um duplo

¹¹⁸ ARAUJO, Nádia de; SPITZ, Lidia. *A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Análise sobre se Âmbito de Aplicação*. In: WALD, Arnoldo e LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

sentido, pois se refere tanto ao procedimento executório quanto à atribuição de força executiva à sentença arbitral¹¹⁹.

O escopo da Convenção de Genebra de 1923, assim, era restrito ao reconhecimento do compromisso arbitral e/ou da cláusula compromissória, e isso somente se as partes estivessem sujeitas à jurisdição de Estados contraentes diferentes. A Convenção de Nova York de 1958, por outro lado, prescreve um escopo de aplicação muito maior. Seu escopo se refere expressamente à sentença arbitral estrangeira, e não apenas ao acordo arbitral eventualmente contraído pelas partes. E mais: a Convenção de Nova York de 1958 não se aplica apenas a partes submetidas à jurisdições diferentes. Mesmo que as partes esteja submetidas à jurisdição de um único Estado, ainda assim a Convenção de Nova York de 1958 será aplicável, caso a sentença arbitral tenha que ser executada em Estado diverso do território em que foi proferida.

O escopo de aplicação da Convenção de Nova York de 1958, desse modo, não tem relação com a nacionalidade das partes envolvidas na sentença arbitral que se quer executar. Ao contrário do previsto nas disposições da Convenção de Genebra de 1923, o fato de uma sentença arbitral ser proferida em local estranho à nacionalidade das partes não tem a menor relevância para a Convenção de Nova York de 1958¹²⁰.

¹¹⁹ BERG, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haia: Kluwer, 1981, p. 235.

¹²⁰ Vale destacar que, em que pese a Convenção de Nova York de 1958 ter como foco a execução da sentença arbitral, não significa que ela desatentou do reconhecimento do acordo de arbitragem formado entre as partes. De fato, o artigo II da Convenção de Nova York de 1958 consagrou no campo da arbitragem internacional a desnecessidade do compromisso arbitral, sendo suficiente para se instaurar um procedimento arbitral uma cláusula compromissória validamente firmada entre as partes. Veja-se o artigo II:

Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.
2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.
3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

A maior abrangência do escopo de aplicação da Convenção de Nova York de 1958 é, inclusive, uma das razões do seu sucesso (*vide* 2.1.1., acima). É o que afirmam NADIA DE ARAUJO e LIDIA SPITZ¹²¹:

Essa ampliação do âmbito de aplicação das regras convencionais é responsável, em grande parte, pelo extraordinário sucesso da Convenção de Nova Iorque. Um número expressivo de hipóteses que não eram albergadas pelas regras do Protocolo [de Genebra] passaram a ser regidas pela Convenção (...).

Dos três parágrafos do artigo I da Convenção de Nova York de 1958, talvez o parágrafo 1 seja o mais importante. Tal dispositivo cuida da universalidade da Convenção. Está ali previsto que a o caráter internacional de uma sentença arbitral é aferido pelo critério geográfico de sua prolação. Quer dizer, a sentença arbitral para ser “internacional”, deve ser proferida no território de um Estado, mas ter como destino o reconhecimento e a execução no território de um Estado diferente.

Note-se que não há qualquer referência no parágrafo 1 ou em qualquer ou parte do artigo I da Convenção de Nova York de 1958 ao país onde a sentença arbitral é originalmente proferida. Essa é uma grande diferença em relação à Convenção de Genebra de 1923. Ao só se preocupar com o local de execução da sentença arbitral, a Convenção de Nova York de 1958 atinge um grau de universalidade, pois será aplicável a toda e qualquer sentença arbitral estrangeira que busque reconhecimento e execução em um Estado signatário, ainda que o país de origem de tal sentença não seja um Estado signatário.

Desse modo, a primeira medida a se tomar quando diante de um pedido de reconhecimento e execução é identificar o local onde a sentença arbitral foi proferida. E o critério para definir se uma sentença arbitral é ou não estrangeira será o geográfico, salvo na hipótese da segunda parte do mesmo parágrafo 1.

A segunda parte parágrafo 1 da Convenção de Nova York de 1958, vai mais além e estende ainda mais o escopo de aplicação da Convenção. Ali está previsto que, se por alguma vicissitude do Direito do país onde se objetiva a execução da sentença arbitral tal sentença não

¹²¹ ARAUJO, Nádia de; SPITZ, Lidia. *op. cit.*, p. 59.

for considerada doméstica, aplica-se a Convenção de Nova York de 1958. Ainda que a sentença arbitral tenha sido proferida no território do Estado onde se destina a ser executada, se por alguma disposição desse Estado ela não for considerada doméstica, estará sujeita às disposições da Convenção de Nova York de 1958. Ou seja, a Convenção de Nova York de 1958 será aplicada por *default* a toda a sentença arbitral que esteja fora do conceito de sentença arbitral doméstica do país onde se pretende executar.

No caso do Brasil, isso não é motivo de maiores problemas. Seguindo a linha dada pela Convenção de Nova York de 1958, ainda que à época o Brasil não tivesse ratificado a Convenção, a Lei de Arbitragem adotou o critério geográfico para distinguir as sentenças arbitrais domésticas das internacionais. É o que está exposto no Parágrafo Único do Artigo 34 da Lei 9.307/96: “*Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.*”

Em 1981, ALBERT JAN VAN DEN BERG chegou a sustentar que a segunda parte do parágrafo 1 do Artigo I da Convenção de Nova York de 1958 seria letra morta, pois até então a Convenção teria sido aplicada com base no critério geográfico no mundo todo, de modo muito bem sucedido. Não haveria aplicação prática para a segunda parte do referido dispositivo¹²². FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN, de outro lado, referem diversos casos em que cortes estatais entenderam que uma sentença arbitral, ainda que proferida no território de seu Estado, não seriam sentenças arbitrais domésticas por conta dos variados elementos de estraneidade incidentes, especialmente na jurisprudência americana¹²³.

Nesse ponto também cumpre referir a *Teoria da Deslocalização* da sentença arbitral estrangeira. Trata-se de construção predominantemente jurisprudencial francesa, a partir do desenvolvimento do princípio da máxima eficácia insculpido no artigo VII da própria Convenção de Nova York de 1958 (*vide* 2.1.1., acima). Segundo a *Teoria da Deslocalização*, a sentença arbitral estrangeira – ou não-nacional – não estaria vinculada ao ordenamento jurídico do território onde foi proferida, “flutuando” em um ordenamento supranacional até o momento de sua execução. Não obstante, essa teoria só é aplicada pela França por conta da

¹²² BERG, Albert Jan van den. *op. cit.*, p. 22.

¹²³ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 58.

instabilidade que gera no sistema de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras da Convenção de Nova York de 1958 (*vide* 2.2.2., abaixo).

Seguindo com a análise do artigo I da Convenção de Nova York de 1958, seu parágrafo 2, por sua vez, determina a equiparação entre as sentenças arbitrais proferidas por árbitros escolhidos *ad hoc* com aquelas emitidas através de entidades arbitrais e seus regulamentos, notadamente as câmaras arbitrais. É, claro, contudo que as partes devem ter se submetido a sua jurisdição.

Já o parágrafo 3 do artigo I da Convenção de Nova York de 1958 trata possíveis exceções ou modificação ao sistema de aplicação previsto nos parágrafos anteriores. A primeira parte do parágrafo 3 trata da reserva de reciprocidade que um Estado pode fazer ao aderir à Convenção. Através desse dispositivo, foi disponibilizado ao Estado signatário declarar que a Convenção de Nova York de 1958 só seria aplicada em relação ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas no território de outro Estado signatário.

Como hoje a Convenção de Nova York de 1958 conta com 149 signatários, dentre os quais estão praticamente todos os atores relevantes do comércio internacional (*vide* 2.1.1., acima), não tem maior relevância. É nesse sentido a observação de NADIA DE ARAUJO e LIDIA SPITZ: “(...) *em razão do grande número de países que aderiram à Convenção, a importância dessa reserva é diminuta atualmente*”¹²⁴.

A segunda parte do parágrafo 3 do artigo I da Convenção de Nova York de 1958, de seu turno, trata de uma reserva de aplicação material ao escopo da Convenção. Segundo esse dispositivo, um Estado, ao aderir à Convenção de Nova York de 1958, pode declarar que só aplicará a Convenção em relação a sentenças arbitrais estrangeiras envolvendo disputas qualificadas como comerciais, com base nos preceitos do seu próprio ordenamento jurídico.

Tal reserva remonta à Convenção de Genebra de 1923. FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN explicam que essa reserva atende ao interesse de alguns países que entendem necessário fazer uma distinção entre as relações de natureza comercial de relações civis. Por outro lado, a tendência revelada pelo jurisprudência das cortes estatais ao redor do mundo

¹²⁴ ARAUJO, Nádia de; SPITZ, Lidia. *op. cit.*, p. 62.

acumulada, ao longo dessas décadas de vigência da Convenção de Nova York de 1958, é de ter uma visão bastante ampla ao conceito de “relações comerciais”, garantindo assim a aplicação da Convenção¹²⁵.

Não obstante, o que importa destacar disso tudo para os fins desta exposição é o largo escopo de aplicação da Convenção de Nova York de 1958. E, a partir daí, pode-se perceber a importância do papel de controle que a noção de Ordem Pública exerce no regime da Convenção.

2.1.3. Ordem Pública na Convenção de Nova York de 1958

Uma vez assentada a abrangência e o escopo de aplicação da Convenção de Nova York de 1958, cumpre examinar a noção de Ordem Pública nela prevista. Conforme já mencionado anteriormente (*vide* 1.2.3.2.3., acima), nos exatos moldes em que compilado pela Convenção do Panamá de 1975, o respeito à Ordem Pública aparece como um dos requisitos para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no seu artigo V:

Artigo V

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

a) as partes do acordo 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 à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da

¹²⁵ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 58.

sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

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

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 em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

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

Desde o seu surgimento em 1958, a referência à Ordem Pública contida no artigo V(2)(b) da Convenção de Nova York tem sido objeto de grande debate na doutrina e na jurisprudência. Por isso, o Comitê de Arbitragem Comercial Internacional da International Law Association (ILA)¹²⁶, presidido por PIERRE MAYER, reuniu no ano de 2000 especialistas renomados de todo o mundo em Londres com o objetivo de examinar a noção de Ordem Pública na Convenção de Nova York de 1958 e de emitir um relatório sobre o tema que sirva de orientação seminal para a doutrina e, especialmente, para os tribunais arbitrais e cortes estatais responsáveis pela aplicação da Convenção.

Ao final da conferência em Londres, foi emitido um relatório preliminar¹²⁷. Em sequência, realizou-se nova conferência em Nova Deli, no ano de 2002, na qual foi emitido um

¹²⁶ A "International Law Association", originalmente "The Association for the Codification and the Development of the Law of Nations", foi fundada em uma conferência internacional em Bruxelas, em 1873, tendo como objetivos o estudo, esclarecimento e desenvolvimento do Direito Internacional público e privado, do Direito Comparado e das Relações Internacionais. A ILA, como uma organização não-governamental internacional, atua como consultora em diversas agências especializadas da ONU. Desde a sua fundação, a ILA nunca teve um número limitado de sócios, sendo aberta a qualquer pessoa interessada no desenvolvimento das relações internacionais, advogados ou não – razão pela qual possui mais de 3.500 associados atualmente. A ILA tem hoje um caráter federativo, contando com mais de 50 Ramos. Alguns desses correspondem a países, outros têm caráter regional, mas nunca representam governos ou pontos de vista nacionais; são autônomos e operam sob aprovação do Conselho Executivo, que é eleito pelos Ramos. Vide www.ila-hq.org e www.ilabrasil.org.br.

¹²⁷ International Law Association (ILA). *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*. Comitê de Arbitragem Comercial Internacional, Conferência de Londres, 2000.

Relatório Final¹²⁸, esclarecendo os achados desses especialistas bem como relacionando uma série de recomendações aos intérpretes de Convenção de Nova York de 1958. Desse relatório final, destacam-se cinco facetas da noção de Ordem Pública contida na Convenção, sua excepcionalidade (2.1.3.1.), seu caráter internacional (2.1.3.2.), a abrangência de questões de natureza processual e material (2.1.3.3.), a (con) fusão com Normas de Aplicação Imediata (2.1.3.4.), e o reconhecimento do Fator Exógeno (2.1.3.5.).

