



Arbitragem e Constituição

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Ana Carolina Francisco

Estagiária: Aline Pavanelli

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

Analistas de Operações Editoriais: Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Carolina Ferreira, Maria Cristina Lopes Araujo, Rodrigo Araujo e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Michelle Kwan e Thabata Flausino de Almeida

Capa: Kiko Farkas/Máquina Estúdio

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Arbitragem e Constituição / Coordenadores Georges
Abboud, Fernando Maluf, Gustavo Favero Vaughn. -- São Paulo : Thomson
Reuters Brasil, 2023.

Vários autores.
Bibliografia.

ISBN 978-65-260-0023-6

1. Arbitragem (Direito) - Brasil 2. Controle de constitucionalidade 3. Direito
constitucional - Brasil I. Abboud, Georges. II. Maluf, Fernando. III. Vaughn, Gustavo
Favero.

23-166485

CDU-347.918:340.131.5

Índices para catálogo sistemático:

1. Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade : Direito
347.918:340.131.5

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

Esta obra
contém artigos
em língua
estrangeira

Georges Abboud
Fernando Maluf
Gustavo Favero Vaughn
coordenadores

Arbitragem e Constituição

Prefácio Ministro Gilmar Mendes
Apresentação Ministro Cesar Asfor Rocha

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ARBITRAGEM E CONSTITUIÇÃO

Georges Abboud, Fernando Maluf e Gustavo Favero Vaughn

Coordenadores

© desta edição [2023]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia

CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Os autores e as autoras gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS

(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [09-2023]

Profissional

Fechamento desta edição [26.07.2023]



ISBN 978-65-260-0023-6

APRESENTAÇÃO

Honraram-me, os coordenadores, com o convite para apresentar esta muito oportuna e instigante obra coletiva, a ser publicada pela prestigiosa Thomson Reuters Revista dos Tribunais, que se volta a aprofundar as relações entre a arbitragem e o Direito Constitucional.

O tema central da obra, com enfoque na perspectiva constitucional do processo arbitral, é inédito e de suma Juliana Loss, relevâncias acadêmica e prática. *Inédito* porque não se tem notícia de uma obra que reúna tantos e tão qualificados estudiosos para tratar desse tema. De *sumas relevâncias prática e acadêmica* porque o livro que ora apresento traz preciosos estudos sobre as mais variadas questões que tocam a evidente conexão entre o processo arbitral e a Constituição Federal, a exemplo da aplicação de princípios constitucionais à arbitragem e do controle difuso de constitucionalidade a ser realizado pelos árbitros.

A arbitragem não é estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Uma curiosidade histórica que se pode mencionar a esse respeito, para ilustrar, é que a Constituição do Império, de 1824, já previa, no seu artigo 160, com inegável pioneirismo, que nas causas “cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros”, cujas “sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”. As características da arbitragem previstas em tal disposição constitucional, vale dizer, a possibilidade de as partes escolherem os árbitros e a definitividade das decisões arbitrais, que são irrecuráveis, norteiam o processo arbitral brasileiro até os dias de hoje, a despeito de a Constituição Federal de 1988 não conter previsão semelhante.

O fato de a Constituição brasileira de 1988 não tratar expressamente da arbitragem – à exceção de uma disposição sobre arbitragem no âmbito de dissídios coletivos – não muda em absolutamente nada o fato de que a arbitragem tem suas raízes na Constituição Federal e, mais do que isso, deve a ela estrita e inegociável obediência, sob pena de incorrer em grave inconstitucionalidade. A propósito, lembre-se de que o egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgamento paradigmático, concluído em 2001, envolvendo a homologação de sentença arbitral espanhola (AgRg na SEC n. 5.206, relatado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence), enfrentou, ainda que incidentalmente, a questão da constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira. Em tal ocasião, a Suprema Corte consagrou, tornando indiscutível, a constitucionalidade da Lei n. 9.307, de 1996, que instituiu a arbitragem no Brasil como instrumento perfeitamente ajustável aos preceitos constitucionais de nosso país.

Além de ter consagrado a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, o Supremo Tribunal Federal chancelou a natureza jurisdicional da arbitragem (tal qual eu mesmo registrei como Ministro relator, em 2007, no julgamento unânime da SEC n. 839 pela colenda Corte Especial do egrégio Superior Tribunal de Justiça), sedimentando, com isso, o entendimento de que os árbitros são “juízes de fato e de direito”, conforme diz a lei de regência, no sentido de que as sentenças arbitrais têm a mesma eficácia das sentenças proferidas pelos juízes togados. Esse

tem sido, desde então, o entendimento aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, valendo citar aqui, por todos, o REsp n. 1.481.644/SP, em que a colenda Quarta Turma, sob a relatoria do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, um dos maiores estudiosos da arbitragem no Brasil, reconheceu a existência da inquestionável “jurisdição arbitral”.

O *leading case* do Supremo Tribunal Federal a que me referi acima é, sem dúvida, um importantíssimo marco para a arbitragem no Brasil. Não é exagero dizer que, a partir desse julgado, a arbitragem passou a ser amplamente utilizada como meio não estatal de solução de controvérsias, sobretudo as empresariais. Aliás, de modo geral, o Poder Judiciário tem sido um fiel escudeiro da arbitragem. O Brasil é visto – por nós brasileiros e por estrangeiros – como um país *arbitration-friendly*, é dizer, favorável aos interesses da arbitragem. Trata-se de dado objetivo que jamais seria factível se o Poder Judiciário brasileiro que, cumpre salientar, é altamente especializado no tema, fosse avesso à arbitragem.

Contudo, afirmar que o Brasil é um país pró-arbitragem não significa admitir que o Poder Judiciário brasileiro não exercerá alguma espécie de controle sobre a jurisdição arbitral, mormente quando estiverem em jogo mandamentos constitucionais. Conquanto a intervenção judicial no processo arbitral seja exceção à regra – exceção que deve ser admitida com severo rigor – e mesmo estando os juízes impedidos de rever o mérito de sentenças arbitrais, é certo que se deve consentir, em especiais e determinadas circunstâncias, tais como aquelas em que os árbitros violem as garantias constitucionais do processo arbitral (*e.g.*, devido processo legal, vedação à prova ilícita, imparcialidade, quebra da paridade de armas). O Poder Judiciário não só pode, mas efetivamente deve intervir para fins de garantir a conformidade constitucional da arbitragem.

Vale citar um exemplo de controle judicial que me parece bastante ilustrativo do quanto dito acima. Imagine-se que um tribunal arbitral, aplicando o direito brasileiro à espécie, se fundamenta em dispositivo de certa lei que foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade (*e.g.*, no bojo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade). Nesse cenário, parece-me que o Poder Judiciário deveria intervir, se provocado para tanto, a fim de garantir a conformidade constitucional da arbitragem, na medida em que a decisão de inconstitucionalidade proferida em ação constitucional de índole objetiva tem eficácia vinculante e *erga omnes*, de modo que os árbitros devam, em qualquer hipótese, respeitá-la e segui-la.

No exemplo acima, isto é, de processo constitucional objetivo, o controle do Judiciário sobre a arbitragem poderia se dar ao menos de duas maneiras.

Primeiramente, nos autos de uma ação anulatória de sentença arbitral, que poderia ser ajuizada com base no art. 32, IV, da Lei de Arbitragem, sob o argumento de que a decisão arbitral que ignora precedente vinculante do Supremo, pautando-se em norma inconstitucional, deixa de aplicar o direito brasileiro, afrontando a convenção de arbitragem que prevê única e exclusivamente a regência da lide pelo direito brasileiro. Ademais, poder-se-ia cogitar também de ofensa à ordem pública brasileira em virtude da aplicação de norma inconstitucional, tendo em vista que a inconstitucionalidade é o vício mais grave do nosso ordenamento jurídico, portanto diz respeito à ordem pública interna.

A duas, nos autos de uma reclamação constitucional, que, a meu ver, tem mais força para garantir a segurança jurídica do que a ação anulatória de sentença arbitral. No exemplo em comento, a reclamação constitucional apresentar-se-ia como uma forma de controle

judicial *per saltum* da arbitragem, dado que a parte prejudicada poderia questionar a sentença arbitral violadora de precedente constitucional vinculante diretamente no Supremo. De outra sorte, a ação anulatória voltada a garantir a autoridade de precedente de tal natureza teria de aguardar a chegada dos autos ao Supremo, após anos de litígio, para se assegurar, em definitivo, a conformidade da arbitragem com o regime constitucional vigente.

Feitas essas breves digressões, que me pareciam imprescindíveis à luz do tema central do livro, não posso deixar de listar as brilhantes contribuições realizadas por distintos autores brasileiros e estrangeiros para esta obra coletiva.

Do lado dos brasileiros, os seguintes autores, em ordem alfabética: Abhner Youssif Mota Arabi (*Controle de constitucionalidade arbitral: possibilidades e limites no Direito brasileiro*); Ana Paula de Barcellos (*STF e a decisão na SE-90 5.206: três questões que continuam relevantes*); Arnoldo Wald (*A arbitragem e o Poder Judiciário: o conflito de competência*); Carlos Alberto Carmona e José Augusto Bitencourt Machado Filho (*A inaplicabilidade das garantias e vedações do art. 95 da Constituição Federal aos árbitros*); Celso Caldas Martins Xavier, Daniel Kaufman Schaffer e João Pedro Marques (*Arbitragem e imparcialidade dos julgadores*); Clarissa Marcondes Macêa (*Arbitragem e CNJ à luz da ordem constitucional brasileira*); Daniel Falci Goulart e Larissa Hollo (*Precedentes constitucionais e arbitragem. Breves considerações sobre a existência de precedentes constitucionais qualificados e sua observância nas sentenças arbitrais*); Daniel Ferreira Brantes, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (*Arbitragem e Publicidade*); Eduardo Baptista Vieira de Almeida Filho e Fernando Figueiredo Ponzini (*Breves reflexões sobre os princípios constitucionais processuais na arbitragem: a vedação à prova ilícita*); Eduardo Montalvão Machado e Nelson Martins da Silva Neto (*Precedentes constitucionais e arbitragem*); Eduardo Talamini (*Fundamentação da sentença arbitral e devido processo*); Fernando Maluf, Amanda Carvalho e Rafael Barthasar (*Arbitragem, Direito do Trabalho e Constituição: We can do it*); Fernando Maluf e Leticia Tajara Fleury (*Acima do Olimpo? Os árbitros e a Reclamação Constitucional*); Flávio Luiz Yarshell e Rafael Stefanini Auilo (*Controle judicial prévio (e excepcional) de decisões arbitrais: exame sob a perspectiva da inafastabilidade do controle jurisdicional*); Georges Abboud e Antonio Gavazzoni (*Ativismo judicial na arbitragem*); Gustavo Favero Vaughn e Caio Cesar Rocha (*Árbitros e provimentos constitucionais vinculantes*); José Rogério Cruz e Tucci (*Garantias constitucionais do processo e submissão de “terceiros” à arbitragem (a questão dos administradores de fundos de investimento)*); Júlia Thiebaut Sacramento, Paula Butti Cardoso e Tatiana Nunes (*Arbitragem e Poder Público na perspectiva constitucional: o cumprimento da sentença arbitral sob a ótica do princípio da eficiência*); Ministro Luis Felipe Salomão e Juliana Loss (*O papel institucional do STJ no fortalecimento da arbitragem e do Estado Democrático de Direito*); Marcus Vinicius Vita (*A extensão da convenção de arbitragem a terceiros não signatários: uma análise de sua viabilidade à luz da Constituição*); Michelle Grando e Gustavo Gaspar Nogueira (*A homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil sob a ótica constitucional*); Nadia de Araujo e Caio Gomes de Freitas (*Arbitragem e direito dos tratados: uma análise do conflito de fontes sob a ótica da Convenção de Nova Iorque*); Ministra Nancy Andrigli (*Acesso à justiça e arbitragem*); Paulo Henrique dos Santos Lucon e Raul Longo Zocal (*O árbitro sob a ótica constitucional da imparcialidade*); Priscila Faricelli de Mendonça e Sergio André Rocha (*As mudanças na legislação de preços de transferência*:

uma janela para a arbitragem entre fisco e contribuinte); Rodrigo L. Canalli (*Proteção de dados e arbitragem: reflexões à luz do direito constitucional*).

Já do lado dos estrangeiros, cujas origens remetem a quatro continentes – América, Europa, Ásia e Oceania –, destacam-se os estudos dos seguintes autores, também em ordem alfabética: Ana Maria Castro Dosal e Cecilia Azar Manzur (*Arbitraje Comercial y Constitución Federal: México*); Daniela Páez-Salgado e Javier Jaramillo-Troya (*Arbitraje y Derecho Constitucional en Ecuador*); Eduardo Zuleta e Angélica María Perdomo (*International Arbitration and the Constitution – Back to Basics*); Elisa Zavala Achurra (*Control constitucional y de convencionalidad de laudos arbitrales en Chile*); Frederico Singarajah (*Is there a constitutional right to resolve disputes by arbitration in Britain?*); Jeffrey A. Rosenthal e Katie L. Gonzalez (*Arbitration and the U.S. Constitution: the Impact of Federalism and Due Process on the Enforcement of Arbitration Agreements and Awards in the United States*); Kabir Duggal e Pranav V. Kamnani (*Arbitration in India: the Constitutional Framework and Decisions of the Supreme Court of India*); Mateo Verdías Mezzera (*El agotamiento de la vía interna en Uruguay bajo los tratados bilaterales de inversión: análisis del sinuoso camino (des)dibujado por La Reforma Constitucional de 1997*); Mesut Akbaba (*Consent to Arbitration and the German Constitution: An Analysis in light of the German Federal Constitutional Court's Decision in the Pechstein Case*); Patricia Saiz González e Aleix Pérez Pitarch (*Arbitraje y Constitución española: un tándem abogado a entenderse*); Paula Costa e Silva (*A conformidade constitucional do procedimento arbitral: o caso Pechstein, princípio do lugar único, jurisdição arbitral e garantias processuais fundamentais*); Pedro Metello de Nápoles, Ana Coimbra Trigo e Carolina Inverno Branco (*Arbitragem e Direito Constitucional em Portugal*); Peter Bowman Rutledge (*Arbitration and the U.S. Constitution*); Peter Ch. Sester (*The impact of "Constitutional Law" on arbitral awards in Germany and Austria*); Raoul J. Renard (*The Australian Constitution and International Commercial Arbitration: TCL Air Conditioner Revisited*); Rebeca E. Mosquera e Alejandro E. Chevalier (*Arbitration and the Constitution of Panama*); Ricardo Ostrower, Ari MacKinnon e Martín Vainstein (*Arbitraje y la Constitución Argentina*); Simon Bianchi (*Arbitration and Swiss Constitutional Law – Mixing Like Oil and Water?*).

Como se pode notar, a excelente e completa obra coordenada pelos Professores Georges Abboud, Fernando Maluf e Gustavo Favero Vaughn transita com habilidade pelas nuances que acompanham as interações entre arbitragem e Direito Constitucional não apenas no Brasil, mas também em outros cantos do mundo, cada qual com suas respectivas realidades constitucionais. É por esses e outros motivos, alguns deles já apontados acima, que recomendo vivamente a leitura da obra “Arbitragem e Constituição”.

Congratulo os Coordenadores pela iniciativa e organização da obra, a Thomson Reuters Revista dos Tribunais por lançar ao público brasileiro mais um livro imprescindível aos estudiosos do Direito, e os demais autores pelas valiosas produções acadêmicas que dão vida a esta obra que, como disse logo no início, tenho a honra de apresentar.

São Paulo, 15 de junho de 2023.

CESAR ASFOR ROCHA

Advogado e Presidente do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos da Fiesp.
Foi Ministro e Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

PREFÁCIO

A arbitragem tornou-se uma realidade concreta no Direito brasileiro. Nas últimas décadas, a via arbitral consolidou-se como meio extrajudicial adequado e seguro para dirimir conflitos que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, se assim contratarem as partes interessadas.

Muito dessa consolidação, sem sombra de dúvidas, é tributária do célebre precedente a que chegou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo eminente Ministro Moreira Alves, no âmbito de uma ação de homologação de sentença arbitral proferida na Espanha (SE 5206). Foi esse julgamento, concluído em 2001, em favor da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, que conferiu ao processo arbitral a legitimidade que lhe era necessária para se transformar em um procedimento de cada vez mais crescente utilização para a resolução de casos de alta complexidade e relevância econômica.

Um dos conceitos sedimentados após o julgamento paradigmático do Supremo foi o de que, a despeito de a arbitragem se originar de uma convenção processual privada, os árbitros exercem jurisdição. De fato, trata-se de um truísmo indiscutível há pelo menos duas décadas. Porque são juízes de fato e de direito, os árbitros são autorizados, se for essa a vontade das partes, a interpretar e aplicar o direito brasileiro na resolução de disputas privadas, inclusive em casos que eventualmente envolvam entes da Administração Pública, na forma da lei de regência.

Se exercem jurisdição e decidem controvérsias aplicando o direito brasileiro, tendo as sentenças judicial e arbitral os mesmos efeitos, é evidente que os árbitros, assim como os juízes togados, se submetem à Constituição e à sindicância de sua jurisdição constitucional. Em sendo a Constituição a lei maior do direito brasileiro, a atividade dos árbitros e todo o processo arbitral deve se pautar, em primeiro lugar, nas normas constitucionais, sob pena de incorrer-se em grave inconstitucionalidade. É a Constituição que guia e ilumina o passo a passo da arbitragem – da atuação das câmaras arbitrais à fundamentação da sentença arbitral, incluída também a fase pós-arbitral.

Nesse contexto, os árbitros efetivamente se afiguram como intérpretes da Constituição, para citar aqui um conceito do ilustre jurista alemão Peter Häberle. Ainda que os processos arbitrais acabem sendo, em sua grande maioria, resolvidos com fundamento na interpretação particular de instrumentos contratuais, cotejada com a análise das peculiaridades dos respectivos casos concretos e com a apreciação de provas especificamente produzidas para a resolução daquele caso particular, não se pode olvidar que as normas constitucionais incidem com elevada força na arbitragem. Afinal, ninguém ousaria dizer que um processo arbitral que viola os princípios do contraditório, da paridade de armas e da vedação à prova

ilícita devesse sobreviver ao controle do Poder Judiciário (*a posteriori* ou não, a depender da gravidade do vício de relevância constitucional que o macula).

Sem dúvidas, há diversos pontos a serem destacados sobre a clara relação entre arbitragem e Direito Constitucional. Não caberia a mim listá-los neste singelo prefácio, notadamente porque a obra coletiva em questão, intitulada *Arbitragem e Constituição*, contempla os pontos mais relevantes atualmente em discussão sobre o assunto, tanto sob a ótica do direito brasileiro quanto sob a ótica internacional. Impressionou-me não apenas a bem-vinda e exitosa iniciativa dos estimados Coordenadores – Professores Georges Abboud, Fernando Maluf e Gustavo Favero Vaughn –, mas também a qualidade e a quantidade dos trabalhos inéditos agora revelados ao público. A receptividade da obra por estudiosos de distintos continentes e culturas jurídicas é sinal de que o livro ora prefaciado já é um sucesso, pelo que o recomendo vivamente.

No mais, parabenizo os Autores e os Coordenadores pelo resultado desta belíssima publicação, bem como a Thomson Reuters Revista dos Tribunais por lançar mais uma obra jurídica indispensável, particularmente relevante aos que, assim como eu, se interessam pelo estudo do Direito Processual à luz do modelo constitucional.

Brasília, 17 de julho de 2023.

GILMAR MENDES

*Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).
Ministro do Supremo Tribunal Federal.*

NOTA DOS COORDENADORES

A obra coletiva que ora temos a honra e a alegria de lançar ao público graças à prestigiosa Thomson Reuters Revista dos Tribunais, a quem agradecemos imensamente pela edição e publicação, nasceu de um interesse comum de nós três: estudar as possíveis relações entre o Processo Arbitral e o Direito Constitucional. Daí o título do livro, que é simples e autoexplicativo: *Arbitragem e Constituição*.

Consideramos o momento extremamente oportuno para o lançamento da obra. A razão principal dessa afirmação presunçosa – porque vinda dos Coordenadores – é evidente para quem já se deu conta do óbvio, isto é, que a Constituição Federal brasileira é a norma fundamental legitimadora de todo processo judicial, inclusive o arbitral. Um processo arbitral afrontoso à ordem constitucional é ilegítimo por natureza. Simples assim. Por isso, parece-nos lícito dizer que a autonomia arbitral é sempre relativa, já que a ordem normativa maior emana do topo, da Constituição Federal. Mais precisamente, a autonomia arbitral não pode se transformar em sinônimo de isolamento em relação à legalidade constitucional.

A despeito de a arbitragem submeter-se claramente à filtragem constitucional, são poucos os trabalhos acadêmicos que se dedicam, com profundidade e seriedade, ao estudo da arbitragem em conjunto com o Direito Constitucional. Além do Brasil e de alguns outros países da América Latina, pouco se vê sobre o assunto mundo afora. Não foi por acaso que alguns convidados a participar desta obra receberam, com surpresa, o convite para escrever sobre Arbitragem e Direito Constitucional. Houve até quem tenha recusado o convite por entender que em dado país europeu não haveria o que dizer sobre o assunto.

Qual o motivo dessa escassez? Ainda não sabemos a resposta dessa pergunta, mas certamente isso nos motivou a envidar esforços para dar concretude a este projeto, que é tão caro a cada um de nós, notadamente em virtude das escolhas temáticas de obras monográficas que já escrevemos a esse respeito.

O objetivo desta obra foi, então, incentivar estudiosos multidisciplinares da arbitragem a oferecerem suas valiosas contribuições para o desenvolvimento e o aprimoramento do assunto. Arriscamos a dizer que este projeto foi um teste. Um teste para sentirmos a temperatura do binômio Arbitragem-Direito Constitucional ao redor do mundo. E o resultado foi excepcional – para a nossa sorte.

Especificamente no Brasil, a temperatura do binômio Arbitragem-Direito Constitucional está elevada. Hoje em dia, proliferam-se acaloradas discussões sobre, por exemplo, (i) o cabimento de reclamação constitucional contra decisão arbitral, (ii) o cabimento de ações constitucionais para discutir questões relativas à arbitragem, (iii) o dever de revelação dos árbitros e seus respectivos deveres de imparcialidade e independência, (iv) a competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar conflitos de competência envolvendo arbitragem, (v) a vinculação dos árbitros a provimentos

judiciais constitucionais, e (vi) a possibilidade de controle judicial prévio e excepcional sobre a validade do processo arbitral à luz da Constituição. Os capítulos de autoria dos brasileiros enfrentam esses e outros tópicos relevantíssimos para o binômio Arbitragem-Direito Constitucional.

Mas o livro em questão, como adiantamos, não se limita ao público brasileiro. De forma inovadora, reunimos, além de brasileiros, estudiosos de distintas jurisdições estrangeiras, cujas formações jurídicas variam entre regimes de *civil law* (por exemplo, Argentina, México, Portugal, Espanha, Alemanha, Suíça) e de *common law* (por exemplo, EUA, Inglaterra e Austrália). Essa variedade cultural trouxe à obra, entre outras coisas, perspectivas interessantes de Direito Comparado, que podem ser aplicadas (ou não) para avançarmos no estudo do tema em âmbito global.

As duas seções do livro – uma voltada aos capítulos de autores brasileiros e outra voltada aos capítulos de autores estrangeiros – contemplam mais de 40 capítulos dedicados exclusivamente ao estudo do assunto que dá nome a esta obra coletiva: *Arbitragem e Constituição*. Só temos a agradecer a todas e a todos que confiaram no nosso projeto e reservaram horas (talvez dias) de suas atribuladas agendas para enfrentarem temas que, sem dúvida alguma, não são fáceis nem confortáveis de serem abordados. A vocês, muito obrigado.

Porque a obra é única no mercado editorial, especial para nós Coordenadores e trata de tema complexo, cujo exame merece capricho e cuidado, não poderíamos ter escolhido outra pessoa para preparar a capa do livro que não o talentoso Kiko Farkas, um dos maiores *designers* gráficos do mundo. E, para a elaboração da apresentação e do prefácio da obra, ninguém melhor do que, respectivamente, os eminentes Ministros Cesar Asfor Rocha e Gilmar Mendes. Muito obrigado por toda a atenção dispensada à obra.

Esperamos que gostem do livro e que esta seja a primeira de muitas iniciativas semelhantes em torno da necessária relação entre Arbitragem e Constituição. Boa leitura!

São Paulo, 9 de julho de 2023

GEORGES ABBOUD, FERNANDO MALUF E GUSTAVO FAVERO VAUGHN

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
PREFÁCIO	9
NOTA DOS COORDENADORES	11

DOCTRINA BRASILEIRA

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ARBITRAL: POSSIBILIDADES E LIMITES NO DIREITO BRASILEIRO	35
ABHNER YOUSSEF MOTA ARABI	
1. Introdução: algumas premissas necessárias	35
2. As possibilidades do controle de constitucionalidade arbitral	38
3. Os limites do controle de constitucionalidade arbitral.....	41
4. Conclusão	47
2. STF E A DECISÃO NA SE-QO 5.206: TRÊS QUESTÕES QUE CONTINUAM RELEVANTES	49
ANA PAULA DE BARCELLOS	
1. Introdução.....	49
2. O percurso da SE 5.206 e as questões técnico-jurídicas decididas na questão de ordem.....	50
3. Os três temas que continuam relevantes	53
3.1. A maior ou menor centralidade da liberdade individual em face do Estado e sua estrutura.....	53
3.2. Que papel a interpretação jurídica deve atribuir às consequências que serão desencadeadas pelas decisões judiciais em diferentes níveis?	56
3.3. Os impactos das globalizações econômica e jurídica sobre a interpretação do direito interno	60
4. Conclusão	62

3.	A ARBITRAGEM E O PODER JUDICIÁRIO: O CONFLITO DE COMPETÊNCIA	63
	ARNOLDO WALD	
1.	Introdução	63
2.	A Jurisprudência do STJ	63
3.	As Câmaras Arbitrais	71
4.	Conclusões	71
4.	A INAPLICABILIDADE DAS GARANTIAS E VEDAÇÕES DO ART. 95 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AOS ÁRBITROS	75
	CARLOS ALBERTO CARMONA e JOSÉ AUGUSTO BITENCOURT MACHADO FILHO	
1.	Introdução	75
2.	A jurisdicionalidade da arbitragem: a dogmática do art. 18 da Lei de Arbitragem	76
3.	As diferenças ontológicas entre árbitros e juízes: os distintos fundamentos e escopos da atividade jurisdicional	79
4.	Aplicação do art. 95 da Constituição Federal como garantia da integridade funcional do Poder Judiciário	86
5.	Os deveres de independência e imparcialidade sob enfoque do ambiente institucional do processo arbitral	90
6.	À guisa de conclusão: a inaplicabilidade das vedações constitucionais do art. 95, parágrafo único, da Constituição Federal aos árbitros	93
5.	ARBITRAGEM E IMPARCIALIDADE DOS JULGADORES	95
	CELSON CALDAS MARTINS XAVIER, DANIEL KAUFMAN SCHAEFFER e JOÃO PEDRO MARQUES	
1.	Introdução e delimitação do objeto	95
2.	Justiça, imparcialidade e arbitragem	96
3.	O árbitro	100
4.	O dever de revelação	102
5.	Embates reais em torno do dever de revelação	107
6.	Considerações finais	111
6.	ARBITRAGEM E CNJ À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	113
	CLARISSA MARCONDES MACÉA	
1.	Introdução	113
2.	Arbitragem no Brasil. Breve histórico	114
3.	Interações entre a justiça arbitral e a justiça estatal	117
4.	O Conselho Nacional de Justiça	118

4.1.	O CNJ como propulsor da cooperação entre a justiça estatal e a justiça arbitral	119
4.1.1.	Organização Judiciária	120
4.1.2.	Planejamento estratégico.....	120
4.1.2.1.	Um notável avanço: a Resolução CNJ 421/21	121
5.	Conclusões	124
6.	Bibliografia	124
7.	PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS E ARBITRAGEM: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS QUALIFICADOS E SUA OBSERVÂNCIA NAS SENTENÇAS ARBITRAIS	125
	DANIEL FALCI GOULART e LARISSA HOLLO	
1.	Introdução.....	125
2.	Fontes do Direito observadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro	126
2.1.	Evolução da fonte jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro	127
2.2.	A jurisprudência como fonte do Direito e a necessária distinção entre jurisprudência e precedentes qualificados.....	128
3.	Vinculação dos árbitros aos precedentes constitucionais.....	129
3.1.	A não vinculação dos árbitros ao sistema de precedentes do Código de Processo Civil.....	129
3.2.	A Vinculação dos Árbitros aos precedentes	130
3.3.	Nota sobre os precedentes cuja vinculação foi constitucionalmente prevista	131
4.	Controle da Sentença Arbitral, as consequências possíveis da (in) observância dos precedentes	132
4.1.	Causas de Anulação da Sentença Arbitral (art. 32 da Lei de Arbitragem) – ação anulatória de sentença arbitral	132
4.2.	Impugnação ao Cumprimento de Sentença (art. 33, § 3º da Lei de Arbitragem c.c. art. 525 do Código de Processo Civil)	134
4.3.	Possibilidade de arguição de nulidade da sentença arbitral por descumprimento de ordem pública.....	135
5.	Impossibilidade de Reclamação em face de sentenças arbitrais.....	136
	Conclusão	137
	Bibliografia.....	137

8. ARBITRAGEM E PUBLICIDADE	139
DANIEL FERREIRA BRANTES, OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIR e RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA	
Introdução	140
1. Aspectos gerais da publicidade na arbitragem	140
2. A publicidade na arbitragem com a administração pública	147
3. Status da publicidade na arbitragem com ente da administração pública no Brasil e Portugal	151
4. O PL 3293/2021, confidencialidade e novas tendências	154
Conclusão	157
Referências bibliográficas.....	158
9. BREVES REFLEXÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS NA ARBITRAGEM: A VEDAÇÃO À PROVA ILÍCITA.....	159
EDUARDO BAPTISTA VIEIRA DE ALMEIDA FILHO e FERNANDO FIGUEIREDO PONZINI	
1. Introdução.....	159
2. A Constituição e o princípio da vedação à prova ilícita	161
3. Arbitragem, jurisdição, princípios constitucionais do processo e ordem pública.....	165
4. Princípio da vedação à prova ilícita na arbitragem	168
5. Conclusão	169
Bibliografia.....	169
10. PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS E ARBITRAGEM.....	171
EDUARDO MONTALVÃO MACHADO E NELSON MARTINS DA SILVA NETO	
1. Introdução.....	171
2. Breves apontamentos sobre a arbitragem no direito brasileiro	172
3. Os precedentes judiciais no direito brasileiro	174
4. A vinculação dos árbitros aos precedentes constitucionais.....	175
5. Algumas questões de ordem prática.....	176
5.1. Das limitações previstas na convenção de arbitragem	177
5.2. Da não observância do precedente constitucional.....	177
5.3. Vinculação aos precedentes constitucionais, livre-convencimento do árbitro e anulação de sentença arbitral	178
6. Conclusão	178
Referências bibliográficas.....	179

11. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL E DEVIDO PROCESSO	181
EDUARDO TALAMINI	
1. Introdução.....	181
2. A disciplina na arbitragem interna – o contraste com a prática internacional	183
3. O art. 489, § 1º, do CPC e a arbitragem.....	186
4. O inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC	188
5. A sentença arbitral estrangeira sem fundamentação	193
6. Pacto de dispensa de fundamentação.....	196
7. Conclusão	201
12. ARBITRAGEM, DIREITO DO TRABALHO E CONSTITUIÇÃO: WE CAN DO IT	203
FERNANDO MALUF, AMANDA CARVALHO e RAFAEL BARTHASAR	
1. Arbitragem e Direito do Trabalho: adversários?	203
2. Arbitragem e Direito do Trabalho: breve retrospectiva histórica	205
3. Arbitragem e Direito do Trabalho: é possível conciliá-los?	209
4. Arbitragem e Direito do Trabalho: um exercício de futurologia... ..	212
5. Arbitragem e Direito do Trabalho: <i>we can do it</i>	215
13. ACIMA DO OLIMPO? OS ÁRBITROS E A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	217
FERNANDO MALUF e LETICIA TAJARA FLEURY	
I. Os Deuses do Olimpo	217
II. O labirinto do Minotauro.....	218
a. Controle concentrado de constitucionalidade e arbitragem. Submissão dos árbitros aos precedentes vinculantes proferidos pelo STF	224
b. O posicionamento do STJ em relação ao conflito de competência e um aparente enfrentamento da questão	226
III. Deus <i>ex machina</i>	227
IV. O mito de Narciso	234
14. CONTROLE JUDICIAL PRÉVIO (E EXCEPCIONAL) DE DECISÕES ARBITRAIS: EXAME SOB A PERSPECTIVA DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL.....	237
FLÁVIO LUIZ YARSHELL e RAFAEL STEFANINI AUILO	
1. Contexto, hipótese a demonstrar e justificativa	237
2. Demonstração	239

3.	Ainda a demonstração: exame de três situações (hipotéticas).....	241
3.1.	Invalidade ainda quando o processamento se encontra a cargo da presidência ou órgão competente de câmara ou centro de arbitragem.....	242
3.2.	Invalidade e renúncia do tribunal arbitral	247
3.3.	Conflito de competência	251
4.	Conclusão	256
15.	ATIVISMO JUDICIAL NA ARBITRAGEM	257
	GEORGES ABBOUD e ANTONIO GAVAZZONI	
1.	Uma entrada no “dicionário de lugares-comuns” do direito brasileiro	257
1.1.	Definição de ativismo judicial	258
2.	A submissão dos árbitros à Constituição Federal como ponto de partida	259
3.	Alguns exemplos: quebra de imparcialidade dos árbitros na jurisprudência do STJ e do TJSP	264
4.	Um paradigma fundamental: CC nº 185.702.....	266
5.	Conclusão: a indefensável insubmissão da arbitragem à jurisdição constitucional.....	269
	Bibliografia.....	271
16.	ÁRBITROS E PROVIMENTOS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES: CONTROLE ABSTRATO, CONTROLE DIFUSO E SÚMULAS	273
	GUSTAVO FAVERO VAUGHN e CAIO CESAR ROCHA	
1.	Introdução.....	273
2.	Controvérsia sobre a vinculação dos árbitros aos provimentos constitucionais	274
3.	Os árbitros vinculam-se aos provimentos judiciais com assento constitucional.....	285
3.1.	Premissa necessária: a questão da fonte do Direito	285
3.2.	A propósito do controle de constitucionalidade: os árbitros diante do STF	286
3.2.1.	(In)constitucionalidade no controle abstrato	286
3.2.2.	A inconstitucionalidade no controle incidental e o papel do Senado Federal	290
3.3.	A propósito das súmulas	294
3.3.1.	Súmula vinculante.....	294
3.3.2.	Súmula persuasiva.....	299
4.	Três conclusões.....	300

17. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO E SUBMISSÃO DE “TERCEIROS” À ARBITRAGEM(A QUESTÃO DOS ADMINISTRADORES DE FUNDOS DE INVESTIMENTO).....	303
JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI	
Bibliografia.....	309
18. ARBITRAGEM E PODER PÚBLICO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	311
JÚLIA THIEBAUT SACRAMENTO, PAULA BUTTI CARDOSO e TATIANA MESQUITA NUNES	
1. Introdução.....	311
2. Arbitragem, consensualidade e princípio da eficiência.....	312
3. Os contratos de concessão e as formas alternativas e eficientes de satisfação dos interesses das partes contratantes.....	315
4. Administração Pública e regra constitucional dos precatórios: aplicação e limites.....	318
5. Conclusão.....	325
Referências Bibliográficas.....	326
19. O PAPEL INSTITUCIONAL DO STJ NO FORTALECIMENTO DA ARBITRAGEM E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	327
LUIS FELIPE SALOMÃO e JULIANA LOSS	
Introdução.....	327
1. O procedimento arbitral sob a perspectiva constitucional democrática ...	328
2. O Superior Tribunal de Justiça e a jurisdição arbitral.....	331
2.1. O STJ e a homologação de sentença arbitral estrangeira.....	336
Conclusão.....	339
Referências.....	339
20. A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM A TERCEIROS NÃO SIGNATÁRIOS: UMA ANÁLISE DE SUA VIABILIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO.....	341
MARCUS VINICIUS VITA	
1. Introdução.....	341
2. Panorama da arbitragem no Brasil: do nascedouro ao atual estado de complexidade das relações contratuais privadas.....	345
2.1. As origens.....	345
2.2. O Apogeu.....	347

2.3.	O incremento de complexidade nas relações sociais e o aprimoramento da arbitragem na atual quadra pós-moderna: o problema do terceiro não signatário como elemento típico de uma sociedade contratualmente complexa	350
3.	Pressupostos legais e constitucionais da arbitragem: a natureza complexa da arbitragem e a “problemática” do consenso	352
4.	Apontamentos sobre a extensão do compromisso arbitral em face de terceiros não signatários: as possíveis leituras do “problema” à luz da supremacia da constituição e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares na arbitragem	354
	Conclusão	362
	Referências	364
21.	A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	365
	MICHELLE GRANDO e GUSTAVO GASPAR NOGUEIRA	
1.	Introdução	365
2.	O Papel da Constituição na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras	366
3.	A Ordem Pública como Fundamento para a Denegação da Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras	369
3.1.	O Conceito de Ordem Pública e seu Papel na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras	369
3.2.	A Imparcialidade do Árbitro	371
3.3.	Garantia de Acesso ao Poder Judiciário	372
3.4.	Fundamentação das Sentenças	374
4.	A Garantia da Ampla Defesa como Fundamento para a Denegação da Homologação das Sentenças Arbitrais Estrangeiras	375
4.1.	Notificação da Designação do Árbitro ou do Procedimento de Arbitragem	376
4.2.	Oportunidade de Apresentar Provas	377
5.	Considerações Finais	378
22.	ARBITRAGEM E DIREITO DOS TRATADOS: UMA ANÁLISE DO CONFLITO DE FONTES SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE	381
	NADIA DE ARAUJO e CAIO GOMES DE FREITAS	
	Introdução	381
1.	A incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro e as regras aplicáveis ao conflito de fontes	382

2.	O reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras: o exemplo da Convenção de Nova Iorque	387
	Conclusão	391
	Bibliografia.....	392
23.	ACESSO À JUSTIÇA E ARBITRAGEM	393
	NANCY ANDRIGHI	
1.	Introdução.....	393
2.	O movimento de acesso à justiça	395
3.	Os métodos adequados de solução de conflitos e o Tribunal Multipor- tas	396
4.	Arbitragem e acesso à justiça	401
4.1.	Aspectos gerais e o Direito Positivo brasileiro	401
4.2.	O estado da arte na jurisprudência do STJ	404
4.3.	A arbitragem como instrumento de acesso à justiça	407
4.4.	As fronteiras da arbitragem: reflexões sobre o futuro do processo arbitral	408
4.4.1.	A vinculação dos árbitros aos precedentes.....	409
4.4.2.	Conflito de competência entre tribunais arbitrais vinculados à mesma Câmara de Arbitragem	413
4.4.3.	A indispensável e tardia democratização da arbitra- gem	415
5.	Conclusão	418
	Bibliografia.....	419
24.	O ÁRBITRO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL DA IMPARCIALIDADE..	421
	PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON e RAUL LONGO ZOCAL	
1.	Introdução.....	421
2.	Fundamento constitucional da imparcialidade dos julgadores.....	422
3.	Reflexos da garantia constitucional da imparcialidade sobre o árbitro...	426
4.	Conclusão	430
	Bibliografia.....	430
25.	AS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA: UMA JANELA PARA A ARBITRAGEM ENTRE FISCO E CONTRIBUIN- TE	431
	PRISCILA FARICELLI DE MENDONÇA e SERGIO ANDRÉ ROCHA	
	Introdução	431
1.	Preços de transferência e o novo regramento	434

2.	As previsões legais no tocante aos conflitos na determinação dos parâmetros para fins de preços de transferência.....	438
3.	A arbitragem tributária: possível utilização nas controvérsias sobre preços de transferência	440
4.	Conclusões.....	442
26.	PROTEÇÃO DE DADOS E ARBITRAGEM: REFLEXÕES À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	443
	RODRIGO L. CANALLI	
1.	Introdução.....	443
2.	Do direito à privacidade à proteção de dados pessoais	444
3.	GDPR e o efeito Bruxelas na proteção de dados pessoais	448
4.	LGPD: o novo regime jurídico de proteção de dados pessoais no Brasil....	449
5.	Arbitragem e proteção de dados pessoais.....	451
5.1.	Protegendo dados pessoais na arbitragem	451
5.2.	Arbitrando sobre proteção de dados pessoais	453
5.3.	Fluxo transfronteiriço de dados pessoais no contexto da arbitragem internacional.....	453
6.	Conclusão	455
	Referências.....	455

DOCTRINA ESTRANGEIRA

1.	ARBITRAJE COMERCIAL Y CONSTITUCIÓN FEDERAL: MÉXICO	459
	ANA MARÍA CASTRO DOSAL e CECILIA AZAR MANZUR	
	Introducción	459
A.	Pronunciamento del Poder Legislativo sobre la relación entre el Arbitraje Comercial y la Constitución Federal	460
B.	Pronunciamento del Poder Constituyente sobre la relación entre el Arbitraje Comercial y la Constitución Federal	464
C.	Pronunciamento del Poder Judicial sobre la relación entre el Arbitraje Comercial y la Constitución Federal	466
D.	Postura del Poder Ejecutivo sobre la interrelación entre el Arbitraje y la Constitución Federal	474
	Conclusiones	475
2.	ARBITRAJE Y DERECHO CONSTITUCIONAL EN ECUADOR	477
	DANIELA PÁEZ-SALGADO e JAVIER JARAMILLO-TROYA	
1.	Introducción	477

2.	Marco constitucional y legal aplicable al arbitraje en Ecuador	478
2.1.	Reconocimiento constitucional del arbitraje, la LAM y su Reglamento	478
2.2.	El alcance limitado de la interacción entre el arbitraje y las cortes bajo el derecho ecuatoriano.....	480
2.3.	La acción de nulidad como único medio impugnatorio contra el laudo	481
3.	Acciones constitucionales relevantes	484
3.1.	La indisponibilidad de acciones constitucionales de “tutela” o protección frente a laudos arbitrales.....	484
3.2.	La acción extraordinaria de protección y el reconocimiento limitado que ha hecho la Corte Constitucional respecto de su admisibilidad en relación con laudos arbitrales.....	485
3.2.1.	Requisitos rígidos de admisibilidad	486
3.2.2.	Requisitos de Procedencia	488
3.2.3.	El principio de mínima intervención reconocido por la Corte Constitucional y estándares altos para la determinación de vulneración de derechos	489
3.2.4.	Corrección de actuaciones judiciales contrarias al principio kompetenz-kompetenz a través del control constitucional.....	491
4.	Conclusión.....	492
3.	INTERNATIONAL ARBITRATION AND THE CONSTITUTION – BACK TO BASICS	493
	EDUARDO ZULETA e ANGÉLICA MARÍA PERDOMO	
	Introduction	493
A.	The constitutional framework.....	494
B.	Incorporation of arbitration in the 1991 Constitution.....	497
C.	The context prior to the enactment of the 1991 Constitution.....	498
1.	After the enactment of the 1991 Constitution	500
D.	Tutela and international arbitration.....	502
1.	Applicable rules	502
2.	Judgment T-354 of 2019.....	506
a.	The express prohibition of judicial intervention	507
b.	The freedom to choose the applicable rules of law.....	508
c.	The grounds for annulment in international arbitration.....	508
3.	The unanswered questions after judgment T-354.....	508

E.	Redefining the relationship between the Tutela and international arbitration	511
1.	The nature of international arbitration proceedings, the arbitrators, and the award	512
2.	A first step to reconcile Tutela with the true nature of international arbitration	513
3.	How to implement the first step?.....	516
	Conclusion	518
4.	CONTROL CONSTITUCIONAL Y DE CONVENCIONALIDAD DE LAUDOS ARBITRALES EN CHILE	519
	ELISA ZAVALA ACHURRA	
I.	Introducción.....	519
II.	El lugar que ocupa el arbitraje en el ordenamiento jurídico chileno y el régimen de recursos que procede contra los laudos arbitrales	522
III.	Arbitraje, control difuso de constitucionalidad y acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad	524
IV.	El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos y el arbitraje	529
V.	Conclusión	532
5.	IS THERE A CONSTITUTIONAL RIGHT TO RESOLVE DISPUTES BY ARBITRATION IN BRITAIN?	535
	FREDERICO SINGARAJAH	
	Introduction	535
	The British Constitution	536
	Arbitration in England	539
	Analysis	541
	Conclusion	544
	References.....	544
6.	ARBITRATION AND THE U.S. CONSTITUTION: THE IMPACT OF FEDERALISM AND DUE PROCESS ON THE ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS IN THE UNITED STATES.....	545
	JEFFREY A. ROSENTHAL E KATIE L. GONZALEZ	
	Introduction	545
I.	Federalism and Arbitration	547
II.	Due Process and Arbitration	552
III.	Conclusion.....	558

7. ARBITRATION IN INDIA: THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK AND DECISIONS OF THE SUPREME COURT OF INDIA	559
KABIR DUGGAL e PRANAV V. KAMNANI	
I. Historical Overview of Arbitration in India and the constitution of India, 1950	559
A. An Overview of Pre-Independence Laws Relating to Arbitration in India.....	561
B. The Constitution of India	564
1. Formation of the Constitution of India.....	564
2. Overview of Constitutional Law Principles	566
i. Fundamental Rights.....	567
ii. Directive Principles of State Policy	567
iii. Writ Jurisdiction of the Supreme Court of India.....	567
iv. Special Leave to Appeal before the Supreme Court of India.....	568
v. Writ jurisdiction of the High Courts in India	568
vi. Power of superintendence of the High Courts in India.....	569
vii. Federalism and Distribution of Legislative Powers	569
viii. The doctrine of separation of powers	570
C. Arbitration laws post-adoption of the Constitution of India	571
1. Constitution of India and International Law	571
2. Ratification of the New York Convention	572
3. UNCITRAL Model Law and the Arbitration and Conciliation Act, 1996	572
4. The 2015 Amendment of the Arbitration Act	573
II. Interplay between Constitutional Law and the Law of Arbitration	574
A. Appointment of an Arbitrator by Court: An administrative or judicial function of the Court? What difference does it make?	574
B. Contracting with the State: A Constitutional Twist	577
1. The inter-play between public law duties and contractual obligations.....	578
2. Constitutional Litigation or Arbitration?: Analyzing the implications of an arbitration agreement on the writ jurisdiction of courts	579
C. Power of superintendence of High Courts over arbitral tribunals: the exceptional circumstance test	583

D.	Public Policy: Taming the unruly horse?	585
1.	The Renusagar Approach: A Tripartite Test to Public Policy	585
2.	The Saw Pipes Expansion: Patent Illegality on Public Policy	586
3.	Western Geco: Opening the doors for applicability of public law principles	586
4.	The 2015 Amendment Act and Ssangyong Engineering: Re-defining Public Policy	587
III.	Kerala Revocation of Arbitration Clauses and Reopening of the Awards Act, 1998: Beyond Legislative Powers or Excessive Judicial Interference?	589
A.	Facts and Background of the Decision	589
B.	Legislative Competence of the State of Kerala	591
C.	Separation of Powers: Interference with Judicial Process?	592
D.	Key Highlights	593
IV.	Conclusion	594
8.	EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA INTERNA EN URUGUAY BAJO LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN: ANÁLISIS DEL SINUOSO CAMINO (DES)DIBUJADO POR LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1997	595
	MATEO VERDÍAS MEZZERA	
I.	Introducción	595
II.	La ley 16.110 y la reforma constitucional de 1997	597
i.	La Ley 16.110	597
ii.	La reforma constitucional de 1997	599
III.	El debate doctrinario respecto a la reforma constitucional de 1997 y su impacto sobre la ley 16.110	599
i.	Derogación o no de la Ley 16.110	600
ii.	Tribunal competente para entender en acciones reparatorias, asumiendo la derogación del Art. 9 de la Ley 16.110	601
IV.	Jurisprudencia: sentencias y laudos	603
V.	Conclusión	608
9.	CONSENT TO ARBITRATION AND THE GERMAN CONSTITUTION: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION IN THE PECHSTEIN CASE	609
	MESUT AKBABA	
A.	Constitutional Framework of Dispute Resolution	610

I.	Art. 92 GG	610
II.	Art. 101 GG	611
III.	Access to Justice	612
IV.	Further Important Regulations	614
B.	The Constitutional Role of Consent	614
C.	The Pechstein Saga and the Constitutional Court's Decision	615
I.	History of the Pechtstein Case and Previous Decisions	615
II.	The Decision of the German Federal Constitutional Court	620
1.	Scope of Review, Effects of Constitutional Rights between Private Parties, and Role of the ECHR	620
2.	The Ruling.....	622
D.	Learnings from BVerfG	624
I.	Key Takeaways	625
II.	What the Decision Means for Sports Arbitration	626
III.	What it means for other areas of arbitration	627
IV.	What Remains Unanswered	628
1.	Determining the Quality of Consent and Voluntari- ness	629
2.	Legality of Arbitration Without Any Consent	631
E.	Conclusion	632
10.	ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UN TÁNDEM ABOCADO A ENTENDERSE	633
	PATRICIA SAIZ GONZÁLEZ e ALEIX PÉREZ PITARCH	
1.	Introducción	633
2.	Notas del Tribunal Constitucional sobre el encaje constitucional del arbitraje y posterior evolución.....	634
2.1.	Arbitraje y artículo 24.1 de la Constitución.....	635
2.2.	Arbitraje y artículo 117.3 de la Constitución.....	636
3.	Afianzamiento del arbitraje en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: los límites al control jurisdiccional	638
3.1.	La Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio.....	639
3.2.	La Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero.....	643
3.3.	Las Sentencias del Tribunal Constitucional 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo	647

3.4.	Las Sentencias del Tribunal Constitucional 50/2022, de 4 de abril, y 79/2022, de 27 de junio	650
4.	Conclusiones.....	655
11.	A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCEDIMENTO ARBITRAL: O CASO PECHSTEIN, PRINCÍPIO DO LUGAR ÚNICO, JURISDIÇÃO ARBITRAL E GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS	657
	PAULA COSTA E SILVA	
I.	O acórdão do Bundesverfassungsgericht	657
II.	Cronologia das variações em torno de um problema	662
II.1.	Os factos essenciais	662
II.2.	A decisão do Tribunal Federal suíço	664
II.3.	A decisão do Landgericht München	665
II.4.	A decisão do Oberlandesgericht München	668
II.5.	O acórdão do Bundesgerichtshof.....	668
II.6.	A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos	672
II.7.	O acórdão do Bundesverfassungsgericht.....	674
III.	O fio de Ariadne.....	674
12.	ARBITRAGEM E DIREITO CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL.....	683
	PEDRO METELLO DE NÁPOLES, ANA COIMBRA TRIGO e CAROLINA INVERNO BRANCO	
1.	Introdução.....	683
2.	A constituição e a arbitragem.....	683
2.1.	A Constituição da República Portuguesa.....	684
2.2.	Arbitragem voluntária.....	685
2.3.	Arbitragem necessária	686
3.	A constituição e os árbitros.....	689
3.1.	Arbitragem como exercício de direitos de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva	689
3.2.	Independência e imparcialidade dos árbitros	690
3.3.	Insuficiência de meios económicos das partes.....	691
4.	O controlo da constitucionalidade e a arbitragem.....	692
4.1.	Fiscalização da constitucionalidade	693
4.2.	Revisão de sentenças arbitrais, inclusive para o Tribunal Constitucional	694
4.3.	Dever de conformidade com a Constituição da República Portuguesa	695
4.3.1.	Poderes de apreciação de constitucionalidade	696

4.3.2. Dever de não aplicar normas que o Tribunal Constitucional tenha julgado inconstitucionais	698
5. Conclusão	700
13. ARBITRATION AND THE U.S. CONSTITUTION.....	701
PETER BOWMAN RUTLEDGE	
Introduction	701
Arbitration and the separation of powers	703
Waiver theory	703
Appellate Review Theory.....	706
Arbitration and federalism.....	712
Federalism and the Enforcement of Arbitration Agreements	712
Federalism and Arbitral Procedure.....	715
Federalism and the Enforcement of Arbitration Awards	717
Jury right.....	719
Alienability of the Jury Right	722
Effectiveness of Pre-dispute Waiver.....	726
Quality of Waiver – General Language <i>versus</i> Specific Language	730
14. THE IMPACT OF “CONSTITUTIONAL LAW” ON ARBITRAL AWARDS IN GERMANY AND AUSTRIA	741
PETER CH. SESTER	
1. Comparison between Brazil and Austria/Germany	741
2. Correcting arbitral awards in the light of German public policy	743
3. Correcting arbitral awards in the light of Austrian public policy	745
4. Conclusion	747
15. THE AUSTRALIAN CONSTITUTION AND INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: TCL AIR CONDITIONER REVISITED....	749
RAOUL J. RENARD	
TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia	750
The International Arbitration Act 1974 (Cth) and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.....	751
The Judicial Power of the Commonwealth of Australia	752
Constitutional objections to court recognition and enforcement of arbitral awards	753
The IAA substantially undermines the institutional integrity of the Federal Court.....	753

The IAA impermissibly confers Commonwealth judicial power on arbitral tribunals	755
Synthesis of intervener submissions and High Court analysis.....	755
Concluding remarks	759
16. ARBITRATION AND THE CONSTITUTION OF PANAMA	761
REBECA E. MOSQUERA e ALEJANDRO E. CHEVALIER	
I. Introduction	762
II. The evolution of panama's arbitration legal framework	763
A. The Panamanian Judicial Code and the Decree-Law No. 5 of July 8, 1999	763
B. The 2004 Amendments to the 1972 Constitution	765
C. Law 131 of December 31, 2013 – Current Panamanian Arbitra- tion Law	767
III. Practical effects of recent supreme court actions surrounding the arbitration legal framework and the constitution	768
A. Unconstitutionality of Tax Arbitration.....	768
B. The Challenged Exclusive Remedy of Annulment in Light of the Amparo	770
IV. Conclusion.....	774
17. ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA	775
RICARDO OSTROWER, ARI MACKINNON e MARTÍN VAINSTEIN	
1. Introducción.....	775
2. Marco legal aplicable al arbitraje en la Argentina y su relación con el Derecho Constitucional.....	776
3. El reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral.....	779
3.1. El derecho a someter una controversia a arbitraje	779
3.2. Validez constitucional de las cláusulas arbitrales	782
4. Arbitrabilidad de las disputas sobre derechos constitucionales	783
4.1. El control de constitucionalidad en la Argentina.....	784
4.2. Competencia de los árbitros para resolver planteos de incons- titucionalidad	787
5. Control constitucional del laudo arbitral en la Argentina	790
5.1. El recurso extraordinario federal y el laudo arbitral	791
5.2. Influencia de los estándares constitucionales en la revisión de los laudos	793

6.	Constitución y arbitraje de inversión.....	797
6.1.	La doctrina “Rosatti” sobre el control de constitucionalidad de los laudos CIADI.....	798
6.2.	Las respuestas a la doctrina “Rosatti”	799
7.	Conclusiones.....	801
18.	ARBITRATION AND SWISS CONSTITUTIONAL LAW – MIXING LIKE OIL AND WATER?	803
	SIMON BIANCHI	
	Introduction	803
I.	The (Very) Limited Applicability of Swiss Constitutional Law to Arbitration Proceedings.....	804
II.	Guarantees Relating to Judicial Authorities.....	806
2.1.	Jurisdiction of the Arbitral Tribunal	807
2.2.	Constitution of the Arbitral Tribunal	809
2.3.	Arbitrators’ Independence and Impartiality	810
2.3.1.	The Specificities of International Arbitration and Their Consequences on the Guarantees of Independence and Impartiality	811
2.3.2.	The Contours of the Guarantees of Independence and Impartiality in International Arbitration	812
2.3.3.	The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration.....	815
2.3.4.	The Scope of Review of the Swiss Federal Supreme Court.....	816
III.	The Right to Be Heard and the Right to Equal and Fair Treatment in International Arbitration.....	817
3.1.	The Right to Be Heard and Treated Equally in International Arbitration	818
3.1.1.	The Recent Evolution of the Scope of the Right to Be Heard.....	819
3.1.2.	Specific Restrictions to the Right to Be Heard in International Arbitration.....	822
3.2.	The Prohibition of Excessive Formalism.....	827
3.3.	The Principle of Celerity	828
IV.	The Right of Access to Justice and The Issue of Legal Assistance in International Arbitration	828
V.	Provisions of the Swiss Constitution as Public Policy.....	830
	Conclusion	832

Doutrina brasileira

1.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ARBITRAL: POSSIBILIDADES E LIMITES NO DIREITO BRASILEIRO

ABHNER YOUSSEF MOTA ARABI¹

1. Introdução: algumas premissas necessárias

A natureza jurídica da arbitragem foi ponto de significativa controvérsia ao longo de muito tempo no Brasil, sobretudo a partir dos primeiros anos de sua instauração. Regulamentada de forma específica pela Lei nº 9.307/1996, essa forma de resolução de litígios passou por um período inicial de desconfianças e incertezas em sua aplicação, até que se consolidasse no cenário jurídico brasileiro.

Um ponto de conhecida divergência colocava-se sobre a arbitragem ser ou não uma forma de exercício da jurisdição, entendida esta como a função de dirimir controvérsias pelo julgamento de um terceiro não integrante da lide, com força vinculativa entre as partes. Partindo-se da ideia de que essa função jurisdicional seria poder exclusivo do Estado, que não poderia ser exercido por órgãos ou entidades privadas, tinha-se uma grande resistência inicial em se reconhecer o caráter jurisdicional da arbitragem.

Do ponto de vista legislativo, ainda que não haja uma afirmação taxativa da natureza jurisdicional da arbitragem, há indícios bastante significativos que apontam nesse sentido. É o caso dos artigos 18 e 31 da própria Lei de Arbitragem, que afirmam ser o árbitro o juiz de fato e de direito da causa, não estando a sentença arbitral sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário, produzindo esta os mesmos efeitos de uma sentença judicial. No Código de Processo Civil, há também indicações nesse sentido, quando se confere à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial (artigo 515, VII), estando sujeita, portanto, ao procedimento do cumprimento de sentença.

1. Doutorando em Direito do Estado (Subárea: Direito Constitucional) pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito, Estado e Constituição (linha: Constituição e Democracia) pela Universidade de Brasília (UnB). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal (STF). Professor nos cursos de pós-graduação do Instituto de Desenvolvimento e Pesquisa – IDP (Brasília/DF) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMDFT (Brasília/DF).

Rememora-se, aliás, que, ainda naquele cenário inicial de desconfianças, a própria Lei de Arbitragem chegou a ter sua constitucionalidade questionada, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal,² ocasião em que sua validade foi validada pela Corte. Desde então, sua natureza jurisdicional parece ter se afirmado pouco a pouco, doutrinária³ e jurisprudencialmente,⁴ enquanto forma de heterocomposição de conflitos, que se dá pelo exercício de uma função de resolver um conflito por decisão de um terceiro imparcial, cujos efeitos são obrigatórios para as partes e cuja validade depende do atendimento às condições constitucionais e legais aplicáveis.

Todavia, é certo que o reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem não lhe faz assumir as mesmas características definidoras da jurisdição estatal, justamente porque se trata de formas distintas de solução jurisdicional de controvérsias. Assim é que, já de saída, sobrelevam-se algumas distinções evidentes, tais como a origem do vínculo que legitima o exercício da função dos juízes e dos árbitros, o modo de investidura desses julgadores e a exclusividade da coercitividade do poder estatal para fazer cumprir as decisões.

2. Cita-se como exemplo principal de discussão, perante o Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da lei de arbitragem, a SE 5.206-AgR (rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em 8/5/1997), em cuja ementa do acórdão assim se consignou: “3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31)”.
3. CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavênere (coordenadores). *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais* - estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 210.
4. Exemplificativamente, podem ser mencionados alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, em que se afirmou a natureza jurisdicional que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem assume (CC 111.230, rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgamento em 8/5/2013; CC 146.939 (rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgamento em 23/11/2016).

De outro lado, porém, se a arbitragem e a jurisdição estatal são espécies de formas jurisdicionais de resolução de conflitos, deve haver também um núcleo mínimo de características comuns que lhe confirmam a certeza da natureza jurisdicional que partilham. Assim é que a arbitragem, tal qual a jurisdição estatal, também se submete à Constituição, tanto em relação às regras e garantias de processo (como a necessidade de observância do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da existência de julgadores imparciais, entre outras), bem como em relação às normas constitucionais materiais, já que a arbitragem e seu processo devem se sujeitar integralmente à Constituição. Trata-se, nesse sentido, de condições de validade da jurisdição arbitral.

Assim, no que se refere a algumas funções, poderes e deveres, deve haver certa simetria entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, na linha do que explorado mais adiante neste texto. Não para que se atribua uma completa igualdade de atribuições, possibilidade e funções, já que se trata de modos diferentes de resolução de controvérsias, mas para lhe garantir a validade, a força e a responsabilidade de serem formas de exercício da jurisdição.

Aliás, da natureza jurisdicional da arbitragem, decorre também a possibilidade e a necessidade de interpretar a Constituição na resolução dos casos sujeitos a sua apreciação. Essa é medida que a qualifica como mecanismo seguro e vinculante de solução de controvérsias, mas que também lhe acarreta maiores responsabilidades na resolução de litígios e interpretação das normas aplicáveis, sobretudo quando estas se revelem de natureza constitucional. Chega-se, assim, a um ponto relevante ao estudo da arbitragem, objeto do presente artigo: é possível que, em um processo arbitral, os árbitros realizem o controle de constitucionalidade de normas?

Para o adequado enfrentamento do tema, além das premissas já fixadas nessa seção introdutória, há outras que devem ser também explicitamente apontadas, sobretudo no contexto brasileiro, em que se adota um amplo sistema de controle de constitucionalidade, que pode ser realizado tanto pela via difusa e concreta, quanto pela via concentrada e abstrata. Isso porque ao mesmo tempo em que esse modelo misto amplia as possibilidades de intérpretes da Constituição e possibilita uma vívida atualização de seu sentido, incrementa-se também o risco de insegurança jurídica que pode existir sobre sua interpretação.

Assim, a necessária afirmação da pluralidade de intérpretes da Constituição⁵ – não somente no nível estatal ou judicial, mas também para além dessas esferas estritas de atuação –, deve se alinhar à garantia de sua força normativa,⁶ não apenas mediante uma cultura jurídica e social de observância das normas constitucionais, mas também pela existência de instrumentos normativos que lhe confirmem efetiva eficácia vinculante. Mesmo quando se está diante de interesses eminentemente privados ou relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, essas premissas se mantêm, tendo em vista que a necessária força normativa

5. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

6. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

da Constituição deve alcançar também as relações privadas, ante à eficácia horizontal⁷ das normas constitucionais.

Nesse sentido, a pluralidade de intérpretes da Constituição não pode descuidar da necessidade de sua unidade interpretativa, sob pena de enfraquecimento de sua força normativa. Com efeito, é preciso que o sistema jurídico de solução jurisdicional de controvérsias, nos planos estatal ou não estatal, seja articulado ao redor de normas constitucionais uniformemente interpretadas, a fim de que suas premissas de aplicação sejam, tanto quanto possíveis, coerentes, íntegras e estáveis.

Para tanto, além da observância da disposição textual das normas da Constituição, é também imprescindível a estruturação de um sistema de precedentes constitucionais fortes e vinculantes, que sejam necessariamente observados por aqueles que resolvem litígios a partir dessas respectivas normas constitucionais, qualquer que seja a via jurisdicional de sua composição: jurisdição estatal ou jurisdição arbitral. Isso porque a possibilidade de que se ampliem os debates públicos, jurídicos e sociais sobre as normas da Constituição e a extração de seu sentido não afasta a permanência da necessidade de que, no âmbito de aplicação jurisdicional dessa interpretação para a solução de conflitos, a algum órgão se atribua a competência para decidir sobre a matéria com grau de definitividade jurídica, segurança e vinculatividade. E no plano jurisdicional essa tarefa é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, cujas decisões devem ser respeitadas também nos processos arbitrais.

Não se está sustentar aqui um modelo rígido e invariável que atribui a última palavra sobre a Constituição ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que as decisões proferidas por esta Corte não esgotam definitivamente as discussões sobre o sentido e o alcance das normas constitucionais, que se vivificam e dinamizam continuamente. Mas em relação a essa definição para aplicação no sistema jurisdicional – estatal ou arbitral – de solução de conflitos, trata-se de tarefa atribuída ao Supremo, que decide as matérias constitucionais com grau de vinculatividade para outros órgãos jurisdicionais.

Estabelecidas essas premissas introdutórias, o objeto específico deste artigo pode ser mais bem enfrentado: no direito brasileiro, é possível o controle de constitucionalidade em processo de arbitragem? Na sequência do texto, afirma-se a possibilidade de controle de constitucionalidade por árbitros, sem descuidar dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro a essa tarefa, pelas razões a seguir apresentadas.

2. As possibilidades do controle de constitucionalidade arbitral

A possibilidade, ou não, de se realizar o controle de constitucionalidade em sede de arbitragem é tema ainda circundado de alguma polêmica. Entretanto, a partir das premissas inicialmente afirmadas na seção introdutória – as ideias de supremacia e de força normativa da Constituição, da pluralização de seus intérpretes, da natureza jurisdicional da arbitragem e de sua subsunção ao devido processo constitucional –, é possível deduzir uma resposta que parece lógica: é plenamente possível que, incidentalmente à causa colocada sob apreciação arbitral, os árbitros realizem o controle de constitucionalidade

7. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 392.

de normas infraconstitucionais atinentes a sua resolução, cujos efeitos serão restritos às partes nela envolvidas.

De início, a bem de balizar a precisão das ideias que se seguirão, é preciso ressaltar que a análise efetuada neste artigo se limita a cuidar da possibilidade de análise de compatibilidade de normas infraconstitucionais brasileiras em face da Constituição brasileira. Está-se a tratar, portanto, de processos arbitrais em que as partes elegeram a aplicação do direito brasileiro para resolução da causa.

Nesse contexto, há que se rememorar que, no Direito brasileiro, se adota um amplo controle de constitucionalidade jurisdicional, que se se executa tanto no âmbito concentrado e abstrato, quando no difuso e concreto. No primeiro, a análise de (in)constitucionalidade constitui a questão principal da causa, que é julgada de forma concentrada perante o Supremo Tribunal Federal (quando o parâmetro de controle seja a Constituição Federal) ou perante os Tribunais de Justiça (quando o parâmetro de controle seja a respectiva Constituição estadual). No segundo, por sua vez, a análise de (in)constitucionalidade é questão prejudicial ao mérito da causa, isto é, trata-se de elemento que deve ser analisado anteriormente à questão principal pelo juízo competente e cuja resolução influencia o julgamento da causa sob apreciação. É nesse segundo aspecto que se considera possível que o juízo arbitral, para o deslinde da causa posta sob sua apreciação, realize a aferição de (in)compatibilidade formal e material de normas brasileiras relevantes ao caso em face da Constituição federal.

Com efeito, instituída a arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito da causa, conforme previsão expressa do artigo 18 da Lei nº 9.307/1996, de modo que, escolhida a aplicação do direito brasileiro (artigo 2º, § 1º, da mesma lei), a possibilidade de que se realize o controle de constitucionalidade de normas brasileiras frente à Constituição brasileira é poder inerente ao árbitro, como instrumento de exercício da jurisdição. A propósito, destaca-se que não se admite que a liberdade de as partes escolherem as regras de direito adotadas na arbitragem alcance a possibilidade de que excluam a aplicação das normas constitucionais no julgamento, tendo em vista que estas se impõem por sua supremacia e sua força normativa, sob pena de violação à ordem pública (tal qual a parte final do dispositivo mencionado já faz constar).

Ainda que as partes convençionem que a arbitragem se realizará por equidade, não se entende possível que esse método signifique subterfúgio para que se escape à aplicação de normas constitucionais, já que a equidade não se revela como julgamento *contra legem* ou, com maior razão ainda, *contra constitutionem*.⁸ Afinal de contas, “o fundamento de validade da jurisdição arbitral é a própria Constituição”⁹, seja ela de direito ou de equidade.

8. VAUGHN, Gustavo Favero. *Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2022, pp. 110-111. Georges Abboud também rechaça essa possibilidade, afirmando que “em nenhuma hipótese é admissível decisão arbitral *contra constitutionem*, na medida em que os dispositivos constitucionais veiculam matérias de ordem pública” (ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil (Revista dos Tribunais), 2020, p. 1235).

9. MALUEF, Fernando Del Picchia. *O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Econômicas

Assim, adotado o direito brasileiro, invoca-se para a arbitragem todo o arcabouço normativo do ordenamento jurídico brasileiro, que tem na Constituição sua norma de hierarquia máxima. Não é por outra razão que o processo arbitral deve obrigatoriamente observar, sem que as partes tenham liberdade de disposição sobre essas garantias constitucionais, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes, a imparcialidade do árbitro, o dever de fundamentação da sentença arbitral,¹⁰ entre outras, sob pena de sua nulidade. Da mesma forma, também a competência para o controle de constitucionalidade é poder inerente à arbitragem, até mesmo porque a possibilidade de exame de compatibilidade de atos normativos com a Constituição em sede de procedimento jurisdicional integra o conteúdo da garantia constitucional do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição), que é plenamente aplicável também ao processo arbitral, como forma de exercício de jurisdição.

Em reforço argumentativo, convém destacar a revogação do artigo 25 da Lei de Arbitragem, promovida pela Lei nº 13.129/2015. O dispositivo, que desde então não mais vigora, afirmava que se sobreviesse no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e se tratasse de questão prejudicial ao julgamento do mérito, caberia ao árbitro ou ao tribunal arbitral remeter as partes ao Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. A disposição legislativa se justificava no contexto de que a arbitragem só poderia alcançar litígios que verssem direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do artigo inaugural da Lei. Em seu parágrafo único, o dispositivo revogado seguia afirmando que apenas depois que a questão prejudicial fosse judicialmente resolvida é que a arbitragem poderia seguir, em observância à decisão judicial proferida quanto àquela matéria relativa a direitos indisponíveis.

Considerando-se que a (in)constitucionalidade é matéria sobre a qual as partes não podem dispor, poder-se-ia argumentar, à luz do mencionado artigo 25, que os árbitros não poderiam decidir sobre essa questão, que, se surgisse no âmbito do procedimento arbitral, deveria ser remetida ao Poder Judiciário. Essa tese, por si só, já apresentaria problemas intrínsecos, tais como a definição de qual seria órgão judicial competente para conhecer da alegação de inconstitucionalidade como questão principal, tendo em vista que esse exame em face da Constituição Federal apenas poderia ser feito, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal.

Internacionais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 108. O autor desdobra essa ideia afirmando que “o fundamento de toda e qualquer jurisdição [...] encontra amparo constitucional”, de modo que “o árbitro só pode decidir e as partes somente estão vinculadas a sua decisão porque, direta ou indiretamente, a Constituição (enquanto lei maior de determinada ordem jurídica nacional) assim admite” (*Idem*, p. 108).

10. Destaca-se que o artigo 21, § 2º, da Lei de Arbitragem já faz menção expressa a algumas dessas garantias, dispondo que: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”. A inobservância dessas e outras garantias processuais constitucionais pode representar a nulidade da sentença arbitral, na linha do que dispõe o artigo 32, VIII, da mesma lei.

De toda forma, porém, o dispositivo foi revogado expressamente, o que revela a possibilidade de que os árbitros se pronunciem sobre questões prejudiciais relativas a direitos indisponíveis, ainda que prevaleça a limitação legal de que o objeto principal do litígio, sobre o qual repousará a sentença arbitral, seja relativo a direitos patrimoniais disponíveis. Em síntese, assume-se que a revogação do artigo 25 da Lei nº 9.307/1996 constitui um reforço argumentativo à possibilidade de que os árbitros, de maneira incidental e com eficácia limitada às partes envolvidas, possam se manifestar sobre a (in)constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais.

Essa atribuição, porém, não se revela ilimitada. Com efeito, mais importante do que afirmar a possibilidade do controle de constitucionalidade na arbitragem é investigar os seus limites. Alguns deles, naturalmente, são equivalentes a outros que já existem a outras formas de manifestação jurisdicional, como a decisão judicial. Outros, porém, colocam-se de forma própria em relação a peculiaridades da arbitragem, conforme a seção seguinte deste artigo buscará revelar.

3. Os limites do controle de constitucionalidade arbitral

Afirmar a possibilidade da realização de controle de constitucionalidade na arbitragem é tarefa menos complexa do que estabelecer os seus limites. Com efeito, é sobre esse ponto que repousa grande parte das divergências doutrinárias sobre o tema, especialmente a partir do grau de existência ou inexistência de vinculação dos árbitros aos precedentes vinculantes decididos, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Discussões parecidas também poderiam ser travadas em relação às decisões vinculantes proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em uniformização da interpretação das leis federais – com a peculiaridade de uma maior liberdade, em tese, de as partes disporem sobre o conjunto de regras infraconstitucionais aplicáveis –, mas essa seria tarefa que muito ampliaria o escopo deste artigo, que se limitará às questões de constitucionalidade propriamente ditas.