2.1.3.1. Excepcionalidade

PIERRE LALIVE comenta que no campo da arbitragem comercial internacional existe o princípio geral de que o árbitro deve respeitar as legítimas expectativas das partes¹²⁹. Ele se baseia no caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc. (1985)*¹³⁰ julgado pela Suprema Corte dos EUA para afirmar que devem existir poucas oportunidades para que os árbitros recorram à exceção da Ordem Pública. Nessa mesma linha, KAHN sustenta que as medidas praticadas pelos árbitros com base na Ordem Pública devem se limitar ao essencial, relacionado com circunstâncias excepcionais¹³¹.

Esse mesmo raciocínio direcionado aos árbitros, transpõe-se às cortes estatais no momento de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais¹³². Nesse sentido, outro caso americano decisivo foi *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie*

¹²⁸ International Law Association (ILA). *Final Report on Public Policy*. Comitê de Arbitragem Comercial Internacional, Conferência de Nova Deli, 2002.

¹²⁹ LALIVE, Pierre. *Ordre Public Transnational (ou Règlement International) et Arbitrage International*. CASELLA, Paulo Borba (trad.). *Ordem pública transnacional e arbitragem internacional – conteúdo e validade da ordem pública transnacional na prática arbitral*. In: Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais. v. 1. n. 1. São Paulo: Forense, 1989, p. 25.

¹³⁰ 473 U.S. 614, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* [1989] Suprema Corte dos EUA.

¹³¹ KAHN, Philippe. *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*. In: Journal du Droit International. v. 116. n. 2. Paris: LexisNexis, 1989, p. 318.

¹³² SHULZ, Alexandre Bueno. *A ordem pública na Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, v. 10, n. 38. São Paulo: IOB, 2013, p. 93.

*du Papier (RAKTA) (1974)*¹³³, no qual se declarou o caráter excepcional da noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York¹³⁴:

(...) a defesa de Ordem Pública contida na Convenção deve ser interpretada de modo restrito. A execução de sentenças arbitrais estrangeiras só pode ser negada quando sua execução violar as noções mais básicas de moralidade e justiça do Estado fórum.

É nesse mesmo sentido a observação de RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO¹³⁵:

(...) também no plano da arbitragem internacional, a interpretação que se propõe à violação da ordem pública e, de um modo geral, a todas as hipóteses de recusa no reconhecimento de decisões estrangeiras, tem sido bastante restritiva, seja porque este é o espírito da convenção internacional mais difundida sobre o tema – CNY de 1958 [*Convenção de Nova York de 1958*] – seja porque se deve buscar preservar e favorecer a arbitragem internacional como fator de desenvolvimento das relações internacionais. Pondere-se ainda que o juízo que se exerce sobre sentenças estrangeiras é meramente formal, não podendo, em qualquer hipótese, adentrar o mérito do que foi decidido.

De fato, o Relatório Final da ILA reconhece o caráter definitivo das sentenças arbitrais, que só não devem ser cumpridas e/ou executadas em circunstâncias excepcionais. É o que está expresso da Recomendação 1(a) do aludido relatório¹³⁶:

O caráter definitivo de sentenças proferidas no contexto da arbitragem comercial internacional deve ser respeitado, salvo em circunstâncias excepcionais.

¹³³ 74-1642, 74-1676 U. S. 1974, *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)* [1974] U.S. Court of Appeals, Second Circuit.

¹³⁴ Tradução nossa: “(...) *the Convention’s public policy defense should be construed narrowly. Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice*”

¹³⁵ SHULZ, Alexandre Buono. *A ordem pública... op. cit.* p. 93, *apud* APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A Ordem Pública e Processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

¹³⁶ Tradução nossa: “*The finality of awards rendered in the context of international commercial arbitration should be respected save in exceptional circumstances.*”

Tais circunstâncias excepcionais, refere o Relatório Final da ILA, configuram-se particularmente quando o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira violar a Ordem Pública – conforme complementa a Recomendação 1(b)¹³⁷:

Essas circunstâncias excepcionais podem estar configuradas particularmente se o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral internacional for contrário à ordem pública internacional.

Isso significa que a noção de Ordem Pública na Convenção de Nova York de 1958, conforme se infere da leitura das Recomendações 1(a) e 1(b) do Relatório Final da ILA, diz apenas com “*circunstâncias excepcionais*”. Não pode, portanto, qualquer situação atípica ser taxada de violação à Ordem Pública e muito menos servir de fundamento para barrar a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Consagra-se aqui o já mencionado princípio da “máxima eficácia”, no qual os intérpretes da Convenção de Nova York de 1958, em especial as cortes estatais no momento de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, deverão adotar a interpretação que dê o máximo de força à execução da sentença arbitral e restrinja as hipóteses de violação ao mínimo possível.

Aliás, a “máxima eficácia” das sentenças arbitrais estrangeiras é tão valorizada pelo Relatório Final da ILA que leva a consagração de outro princípio: a doutrina da “separabilidade”. Segundo essa doutrina, a eficácia da sentença arbitral deve ser preservada ao ponto de que, se possível separar a parte que viola a Ordem Pública do resto da sentença, deve-se garantir a execução da parte que é perfeitamente legal, conforme está escrito na Recomendação 1(h) do Relatório Final da ILA¹³⁸:

Se a parte da sentença que viola a ordem pública internacional puder ser separada da parte que não a viola, a parte que não viola a ordem pública internacional pode ser reconhecida ou executada.

Com efeito, o Relatório Final da ILA é tão enfático na restrição das situações em que se pode invocar a Ordem Pública para impedir a execução de uma sentenças arbitral estrangeira

¹³⁷ Tradução nossa: “*Such exceptional circumstances may in particular be found to exist if recognition or enforcement of the international arbitral award would be against international public policy.*”

¹³⁸ Tradução nossa: “*If any part of the award which violates international public policy can be separated from any part which does not, that part which does not violate international public policy may be recognised or enforced.*”

que chega ao ponto de sugerir a existência de certa espécie de “preclusão” para o uso dessa defesa. Preocupado com o uso desenfreado da exceção de Ordem Pública pelas partes derrotadas em procedimentos arbitrais, o Relatório Final da ILA chega a sugerir que uma parte não poderia alegar a violação de um princípio fundamental no momento da execução da sentenças arbitral estrangeira, se não tivesse feito antes perante o tribunal arbitral que emitiu a sentença. É o que diz na Recomendação 2(c)¹³⁹:

Caso uma das partes tenha tido a oportunidade de suscitar um princípio fundamental perante o tribunal arbitral, mas não o fez, tal parte não deve ter o direito de invocar esse princípio fundamental como um motivo para a recusa do reconhecimento ou da execução da sentença.

Tal Recomendação, contudo, é um exagero no nosso entendimento. Como a violação à Ordem Pública é algo que afeta os princípios mais básicos de uma sociedade, foge a autonomia das partes reconhecer ou transigir com tais situações, razão pela qual a configuração de uma violação à Ordem Pública não pode estar atrelada à realização (ou não) de um ato processual pelas partes.

Em face disso, preferimos interpretar a Recomendação 2(c) do Relatório Final da ILA como um indicativo da excepcionalidade da noção de Ordem Pública, no sentido de que se uma parte não alegou violação à Ordem Pública antes do momento de execução da sentença arbitral, possivelmente não há princípio tão fundamental assim em jogo que justifique a negativa de homologação. É de se extrair de toda essa discussão, portanto, o caráter necessariamente excepcional da noção de Ordem Pública na Convenção de Nova York de 1958.

2.1.3.2. Ordem Pública Internacional

A noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1958 é eminentemente mais clássica, atrelada à noção de Ordem Pública que emerge do próprio sistema jurídico

¹³⁹ Tradução nossa: “Where a party could have relied on a fundamental principle before the tribunal but failed to do so, it should not be entitled to raise said fundamental principle as a ground for refusing recognition or enforcement of the award.”

nacional de determinado país. É o que se infere da Recomendação 2(a) do Relatório Final da ILA¹⁴⁰:

Uma corte estatal, ao verificar a conformidade de uma sentença arbitral com os princípios fundamentais, sejam processuais ou materiais, deve fazê-lo observando os princípios fundamentais assim considerados dentro de seu próprio sistema jurídico, e não dentro da lei que rege o contrato, da lei do local de execução do contrato ou da lei da sede da arbitragem.

Isso significa que, como se está falando de um contexto de execução (ou não) de sentença arbitral estrangeira no território nacional do Estado fórum, está-se falando do conceito clássico de Ordem Pública Internacional (*vide* 1.1.3.1.2., acima). Trata-se da interação do “direito estrangeiro” com o ordenamento jurídico nacional.

É essa a conclusão da maior parte da doutrina especializada e, em especial, do próprio Relatório Final da ILA. Nesse ponto, o leitor mais atento já percebeu a menção expressa à “ordem pública internacional” nas Recomendações compiladas anteriormente, mas para ilustrá-lo mais ainda, reporta-se à breve trecho¹⁴¹ do Relatório¹⁴²:

Nessas Recomendações, a expressão “ordem pública internacional” deve ser entendida no sentido que lhe é dado no direito internacional privado; quer dizer, aquela parte da ordem pública de um Estado que, se violada, impediria uma parte de invocar um direito estrangeiro ou uma decisão (estatal ou arbitral) estrangeira. A expressão não deve ser entendida, nestas Recomendações, como uma referência à ordem pública comum a vários Estados (a qual é melhor referida como “ordem pública transnacional”) ou à ordem pública que é parte do direito internacional público. Considera-se normalmente que a ordem pública internacional tenha um escopo mais restrito do que a ordem pública interna.

¹⁴⁰ Tradução nossa: “*A court verifying an arbitral award's conformity with fundamental principles, whether procedural or substantive, should do so by reference to those principles considered fundamental within its own legal system rather than in the context of the law governing the contract, the law of the place of performance of the contract or the law of the seat of the arbitration.*”

¹⁴¹ International Law Association (ILA). *Final Report on Public Policy*. Comitê de Arbitragem Comercial Internacional, Conferência de Nova Deli, 2002, p. 3.

¹⁴² Tradução nossa: “*In these Recommendations, the expression "international public policy" is to be understood in the sense given to it in the field of private international law; namely, that part of the public policy of a State which, if violated, would prevent a party from invoking a foreign law or foreign judgment or foreign award. It is not to be understood, in these Recommendations, as referring to a public policy which is common to many States (which is better referred to as "transnational public policy") or to public policy which is part of public international law. International public policy is generally considered to be narrower in scope than domestic public policy.*”

Tal noção de Ordem Pública Internacional, no entanto, não afasta a aplicação de princípios melhor identificados com uma noção de Ordem Pública Transnacional. Aliás, foi visto anteriormente que, dentro de uma visão coerente de interação entre os diversos níveis da noção de Ordem Pública, a noção de Ordem Pública Internacional englobaria a noção de Ordem Pública Transnacional (*vide* 1.1.3.2., acima).

Por isso, dentro desse enfoque, é perfeitamente possível falar na aplicação de uma noção de Ordem Pública Transnacional no contexto da Convenção de Nova York de 1958. Inclusive, é este o sentido da Recomendação 2(b) do Relatório Final ILA¹⁴³:

Não obstante, uma corte estatal deverá determinar se um princípio que integra seu sistema jurídico é suficientemente fundamental ao ponto de barrar o reconhecimento ou a execução de uma sentença, levando em conta, de um lado, a natureza internacional do caso e sua conexão com o sistema jurídico do *forum*, e, de outro lado, a existência ou não de um consenso na comunidade internacional no que diz respeito ao princípio sob análise (convenções internacionais podem evidenciar a existência desse consenso). Quando consenso existir, o termo "ordem pública transnacional" pode ser usado para descrever tais normas.

Assim, sem dúvida alguma, é possível negar a execução de uma sentença arbitral estrangeira tendo como fundamento princípios eminentemente decorrentes de uma noção de Ordem Pública Transnacional. É o caso da negativa de execução de uma sentença arbitral estrangeira em razão da violação das obrigações assumidas pelo Estado *forum* perante à Comunidade Internacional (mediante tratados ou outros instrumentos, de caráter bilateral ou multilateral), conforme esclarece a Recomendação 4 do Relatório Final da ILA¹⁴⁴:

Uma corte estatal pode recusar o reconhecimento ou a execução de uma sentença quando tal reconhecimento ou execução constitua uma violação

¹⁴³ Tradução nossa: “*Nevertheless, in order to determine whether a principle forming part of its legal system must be considered sufficiently fundamental to justify a refusal to recognise or enforce an award, a court should take into account, on the one hand, the international nature of the case and its connection with the legal system of the forum, and, on the other hand, the existence or otherwise of a consensus within the international community as regards the principle under consideration (international conventions may evidence the existence of such a consensus). When said consensus exists, the term ‘transnational public policy’ may be used to describe such norms.*”

¹⁴⁴ Tradução nossa: “*A court may refuse recognition or enforcement of an award where such recognition or enforcement would constitute a manifest infringement by the forum State of its obligations towards other States or international organisations.*”

manifesta pelo Estado *forum* de suas obrigações para com outros Estados ou organizações internacionais.