Um primeiro limite relevante diz respeito ao alcance subjetivo e objetivo da sentença arbitral que realiza o controle de constitucionalidade. Evidentemente, trata-se de decisão que terá eficácia restrita às partes que compõem a relação processual arbitral, de modo que a decisão de (in)constitucionalidade apenas terá efeitos em relação à controvérsia colocada no caso em exame. Nesse sentido, a própria Lei de Arbitragem já estabelece essas limitações em seu artigo 31, que afirma que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Assim, tratando-se de controle concreto e incidental a um processo arbitral, aplicam-se os mesmos efeitos do controle de constitucionalidade judicial promovido a título difuso e concreto, sem a possibilidade de aplicação dos institutos de dessubjetivação da demanda e ampliação dos efeitos da decisão de (in)constitucionalidade (como a repercussão geral, por exemplo).

Até se poderia defender a existência de uma jurisprudência arbitral de determinado árbitro ou órgão arbitral, por exemplo, em formação de entendimento pela (in)constitucionalidade de determinada norma, a ser aplicável também em outros casos futuros. Entretanto, não se trataria de um precedente dotado de força vinculante, de modo que

a invocação dessa chamada jurisprudência arbitral apenas poderia ser invocada a título argumentativo, sem força de aplicação obrigatória a casos futuros.

Ademais, no processo arbitral, a questão de constitucionalidade será sempre decidida como questão prejudicial de mérito, no âmbito da fundamentação e da invocação das razões de decidir, de modo que esta matéria nunca integrará o dispositivo propriamente dito da sentença arbitral. Nesse sentido, a coisa julgada material produzida pela sentença arbitral não pode alcançar a (in)constitucionalidade declarada, porque se trata de questão incidental, prejudicial ao mérito do litígio. Ainda que se queira aplicar as disposições excepcionais do Código de Processo Civil que estendem os efeitos da coisa julgada às questões prejudiciais decididas expressa e incidentemente no processo (artigo 503, § 1º, da Lei nº 13.105/2015), seus requisitos não estariam atendidos. É que, para tanto, exige-se que o juízo tenha competência em razão da matéria para resolvê-la como questão principal, o que não se verifica em sede arbitral, tendo em vista que aos árbitros não se atribui a competência para decidir análises de (in)constitucionalidade como questões principais, o que, no direito brasileiro, apenas pode ser feito em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

Evidentemente, também é necessário que o controle de constitucionalidade de normas em sede arbitral seja feito de forma explícita e devidamente fundamentada, já que a fundamentação específica é requisito obrigatório da sentença arbitral (artigo 26, II, da Lei de Arbitragem), sob pena de nulidade dessa decisão (artigo 32, III, da mesma Lei). Ainda, na linha do que assentado no tópico anterior, não se admite que as partes renunciem à possibilidade de controle de constitucionalidade na arbitragem, de modo que o exame de compatibilidade de normas aplicáveis ao caso em face da Constituição Federal é, além de mera possibilidade, também um dever jurisdicional dos árbitros, ante a inescusabilidade e indisponibilidade das normas constitucionais.¹¹

A partir desse último ponto, é possível seguir para uma outra limitação que se entende existir ao controle de constitucionalidade em sede arbitral. Em consonância ao que apresentado na seção anterior, a decisão pela aplicação das regras de direito brasileiro à solução do litígio implica em automática invocação do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, cuja incidência não pode ser afastada pela disposição da vontade das partes, nem dos árbitros. Em passo seguinte, deve-se adicionar que esse ordenamento obrigatoriamente aplicável é integrado não apenas pelas disposições textuais expressamente constantes da Constituição, mas também pela interpretação que a elas se dá em sede de pronunciamentos jurisdicionais vinculantes.

Por essa razão, a sentença arbitral deve observar os entendimentos vinculantes firmados pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de constitucionalidade, tanto em relação aos julgamentos realizados na via concentrada de constitucionalidade, quanto

11. Nesse sentido, Gustavo Favero Vaughn aponta que os árbitros devem proceder à análise de controle de constitucionalidade mesmo que seja de ofício, independente de concordância das partes: “Ainda que as partes combinem que o *iura novit curia* não possa ser invocado pelos árbitros como razão de decidir, essa convenção não surte efeitos quanto à declaração incidental de inconstitucionalidade na arbitragem” (VAUGHN, *Op. cit.*, p. 68).

às teses firmadas na via difusa¹² (recursos extraordinários repetitivos e aqueles julgados sob a sistemática da repercussão geral), já que, dentro da esfera jurisdicional – estatal ou não estatal – é ao STF que incumbe a prerrogativa da última palavra sobre a Constituição. Assim, a possibilidade de controle de constitucionalidade em sede arbitral é também limitada pela necessária observância aos precedentes constitucionais vinculantes, como são as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos ou com repercussão geral, além dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (artigo 927 do Código de Processo Civil). A inobservância desses precedentes pode desafiar o ajuizamento, em tese, de ação anulatória ou mesmo de reclamação constitucional, observados seus limites específicos, na linha do que mais adiante se dispõe, para fins exclusivos de fazer a autoridade arbitral considerar o precedente vinculante inobservado, sem que a autoridade judicial avance à solução do mérito da controvérsia.

Assim, escolhida pelas partes a aplicação do Direito brasileiro à arbitragem que convencionaram, a escolha dessa via jurisdicional de solução de controvérsias não pode representar forma de escapar de parte do ordenamento jurídico constitucional, qual seja a interpretação constitucional vinculante. Sustenta-se essa conclusão não porque se afirme uma necessária hierarquia entre o juiz estatal e o árbitro, em que este àquele se submete, mas porque deve haver, ao contrário, um certo paralelismo entre o árbitro e o juiz. A jurisdição arbitral, nesse sentido, deve ser concebida em simetria à jurisdição estatal: se à jurisdição estatal se impõe o dever de observar as matérias sobre a interpretação da Constituição decididas pelo Supremo com eficácia vinculante, também a jurisdição arbitral deve respeitar essa mesma observância.

Assumir compreensão diversa seria permitir que a escolha da arbitragem, em lugar da jurisdição estatal, representasse consciente fuga a interpretação vinculante afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e que, eventualmente, se considere indesejável ou desinteressante aos interesses de determinada parte. Desse modo, adotadas as premissas de que a arbitragem assume natureza jurisdicional e que a força normativa da Constituição se impõe à arbitragem independentemente da vontade das partes, essa parece a única solução lógica e coerente possível: os efeitos vinculantes sobre matéria de constitucionalidade alcançam não apenas o Poder Judiciário, mas toda forma de jurisdição. A jurisdição arbitral se funda no ordenamento jurídico constitucional e a ele se sujeita,

12. No ponto, para fins de vinculatividade do precedente afirmado pelo STF em julgamento de recursos extraordinários repetitivos ou apreciados sob a sistemática da repercussão geral, entende-se desnecessária a prévia edição de Resolução do Senado Federal que suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (artigo 52, X, da Constituição). Apesar de se reconhecer que o ponto é controverso – e seu deslinde específico também ultrapassaria o objeto do presente artigo –, aqui se afirma a concepção de que ainda que manifestação de inconstitucionalidade afirmada pelo STF nessas situações não retire, por si só, o ato normativo inconstitucional do ordenamento jurídico, a decisão é vinculante na esfera jurisdicional (estatal e não estatal), na forma dos artigos 927 e 988 do Código de Processo Civil. Em razão de se tratar de tema que comporta interpretações diversas, faz-se a presente nota explicativa.

nele compreendidas as decisões vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em interpretação às normas da Constituição.

No caso específico em que a decisão vinculante tenha se manifestado pela inconstitucionalidade de determinado ato normativo, essa conclusão parece ainda mais evidente. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade representa a nulidade de determinada norma, que se considera inexistente desde a sua origem, resguardada a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. Assim, o ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo – seja na via concentrada e abstrata, seja na via difusa e concreta¹³ – deixa de ser aplicável no ordenamento jurídico, de modo que, não se poderia, em sede arbitral, criar-se um ambiente infenso a essas decisões, permitindo que em tal âmbito se aplicasse lei que não mais assume validade no direito brasileiro.¹⁴ Em outras palavras: permitir que essa decisão não alcançasse eficácia vinculante para a solução arbitral de conflitos seria tornar possível a aplicação de norma jurídica nula. Ao contrário, se tiver havido modulação temporal dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal, também essa peculiaridade deve ser observada em sede arbitral, de modo que nesses limites seria possível aplicar uma norma ainda constitucional ou a cuja declaração de inconstitucionalidade tenha se conferido eficácia prospectiva.

Nesse sentido, a não consideração, pela sentença arbitral, da existência de decisão vinculante firmada pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional pode representar hipótese de *error in procedendo*, a justificar o cabimento de ação anulatória, porque proferida fora dos limites da convenção arbitral que adotar as regras de direito brasileiro (artigo 32, IV, da Lei nº 9.307/1996). Seria possível, também, articular a hipótese de violação à ordem pública – não como conceito aberto e indeterminado, mas aqui concretizado pela necessidade inafastável de observância das normas constitucionais –, que é limite legislativo expresso à convenção arbitral (artigo 2º, § 1º, da mencionada lei). Em qualquer dessas situações, porém, o ajuizamento da ação anulatória deve observar o prazo de noventa dias fixado pela Lei (artigo 33, § 1º), que é medida que procura conferir segurança jurídica e previsão de estabilidade à sentença arbitral, sem também descuidar da celeridade de sua resolução.

Em linha semelhante, seria possível o manejo de reclamação, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, contra a sentença arbitral que violar precedente vinculante em matéria constitucional, atendidas as hipóteses de cabimento estabelecidas nos artigos 988

13. Quanto ao ponto, remete-se a nota de rodapé anterior, em que se dispõe sobre a possível distinção entre as formas abstrata e incidental do controle de constitucionalidade, à luz do artigo 52, X, da Constituição de 1988, reafirmando-se a compreensão de que a controvérsia sobre o alcance das decisões proferidas pelo Supremo em sede do controle difuso e concreto de constitucionalidade (se estas retiram, por si só, o ato normativo inconstitucional do ordenamento jurídico) não afasta a eficácia vinculante dessa decisão na esfera jurisdicional (estatal e arbitral), na forma dos artigos 927 e 988 do Código de Processo Civil.

14. No ponto, Georges Abboud parece concordar com essa conclusão, ao afirmar que “a sentença arbitral, embasada em lei declarada inconstitucional em sede abstrata, padece de errar *in procedendo*, na medida em que o árbitro teria considerado como direito válido e vigente regras legais que sequer subsistem no ordenamento em virtude da declaração de inconstitucionalidade pelo STF” (ABBOUD, *Op. cit.*, 1240).

e seguintes do Código de Processo Civil. Essa seria uma via que, ainda no curso do procedimento arbitral, permitiria garantir que este se conclua com maior celeridade e segurança, em efetiva observância às decisões vinculantes.

Naturalmente, também essas reclamações devem se sujeitar aos limites próprios dessa via processual, conforme a respectiva hipótese de cabimento. Assim é que deve ser demonstrada, por exemplo, a estrita aderência e a efetiva parametricidade entre a sentença arbitral reclamada e a decisão vinculante do Supremo tida por violada.¹⁵

Em igual medida, o manejo da reclamação constitucional apenas será possível se ainda não concluído o procedimento arbitral, seja por se tratar de sentença parcial, seja por ainda estar pendente pedido de esclarecimentos. Isso porque, conforme entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁶ acolhido expressamente no artigo 988, § 5º, do Código de Processo Civil, é inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada. Feitas as devidas adequações, este é também outro exemplo de limite que, aplicável à reclamação contra decisão judicial, também deve se aplicar à reclamação ajuizada contra decisão arbitral.

A defesa da possibilidade de manejo desses institutos (ação anulatória e reclamação) nas hipóteses restritas de seus cabimentos não representa tentativa de fortalecer o controle judicial sobre decisões arbitrais, mas de garantir efetividade à observância das normas constitucionais. Trata-se, a rigor, de cuidado que representa a necessidade de maior cuidado e rigor técnico na construção das sentenças arbitrais, corroborando para sua utilidade, respeitabilidade e imparcialidade. Não porque exista hierarquia entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, mas porque é necessário garantir a obrigatoriedade de aplicação das normas constitucionais, bem como a uniformidade que a elas se confere, em qualquer das vias jurisdicionais de resolução das controvérsias.

Em qualquer das hipóteses, destaca-se que a ação anulatória e a reclamação devem ser cabíveis apenas em face da sentença arbitral que deliberadamente ignora ou deixa de considerar a existência de decisão vinculante proferida pelo Supremo em matéria de constitucionalidade. Em simetria com a jurisdição estatal, faculta-se ao árbitro a possibilidade de não aplicação de determinado precedente, promovendo alguma diferenciação (*distinguishing*), justificando eventual não subsunção ou aplicação ao caso ou, até mesmo, propondo sua superação (*overruling*). Assim, essas duas hipóteses de impugnação judicial da sentença arbitral não recairiam propriamente sobre o conteúdo da sentença arbitral (eventual *error in judicando*), mas sobre as premissas adotadas para o seu desenvolvimento, qual seja: o dever de considerar, na resolução do caso arbitral, a existência de decisões vinculantes proferidas pelo Supremo em matéria de constitucionalidade (cuja negativa poderá representar efetivo *error in procedendo*).¹⁷

15. ARABI, Abhner Youssif Mota Arabi. *Reclamação constitucional: origem e evolução*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 49.

16. Assim dispõe a Súmula nº 734/STF: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

17. A posição é também defendida, com algumas diferenças de fundamentação e de alcance, por Gustavo Favero Vaughn, que aponta: “A ausência de motivação tornará possível a anulação da sentença arbitral sempre que os árbitros não apresentarem determinado provimento judicial

Em qualquer dos casos, porém, a decisão judicial de procedência da reclamação ou da ação anulatória deve se limitar a reconhecer o vício da sentença arbitral, determinando o seu retorno à instância arbitral, para que ali seja proferida nova decisão, dessa vez considerando, necessariamente, o precedente constitucional vinculante que da primeira vez não se observou. Assim, não caberá à autoridade judicial substituir-se à jurisdição arbitral para resolver o mérito da questão, já que a sentença arbitral não é sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (artigo 18 da Lei nº 9.307/1996). Reconhecido o vício, devolve-se o feito para que o árbitro profira nova decisão, em consonância com a disposição do artigo 33, § 2º, da Lei de Arbitragem.

Diversamente, porém, a afirmação posterior e vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, da (in)constitucionalidade de determinado ato normativo não permite a revisão da sentença arbitral já proferida quando ainda inexistia a decisão do STF ou se, existindo a modulação dos efeitos da decisão por esta Corte, a decisão dos árbitros tiver sido proferida dentro do período de validade da norma. Assim, a disposição do artigo 525, § 15, do Código de Processo Civil é inaplicável à sentença arbitral.

O dispositivo permite o ajuizamento de ação rescisória que vise à declaração de inexigibilidade de obrigação reconhecida em título executivo judicial que se funda em ato normativo considerado inconstitucional supervenientemente pelo Supremo Tribunal Federal, ou que seja fundado em aplicação ou interpretação de ato normativo tido por essa Corte como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Entretanto, trata-se de hipótese específica de impugnação de decisões judiciais propriamente ditas, não se estendendo à sentença arbitral, que não é impugnável pela via da ação rescisória, nem mesmo nessa hipótese.

Ainda que a sentença arbitral também seja um título executivo judicial (artigo 515, VII, do Código de Processo Civil), se, ao tempo em que esta foi proferida, a decisão conflitante do Supremo Tribunal Federal ainda não existia, tratar-se-ia, no máximo, de um eventual *error in judicando*, o que não possibilita o ajuizamento de ação anulatória, tampouco o manejo de reclamação constitucional. A mesma conclusão também se coloca em relação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, de modo que também o art. 535, § 8º, do Código de Processo Civil é inaplicável à sentença arbitral.

Assim, apesar de se afirmar a premissa de que deve existir, na matéria tratada no presente artigo, simetria entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, não se trata de uma completa igualdade de atribuições, possibilidade e funções, havendo distinções que decorrem da própria natureza distinta que uma e outra forma de resolução de controvérsias assume. A não aplicabilidade dos artigos 525, § 15, e 535, § 8º, ambos do Código de Processo Civil, é um primeiro exemplo ilustrativo.

Há, ainda, outras distinções, que também se justificam por essas distintas naturezas que a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral assumem. É o que ocorre com a cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição) que é inaplicável ao controle de constitucionalidade exercido em sentença arbitral. O dispositivo constitucional exige que a declaração

vinculante com assento constitucional for ou não aplicável à hipótese. Essa será uma situação de *error in procedendo*, de nulidade do pronunciamento decisório do juízo arbitral por vício de fundamentação” (VAUGHN, *Op. cit.*, pp. 192-193).

de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público somente pode se dar pelo voto da maioria absoluta dos membros do órgão pleno ou especial dos Tribunais. Assim como o dispositivo não tem aplicação possível ao controle de constitucionalidade feito em sentença judicial de primeiro grau, que é proferida por juiz único, também a arbitragem, seja ela exercida por árbitro único ou por uma pluralidade de árbitros, afasta-se da hipótese de subsunção dessa norma constitucional. Assim, quando haja pluralidade de árbitros, a questão da (in)constitucionalidade será resolvida pela maioria dos votos ou pelo voto de qualidade, nos termos do que disciplina a Lei de Arbitragem (artigo 24, § 1º).

De igual forma, a possibilidade de controle judicial da omissão inconstitucional (sobretudo pelas vias da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIO e do Mandado de Injunção – MI) é também inextensível à jurisdição arbitral. A primeira (a ADIO) é figura do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e, portanto, está fora dos limites do controle de constitucionalidade arbitral. A segunda via (o MI), ainda que veicule processo subjetivo, é pretensão que se manifesta contra órgão estatal responsável pela edição ou proposição de uma determinada norma, sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se, portanto, de situação que não corresponde a conflito relativo a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º da Lei nº 9.307/1996) e para a qual não é possível pactuar convenção arbitral.

Por fim, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de (in)constitucionalidade é medida que também parece de difícil aplicação em sede de controle de constitucionalidade arbitral, já que a sentença proferida terá eficácia sempre restrita às partes que integram a relação processual arbitral. Assim, o acolhimento de alegação de inconstitucionalidade de um determinado ato normativo feita por uma das partes deve a ela aproveitar. Não se nega, porém, a possibilidade em abstrato de que excepcionais razões de segurança jurídica, devidamente fundamentadas na sentença arbitral, possam levar à declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma na resolução arbitral de um litígio, não obstante se admita sua produção de efeitos naquele caso concreto (na linha do que indica, por exemplo, o artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil).

4. Conclusão

A consolidação da arbitragem é processo ainda incompleto no Brasil. Se não há mais dúvidas sobre a sua possibilidade, a sua constitucionalidade e, em grande medida, até mesmo sobre sua natureza jurisdicional, ainda há grandes e indefinidos debates sobre as possibilidades e os limites de suas funções. Aliás, parte deles, são também controversos em relação à jurisdição estatal.

A partir dessa perspectiva é que se buscou evidenciar neste artigo a possibilidade de que, incidentalmente à causa colocada sob apreciação arbitral, os árbitros realizem o controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais atinentes à resolução do conflito que apreciam, cujos efeitos serão restritos às partes nela envolvidas. Afinal, trata-se de processo de natureza jurisdicional que se fundamenta e se vincula pela sua compatibilidade com as normas constitucionais, que não podem ser ignoradas ou afastadas na arbitragem, bem mesmo por vontade das partes.

Essa possibilidade, porém, para que seja válida deve respeitar alguns limites específicos, de forma similar ao que também se exige em relação à jurisdição estatal. Com efeito, se ambas são formas jurisdicionais de resolução de conflitos, deve haver também um núcleo mínimo de características comuns que lhe confirmem a certeza da natureza que partilham. De modo especial, apresentou-se a ideia de que, na linha do que se exige para a sentença judicial, também a sentença arbitral deve observar os entendimentos vinculantes firmados pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de constitucionalidade, já que, dentro da esfera jurisdicional – estatal ou não estatal – é ao STF que incumbe a prerrogativa da última palavra sobre a Constituição.

A possibilidade de controle de constitucionalidade em sede arbitral, portanto, deve se limitar pela necessária observância aos precedentes constitucionais vinculantes, sob pena de possibilitar o ajuizamento de ação anulatória ou mesmo de reclamação constitucional, observados os limites específicos de cada via processual, na linha do que oportunamente exposto, para os fins exclusivos de fazer a autoridade arbitral considerar o precedente vinculante inobservado, sem que a autoridade judicial avance à solução do mérito da controvérsia. Nesse sentido é que se insiste na ideia de uma necessária simetria, em relação ao sistema de precedentes, entre as formas jurisdicionais de resolução de conflitos e seus operadores, como forma de garantia da segurança jurídica, da validade e unidade das normas constitucionais e da coerência do sistema jurisdicional de resolução de controvérsias.

As medidas aqui apontadas e as soluções aqui defendidas não caminham no sentido de apontar uma necessária hierarquia entre o juiz estatal e o árbitro, em que este àquele se submete, mas porque deve haver, ao contrário, um certo paralelismo entre o árbitro e o juiz. As ideias pautam-se, nesse sentido, na simetria entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal: se a esta se impõe o dever de observar as matérias sobre a interpretação da Constituição decididas pelo Supremo com eficácia vinculante, também àquela se coloca essa mesma necessidade.

Tampouco se cuida de tentativa de fortalecer o controle judicial sobre decisões arbitrais, mas de garantir efetividade à observância das normas constitucionais. Trata-se, a rigor, de cuidado que representa a necessidade de maior cuidado e rigor técnico na construção das sentenças arbitrais, corroborando para sua utilidade, respeitabilidade e imparcialidade. Não porque exista hierarquia entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, mas porque é necessário garantir a obrigatoriedade de aplicação das normas constitucionais, bem como a uniformidade que a elas se confere, em qualquer das vias jurisdicionais de resolução das controvérsias.

Essas são medidas que qualificam a arbitragem como mecanismo seguro e vinculante de solução de controvérsias, em cumprimento às responsabilidades da tarefa que assume na resolução de litígios e interpretação das normas aplicáveis, sobretudo quando estas se revelem de natureza constitucional. Afinal, a jurisdição arbitral se funda e se sujeita ao ordenamento jurídico constitucional, nele compreendidas as decisões vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em interpretação às normas da Constituição. E é em defesa da unidade e da força normativa do ordenamento jurídico constitucional que são feitas as considerações aqui formuladas, revelando-se necessário que o sistema jurídico de solução jurisdicional de controvérsias, nos planos estatal ou não estatal, seja articulado ao redor de normas constitucionais uniformemente interpretadas, a fim de que suas premissas de aplicação sejam, tanto quanto possíveis, coerentes, íntegras e estáveis.

2.

STF E A DECISÃO NA SE-QO 5.206: TRÊS QUESTÕES QUE CONTINUAM RELEVANTES

ANA PAULA DE BARCELLOS¹

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é examinar o julgamento do STF, concluído em 2001 que, por decisão majoritária, veio a considerar válida a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996), em questão de ordem, no âmbito da SE 5206. Desde logo, cabe responder à legítima pergunta do leitor neste momento: quais são o interesse e a relevância de se retornar a essa decisão, passados mais de 20 anos e consolidado o entendimento no sentido da constitucionalidade da lei? A resposta é simples. Alguns dos argumentos intensamente discutidos pelos Ministros nos votos vencedores e vencidos não desapareceram nem se tornaram irrelevantes: ao contrário, eles continuam subjacentes aos debates jurídicos atuais. Assim, recuperar essas discussões é fundamental para compreender o papel que tiveram na ocasião e que continuam a ter hoje.

A questão técnico-jurídica central decidida pela Corte envolvia a validade ou não da previsão legal (arts. 6º e 7º) autorizando a execução específica, pelo Judiciário, da obrigação de firmar o compromisso arbitral previsto em cláusula compromissória, diante da recalcitrância de uma das partes. Nada obstante, a compreensão dos Ministros acerca de outros temas foi determinante para a conclusão apurada acerca da validade ou não desses dispositivos. Três desses temas foram especialmente importantes no julgamento: (i) a maior ou menor da centralidade da liberdade individual em face do Estado e sua estrutura e, portanto, o maior ou menor respeito às manifestações dessa liberdade; (ii) o papel, no âmbito da interpretação jurídica, atribuído às consequências no mundo real desencadeadas pelas decisões judiciais em diferentes níveis; e (iii) os impactos da globalização econômica e jurídica sobre a interpretação do direito interno.

O presente texto não pretende fazer um exame teórico dos temas acima, acerca dos quais muito se debate nos planos doutrinário e filosófico, bem como nos diferentes ramos

1. Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UERJ. Mestre e Doutora em Direito Público – UERJ. Pós-doutora – Harvard. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB.

do Direito, que acabam por receber a influência dos entendimentos adotados. Com efeito, os consequentialismos jurídico e judicial, bem como a globalização jurídica são assuntos cada vez mais relevantes para o Direito brasileiro. E o tratamento jurídico das tensões entre liberdade individual e autoridade estatal continua em permanente discussão, até porque ele envolve ponderações cujos elementos variam em diferentes contextos e não admitem uma resposta única ou simplista. O objetivo deste texto não é aprofundar qualquer desses assuntos do ponto de vista teórico, mas apenas demonstrar que as diferentes visões acerca deles foram determinantes para a decisão formada pelo STF acerca da validade da Lei da Arbitragem.

Para atingir esse objetivo, o texto será organizado em duas grandes partes, além desta introdução. O próximo tópico apresenta o percurso do julgamento e as questões técnico-jurídicas efetivamente decididas pelo STF no julgamento da SE 5206. E, em seguida, se vai examinar como as três questões suscitadas acima foram abordadas pelos Ministros em seus votos e manifestações.

2. O percurso da SE 5.206 e as questões técnico-jurídicas decididas na questão de ordem

O processo no qual a discussão sobre a validade da Lei da Arbitragem foi travada se ocupava da homologação de um laudo arbitral proferido em Barcelona, na Espanha. A requerente era empresa suíça e a requerida empresa brasileira. A homologação foi requerida perante o STF, em 11 de setembro de 1995, tendo em conta a competência, então ainda do STF, para homologação de sentenças estrangeiras. A requerente alegava que nos termos da legislação espanhola o laudo arbitral se equiparava a sentença judicial e, portanto, poderia ser submetido à homologação pelo STF.

A decisão inicial do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, publicada em 13.12.1995, indeferiu a homologação por entender que apenas a decisão judicial estrangeira que houvesse homologado o laudo arbitral proferido no exterior poderia ser submetida à homologação pelo STF. A premissa era a de que caberia ao direito brasileiro, e não ao direito estrangeiro, definir o que poderia ser considerado sentença estrangeira e o direito brasileiro, àquela altura, exigia a homologação dos laudos arbitrais pelo Poder Judiciário (CPC/1973, art. 1.098).

Foi, então, interposto agravo regimental, já em janeiro de 1996, cujo julgamento teve início perante o Plenário da Corte, apenas em 10 de outubro de 1996. Algumas semanas antes, em 23 de setembro de 1996, havia sido editada a Lei 9.307, que equiparou o laudo/sentença arbitral à sentença judicial, independentemente de homologação pelo Poder Judiciário, exigindo apenas a homologação perante o STF no caso de sentença arbitral estrangeira (arts. 31 e 35). Diante da novidade legislativa, e superando o óbice de que havia cogitado, o Ministro Pertence iniciou o julgamento do agravo regimental votando no sentido de dar provimento ao agravo regimental e homologar o laudo arbitral espanhol.

O Ministro Moreira Alves, porém, submeteu questão de ordem para que o STF decidisse sobre a constitucionalidade de duas novidades da então recentíssima Lei 9.307/96: “1º, a possibilidade de execução específica da obrigação de firmar o compromisso arbitral objeto de cláusula compromissória, se necessário, mediante provimento judicial substitutivo da

manifestação da vontade da parte recalcitrante (arts. 6º e 7º) e, 2º, de interesse decisivo no caso, a equiparação, no plano do direito interno, dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judiciária – incluída a formação de título executório, se condenatório o laudo – independentemente de homologação judicial (art. 31), disposição completada, no art. 35, com a explicitação de que ‘para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal’.”

O Ministro Moreira Alves propôs, ainda, que o julgamento fosse convertido em diligência para ouvir o Ministério Público Federal sobre a constitucionalidade da Lei 9.307/1996 e suas eventuais repercussões sobre o caso concreto, o que foi aprovado por unanimidade. É interessante observar que não havia qualquer disputa acerca da homologação do laudo arbitral espanhol entre as partes que dele figuravam, tendo ambas se manifestado perante o STF postulando sua homologação. Os próprios Ministros reconheceram que as discussões objeto da questão de ordem – que se concentraram, como se verá, apenas no tema da possibilidade de execução específica da cláusula compromissória – eram irrelevantes para a solução do caso concreto. Ainda assim, as partes no caso tiveram que esperar alguns anos pelo desfecho do julgamento.

O julgamento foi retomado em 08.05.1997 com o parecer do MPF, no sentido da constitucionalidade de ambas as inovações questionadas da Lei 9.307/1996 e, quanto ao caso concreto, pela homologação do laudo arbitral espanhol. O Ministro Sepúlveda Pertence votou, quanto à questão de ordem, pela validade da opção legal que equiparou a sentença arbitral à sentença judicial, dispensando a homologação pelo Judiciário, no que foi acompanhado por todos os Ministros. Entretanto, votou pela inconstitucionalidade da possibilidade de execução específica da celebração do compromisso arbitral pelo Poder Judiciário, no caso da parte que pactuou a cláusula compromissória negar-se a fazê-lo. Seu entendimento no particular restou vencido, mas foi seguido pelos Ministros Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

Oraciocínio do Ministro Pertence quanto a esse segundo ponto – que se tornou o tema central do julgamento – pode ser resumido de forma objetiva da seguinte forma. Do ponto de vista constitucional, a renúncia ao direito fundamental de acesso ao Judiciário garantido pela Constituição seria possível, mas apenas diante do litígio concreto, não sendo viável uma renúncia geral e abstrata. Para o Ministro, a delimitação da renúncia que resulta de ela estar vinculada aos litígios oriundos de uma relação contratual não seria suficiente. Seria indispensável, para a validade constitucional da renúncia, que a pessoa tivesse noção exata do conflito específico, o que só poderia acontecer diante de sua emergência efetiva. Ou seja: a manifestação da pessoa no contrato, no sentido da renúncia ao Judiciário e submissão à arbitragem dos conflitos a ele vinculados, não seria capaz, do ponto de vista constitucional, de gerar uma renúncia válida ao direito fundamental de acesso à Justiça e, portanto, o Judiciário não poderia impor a execução específica dessa manifestação contratual.

O voto do Ministro Pertence aborda ainda a questão sob o aspecto infraconstitucional, tendo em conta a regra geral então vigente no art. 639 do Código de Processo Civil de 1973, que já previa a preferência da execução específica das obrigações, inclusive da obrigação de celebrar um contrato. Esse era o teor do dispositivo: “Art. 639. *Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado*”.

O Ministro considerou que incidiria na hipótese a exceção do “sendo isso possível”, já que considerava constitucionalmente impossível que o Judiciário substituísse a vontade do particular para celebração da cláusula compromissória.

O Ministro Nelson Jobim iniciou seu voto oral na mesma sessão de 08.05.1997, indicando seu entendimento no sentido da validade de ambas as alterações da Lei da Arbitragem: tanto a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, quanto a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória pelo Poder Judiciário. Nada obstante, após os debates, o Ministro Jobim acabou por pedir vista dos autos para melhor exame. Como se verá, o Ministro tinha também um outro objetivo por ele mesmo declarado com o pedido de vista, que acabou por se alongar por mais de três anos.

O julgamento foi retomado apenas em 22 de novembro de 2000, quando então o Ministro Jobim apresentou seu voto, de fato no sentido da constitucionalidade da lei. De forma objetiva, seu voto estabeleceu duas premissas importantes que acabaram sendo seguidas pela maioria, inclusive com o aporte de argumentos adicionais por outros Ministros. Em primeiro lugar, a garantia constitucional que veda restrições ao acesso ao Judiciário se dirige e limita sobretudo o próprio Estado, e o Legislador em particular, e não o indivíduo. Este tem a liberdade de usar o Judiciário para resolver seus conflitos, mas não tem qualquer dever de fazê-lo, podendo optar livremente por outras soluções que lhe sejam mais convenientes. Uma segunda premissa estabelecida foi a de que a arbitragem lida apenas com conflitos em torno de direitos disponíveis, nos termos da previsão da própria lei. No âmbito de sua liberdade, as pessoas podem dispor desses direitos, de modo que também podem dispor sobre a forma de solução de conflitos que envolvam direitos disponíveis.

Definidas essas premissas, o Ministro Jobim entendeu que, ao contrário do afirmado pelo Relator, a opção pela arbitragem inserida em um contrato não caracteriza uma renúncia abstrata ou geral ao direito de acesso ao Judiciário: os termos de um contrato delimitam de forma suficiente as possibilidades de conflito para que a pessoa tome uma decisão consciente no particular. E que, em qualquer caso, o Judiciário é que decidiria, ao determinar ou não a execução específica da obrigação, se o conflito envolve direitos disponíveis e se se encontra no escopo do contrato firmado pelas partes. Seu voto lança ainda outros argumentos em reforço de sua conclusão, entre os quais os objetivos do Legislador com a inovação, tendo em conta a realidade brasileira e os impactos da decisão do STF, tema sobre o qual se tratará adiante.

Na sequência do voto do Ministro Nelson Jobim e dos debates, o Ministro Ilmar Galvão pediu vista dos autos. O julgamento foi retomado em 21.03.2001, com a apresentação do voto pelo Ministro Ilmar Galvão, que acompanhou o Ministro Nelson Jobim. A Ministra Ellen Gracie então pediu vista, retomando-se o julgamento em 03.05.2001, com o voto da Ministra, também acompanhando o Ministro Nelson Jobim. O Ministro Néri da Silveira pediu igualmente vista, retornando com seu voto em 12.12.2001, quando o julgamento foi afinal concluído. O Ministro Néri da Silveira, Sydney Sanches e Moreira Alves acompanharam o Relator, e os Ministros Maurício Correa, Carlos Mário Velloso, Celso de Mello e Marco Aurélio, o Presidente, acompanharam o Ministro Nelson Jobim. Para além das manifestações dos Ministros Pertence e Jobim, vários votos trouxeram outros interessantes argumentos adicionais que serão examinados na sequência. Concluído o julgamento, as partes originais conseguiram afinal ver seu laudo arbitral homologado.

Descrito de forma sumária o resultado o percurso do julgamento, cabe agora aprofundar o exame das manifestações dos Ministros em função dos três principais temas subjacentes aos debates identificados inicialmente: (i) a maior ou menor da centralidade da liberdade individual em face do Estado e sua estrutura; (ii) que papel a interpretação jurídica deve atribuir às consequências que serão desencadeadas pelas decisões judiciais em diferentes níveis; e (iii) os impactos da globalização econômica e jurídica sobre a interpretação do direito interno.

3. Os três temas que continuam relevantes

3.1. *A maior ou menor centralidade da liberdade individual em face do Estado e sua estrutura*

Como referido, um primeiro elemento que se mostrou central na forma como os Ministros examinaram a questão jurídico-constitucional que precisavam resolver é, na verdade, um tema clássico para o Direito: que peso deve ter a liberdade individual e suas escolhas em face da estrutura e da regulação estatal. Embora seja corrente a afirmação de que os direitos fundamentais são, desde 1988, o centro do sistema jurídico, essa pode ser uma afirmação com sentido bastante limitado. A expressão “direitos fundamentais” e o peso que se dá em determinado contexto a um direito em face de outro podem conduzir a diferentes conclusões. Ademais, o Estado e a regulação estatal têm papéis múltiplos nesse contexto: o Estado e sua regulação continuam a ser potenciais fontes de limites (e ameaças) aos direitos, mas são também meios de proteção e promoção de vários deles. Assim, não é possível fazer assertivas simplistas no particular.

O entendimento que se mostrou minoritário no julgamento da SE 5206 assumiu uma visão claramente restritiva acerca das possibilidades da liberdade individual e, *a fortiori*, ampliativa do papel do Estado em proteger o indivíduo de si mesmo e de suas decisões. Em primeiro lugar, ao exigir a existência de lide específica atual para a validade da renúncia à jurisdição estatal, o entendimento retirava eficácia da manifestação de vontade anterior, veiculada no contrato, assumindo uma determinada concepção acerca do indivíduo e sua liberdade: a pessoa não seria capaz de avaliar, no momento da celebração do contrato, as consequências de sua decisão e, por isso, necessita de uma tutela especial do Estado – sob a forma, no caso, da impossibilidade de execução específica da cláusula compromissória – para ser protegida de si mesmo e de suas decisões.