Ademais, nesse ponto ainda cumpre salientar a preocupação do Relatório Final da ILA não apenas em referir a aplicação de uma noção de Ordem Pública Internacional, mas também em promover uma unidade na construção do seu conceito. É o que se verifica na sua Recomendação 1(g)¹⁴⁵:

Se a corte estatal recusar o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral, não deve se limitar a mera referência ao artigo V(2)(b) da Convenção de Nova York de 1958 ou a sua própria legislação e jurisprudência. Estabelecer em detalhes o seu método de raciocínio e os fundamentos da recusa do reconhecimento ou da execução irá ajudar a promover uma prática mais coerente e bem como o desenvolvimento de um consenso sobre os princípios e as regras que possam ser considerados como pertencentes à ordem pública internacional.

2.1.3.3. Ordem Pública Material e Processual

Em atenção àqueles sistemas jurídicos que tradicionalmente tem mais dificuldade em incluir as questões procedimentais na noção de Ordem Pública ou que fazem uma diferenciação entre Ordem Pública Material e Ordem Pública Processual, o Relatório Final da ILA se debruçou sobre a questão. Conforme o Relatório, nesse quesito, a noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1958 seria a mais abrangente possível, conforme está expresso na Recomendação 1(c)¹⁴⁶:

A expressão "ordem pública internacional" é utilizada nessas Recomendações para designar o conjunto de princípios e normas reconhecidas por um Estado, que, por sua natureza, podem barrar o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral proferida no contexto da arbitragem comercial internacional. Isso acontecerá nos casos em que o reconhecimento ou a execução de tal sentença importar na violação desses princípios e normas, tanto em razão do

¹⁴⁵ Tradução nossa: “*If the court refuses recognition or enforcement of the arbitral award, it should not limit itself to a mere reference to Article V.2 (b) of the New York Convention 1958 or to its own statute or case law. Setting out in detail the method of its reasoning and the grounds for refusing recognition or enforcement will help to promote a more coherent practice and the development of a consensus on principles and rules which may be deemed to belong to international public policy.*”

¹⁴⁶ Tradução nossa: “*The expression "international public policy" is used in these Recommendations to designate the body of principles and rules recognised by a State, which, by their nature, may bar the recognition or enforcement of an arbitral award rendered in the context of international commercial arbitration when recognition or enforcement of said award would entail their violation on account either of the procedure pursuant to which it was rendered (procedural international public policy) or of its contents (substantive international public policy).*”

procedimento através do qual foi proferida (ordem pública internacional processual) ou de seu conteúdo (ordem pública internacional material).

Assim, ao englobar tanto a Ordem Pública Material como a Ordem Pública Processual, a noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1950 se aproxima muito mais do conceito continental de *Ordre Public* do que do conceito de *Public Policy* mais restrito da tradição de *common law*. Inclusive, o Relatório Final da ILA chega a dar exemplo de como os princípios processuais mais fundamentais integram a noção de Ordem Pública, conforme a Recomendação 1(e)¹⁴⁷:

Um exemplo de um princípio fundamental material é a proibição do abuso de direito. Um exemplo de um princípio fundamental processual é a exigência de que os tribunais sejam imparciais. Um exemplo de uma norma de ordem pública é a legislação *anti-trust*. Um exemplo de uma obrigação internacional é uma Resolução das ONU que determine sanções. Algumas regras, como as que proíbem a corrupção, se enquadram em mais do que uma categoria.

2.1.3.4. Normas de Aplicação Imediata como parte da Noção de Ordem Pública

Conforme já ficou claro da leitura da última Recomendação referida acima (Recomendação 1(e)), o Relatório Final da ILA fala em “normas de ordem pública”. O Relatório, por vezes fala em normas que, por sua natureza, integram a noção de Ordem Pública, mas em outras vezes também fala na aplicação de princípios e em situações que violam a Ordem Pública, independentemente de normas.

Na verdade, reproduz-se, em alguma medida, no Relatório Final da ILA e, em última instância, na própria noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1958, a mesma espécie de (con) fusão conceitual discutida anteriormente no contexto do Direito brasileiro (*vide* 1.2.1., acima). O Relatório Final da ILA coloca as Normas de Aplicação Imediata como parte

¹⁴⁷ Tradução nossa: “*An example of a substantive fundamental principle is prohibition of abuse of rights. An example of a procedural fundamental principle is the requirement that tribunals be impartial. An example of a public policy rule is anti-trust law. An example of an international obligation is a United Nations resolution imposing sanctions. Some rules, such as those prohibiting corruption, fall into more than one category.*”

da noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1958, como se percebe da Recomendação 1(d)¹⁴⁸:

A ordem pública internacional de qualquer Estado inclui: (i) princípios fundamentais atinentes à justiça ou à moralidade, que o Estado pretende proteger, mesmo quando não estejam diretamente relacionados ao caso, (ii) normas destinadas a servir aos interesses políticos, sociais ou econômicos essenciais do Estado, sendo estas conhecidas como "*lois de police*" ou "normas de ordem pública", e (iii) o dever do Estado de respeitar suas obrigações para com outros Estados ou organizações internacionais

Essa (con) fusão entre Normas de Aplicação Imediata e a noção de Ordem Pública é ainda mais evidente quando o Relatório Final da ILA afirma que as “normas de ordem pública” não se aplicariam, em regra, a sentenças arbitrais proferidas anteriormente à promulgação de ditas normas. É o que diz na Recomendação 3(d) do Relatório Final da ILA¹⁴⁹:

Quando uma norma de ordem pública do Estado forum for promulgada após ser proferida uma sentença arbitral, proibindo a solução implementada pela referida sentença, a Corte estatal só deve recusar o reconhecimento da sentença ou sua execução se for evidente que o legislador pretendeu que referida norma produzisse efeitos em relação a sentenças proferidas antes de sua promulgação.

Por certo, essa discussão não se coaduna com uma visão mais purista da noção de Ordem Pública, na medida em que iria de encontro a uma das suas principais características ou atributos: a *contemporaneidade*. Segundo essa característica, a noção de Ordem Pública deve ser interpretada com base no que integra seu conteúdo no exato momento da análise de sua aplicação (*vide* 1.1.2.2., acima). Quer dizer, a corte estatal deve atentar para o conteúdo da Ordem Pública no momento em que está analisando a execução de uma sentença arbitral estrangeira, pouco importando se o conteúdo da Ordem Pública era diferente no momento em

¹⁴⁸ Tradução nossa: “*The international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as “lois de police” or “public policy rules”; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organisations.*”

¹⁴⁹ Tradução nossa: “*When a public policy rule of the forum enacted after the rendering of the award prohibits the solution implemented by said award, a court should only refuse the award's recognition or enforcement if it is plain that the legislator intended said rule to have effect as regards awards rendered prior to its enactment.*”

que a sentença arbitral foi originalmente proferida. Por isso, fica evidente que a mencionada Recomendação trata de algo cujo conceito é muito mais próximo da noção de Normas de Aplicação Imediata. É inegável, portanto, a (con) fusão conceitual entre Normas de Aplicação Imediata e a noção de Ordem Pública na Convenção de Nova York de 1958.

2.1.3.5. Reconhecimento do Fator Exógeno

Se de um lado há uma (con) fusão conceitual entre Normas de Aplicação Imediata e a noção de Ordem Pública, de outro lado também se pode dizer que há o reconhecimento do que anteriormente foi identificado como Fator Exógeno, seguindo a nomenclatura dada por DOLINGER (*vide* 1.1.2.3., acima).

O Relatório Final da ILA deixa bastante claro que a infração de uma norma *meramente* imperativa não configura uma violação à Ordem Pública. É o que diz a Recomendação 3(a)¹⁵⁰:

A violação por uma sentença arbitral de mera "norma imperativa" (i. e. uma norma que é imperativa, mas que não integra a ordem pública internacional do Estado ao ponto de compelir sua aplicação ao caso em análise) não deve impedir seu reconhecimento ou sua execução, mesmo quando referida norma faça parte das lei do forum, da lei que rege o contrato, da lei do lugar da execução do contrato ou da lei da sede da arbitragem.

Indo mais além, o Relatório Final da ILA propõe um “teste de executabilidade”¹⁵¹ para a verificar se uma sentença arbitral estrangeira viola ou não a Ordem Pública do Estado Foro. Apresenta-se tal teste na Recomendação 3(b)¹⁵²:

Uma corte Estatal só deve recusar o reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral que implemente uma solução proibida por uma norma de ordem pública que integre seu próprio sistema jurídico quando: (i) o escopo

¹⁵⁰ Tradução nossa: “*An award's violation of a mere "mandatory rule" (i.e. a rule that is mandatory but does not form part of the State's international public policy so as to compel its application in the case under consideration) should not bar its recognition or enforcement, even when said rule forms part of the law of the forum, the law governing the contract, the law of the place of performance of the contract or the law of the seat of the arbitration.*”

¹⁵¹ Tradução nossa: “*Enforcement Test*”.

¹⁵² Tradução nossa: “*A court should only refuse recognition or enforcement of an award giving effect to a solution prohibited by a rule of public policy forming part of its own legal system when: (i) the scope of said rule is intended to encompass the situation under consideration; and (ii) recognition or enforcement of the award would manifestly disrupt the essential political, social or economic interests protected by the rule.*”

da referida norma se destina a abranger a situação em análise, e (ii) o reconhecimento ou a execução da sentença manifestamente viole o interesse político, social ou econômico protegido por essa norma.

Como se denota da leitura da Recomendação acima, as duas condições ali prevista são concorrentes. Portanto, não é suficiente enquadrar determinada sentença arbitral estrangeira no escopo de aplicação de uma “norma de ordem pública” do Estado foro (i); é preciso que haja uma violação “manifesta” do “interesse, político, social ou econômico” que essa norma protege (ii). Quer dizer, está-se falando do efeito prático provocado pela eventual execução da sentença arbitral estrangeira no Estado *forum*, e não da mero enquadramento no escopo de aplicação de uma norma. Trata-se de um efeito externo ou *exógeno* à norma.

Tanto isso é verdade que o próprio Relatório Final da ILA prescreve poderes de investigação amplos à corte estatal que é instada a avaliar se uma sentença arbitral estrangeira viola ou não a Ordem Pública de seu Estado. Veja-se a Recomendação 3(c)¹⁵³:

Quando a violação de uma norma de ordem pública do fórum alegada por uma das partes não puder ser estabelecida a partir de uma simples revisão da sentença arbitral e só puder ser constatada após um escrutínio dos fatos do caso, a corte estatal deve poder realizar tal reavaliação dos fatos.

Assim, interpretando-se conjuntamente as Recomendações 3(a), 3(b) e 3(c) do Relatório Final da ILA, chega-se a constatação de que para configurar uma violação à noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1958 é preciso mais do que enquadrar uma sentença arbitral no escopo de aplicação de determinada norma. É necessário evidenciar que o *efeito* da execução da sentenças arbitral estrangeira em questão afetará diretamente os princípios básicos daquela sociedade. Por isso, afirma-se que há sim um Reconhecimento do Fator Exógeno na noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1958.

É claro, contudo, que essa linha de raciocínio, em grande medida, é contraditória com a constatação apresentada no ponto anterior de que Normas de Aplicação Imediata integram a noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1958 (*vide* 2.1.3.4., acima). Do ponto

¹⁵³ Tradução nossa: “*When the violation of a public policy rule of the forum alleged by a party cannot be established from a mere review of the award and could only become apparent upon a scrutiny of the facts of the case, the court should be allowed to undertake such reassessment of the facts.*”

de vista teórico, isso pode ser considerado uma inconsistência do Relatório Final da ILA na medida em que traz uma dúvida à aplicação da noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1958: ao verificar que uma sentença arbitral não segue plenamente uma Norma de Aplicação Imediata, deve o intérprete encerrar sua análise e refutar a execução dessa sentença, ou deve ir além na sua investigação para verificar se a eventual execução da sentença teria como efeito efetivamente violar o propósito da Norma de Aplicação Imediata?