Ou seja: o indivíduo foi tolo ou imprudente ao decidir renunciar à jurisdição estatal antes de o conflito concreto surgir e o Estado deve protegê-lo de sua tolice ou imprudência. A circunstância de toda a discussão estar inserida no âmbito dos direitos disponíveis não recebeu relevo especial dos votos vencidos, que atribuíam à jurisdição estatal um papel ontologicamente superior a outras formas de solução de conflitos.

Em sua manifestação, reportando inclusive sua experiência como parlamentar, o Ministro Jobim critica de forma expressa essa concepção, que atribui ao Estado, suas instituições a autoridades primazia sobre a liberdade individual e as soluções criadas pela sociedade, em particular no que diz respeito à solução de conflitos. Confira-se:

“Na verdade, Sr. Presidente, o que se percebia nas reações que tínhamos na doutrina, inclusive nos juízos políticos sobre a validade de medidas extrajudiciais de soluções de conflitos, era exatamente a concepção de um Estado intervencionista sem a possibilidade de respeito à liberdade individual no que diz respeito à própria sociedade compor os seus conflitos fora do Estado. Havia – e normalmente há sempre – a tentativa no sentido de fazer com que aquele que compunha o conflito pudesse repedir o direito produzido pelo Estado, para assegurar nas relações intersociais a vigência do modelo de programação social futura, que consiste no Direito Positivo.” (fls. 1017).

O voto do Ministro Jobim destaca que todo o debate da arbitragem se insere apenas no âmbito dos direitos disponíveis, no qual há ampla liberdade de disposição pelas partes, e que a própria lei excepcionou a situação dos contratos de adesão, de modo que considerar inválida a opção legislativa seria esvaziar a liberdade individual.

A questão subjacente do *status* da liberdade individual *versus* intervenção estatal foi destacada também pela Ministra Ellen Gracie e pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio em suas manifestações, cujos trechos se reproduzem abaixo, respectivamente:

“Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedita de solução de controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original onde inserida essa previsão.

(...)

Como se vê, o cidadão *pode* invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas *não está proibido* de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, *não pode* afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos.” (grifos no original – fls. 1147 e 1149).

“(…) “direito de ação” não quer dizer “dever de ação judicial”. Nada impede exercer a pessoa, física ou jurídica, o direito de transigir a respeito de direitos disponíveis. Não trata mal o princípio da inafastabilidade do controle judicial a pessoa que, capaz de contratar, submete à arbitragem os litígios seus, ainda mais se, ocorrendo causa de nulidade, pode ela pedir a tutela jurisdicional.” (fls. 1200).

“Senhor Presidente, vejo na garantia constitucional do inciso XXXV do artigo 5º a consagração da liberdade. Por isso, não posso proceder a uma leitura que a afaste, e o estarei fazendo se caminhar, na contramão da prática internacional, para a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos invocados (...).

Senhor Presidente, creio que estamos aqui em um dos julgamentos mais importantes do Tribunal. Peço vênua ao nobre Relator para concluir que a Lei de Arbitragem, ao contrário do vislumbrado e asseverado por Sua Excelência, consagra a liberdade. E esta – a liberdade – é o valor maior a ser a ser preservado.

Acompanho, portanto, o Ministro Nelson Jobim.” (fls. 1165 e 1168-1169).

A relevância desse tema para o que a Corte discutia fica evidente em um interessante diálogo paralelo entre os Ministros Pertence e Marco Aurélio, registrado no acórdão. Após o voto deste último, no sentido da validade da Lei da Arbitragem com especial ênfase no aspecto do respeito à liberdade e autonomia individuais, o Ministro Pertence, dirigindo-se ao colega observou: “*Voltaremos, brevemente, às convicções de V. Exa. a respeito, quando continuar o julgamento a respeito das comissões de conciliação prévia. (...) Voltaremos a rever o tema. V. Exa. está falando tanto em autonomia da vontade...*” (fls. 1166).

Como se sabe, em 2018 o STF veio a concluir o julgamento das ADIs 2.139, 2.160 e 2.237, nas quais se definiu que as comissões de conciliação prévia (CLT, art. 625-D, na redação da Lei 9.958/2000) não poderiam ser compreendidas como requisito para ajuizamento de reclamação trabalhista. A menção do Ministro Pertence, portanto, era ao julgamento das referidas ADIs, que já havia iniciado. Na sequência, o Ministro Marco Aurélio esclareceu a distinção do seu entendimento acerca dos dois assuntos nos seguintes termos:

“Sim, e votei naquele caso a partir dessa mesma autonomia, porque, enquanto aqui, relativamente à arbitragem, tem-se como pressuposto uma cláusula inserta no contrato formalizado, lá não se exige, quanto à atuação das comissões – e há a imposição de juntar-se à inicial da reclamação trabalhista a prova de que se acionou a comissão –, para se chegar a isso, que tomador e prestador de serviços tenham ajustado essa via de solução de conflito – aí que está o problema.

Não vejo, Senhor Presidente, o trabalhador como um tutelado do sindicato. Ao contrário, porque potencializo, a mais não poder, a manifestação de vontade, afasto esse tipo de tutela, que seria conflitante com os ares democráticos que imaginamos viver nesta quadra. Em síntese, na arbitragem, parte-se do ajuste informado, enquanto, relativamente às comissões de conciliação, prescinde-se desse ajuste. Logo, as situações não se embasam em premissas idênticas.” (fls. 1167).

É interessante observar que essa tensão entre liberdade individual e autoridade estatal tem permeado muitos debates e alterações constitucionais e legais ocorridas desde a conclusão do julgamento aqui examinado, com algum ganho de espaço para a liberdade individual, a despeito da cultura jurídica brasileira adotar uma concepção tradicionalmente estadocêntrica². Apenas dois exemplos ilustram o ponto. A Emenda Constitucional no 45/2004 condicionou a competência estatal para decidir dissídios coletivos de natureza econômica à prévia concordância de ambas as partes, sindicatos de trabalhadores e empregadores (art. 114, § 2º), limitando a intervenção estatal e ampliando o espaço de liberdade das partes. Em sentido similar, o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever que,

2. Barcellos, Ana Paula de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

mesmo quando procurado, o Judiciário deve estimular e promover a solução consensual dos conflitos.

3.2. *Que papel a interpretação jurídica deve atribuir às consequências que serão desencadeadas pelas decisões judiciais em diferentes níveis?*

O papel atribuído pelos votos majoritários aos problemas do mundo real e às consequências pretendidas pela inovação legislativa, exatamente a fim de superar esses problemas, foi um segundo tema que se mostrou central no julgamento da validade ou não das disposições da Lei da Arbitragem, e que continua extremamente relevante na atuação judicial brasileira, em particular do STF.

Muito se tem discutido sobre as relações entre Direito, decisões aplicativas do Direito e consequências. No plano da elaboração normativa, as agências reguladoras devem realizar avaliações de impacto, nos termos da legislação vigente, e se discute que o Legislativo deve proceder de modo similar, por meio de avaliações de impacto legislativo. As decisões de órgãos judiciais, administrativos e de controle precisam considerar as consequências práticas das decisões (LINDB, art. 20). Várias decisões do STF e votos proferidos por Ministros da Corte nos últimos 25 anos têm sido descritos como pretendendo adotar uma metodologia decisória consequencialista³.

Os votos proferidos pelos Ministros no julgamento da SE-QO 5206 não se ocupam de elaborações teóricas sobre o assunto e nem há qualquer preocupação com as bases empíricas das afirmações fáticas que são feitas. Nada obstante, eles registram de forma clara o papel fundamental que os Ministros que formaram a maioria atribuíram à realidade – a saber: aos problemas existentes que, imaginava-se, poderiam ser superados pela nova lei – na interpretação das normas infraconstitucionais e constitucionais examinadas.

Naturalmente que qualquer avaliação desse tipo envolve no mínimo duas dimensões, com características próprias. Em primeiro lugar, é preciso obter informação sobre a realidade que se considera problemática. Essa nem sempre será uma tarefa simples, por muitas razões, entre as quais vale apenas destacar uma: o conhecimento que cada pessoa tem da realidade é sempre muitíssimo limitado, daí a necessidade de pesquisas abrangentes com metodologia adequada a fim de coletar informações e aproximar o indivíduo da realidade. Mas há uma segunda avaliação, ainda mais complexa, que envolve o prognóstico: a premissa de que a intervenção pretendida pelo Direito será capaz de contribuir para a solução do problema diagnosticado. Se, na primeira avaliação, o problema existe de certo modo no presente, e a dificuldade é conhecê-lo, na segunda avaliação os impactos da intervenção jurídica ainda estão no futuro, e o exercício que se faz é de prognóstico.

Com todas as suas dificuldades e limitações, essas avaliações – diagnósticas e prognósticas – fazem parte do dia a dia do Direito, sobretudo na elaboração normativa. Ocorre que Executivo e Legislativo podem – *devem*, a rigor – acompanhar a aplicação da norma editada e, acaso verifiquem que o diagnóstico estava errado ou o prognóstico se mostrou

3. Brandão, Rodrigo e Farah, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa, *Revista de Investigações Constitucionais* v. 7, n. 3, p. 831-858, 2020.

equivocado, cabe-lhes alterar a norma, revogá-la ou editar outra, de modo a tentar alinhar os esforços normativos com o resultado que se pretendia produzir. Nada obstante, quando tais avaliações são feitas pelo Judiciário, e em particular pelo STF no exame de validade de normas (ou mesmo na criação interpretativa de normas), essa possibilidade de acompanhamento e revisão permanentes não se coloca da mesma forma. Retorne-se ao julgamento aqui em exame.

O primeiro problema destacado pelos Ministros foi a lentidão do Judiciário em produzir decisões finais e sua incapacidade de lidar com crescentes volumes de demandas cada vez mais complexas, em prejuízo da pacificação social. Em segundo lugar, destacou-se a ineficácia social do sistema de arbitragem, por conta da ausência de regra impondo a execução específica da cláusula compromissória – esse aspecto da realidade foi inclusive reconhecido pelo voto do Ministro Relator. A ideia subjacente é que uma maior eficácia do sistema de arbitragem brasileiro seria capaz de dar solução mais célere e mais adequada para demandas complexas, ao mesmo tempo em que reduziria o volume de processos submetidos ao Judiciário.

Em terceiro lugar, alguns votos observaram de forma mais geral os prejuízos que a deficiência do sistema brasileiro de arbitragem acarretaria para o desenvolvimento econômico do país e para as empresas brasileiras com atuação global, que estariam tendo de concordar com a pactuação de arbitragens no exterior diante da deficiência do sistema brasileiro de soluções de controvérsias.

As limitações do Judiciário foram especialmente sublinhadas pelo Ministro Ilmar Galvão, nos seguintes termos:

“Causas da mesma natureza inspiraram as alterações introduzidas no vetusto instituto do Juízo Arbitral pela novel legislação sob enfoque: as dificuldades no deslinde das novas controvérsias engendradas em face do desenvolvimento tecnológico, principalmente no campo dos transportes e das comunicações, mais do que nunca estão a exigir conhecimentos especializados aos quais os juízes, sem qualquer desdouro para eles, dificilmente poderão ter acesso. De outra parte, o Poder Judiciário passa, atualmente, por crise muito mais aguda do que a que assustou o renomado tratadista transcrito, e que se exprime por uma incapacidade que já se tornou crônica de enfrentar a cada vez mais volumosa avalanche de causas que lhe são apresentadas, decorrendo desse impasse o agravamento sempre crescente de uma morosidade que já ultrapassa os limites máximos do tolerável.” (fls. 1133).

A ineficácia social do sistema de arbitragem tal qual existia, antes da nova lei, foi observado, desde o início, pelo voto do Ministro Nelson Jobim, que abriu suas considerações com a premissa de que a interpretação das normas discutidas deveria promover a expansão dos sistemas extrajudiciais de solução de controvérsias. Ou seja: para o Ministro Jobim, a eficácia do sistema legal na pacificação de controvérsias – por meio do Judiciário ou de soluções extrajudiciais – seria um fim a orientar a interpretação que se levaria a cabo. Confira-se:

“Creio que estamos tratando de medidas de eficácia do sistema legal. Podemos entender o sistema legal, na perspectiva de sua eficácia, quer pelo procedimento pela

justiça formal, que pelos sistemas extrajudiciais de composição de conflitos. (...) a tentativa de começar a valorizar eficazmente os sistemas extraleais de composição de conflitos para dar maior eficácia ao próprio sistema legal, já que não podemos entendê-lo, no que diz respeito às suas medidas de eficácia, restrito exclusivamente à justiça formal, que era nossa tradição. (...) Gostaria, portanto, anunciando o meu compromisso com a expansão dos sistemas extrajudiciais de composição de conflitos, de examinar o tema sob essa perspectiva.” (fls. 1016 e 1019).

A Ministra Ellen Gracie registra de forma ainda mais específica as limitações da disciplina brasileira da arbitragem e a importância das inovações legislativas para seu aprimoramento:

“Ao instituir a execução específica da cláusula compromissória, a Lei n. 9.307/96 afastou o obstáculo que, até então, tornava praticamente inexistente a arbitragem em nosso país. Toda vez que se quisesse furtar a uma solução célere da controvérsia – ou mesmo, ao simplesmente reconhecimento de sua responsabilidade pela quebra do contrato – à parte inadimplente bastava recusar-se a firmar o compromisso arbitral. Ao juízo era vedado substituir-se a esta sua manifestação – ainda que a controvérsia, perfeitamente delimitada, decorresse exatamente do desenvolvimento natural do contrato e versasse sobre direitos de natureza disponível.” (fls. 1146 e 1147).

A pouca utilização da arbitragem no país e a relação de causalidade entre essa realidade e a impossibilidade de execução específica da cláusula compromissória foram inclusive reconhecidas de certo modo pelo Ministro Relator, Sepúlveda Pertence:

“Nessa diferença substancial de objeto [o voto se refere à distinção entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória], como logo se recordará, é que se assenta, no direito brasileiro anterior, a conclusão quase unânime da inadmissibilidade da chamada execução específica da cláusula compromissória.

E nesse ponto, para os especialistas, situou-se a causa primordial da pouquíssima utilização da arbitragem entre nós (...). Donde, a tentativa de lei nova de superar o obstáculo, ao prescrever (...).” (fls. 1000).

Por fim, os impactos que essas deficiências no sistema brasileiro de resolução de conflitos tinham sobre a economia e as empresas brasileiras foram igualmente alvo de comentários pelos Ministros, como se vê dos seguintes registros feitos pelos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Ellen Gracie, respectivamente:

“Trata-se de fator que, sem dúvida nenhuma, pode constituir sério desestímulo aos negócios, justamente no momento em que se prognostica um acentuado incremento nas atividades empresariais entre nós, sobretudo em decorrência de festejado fluxo

de capitais alienígenas com vistas à exploração de novos empreendimentos de natureza econômica.

Não surpreende, portanto, que diante de tal conjuntura, houvesse o legislador brasileiro acenado com a alternativa do *Juízo Arbitral* como solução para o grave problema, buscando assegurar o desenvolvimento econômico do país.

Para isso, obviamente, havia mister equiparar-se o pacto compromissório ao compromisso, atribuindo-lhe a eficácia necessária para assegurar ao contratante a certeza da execução do contrato celebrado sem o risco de intermináveis lides judiciais, suscetíveis de inviabilizar o empreendimento iniciado e, certamente, de tornar incerto o retorno de vultuosos capitais nele investidos.

(...)

A impossibilidade da execução específica, no Brasil, da cláusula compromissória, e, bem assim, à existência de recurso contra a sentença arbitral – inconvenientes que a nova lei veio a obviar – se deveu o fato de as empresas brasileiras, nos contratos internacionais, terem sido compelidas a concordar, sistematicamente, com estipulações no sentido da realização da arbitragem no exterior, como base no direito estrangeiro, como no caso sob exame.” (fls. 1133-1134 e 1139).

“Por isso, especialmente nas relações de comércio internacional, o país destoava da maior parte das jurisdições, a ponto de dificultar-se a conclusão de transações, ante a inexistência de mecanismos capazes de promover as soluções céleres e especializadas que a atualidade do comércio impõe. E a levar, na grande maioria das oportunidades que as empresas brasileiras se vissem compelidas a aceitar a arbitragem em países estrangeiros e consoante suas normas.

(...)

A instabilidade econômica dos mercados internacionais e a volatilidade de capitais e preços de mercadorias podem tornar mais onerosa às partes a manutenção de uma longa pendência que, até mesmo, uma solução desfavorável, pois o conteúdo de incerteza em relação às posições devedoras e credoras se torna entrave ao planejamento e desenvolvimento empresarial.” (fls. 1147).

Uma curiosidade ocorrida no julgamento, e que se relaciona de forma direta com o tema da importância das consequências, destacada pelos votos da maioria, envolveu o pedido de vista do Ministro Nelson Jobim e a passagem de mais de 3 (três) anos até que o julgamento fosse retomado. O seguinte diálogo, registrado no acórdão, explicita que o pedido de vista do Ministro Jobim, e a demora no retorno do julgamento, tinham um objetivo, digamos, de instrução: verificar como a realidade se comportaria diante da vigência da lei. Vale conferir o ponto:

“O SR. MINISTRO NELSON JOBIM – Veja, Sr. Ministro Pertence, como as coisas funcionam. V. Exa., referiu, no início do voto, que retardei esse processo por três anos e pouco.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (Relator): Não é que retardou, porque ninguém é responsável pelo atraso.

OSR. MINISTRO NELSON JOBIM – Mas eu registrei; fiz de propósito para verificar como isto iria se dar nos três anos de vigência da lei, saber como estava funcionando.” (grifos no original).

Os Ministros que restaram vencidos não negaram a realidade de quaisquer desses elementos, sendo que o Ministro Relator, como se viu, chegou a reconhecer que a ausência da previsão de execução específica era apontada como a principal causa de ineficácia do sistema de arbitragem no Brasil. Não houve qualquer debate sobre se o diagnóstico do Legislador e dos Ministros era real ou consistente, se as consequências prognósticas imaginadas com a novidade legislativa eram prováveis, ou ainda sobre se esses elementos deveriam ser considerados e/ou como deveriam ser incorporados na discussão jurídica. O que houve, a rigor, foi um “não debate”: os votos vencedores trouxeram tais elementos e os votos vencidos apenas os ignoraram, sem lhes dar qualquer relevância ou consideração.

A passagem do tempo oferece sempre um ponto de observação privilegiado acerca das premissas fáticas assumidas por decisões tomadas no passado, bastando aqui comentar apenas uma delas. Na verdade, o volume de processos e a lentidão do Judiciário aprofundou-se dramaticamente nas décadas seguintes ao julgamento, o que levou a diversas outras alterações constitucionais e legais, visando a garantir o direito fundamental à “razoável duração do processo”, constitucionalizado em 2004. Assim, embora seja correto afirmar que a utilização mais generalizada da arbitragem absorveu demandas que acabariam desaguando no Judiciário, parece ter sido excessivamente ambicioso o prognóstico de que a maior eficácia do sistema de arbitragem seria capaz de contribuir de forma relevante para solucionar o problema do sistema judicial brasileiro. Ao que tudo indica, muitas outras causas atuam nesse contexto não diretamente relacionadas com o tema da arbitragem.

3.3. *Os impactos das globalizações econômica e jurídica sobre a interpretação do direito interno*

Por fim, um terceiro fundamento utilizado por vários dos Ministros que formaram a maioria foi a adoção de regra similar à então introduzida pela Lei de Arbitragem por outros países, e a importância de a legislação brasileira acompanhar esse padrão, de modo a não “destoar” da maior parte das jurisdições, como observado pela Ministra Ellen Gracie na transcrição feita acima. A uniformidade legislativa foi considerada especialmente importante considerando a relevância da legislação para o comércio internacional, inclusive por conta das consequências econômicas, tema que já foi comentado acima.

O Ministro Nelson Jobim e o Ministro Maurício Corrêa destacaram tal elemento nos seguintes termos, respectivamente:

“Todo sistema arbitral no mundo é assim. (...) Entendo estarmos diante de uma hipótese absolutamente razoável, necessária e igual em todo o mundo. Não há nenhuma novidade em relação a esta regra. Aliás, há um atraso no Brasil, de muitos anos, de ter instituído um sistema de arbitragem que nunca funcionou aqui.” (fls. 1079 e 1082).

“Feitas essas considerações, não vejo como possa prosperar a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos impugnados. Ao contrário, considero-os mecanismos de suma importância, hodiernos e indispensáveis ao aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, a exemplo do que se cristalizou, há muito, na legislação da maioria dos Estados democráticos, como instrumento alternativo, eficaz e célere para a composição de litígios. O emperramento da máquina judiciária no Brasil, pela obsolescência de regras, culturas e práticas, poderá ter no sistêmico aparelho da arbitragem parcela do que falta para colocá-lo em sintonia com o que realiza o outro lado do mundo, sem que, com isso, seja atropelada a ordem constitucional vigente. Se se entender inconstitucional a execução forçada da cláusula compromissória, o Brasil ficará isolado dos grandes negócios internacionais do mundo moderno, todos eles celebrados mediante contratos sujeitos à arbitragem.” (fls. 1156-1157).

O voto do Ministro Ilmar Galvão é mais analítico sobre o assunto, citando a legislação específica de países – Portugal, Espanha, Holanda, Itália e Alemanha – bem como Convenções Internacionais, que sugeririam a solução agora afinal adotada pela legislação brasileira. O voto cita, por exemplo, o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, de 1923, internalizado pelo Brasil (Decreto 21.187/1932), a Convenção Interamericana sobre Arbitragem, também em vigor no país (Decreto 1.902/1996) e, ainda, a Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional, editada pela ONU, em 1985.

Os votos vencidos suscitaram um óbice jurídico interno a esse argumento de globalização e uniformização jurídicas: a garantia da inafastabilidade do controle judicial tem, entre nós, *status* constitucional, o que não aconteceria na maior parte das jurisdições, distinguindo os sistemas e, portanto, bloqueando o argumento no sentido da uniformização. O voto do Ministro Ilmar Galvão enfrenta esse óbice de forma direta discorrendo sobre a situação da Itália e Espanha. Nos termos do voto, ambos os países europeus teriam normas constitucionais similares ao art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, sendo que tais normas jamais teriam sido interpretadas de modo a obstar previsões legislativas lá existentes e similares àquelas agora introduzidas no Brasil. A conclusão do Ministro, portanto, é a de que o *status* constitucional da referida garantia no Brasil igualmente não deveria conduzir à inconstitucionalidade da nova legislação.

Não houve maior elaboração, por qualquer Ministro, acerca de como compreender a legislação estrangeira em seu próprio contexto (a metodologia própria do direito comparado) ou, preliminarmente, sobre o papel da legislação estrangeira e internacional na interpretação do direito interno, mas não há dúvida que o ponto foi fundamental para a decisão afinal tomada. A globalização e a uniformização jurídicas cresceram exponencialmente em

muitos campos desde a decisão do STF e esses são problemas metodológicos que persistem na jurisprudência do STF e continuam a merecer enfrentamento⁴.

4. Conclusão

O Ministro Marco Aurélio provavelmente tinha razão ao afirmar que o julgamento descrito foi um dos mais relevantes da Corte nas últimas décadas. A decisão representou um marco no prestígio à liberdade individual no sistema jurídico brasileiro, tendência que veio a se ampliar nos anos seguintes por meio de intervenções sobretudo do Legislador. O julgamento trouxe mais uma vez à tona a relevância para o debate jurídico das consequências práticas que as decisões da Corte, preservando ou invalidando normas, podem ter sobre a ordem econômica e social. A necessidade de um tratamento metodológico mais adequado acerca das relações entre Direito, decisões aplicativas do Direito e consequências tornou-se desde então cada vez mais evidente, e a mesma preocupação continua pertinente em torno da metodologia (ou da falta dela) relativamente à utilização de referências a normas estrangeiras e internacionais por decisões judiciais.

Por fim, a principal conclusão apurada a partir do exame realizado da decisão proferida pelo STF que concluiu pela validade da Lei da Arbitragem é a de que teoria e filosofia importam. Por mais operacional ou técnico que um tema jurídico pareça ser, ele não existe de forma totalmente independente dessas questões subjacentes. Em texto clássico, o Professor José Carlos Barbosa Moreira apontou fatores extrajurídicos que influenciam os julgamentos colegiados⁵. O que se viu aqui é que, além de fatores extrajurídicos e dos argumentos técnico-jurídicos, as concepções teóricas e filosóficas de cada Ministro sobre temas como, *e.g.*, as relações entre liberdade individual e autoridade estatal, o papel das consequências e da globalização na interpretação jurídica, ainda que não sejam alvo de teorização específica nos votos, podem influenciar de forma decisiva o desfecho dos julgamentos e, portanto, não devem ser ignoradas.

4. FREIRE, Alonso; SAUAIA, Hugo. Suprema Imprecisão: a metodologia em Direito Constitucional Comparado e as deficiências em seu uso pelo Supremo Tribunal Federal, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, V. 17, n. 1, p. 125-142, 2020.

5. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In: *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145-172.

3.

A ARBITRAGEM E O PODER JUDICIÁRIO: O CONFLITO DE COMPETÊNCIA

ARNOLDO WALD¹

1. Introdução

No passado, as divergências entre as decisões judiciais e as de árbitros levavam muito tempo para serem resolvidas, pois dependiam de acórdãos dos Tribunais de Justiça e final decisão do STJ, suspendendo os processos tanto judicial quanto arbitral, durante longos anos.

O STJ, em decisões inicialmente dos Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, NANCY ANDRIGHI e JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, da 2.^a Seção, admitiu o Conflito de Competência nº 111.230/DF² e pois fim à divergência que existia, desde alguns anos, e que ameaçava a eficiência da arbitragem como meio de solução de disputas, considerando cabível o conflito de competência para resolver tais divergências em matéria de competência, permitindo que se recorresse de imediato e diretamente da decisão de primeira instância ao STJ que, em medida liminar, em alguns dias, já resolvia o assunto, permitindo o prosseguimento do feito no juízo competente, judicial ou arbitral.³

2. A Jurisprudência do STJ

No mencionado acórdão, destacam-se os votos da relatora Ministra NANCY ANDRIGHI e o voto-vista do Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, dos quais transcrevemos, a seguir, alguns trechos:

-
1. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor *honoris causa* da Universidade Panthéon-Assas (Paris II) e do IDP (Instituto de Direito Público). Presidente honorário da Comissão de Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado.
 2. STJ 111.230/DF, j. 08.05.2013, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 40, p. 351, jan./mar. 2014.
 3. Versão atualizada do Artigo publicado no livro: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira. 25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021). São Paulo: Ed. RT, 2021, p. 343-354.

a) Da ministra Nancy Andrighi:

“PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL.

1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.

2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repete injusta.

3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a proliferação de decisões conflitantes.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribuna Arbitral. (...)”

b) Do Ministro Luis Felipe Salomão:

“..., é conveniente sublinhar que a Lei de Arbitragem foi declarada integralmente constitucional pelo Pretório Excelso, consoante já exposto, por ocasião do julgamento do AgRg na SE 5.260, publicada no DJ de 30/4/2004.

4.2. Forçoso concluir, portanto, que o acesso formal aos órgãos judiciários, direito fundamental insculpido no art. 5, XXXV, da Constituição da República, não impede que o legislador ordinário possa fixar, como instância alternativa, um novo modelo de solução de litígios, com vistas à observância de outro imperativo de matriz constitucional - a resolução dos conflitos de interesses em tempo razoável (art. 5º, LXXVII) -, sem que isso importe o afastamento do acesso à justiça.

Assim, deve-se prestigiar a autonomia individual da vontade na pactuação de formas extrajudiciais de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, mormente no que tange à matéria comercial, em que as partes preferem submeter o litígio a árbitros com maior vivência empresarial e conhecimento técnico específico nessa área, tendo em vista, inclusive, a sua maior celeridade, diante da simplificação de procedimentos, e sigilo, uma vez que as sentenças arbitrais não são publicadas.

Nesse sentido, elucida o Ministro José Arnaldo da Fonseca:

‘Sabemos que a arbitragem encerra um sistema de resolução de pendências intersubjetivas na seara do direito das concessões, dos contratos de construção, do direito comercial,

enfim, relações na órbita societária e, *pari passu*, nas relações internacionais, nomeadamente no que atina com os financiamentos, exportações, importações, investimentos...

Países desenvolvidos têm procurado dar impulso à arbitragem por se revelar uma instância alternativa à realização jurisdicional do Estado, comprovadamente demorada, como ocorre no Brasil, não só por entraves processuais, como também pelo invencível volume de demandas (tramitam em todo o país, nas várias instâncias, cerca de 70 milhões de processos), máxime após a Constituição Federal de 1988'. (Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 23, p. 49, Outubro/2009).

Nessa linha de intelecção, o aperfeiçoamento técnico e a progressiva difusão do Juízo Arbitral é uma tendência crescente em vários países, exatamente por se mostrar como meio de solução de conflitos que, a cada dia, tornam-se mais numerosos e complexos, sobretudo por efeito direto da globalização e, por conseguinte, do crescente desenvolvimento da tecnologia, dos meios de comunicações e transportes.

(...)

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. [...] § 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

A interpretação desse dispositivo, com base na melhor doutrina, é no sentido da consagração da inteira amplitude do poder jurisdicional do árbitro competente para decidir a matéria que lhe foi submetida pelas partes, lançando mão da instrução probatória que considere suficiente para a formação de seu convencimento, bem como da concessão de medidas cautelares ou coercitivas visando à preservação dos direitos das partes envolvidas na arbitragem, haja vista ser o juiz de fato e de direito da causa (art. 18 da LArb), detendo, portanto, a exclusividade na apreciação da lide, tanto que, se pleiteada a medida perante órgão jurisdicional estatal, deve ser extinto esse processo sem resolução de mérito (art. 267, VII, do CPC).

Corroborando essa tese, o saudoso mestre Donaldo Armelin leciona:

‘A rigor, consoante a reforma imposta aos arts. 267 e 301 do CPC pela Lei n. 9.307/96, esses lindes estão suficientemente demarcados. Assim é que, presente a convenção de arbitragem, afasta-se a jurisdição estatal, nos termos do inc. VII do primeiro dos referidos artigos de lei processual. A respeito Humberto Theodoro Júnior pondera: “Com o novo regime de arbitragem instituído pela Lei 9.307, basta existir entre as partes a cláusula compromissória (isto é, a promessa de submeter-se ao juízo arbitral) para ficar a causa afastada do âmbito do Judiciário. (...) Se a convenção de arbitragem é anterior ao processo, impede a sua abertura; se é superveniente, provoca a sua imediata extinção,

impedindo que o órgão judicial lhe aprecie o mérito'. (Arbitragem. Antecipação dos efeitos de tutela. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6, p. 222-223, Julho/2005)

Da mesma forma, na Alemanha, o legislador estabeleceu expressamente, no art. 1.041 da ZPO, sob a epígrafe 'Medidas Cautelares' (Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes), a competência exclusiva dos tribunais arbitrais para a decretação das medidas antecipatórias e conservatórias necessárias à preservação do objeto do processo.

O mesmo se aplica às legislações da França, Inglaterra e Suíça, consoante se deduz das lições da professora e doutora portuguesa Maria João Mimoso, no capítulo intitulado 'A competência do árbitro para decretar medidas provisórias e cautelares':

(...)

Retornando ao direito brasileiro e ao desenvolvimento do raciocínio, é bem de ver que, conquanto o árbitro exerça o poder jurisdicional com amplitude, esta encontra-se limitada à mera cognição, não se estendendo à execução de seu julgado, sendo essa a grande diferença para com o juízo estatal, ou seja, o juízo arbitral detém o jus cognitio, mas não o jus imperium, haja vista que a coercibilidade constitui característica exclusiva do Estado no exercício da sua soberania.

(...)

Esse também é o pensamento de José Cretella Neto⁴ e de Flávio Yarshell⁵.

(...)

Contudo, e sem embargo da competência (rectius jurisdição) do Poder Judiciário nessa fase pré-arbitral, é certo que, uma vez instituído o Tribunal Arbitral, cessa completamente a atividade do magistrado, mesmo em relação àquelas medidas anteriormente concedidas, quer de natureza constritiva, quer meramente preservativa de direitos, as quais poderão ser reapreciadas, mantidas, modificadas ou, até mesmo, revogadas pelos árbitros, tendo em vista sua própria natureza temporária, precária e nitidamente acessória.

Na verdade, não se há falar propriamente em 'revogação' da medida judicial, porquanto o que ocorre, ao ser instalado o juízo arbitral, é a imediata cessação dos efeitos da jurisdição estatal, salvo quando acionada para a colaboração e integração.

Com a autoridade de quem participou da elaboração do anteprojeto da Lei de Arbitragem, Carlos Alberto Carmona esclarece o procedimento a ser realizado:

4. CRETILLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 138.

5. YARSHELL, Flávio. "Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem". *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 14, p. 52, jul./set. 2007.

[...] as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente, o que aconteceria na hipótese de a parte interessada não poder requerer a medida cautelar ao árbitro (como deveria) pelo simples fato de não ter sido ainda instituída a arbitragem (os árbitros ainda não aceitaram o encargo, art. 19 da Lei). Diante de tal contingência, abre-se à parte necessitada a via judicial, sem que fique prejudicada a arbitragem, apenas para que o juiz togado examine se é caso de conceder a medida cautelar; concedida a medida, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cassar ou modificar a medida concedida.

Observe-se que na hipótese de ser manejada cautelar antecedente, não haverá ação principal a ser promovida perante o juiz estatal (art. 806 do Código de Processo Civil). De fato, considerando-se que o autor da ação cautelar já tenha informado o juiz togado de que está promovendo a demanda antecedente perante juízo incompetente por conta da urgência, o magistrado, se entender presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar, concederá a tutela emergencial, remetendo as partes à via arbitral; caberá ao autor, portanto, no prazo de 30 (trinta) dias contados na forma do art. 806 já referido, demonstrar que tomou as medidas necessárias para a instituição da arbitragem.

[...]

A competência do juiz togado, portanto, ficará adstrita na hipótese vista acima apenas à análise da medida emergencial, passando a direção do processo na sequência aos árbitros, tão logo seja instituída a arbitragem (ou seja, tão logo os árbitros aceitem o encargo). (Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 327)

No mesmo sentido, abalizada doutrina prelecionam Silveira Lobo e Rafael de Moura Rangel e Flávio Yarshell⁶

(...)

Tal regra vem sendo admitida não apenas pela doutrina, mas, também, pela jurisprudência desta Corte, consoante se verifica de recente precedente da Terceira Turma, em decisão unânime⁷.

(...)

No entanto, verifica-se remanescer dúvida quanto à natureza constrictiva e coercitiva da medida.

6. LOBO, Carlos Augusto da Silveira; RANGEL, Rafael de Moura. Revogação de medida liminar judicial pelo juízo arbitral. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 12, p. 359-360, abr./jun. 2001.

7. REsp 1297974/RJ, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 12.06.2012, DJE 19.06.2012.

Entretanto, a meu ver e como antes assinalado, penso que essa distinção é irrelevante para a solução do presente conflito.

Isso porque, em consonância com toda a fundamentação já expendida, a partir do momento em que as partes celebram a cláusula compromissória, há renúncia à jurisdição estatal, razão pela qual se considera excluída a competência do Poder Judiciário para processar e julgar o mérito da lide, bem assim as medidas acessórias - haja vista sua feição de tutela mediata do direito substancial -, cabendo ao árbitro adotar todas as medidas cabíveis ao exercício da jurisdição, aí incluídos os remédios cautelares, quer eles tenham, quer não tenham, natureza coercitiva.

É o que se denomina de efeito negativo da cláusula arbitral, que enseja a incompetência absoluta da autoridade judicial para o processo de conhecimento.

Nada obstante, quanto à execução das providências coercitivas e da própria sentença arbitral, é indubitável carecer esse juízo do poder de império necessário à imposição de sua decisão, o que dá ensejo à cooperação entre o juízo privado e o juízo togado, o qual deverá, então, ser acionado para o exercício da executio.

Nessa senda, tratando o caso concreto de cautelar pré-arbitral e fazendo-se necessária a concessão de medida de urgência, deve a parte recorrer ao órgão do poder judiciário que seria competente para apreciar a causa, de modo a obter a concessão da liminar, haja vista a existência de um hiato entre a supressão da jurisdição estatal - que não pode atuar em virtude da existência de cláusula compromissória -, e a falta de instauração, ainda que temporária, da autoridade jurisdicional arbitral.

Entretanto, a atuação do juiz estatal cessa assim que instaurado o procedimento arbitral, o que impõe a remessa do processo ao juízo competente, que, como juiz de direito e de fato da causa, tem o poder de reexaminar todos os atos por aquele praticados, decidindo pela sua manutenção ou não.

Tal situação assemelha-se àquela percuientemente descrita por Donald Armelin:

Essa matéria assemelha-se ao que sucede no ajuizamento de ação cautelar perante autoridade judicial absolutamente incompetente para o seu processamento e julgamento. Presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, tem-se admitido a concessão de liminares em favor do postulante, mediante decisões que deverão passar pelo crivo da autoridade judicial competente, que manterá ou não a decisão proferida por aquela incompetente, eliminando, assim, a eiva de nulidade que afetaria tal decisão.