Em que pese a (con) fusão conceitual observada no Relatório Final da ILA, pensamos que a resposta dos especialistas que a fizeram para a indagação acima seria no sentido de que o intérprete deve investigar os efeitos práticos da execução da sentenças arbitral estrangeira no sistema jurídico. Tanto é assim que no próprio Relatório Final da ILA há a sugestão de que uma corte estatal, antes de declarar que determinada sentença arbitral viola uma Norma de Aplicação Imediata, investigue a natureza dessa norma, bem como sua história legislativa¹⁵⁴.

Todavia, de um ponto de vista pragmático, dificilmente a infração de uma norma reputada “de aplicação imediata” não importaria na violação dos princípios básicos da noção de Ordem Pública relacionados com a natureza de tal norma. Fosse esse o caso, estar-se-ia colocando em cheque a própria condição “de aplicação imediata” da norma.

Assim, mesmo quando é impreciso, o Relatório Final da ILA acerta. Evita uma discussão demasiadamente teórica que, se enfrentada, possivelmente traria dúvidas práticas muito maiores. E, desse modo, dá à noção de Ordem Pública da Convenção e Nova York de 1958 máxima funcionalidade.

¹⁵⁴ International Law Association (ILA). *Final Report on Public Policy*. Comitê de Arbitragem Comercial Internacional, Conferência de Nova Deli, 2002, p. 10.

2.2. A Observância da Ordem Pública como Requisito de Arbitrabilidade

De acordo com o sistema da Convenção de Nova York de 1958, sustenta-se que a observância da Ordem Pública constitui verdadeira condição para a arbitrabilidade de disputas comerciais internacionais. Nesse sentido, examina-se o conceito de Arbitrabilidade (2.2.1.), bem como se aborda o dever do(s) árbitro(s) de proferir uma decisão exequível (2.2.2.), para, ao final, demonstrar a influência da Ordem Pública na própria arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais (2.2.3.).

2.2.1. Arbitrabilidade

Para além do consentimento das partes, o desenvolvimento de um procedimento arbitral requer que a arbitragem em questão seja lícita. Isso significa, em primeiro lugar, que a arbitragem deve dizer respeito à objeto capaz de ser resolvido por meio de arbitragem e, em segundo lugar, que as partes submetidas à arbitragem tenham o direito de assim proceder na resolução de suas disputas. FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN explicam que a conjunção dessas duas considerações se denomina Arbitrabilidade¹⁵⁵.

Note-se, portanto, que o conceito de Arbitrabilidade representa um limite à autonomia das partes. A Arbitrabilidade de uma disputa se afigura como condição inafastável para que essa disputa possa ser solucionada pela via arbitral.

Tal questão surge normalmente em duas situações. A primeira é quando certos indivíduos ou entidades não tem a possibilidade de submeter suas disputas à arbitragem. Essa limitação é conhecida como "arbitrabilidade subjetiva" ou "arbitrabilidade *ratione personae*" (2.2.1.1.).

A segunda situação em que surge a questão da Arbitrabilidade é quando o objeto em si da disputa não é passível de ser solucionado por arbitragem. Chama-se esse limite de "arbitrabilidade objetiva", ou de "arbitrabilidade *ratione materiae*" (2.2.1.2.).

¹⁵⁵ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 134.

2.2.1.1. *Arbitrabilidade Subjetiva*

A impossibilidade de um indivíduo ou de um entidade submeter sua disputa à arbitragem pode se dar em razão da sua capacidade legal propriamente dita para contrair obrigações em geral – como é o caso de um menor de idade absolutamente incapaz – ou em razão de certos limites impostos por lei a autoridades e a entidades estatais, ou que gozem de determinada “proteção” por desempenhar atividade de interesse público.

Vale anotar, contudo, que a questão da capacidade legal é controversa. A jurisprudência da Suprema Corte Americana dá uma abrangência bastante grande para o conceito de Arbitrabilidade. Os seus julgados tratam as questões atinentes à própria validade do acordo arbitral como parte do conceito de Arbitrabilidade¹⁵⁶. E, portanto, a capacidade legal de uma parte teria relação direta com a Arbitrabilidade de uma disputa.

Isso cria uma dificuldade, ao menos no plano teórico. Enquanto a capacidade legal de um indivíduo ou de uma entidade é tradicionalmente regida pela lei nacional do Estado de seu domicílio, a validade do acordo arbitral, especialmente no contexto de uma arbitragem internacional, requer uma análise um pouco mais complexa. Avalia-se a validade do acordo arbitral com base nas diversas normas que incidem sobre o caso, desde as leis da sede da arbitragem, passando por convenções internacionais aplicáveis, até a lei dos países nos quais a sentença arbitral deverá ser executada.

Partindo desse argumento, FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN criticam a abordagem americana e defendem uma solução mais próxima da encontrada na jurisprudência francesa. Na França, a própria capacidade legal das partes envolvidas em uma arbitragem é analisada seguindo a metodologia mais complexa aplicada à validade dos acordos arbitrais, que leva em consideração as diversas normas nacionais e internacionais que tem conexão com o caso¹⁵⁷.

Ademais, lembram os referidos autores, que as discussões envolvendo a arbitrabilidade *ratione personae* normalmente se dão em relação à possibilidade de

¹⁵⁶ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 134.

¹⁵⁷ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 135 e 136.

determinadas entidades estatais resolverem suas disputas em procedimentos arbitrais. E, nesses casos, seria impróprio falar que tais entidades estatais não tem capacidade ou que lhes falta poder para arbitrar. Eventual proibição para celebrar um acordo arbitral não deveria ser explicada como uma incapacidade da entidade estatal em firmar um juízo sobre qual seria o seu melhor interesse – ideia relacionada à capacidade legal. Do mesmo modo, também não seria propriamente um questão da falta de poder, quando, dependendo da entidade em questão, tem-se poderes para adotar medidas muito mais graves em relação aos interesses centrais do Estado. Por isso, FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN preferem tratar dessas proibições de determinados indivíduos ou entidades de arbitrar, que compõe a arbitrabilidade *ratione personae*, como um conceito relacionado, mas ainda distinto da capacidade legal das partes¹⁵⁸.

Precisões terminológicas à parte, pensamos que o que deve prevalecer nessa discussão é o pragmatismo. Independentemente da nomenclatura que se utilize para falar da possibilidade legal de uma parte arbitrar sua disputa, tal possibilidade deve necessariamente ser analisada sob a perspectiva da execução da sentença arbitral. Quer dizer, deve-se levar em consideração as diversas normas incidentes sobre o caso, visando-se sempre garantir que eventual sentença arbitral proferida seja plenamente exequível. Não havendo possibilidade de execução de uma sentença arbitral em razão de um das partes não ter permissão para arbitrar, a disputa não gozará de arbitrabilidade subjetiva.

2.2.1.2. *Arbitrabilidade Objetiva*

A arbitrabilidade *ratione materiae*, como já antecipado, diz com a possibilidade do próprio objeto da disputa ser submetido à arbitragem. Há um consenso que determinados temas são de jurisdição exclusiva das cortes estatais, como Direito Penal, por exemplo. Todavia, outros temas se situam numa zona limítrofe da arbitrabilidade e, dependendo do caso, podem ou não ser arbitráveis. FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN relacionam disputas envolvendo legislação antitrust, propriedade intelectual, corrupção em transações comerciais, procedimentos falimentares, exclusividade de vendas, embargos e sanções comerciais internacionais, e

¹⁵⁸ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 135.

questões fiscais, como temas que podem ou não ser arbitráveis dependendo da especificidade do caso concreto e das normas incidentes sobre a disputa¹⁵⁹.

Não obstante, o que importa destacar no presente ponto é que a arbitrabilidade *ratione materiae* deverá seguir o mesmo método da arbitrabilidade *ratione personae*. Ainda que os árbitros tenham maior liberdade do que as cortes estatais no que diz com a identificação das normas aplicáveis à disputa, essa prerrogativa deve ser usada com ponderação. Para analisar arbitrabilidade *ratione materiae*, deve-se observar todas as normas conectadas com a disputa em questão, visando-se sempre garantir que a sentença arbitral eventualmente proferida seja perfeitamente exequível. Não havendo possibilidade de execução de uma sentença arbitral em razão do objeto do litígio ser matéria que não pode ser arbitrada, a disputa não gozará de arbitrabilidade objetiva.

2.2.2. Dever do(s) Árbitro(s) de Proferir uma Decisão Exequível

REDFERN e HUNTER afirmam com propriedade que o principal dever de um árbitro ou de um tribunal arbitral é o de proferir uma decisão exequível¹⁶⁰. PLATTE lembra que as obrigações e os deveres dos árbitros derivam basicamente do contrato que firmam com as partes para arbitrar sua disputa ou de um *status* que lhes é atribuído pela lei da sede da arbitragem. Todavia, o mesmo autor afirma que tal distinção tem pouco relevância prática no que diz com o dever de proferir uma decisão exequível¹⁶¹:

Seja qual for o modo que se preferir olhar para a questão, não tem muita importância se o dever de proferir uma sentença arbitral exequível advinha, do contrato, de estatutos ou da lei. Está claro que as partes ao concordarem com uma arbitragem como o método para resolver tem um mente uma sentença arbitral que poderão executar.

¹⁵⁹ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, *op. cit.*, p. 142-145.

¹⁶⁰ REDFERN Alan; HUNTER; Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 432.

¹⁶¹ PLATTE, Martin. *An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards*. In: *Journal of International Arbitration* 20(3): 307–313. Haia: Kluwer, 2003, p. 308. Tradução nossa: “*Whichever way one prefers to look at it, it does not matter much whether the duty to render an enforceable award stems from contract, status or law. It is clear that when the parties agree on arbitration as the method of resolving their dispute they have in mind an award which they can enforce.*”

Isso, contudo, impõe uma tarefa bastante difícil aos árbitros, especialmente no contexto de uma arbitragem internacional. Os árbitros passam a ter que observar as condições para execução da sentença arbitral nos locais de sua provável execução. Normalmente, tais locais seriam os países de domicílio das partes. Na prática, contudo, a execução pode ser tentada em qualquer país no qual as partes possuam ativos capazes de serem constrictos pelas autoridades locais, em cumprimento da sentença arbitral estrangeira.

Em razão dessa dificuldade, REDFERN e HUNTER sugerem que o critério a ser adotado para se avaliar se os árbitros cumpriram ou não com o seu dever de proferir uma decisão exequível deve ser a própria Convenção de Nova York de 1958. Se os árbitros proferiram uma sentença arbitral que está adequada às molduras dadas pela Convenção de Nova York de 1958, seu dever estaria cumprido¹⁶²:

Se um tribunal arbitral proferir uma sentença exequível nos termos da Convenção de Nova York, ele não pode ser muito criticado por falhar em levar em consideração uma condição peculiar da lei do país que acaba sendo o lugar da execução.

Esse critério, todavia, não resolve o problema quando a questão é a arbitrabilidade da disputa. Conforme visto anteriormente, a própria Convenção de Nova York de 1958 prescreve que será negada a execução de sentença arbitral quando esta versar sobre disputa inarbitrável com base na lei do próprio Estado onde se busca a execução (*vide* 2.2.1.2., acima). Assim, os árbitros invariavelmente terão que atentar para os requisitos de arbitrabilidade dos possíveis locais de execução no caso de uma arbitragem internacional, sob pena de descumprir com seu dever de proferir uma decisão arbitral exequível.

A fundamental importância do local de execução, no entanto, não diminui a importância do local da sede da arbitragem internacional. Muito pelo contrário. A própria Convenção de Nova York de 1958 em seu artigo V(1)(e) deixa muito claro que se uma sentença arbitral for anulada ou suspensa pelas autoridades competentes do país da sede da arbitragem,

¹⁶² REDFERN Alan; HUNTER; Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 363. Tradução nossa: “*if an arbitral tribunal issues an award that is enforceable in New York Convention countries, it could not fairly be criticised for failing to take account of a requirement that is peculiar to the law of the particular country that turns out to be the country of enforcement.*”

esta passa a não ser exequível em nenhum dos Estados signatários da Convenção – mesmo que se no local da execução a sentença arbitral fosse *a priori* perfeitamente válida:

Artigo V

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

(...)