[...]

Defere-se a medida de urgência e remete-se a questão para o seu exame pela autoridade judicial competente para que esta exerça na sua plenitude a competência de que é titular.

[...]

Na cautelar pré-arbitral o juiz atua em um plano que, normalmente lhe seria defeso, considerando-se o disposto nos arts. 267, VII, e 301, IX, do CPC. Não obstante, sua atuação é justificada pela urgência, podendo os atos por ele realizados ser ou não mantidos pelo árbitro ou tribunal arbitral, quando instituída a arbitragem.

(...)

7. Essa solução não conflita, é bom que se diga, com aquela que adotei ainda como Desembargador do TJRJ, em acórdão lembrado pela eminente juíza Marcia C.S.A. de Carvalho nas informações que prestou a esta Corte (fls. eSTJ 327/335), porquanto, naquele caso, não havia ainda juízo arbitral instaurado, por isso que se afirmou a competência da justiça comum para o exame da cautelar.

8. Ante o exposto, acompanho o bem lançado voto da eminente Relatora, ainda que com o acréscimo da fundamentação acima expendida, para conhecer do conflito e declarar a competência do Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, declarando a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro por incompetência absoluta, prejudicado o agravo regimental.”

Essa decisão do STJ vem resolver um dos últimos problemas suscitados pelo extraordinário desenvolvimento da arbitragem, que ocorreu, no Brasil, nos últimos 25 anos. Trata-se de acórdão que reconheceu caber ao STJ decidir os eventuais conflitos de competência, que, algumas vezes, surgem entre árbitros e juízes, do mesmo modo que resolve os conflitos entre as várias autoridades judiciárias.

Efetivamente, não havia consenso quanto ao modo de solução de divergências entre decisões judiciais e arbitrais, sobre o mesmo caso, especialmente tratando-se, de medidas cautelares, mas também quando a cláusula compromissória era impugnada, por uma das partes. Assim, em casos envolvendo sociedades de economia mista do Rio Grande do Sul e do Paraná, houve decisões judiciais de primeira e segunda instância mandando sustar a arbitragem (*anti-suit injunctions*), que só conseguimos reformar no STJ, cerca de 10 anos depois⁸ ou que acabaram ensejando acordo das partes, decorrido o mesmo prazo, em virtude da consolidação da jurisprudência favorável à arbitragem.

Embora fossem pouco frequentes, tais conflitos de competência tinham dois efeitos perversos. No caso concreto, faziam com que o processo arbitral ficasse paralisado, por longo tempo, até que fosse obtida uma decisão definitiva, após o julgamento dos vários recursos, algumas vezes utilizados para fins protelatórios. Por outro lado, a divulgação desses casos, nos quais a arbitragem perdia a sua eficiência e rapidez, ensejava, tanto nos meios empresariais brasileiros como no exterior, discussões e até, algumas vezes, dúvidas quanto à segurança jurídica existente na matéria em nosso país, o que era totalmente injustificado.

Basta lembrar que, num Congresso internacional, realizado em Paris, há mais de 10 anos, a existência de *anti-suit injunction* (interferência judicial na arbitragem) fez com que

8. STJ, REsp 612.439/RS, 2.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 11, p. 177-183, out./dez. 2006.

um jurista estrangeiro comparasse a posição do Brasil na matéria à do Paquistão⁹. Diante da evolução posterior do nosso direito, essa comparação já então descabida, foi retificada, recentemente, até pelo seu próprio autor, em excelente monografia que escreveu a respeito da matéria.¹⁰

Na realidade, trata-se de simples incidente de percurso, que se explica pelo importante crescimento do número das arbitragens realizadas em nosso país.

Assim mesmo, essas dificuldades, que surgiram em alguns Estados, incomodavam as partes, que não encontravam fórmulas adequadas para sua solução, não obstante todo o apoio que o Judiciário sempre deu, no Brasil, aos procedimentos arbitrais, ensejando, na maioria dos casos, uma verdadeira cooperação e parceria entre juízes e árbitros.

Num país como o nosso que, em 17 anos, passou a ser, conforme o ano, o 3.º ou o 4.º em número de arbitragens internacionais na CCI, com a discussão de valores relevantes e a formação de árbitros experimentados e reconhecidos, as contradições e os conflitos entre decisões do Judiciário e do tribunal arbitral, no mesmo caso, não poderiam perdurar sem causar prejuízos consideráveis.

Houve, inicialmente, uma proposta de solução, construída pelos advogados, mas, em seguida, consagrada pelo Poder Judiciário, com o apoio do Ministério Público, mediante uma interpretação construtiva do texto constitucional de 1988, que trata do conflito de competência. Explica-se que a Constituição, sendo anterior à nossa Lei da Arbitragem, não se referiu aos eventuais conflitos entre árbitros e juízes. Mas o constituinte previu a possibilidade de conflitos de competências entre as várias autoridades judicantes, atribuindo ao STJ a função de dirimi-los.

Considerando que a legislação, a partir de 1996, equipara o árbitro ao juiz e a sentença arbitral à sentença judicial, justifica-se considerar que os conflitos de competência, entre órgãos do Poder Judiciário e árbitros, sejam julgados pelo STJ. Reconheceu-se a sua competência originária para a matéria, conforme bem esclarecem os votos majoritários acima transcritos. Permite-se, assim, uma decisão rápida desses problemas, sem ter que passar por recursos intermediários, como aconteceria se a matéria tivesse que ser resolvida em ação ordinária.

Já havia alguns precedentes de decisões monocráticas ou de votos proferidos em processos que findaram em acordo,¹¹ mas a Seção não se tinha pronunciado, na matéria, a não ser em conflitos entre câmaras arbitrais,¹² que podem não configurar um problema tipicamente judiciário para justificar a competência do STJ. Os votos proferidos no presente caso são categóricos e reconhecem que, conforme determina a própria lei, a decisão arbitral está equiparada à sentença judicial, justificando-se, pois, a solução preconizada pela Constituição no caso de conflitos.

9. GAILLARD, Emmanuel. *Anti-Suit injunctions in International arbitration*, publicação do International Arbitration Institut, New York: Juris Publishing Inc., 2005, p.1 *in fine* e 2.

10. GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff, 2008, p. 108.

11. STJ, CComp 72.848/MG de 2003 e CComp 111.230/DF, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 27, p. 333-336, out./dez. 2010.

12. STJ, CComp 113.260/SP, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 30, p. 347-359, jul./set. 2011.

3. As Câmaras Arbitrais

Havia dúvidas quanto aos conflitos entre Câmaras e/ou Tribunais Arbitrais, discutindo-se, também nesses casos, se seria competente o STJ para julgá-los.

Após algumas decisões monocráticas e nos votos vencidos divergentes, o STJ, na segunda Sessão, reconheceu por unanimidade, em 22.06.2022, que em tais casos era cabível o julgamento do conflito pelo Tribunal, dando assim, coerência ao nosso sistema jurídico de recursos e de solução de conflitos pela arbitragem.

A ementa do acórdão é a seguinte:

“Conflito de Competência. Tribunais arbitrais que proferem decisões excludentes entre si. 1. Competência do Superior Tribunal de Justiça para conhecer do Conflito de Competência entre Tribunais Arbitrais. Questão inédita, sobretudo após *leading case* CC 111.230/DF, a ser objeto de deliberação pelo colegiado da segunda seção. 2. Conflito de Competência. Caracterização, em tese. Procedimentos arbitrais promovidos por acionistas minoritários, destinado a responsabilização civil dos controladores, com base no art. 246 da Lei n. 6.404/1976, em legitimidade extraordinária, a despeito de a companhia ter, anteriormente, convocado Assembleia Geral Extraordinária para deliberar sobre as ações de responsabilização civil contra controladores e administradores, com adoção de medidas cautelares para garantir a higidez da votação, sem a participação dos controladores. Posterior procedimento arbitral promovido pela própria companhia, em legitimidade ordinária, nos termos da autorização assemblear. Prolação de decisões inconciliáveis entre si. Verificação, em tese. 3. Liminar deferida.”

4. Conclusões

Alegou-se a existência de um certo paralelismo entre a arbitragem e a justiça estatal, de modo que as duas linhas nunca deveriam tocar-se. Preferimos considerar que existe, entre ambos, um contexto de apoio e harmonia e que as eventuais divergências devem ter soluções pragmáticas e eficientes, mesmo quando não previstas pela doutrina tradicional, que não previu a multiplicidade dos casos que poderiam vir a surgir.

Defendemos há muito tempo essa solução,¹³ que teve o apoio dos nossos eminentes colegas de escritório Prof. DONALDO ARMELIN¹⁴ e ex-Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA,¹⁵ além

13. WALD, Arnaldo. A arbitragem e o Poder Judiciário, *Valor Econômico*, São Paulo, 28.10.2010, e razões publicadas na *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 23, p. 281, out./dez. 2009.

14. ARMELIN, Donaldo. Comentários ao acórdão do Tribunal Regional da 2.^a Região, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, p. 221-227, jul./set. 2005.

15. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 23, p. 49-59, out./dez. 2009, em caso no qual foi suscitante o Escritório do professor SERGIO BERMUDEZ.

de ensejar decisão do Min. ALDIR PASSARINHO¹⁶ e voto da Min. NANCY ANDRIGHI,¹⁷ e de ter o apoio do Ministério Público, em certos casos.¹⁸

Não encontramos muitos subsídios no direito comparado, mas a melhor doutrina estrangeira reconhece também que é melhor sempre dirimir rapidamente, no início do processo, os problemas referentes à competência, evitando divergências posteriores e eventuais anulações.¹⁹

Cabe salientar que, no caso, não se discute, e ao contrário, reconhece-se plenamente o princípio *kompetenz-kompetenz*, assegurando a prevalência cronológica da decisão arbitral.

Mas, quando, assim mesmo, surge o conflito e há decisão judicial (mesmo estando sujeita a recursos) conflitando com a decisão arbitral, sem que os árbitros possam convencer o Poder Judiciário pelos seus argumentos, o que se discute é qual a via recursal que deve ser utilizada. Podemos optar pela decisão judiciária de primeira instância, com todos os seus incidentes e, em seguida, a apelação, com ou sem embargos, e finalmente o recurso especial, quicá o extraordinário de um lado: e de outro o conflito de competência no qual se decide, desde logo, definitivamente a matéria.

A decisão pragmática nos parece a escolha do caminho mais curto e eficiente porque já prevista pela Constituição para situações análogas senão idênticas, nas quais não parecia anteriormente existir qualquer solução.

É preciso lembrar que o direito não é só lógica, mas também experiência, como já ensinava o *justice* HOLMES. Assim, quando há uma decisão que é justa, mais rápida e favorece o andamento da arbitragem, respeitando o princípio da *kompetenz-kompetenz*, como é a utilização do conflito de competência, não nos parece haver razão para escolher o caminho mais longo e demorado, mesmo que logicamente possa ser defendido com bons argumentos.

Cabe salientar que o princípio da competência-competência foi reconhecido e consolidado posteriormente por diversas decisões do STJ que foram acompanhadas pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça na maioria dos Estados, como São Paulo, Rio de Janeiro e Paraná. De acordo com esse princípio, cabe inicialmente ao tribunal arbitral exercer a sua competência, só sendo reexaminada pelo Judiciário *a posteriori*. É o efeito da prioridade cronológica da arbitragem e da verdadeira parceria estabelecida entre os árbitros e o Poder Judiciário.

O voto do ministro Marco Aurélio Bellizze, no C.C. 185.702-DF, proferido em 22 de junho de 2022, ao “*conhecer e julgar originalmente os conflitos de competência entre quaisquer*

16. ALDIR PASSARINHO JR., decisão monocrática no Conflito, de Competência 111.230/DF, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 27, p. 333-335, out./dez. 2010.

17. Min. NANCY ANDRIGHI, voto vencido no CComp 113.260/SP, publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 27, p. 337-343, out./dez. 2010.

18. Parecer do Subprocurador da República, Dr. BENEDITO IZIDRO DA SILVA, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 13, p. 190-191, abr./jun. 2007.

19. Neste sentido, entre outros, GEORGE A. BERMANN no seu artigo: *Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale*, publicado na obra coletiva *L'arbitrage*, que constitui o vol. 52 dos *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz, 2009, p. 133.

tribunais [leia-se, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, Tribunais Regionais Federais e Tribunais arbitrais]”, reafirma a natureza jurisdicional da arbitragem.

Assim, o Conflito de Competência passa a ser o melhor instrumento para resolver as divergências na matéria entre todos os Tribunais.

Como salientava ASCARELLI²⁰, preferimos, no século XXI as soluções práticas e efetivas à discussão em torno de polêmicas teóricas que não mais se justificam.

20. ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Dott A. Giuffré, 1952, p. 329.

4.

A INAPLICABILIDADE DAS GARANTIAS E VEDAÇÕES DO ART. 95 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AOS ÁRBITROS

CARLOS ALBERTO CARMONA¹

JOSÉ AUGUSTO BITENCOURT MACHADO FILHO²

1. Introdução

O presente ensaio visa a analisar se aqueles que atuam como árbitros em procedimentos arbitrais localizados no Brasil gozariam das garantias e estariam sujeitos às vedações estabelecidas para o exercício da jurisdição pelos magistrados estatais, conforme dispõe o art. 95 da Constituição Federal³. Trata-se de verificar, em suma, se o referido dispositivo constitucional – a despeito de ser uma garantia constitucional para a atuação de modo

1. Sócio do escritório Marques Rosado, Toledo Cesar e Carmona Advogados. Atua como árbitro, advogado, consultor e parecerista. É professor de Teoria Geral do Processo, Direito Processual Civil e Arbitragem na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, lecionando nos cursos de graduação e pós-graduação.
2. Sócio do escritório Marques Rosado, Toledo Cesar e Carmona Advogados. Graduado na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP), especialista em Arbitragem (2009), Direito Empresarial (2013) e Direito Societário (2020) pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Atua como árbitro, advogado e consultor em litígios complexos, tanto em arbitragens quanto em processos judiciais.
3. “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:
I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;
II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;
III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
Parágrafo único. Aos juízes é vedado:
I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
III - dedicar-se à atividade político-partidária.”

independe e imparcial dos juízes brasileiros – seria aplicável aos árbitros para evitar risco (ou aparência) de parcialidade, dependência ou falta de disponibilidade.

A dúvida surgiria em função do art. 18 da Lei de Arbitragem – que estabelece que árbitros são juízes de fato e de direito – o que poderia ensejar a tentação de aplicar aos árbitros as mesmas vedações constitucionais impostas aos magistrados, sem qualquer juízo de finalidade e escopo da norma.

Para separar o joio do trigo, o presente estudo analisará as diferenças e semelhanças ontológicas entre árbitros e juízes. E, para tanto, é necessário esclarecer, desde logo, qual é a correta interpretação da identidade fixada no art. 18 da Lei de Arbitragem. Na sequência, os ensaístas explorarão as razões pelas quais devem ser consideradas as diferenças ontológicas entre as posições de árbitros e magistrados, o que revela as balizas interpretativas essenciais para que se entenda o alcance e o escopo das garantias e vedações constitucionais. Estabelecidas essas premissas, o estudo abordará os fundamentos epistemológicos das vedações constitucionais, demonstrando-se que elas não alcançam nem afetam o dever de independência e imparcialidade dos árbitros.

2. A jurisdicionalidade da arbitragem: a dogmática do art. 18 da Lei de Arbitragem

O art. 18 da Lei de Arbitragem traz redação abrangente, esclarecendo que “*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*”. Com base nesse preceito legal, há quem argumente que os árbitros se sujeitariam às mesmas restrições que seriam aplicáveis ao exercício da jurisdição pelos representantes do Poder Judiciário. Tal interpretação, todavia, não é precisa, tampouco expressa a finalidade da norma.

Rememorando o sentido da norma quando da elaboração do anteprojeto de lei que resultou na Lei de Arbitragem, observava-se que um dos grandes desafios à utilização da arbitragem no Brasil residia na sua parca eficácia. Com efeito, antes da promulgação da Lei de Arbitragem, uma vez proferido o laudo arbitral, iniciava-se o penoso procedimento de homologação, para que se desse efetividade plena ao provimento dos árbitros, o que arruinava as vantagens da arbitragem, seja sob o prisma da celeridade, seja sob a perspectiva da possibilidade de sigilo, seja ainda sob a vertente do custo-benefício que o instrumento poderia fornecer aos litigantes⁴. O estado da arte na década final do século passado ainda

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (g.n.).

4. O primeiro dos autores disse, em outra sede, que “[B]asicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual,

configurava a jurisdição como atividade, poder e função que só poderia ser exercida pelo Estado. Era este, portanto, o grande desafio do legislador, qual seja, mudar a mentalidade dos jurisdicionados, preparando-os para o terceiro milênio.

Não por outra razão, o Senador Marco Maciel, responsável pelo encaminhamento do projeto de lei que resultou na Lei de Arbitragem, descreveu que uma das linhas mestras do Projeto de Lei era justamente a superação dos entraves à plena eficácia vinculante da sentença proferida em sede arbitral. Na exposição de motivos da Lei de Arbitragem, disse o Senador que “(...) *outro problema crucial resolvido refere-se à decisão dos árbitros (sentença arbitral), que não necessitará mais de homologação pelo Poder Judiciário: a sentença arbitral, desde que notificada às partes, produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal [...]*”⁵.

Diante dos anacronismos que desencorajavam a utilização do instituto no Brasil, a comissão redatora da Lei buscou superar obstáculos, robustecendo a vertente jurisdicional da arbitragem. E é justamente nesse ponto que reside o fundamento epistemológico do art. 18 da Lei de Arbitragem.

O legislador, ao positivar que “*o árbitro é juiz de fato e de direito*” (norma conceitual) e que “*a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário*” (regra expressa), sanou um dos maiores óbices à utilização da arbitragem no Brasil. Reconheceu, para todos os efeitos, que o árbitro exerce jurisdição: o árbitro é juiz de fato e de direito no que tange à disputa para a qual foi indicado, na medida em que conhece os fatos e aplica o direito, fazendo, portanto, a subsunção do fato à norma e solucionando a crise de certeza, o que se faz por meio da prolação de decisão vinculante (não sujeita à homologação). O intuito da Lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito. É esta a gênese do art. 18: reconhecer o ofício judicante – pelos árbitros – no processo arbitral.

O art. 18 da Lei de Arbitragem, entretanto, não equipara o árbitro ao juiz togado de forma indistinta e indiscriminada. Muito pelo contrário, buscou apenas ressaltar que o árbitro está investido de poderes jurisdicionais para solucionar – somente e tão somente – a lide que lhe é proposta. Portanto, uma jurisdição circunstancial, delimitada e temporária. É esta a acepção da expressão “*ser juiz de fato e de direito*”. A *mens legis* que inspirou

seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral. [...] Quanto à obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, alinhava-se o legislador (civil e processual) ao que havia de mais antigo e ultrapassado na matéria. Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência do Poder Judiciário, mesmo que a posteriori. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o exequatur retirava várias das vantagens do instituto: o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos”. (CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4).

5. MACIEL, Marco. Exposição de motivos da Lei de Arbitragem: justificação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, p. 317/320, abril-junho. 2006.

o legislador ainda hoje persiste e sua compreensão é fundamental para entender a função jurisdicional dos árbitros.

As funções do árbitro e do magistrado são rigorosamente as mesmas. O árbitro, porém, é “juiz de fato e de direito” somente quanto aos elementos *intrínsecos* de sua função, qual seja, exercer a *juris dictio* (conhecer os fatos e dizer o direito) num caso específico e concreto. Não se está, em nenhuma hipótese, impingindo aos árbitros as mesmas particularidades e fundamentos da investidura dos juízes togados: do ponto de vista *extrínseco*, não há nada na Lei de Arbitragem que compare o árbitro ao juiz togado.⁶

Em conclusão, o art. 18 não tem outro propósito senão ressaltar o caráter jurisdicional da arbitragem. Não há qualquer indicativo (pois não é esta a razão de ser da norma, nem sua finalidade) de que a intenção do legislador fosse atribuir aos árbitros as mesmas garantias e, sobretudo, as mesmas restrições aplicáveis ao juiz togado. Ainda que ambos detenham poderes jurisdicionais, o exercício dessa função é feito com base em fundamentos, situações jurídicas e escopos distintos. Não se nega que a função jurisdicional exige para seu desempenho determinadas condições e salvaguardas. No caso do exercício dessa função pela magistratura lista-se a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios (artigo 95, incs. I, II e III da Constituição Federal), que garantem a imparcialidade e independência material e pessoal desses juízes, quer em relação a órgãos e instituições estranhos ao Poder Judiciário (independência externa) quer em relação aos órgãos e entidades da própria estrutura judicial (independência interna). No caso do árbitro, todavia, a função jurisdicional por este exercida tem outras (*rectius*, diferentes) garantias e vedações para seu desempenho, de modo a garantir-lhe independência e imparcialidade.

Não se quer afirmar que haja dois conceitos de jurisdição. O exercício de qualquer atividade jurisdicional (seja pelo árbitro, seja pelo juiz togado) está sujeito à observância das garantias do devido processo legal (e, por consequência, do dever de independência e imparcialidade do julgador). Não é este, porém, o cerne da questão debatida. Independentemente de se tratar de processo arbitral ou judicial, a atividade jurisdicional está inserida dentro do modelo constitucional do processo, pelo que os princípios e garantias constitucionais devem ser invariavelmente aplicáveis. Os princípios norteadores do *sistema processual constitucional*, insculpidos no art. 5º, incs. LIV e LV⁷, da Constituição Federal, orientam o exercício de qualquer atividade jurisdicional e a arbitragem não é exceção à regra.

6. Pedro A. Batista Martins foi preciso na descrição do fenômeno: “[D]o ponto de vista *extrínseco*, não há nada na lei que compare o árbitro ao juiz togado. E nem poderia, pois o árbitro não presta concurso, não é pago pelo erário público e, tampouco, está investido das prerrogativas constitucionais fixadas no art. 95 da Constituição Federal, ou seja, inamovibilidade, irredutibilidade e vitaliciedade. O árbitro não é magistrado e não integra a carreira pública. O árbitro é um mero cidadão, civilmente capaz e que goza da confiança das partes e, por isso, e somente por isso, é nomeado para resolver determinada controvérsia. Nomeação essa que não lhe confere qualquer prerrogativa, exceto o poder-dever de pôr fim ao conflito de direito. E é justamente aí que reside a essência da previsão contida no art. 18 da lei de Arbitragem” (Apontamentos sobre a Lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 218).

7. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado

Todavia, a interpretação e a aplicação desses princípios *in concreto* deverão sempre ser feitas considerando-se o contexto dos subsistemas processuais específicos. Cada modelo, ou subsistema, processual (arbitral, judicial civil, judicial penal, juizados especiais etc.) observa uma dinâmica própria, pautada em escopos e fundamentos distintos que demandam do operador do direito conhecer, compreender e respeitar suas particularidades.

Não são, assim, automaticamente aplicáveis aos árbitros as vedações e as garantias que balizam a atividade do magistrado, da mesma forma que não se beneficiam os juízes togados das mesmas características intrínsecas à função do árbitro. Como já disseram os mesmos autores em outra sede, “[...] *embora o árbitro seja ‘juiz de fato e de direito’ no sentido de exercer, sim, atividade jurisdicional, não se pode olvidar que a jurisdição (atividade, poder e função) por ele exercida tem suas particularidades, não sendo, pois, idêntica àquela exercida pelo juiz togado, não tendo as mesmas funções e finalidades*”⁸.

As diferenças ontológicas entre a missão do árbitro e a missão do juiz devem levar em conta as peculiaridades do exercício do poder em cada um dos sistemas. Estas diferenças resultam em interpretações e aplicações distintas das normas gerais do processo constitucional. É imprescindível reconhecer que aquilo que garante a independência e a imparcialidade dos magistrados não se aplica de forma indistinta, imediata e automática aos árbitros (e vice-versa).

3. As diferenças ontológicas entre árbitros e juízes: os distintos fundamentos e escopos da atividade jurisdicional

O reconhecimento de que o processo arbitral consiste e resulta no exercício de uma atividade jurisdicional implica assumir que também se constitui em um modelo paralelo ao processo estatal. Mesmo que o processo arbitral esteja inserido dentro da ciência do processo constitucional, sendo em verdade um subsistema deste, não pode ser considerado como uma subespécie do processo civil. Em verdade, ambos os modelos de processo (civil e arbitral) são espécies componentes do gênero processo constitucional.

Ambos os subsistemas (processo arbitral e processo civil) estão inseridos dentro da dinâmica geral do processo constitucional. Contudo, são subsistemas desiguais, que buscam exercer a atividade jurisdicional sob fundamentos distintos e com escopos distintos. Há que se diferenciar e respeitar as particularidades de cada um desses subsistemas, garantindo as respectivas efetividades.

da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (...).”

8. CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. *Arbitragem: jurisdição, missão e justiça*. in “Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux”, Coord. Abhner M. Arabi, Fernando Maluf, Marcello L. Machado Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Nesse ponto, a missão do árbitro é substancialmente diferente daquela do juiz togado, seja em decorrência da origem de seus poderes jurisdicionais, seja em decorrência de seu limitado alcance.

O árbitro é, por definição, um agente *privado* ao qual são conferidos poderes jurisdicionais pelas próprias partes – mediante autorização da lei – que elegeram a via arbitral para solucionar a sua disputa. Em outros termos, o árbitro só é “*juiz de fato e de direito*” na medida em que tenha sido escolhido (direta ou indiretamente) para solucionar a disputa pelas próprias partes.

A origem dos poderes jurisdicionais do árbitro, portanto, reside em um acordo de vontade das partes litigantes. O fundamento para o exercício de sua função é eminentemente contratual. Não há qualquer grau de institucionalidade, pois os poderes do árbitro decorrem de um negócio jurídico processual específico (qual seja, a convenção arbitral) e não de seu pertencimento a uma estrutura organizacional prévia que o empodere e que legitime a sua atuação.

No mais, a jurisdição do árbitro não pode ser considerada universal, na medida em que é restringida, em primeiro lugar, pela própria Lei de Arbitragem (arbitrabilidade), em segundo lugar, pelo exercício da autonomia da vontade das partes (escopo da convenção arbitral) e, em terceiro, pela sua natural finitude temporal e circunstancial.

Há limitação à jurisdição do árbitro em razão da própria Lei de Arbitragem. Em seu art. 1º, o referido diploma define a arbitrabilidade, de tal sorte que o exercício da atividade jurisdicional pelo árbitro está legalmente limitado a (i) partes capazes (arbitrabilidade subjetiva)⁹, e (ii) direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva)¹⁰.

A jurisdição do árbitro é igualmente adstrita ao escopo da convenção arbitral. Uma vez que o poder jurisdicional do árbitro se origina de um contrato particular, celebrado por partes específicas, aplicando-se a uma disputa determinada (ou determinável), a sua jurisdição será invariavelmente limitada por esses elementos.

Diz-se que a jurisdição do árbitro é adstrita ao escopo e alcance da convenção, pois o árbitro só está investido de poderes jurisdicionais para resolver aquela disputa que lhe foi apresentada. O exercício de sua função jurisdicional se dá nos estritos limites do alcance objetivo e subjetivo da convenção de arbitragem – isto é, somente sobre as partes que se vincularam à cláusula ou ao compromisso e concordaram em outorgar-lhe poderes jurisdicionais (escopo subjetivo) e somente sobre aquela relação jurídica material governada pela convenção arbitral (escopo objetivo).

9. CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37: “*Condição sine qua non para a utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada convenção de arbitragem*”.

10. CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39: “*São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir*”.

Essa mesma constatação – de que os árbitros são investidos de poderes pelas próprias partes litigantes – também leva à inexorável conclusão de que o seu poder jurisdicional é momentâneo, pois sua jurisdição é automaticamente encerrada quando da prolação da sentença arbitral. Assim, solucionada a lide, deixa o árbitro de ter jurisdição. Nesse sentido, “[...] a missão do árbitro é única, específica e diferente da dos juízes togados, [já que estes estão] preocupados em dar o exemplo a terceiros, reafirmar o poder do estado e estabelecer a coerência do ordenamento jurídico (escopo social, político e jurídico do processo sob viés estatal) [...] A missão do árbitro é resolver um litígio em específico e para tanto seus deveres e função são especiais”¹¹.

É por essas razões que não existe um cargo ou profissão de árbitro. O indivíduo não é árbitro em abstrato, ele sempre *estará* árbitro para determinadas situações para as quais tenha sido especificamente nomeado para exercer jurisdição e deixará de *estar* árbitro assim que encerrada a disputa.¹²

A situação relativa ao juiz togado é diametralmente oposta, seja em razão da origem de seus poderes jurisdicionais, seja em razão de seu alcance.

Na origem, os poderes jurisdicionais do juiz togado decorrem da própria razão de ser do Estado Democrático de Direito. A tripartição dos poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) é fundamental para assegurar condições para o desenvolvimento da democracia, na medida em que busca garantir, sobretudo, uma independência orgânica entre os três poderes. Não por outra razão, esse princípio constitucional encontra-se positivado logo no art. 2º da Constituição Federal¹³.

Nesse sentido, os juízes são representantes do Poder Judiciário, atuando, portanto, em nome do Estado. O seu poder jurisdicional – enquanto órgão institucional do Estado – existe previamente ao surgimento de qualquer conflito, pois os magistrados integram a estrutura institucional do Poder Judiciário. Trata-se de um poder jurisdicional que se verifica em abstrato.

A legitimação do poder do magistrado se dá por meio de um processo específico (investidura), sendo-lhes distribuídas as causas por meio de regras de competência e, dentro dessas, por meio de sorteio. Em outros termos, trata-se de um poder com origem institucional.

11. CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. *Arbitragem: jurisdição, missão e justiça*. in “Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux”, Coord. Abhner M. Arabi, Fernando Maluf, Marcello L. Machado Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
12. ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito da arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, pp. 25-26: “Por isso, ninguém é árbitro, todo árbitro *está* árbitro. *Está* árbitro perante aquelas partes e aquela(s) disputa(s). Diversamente do juiz, que exerce o seu ofício de modo permanente, não há uma profissão de árbitro. Tão logo o árbitro cumpra o seu encargo, proferindo a sentença arbitral, ele deixa de ser árbitro, no termos do artigo 29, da lei 9.307/96, ressalvadas as hipóteses do artigo 30 da mesma lei. Assim, o exercício limitado e momentâneo da jurisdição pelo árbitro *está* adstrito a determinadas partes e a determinadas disputas [...]”.
13. “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Além de abstrato e prévio, o poder jurisdicional dos magistrados é também universal. Conforme estabelece a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa é uma das mais amplas garantias constitucionais: assegura-se, de forma indistinta, a todos os jurisdicionados, o direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a um direito.

O juiz possui com as partes uma relação de direito público, sendo, por excelência, um estranho, neutro, impessoal e generalista. Não se espera do juiz que tenha com as partes qualquer relação pessoal; pressupõe-se sua legitimidade em razão de seu pertencimento à estrutura do próprio Poder Judiciário. Assim, sua relação é, acima de tudo, com o próprio Estado. É esse o fundamento institucional de sua atuação.¹⁴

Por ser um representante do Estado, além de ter, como escopo de sua atividade, a pacificação do conflito existente entre os litigantes (escopo social do processo¹⁵), o magistrado deve também se ater a preocupações que extrapolam a relação jurídica litigiosa. No exercício de seu mister de aplicar o direito ao caso concreto, o magistrado deve se preocupar com a manutenção e integridade de todo o ordenamento jurídico, bem como deve se ater às preocupações políticas que entornam sua atuação, o que se traduz nos escopos jurídico, educacional e político de sua atividade¹⁶.

14. Aqui, faço remissão a Rafael Francisco Alves: “O juiz possui uma relação de direito público com as partes. Ele foi escolhido pelo Estado (no caso brasileiro, por meio de concurso público) e atribuído ao processo específico em que as partes litigam por meio de um sorteio, seguindo regras públicas. As regras de organização judiciária e também as regras processuais possuem caráter público, algumas de natureza constitucional. Conforme o artigo 37 da Constituição Federal, a administração pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por definição, o juiz deve ser impessoal e estar distante das partes. Segundo o entendimento predominante, essa é a base da sua relação com as partes, ele é um estranho. Sua responsabilidade não é direta e pessoal com as partes, ela ocorre por intermédio do Estado. Um erro do juiz é, em primeiro lugar, um erro do Estado, dentro da relação entre o cidadão e o Estado” (ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito da arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 20).
15. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I., 6ª ed. p. 132: “é nesse quadro que merece destaque a grande valia social do processo como elemento de pacificação. O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”.
16. ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito da arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 21: “Na atuação do juiz, sua função de dizer o direito no caso concreto está associada primordialmente à manutenção da integridade e coerência do ordenamento jurídico ou à ‘preservação dos preceitos concretos do direito objetivo’, conforme o ‘escopo jurídico da jurisdição’. O juiz tem o dever de aplicar corretamente a lei e fazer valer as escolhas do legislador. Por isso, sua vocação é, por definição, generalista: o juiz, por presunção, conhece todas as leis nacionais (iura novit curia), porque deve aplicar todas elas (ou qualquer uma delas). Suas decisões são públicas e forma jurisprudência justamente para que elas possam orientar o comportamento de outros cidadãos e empresas no futuro. O juiz tem uma missão não apenas com aquelas partes que estão diante dele com uma disputa, mas também perante toda a sociedade. Daí, novamente,

Para além de solucionar a disputa, o juiz deve ainda buscar (i) efetivar e complementar o ordenamento jurídico, por meio da aplicação em concreto do texto normativo à hipótese, de tal forma que faça valer a própria norma nele encampada (escopo jurídico)¹⁷; (ii) esclarecer ao jurisdicionado a forma e o modo de se interpretar o texto da lei, o que, em última instância, mitiga a ocorrência de novos casos similares (escopo educacional¹⁸); e (iii) assegurar a estabilização das instituições políticas, garantindo a participação dos cidadãos na vida do Estado e, sobretudo, freando e barrando os excessos dos demais Poderes da República (escopo político)¹⁹.

Em outras palavras, a missão do juiz togado tem impactos relevantes não só para as partes que lhe apresentam a disputa. Ao contrário, a dimensão de sua atuação tem reflexos para toda a sociedade, pelo que se entende que o desempenho de seu mister enseja preocupações de caráter público.

O árbitro não desempenha suas funções com base nos mesmos fundamentos; sua atividade não almeja os mesmos escopos visados pelo juiz togado. Em razão da origem contratual dos poderes jurisdicionais do árbitro, o seu fundamento reside na autonomia da vontade das partes (autonomia privada) e na *confiança* que essas depositam na sua pessoa.

No exercício de sua autonomia privada, as partes buscam eleger profissionais que contem com a sua confiança. Essa confiança é decorrente de seus atributos pessoais e, sobretudo, do conhecimento particular que as partes tenham sobre suas qualificações e características. Trata-se de uma relação mais próxima, sendo o árbitro não um estranho,

o caráter cogente da maior parte das regras que envolvem a organização judiciária e o próprio processo judicial”.

17. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I, 6ª ed. p. 138: “*confirma-se que a sentença não cria direitos mas revela-os; e a execução forçada, que também tem caráter jurisdicional, confere-lhes efetividade quando falta o adimplemento voluntário pelo obrigado. Mesmo quando por sentença fica instituída uma situação jurídica nova (sentenças constitutivas) o direito a essa nova situação preexiste à sentença que a cria (p.ex., o direito a obter separação judicial ou anulação do contrato). O escopo jurídico do processo civil não é a composição da lide, ou seja, a criação ou complementação da regra a prevalecer no caso concreto – mas a atuação da vontade concreta do direito”.*
18. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I, 6ª ed. p. 132: “*sempre no plano das relações sociais, o exercício continuado e correto da jurisdição constitui elemento de valia, no sentido de educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus”.*
19. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I, 6ª ed. p. 133: “*Importa ainda, através do processo, concorrer para a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado. [...] Ganha também realce nos tempos presentes o valor do processo como meio de culto à liberdade mediante defesa dos indivíduos e das entidades em que se agrupam, contra os desmandos do Estado. Estamos no campo das chamadas liberdades públicas e notadamente das garantias de preservação do princípio liberal nas relações entre o indivíduo e o ente público. O Estado democrático define-as e faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder, de modo a não invadir a esfera de liberdade reservada aos indivíduos, com dano à vida em grupo ou ao desenvolvimento dos objetivos comuns; mas a realidade mostra episódios de transgressão a esses propósitos do Estado-de-direito, que de tempos em tempos avulta de modo insuportável”.*

mas uma pessoa que foi cuidadosamente selecionada pelas próprias partes (ou por terceiros de sua confiança) para desempenhar uma atividade personalíssima, técnica e especializada. Trata-se de uma relação privada com alta carga de subjetividade, na medida em que é aos olhos daquelas partes que se analisa a confiança depositada no árbitro e, portanto, sua legitimidade para atuar.

Além do mais, uma vez que foram aquelas partes que lhe atribuíram poderes jurisdicionais, sobretudo a elas interessa o resultado de sua atividade. Por se tratar de uma relação jurídica momentânea, tendo sido conferidos poderes única e exclusivamente por aquelas partes em específico, e para solucionar aquela disputa em particular, os efeitos do exercício de jurisdição pelo árbitro são fundamentalmente voltados às partes. O escopo de sua atuação é eminentemente restrito.²⁰

O escopo social do exercício da jurisdição é aquele que norteia a atividade do árbitro, sendo diminuta, ou mesmo inexistente, a relevância dada aos escopos jurídico²¹, educacional²² e político²³ do processo em sede arbitral. Como disse Cândido Rangel Dina-

20. ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito da arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, pp. 24-25: “Nesse sentido, o árbitro possui uma missão perante as partes, não necessariamente perante a sociedade. Ao contrário do juiz, o árbitro não tem o dever de resguardar a integridade ou a coerência da ordem jurídica e, assim, sua relação com o direito parecer ser distinta. O modo pelo qual um árbitro aplica ou deixa de aplicar determinada norma jurídica não traz, em princípio, qualquer impacto para ordem jurídica da qual faz parte aquela norma jurídica. As decisões dos árbitros não conformam comportamento dos cidadãos, não forma jurisprudência no sentido próprio deste termo, inclusive porque não são públicas. Sua decisão diz respeito somente às partes em disputa. Assim, os escopos da jurisdição arbitral não são totalmente coincidentes com os escopos da jurisdição estatal. O árbitro tem um papel a desempenhar na administração da Justiça, com certa dimensão pública (pacificação social), mas esse papel não coincide com aquele desempenhado pelo juiz”.
21. CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. *Arbitragem: jurisdição, missão e justiça*. in “Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux”, Coord. Abhner M. Arabi, Fernando Maluf, Marcello L. Machado Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2019: “No que diz respeito ao escopo jurídico, acreditamos que na arbitragem há razoável diluição de tal objetivo, na medida em que não faz sentido falar na atividade jurisdicional do árbitro como atuação da vontade concreta do direito se é possível, às partes, eleger direito estrangeiro ou mesmo a equidade para reger o mérito da disputa. Neste cenário, as sentenças arbitrais terão menor relevo social que as sentenças judiciais: enquanto as primeiras pacificarão as partes e servirão para decidir o caso concreto, as segundas terão o condão de reafirmar o direito estatal, firmando parâmetros e estabilizando condutas futuras”.
22. CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. *Arbitragem: jurisdição, missão e justiça*. in “Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux”, Coord. Abhner M. Arabi, Fernando Maluf, Marcello L. Machado Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2019: “Bem, se a arbitragem não é adequada a – e não tem o objetivo de – criar jurisprudência, parece que a jurisdição exercida pelo árbitro não compreende o escopo educativo, ao menos não na mesma medida que a jurisdição exercida pelo juiz togado, do qual se cobra – com direito! – decisões coerentes com a de seus pares ou seus superiores”.
23. CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. *Arbitragem: jurisdição, missão e justiça*. In “Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da

marco, [...] “quem se ativesse a velhos conceitos vigentes até a primeira metade do século XX, animando-se ainda hoje a exaltar a instrumentalidade da jurisdição e de seu exercício ao direito material e proclamando que ela existe e é exercida com o exclusivo escopo de dar efetividade aos preceitos que este contém, sentiria muita resistência à inserção do processo arbitral nos quadros da jurisdição – porque o árbitro não tem todo aquele compromisso com a lei, que tem o juiz, mas acima de tudo com as realidades de cada caso e com a justiça das soluções que dele se esperam”.²⁴

Essas diferenças ontológicas entre árbitros e juízes trazem implicações práticas e conceituais de grande importância.

Ao diferenciar os fundamentos e os escopos do exercício da jurisdição por árbitros e juízes, não se pode escapar da conclusão de que diversos princípios inerentes à prestação jurisdicional vicejam de maneiras desiguais em cada um desses subsistemas. Ainda que os princípios gerais do processo se apliquem, indistintamente, aos árbitros e juízes, sua incidência terá conotações diversas, justamente em razão dessas diferenças ontológicas. Tem razão Carlos Eduardo Stefen Elias quando observa que “[...] as diferenças fundamentais entre os estatutos do árbitro e do juiz demandam não apenas a construção de normas concretas aplicáveis somente ao primeiro (derivadas, como já se viu, da regra geral que impõe um estado de coisas relativamente à imparcialidade do árbitro), como também uma interpretação particular das causas de impedimento e suspeição previstas na lei (além de outras regras vinculantes), interpretação essa que, para o árbitro, afasta-se da interpretação aplicável ao juiz”²⁵.

Não por outra razão, o regime jurídico específico da atuação dos magistrados se encontra balizado, constitucionalmente, pelo Capítulo III do Título IV da Constituição Federal (o qual estabelece não apenas a estrutura organizacional do Poder Judiciário, mas também direitos, deveres e ônus que se aplicam aos seus membros) e, infraconstitucionalmente, pela Lei Orgânica da Magistratura.

Já o regime jurídico específico dos árbitros encontra-se disposto na Lei de Arbitragem: “[a]s regras a respeito do árbitro, traçadas no Capítulo III da Lei, constituem-se, acima de tudo, num verdadeiro código de ética, estabelecendo os deveres e obrigações daquele que é instado, por vontade dos litigantes, a decidir uma controvérsia”²⁶. A expressão da Lei de Arbitragem é ainda contextualizada pelas inúmeras instituições arbitrais que estabelecem, elas próprias, Regulamentos de Arbitragem e Códigos de Ética que se aplicam às arbitragens por elas

eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux”, Coord. Abhner M. Arabi, Fernando Maluf, Marcello L. Machado Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2019: “Parece inadequado atribuir à jurisdição privada a função de reafirmar o poder Estatal mediante a imposição de decisões. Em princípio, o árbitro não representa o poder do Estado, sendo, na realidade, exemplo de jurisdição privada. A arbitragem é, em verdade, exemplo do reconhecimento, pelo Estado, de que seus agentes/órgãos não são os únicos aptos ao exercício da jurisdição (poder que emana do povo)”.

24. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37.

25. ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos Árbitros*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 202.

26. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22.

administradas, bem como pela própria comunidade arbitral, por meio da elaboração de diretrizes e recomendações (verdadeiras *softlaws* arbitrais).

Em conclusão, essas diferenças ontológicas entre árbitros e juízes resultam na aplicação de regramentos distintos e particulares à atuação de cada um deles. O art. 95 da Constituição Federal pertence ao regramento exclusivamente destinado aos magistrados, sendo inaplicável aos árbitros que, por sua vez, têm sua atuação limitada pelos comandos dos arts. 13²⁷ e 14²⁸ da Lei de Arbitragem.

4. Aplicação do art. 95 da Constituição Federal como garantia da integridade funcional do Poder Judiciário

O art. 95, parágrafo único, da Constituição Federal impõe aos juízes impedimento ao exercício de outros cargos ou funções, salvo a de magistério, ainda que tenham disponibilidade. O dispositivo constitucional ainda desautoriza os magistrados a receberem, “*a qualquer título ou pretexto*”, custas ou participação em processo ou auxílios de terceiros, bem como os coíbe de se dedicarem “*à atividade político-partidária*”. Tais limitações não podem, à evidência, ser imputadas aos árbitros, que desempenham a atividade jurisdicional com base em fundamentos distintos e visando a escopos diversos daqueles que norteiam a atividade do magistrado. Nem as garantias nem as vedações constitucionais encampadas pelo art. 95 da Constituição Federal podem ser transportadas para o contexto da jurisdição arbitral, sob pena de se desconsiderar as diferenças ontológicas entre árbitros e juízes.

O fundamento da atividade jurisdicional do juiz togado reside no próprio ideal da separação dos Poderes da República. Trata-se, portanto, de um fundamento de caráter público. Da mesma sorte, sua atividade pressupõe o atingimento de escopos de ordens social, jurídica, educacional e, para o que importa, política. E, para que possam cumprir essa importante missão, os magistrados devem atuar de forma autônoma e independente, refletindo, assim, a autonomia e independência do Poder Judiciário enquanto instituição.

O magistrado, na condição de representante do Poder Judiciário, deve zelar pela higidez da própria instituição, assegurando a sua legitimidade institucional para fornecer os contrapesos necessários à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como para promover a tutela dos direitos subjetivos de seus jurisdicionados. As garantias outorgadas pela Constituição Federal objetivam conceder ao Poder Judiciário a necessária independência para o exercício de sua função. Trata-se de prerrogativa, não de privilégio, imprescindível ao exercício da democracia, à separação dos Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais.²⁹

27. “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes (...).”

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

29. Como disse Alexandre de Moraes, “(...) em um Estado Democrático de Direito, os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do Poder Judiciário, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivas e que, para o efetivo e imparcial controle destes atos, haja a necessidade das garantias constitucionais da magistratura para não intimidar-se diante

Justamente por ser um dos pilares centrais na garantia do Estado democrático de Direito, é essencial que o Poder Judiciário mantenha autonomia e independência em relação aos demais Poderes da República, não se sujeitando a pressões que deslegitimem sua institucionalidade³⁰. O constituinte buscou, historicamente, estabelecer aquilo que a doutrina denomina de garantias funcionais da magistratura: são salvaguardas que objetivam isolar a atuação do Poder Judiciário (e, portanto, dos magistrados) das pressões externas ao exercício de sua jurisdição universal, sobretudo assegurando que os demais poderes, isto é, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, não interfiram no desenvolvimento da atividade jurisdicional³¹. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck apontam que: “[E]sse dispositivo trata das garantias funcionais da magistratura. O conjunto de garantias da magistratura visa, em primeira linha, a assegurar a independência e imparcialidade dos órgãos judiciais. Nesse ponto, ressalte-se que, no Estado Democrático de Direito, a independência judicial é mais importante para a eficácia dos direitos fundamentais do que o próprio catálogo de direitos contido nas Constituições. Assim é que, no intuito de garantir a independência judicial, os diversos ordenamentos constitucionais contêm normas que asseguram e disciplinam o pleno exercício da magistratura”³².

Como se vê, o art. 95 da Constituição Federal estabelece condições básicas e essenciais para a funcionalidade do Poder Judiciário e, por consequência, para a garantia do Estado democrático de Direito. A própria nomenclatura “garantias funcionais” – adotada na doutrina – esclarece sua essencialidade para o funcionamento do Poder Judiciário, o que é pautado em fundamentos de caráter institucional e público, mirando escopos de interesse público, sobretudo social, jurídico, educacional e, acima de tudo, político.

Essas garantias funcionais podem ser agrupadas em duas grandes categorias: na primeira, disposta no *caput* do art. 95, encontram-se as garantias funcionais de independência ou de liberdade dos órgãos do Poder Judiciário, ou seja, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade, as quais almejam assegurar que o magistrado (e, portanto, o próprio Poder Judiciário) se beneficie da segurança e da estabilidade essenciais para o desempenho de seu mister; na segunda, disposta no parágrafo único do mesmo artigo, encontram-se as garantias (vedações) funcionais de imparcialidade dos órgãos do Judiciário, as quais visam

dos poderes, para que, dessa mútua oposição, resulte a moderação de todos os poderes, o império da lei, a liberdade” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, 5ª ed, p. 1362).

30. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, 36ª ed., p. 590: “Aos órgãos jurisdicionais, consoante vimos, incumbe a solução dos conflitos de interesses, aplicando a lei aos casos concretos, inclusive contra o governo e a administração. Essa elevada missão, que interfere com a liberdade humana e se destina a tutelar os direitos subjetivos, só poderia ser confiada a um poder do Estado, distinto do Legislativo e do Executivo, que fosse cercado de garantias constitucionais de independência”.
31. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1051: “[g]arantias funcionais da magistratura são atributos que permitem aos juízes agir com imparcialidade e independência. Também chamadas de garantias de órgãos, elas permitem aos magistrados desempenhar suas atribuições constitucionais e legais com desassombro e dignidade”.
32. MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. in: *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Gomes Canotilho [et al.] (coord.) São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 2ª. ed (Série IDP), p. 1428.

a assegurar – por meio de proibições – que os membros do Poder Judiciário estejam isentos de pressões subjetivas no exercício de sua função³³.

É especificamente da segunda categoria que este ensaio se ocupa agora. O parágrafo único do art. 95 enumera cinco vedações que foram estabelecidas para assegurar que o Poder Judiciário (e apenas o Poder Judiciário), no exercício de sua função judicante, atue de maneira objetiva, em atenção ao texto da lei, não tendo sua atuação capturada por questões e interesses subjetivos e particulares de seus representantes. O Poder Judiciário, por possuir jurisdição universal, deve zelar pela independência e imparcialidade de seus representantes de forma abstrata e genérica. Por expressa previsão constitucional, todas e quaisquer disputas (isto é, quaisquer lesões a direitos e ameaças de lesões a direitos) estão sujeitas à apreciação dos órgãos do Poder Judiciário. Por essa razão, a independência e a imparcialidade do magistrado devem ser asseguradas também de forma universal e abstrata, com relação a toda e qualquer causa que lhe possa ser dirigida e com relação a todo jurisdicionado que possa buscar a tutela de seus direitos.

Justificam-se, assim, as vedações trazidas pelo art. 95, parágrafo único, no sentido de que os magistrados estejam impedidos de (i) atuar no mercado (salvo a atividade de magistério), (ii) receber custas ou participações nos processos, (iii) dedicar-se à atividade político-partidária; (iv) receber auxílios e contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, salvo as previstas em lei; e (v) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou no período de *quarentena*.

A vedação do exercício de outros cargos ou funções afigura-se uma restrição ampla que abrange tanto atividades de natureza pública como privada. Até mesmo a permissão para exercício do magistério é condicionada a compatibilidade de horários (art. 37, XVI, da Constituição Federal). O objetivo dessa vedação é preservar a poder jurisdicional universal do magistrado evitando, como já se disse, uma indisposição prévia que impeça a sua necessária atuação. Do mesmo modo, veda-se que os juízes recebam auxílios, emolumentos ou porcentagens em processos, sendo inconstitucional a criação de quaisquer espécies de ajuda financeira como forma de estimular sua produtividade ou estimular sua dedicação aos casos, já que sua remuneração se dá na forma do artigo 93, V, da Constituição Federal e sua atuação deve ocorrer sem qualquer conotação ou intenção econômica prévia. Com relação à vedação de receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, a Constituição Federal preocupa-se em evitar que os magistrados tenham ou recebam privilégios de algum setor da sociedade. O objetivo da norma não é vedar a corrupção em particular (o que obviamente, atinge a imparcialidade e qualidade

33. Como disse José Afonso da Silva: “[A]s garantias, que a Constituição estabelece em favor dos juízes, para que possam manter sua independência e exercer a função jurisdicional com dignidade, desassombro e imparcialidade, podem ser agrupadas em duas categorias: (a) garantias de independência dos órgãos judiciários; e (b) garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários. As garantias de independência dos órgãos judiciários são: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. [...] As garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários aparecem, na CF, sob forma de vedações aos juízes, denotando restrições formais a eles. Mas, em verdade, cuida-se aí, ainda, de proteger a sua independência e, consequentemente, do próprio Poder Judiciário. Assim é que a CF, no art. 95, parágrafo único, veda-lhes: [...] (c) dedicar-se à atividade político-partidária [...]” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, 36ª ed., p. 592).

de julgador), mas evitar uma situação geral que afete a jurisdição universal do julgador quanto à sua independência (causa objetiva de afastamento).

Em outros termos, é essencial que os membros do Poder Judiciário não tenham com os jurisdicionados predisposição a ter qualquer tipo de conflito de interesses de modo prévio e geral. Por essa razão é que se limita a atuação dos magistrados, preservando-se um estado de isenção em abstrato.

Especificamente quanto à vedação trazida pelo parágrafo único, inciso III, do art. 95, é importante lembrar que o próprio Estado está também sujeito à jurisdição universal do Poder Judiciário. Não são poucos os conflitos que podem surgir envolvendo os interesses do Estado (seja conflitos envolvendo entes públicos, seja conflitos envolvendo a atuação do Estado e os direitos subjetivos de seus jurisdicionados) e esses conflitos estão invariavelmente sujeitos à apreciação pelo Poder Judiciário.

O Estado – sobretudo sob a perspectiva dos Poderes Executivo e Legislativo – é representado por seus políticos. É a vida política que denota os rumos da atividade dos Poderes Legislativo e Executivo; é por meio dessas atividades políticas que se materializa a vontade do Estado. Assim, para garantir que os membros do Poder Judiciário tenham isenção (genérica e abstrata) para apreciar eventuais disputas envolvendo os interesses do Estado, é essencial que não tenham vínculo com qualquer atividade política.

Quanto ao escopo político, a atuação do Poder Judiciário tem fundamentos de caráter público, na medida em que seu mister é essencial para garantir a independência e a autonomia entre os Poderes da República, sendo que tal atuação deve ser legítima.

No desempenho dessa função, o Poder Judiciário deve atuar não só para pacificar as disputas que envolvam os interesses do Estado, mas, acima de tudo, para servir como contrapeso a eventuais excessos dos demais Poderes. Assim, a independência dos magistrados deve ser entendida como sendo uma independência institucional entre o próprio Poder Judiciário e os demais Poderes Executivo e Legislativo. A legitimidade do Poder Judiciário será mais precisa (e aceita pela nação) quanto mais isentos e soberanos forem os seus membros componentes.

Por essa razão, é necessário garantir que os membros do Poder Judiciário preservem esse estado de independência entre os Poderes da República, o que se traduz, em concreto, na vedação à participação político-partidária dos magistrados encampada pelo inciso III já mencionado, o que os habilita a resolver, sem favorecimento ou viés, toda e qualquer questão política que envolva o Estado.

Em conclusão, o art. 95 da Constituição Federal estabelece aquilo que o constituinte considerou que seria essencial para garantir a independência e imparcialidade daquele julgador institucionalmente empossado para exercer jurisdição universal com objetivos que extrapolam a mera consecução da atividade jurisdicional em seu escopo social.

O fato de o magistrado ser institucionalmente empossado para resolver toda e qualquer disputa, atingindo os escopos social, educacional, jurídico e político da jurisdição, lhe dá algumas prerrogativas, e retira-lhe algumas faculdades e liberdades, exatamente por estar vinculado ao Estado, representar o Estado e ter missão pública ao julgar; nada

disso ocorre com o árbitro, cuja missão é julgar e pacificar o caso que lhe for submetido pela vontade dos litigantes³⁴.

5. Os deveres de independência e imparcialidade sob enfoque do ambiente institucional do processo arbitral

O exercício da atividade jurisdicional pelo árbitro requer que este observe os deveres de atuar com imparcialidade e independência. Todavia, a aplicação, em concreto, desses deveres deve ser feita tomando-se em consideração os fundamentos e escopos distintos do processo arbitral.

Os árbitros estão imbuídos de jurisdição para desenvolver uma atividade cujo fundamento é eminentemente contratual. A atividade dos árbitros decorre da manifestação de vontade das partes e está adstrita aos limites objetivos e subjetivos da convenção arbitral, encerrando-se quando da prolação da sentença arbitral. Sua jurisdição é, portanto, limitada.

O escopo da atividade jurisdicional exercida pelo árbitro é precipuamente voltado às partes. Atuam com baixa intensidade os escopos jurídico, educacional e político, dando-se maior relevância ao escopo social da jurisdição (pacificação daquela disputa em concreto).

Essas constatações são fundamentais para traçar as premissas interpretativas acerca dos deveres de ser e permanecer independente e imparcial aplicáveis aos árbitros.

O poder jurisdicional dos árbitros decorre de uma manifestação de vontade das partes litigantes e, por essa razão, as partes contendentes têm a faculdade de buscar o indivíduo que represente a melhor opção enquanto julgador de sua causa. No sistema arbitral é esperado que as partes escolham profissionais com base em suas qualidades pessoais, fazendo um juízo de conveniência acerca dos atributos e qualificações do sujeito indicado para atuar enquanto árbitro. O que define essa relação é a confiança particular que os litigantes depositam na pessoa do árbitro.

Aqui se faz necessário um breve parêntesis: o conceito de confiança não pode ser entendido como uma necessidade de que ambas as partes subjetivamente confiem na pessoa indicada para atuar como árbitro. O que a lei almeja é que o árbitro não esteja sujeito a situações objetivamente verificáveis que justifiquem que a parte desconfie de sua capacidade de atuar. Não é preciso que a parte positivamente (em seu íntimo) confie na pessoa indicada como árbitro, mas sim que não tenha razões objetivas e justificáveis para desconfiar do profissional. Isso é especialmente verdade considerando-se que, via de regra, cada parte escolherá um árbitro para compor eventual tribunal arbitral, sendo o terceiro indicado diretamente pelas partes em conjunto ou indiretamente (pelos coárbitros, pela

34. Os autores já tiveram oportunidade de apontar, em outra sede, que “[N]este cenário, as sentenças arbitrais terão menor relevo social que as sentenças judiciais: enquanto as primeiras pacificarão as partes e servirão para decidir o caso concreto, as segundas terão o condão de reafirmar o direito estatal, firmando parâmetros e estabilizando condutas futuras”, in: CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. *Arbitragem: jurisdição, missão e justiça*. in “Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux”, Coord. Abhner M. Arabi, Fernando Maluf, Marcello L. Machado Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

instituição arbitral etc.). Nesses casos, a parte evidentemente confia subjetivamente no árbitro que indicou, mas, para os demais (isto é, aquele indicado pela outra parte ou por terceiros), a confiança residirá na ausência de razões materiais e objetivas que gerem na parte um receio de que o árbitro não cumprirá seus deveres a contento³⁵.

Em outros termos, pode atuar como árbitro todo e qualquer profissional com o qual aquelas partes tenham um sentimento de segurança, uma convicção de que desenvolverá a atividade jurisdicional a contento. Trata-se de um *standard*, que leva em conta o estado e o sentimento particular daquelas partes em específico, considerando-se a inexistência de circunstâncias objetivas e concretas que poderiam ensejar desconfiança quanto aos árbitros não indicados por elas.

Por essas razões, não há impedimentos e vedações em abstrato ao exercício da função de árbitro. Seria impróprio assumir que determinado atributo, condição ou característica ínsita ao árbitro deslegitimasse sua atuação. O teste proposto é sempre em relação às partes.

Não por outra razão, as partes podem afastar eventuais pressuposições de parcialidade e dependência. O que importa para o desempenho da função de árbitro é que este conte com a confiança das partes³⁶.

Da mesma forma, na medida em que o árbitro *está* árbitro somente para aquela disputa para a qual as partes lhe confiaram poderes jurisdicionais, as suas relações com outras partes, outras matérias e outras disputas, não afetam sua legitimidade para atuar. Não há necessidade de preservar uma predisposição à independência e imparcialidade de maneira universal, pois o mister dos árbitros é, sempre, limitado.

Daí porque – diferentemente do juiz togado – o árbitro pode exercer a advocacia, atuar no mercado de forma geral (quer como advogado, parecerista, consultor ou empresário), participar de entidades privadas e de classe recebendo remuneração e auxílios etc. A confiança das partes decorre justamente da *expertise* do profissional em relação às questões em disputa e, também, da intensidade da sua atividade profissional. Geralmente,

35. ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito da arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018, pp. 22-23: “*Todavia, essa confiança não pode ser entendida em seu aspecto subjetivo, porque é claro que nem todas as partes terão que confiar subjetivamente em todos os árbitros. É muito comum que, em arbitragens compostas por três árbitros e duas partes, cada parte indique um árbitro de sua confiança, e que esses dois árbitros assim nomeados indiquem o terceiro árbitro, que presidirá o tribunal arbitral. Nesta hipótese, é possível que uma das partes não necessariamente confie (no sentido subjetivo do termo) no árbitro indicado pela contraparte (talvez nem o conheça), o mesmo valendo em relação ao presidente do tribunal arbitral. Ainda assim, a menos que haja uma razão objetiva para que a parte desconfie do árbitro desde o princípio e que ela exerça o seu direito de impugná-lo conforme as regras de direito aplicáveis (no caso da lei brasileira, seguindo os requisitos dos artigos 14, 15 e 20, da Lei 9.307/96, dentre outros, além de eventuais regras institucionais que também sejam aplicáveis), referida parte estará vinculada a todos esses árbitros, conforme contrate que celebrará com eles e com a sua contraparte*”.

36. Afirma Pedro A. Batista Martins, com razão, que “(...) as hipóteses da lei revelam, meramente, uma predisposição ao impedimento do árbitro que pode, validamente, ser afastada pela concordância das partes. São, basicamente, casos de parcialidade evidente que, muito embora afirmem um constrangimento na atuação do árbitro, não impedem, por outro lado, que as partes os desconsiderem e, mesmo nessas situações, confirmem a pessoa do árbitro dada a sua qualidade ética e moral” (*Apontamentos sobre a Lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 204).

não se quer um árbitro ermitão que não tenha experiência ou especialidade profissional ou que seja um completo *outsider* quanto ao mercado ou às questões que serão discutidas no processo arbitral.

Considerando-se que os árbitros exercem sua atividade jurisdicional visando ao escopo social do processo, são desnecessárias aquelas garantias e vedações que buscam assegurar o desempenho da função judicante mirando também os escopos jurídico, educacional e político do processo.

Por não integrarem a estrutura do Poder Judiciário e não estarem imbuídos de poderes jurisdicionais para a consecução de uma atividade política (no sentido de oferecer contrapesos aos Poderes Executivo e Legislativo, consagrando a separação dos Poderes da República), não há necessidade de preservar a imparcialidade e independência dos árbitros com relação ao exercício da política.

Esses entendimentos se refletem também na estrutura sistemática da própria Lei de Arbitragem.

O art. 13 da Lei de Arbitragem traduz o ideal de que não existe limitação abstrata à indicação de determinadas pessoas para o cargo de árbitro, sendo a legitimidade de sua atuação aferível mediante uma análise contextualizada, qual seja, por meio da confiança que as partes depositam no profissional indicado. A redação do dispositivo de lei é claríssima: “[p]ode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

A palavra “qualquer” traduz a premissa geral de que não há limitação em abstrato ao exercício da função de árbitro. Objetivamente, qualquer pessoa capaz pode ser indicada para atuar como árbitro.

Já a parte final do artigo atrela e limita essa ampla permissão legal a uma análise circunstancial: é aos olhos das partes que se verificará a confiança depositada no árbitro e, portanto, é por meio desse teste subjetivo que se extrai eventual impedimento ao exercício da função de árbitro.

Essa máxima positivada pelo art. 13 é também referendada pelo artigo subsequente. Conforme se lê no art. 14 da mesma norma: “[e]stão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil”.

A *littera* do dispositivo transcrito é esclarecedora: o teste da imparcialidade e da independência dos árbitros se faz “com as partes ou com o litígio que lhes for submetido”. A verificação de hipóteses de impedimento e suspeição é sempre feita de forma casuística, considerando-se as partes e a disputa submetida ao árbitro.

O art. 14 também é de suma relevância, na medida em que promove uma zona de contato entre os subsistemas do processo arbitral e do processo civil, fazendo remissão expressamente ao Código de Processo Civil no que tange às hipóteses de impedimento e suspeição. Disso extraem-se duas conclusões adicionais.

A uma, o legislador incorporou, por referência, somente aquelas vedações trazidas no Código de Processo Civil que pressupõem uma relação casuística e contextualizada do julgador com as partes ou com a demanda. As hipóteses de impedimento e suspeição trazidas pelo Código de Processo Civil denotam uma verificação *in concreto* de eventual conflito

de interesse; não se pressupõe um estado de predisposição, *in abstracto*, como o fazem as vedações constitucionais trazidas no parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal.

A duas, é de se notar que o legislador não estava alheio às possíveis influências que o subsistema do processo civil teria no subsistema da arbitragem, tanto que estabeleceu, expressamente, quando e como poderiam ser importados conceitos de um subsistema ao outro. A menção às “*relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes*” cria uma zona de contato pontual e tópica entre os dois subsistemas, o que se traduz na abertura cognitiva do subsistema arbitral ao subsistema do processo civil. Contudo, essa zona de contato é posteriormente encerrada pela redação “*aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades*”, garantindo assim o fechamento operacional do subsistema arbitral.

Essa fórmula de interação entre dois subsistemas distintos busca garantir a sobrevivência de ambos de maneira contextualizada à realidade na qual se inserem (portanto, relacionando-se mutuamente por meio da abertura cognitiva), sem, contudo, permitir que se descaracterizem e desnaturem (portanto, encerrando o seu fechamento operacional).

Disso conclui-se que, quando foi intenção do legislador transportar deveres e obrigações aplicáveis aos juízes togados também para a esfera do processo arbitral, isso foi feito de forma clara, expressa e pontual. Dessa forma, o fato de que a Lei de Arbitragem não faz, em nenhum dispositivo, remissão às vedações constitucionais ao exercício da magistratura, é bastante eloquente.

As limitações ao exercício da função de árbitro, isto é, os casos nos quais se verifique ausência dos predicados da independência e da imparcialidade, serão sempre verificadas tomando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto. Não se presume que existam características ou atributos dos árbitros que abstratamente ensejem o reconhecimento de situações de impedimento ou suspeição. O teste será sempre casuístico.

6. À guisa de conclusão: a inaplicabilidade das vedações constitucionais do art. 95, parágrafo único, da Constituição Federal aos árbitros

Pelas razões e fundamentos aqui alinhavados, não se pode aplicar aos árbitros as vedações constitucionais encampadas pelo art. 95, parágrafo único, da Constituição Federal. Ainda que a norma constitucional busque garantir a independência e imparcialidade do magistrado (geral, imaterial e metafísica), não pode ser abstratamente importada para o subsistema do processo arbitral.

As atividades dos juízes togados e dos árbitros, ainda que sejam intrínseca e ontologicamente as mesmas, isto é, efetivem o exercício da jurisdição (conforme letra do art. 18 da Lei de Arbitragem), não podem ser integralmente equiparadas na medida em que se pautam em fundamentos distintos e almejam a consecução de escopos também diversos.

A verificação da independência e da imparcialidade dos julgadores deverá ser feita dentro do contexto institucional no qual desempenham sua função.

A análise da independência e da imparcialidade dos juízes deverá levar em conta que estes são agentes institucionalmente legitimados a exercer jurisdição, atuando como representantes de um dos Poderes da República para o exercício de seu poder jurisdicional universal, que tem como objetivo, também, apreciar e julgar questões que envolvem

interesses políticos do próprio Estado. Há, portanto, uma razão de ser funcional para que se mantenha os magistrados em um estado de independência e imparcialidade em abstrato com relação à vida política e à vida social.

Por sua vez, o cumprimento dos deveres de imparcialidade e independência dos árbitros deve considerar que estes são contratualmente investidos de poderes jurisdicionais para resolverem uma disputa em particular, encerrando sua função jurisdicional tão logo proferida a decisão para o caso concreto. Por essas razões, eventual impedimento para que determinado profissional funcione como árbitro será sempre decorrente da verificação, em concreto, de um conflito de interesses com a parte ou com a disputa, o que exige uma análise casuística.

5.

ARBITRAGEM E IMPARCIALIDADE DOS JULGADORES

CELSO CALDAS MARTINS XAVIER¹

DANIEL KAUFMAN SCHAFER²

JOÃO PEDRO MARQUES³

1. Introdução e delimitação do objeto

São ainda escassos os trabalhos publicados que se debruçam exclusivamente ao tema da arbitragem no Brasil. E quando o fazem, raramente enfrentam o tema de forma sistematizada, reunindo em um só lugar a miríade de áreas e setores em que a arbitragem está de alguma forma inserida e, bem assim, as suas especificidades, ainda mais sob a perspectiva constitucional brasileira.

Os Professores Georges Abboud, Fernando Maluf e Gustavo Vaughn, em seu primoroso trabalho de coordenação, que se concretiza nesta obra coletiva chamada *Arbitragem e Constituição*, inovam e disponibilizam à comunidade uma coletânea à frente do seu tempo. Deram-nos a grata oportunidade de tratar de um assunto do momento, bastante discutido

1. Advogado. Sócio de Xavier Gagliardi Inglez Verona Schaffer. Árbitro. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999), Mestre (LL.M.) em Direito pela Stanford Law School (2005), Vice-chair do Comitê Latino-Americano de Resolução de Disputas do Lex Mundi Institute (2012-2016).
2. Advogado. Sócio de Xavier Gagliardi Inglez Verona Schaffer. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2011), Extensão Universitária em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2013), Pós-graduado (lato sensu) em Direito da Infraestrutura pela mesma Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2015), Mestre (LL.M.) com distinção em Contencioso e Métodos Alternativos de Resolução de Disputas pela University College London (2017) e Alumi do Cross-Border Dispute Resolution Program, realizado pelo Lex Mundi Institute (2019). Membro do Chartered Institute of Arbitrators.
3. Advogado. Advogado de Xavier Gagliardi Inglez Verona Schaffer. Bacharel em direito, com menção honrosa, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-SP.

na academia e na prática pelos mais variados atores, que deve, por seus meandros e por suas conclusões, contagiar, em alguma medida, tudo o que interessa ao sistema arbitral.

Trataremos, aqui, de externar algumas reflexões críticas sobre *arbitragem e imparcialidade dos julgadores*, com mira voltada ao *dever de revelação* e a alguns dos problemas daí advindos que estão sendo enfrentados neste momento por árbitros e que já bateram ou tendem a bater, cedo ou tarde, às portas do Judiciário. O objetivo será colocar o dedo em algumas feridas e discutir questões delicadas, que, por certo, comportam debate, sem qualquer demérito a melhores opiniões em sentido contrário.

Não obstante a análise que se seguirá possa ser valiosa ao exame mais detido de outros facetas da imparcialidade dos árbitros – algumas das quais serão inclusive tratadas com mais profundidade nesta obra coletiva –, este trabalho tem como foco de atenção apenas o *dever de revelação*. É essa, destarte, a sua primeira limitação, mas não a única. Este estudo estará também voltado exclusivamente à realidade brasileira, apesar de se reconhecer que experiências estrangeiras possam ser, em certa medida, úteis ao debate, mesmo que seja para se concluir pela inaplicabilidade de certos conceitos alienígenas ou pela inviabilidade de importá-los automaticamente ao ordenamento nacional, conforme também será tratado em capítulos próprios desta obra coletiva.

Para facilitar a compreensão do leitor, antecipamos que, buscando uma melhor didática, este trabalho está dividido em seis tópicos. Após esta introdução (item 1), o segundo tópico se prestará a apresentar os contornos gerais do contexto em que estão inseridos os conceitos de justiça, imparcialidade e arbitragem (item 2). O terceiro tratará do exercício da nobre função do árbitro, uma nova profissão que surgiu com o desenvolvimento da arbitragem (item 3). Ato contínuo, tratar-se-á do dever de revelação e dos mecanismos de controle da imparcialidade e independência do árbitro (itens 4 e 5). Finalmente, serão brevemente congregadas as conclusões deste trabalho e apresentados pontuais comentários finais (item 6).

Confessadamente, frisa-se, o estudo não se propõe a esgotar o seu objeto, que, como se sabe, é bastante amplo e bastante controvertido, mas apenas a servir de estímulo a outras e melhores reflexões críticas, que possam contribuir para o seu desenvolvimento e, quiçá, como referência para sua mais abrangente e rotineira discussão e aplicação na academia e nos tribunais brasileiros.

2. Justiça, imparcialidade e arbitragem

Há séculos a definição de justiça está umbilicalmente ligada ao conceito de imparcialidade. Sua representação mais conhecida é da deusa grega Têmis, com olhos vendados e segurando uma balança na mão. Essa simbologia “*cega ou com uma venda aos olhos*” é justamente “*para demonstrar sua imparcialidade*”⁴.

4. STF. O que você procura? Definição do termo Têmis. Última atualização: 14-ago-2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica.&pagina=temis#:~:text=%C3%89%20uma%20divindade%20grega%20por,com%20uma%20balan%C3%A7a%20na%20m%C3%A3o>.

Entretanto, não é só no cenário histórico-mitológico que o desejo de ser julgado de forma justa e imparcial ronda o imaginário humano. Esse anseio também foi representado pelo Bardo, o ilustre e renomado escritor inglês William Shakespeare, na obra Henrique VIII, quando Catarina de Aragão suplica: *“desejo que me façais o direito e a justiça e que me concedais vossa compaixão, pois sou uma pobre mulher e uma estrangeira, nascida fora de vossos domínios; não tendo aqui juiz imparcial, nem podendo contar com a simpática equidade de um tribunal.”*⁵

Felizmente, o anseio foi atendido pelos legisladores no País afora e, hoje, está amparado por regras de relevantes organizações internacionais e tratados das quais o Brasil é signatário⁶. Nessa ordem de ideias, o direito a um julgamento independente e imparcial foi alçado ao patamar de direito do ser humano, não apenas uma premissa de cunho processual.