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. (Grifo nosso)

Nesse sentido, uma sentença arbitral que verse sobre uma disputa inarbitrável com base nas lei do local da sede da arbitragem – *lex loci arbitri* – não poderá ser executada em nenhum dos Estados que ratificaram a Convenção de Nova York de 1958.

Por isso, para definir se uma disputa é arbitrável e, assim, cumprir seu dever de proferir uma decisão exequível, os árbitros terão que considerar de forma concorrente os requisitos da *lex loci arbitri*, bem como os requisitos de pelo menos um dos possíveis locais de execução da futura sentença arbitral. Não sendo atendida as condições de um dos países (sede da arbitragem ou local de execução), a disputa será inarbitrável.

Conforme já referido anteriormente (*vide* 2.1.2., acima), a *Teoria da Deslocalização* construída pela jurisprudência francesa contraria esse entendimento, relativizando ou até mesmo anulando a importância do local da sede de uma arbitragem internacional. A partir do princípio da máxima eficácia previsto no artigo VII, passa-se por cima do sistema previsto pelo artigo V(e) da Convenção de Nova York de 1958, homologando-se sentenças arbitrais estrangeiras anuladas sob o pretexto da aplicação de uma lei (nacional – a lei francesa) mais favorável à execução.

Essa construção teve início no caso *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A. France (1984)*¹⁶³, julgado pela *Cour de Cassation* francesa. Cuidava-se da homologação na França de sentença arbitral proferida em Viena, que havia sido parcialmente anulada pela Corte de Apelação de Viena. O fundamento da decisão da Corte de Apelação de Viena, em suma, era de que o julgamento com base na *Lex Mercatoria* realizado pelos árbitros violaria a convenção arbitral. A corte francesa concedeu o *exequatur*   sentença arbitral mesmo assim, com base no artigo VII da Convenção de Nova York de 1958. Posteriormente, a própria Suprema Corte da Áustria reformou a decisão da Corte de Apelação de Viena, todavia o caso representou sim uma primeira manifestação das cortes francesas no sentido de deslocar a sentença arbitral estrangeira do ordenamento jurídico do seu local de origem.

Tal decisão foi seguida por diversos julgados e manifestações doutrinárias na França que moldaram a *Teoria da Deslocalização*. Passou-se a sustentar que a sentença arbitral estrangeira “flutuaria” em um ordenamento supranacional até a sua execução –  nico momento em que incidiria um controle sobre a sentença arbitral “internacional”, por parte do Estado no qual se busca o *exequatur*¹⁶⁴.

N  obstante, a *Teoria da Deslocalização* cria severa instabilidade no sistema de controle de sentenças arbitrais estrangeiras da Convenção de Nova York de 1958. O maior exemplo é o caso *Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV) (1994)*¹⁶⁵. Trata-se de caso no qual a *Cour de Cassation* francesa homologou sentença arbitral anulada no seu país de origem – Su a. Ocorre, contudo, que após anulação pela justiça su a, novo procedimento arbitral foi instaurado, com a prolação de nova sentença na qual a parte vitoriosa na primeira decisão foi derrotada. Ato contínuo, buscou-se a homologação dessa segunda sentença arbitral na França, que terminou por negar o *exequatur* para não ferir a *coisa julgada*. Todavia, buscou-se a homologação dessa segunda sentença arbitral também na Inglaterra, dessa vez com sucesso. Ou seja, duas sentenças arbitrais diametralmente opostas sobre os mesmos fatos foram executadas – uma na França e outra na Inglaterra.

¹⁶³ 83-11.355, *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A. France* [1984] Cour de Cassation.

¹⁶⁴ BRAGHETTA, Adriana; LEMES, Selma M. Ferreira. *op.cit.*, p. 324-327.

¹⁶⁵ 92-15.137, *Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV)* [1994] Cour de Cassation.

Após análise minuciosa desse e dos principais julgados – na França e em outros países – sobre o tema, ADRIANA BRAGHETTA tece severa crítica à *Teoria da Deslocalização* e à instabilidade no sistema de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras que ela provoca¹⁶⁶:

O motivo da teoria é nobre, mas o resultado pode ser desastroso.
O caso Hilmarton é um marco em toda análise da teoria da deslocalização, especialmente porque envolveu países com grande tradição em arbitragem, Suíça, França e Inglaterra, e desnudou o problema do 2º laudo.
A teoria da deslocalização, que contém uma intenção positiva de circulação de laudos, é perigosa e acaba com qualquer coordenação e eficácia pretendida.
(...)
A conclusão a que se chega, pela análise das principais decisões judiciais, é que somente a França descarta a anulação da sede por força da lei interna mais favorável que a convenção de Nova Iorque. Provado está que a teoria da deslocalização é uma exceção, já que não foi abraçada por outros Estados.

De fato, a *Teoria da Deslocalização* também não encontra guarida no Brasil. Há o caso da SEC 894/Uruguai enfrentado pelo STJ em 2008, de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI¹⁶⁷. Nesse caso se buscava a homologação de sentença arbitral proferida no Uruguai, quando não havia ocorrido ainda o trânsito em julgado na justiça uruguaia de ação anulatória lá intentada. O STJ concedeu o *exequatur*, mas isso não significa que ignorou o controle exercido pela sede da arbitragem. No acórdão está claro que o pedido de anulação na justiça uruguaia, em que pese não ter transitado em julgado, já havia sido rechaçado pelas instâncias iniciais. E, principalmente, que a sentença arbitral estrangeira não dependia de confirmação pela justiça estatal da sede para ser executada.

Nesse ponto, cumpre destacar também a Súmula nº 420 do STF: “*não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado*”. Ademais, em parecer publicado sobre caso no qual se tenta a homologação no Brasil de sentença arbitral anulada na sede – Argentina –, LUIZ OLAVO BAPTISTA é categórico ao rechaçar a aplicação da *Teoria da Deslocalização*¹⁶⁸:

¹⁶⁶ BRAGHETTA, Adriana. *A importância... op. cit.*, p. 171-175.

¹⁶⁷ SEC 894/UY, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2008, DJE 09/10/2008.

¹⁶⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula Onde Proferida*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, nº 37, 2013, p. 7-28.

(...) Essa postura teórica [*Teoria da Deslocalização*] é irmã da teoria do contrato sem lei, que foi criticada de modo decisivo há muito, com fundamento em argumentos lógicos irrefutáveis.

A teoria do contrato sem lei baseava-se em uma visão ampla da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável ao contrato. Idealmente, alguns sustentavam, as partes poderiam até criar uma norma, sob medida, para reger o seu contrato, ou seja criariam um contrato sem lei. (...)

Assim, no âmbito dos contratos internacionais, a liberdade para escolher a lei aplicável ao contrato significa a liberdade de poder localizá-lo dentro de um determinado sistema jurídico. Da mesma forma, quanto à arbitragem, segundo o Direito brasileiro, as partes têm liberdade de escolher o local que sediará a arbitragem, o que significa dizer que têm autonomia para determinar onde a sentença será proferida, fazendo, então, uma opção pelo Judiciário que fará o controle da sentença. Mas não podem as partes afastar esse controle. A sentença, como contrato, deve ser ligada a um sistema jurídico.

A “teoria da deslocalização” da sentença arbitral, irmã, como vimos, da teoria do contrato sem lei é criticável também por outras razões. Primeiro, pela incerteza que gera quanto ao valor conferido à apreciação do laudo no lugar em que prolatado. Segundo, porque pode gerar decisões contraditórias (sentenças anulada no país de origem, homologada em um segundo país, e rejeitado o exequatur em um terceiro, etc.), incentivando a parte interessada a postular, de país em país, para tentar conseguir o reconhecimento em algum deles.

Causador de grande incerteza jurídica, esse “forum shopping” deve, por isso mesmo, ser evitado. Essa prática, contrária à da harmonização do Direito, é causadora de insegurança jurídica que os Estados, em tratados internacionais como, por exemplo, a própria Convenção de NY, visam a evitar.

Com efeito, o que importa evidenciar neste ponto para os nossos fins é que nem mesmo a *Teoria da Deslocalização* francesa torna o trabalho do árbitro de uma arbitragem internacional significativamente mais fácil no que diz com a arbitrabilidade da disputa que lhe é submetida. Mesmo que o árbitro decida ignorar os requisitos de arbitrabilidade da sede da arbitragem com base na *Teoria da Deslocalização*, ainda assim ele deverá avaliar os requisitos de arbitrabilidade de mais de um Estado para considerar a disputa que lhe é submetida arbitrável. Invariavelmente, o árbitro terá que atentar para os requisitos de arbitrabilidade de ao menos um local de possível execução da sentença arbitral contra cada parte envolvida no procedimento.

Quer dizer, para atender seu dever de proferir uma decisão exequível, o árbitro deverá tomar os cuidados necessários para que sua decisão possa ser executada contra qualquer das partes. Isso porque até a parte requerida que não apresenta contrapedido também pode vir a ter interesse em executar decisão arbitral contra a parte requerente – por exemplo, a parte requerida

pode ter que buscar a execução das custas a que a parte requerente for condenada a pagar na sentença arbitral.

A única exceção que se poderia aventar, portanto, no qual a *Teoria da Deslocalização* tornaria menos complexa a análise de arbitrabilidade de uma disputa internacional, seria o caso no qual todas as partes envolvidas no procedimento fossem passíveis de serem executadas na França. Nesse caso, poder-se-ia dizer que o árbitro só deveria se preocupar com os requisitos de arbitrabilidade da lei francesa, na medida em que a sentença arbitral proferida seria homologada independentemente de ter sido anulada na sede do procedimento. Ou seja, se a demanda é arbitrável na França, a sentença arbitral seria exequível independentemente dos requisitos de arbitrabilidade da sede do procedimento e, assim, o árbitro cumpriria com seu dever.

Todavia, nem mesmo nessa situação nos parece adequado fazer uma análise simplificada a arbitrabilidade de uma demanda internacional. O fato da *Teoria da Deslocalização* ser aplicada apenas em um único Estado – França – somado ao potencial problema que sua aplicação pode causar – como a existência de duas sentenças arbitrais, tal qual no caso *Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV) (1994)* – já é argumento suficiente para que qualquer árbitro diligente desconsidere-a, em resguardo ao seu dever de proferir uma decisão exequível.

O que importa destacar, por fim, é que é inegável o dever do árbitro de proferir uma decisão exequível. E, no contexto de uma arbitragem internacional, o atendimento desse dever sempre implicará numa análise complexa da arbitrabilidade da disputa, na medida em que o árbitro deverá atentar para os requisitos de arbitrabilidade dos diferentes ordenamentos envolvidos.

2.2.3. Ordem Pública e Arbitrabilidade

Conforme abordado anteriormente, a Convenção de Nova York de 1958 harmonizada com a Lei de Arbitragem darão as bases para a execução de sentenças arbitrais internacionais no Brasil (*vide* 2.1.1. e 2.1.2., acima). Tal sistema é corroborado, inclusive, pela própria Lei de Arbitragem, através do seu artigo 34:

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

Com efeito, tanto a noção de arbitrabilidade *ratione personae* como a de arbitrabilidade *ratione materiae* estão presentes na Convenção de Nova York de 1958 e na Lei 9.307/96. O artigo V(1)(a) da Convenção de Nova York de 1958 traz a questão da arbitrabilidade *ratione personae*:

Artigo V

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

a) as partes do acordo 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; (Grifo nosso)

No artigo 1º da Lei de Arbitragem também está presente a noção de arbitrabilidade *ratione personae*: “Art. 1º As **pessoas capazes de contratar** poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (Grifo nosso). E tal dispositivo é ainda complementado pelo artigo 38, inciso I, da mesma Lei 9.307/96:

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

I - as partes na convenção de arbitragem eram **incapazes**; (Grifo nosso)

Note-se que na legislação brasileira, ao menos, há a ideia de capacidade legal para arbitrar e a noção de arbitrabilidade *ratione personae* como sinônimos. É o que se denota da observação de SELMA M. FERREIRA LEMES ao analisar o artigo 1º da Lei 9.307/96¹⁶⁹:

A capacidade que a lei se reporta é a civil, para assumir direitos e obrigações. Para isso a pessoa deve estar no gozo de suas faculdades mentais e ter 18 anos.