No Brasil, um dos marcos do respeito aos direitos do ser humano é a promulgação da Constituição Federal de 1988, simbolicamente referida como a Constituição Cidadã. Atenta ao contexto em que estava inserida, ela trouxe consigo normas intrinsecamente relacionadas ao macro conceito de justiça, que tratam a imparcialidade e a independência como garantias constitucionais indispensáveis ao jurisdicionado e direcionadas ao julgador⁷.

Naturalmente, o Judiciário vem à mente quando se fala em justiça – e com razão, já que é o seu principal vetor. Porém, diversos fatores conduziram à criação de meios alternativos – ou adequados, a depender do autor que lhe refere – de solução de conflitos, entre os quais vê-se na arbitragem o seu principal expoente.

O instituto foi inserido na cena jurídica brasileira em 1996⁸. Em um primeiro momento, muito por conta da cultura litigante indissociável da imagem do Judiciário, coube à Suprema Corte perquirir a constitucionalidade de uma norma que, ao fim e ao cabo, representaria uma renúncia (ao menos em um primeiro momento) à jurisdição estatal. A constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi corretamente reconhecida, como se sabe⁹.

Evidentemente, como um mecanismo de realização da justiça, a Lei de Arbitragem não poderia deixar de lado aspectos caros ao jurisdicionado. Por isso, de forma expressa estabeleceu que o árbitro deve proceder, entre outras coisas, com imparcialidade e

5. Neves, José Roberto de Castro. *Medida por medida: o Direito em Shakespeare*. 6. Edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019, p. 371.

6. Vide, nesse sentido, o Artigo 14 (1) do Decreto nº. 592/1992, que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 8 (1). A mesma regra, vale dizer, foi replicada na Convenção Europeia de Direitos Humanos (Artigo 6 (1)) e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Artigo 7 (1)).

7. CF/88, artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

8. Vide Lei nº. 9.607/1996 (Lei de Arbitragem).

9. STF, SE 5.206 AgR, Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 12/12/2001.

independência¹⁰, predicados que são “*uma disposição de espírito, um estado psicológico*”¹¹. Tamanha a importância conferida a essas garantias que a Lei de Arbitragem estabeleceu como consequência a nulidade da sentença arbitral na hipótese de sua inobservância¹².

De lá para cá, o instituto se desenvolveu e atingiu números que impressionam, encontrando no mercado brasileiro um campo fértil para alçar voos cada vez mais altos. Não é exagero a afirmação de que “*abriram-se as portas do sucesso para a arbitragem em nosso país: de expectadores do cenário internacional, passamos rapidamente a atores de primeira linha*”¹³. Dados estatísticos apontam o Brasil como o segundo colocado no ranking global com o maior número de procedimentos tramitando em seu foro¹⁴, que anualmente registra dezenas de bilhões de reais em disputa¹⁵⁻¹⁶.

Entretanto, a expansão da arbitragem no País também trouxe consigo as “*dores do crescimento*”¹⁷, como se diz no jargão popular, com questionamentos de inúmeras ordens, alguns deles associados à celeridade, aos custos e à qualidade técnica das decisões e outros não menos importantes relacionados à falta de imparcialidade e independência do julgador, que na arbitragem é verificada a partir de revelações feitas pelo profissional indicado a árbitro.

Deixando de lado as críticas feitas sem a devida qualificação, a comunidade arbitral tem se mostrado atenta a esses temas controvertidos. A preocupação tem sido acompanhada de

10. Lei de Arbitragem, Artigo 13, § 6º: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

11. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (coord.). Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 1999, p. 582.

12. Lei de Arbitragem, artigo 21, § 2º: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

Lei de Arbitragem, artigo 32: “É nula a sentença arbitral se: (...) II - emanou de quem não podia ser árbitro; (...) VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

13. CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça. In ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère. Constituição da República 30 anos depois: uma na análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Fórum: São Paulo, 2019, p. 207.

14. ICC, Dispute Resolution Statistics, 2020. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/pdf/publication/en-2020-icc-dispute-resolution-statistics>.

15. CAM-CCBC, Fatos e Números, 2020-2021. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2022/07/2021-2020-fatos-e-numeros-2.pdf>.

16. Câmara do Mercado, Estatísticas, 2021. Disponível em: <https://www.camaradomercado.com.br/pt-br/sobre--estatisticas.html#:~:text=Em%20seus%20vinte%20e%20um,milh%C3%B5es%20de%20reais%20por%20procedimento>.

17. JUSTIÇA & CIDADANIA. As dores do crescimento da arbitragem. Notas sobre o IV Congresso Internacional de Arbitragem do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Datado de 8-set-2019. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/as-dores-do-crescimento-da-arbitragem/>.

alertas sobre a possibilidade de o “inverno estar chegando” ao mundo arbitral¹⁸. Mormente a par do fenômeno da judicialização, por meio de ações anulatórias e outros expedientes que têm demandado a complexa conjugação entre os sistemas arbitral e estatal.

A despeito de respeitadas opiniões em contrário, há mesmo razões para preocupação em nosso respeitoso sentir. Uma das câmaras arbitrais mais relevantes do mundo sinaliza uma média elevada de impugnações a árbitro por procedimento em curso, mas nem um terço dos profissionais indicados para funcionar como árbitro revelaram alguma circunstância antes de declinar seu aceite para o exercício desse *múnus*¹⁹. Outros estudos igualmente qualificados revelam um aumento expressivo no número de impugnações²⁰.

A alta litigiosidade no Brasil não é uma novidade, porém, os números nunca foram tão abundantes e reveladores em um ambiente no qual a arbitragem deixou um espectro bastante específico de contratos e relações comerciais e passou a ocupar uma posição de protagonismo, interferindo inclusive no arranjo econômico e social.²¹ Por detrás desses números pujantes, encontra-se outro elemento tão ou mais importante para a arbitragem como um todo, isto é, a verdadeira percepção dos seus usuários, por vezes não reduzida a termo de forma explícita, mas que pode ser compreendida por meio dos remédios legais levados a cabo.

Não por acaso, ao lado do cada vez mais elevado número de ações anulatórias que diuturnamente têm batido à porta do Judiciário, chama a atenção o bastante controvertido Projeto de Lei nº. 3.293/2021, de autoria da deputada Margarete Coelho, que se encontra em trâmite na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados e busca alterar a Lei de Arbitragem para “para disciplinar a atuação do árbitro, aprimorar o dever de revelação”, e, bem assim, a não menos controvertida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 1.050, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que versa igualmente sobre o dever de revelação.

18. GAR, “Game of Tribunals” – winter is coming, warns Born. Datado de 15-jul-2016. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/article/game-of-tribunals-winter-coming-warns-born>. (“Like the Seven Kingdoms in Game of Thrones, international arbitration has enjoyed “a long golden summer when everything went right” but “winter is coming,” Gary Born has warned; the community needs to defend it more vigorously”).
19. ICC, Dispute Resolution Statistics, 2020. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/pdf/publication/en-2020-icc-dispute-resolution-statistics>.
20. LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf.
LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.). Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>.
21. PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013, p. 116.

3. O árbitro

Pode-se afirmar que novidades ensejam necessárias adaptações e, por vezes, fazem emergir um novo campo de atuação. Com a arbitragem não foi diferente. A partir da introdução da Lei de Arbitragem no mercado jurídico brasileiro, funcionar como árbitro ganhou ares de profissão. Para o bem ou para o mal, essa é uma constatação indisputável. Por ser um profissional privado, tal como ocorre em outros ofícios, deve gozar da confiança das partes que o contrata, uma determinação fruto não apenas de uma percepção lógica, como também de expressa imposição legal²².

A confiança é uma das bases para esses *experts* poderem exercer provisoriamente essa nobre função cara à justiça. Ausente ou enfraquecida a confiança das partes em um julgamento isento, compromete-se todo o processo arbitral. O adjetivo “caro” não é exagero, porque o árbitro equipara-se a juiz de fato e de direito, como estabelece a Lei de Arbitragem²³. Exerce *múnus* público. Portanto, deve estar alheio a qualquer interesse ou interferência no desfecho da demanda²⁴.

Neste particular, diz-se que a arbitragem vale o que vale o árbitro. Ninguém tende a discordar também que uma das vantagens da arbitragem reside na possibilidade de escolher os julgadores mais apropriados ao caso concreto. No entanto, diversamente do que pode parecer, o árbitro é e deve ser indicado pela parte, o que não significa que o árbitro seja ou passe a ser da parte. Há uma enorme diferença entre esses dois conceitos, que não podem e não devem ser confundidos, sob pena de se desvirtuar o sistema arbitral.

De igual modo, diversamente do que pode parecer, a parte não tem tanto controle sobre a definição dos membros do tribunal arbitral, pois não sabe tudo a respeito do seu árbitro, não seleciona o árbitro da contraparte, nem eventual presidente. Daí pode surgir natural desconforto sobre a independência, imparcialidade ou mesmo qualificação dos árbitros escolhidos.²⁵

O resultado é que o Brasil parece figurar como um território aparte em matéria de impugnações de árbitros, como dito no tópico anterior. Algumas vezes por conta da cultura arreigada de litigar por tudo, outras para se ganhar tempo, mas em diversas ocasiões com

22. Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. (Lei de Arbitragem)

23. 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.

24. Nesse sentido: “[o árbitro] não pode ter interesse no resultado da demanda e não pode estar vinculado a nenhuma das partes” (Messa, Ana, F. e Armando Luiz Rovai. Manual de Arbitragem. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2021, p. 147).

25. MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Guia Politicamente Incorreto da arbitragem: visão crítica de cinco anos de reforma da Lei*. In: Olavo A. V. Alves Ferreira e Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.). *Arbitragem: 5 anos da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015* (ebook). Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2020, p. 403. No mesmo sentido, LEMES, Selma Ferreira. *A credibilidade na arbitragem*. In: Maria Lucia Cantidiano; Igor Muniz; Isabel Cantidiano (coords.). *Sociedades Anônimas, Mercado de Capitais e Outros Estudos: Homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano* (vol. 1). São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 589-595.

certa razão. Afinal, o árbitro deve ter a confiança das partes e há casos em que o “pé atrás” se justifica, como se diz no jargão popular²⁶.

Trata-se de um tema de especial relevância nos dias atuais, em que o Judiciário brasileiro – tão amigo da arbitragem – tem sido instado, com mais frequência do que o usual, a examinar a validade de sentenças arbitrais à luz de objeções em torno da falta de independência e imparcialidade de árbitros.

A questão ganha especial relevância diante de um fenômeno ao qual o Tribunal de Justiça de São Paulo usualmente se refere como *revolving door* ou *porta giratória*²⁷, no qual uma pequena e distinta parcela de juristas se dedica profissional e exclusivamente à nobre função de árbitro, ao mesmo tempo em que ainda atua como advogado, parecerista, não raramente se esbarrando numa ou noutra disputa, desempenhando sequencial ou simultaneamente todos os papéis²⁸.

Sob a perspectiva constitucional, a preocupação em torno do tema se exacerba quando se denota um movimento que, no nosso respeitoso sentir, parece caminhar na contramão de um dos pilares da arbitragem, o *dever de revelação*.²⁹ Em outras palavras, um movimento que busca flexibilizar, de forma seletiva e casuística, esse dever diante de alegadas particularidades aventadas aqui e acolá, sem qualquer consistência ou respaldo legal -- algo com o qual não podemos concordar.

26. Ibid.

27. *In verbis*: “O caso em exame remete àquilo que, em doutrina estrangeira, se convencionou depreciativamente denominar *revolving door* (porta giratória): situação, frequente no mundo da arbitragem, de uma pequena quantidade de pessoas passar a ocupar (como advogados, árbitros, testemunhas técnicas, pareceristas, dirigentes de Câmara Arbitral) todas as cadeiras, a desempenhar todos os papéis.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº. 2166470-26.2019.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, voto do Des. Cesar Ciampolini, j. em 09/10/2019, DJe. 22/10/2019).

28. Nas palavras de Grava Brazil: “[o] profissional do Direito quer ser acadêmico, advogar, ser árbitro e dar parecer” (Migalhas, TJ/SP suspende decisão de árbitro que atuou por uma das partes, 03.04.2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/384136/tj-sp-suspende-decisao-de-arbitro-que-atuou-por-uma-das-partes>). No mesmo sentido: “Nada melhor do que a publicidade para afastarem-se rumores acerca do desvirtuamento das arbitragens por serem sempre os mesmos seus partícipes, ora como advogados, ora como árbitros, ora como pareceristas, ora ainda como experts do Tribunal Arbitral, às vezes de modo simultâneo, em situação causadora de perplexidade aos jurisdicionados que, depreciativamente, se convencionou chamar de ‘chapéu duplo’ ou ‘*revolving door*” (TJSP, Apelação Cível 1031861-80.2020.8.26.0100, Rel. Cesar Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 30/06/2021).

29. Nesse sentido, remetemos o leitor: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Dever de revelação na arbitragem coletiva*. In: André Luís Monteiro; Guilherme Setoguti J. Pereira, Renato Beneduzi (coords.). *Arbitragem coletiva societária* (ebook). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 (“É evidente que, nestas situações, o dever de revelação deve ser interpretado cum grano salis, isto é, não se pode exigir revelação a ponto de inviabilizar o normal desenvolvimento do processo arbitral. Nessa direção, não há se cogitar de dever de revelação de qualquer árbitro quando, por exemplo, for ele correntista de uma entidade financeira que figura como parte no processo coletivo em que ele atua como árbitro. Nem mesmo está ele sujeito a declinar que possui ações de uma companhia de capital aberto que é litigante na respectiva arbitragem”).

4. O dever de revelação

O sistema de arbitragem nacional, seguindo o que é feito em grande parcela do mundo, é pautado pelo chamado *dever de revelação*. Cabe ao árbitro revelar aquilo que, aos olhos das partes, poderá trazer alguma conotação sobre sua falta de independência ou de imparcialidade, na forma do art. 14, *caput* e § 1º, da Lei de Arbitragem³⁰, um dever não apenas legal, mas, sobretudo, ético, da essência da sua função jurisdicional³¹.

Uma vez que, na arbitragem, cabe às partes escolherem os seus árbitros, o dever de revelação se apresenta como uma ferramenta capaz de garantir a imprescindível imparcialidade e independência do julgador, como exigido pela Constituição Federal e, bem assim, pela Lei de Arbitragem³². Trata-se do único mecanismo apto a se contrapor à inexistente regra da livre distribuição, prevista no sistema estatal enquanto corolário do princípio constitucional do juiz natural³³.

O dever de revelação é uma obrigação endereçada ao árbitro, sendo fundamental para que as partes possam desenvolver e manter a confiança na imparcialidade do julgador por ocasião do processo de indicação e durante todo o curso do processo arbitral³⁴. Como

30. Nas palavras de Pedro A. Batista, “*não tem o árbitro a faculdade de informar, mas sim a obrigação, pois inexistente qualquer âlea de discricionariedade que o autorize a omitir o fato, sob pena violar preceito dos mais caros ao instituto da arbitragem e, conseqüentemente, viciar o procedimento arbitral; e, por suposto, a decisão que vier a ser proferida. Isso porque, faltando ao dever de revelação, torna-se o árbitro judex inhabilis para o julgamento da demanda.*” (In: “Dever de revelar do árbitro”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 36/2013, pp. 219-229).

31. “A independência do árbitro é a essência da sua função jurisdicional no sentido em que, de uma parte, ele concorda desde sua designação com o estatuto de juiz, exclusivo pela natureza de qualquer ligação de dependência, notadamente com as partes, e, de outra parte, as circunstâncias invocadas para contestar esta independência devem caracterizar, pela existência de elos materiais ou intelectuais, uma situação de natureza a afetar o julgamento do árbitro, constituindo um risco certo de prevenção com respeito a uma das partes da arbitragem.” (FOUCHARD, Phillipe. *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*, *Revue de l'arbitrage*, v. 3, p. 340, *apud* LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e imparcialidade*. São Paulo: LTr, p. 55, tradução livre da autora citada).

32. “A fim de compatibilizar, de um lado, a liberdade das partes no que tange à indicação dos árbitros que escolherem com, de outro lado, os deveres de independência, imparcialidade e neutralidade do árbitro nomeado, deve-se lançar mão de outro – não menos importante – dever que permeia toda a atividade do árbitro: o dever de revelação, de informação (disclosure).” (VERÇOSA, Fabiane. A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 1, n. 1).

33. Como bem salienta o Min. Felix Fischer, “*em relação ao árbitro, o princípio da impessoalidade dev[a] ser exigível com maior intensidade até, pois a ele não se aplica o princípio do juiz natural*” (STJ, SEC nº 9.412/US, Rel. Min. Felix Fischer, Relator para acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 19.04.2017).

34. CLAY, Thomas, *L'Indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*, IN : *La impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruxelles : Bruylant, 2006 , p. 235. APUD LEMES, Selma M. Ferreira. *Revista de Arbitragem e Mediação- RArb*, ano 13, nº 50, jul./set. 2016, p. 369/386.

corretamente pondera José Carlos Fernández Rozas, “o dever de revelação tem um caráter preventivo que, em caso de descumprimento, dá lugar a medidas de caráter punitivo”³⁵. E complementa Pedro A. Batista Martins, “não houvesse o duty of disclosure, a arbitragem estaria fadada ao insucesso. Ao fracasso. Ela não sobreviveria; sequer existiria”³⁶.

Por isso é que se impõe ao árbitro a inescapável atribuição de informar “quaisquer circunstâncias suscetíveis de criar dúvidas legítimas sobre a sua imparcialidade ou a sua independência”³⁷. O árbitro deve ser o mais transparente, abrangente e fidedigno possível. O exercício do dever de revelação equivale à “demonstração de que o árbitro não tem nada a ocultar ou esconder”³⁸. Afinal, somente o árbitro sabe o que se passa na sua vida. Ele, com maior facilidade, sabe identificar tais circunstâncias com precisão. E assim deve fazê-lo, sem meias-revelações, meias-verdades e nem por meio de linguagem propositalmente imprecisa.³⁹

Nesse contexto, a Lei de Arbitragem, em seu artigo 14, *caput*, equipara as hipóteses de impedimento do árbitro às situações que caracterizam os casos de impedimento e suspeição dos juízes, previstos no Código de Processo Civil. Isto é, o impedimento previsto na Lei de Arbitragem abrange não somente as causas propriamente de impedimento, mas também de suspeição para juízes, estabelecendo um parâmetro mais rigoroso para avaliação da independência e imparcialidade dos árbitros. Tal se deve não apenas pelo fato de a sentença arbitral produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, mas também porque o árbitro, na função de julgar, equivale ao juiz de fato e de direito.

Entretanto, as hipóteses de impedimento e suspeição do árbitro podem ir além daquelas dispostas no Código de Processo Civil relativamente ao juiz estatal (artigos 144 e 145), ainda que isso não tenha sido positivado. Em razão da natureza direta do procedimento por meio do qual os árbitros são nomeados – em oposição ao método aleatório de escolha de juízes – defende-se o dever de revelação para além daquelas previstas no Código de Processo Civil, de modo a garantir hígidez à arbitragem⁴⁰.

35. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión”, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, v. VI, n. 3, 2013, p. 699.

36. MARTINS, Pedro A. Batista. “Dever de revelar do árbitro”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 36/2013, p. 219-229.

37. RAPOSO, Mário. *Imparcialidade dos árbitros*. In: RAPOSO, Mário. Estudos sobre arbitragem comercial e direito marítimo. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 78-79.

38. ELIAS, Carlos. *O Árbitro*. In: Daniel Levy; Guilherme Setoguti J. Pereira (coord.). *Curso de arbitragem*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 157.

39. Como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, trata-se da “pedra de toque neste jogo de confiança-desconfiança” que vivenciam as partes e os árbitros (SEC nº. 9.412/EX, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 19/04/2017).

40. Nesse sentido, a doutrina corretamente defende que “o elenco ... do Código de Processo Civil, incorporados per relationem ao art. 14 da Lei de Arbitragem, não esgota toda a matéria. Há casos de impedimento que não estão claramente capitulados e ainda assim devem levar ao afastamento do árbitro” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – um comentário à Lei nº. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 216).

A doutrina alienígena, nesse ponto, antecipa um problema que tem ganhado as manchetes nacionais: os árbitros, ao declinarem sua disponibilidade para funcionar como tal ou fazerem suas revelações, devem ter em conta as conexões dos seus familiares e das demais pessoas a ele associados⁴¹. No Brasil, o problema se exacerba diante do fato de que nem mesmo a vinculação dos árbitros às hipóteses de impedimento previstas no Código de Processo Civil é um consenso, não obstante os Tribunais Superiores brasileiros já tenham decidido nessa direção.

Sobre o tema, a Min. Nancy Andrichi lembra que: *“diferentemente do Código de Processo Civil que trata de forma taxativa ... as hipóteses de ausência de imparcialidade do juiz, a Lei de Arbitragem brasileira, ao estabelecer que o árbitro tem o dever de revelar ‘qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade’, não trata a questão da imparcialidade do árbitro em numerus clausus, pelo contrário, estabelece uma dimensão aberta, muito ampla desse dever, em razão das peculiaridades ... da arbitragem, forma privada de composição de litígios, sem previsão de recurso a uma segunda instância e da possibilidade, em tese, de qualquer pessoa capaz ser árbitro ... mas sem sujeição a qualquer tipo de órgão corregedor propriamente dito, apto a coibir eventuais violações ao amplíssimo dever de imparcialidade do árbitro”*⁴².

A despeito de ainda encontrar certa resistência, tal interpretação bastante ampla do dever de revelação decorre do fato de que os árbitros não só devem ser imparciais, mas também devem evitar qualquer aparência de parcialidade⁴³. Inúmeras jurisdições escoram-se nesse entendimento⁴⁴. Nessa ordem de ideias, não é crível cogitar que o Legislativo brasileiro teria autorizado aos jurisdicionados submeterem suas demandas a árbitros tendenciosos,

41. Texto original: “Arbitrators should be mindful not only about their own conduct and business affairs, but also those with whom they are associated, during the arbitration process.” Tradução livre: “árbitros devem ter em mente não apenas as próprias condutas e negócios, mas também as relações daqueles com quem eles estão associados durante o procedimento arbitral.” Tradução livre: “árbitros devem ter em mente não apenas as próprias condutas e negócios, mas também as relações daqueles com quem eles estão associados durante o procedimento arbitral” (LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. London: Kluwer, 2003, p. 266).

42. STJ, SEC n. 9.412/EX, rel. Min. Felix Fischer, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 19/4/2017. Voto-vista da Ministra Nancy Andrichi.

43. “All of the jurisdictions agree that a challenge to the impartiality and independence of an arbitrator depends on the appearance of bias and not actual bias.” (WIJNEN, Otto L O de Witt; RAO, Nathalie Voser and Neomi. ‘Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2004, 5, n°. 3 *Business Law International*, p. 441).

44. “A lei arbitral contém uma disposição de grande envergadura para a preservação da imparcialidade e independência do árbitro contida em seu art. 14 § 1º, segundo o qual ele tem ‘o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência’. É como a mulher de César: não basta ser honesto, é preciso que também projete sobre o espírito de todos a certeza de que é honesto. O dever de revelação é exaltado pela doutrina, sempre em nome da boa-fé indispensável na arbitragem, afirmando-se que ‘na dúvida é melhor que o árbitro revele todo e qualquer contato que tenha tido com o caso ou com as partes’.” (DINAMARCO, Candido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29).

desfavoráveis a um litigante e a favor de outro⁴⁵. Tal suposição não encontraria respaldo na Constituição Federal, em nosso sentir.

Por essas e outras, o *standard* de revelação precisa ser elevado. Recai sobre o árbitro um dever de revelar, não uma faculdade. Não há margem para discricionariedade que possibilite algum tipo de omissão ou seletividade. Havendo dúvida, não se omite, revela-se⁴⁶. Caso se verifique uma omissão indevida, todo o processo estará gravemente maculado por uma falha que torna o julgador *judex inhabilis* para proferir qualquer decisão⁴⁷.

A falha no dever de revelação impede que o profissional indicado atue como árbitro e gera uma mácula indelével no processo arbitral como um todo⁴⁸. Haverá uma ruptura na confiança da parte para a nomeação e na prática de todos os atos dali advindos, confiança que é expressamente posta como requisito para o exercício da atividade jurisdicional pela Lei de Arbitragem⁴⁹.

45. Texto original: “Any tribunal permitted by law to try cases and controversies not only must be unbiased but also must avoid even the appearance of bias. We cannot believe that it was the purpose of Congress to authorize litigants to submit their cases and controversies to arbitration boards that might reasonably be thought biased against one litigant ad favourable to another.” Tradução livre: “Não podemos acreditar que tenha sido o propósito do Congresso autorizar os litigantes a submeterem seus casos e controvérsias a juntas de arbitragem que possam ser consideradas tendenciosas contra um litigante e favoráveis a outro.” (BADER, J. Lani. Arbitrator Disclosure – Probing the Issues. Journal of International Arbitration, Volume 12, Issue 3, 1995, p. 39-52).

46. “Há quem entenda que todos os fatos devem ser revelados, revelação do máximo de informações possíveis excetuadas aquelas que são publicamente conhecidas. Entendemos que surgindo a dúvida sobre a necessidade de revelação, a afirmação desse dever é a única resposta razoável. Expressamos esse entendimento assim: *in dubio pro revelatio* isso porque deve incidir nas causas arbitrais o princípio da transparência completa. Esse também parece-me ser o fundamento para a proposta de nova redação ao § 1º do art. 14 (PL 3293/2021) ao alterar a expressão ‘qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência’ para ‘qualquer fato que denote dúvida mínima’.” (TJSP, Apelação Cível 1097621-39.2021.8.26.0100, Rel. Jorge Tosta, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 22/11/2022).

47. “(...) não tem o árbitro a faculdade de informar, mas sim a obrigação, pois inexiste qualquer álea de discricionariedade que o autorize a omitir o fato, sob pena violar preceito dos mais caros ao instituto da arbitragem e, consequentemente, viciar o procedimento arbitral; e, por suposto, a decisão que vier a ser proferida. Isso porque, faltando ao dever de revelação, torna-se o árbitro *judex inhabilis* para o julgamento da demanda.” (MARTINS, Pedro A. Batista. “Dever de revelar do árbitro”, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 36/2013, p. 219-229).

48. “Como precaução, é conveniente que o árbitro, antes de firmar qualquer termo de independência e antes de aceitar o encargo, informe as partes – na medida do possível – de todo e qualquer fato que possa, ainda que remotamente, suscitar dúvida sobre sua capacidade de julgar com absoluta isenção, ciente de que nem todos os fatos que revelará podem dar causa ao seu afastamento, mas a ausência de revelação destes fatos pode provocar mal-estar decorrente de eventual suspeita de reserva mental, criando base (ainda que infundada) para impugnação e recusa.” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 255).

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

Nessa esteira, caso o profissional nomeado conclua ser incapaz de revelar determinados fatos, mesmo que em razão da indiscutível discrição que lhe é imposta por sua ocupação, não é uma opção omiti-los. Há, nesse caso, a obrigação de renunciar ao encargo ou negar o convite para a funcionar como árbitro⁵⁰. O dever de revelar compara-se à “*demonstração de que o árbitro não tem nada a ocultar ou esconder*”⁵¹.

Corroborando com essa afirmação o fato de que a dúvida justificada deve ser analisada aos olhos da parte⁵²⁻⁵³⁻⁵⁴, nunca do árbitro. Uma conclusão atingida com a mera interpretação da Lei de Arbitragem, mas que surpreendentemente ainda gera debates. Ora, se o profissional indicado para funcionar como árbitro deve merecer a confiança das partes, incumbe a essas partes apreciarem temas que poderiam fazer surgir dúvidas sobre a sua necessária independência e imparcialidade.

Nessa toada, os regramentos dos principais centros de arbitragem no País afora não deixam qualquer dúvida a respeito da obrigação de revelação do árbitro, assim como de ser e se manter independente e imparcial em relação às partes e ao processo arbitral. Assim o fazem corretamente. Isso porque o dever de revelação é o único caminho destinado a aferir a independência e imparcialidade de um árbitro, devendo ser exercido em sua maior plenitude e extensão, seja espontaneamente pelo árbitro, seja pela provocação da parte por meio de pedidos de esclarecimento.

-
50. “Should the prospective arbitrator come to the conclusion that he is not capable of disclosing certain facts and circumstances because professional secrecy rules or other rules of practice or professional conduct prevent such disclosure, it is not possible to simply omit such facts or circumstances. Rather, the prospective arbitrator would have to reject the appointment or resign.” (GERHARDT, Anke Meier. §2.03: The Arbitral Tribunal, Article 9: Impartiality and Independence of the Arbitrators, Duties of Disclosure. The DIS Arbitration Rules – An Article-by-Article Commentary (Flecke-Giammarco, Boog, Elsing, et al. (eds.); Jan 2020), p. 189).
 51. ELIAS, Carlos. O Árbitro. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti (coord.). Curso de arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 157.
 52. CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009, p. 254.
 53. “O árbitro possui o dever de revelar qualquer fato que possa gerar dúvida, do ponto de vista das partes, quanto à sua imparcialidade ou independência. O objetivo da norma é garantir às partes um tratamento equânime durante a condução do procedimento e, ao final, uma decisão efetivamente justa. Tal como estabelecido pelo art. 14, § 1º, da Lei de Arbitragem, a revelação de circunstâncias que possam gerar dúvidas justificadas deve ocorrer antes de o árbitro aceitar o encargo de ser julgador do litígio. Considera-se, contudo, que este dever é contínuo e deve ser exercido também durante o procedimento arbitral sempre que novos fatos possam gerar dúvidas legítimas às partes quanto à independência ou imparcialidade do árbitro.” (SILVA, Rodrigo da Guia. Dever de Revelação do Árbitro: Parâmetros de Aferição e Notas sobre o Regime de Responsabilidade Civil, in Revista Brasileira de Direito Contratual, nº 2, jan-mar./2020, São Paulo: Editora Lex Magister, pp. 73-85).
 54. “Por isso, a Lei no 9.307/96 prevê que o árbitro deve se desincumbir do denominado dever de revelação (duty of disclosure), indicando qualquer fato que – aos olhos das partes – possa denotar dúvida razoável quanto à sua imparcialidade e independência (art. 14, §1º).” (ARAÚJO, Yuri Maciel, Arbitragem e devido processo legal, 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2021, p. 199).

De outro modo, o sistema arbitral não é – e não pode ser – alicerçado em um dever de investigação da parte. Uma vez exercido corretamente o dever objetivo de revelação, cabe às partes assumirem que as informações trazidas à tona pelo árbitro são fidedignas. Há e deve existir uma *presunção de veracidade* em torno das revelações porventura feitas pelo árbitro. Presume-se a boa-fé. Jamais o contrário.

Nesse sentido, pertinente a indagação já formulada pela doutrina ao questionar quem seria o mais indicado para disponibilizar dados de si mesmo se não a própria pessoa a quem cumpre lhes revelar.⁵⁵ Não cabe e nem se deve exigir de qualquer das partes que vasculhe a vida de árbitros, das partes contrárias e de seus patronos, a fim de colocar em xeque as informações porventura reveladas ou mesmo buscar uma relação entre esses atores. Isso é muito custoso, demorado, inexato, e colocaria na parte um ônus desproporcional, inclusive desnaturando a própria equação econômico-financeira da convenção arbitral.

Mesmo cientes de que não há uma fórmula mágica para vacinar os processos arbitrais contra árbitros que não satisfazem e não irão satisfazer os requisitos de independência e imparcialidade, entendemos que, de uma vez por todas, deve-se tratar o dever de revelação com a seriedade que o assunto requer. Mais do que nunca, *“devem ser divulgados não apenas fatos que comprometam a independência do árbitro, mas que possam levar a parte a questionar se não haveria abalo desta”*⁵⁶.

Somente dessa forma os processos arbitrais, em especial aqueles que versam sobre questões de inegável importância à economia brasileira, seguirão gozando da credibilidade que a muito custo lhes foi conferida. Não há espaço para retrocessos.

5. Embates reais em torno do dever de revelação

O mecanismo previsto no artigo 14 da Lei de Arbitragem estabelece somente o dever de o árbitro revelar situações que invoquem “dúvida justificada” à sua nomeação e comprometam sua independência ou imparcialidade. Por ser um conceito de dúvida demasiado abrangente, um sem-número de questionamentos tem surgido nas disputas reais, em meio a embates acalorados e uma divergência de posicionamentos difícil de ser superada. A falta de consenso acerca do *standard* a ser adotado, por sua vez, tem ocasionado insegurança jurídica e inquietude naqueles que se valem do instituto, infelizmente.

Adicione-se a isso o fato de que, a princípio, quem aprecia impugnações atinentes às falhas no dever de revelação e, conseqüentemente, à imparcialidade do árbitro é a própria Câmara Arbitral ou os comitês de impugnação por ela nomeados e ela vinculados, que, na ausência de norma específica, decidem como lhes convier, invariavelmente sob o manto do sigilo.

O resultado é uma insegurança que acompanha o processo arbitral em todo o seu curso, cujos meios de controlá-la, por vezes, mostram-se insuficientes para fazer frente à magnitude que a arbitragem felizmente atingiu no Brasil. Do árbitro, passando pela Câmara

55. MARQUES, Ricardo Dalmaso. O dever de revelação do árbitro. São Paulo: Almedina, 2018. p. 200-211.

56. STJ, SEC nº 9.412/US, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 19/04/2017.

Arbitral até a chegada ao Judiciário, a tentativa de se assegurar justiça à parte não se reflete em uma garantia irrestrita.

Aprofundando, as câmaras de arbitragem encaminham aos candidatos à função de árbitro formulários cujo preenchimento é solicitado antes de aceitarem o encargo para funcionarem como tal, oportunidade em que também se revela possíveis circunstâncias que suscitarium nos litigantes alguma dúvida justificada.

Todavia, mesmo aqui não há um padrão. A começar pelas perguntas feitas pela Câmara de Arbitragem, passando pelas respostas apresentadas pelos candidatos a árbitro, não há qualquer consistência, infelizmente. O rigor inevitavelmente varia, para mais ou para menos. Em todo caso, com base na Lei de Arbitragem e no texto constitucional, é certo que toda circunstância com aptidão para colocar em xeque a credibilidade do árbitro sob a ótica dos litigantes, deveria estar sujeita à revelação.

Além do mínimo necessário, também cabe ao indicado revelar aquilo que não é óbvio ou de fácil acesso às partes⁵⁷ e que poderia vir a gerar dúvidas quanto à sua independência e imparcialidade. O esperado do árbitro é que revele quaisquer circunstâncias que possam afetá-las, inclusive vieses ou interesse financeiro ou pessoal no seu resultado ou mesmo relações passadas ou presentes com as partes envolvidas na disputa ou seus advogados⁵⁸.

Mas aqui, e com perdão da redundância, o indicado a árbitro é, também, árbitro de suas próprias razões, cabendo a ele avaliar circunstâncias que poderiam dar margem a dúvidas justificadas. Naturalmente, posições sobre o que seria essa dúvida divergem, diante do subjetivismo que lhe é inerente.

57. “Nesse ponto, tratando antes do dever de revelar o que é efetiva ou provavelmente desconhecido pelas partes, e em linha com o que se expôs sobre o cenário de assimetria de informações na relação árbitro-parte, não se pode ignorar que muitas vezes é muito mais simples ao árbitro que revele o fato do que exija que as partes o busquem sozinhas. E isso, porquanto o árbitro, quando munido de dados suficientes sobre as partes e seus advogados – incluídos sócios, empresas holdings e afiliadas, dentre outros –, está em melhores condições de fornecer as informações às partes, ainda que tenha dúvidas sobre a publicidade ou o seu efetivo ou presumido conhecimento. Afinal, quem senão a própria pessoa é a mais indicada para prover informações sobre si, em vez de exigir de terceiros que o façam?” (MARQUES, Ricardo Dalmaso. O dever de revelação do árbitro. São Paulo: Almedina, 2018. p. 200-211).

58. Texto original: “It is expected that every arbitrator must disclose to the parties any circumstances likely to affect his or her impartiality and independence including any bias or financial or personal interest in the result of the arbitration or any past or present relationship with the parties or their representatives. Every disclosure no matter how insignificant should be communicated to the parties and if information received from the arbitrator or another source seems vague or incomplete, further inquiries should be made to gather pertinent facts and transmit same to the parties.” Tradução livre: “Toda revelação, por mais insignificante que seja, deve ser comunicada às partes e se as informações recebidas do árbitro ou de outra fonte parecerem vagas ou incompletas, novas investigações devem ser feitas para reunir fatos pertinentes e transmiti-los às partes.” (NWAKOBY, Greg Chukwudi e ESQ, Blessing Chidinma Nwako. Appointment of the arbitrator and the duty of disclosure. Irish International Journal of Law, Political Sciences and Administration, Volume 6, Issue 04, 2022).