Assim, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça poderá negar a execução de sentença arbitral caso uma das partes da arbitragem não tivesse capacidade legal para participar do procedimento, inclusive de ofício¹⁷⁰. É claro, contudo, que no contexto de homologação de uma sentença arbitral estrangeira, é preferível levar-se em conta o caráter internacional da disputa e considerar todas as normas nacionais e internacionais a ela conectadas para identificar-se se as partes tinham ou não capacidade para arbitrar, ao invés de uma aplicação imediata da lei brasileira. Nessa seara, o próprio conceito de capacidade legal comporta certa elasticidade até o ponto em que não viole a Ordem Pública internacional brasileira¹⁷¹.

No que diz com a noção de arbitrabilidade *ratione materiae*, esta está presente no artigo V(2)(a) da Convenção de Nova York de 1958:

Artigo V

(...)

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

¹⁶⁹ LEMES, Selma M. Ferreira. *A Arbitragem no Brasil: Dez Anos de Consolidação do Instituto*. In: CAMPOS, Diogo Leite; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *A Evolução do Direito no Século XXI – Estudos em Homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 548.

¹⁷⁰ SCALETCKY, Fernanda Sirotsky. *Poder Judiciário x Arbitragem: É a Ordem Pública um Limite Efetivo de Utilização da Arbitragem pelo Juiz Brasileiro?* Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/36498>.

¹⁷¹ No que diz com a arbitrabilidade subjetiva, vele fazer registro do intenso debate, predominantemente interno, acerca da arbitrabilidade de causas envolvendo empresas de economia mista. Em decisão paradigmática, o STJ declarou a arbitrabilidade de tais disputas (REsp 904.813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012). Também vale registrar a Lei Mineira de Arbitragem (Lei Estadual nº 19.477/11 – seu art. 2º determina que “o Estado e os órgãos e as entidades das administrações estaduais direta e indireta poderão optar pela adoção do juízo arbitral para a solução dos conflitos relativos a direito patrimonial disponível”. Não obstante, foge ao escopo deste trabalho examinar os debates em âmbito estritamente nacional. Cumpre, contudo, indicar que uma vez reconhecida a arbitrabilidade subjetiva de entidades estatais em âmbito interno – inclusive com referência expressa de qual tal não importa em violação à Ordem Pública – dificilmente isso seria argumento para rejeitar a homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil ou mesmo anular sentença arbitral estrangeira aqui proferida.

a) **segundo a lei daquele país**, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; (Grifo nosso)

A Lei de Arbitragem também traz essa noção no seu artigo 39, inciso I:

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

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

Note-se que, tanto o artigo V(2)(a) da Convenção de Nova York de 1958 quanto o artigo 39, inciso I, da Lei de Arbitragem fazem referência expressa de que a arbitrabilidade do objeto da controvérsia submetida à arbitragem será aferida com base na lei do local de execução, ou seja, no caso de execução no Brasil, pela lei brasileira. Fosse diferente, as partes poderiam contornar do modo fraudulento as limitações da lei brasileira promovendo um procedimento arbitral no exterior e depois buscar a homologação da sentença arbitral no território nacional. É nesse sentido a observação de CARMONA¹⁷²:

Se no Brasil a questão não puder ser submetida à arbitragem, não se pode efetivamente homologar laudo estrangeiro a respeito da matéria, sob pena de burlar a limitação legal. Não fosse assim, seria fácil desrespeitar o art. 1º da Lei: sabendo que o Brasil não aceita solução arbitral em determinadas matérias, bastaria às partes determinar eu o laudo fosse prolatado fora do território da República para que, apresentado laudo estrangeiro, contornassem a proibição, sob a alegação de que, no local em que o laudo fora proferido, a matéria seria arbitrável. Para evitar a fraude, o dispositivo inserido no inciso I desde logo cria barreira intransponível, de resto adotada por todos os países que firmaram a Convenção de Nova Iorque.

A Convenção de Nova York de 1958 faz uma distinção entre arbitrabilidade e Ordem Pública. Enquanto o artigo V(2)(a) trata da arbitrabilidade o artigo V(2)(b) trata da Ordem Pública. Vale colacionar novamente os artigos V(2)(a) e V(2)(b) para melhor compará-los:

Artigo V

¹⁷² CARMONA, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 475 e 476.

(...)

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:

a) segundo a lei daquele país, o **objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou**

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

Em que pese essa diferenciação, já nos próprios trabalhos preparatórios que antecederam a promulgação da Convenção de Nova York de 1958 foi levantado pela delegação francesa que as possíveis violações à arbitrabilidade das disputas afetariam também a Ordem Pública, portanto a disposição do artigo V(2)(a) já estaria acobertada pela disposição do artigo V(2)(b)¹⁷³. Boa parte da doutrina especializada, como FOUCHARD¹⁷⁴, PAULSSON¹⁷⁵, ALBERT JAN VAN DEN BERG¹⁷⁶ e HANOTIAU¹⁷⁷, acompanha esse entendimento. EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES assim resume esse entendimento¹⁷⁸:

(...) de fato, no estágio atual de evolução da arbitragem comercial internacional em âmbito global não parece mais necessária a subsistência da referida distinção. A expressão “ordem pública” apresenta uma diversidade de funções, incluindo a de afastar da arbitragem determinados conflitos, em razão de um interesse essencial da sociedade. Além disso, a vedação à arbitrabilidade não é decorrência apenas da lei aplicável, mas pode sim representar um valor tão fundamental no país em questão para integrar o conceito de ordem pública.

¹⁷³ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Comentários ao Artigo V (2)(a)(b) da Convenção de Nova Iorque*. In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 279.

¹⁷⁴ FOUCHARD, Philippe. *La portée internationale de l'annulation d'une sentence dans son pays d'origine*. In: *Revue de L'Arbitrage* 1997. Haia : Kluwer, 1997, p. 329-352.

¹⁷⁵ PAULSSON, Jan. *Arbitrability, still through a glass darkly*. In: *The ICC International Court of Arbitration bulletin* 1999. Paris: ICC, 1999, p. 98.

¹⁷⁶ BERG, Albert Jan van den. *op. cit.*, p. 368.

¹⁷⁷ HANOTIAU, Bernard. *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*. In: *Journal du droit international* n. 4. Paris : Clunet, 1994, p. 929 e 930.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Eduardo Damião. *op. cit.*, p. 279.

O que importa destacar desse debate é a ideia de que a noção de Ordem Pública presente na Convenção de Nova York de 1958 não se resume, mas também envolve a noção de arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais nos termos da própria Convenção.

Como abordado anteriormente, a arbitrabilidade de uma disputa tem relação direta com a própria possibilidade de execução da sentença arbitral que vier a ser proferida (*vide* 2.2.2., acima). Se a violação à Ordem Pública do local da sede da arbitragem ou à Ordem Pública do local de execução da sentenças arbitral impedem sua execução, a observância da noção de Ordem Pública passa a ser um requisito da própria arbitrabilidade da disputa, nos termos da Convenção de Nova York de 1958. É nessa linha o comentário de MARGARET L. MOSES¹⁷⁹:

Para proferir uma sentenças arbitral exequível, um árbitro deve entender que para uma sentença sobreviver a uma ação anulatória ou uma oposição a sua execução, ela deve geralmente cumprir requisitos formais, bem como **não contrariar a ordem pública**. (Grifo nosso)

Tal constatação, no entanto, deve ser interpretada com cuidado. Não se está a dizer aqui que há uma simbiose completa entre a noção de arbitrabilidade e a noção de Ordem Pública. Há sim causas de inarbitrabilidade de disputas que não tem relação com eventual violação à Ordem Pública, mormente relacionadas com a aplicação de normas imperativas específicas da sede e/ou do local de execução da sentença arbitral, ou com limitações naturais da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas¹⁸⁰.

Tampouco se está a dizer que será necessariamente inarbitrável uma causa complexa, que, por suas próprias características, exija um cuidado ainda maior para evitar infrações à Ordem Pública. Muito pelo contrário. O que se busca é aclarar e reafirmar o papel do árbitro como promotor e garantidor do respeito à Ordem Pública. É nesse sentido que se evidencia a dificuldade ainda maior enfrentada pelo árbitro no contexto de uma arbitragem internacional,

¹⁷⁹ MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 83. Tradução nossa: “*To render an enforceable award, an arbitrator must understand that for an award to survive either a motion to vacate or an opposition to enforcement, it must generally meet formal requirements and not be against public policy.*”

¹⁸⁰ Para uma visão bastante crítica sobre a relação entre arbitrabilidade e Ordem Pública (parcialmente divergente dos pontos sustentados aqui) veja BREKOULAKIS, Stavros; MISTELIS, Loukas. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Haiah: Kluwer, 2009, p. 19-45.

que deve observar a Ordem Pública *internacional* tanto da sede da arbitragem como dos possíveis locais de execução, em atenção ao seu dever de proferir uma decisão exequível (*vide* 2.2.2., acima).

Na perspectiva brasileira, portanto, a noção de Ordem Pública internacional do Brasil – que é a noção abrangida pela Convenção de Nova York de 1958 (*vide* 2.1.3.2., acima) – terá influência na arbitrabilidade de disputas comerciais internacionais em duas situações.

A primeira situação é quando uma disputa comercial internacional com sede em país estrangeiro tenha por finalidade a prolação de uma sentença arbitral que se destine a ser executada no Brasil. Nesse caso, a Ordem Pública internacional brasileira deverá ser observada, sob pena de ser negada a homologação de tal sentença arbitral pelo Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na Lei 9.307/96 e no artigo V(2) da Convenção de Nova York de 1958. É claro, contudo, que a *exceção* da Ordem Pública internacional brasileira deve ser aplicada nos termos delineados pela Convenção de Nova York de 1958, atentando-se acima de tudo para seu caráter internacional (*vide* 2.1.3.2., acima), para o princípio da máxima eficácia (*vide* 2.1.3.1., acima) e para a ocorrência de uma violação *de fato* (*vide* 2.1.3.5., acima).

A segunda situação é quando a sede da arbitragem comercial internacional for no Brasil. Nesse caso, a Ordem Pública internacional brasileira deverá ser observada, ainda que as partes e todos os demais elementos de conexão da disputa sejam de países estrangeiros, sob pena da anulação de sentença arbitral eventualmente proferida, com fundamento na Lei 9.307/96 e na consequente impossibilidade de sua execução no território nacional ou no território de qualquer outro país que tenha ratificado a Convenção de Nova York de 1958, nos termos do seu artigo V(1)(e). Quer dizer, uma disputa reputada inarbitrável nos termos da Ordem Pública internacional brasileira será de todo inarbitrável quando a sede do procedimento arbitral for o Brasil.

Nesse ponto, cumpre registrar a visão exposta por ADRIANA BRAGHETTA ao analisar a possibilidade de renúncia à ação de anulação na sede da arbitragem¹⁸¹. À primeira vista, a

¹⁸¹ Ressalva-se que o comentário da referida autora se dá no contexto da análise da renúncia à ação de anulação na sede da arbitragem, dentro da linha colocada pela Convenção Europeia de 1961 e de legislações nacionais como Suíça, Suécia, Inglaterra, Tunísia e Bélgica, bem como sua possibilidade/conveniência no Brasil. A autora não Seu objetivo não era abordar diretamente o ponto da arbitrabilidade aqui desenvolvido.

posição da autora é parcialmente divergente da esboçada acima com relação à influência da Ordem Pública internacional brasileira no controle de sentenças arbitrais internacionais – mais precisamente com relação à observância da Ordem Pública em sentenças arbitrais internacionais que não se destinem à execução no Brasil¹⁸²:

Quando a sede for no Brasil, é essencial que o Judiciário Brasileiro reconheça a internacionalidade da questão. Se o laudo não for executado no Brasil, é irrelevante se o litígio é inarbitrável ou viola à ordem pública sob a ótica brasileira e tais motivos não devem justificar a anulação. Se a arbitragem for internacional e o laudo executado no Brasil, o pedido de anulação deve ser analisado sob a ótica da ordem pública internacional, ainda que de difícil conceituação.

Tal posição, reconhece-se, segue uma visão moderna no sentido de diminuir ingerências inapropriadas da jurisdição da sede da arbitragem internacional, estabelecendo, tanto quanto possível, instrumentos uniformizadores dos critérios para a anulação de sentenças arbitrais internacionais. Não obstante, acreditamos ser arriscado sustentar essa posição enquanto ainda carecemos da concretização de novos instrumentos unificadores. De um ponto de vista pragmático, dificilmente o Judiciário da sede abrirá mão e fazer um mínimo de controle sobre as sentenças arbitrais internacionais ali proferidas, i.e. Ordem Pública e/ou arbitrabilidade. Logo, o árbitro que ignorar a Ordem Pública internacional/condições de arbitrabilidade da sede do procedimento assumirá grande risco de ver sua decisão anulada na jurisdição da sede e, por força da Convenção de Nova York de 1958, vê-la inexecutável em qualquer outro país (exceto França – *vide* 2.2.2., acima). Não é, portanto, a melhor forma de atender seu dever de proferir uma decisão exequível.

De fato, parece-nos que a leitura mais acertada da posição acima é de que deve ser encarada mais como um incentivo doutrinário à modernização do que como uma ruptura ao sistema de controle – também de Ordem Pública e arbitrabilidade – efetuado na sede. Aliás, é nesse sentido outra observação feita pela autora na mesma obra: “*Em que pese ser útil que a comunidade arbitral continue a analisar todos os possíveis caminhos de evolução, é aceitável o controle concebido na sede e não há necessidade, nos dias de hoje, de alteração*”¹⁸³.

¹⁸² BRAGHETTA, Adriana. *A importância... op. cit.*, p. 364.

¹⁸³ BRAGHETTA, Adriana. *A importância... op. cit.*, p. 222.

Por fim, vale registrar que, conforme abordado anteriormente, a noção de Ordem Pública Regional no MERCOSUL ainda está em fase de gestação e sua ascensão depende de uma retomada do processo integracionista do Bloco (*vide* 1.2.1., acima). Não obstante, havendo tal retomada, possivelmente a noção de Ordem Pública Regional passará a influenciar a própria arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais dos países que integram o MERCOSUL. É o que se verifica no processo integracionista da União Europeia. Em *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV (1999)*¹⁸⁴, o TJUE determinou às cortes nacionais que se abstenham de homologar laudos arbitrais contrários ao que identificou expressamente como “*ordem pública comunitária*”, impondo também aos árbitros a observância de tal princípio quando da análise da arbitrabilidade de questões envolvendo a jurisdição de Estados-Membros da União Europeia.

Assim, por tudo isso, resta demonstrada a influência que a Ordem Pública internacional de cada Estado tem na arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais. É um enorme desafio para qualquer operador e, em especial, para árbitro de uma arbitragem comercial internacional, que deverá levar em consideração e, portanto, harmonizar a aplicação de variadas “Ordens Públicas” a fim de cumprir com seu dever de proferir uma decisão exequível.

¹⁸⁴ Caso 126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* [1999] ECR.

CONCLUSÃO

A Ordem Pública se mostra um tema bastante extenso e complexo. Mesmo dentro dos limites traçados na Introdução deste trabalho, qualquer investigação nessa área fica muito aquém de exaurir o tema e, muito menos, consegue trazer soluções definitivas para todas as dificuldades teóricas e práticas que o permeiam. De fato, qualquer linha de raciocínio desenvolvida sobre a Ordem Pública, em alguma medida, ocasionará certas contradições ou obscuridades.

Não obstante, a presente dissertação se propôs a elucidar o papel da noção de Ordem Pública na arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais dentro de uma perspectiva brasileira de tais disputas. E alguma luz se conseguiu trazer sobre essa questão. Resume-se, portanto, quatro conjuntos de conclusões alcançadas a partir das ideias apresentadas no desenvolvimento do trabalho:

Primeiro, a definição precisa do instituto Ordem Pública é virtualmente impossível. As definições mais específicas, são invariavelmente incompletas; as definições mais genéricas, não tem maior relevância prática em razão do seu alto grau de abstração. Logo, faz parte do próprio conceito de Ordem Pública a sua indefinição – e, por isso, é melhor tratá-la como uma noção do que como um conceito estanque.

Isso não significa, contudo, que a noção de Ordem Pública não seja um fenômeno indesvendável. Muito pelo contrário. Ao compreender que a Ordem Pública possui características especiais, que faz com que varie no tempo e no espaço, seu intérprete consegue dar maior funcionalidade ao conceito e entender sua aplicação no ordenamento jurídico. Nessa linha, a identificação do fator exógeno da Ordem Pública, que a desvincula de qualquer norma positivada, torna-se chave para entender a forma e a aplicação dessa noção. Inclusive, é o que permite diferenciar a noção de Ordem Pública de outros conceitos ou noções que lhes são muito próximos, como Normas Imperativas e Normas de Aplicação Imediata.

Além disso, a diferenciação dos níveis da Ordem Pública se constitui numa questão incontornável para qualquer abordagem que irá se fazer do tema, uma vez que o contexto de aplicação (interno ou em face de um direito estrangeiro) da Ordem Pública interfere na sua funcionalidade, bem como hoje se percebe que certas concepções advindas originalmente de

fontes externas ao ordenamento jurídico podem sim acabar por integrar a própria concepção Ordem Pública de um sociedade.

Segundo, no Brasil, a noção de Ordem Pública já está presente há muito, mesmo antes de haver qualquer referência expressa na legislação pátria. O tratamento dado à noção de Ordem Pública se enquadra e, portanto, pode ser analisado através dos conceitos delineados no início do trabalho. O ponto que mais chama atenção, no entanto, é uma (con) fusão feita pela doutrina brasileira mais tradicional em relação à noção de Ordem Pública e às Normas Imperativas ou às Normas de Aplicação Imediata – conforme o plano (nacional ou internacional) em análise. Mas isso não significa que ambos os conceitos não estejam presente, autonomamente, no direito brasileiro.

Em que pese o entusiasmo com que foi alardeado o MERCOSUL nos seus primeiros anos de existência e dos esforços do seu Tribunal Permanente de Revisão em lançar as bases para uma noção de Ordem Pública Regional, a verdade é que o Bloco passa por uma crise e ainda está longe de atingir a integração da União Europeia, por exemplo. Havendo a retomada do processo integracionista, todavia, é grande a possibilidade de ascensão de uma noção regionalizada de Ordem Pública.

Ainda, na área da Arbitragem Comercial a noção de Ordem Pública (mais clássica) está presente nas fontes nacionais, bem como já se fazia presente desde os primeiros tratados ratificados pelo Brasil sobre o tema. De fato, tal presença se explica em grande medida pelas influências da Convenção de Nova York de 1958 que, mesmo só tendo sido internalizada pelo Brasil em 2002, influenciou praticamente todas as fontes nacionais e internacionais da Arbitragem Comercial brasileira.

Terceiro, a Convenção de Nova York é o tratado de Direito Internacional Privado mais bem sucedido da história. Pela sua ampla abrangência, é possível dizer sem nenhum medo de errar que a Convenção de Nova York de 1958 é a lei que regula o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais internacionais no mundo. Por isso, a compreensão de seu regime e o papel que a noção de Ordem Pública desempenha dentro dele é fundamental.

Nessa linha, foi possível identificar algumas facetas da noção de Ordem Pública no sistema da Convenção de Nova York de 1958. A primeira delas, é o seu caráter de aplicação

excepcional. É reconhecido o princípio da máxima eficácia das sentenças arbitrais, de modo que a negativa da sua execução por questões de Ordem Pública deve, de fato, ater-se a uma esfera bastante estrita de possibilidade e que efetivamente tenham ligação com as concepções mais básicas do país onde se busca a execução. A segunda, é a maior identificação da noção de Ordem Pública da Convenção de Nova York de 1958 com uma noção de Ordem Pública internacional, pois o escopo da Convenção versa justamente sobre a interação do ordenamento nacional com sentenças arbitrais externas. A terceira, é a proximidade com uma noção mais continental de Ordem Pública, que inclui tanto as concepções de Ordem Pública Processual, como de Ordem Pública material. A quarta, é a constatação da mesma (con) fusão verificada no ordenamento interno brasileiro, entre a noção de Ordem Pública e Normas de Aplicação Imediata – o que, em grande, medida facilita sua aplicação pelo Judiciário brasileiro. A quinta, por fim, é a preponderância do fator exógeno da Ordem Pública, e a consequente necessidade de que haja uma infração, de fato, às concepções fundamentais da sociedade para que se negue efeito a uma sentenças arbitral.

Quarto, a Ordem Pública influencia a arbitrabilidade de disputas comerciais internacionais de tal forma que a sua observância passa a ser um requisito de arbitrabilidade, nos termos das Convenção de Nova York de 1958. O conceito de arbitrabilidade – tanto subjetiva quanto objetiva – está intrinsecamente relacionado à possibilidade de execução da sentenças arbitral a ser proferida. Tal ocorre principalmente em atenção ao princípio-dever de que o(s) árbitro(s) devem proferir decisões exequíveis. Logo, se o desrespeito à Ordem Pública tem o condão de impedir a execução de uma sentenças arbitral, a Ordem Pública precisa ser observada já no momento em que se avalia se uma disputa é arbitrável ou não.

Isso impõe uma tarefa sobremaneira complexa aos árbitros, mas inafastável. É necessário avaliar se a arbitragem de determinada disputa não fere a Ordem Pública do local da sede do procedimento arbitral, pois do contrário a sentença arbitral poderá ser anulada naquele país e se tornar inexecuível em qualquer outro país signatário da Convenção de Nova York de 1958. Concorrentemente, também é preciso avaliar se a arbitragem dessa mesma disputa não ferirá a Ordem Pública do(s) local(is) de possível execução da sentença arbitral, sob pena da execução desta ser barrada, e portanto não ser cumprido o dever maior dos árbitros de proferir uma sentença arbitral exequível.

Por tudo isso, a observância da Ordem Pública (do local da sede da arbitragem e a do local de provável execução do laudo) passa a ser um requisito da própria arbitrabilidade das disputas comerciais internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Fifty Years in Five? The Brazilian Approach to the New York Convention*. In: JEMIELNIAK, Joanna; MIKLASZEWICZ, Przemyslaw. *Interpretatio of Law in the Global Worl: from Particularism to a Universal Approach*. Heidelberg: Springer, 2010, p. 279-301.

ACCIOLY, Elisabeth. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGUINIS, Ana Maria M. de. *Regimes societários no Mercosul*. In: SAMPAIO, Martin de Almeida Sampaio (org.). *A estratégia legal dos negócios*. São Paulo: Maltese, 1994.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A anulação das sentenças arbitrais e a ordem pública*. In: Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. n° 9, p. 262-276.

ALONSO GARCIA, Ricardo. *Las Sentencias Básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A Ordem Pública e Processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAYA, Miguel. *El Derecho de Sociedades en el Mercosur*. In: SAN PEDRO, L. A. (org.). *Mercosur y la Union Europea: dos modelos de integración económica*. Valladolid: Lex Nova, 1998.

ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARAUJO, Nádia de; SPITZ, Lídia. *A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Análise sobre se Âmbito de Aplicação*. In: WALD, Arnoldo e LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53-82.

AUDIT, Bernard. *Droit International Privé*. Paris : Economica, 2008.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

_____. *O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula Onde Proferida*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, nº 37, 2013, p. 7-28.

_____. *A Aplicação do Direito Estrangeiro pelo Juiz Brasileiro*. In: *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 142. 1999, p. 267-277.

_____. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BARROCAS, Manuel Pereira. *A Ordem Pública na Arbitragem*. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Ba3c0fd19-433b-4558-8aa0-f412022d855b%7D.pdf>

BASEDOW, Jürgen. *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*. In : *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde: Le droit international privé: esprit et méthodes*. Paris : Dalloz, 2005, p. 55-74.

BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional: o direito internacional privado à luz da jurisprudência*. São Paulo: 1988.

BATTIFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris : Dalloz, 2002,

BAZÁN, Victor. *El Mercosur desde el plano de las constituciones de sus Estados partes: perspectivas del sistema de solución de controversias*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito da Integração e Relações Internacionais: ALCA, Mercosul, UE*. Florianópolis: Fundação Boiteux Editora, 2001, p.670-682.

BERG, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haia: Kluwer, 1981.

_____. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/ha/crefaa/crefaa.html#>

_____. *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?* Disponível em: https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.newyorkconvention.org%2Fuserfiles%2Fartikelen%2F195_ny-panama.pdf

_____. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Haia: Kluwer, 1981, p. 359.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Codificação progressiva do direito internacional*. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty: v. II; pareceres de Clóvis Beviláqua 1913-1934*. Brasília: Senado Federal: 200, p. 365-371.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union Law*. Luxemburgo: 2010.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer, 2009.

BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. v. 1. São Paulo: Renovar, 2010.

_____. *Polygamy of Treaties in Arbitration - A Latin American and Mercosul Perspective*. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.Á.; ARIAS, David. (Org.). *Liber Amicorum: Bernardo Cremades*. Madri: La Ley, 2010, p. 253-272.

_____. *A Importância da Sede da Arbitragem*. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONAS, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Org.). *Arbitragem - Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*, v. 1. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007, p. 18-32.

_____. *A escolha da sede na arbitragem*. In: Revista do Advogado, v. 87. São Paulo, 2006, p. 7-13.

BRAGHETTA, Adriana; LEMES, Selma M. Ferreira. *O Artigo VII da Convenção de Nova Iorque*. In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 315-340.

BREKOULAKIS, Stavros; MISTELIS, Loukas. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Haia: Kluwer, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. Rev., Atual. e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista. *Anteprojeto de Lei sobre a Arbitragem no Brasil – Justificação*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/justificativa.pdf>

CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 – Internacionalização do Direito e Relações entre Direito Internacional e Direito Interno*. In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19-51.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

CEREXHE, Étienne. *Le droit européen: la libre circulation des personnes et des entreprises*. Bruxelas: Nawelaerts, 1982.

COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e Estado: interesses divergentes?* São Paulo: Atlas, 2010.

COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O juízo arbitral no Direito Brasileiro*. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 177-190.

DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOLINGER, Jacob. *Evolução da ordem pública no direito internacional privado. Tese apresentada no concurso de cátedra de direito internacional privado*. Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (UERJ), 1979

_____. *A livre escolha pelas partes da lei aplicável nos contratos internacionais*. In: Revista de Direito do Estado. v. 1. nº 2. p. 43-78.

_____. *O Árbitro da Parte – Considerações Éticas e Práticas*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. nº 6. p. 29-45.

_____. *Ordem Pública Internacional e seus diversos patamares*. In: Revista dos Tribunais. v. 828. p. 33-42.

_____. *Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado*. Texas Law Journal, v. 17, nº 2, p. 167-193.

_____. *Direito internacional privado: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmem. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESPERSON, Pierro. *Le droit international privé dans la législation italienne*. J. de Droit International, 255.

ESTRELLA FARIA, Guiomar T. *As sociedades comerciais e a formação dos blocos econômicos de nações – Necessidade de harmonização do Direito Societário interno dos países do Mercosul*. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 158-190.

FINKELSTEIN, Cláudio. *A reserva legal do Direito Internacional Privado brasileiro*. In: MENEZES, Wagner (org.). *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2004, p. 855-871.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Haia: Kluwer, 1999.

FOUCHARD, Philippe. *Os Desafios da Arbitragem Internacional*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, nº 1, 2004, p. 57-72.

_____. *La portée internationale de l'annulation d'une sentence dans son pays d'origine*. In: *Revue de L'Arbitrage* 1997. Haia : Kluwer, 1997, p. 329-352.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Reflexões sobre a Contribuição do Direito Comparado para a elaboração do Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. *A saga da uniformização da compra e venda internacional: da lex mercatoria à Convenção de Viena de 1980*. In: MENEZES, Wagner (org.). *O direito internacional e o Direito Brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2004, p. 809-832.

FRANCESKAKIS, Phocion. *La théorie du renvoi et les conflits de systmes en droit international privé*. Paris: Sirey, 1958.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Norma Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAVALDA, Christian; PARLEANI, Gilberto. *Droit des affaires de l'union européenne*. Paris: Litec, 1998.

GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine; VOGEL, Louis. *Droit commercial européen*. 5ª ed. Paris: Dalloz, 1994.

GOMES, Orlando. *Direito Privado (novos aspectos)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Comentários ao Artigo V (2)(a)(b) da Convenção de Nova Iorque*. In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275-294.

GREBLER, Eduardo. *Controle Judicial da Sentença Arbitral*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 5, 2005, p. 52-66.

HANOTIAU, Bernard. *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexam*. In : *Journal du droit international* n. 4. Paris : Clunet, 1994, p. 899-966.

HEALY, Thomas H. *Théorie générale de l'ordre public*. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, v. 9, 1925-IV, p. 407-557.

International Law Association (ILA). *Interim Report on Public Policy as a Bar ro Enforcement of International Arbitral Awards*. Comitê de Arbitragem Comercial Internacional, Conferência de Londres, 2000.

International Law Association (ILA). *Final Report on Public Policy*. Comitê de Arbitragem Comercial Internacional, Conferência de Nova Deli, 2002.

JAYME, Erik. *Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado*. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, nº 82. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1991.

JIMENEZ, M. L. O. *La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur*. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33-88.

KAHN, Philippe. *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*. In: *Journal du Droit International*. v. 116. n. 2. Paris:LexisNexis, 1989, p. 304-327.

KESSEDJIAN, Catherine, *Public Order in European Law*. *Erasmus Law Review*, v. 1, nº 1, 2007. Disponível em:
<http://www.erasmuslawreview.nl/files/02-PUBLIC_ORDER_IN_EUROPEAN_LAW.pdf>

KULESZA, Gustavo Santos; MANGE, Flavia Foz; SILVA Rafael Bittencourt; SOARES, Rafael Vicente. *Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985, com as alterações adotadas em 2006*. Disponível em:
http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_verso_final.pdf. Tradução não oficial

LALIVE, Pierre. *Ordre Public Transnational (ou Réllement International) et Arbitrage International*. CASELLA, Paulo Borba (trad.). *Ordem pública transnacional e arbitragem internacional – conteúdo e validade da ordem pública transnacional na prática arbitral*. In: *Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais*. v. 1. n. 1. São Paulo: Forense, 1989, p. 25-69.

LAURENT, F. *Le droit civil international*. Bruxelas: Bruylant-Christophe, 1880.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Le Nouveau Régime de L'arbitrage au Brésil*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 81-106.

_____. *A Especificidade da Arbitragem Comercial Internacional*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 245-268.

_____. *A Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975: existência e vicissitudes do sistema interamericano de arbitragem comercial internacional*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 401-430.

_____. *Le champ d'application de la Convention de Panama, note sous Cour d'Appel des Etats-Unis, 18 avril 1994*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 431-436.

_____. *Arbitragem Comercial Internacional no Mercosul : o Acordo de Buenos Aires de 1998*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 437-454.

_____. *A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem*. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (org.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 172-193.

LEMES, Selma M. Ferreira. *O Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção de Nova Iorque de 1958*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida (coord.). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 325-333.

_____. *A Arbitragem no Brasil: Dez Anos de Consolidação do Instituto*. In: CAMPOS, Diogo Leite; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *A Evolução do Direito no Século XXI – Estudos em Homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 543-576.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer, 2003.

LIEBSCHER, Christoph. *European Public Policy - A Black Box?* In: *Journal of International Arbitration* 17. 2000, p. 73-88.

MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego. *Instituciones y Derecho de La Unión Europea*. Madri: Tecnos, 2010.

MANIN, Philippe. *Les communautés européennes*. Paris: Pedone, 1998.

MARQUES DOS SANTOS, António. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*. v. 1 e 2. Coimbra: Almedina, 1991.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque*. In: WALD, Arnaldo e LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127-140.

_____. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: comentários à lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAYER, Pierre. *Effect of International Public Policy in International Arbitration?* In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D. M.; *Pervasive problems in international arbitration*. Haia: Kluwer, 2006, p. 61-69.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENGOZZI, Paolo. *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*. Madri: Editorial Tecnos, 2000.

MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

MOTA CAMPOS, João; MOTA CAMPOS, João Luiz. *Manual de Direito Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

NIBOYET, J.-P. *Notions sommaires de droit international privé en vue de l'examen de licence*. Paris: Recueil Sirey, 1937.

PAULSSON, Jan. *Arbitrability, still through a glass darkly*. In: The ICC International Court of Arbitration bulletin 1999. Paris: ICC, 1999, p. 95-104.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A interação entre a Convenção de Nova Iorque (CNY) e o direito interno brasileiro: roteiro para a compreensão do tema no âmbito da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Disponível em: http://www.justen.com.br/pdfs/IE69/IE69_not_cesar.pdf

PERELMAN, Chaïm, ELST, Raymond vander (orgs.). *Les Notions à contenu variable en droit*. Bruxelas: E. Bruylant, 1984.

PEROTTI, Alejandro Daniel. *El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional*. Revista DeCitas. Derecho del Comercio Internacional. Buenos Aires: Zavallia, 2005, p. 558- 560.

_____. *Los principios del derecho comunitario y el derecho interno en Europa y la Comunidad Andina: aplicabilidad en el derecho del MERCOSUR*. Córdoba: Mediterránea, 2006.

PETIT-BADÁN, Didier. *La función del orden público internacional*. Séptimo curso de derecho internacional organizado por el Comitê Jurídico Interamericano. Conferências e informes. Washington: Secretaria Geral da OEA, 1981.

PLATTE, Martin. *An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards*. In: Journal of International Arbitration 20(3) : 307–313. Haia: Kluwer, 2003, p. 307-313.

RACINE, Jean-Baptiste; SAUTONIE, Laura; TENENBAUM, Aline; WICKER, Guillaume. *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis (eds.). Produzido por Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française e Societé de Législation Comparée. Munique: Sellier, 2008.

ROMAIN, Jean-Francois. *L'ordre public (notion generale) et Les droits de l'homme*. Bruxelas : Bruylant, 1995.

REDFERNM Alan; HUNTER; Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. t. II, 3ª ed., Turim : UTET 2004.

SANDERS, Pieter. *The History of The New York Convention*. Disponível em: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13474348789900/congress_no._9_keynote_address_prof._pieter_sanders.pdf

SAVATIER, René. *Cours de droit international privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. *Poder Judiciário x Arbitragem : É a Ordem Pública um Limite Efetivo de Utilização da Arbitragem pelo Juíz Brasileiro?* Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/36498>.

SCHAPIRA, Jean; TALLEC, Georges le; BLAISE, Jean-Bernard; IDOT, Laurence. *Droit des affaires*. T. 2. Paris: PUF, 1999.

SERAGLINI, Cristophe. *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Paris : Dalloz, 2001.

SHULZ, Alexandre Buono. *A ordem pública na Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 10, n. 38. São Paulo: IOB, 2013, p. 67-100.

STRENGER, Irineu. *Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais*. *Revista dos Tribunais*. v. 606. São Paulo: 1986. p. 09-12.

_____. *Direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2005.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral: de acordo com a nova jurisprudência constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Os Efeitos da Convenção de Arbitragem em face da Constituição Federal*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 107-142.

_____. *Sentença Arbitral e Juízo de Execuções*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 201-214.

_____. *I Love New York*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 393-394.

_____. *Ratificação da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958)*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 395-400.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. *Direito Internacional Público e Direito da Integração: Desafios Atuais*. In: CASELLA, Paulo Borba e VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia (coord.). *Direito da Integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 59-86.

WALD, Arnaldo. *A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro*. Rev. de Mediação e Arbitragem, n. 18, jul.-set. 2008, p.15.

Julgados

Brasil:

REsp nº 616/RJ, Rel. Ministro Gueiros Leite, Terceira Turma, julgado em 24/04/1990, DJ 13/08/1990.

Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7 (Reino da Espanha), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno do STJ, julgado em 12.12.2001.

SEC 802/US (2005/0032123-9-19-9-2005), Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 17/08/2005, DJ 19/09/2005.

SEC 894/UY, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2008, DJe 09/10/2008

REsp 904.813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

Estados Unidos:

74-1642, 74-1676 U. S.1974, *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)* [1974] U.S. Court of Appeals, Second Circuit.

473 U.S. 614, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* [1989] Suprema Corte dos EUA.

França:

83-11.355, *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.* France [1984] Cour de Cassation.

92-15.137, *Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV)* [1994] Cour de Cassation.

Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL:

Opinião Consultiva 01/2007. Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL.

Tribunal de Justiça da União Europeia:

Caso 26/62, *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR.

Caso 6/64, *Flaminio Costa v. ENEL* [1964] ECR 585.

Caso 41/74, *Yvonne van Duyn v. Home Office* [1974] ECR.

Caso 30/77, *Regina v. Pierre Bouchereau* [1977] ECR.

Caso 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SPA* [1978] ECR.

Caso 376/96, *Arblade e outros v. Bélgica* [1999] ECR.

Caso 126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* [1999] ECR.

Caso 79/01, *Payroll Data Services v. Italy* [2002] ECR I-8923.

Caso 36/02, *Omega v. Alemanha* [2004] ECR.