Desse modo, atribuir ao candidato a árbitro a incumbência de avaliar a si próprio, sem balizas objetivas que lhe direcione, somente se soluciona pela boa-fé de lado a lado, o que sabidamente nem sempre ocorre.

Nesse sentido, a doutrina internacional, visando a superar esses impasses, é firme ao afirmar ser um *“dever do candidato a árbitro determinar se ele tem capacidade e capacidade de ser imparcial e independente, pois se trata de uma avaliação pessoal de si mesmo, cuja falha afetará definitivamente sua integridade e caráter”*.⁵⁹

É conhecida a faculdade de se requerer esclarecimentos às revelações feitas pelos indicados à função de árbitro. Entretanto, igualmente se sabe da capacidade que esse mecanismo tem de gerar tanto no árbitro quanto na parte certo desconforto e, a depender do que lhe é indagado, nutrir hostilidade no então julgador e trazer desvantagem na disputa.

Incogitável tamanha incerteza ou admitir que medidas (não) sejam tomadas por qualquer receio. Qualquer possibilidade que conduza à essa hipótese corre na contramão do que o dever de relevar tem como essência: garantir a independência e imparcialidade do árbitro⁶⁰.

De todo modo, caso o árbitro peque no adimplemento da sua obrigação de revelar eventuais circunstâncias que suscitem dúvida justificada na parte, emerge à parte a possibilidade de impugnar o julgador, situação que tem dado azo à mais problemas.

O órgão decisor da impugnação é composto, via de regra, por árbitros profissionais, que vivem do exercício dessa função. Isso demonstra que embora a Lei de Arbitragem busque equiparar a função de árbitro e de juiz estatal, ela peca ao lidar com o exercício daquela. Com efeito, se não há balizas explícitas para o dever de revelação imposto ao árbitro, tampouco há para esses órgãos julgadores.

Voltando a mira a esses tais órgãos, inexistem estímulos para que os profissionais que apreciam pleitos de impugnação – e outrora poderão estar nesse “banco de réus” – aprimorem o dever de revelação, seu *standard*, algo que poderá representar um arrefecimento em suas nomeações e remuneração.

A escassez de decisões a esse respeito (potencializada pela tramitação sigilosa desses procedimentos) ainda obsta a criação de entendimento apto a nortear os árbitros ao realizarem um escrutínio devido a si próprios ou mesmo quando ocuparem a posição de membro de tribunal que avalie a impugnação de um colega.

Destarte, esses mecanismos “intra-arbitrais” de fiscalização da capacidade do árbitro de funcionar como tal não têm se mostrado bastante para garantir um desfecho adequado ao procedimento, muito pelas razões expostas anteriormente. Não raro, situações tornariam

59. NWAKOBY, Greg Chukwudi e ESQ, Blessing Chidinma Nwakoby. Appointment of the arbitrator and the duty of disclosure. Irish International Journal of Law, Political Sciences and Administration, Volume 6, Issue 04, 2022.

60. “The essence of disclosure is one, and that is, to ensure independence and impartiality of the arbitrator and promote justice in arbitral process. It is to promote efficiency and confidence in arbitration.” (NWAKOBY, Greg Chukwudi e ESQ, Blessing Chidinma Nwakoby. Appointment of the arbitrator and the duty of disclosure. Irish International Journal of Law, Political Sciences and Administration, Volume 6, Issue 04, 2022).

o árbitro impedido ou suspeito sequer são objeto de inspeção, sendo descobertas posteriormente, quando eventualmente – e quando vêm – à tona.

É igualmente comum situações em que os árbitros, comitês de impugnação e até mesmo as Câmaras Arbitrais se baseiam em critérios distintos para decidir casos relacionados a desvirtuamentos no dever de revelar, dando a falsa aparência de que a questão ora debatida estaria superada.

Por vezes, invoca-se regramentos com natureza de *soft law*, os quais, todavia, são despidos de base normativa⁶¹, não cogentes⁶², importados de países e culturas distintas que, por vezes, não dialogam com a realidade experimentada no Brasil. Com efeito, não devem ser automática e indiscriminadamente aplicados ao ordenamento jurídico nacional.

Não se discorda que esses regramentos cumprem boa função como um norte para árbitros e partes verificarem questões que devem, ou não, serem reveladas. Entretanto, não podem pautar decisões como se imbuídos da mesma força de uma lei, que cumpre um processo rigoroso de análise e aprovação perante o Legislativo.

Nesse cenário, as hipóteses de impedimento e suspeição dos magistrados insertas no Código de Processo Civil⁶³ devem ser consideradas o mínimo necessário para balizar a revelação do profissional nomeado a árbitro, inclusive por previsão da própria Lei de Arbitragem.

Nada do que é vedado a juízes togados deveria ser permitido aos árbitros, sobretudo em temas afetos à independência e imparcialidade, no qual a régua imposta aos magistrados é mais elevada que aquela atribuída aos árbitros, embora estes não sofram restrições no exercício da função. Mesmo porque “[s]er árbitro é, de certo modo, ser como um juiz. A independência é um Estado de espírito de um juiz e, logo, também de um árbitro”.⁶⁴

É aqui que entra em cena o Judiciário, para corrigir o rumo de um processo arbitral viciado, maculado por uma nulidade indelével, que sequer poderia existir, mas foi julgado de forma final e irrecorrível.

Nesse cenário, ações anulatórias são regularmente distribuídas a Tribunais de Justiça de todo o País. Como ocorre em qualquer caso – aqui, saindo da redoma arbitral –, decisões

61. Nesse sentido, merece transcrição trecho do voto proferido no âmbito do processo nº. 0005808-38.2018.8.16.0194: “Em razão da complexidade da matéria, a International Bar Association editou guidelines que orientam quais situações devem ser reveladas, de acordo com o nível de influência dessas circunstâncias na confiança depositada no julgador. Conquanto as diretrizes perfaçam uma importante orientação para identificar e avaliar situações de potencial conflito de interesses, trata-se de mera *soft law*.” (TJPR, autos nº. 0005808-38.2018.8.16.0194, Rel. Desembargador Dartagnan Serpa As, 7ª Câmara Cível, j. 29.03.2022).

62. “As ‘Diretrizes’ da IBA são normas de natureza facultativa (não cogentes), denominadas em arbitragem internacional de *soft law*, que foram adquirindo reconhecimento ao logo de seus quase 15 anos de edição (a primeira data de 2004), na medida em que objetivam dar o norte acerca da imparcialidade e independência dos árbitros visando a elevar o grau de segurança jurídica na arbitragem e, com isso, aumentar o acesso à jurisdição privada.” (JR., Joel Dias F. Arbitragem. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Grupo GEN, 2019, p. 243, NR 33).

63. Vide artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil.

64. BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010, p. 292.

divergentes são proferidas. Mas ao contrário da grande maioria dessas outras lides, em processos relacionados à arbitragem não há numerosos precedentes nem muito menos uma jurisprudência a ser seguida, justamente em razão do já mencionado sigilo.

À míngua de precedentes, motivada pela ausência de publicidade nos procedimentos arbitrais e processos judiciais a eles relacionados⁶⁵, obsta-se a formação de um arcabouço jurisprudencial consistente que teria o condão de catequizar as partes, instituições arbitrais e, especialmente, os candidatos a árbitro sobre o mínimo exigido para fins de revelação e, por consequência, imparcialidade e independência.

É dizer: a ação anulatória prevista no artigo 32 da Lei de Arbitragem acaba sendo a *última ratio* da parte que busca um julgamento imparcial. Mas trata-se de processo sabidamente defasado e inapto a solucionar os problemas que cada vez mais têm surgido, inclusive pelas hipóteses restritas de seu cabimento.

Não há como se tolerar tal conjuntura sob a perspectiva constitucional brasileira, sendo fundamental a criação de balizas para definir com a clareza necessária questões afetas ao dever de revelação, sua extensão e profundidade. Impõe-se a mudança urgente desse *modus operandi* anacrônico e fadado ao fracasso, em que impera incentivos conflitantes, sem qualquer tipo de controle adequado e sem uma luz para guiá-lo.

6. Considerações finais

Não desconhecemos a polarização que de certa forma permeia os debates em torno da arbitragem no Brasil, em especial no que concerne à imparcialidade dos julgadores. Para além do ambiente acadêmico, há intensas disputas nas arbitragens reais e nas demandas que batem à porta do Judiciário. Interesses financeiros vultosos estão em jogo, de modo que, inevitavelmente, o debate acaba sendo contaminado. Cada uma das torcidas tenta jogar a favor do seu time. Isso é sabido e deve ser levado em conta.

Porém, dado o devido desconto à parcialidade própria da atuação profissional que busca amealhar e reservar mercado, o que não é uma exclusividade da advocacia, há uma fundada e justa preocupação de que o instituto da arbitragem não seja desprestigiado. Por essa razão, por intermédio deste trabalho, tentamos jogar luz sobre alguns problemas concretos que existem nas controvérsias envolvendo a imparcialidade dos árbitros.

Cientes da posição daqueles que respeitosamente pensam de forma diversa, o presente trabalho não se furtou a colocar o dedo em feridas, naquilo que efetivamente pode (em potência) prejudicar a opção do Brasil como referência para arbitragens, com graves implicações não apenas jurídicas, mas também econômicas. É uma preocupação que, aliás, tende a crescer na proporção em que se multiplicam as arbitragens envolvendo não apenas

65. Com certa razão, o Judiciário, preocupado com o sigilo que tem rondado o sistema arbitral, já relativiza a “regra geral” do segredo de justiça para processos judiciais subjacentes a processos arbitrais, quando necessário, e se opõe à confidencialidade ampla, irrestrita e intransponível. Nesse sentido: “a cláusula de confidencialidade não pode ser interpretada, de forma irrestrita, como intransponível, submetendo-se ao princípio da concordância prática” (TJSP, Apelação Cível 1020586-08.2018.8.26.0100, Rel. Jayme de Oliveira, 29ª Câmara de Direito Privado, j. em 15/12/2021).

o direito privado, como também a administração pública, com todos os aspectos sensíveis que elas potencial ou efetivamente trazem consigo.

Dito isso, a título conclusivo, cabe reafirmar que “a imparcialidade do julgador é componente nuclear da ideia de processo justo. Afinal, não há dúvida de que ‘processo devido’ é aquele conduzido por julgadores imparciais”, mesmo porque “a imparcialidade constitui verdadeiro ‘pilar da justiça’”⁶⁶. Na verdade, “a imparcialidade da jurisdição é exigência primária do princípio do devido processo legal”⁶⁷.

As palavras do Supremo Tribunal Federal e as lições doutrinárias refletem com clareza ímpar os anseios postos na introdução deste trabalho. Sem julgador imparcial, não há processo justo, não há justiça. Na arbitragem, essa verificação de devido processo e da imparcialidade e independência do julgador são refletidas no dever de revelação. Um dever que assume feição preventiva e visa a preservar, justamente, a integridade, a reputação e a eficiência da arbitragem.

Colocar em risco o sustentáculo central de qualquer processo contencioso, quer em trâmite pela via pública, quer pela via privada, é romper com o mínimo necessário à manutenção de um Estado de Direito.

Por essas razões, impõe-se que os *standards* do dever de revelação sejam elevados e estabelecidos de forma clara e objetiva, de modo que seja preservada a segurança do instituto, do jurisdicionado, dos advogados e mesmo dos árbitros, que passarão a ter clareza das barreiras que precisarão, ou não, transpor para exercer a profissão. Consequentemente, o resultado é o que todos aqueles que se valem da arbitragem buscam: manter a higidez e a confiança no processo arbitral, sobretudo sob os ditames da Constituição Federal.

66. SARMENTO, Daniel. Direito, Democracia e República. Escritos de Direito Constitucional. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 410.

67. STF, 2ª Turma, HC 94641, Relator Min. Joaquim Barbosa, j. em 06/03/2009.

6.

ARBITRAGEM E CNJ À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

CLARISSA MARCONDES MACÉA¹

1. Introdução

A arbitragem, a despeito de figurar como meio de solução *privada* de disputas, não prescinde da cooperação com juízes estatais, em algumas situações. Nesse cenário, o Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), como instituição de cúpula administrativa responsável pelo planejamento estratégico do Poder Judiciário, tem, de um lado, manifestado apoio à utilização da arbitragem como meio adequado de solução extrajudicial de controvérsias, e, de outro, promovido ações cada vez mais concretas no sentido de disciplinar providências em que a cooperação entre a justiça arbitral e a justiça estatal é necessária.

O presente trabalho fará, inicialmente, um breve panorama da arbitragem no Brasil, analisando o seu histórico, a disciplina legal do instituto, a afirmação de sua constitucionalidade pela Suprema Corte e sua consolidação e disseminação na prática empresarial do País. Postas as características fundamentais da arbitragem, serão verificados os possíveis pontos de interação entre a justiça arbitral e a justiça estatal.

A partir daí, será realizado exame geral do Conselho Nacional de Justiça, desde sua criação, em 2004, com foco nas providências adotadas em seu âmbito em prol da arbitragem desde então. Destacar-se-ão importantes medidas de organização judiciária, planejamento estratégico e cooperação promovidas pelo CNJ.

Ao final, serão traçadas conclusões, destacando-se que a convivência harmoniosa entre a justiça arbitral e a justiça estatal, estimulada pelo CNJ, é vantajosa para o jurisdicionado, servindo para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça.

1. Sócia de Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Harvard. Foi Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal (2017-2020). É Procuradora do Município de São Paulo licenciada.

2. Arbitragem no Brasil. Breve histórico

O instituto da arbitragem era mencionado já na Constituição de 1824², no Código Comercial de 1850³, no Código Civil de 1916⁴ e nos Códigos de Processo Civil de 1939⁵ e 1973⁶. No entanto, até meados do século XX, a arbitragem só foi efetivamente utilizada no Brasil de forma episódica, em alguns poucos casos⁷.

Antes da disciplina legal do instituto, pela Lei nº 9.307/1996 (“LArb”), a forma predominante de contato entre o Judiciário brasileiro e a arbitragem dava-se por meio do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. O Supremo Tribunal Federal aplicava entendimento pacífico, no sentido de conferir *exequatur* às sentenças proferidas em arbitragens estrangeiras, desde que homologadas nos países que sediaram o procedimento arbitral⁸.

Editada em 1996, a LArb trouxe extensa disciplina da arbitragem. Por meio dela, as partes, voluntariamente, outorgam a um terceiro não integrante do Poder Judiciário, o poder de decidir determinada disputa envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). A arbitragem funda-se, assim, na autonomia da vontade das partes. A sentença arbitral – que não pode ser revista em sua substância pela justiça estatal (art. 18) – produz, entre as partes

2. Veja-se o que disciplinava o art. 160 da Constituição Imperial: “Art. 160. Nas [causas] cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”
3. Assim dispunha o Código Comercial de 1850, no sentido de que todas as questões que resultassem de contratos de locação mercantil (art. 245) e todas as questões sociais que se suscitassem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha (art. 294) seriam decididas em juízo arbitral.
4. Os arts. 1037 a 1048 do Código Civil de 1916 disciplinaram a figura do compromisso arbitral.
5. O Código de Processo Civil de 1939 regulamentou uma série de normas a respeito do juízo arbitral em seu Livro IX (vide arts. 1.031 a 1.046).
6. Também o Código de Processo Civil de 1973 previu diversas normas atinentes ao juízo arbitral, em seu Capítulo IX, disciplinando o compromisso, os árbitros, o procedimento e a homologação do laudo. Outras regras esparsas ao longo do Código traziam importantes definições, tais como a que definia a sentença arbitral como título executivo judicial (art. 475-N, inc. IV).
7. Como observa Arnoldo Wald: “[a]s exceções foram alguns processos que marcaram a sua época, como o de Lord Cochrane, no fim do século XIX; o caso Minas x Werneck, em que funcionou Rui Barbosa, que data de 1913; o caso Lage, cuja decisão arbitral remonta a 1948 (...); e algumas eventuais homologações de sentenças arbitrais estrangeiras, que eram previamente aprovadas pela Justiça do seu país de origem, e que são mencionadas por Irineu Strenger”. O reconhecimento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo STF. In *25 anos da lei de arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*. Arnoldo Wald e Selma Ferreira Lemes, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 302.
8. “É da jurisprudência firme do STF que ‘sentença estrangeira’, susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham chancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exequível o julgado” (STF, Tribunal Pleno, SEC 4724-IN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 27/04/1994, publicado em 19/12/1994).

e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo (art. 31).

A questão da constitucionalidade da arbitragem foi suscitada, perante o Supremo Tribunal Federal, em 1996, com a promulgação da LArb, em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira⁹, tomando por base o dispositivo constitucional que assegura que a lei não excluirá da apreciação *do Poder Judiciário* lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF).

Foi essa a norma constitucional utilizada como parâmetro pela Suprema Corte para aferir a constitucionalidade da Lei no 9.307/1996: o problema seria saber se a eleição de um mecanismo *privado* de solução de disputas contrariaria ou não ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário. Prevaleceu, em julgamento com placar apertado¹⁰, concluído em 2001, a ideia de prestigiar a liberdade, valor também consagrado na Constituição, afirmando-se que a Constituição, de um lado, garante o acesso ao Poder Judiciário, e, de outro, não proíbe a composição de conflitos pela via arbitral.

O entendimento da Suprema Corte pela constitucionalidade da lei de arbitragem foi mantido nas decisões a respeito que se seguiram¹¹. Em julgamento mais recente, a Corte houve por bem afirmar a constitucionalidade de lei que previa a arbitragem como meio de solução de conflitos, observando que o instituto promove duas finalidades constitucionalmente garantidas: em primeiro lugar, minimiza a demanda do Poder Judiciário, já abarrotado de causas à espera de solução; em segundo lugar, propicia a análise do conflito por especialistas nos temas objeto de disputa, o que gera decisões mais adequadas para a efetiva composição da lide material¹².

9. SE-AgR nº 5.206, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/12/2001, publicado em 30/4/2004.

10. A votação no Plenário se iniciou em 1996 e terminou em 2001. A constitucionalidade de toda a lei foi reconhecida por seis votos (Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e Carlos Velloso). Em contraposição, quatro votos consideraram inconstitucionais alguns dos seus artigos (Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Néri da Silveira e Sydney Sanches).

11. Observe-se que, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência para homologar sentença estrangeira (incluindo as sentenças arbitrais) passou do STF para o STJ. A Corte Superior de Justiça reiteradamente ratificou o caráter constitucional da Lei de Arbitragem, sempre fazendo alusão ao julgamento paradigmático da SE-AgR nº 5.206, ocorrido no STF. Nesse sentido: STJ, REsp no 1602696/PI, 3ª Turma, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 09/08/2016, publicado em 16/08/2016; STJ, SEC no 856/GB, Corte Especial, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 18/05/2005, publicado em 27/06/2005; STJ, REsp no 612.439/RS, 2ª Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 25/10/2005, publicado em 14/09/2006; STJ, REsp no 1602696/PI, 3ª Turma, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 09/08/2016, publicado em 16/08/2016.

12. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 5.062/DF e ADI no 5065/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27/10/2016, publicado em 21/06/2017. Os autores, associações de músicos, questionaram a inclusão de dispositivo legal que previa que determinados litígios relacionados aos usuários e titulares de direitos autorais ou seus mandatários poderiam ser objeto da atuação de órgão da Administração Pública Federal para a resolução de conflitos por meio de mediação ou arbitragem. De acordo com os autores, o referido dispositivo “pretende retirar, de forma discricionária, do Poder Judiciário o seu papel de moderador da lei e de solução conflitos” (ADI

Com a segurança jurídica advinda da afirmação de sua constitucionalidade, a arbitragem consolidou-se e floresceu na prática jurisdicional brasileira, como meio adequado de solução de controvérsias.

Mais recentemente, a arbitragem passou a ser utilizada com maior frequência também em conflitos envolvendo entes públicos. A LArb foi aditada, em 2015, para dela constar expressamente a possibilidade da adoção do instituto pelo poder público, a fim de dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1, § 1º). Hoje, muitos contratos administrativos celebrados no País já contam com cláusula arbitral em seu nascedouro. A arbitragem assim, amplia seu papel de instrumento de resolução extrajudicial de conflitos eleito por partes privadas, e se firma como mecanismo adequado também para a solução de disputas com a Administração, o que tem se verificado em casos de grande expressão¹³.

Os números coletados pelas principais Câmaras de Arbitragem no Brasil somente reafirmam a consolidação do instituto no País. De 2017 a 2020, a Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) administrou mais de 128 procedimentos¹⁴. No final de 2021, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara do Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) atingiu a marca histórica de 1.311 arbitragens administradas desde 1989, sendo que, somente em 2021, foram recebidos 128 novos processos¹⁵. Também em 2021, a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (“CIESP”) e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (“FIESP”) contou com o registro de 125 arbitragens, sendo 35 delas iniciadas no próprio ano¹⁶. A Câmara de Arbitragem do Mercado (“CAM”) registrou, em 2021, 203 casos de arbitragens, sendo 19 deles iniciados no próprio ano¹⁷. Por fim, a Câmara FGV de Mediação e Arbitragem registrou 58 novos casos de arbitragem no ano de 2020, 19 em 2021 e 25 casos em 2022¹⁸.

nº 5.065/DF). Também foi alegado que a norma trataria sobre temas que “dizem respeito a direitos privados e disponíveis, em relação aos quais não há qualquer fundamento constitucional que autorize a interferência do Poder Executivo” (ADI nº 5.062/DF).

13. <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/casos-de-arbitragem-1>. Acesso em 29/3/2023.
14. Vide ICC Dispute Resolution 2020 Statistics, p. 9. <https://nyiac.org/wp-content/uploads/2021/09/ICC-Dispute-Resolution-2020-Statistics.pdf> Acesso em 31/3/2023.
15. Fatos e Números 2020-2021, p. 14. <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/fatos-e-numeros-de-2020-2021/> Acesso em 31/3/2023.
16. Estatísticas da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, pp. 16 e 20. <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/estatisticas-camara.html> Acesso em 31/3/2023.
17. Câmara do Mercado – Arbitragem. Estatísticas 2021, p. 3. <https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/2021-estatisticas-camara-do-mercado-versao-final.pdf> Acesso em 31/3/2023.
18. Informações gentilmente prestadas pela Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, em 30/3/2023, em resposta à consulta formulada por comunicação eletrônica para coleta de subsídios para o presente artigo.

3. Interações entre a justiça arbitral e a justiça estatal

Como é cediço, o árbitro não detém poderes constritivos para a efetivação de suas decisões¹⁹. Em regra, as ordens dos árbitros são cumpridas voluntariamente pelas partes. Caso não o sejam, consoante já assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens²⁰. Dessa forma, necessariamente, algumas decisões arbitrais demandarão a intervenção do Poder Judiciário para sua efetivação.

A falta de poderes constritivos pelo árbitro é indicativo óbvio da necessidade, em muitos casos, de utilização do Poder Judiciário para a efetivação da tutela jurisdicional arbitral. Mas as interações entre a justiça arbitral e a justiça estatal vão além desse tema, podendo ser verificadas em três momentos: antes de iniciado o procedimento arbitral; durante a pendência do procedimento arbitral e após a prolação da sentença arbitral.

Antes de iniciado o procedimento arbitral, o Poder Judiciário pode ser chamado a se manifestar sobre a futura arbitragem nos seguintes casos: quando, a despeito da existência de cláusula arbitral cheia, uma das partes deduz demanda perante o Poder Judiciário que analisará, ao menos *prima facie*, a existência e validade da convenção arbitral; quando, existindo cláusula arbitral vazia, o Poder Judiciário for chamado a completá-la, intervindo para que se possa instituir a arbitragem; quando for necessária a concessão de tutelas de urgência, em momento anterior ao da constituição do tribunal arbitral²¹.

Durante a pendência do procedimento arbitral, também pode ser necessário valer-se do Poder Judiciário, notadamente para a efetivação de tutelas de urgência que demandem a prática de atos de constrição, no caso de não cumprimento voluntário de decisões proferidas em sede da arbitragem pelas Partes. Pode-se cogitar ainda, durante a arbitragem, da colaboração do Poder Judiciário para custódia de valores em disputa²² e, também, de

19. Como bem explica Selma Ferreira Lemes: “Neste sentido é interessante notar e efetuar um paralelismo entre a figura do juiz e a do árbitro, haja vista que o juiz tem sua investidura do seu status e o árbitro tem seu status de sua investidura. O árbitro, por sua vez, tem jurisdição, mas não tem imperium, o poder de constrição. É em decorrência destas características que o árbitro não pode executar a sentença arbitral condenatória. Para isso existe o procedimento de execução da sentença arbitral que transcorre como a sentença judicial perante o Judiciário. Ressalte-se que o árbitro no decorrer do processo arbitral tem competência para ditar e determinar o cumprimento de medidas cautelares, mas não pode executá-las, pois, como dito, falta-lhe o poder de constrição”. O papel do árbitro, p. 3. Disponível em http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf Acesso em 20/2/2023.

20. STJ, REsp 944.917, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 18/9/2018, publicado em 3/10/2008.

21. LEVY, Daniel. As interações entre Poder Judiciário e arbitragem. In: *Curso de Arbitragem*. Coord. Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 331.

22. Enquanto o Poder Judiciário já conta com mecanismos de contratação de instituições financeiras consolidados para a custódia e atualização monetária de valores pecuniários em disputa, as Câmaras de Arbitragem que administram os procedimentos não dispõem, como

sua intervenção, no caso de impugnação a sentenças arbitrais parciais proferidas, caso em que a impugnação judicial à decisão arbitral coexistirá com o procedimento arbitral ainda em curso.

Por fim, uma vez sentenciado definitivamente o procedimento arbitral, a interface entre a arbitragem e o Poder Judiciário se verifica nos casos de controle da sentença arbitral, em demandas de anulação ou de homologação de sentença arbitral estrangeira propostas pelos interessados. Também ocorre com a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a efetivação do comando de sentença arbitral de cunho condenatório não cumprida de forma voluntária. No caso de sentenças arbitrais condenatórias proferidas em face da Administração, o art. 100 da Constituição Federal exige que o pagamento se dê na ordem cronológica de apresentação dos precatórios, o que demandará do credor o recurso ao Poder Judiciário para satisfação de seu direito, afirmado em sede de arbitragem.

Em suma, são diversos e variados os pontos de contato entre arbitragem e Judiciário, os quais certamente serão ainda mais numerosos diante da progressiva ampliação da prática arbitral na experiência brasileira.

4. O Conselho Nacional de Justiça

Criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (conhecida como “Reforma do Poder Judiciário”), e instalado no ano seguinte, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é o órgão de cúpula administrativa do Poder Judiciário brasileiro²³. Visa a aperfeiçoar o trabalho da justiça estatal, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

O CNJ não possui função jurisdicional. Com atuação em todo o território nacional, competem-lhe, entre outras atribuições administrativas, o planejamento estratégico, governança e gestão judiciária, com o objetivo de impulsionar a efetividade da justiça brasileira. Em matéria de gestão e planejamento estratégico, cumpre ao órgão elaborar planos de metas e programas de avaliação institucional do Poder Judiciário. O CNJ conta ainda com poder normativo próprio, podendo expedir atos regulamentares, tais como resoluções, instruções normativas e portarias.

Um traço distintivo do Conselho Nacional de Justiça é contar, entre seus membros, com pessoas que não integram originalmente o Poder Judiciário²⁴. Assim é que, entre os

regra, de mecanismos semelhantes, cabendo às Partes arcar com os custos de contratação e manutenção de contas bancárias para tal finalidade. Nesse sentido, pode ser do interesse das partes, havendo, por exemplo, ação cautelar pré-arbitral já ajuizada, realizar e manter valores custodiados nesse processo, até o deslinde da lide arbitral.

23. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34ª edição, São Paulo: Atlas, 2018, p. 565.

24. A composição do Conselho Nacional de Justiça está disciplinada no art. 103-B da Constituição da República. O órgão é composto de 15 membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida uma recondução, sendo: o Presidente do Supremo Tribunal Federal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

quinze componentes do CNJ, com mandato de dois anos (admitida uma recondução), a maioria de nove é composta por membros do Poder Judiciário. Adicionalmente, há dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos. Isso já dá uma ideia do caráter plural e da função dialógica do órgão, marcados em sua gênese.

É curioso observar que, tal qual o instituto da arbitragem, também o CNJ teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Em Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), questionou-se a criação de um órgão de cúpula do Poder Judiciário, formado por membros de diferentes Poderes da República e por magistrados de diferentes instâncias do Judiciário.

Em julgamento unânime, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a instituição do CNJ não fere a independência do Poder Judiciário, tampouco o princípio da separação de Poderes²⁵. afirmou, então, a Suprema Corte que *“a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma”* e que *“a existência, no Conselho, de membros alheios ao corpo da magistratura, além de viabilizar a erradicação do corporativismo, estende uma ponte entre o Judiciário e a sociedade, permitindo a oxigenação da estrutura burocrática do poder e resposta a críticas severas”*.

Hoje, o órgão conta com maturidade institucional e forte atuação em uma variada gama de programas e ações, que espelham a diversidade de matérias em que atua o Poder Judiciário. Como veremos, o tema da solução consensual de disputas – nele incluída a arbitragem – ocupa já há um decênio a agenda do CNJ e tem merecido ações cada vez mais concretas por parte do órgão.

4.1. O CNJ como propulsor da cooperação entre a justiça estatal e a justiça arbitral

Analisado desde a sua criação, podem ser identificadas retrospectivamente uma série de medidas adotadas no âmbito do CNJ com relação à arbitragem. Se, inicialmente, elas mais significavam o reconhecimento do instituto pelo Poder Judiciário como mecanismo

um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República entre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

25. Para o STF, o CNJ constitui-se em órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Além disso, em *última ratio*, subordina-se à jurisdição do próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos da Constituição Federal, que prevê a competência da Corte Suprema para processar e julgar, originariamente, “as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 102, I, r) (STF, Tribunal Pleno, ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 13/04/2005, publicado em 17/02/2006).

extrajudicial de solução de disputas, ao longo do tempo, o encorajamento à arbitragem foi sendo cada vez mais explícito e traduzido em medidas concretas. Destacaremos, a seguir, algumas delas.

4.1.1. Organização Judiciária

Em 2015, a Corregedoria Nacional de Justiça, que integra a estrutura do CNJ, editou a Meta 2 da Corregedoria, importante ato no tocante à organização judiciária e a arbitragem²⁶. Considerando (i) o avanço da adoção da arbitragem no País; (ii) o grau de complexidade que a matéria envolve; (iii) o aumento significativo dos conflitos decorrentes da lei de arbitragem; (iv) o dever do Poder Judiciário de ser partícipe e incentivador dessa forma alternativa de solução de conflitos, colaborando decisivamente para a sua eficiência; e (v) que a especialização do juiz é uma forma de aceleração dos processos; o órgão conclamou a atribuição de competência, no âmbito da Justiça Estadual²⁷, para duas varas cíveis, entre as instaladas nas Capitais, para processarem e julgarem os conflitos decorrentes da Lei de Arbitragem, transformando-as em Juízos Especializados nessa área.

Como se verifica do próprio sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, a meta foi cumprida pelos Tribunais de Justiça de todos os estados da federação²⁸, conferindo previsibilidade no tocante à distribuição dos processos ajuizados para o enfrentamento de questões atinentes à arbitragem e maior eficiência na sua solução, diante da especialização dos magistrados no tema.

4.1.2. Planejamento estratégico

Em sua função de planejamento estratégico, o CNJ tem consistentemente aludido, de forma expressa e encorajadora, a meios extrajudiciais de resolução de disputas e, muitas vezes, também particularmente à arbitragem, em seus planos de metas quinquenais e metas anuais.

26. Vide: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/4b745d50b26aeb-6683d0756c632f20d6.pdf>; e <https://www.cnj.jus.br/implantacao-das-varas-especializadas-em-arbitragem/>. Acesso em 30/3/2023.

27. Consoante informado pelo Gabinete do Corregedor Geral de Justiça em resposta a pedido de acesso à informação formulado para subsidiar o presente artigo (Ouvidoria - CNJ - CNJ Relato: 370908), “na descrição da Meta 2 das Corregedorias para o ano de 2015, é possível verificar que se destinava apenas à Justiça Estadual, ao estipular que ‘todos os Tribunais de Justiça deveriam agregar, em pelo menos duas Varas Cíveis das capitais dos estados, a competência para atuar em conflitos decorrentes da Lei de Arbitragem, convertendo-os em juizados especializados no tema’. Portanto, dentro do escopo delineado para a Meta 2 daquele ano, não foram estabelecidos parâmetros para a Justiça Federal, de sorte que inexistem tais dados no âmbito desta Corregedoria Nacional de Justiça”.

28. <https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/meta-de-arbitragem/> Acesso em 30/3/2023.

Assim é que na Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020 (“Estratégia Judiciário 2020”)²⁹, editada em 2014, a “adoção de soluções alternativas de conflito” foi arrolada como um dos macrodesafios do Poder Judiciário, restando explicitamente consignado no anexo à resolução o escopo de “fomento de meios extrajudiciais para a resolução negociada de conflitos” e o “estímulo à comunidade a dirimir suas contendas sem necessidade de processo judicial, mediante conciliação, mediação e *arbitragem*”³⁰.

A arbitragem também foi abertamente mencionada na vigente Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio de 2021-2026³¹, instituída em 2020, que disciplinou a “prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos” como um dos macrodesafios do Poder Judiciário, reiterando a necessidade de estímulo “à comunidade a resolver seus conflitos sem necessidade de processo judicial, mediante conciliação, mediação e arbitragem”. A estratégia ainda explicitou que o macrodesafio abrange também parcerias entre os Poderes a fim de evitar potenciais causas judiciais e destravar controvérsias existentes.

Em harmonia com a Estratégia Nacional, o Relatório Anual do CNJ de 2021³² mencionou, entre os Resultados da Gestão no ano, a “promoção da estabilidade e do ambiente de negócios para o desenvolvimento nacional” e, nessa seara, o desenvolvimento da Rede Nacional de Cooperação Judiciária, com a finalidade de imprimir maior fluidez, agilidade e eficácia ao intercâmbio de atos judiciais e de favorecer o exercício de uma jurisdição mais harmônica e colaborativa. Nessa rede de cooperação, a arbitragem mereceu destaque com a edição da Resolução CNJ nº 421/21, que será objeto de análise a seguir.

4.1.2.1. *Um notável avanço: a Resolução CNJ 421/21*

Em 2021, foi editada a Resolução CNJ nº 421. Trata-se de ato regulamentar que, pela primeira vez, fixou diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional em matéria de arbitragem.

29. Instituída pela Resolução CNJ nº 198, de 1º de julho de 2014.

30. Alinhada à Estratégia Nacional, a Portaria CNJ nº 16, de 26 de fevereiro de 2015 estabeleceu as diretrizes de gestão da Presidência do Conselho Nacional de Justiça para o biênio 2015-2016. Entre as doze diretrizes estabelecidas, destacam-se as de “intensificar as relações institucionais do Conselho Nacional de Justiça com os demais Poderes e com outras instituições essenciais à administração da Justiça, com vistas à busca de convergência de esforços” e de “potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida”.

31. Instituída pela Resolução CNJ nº 325, de 29 de junho de 2020.

32. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-anual-2021-web-2022-01-25.pdf>. Acesso em 30/3/2023.

4.1.2.1.1. Antecedentes: o novo Código de Processo Civil e o princípio da cooperação; a Resolução CNJ nº 350/2020

Inovando em relação ao Código anterior, de 1973, o novo Código de Processo Civil, editado em 2015, enunciou, entre as normas fundamentais do processo civil, o princípio da cooperação, determinando que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º). Disciplinou ainda, em capítulo próprio (arts. 67 a 69), regras atinentes à cooperação judiciária nacional, instituindo um verdadeiro dever de recíproca cooperação, a ser exercido por magistrados e servidores.

No capítulo dedicado à cooperação judiciária nacional, preceituou o Código que as cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime detalhado nos arts. 260 a 268. Foi ainda estatuído que a carta arbitral é instrumento para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória (art. 237, IV).

Em suma, o legislador, ao tratar da cooperação judiciária, conferiu destaque à carta arbitral como instrumento de cooperação a ser utilizado na interface da justiça estatal com a justiça arbitral. Como veremos, o Conselho Nacional de Justiça, em alinhamento às diretrizes e regras do Código, houve por bem detalhar e aprofundar a disciplina estabelecida pelo legislador.

Em 2020, o CNJ estabeleceu, mediante a Resolução nº 350, de 27 de outubro de 2020, diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, para a realização de atividades administrativas e para o exercício das funções jurisdicionais.

Estatuiu que os juízos poderão formular entre si *pedido de cooperação* para a prática de qualquer ato processual e disciplinou o procedimento cabível para tanto (arts. 8º a 11º). Regrou, ainda, a figura do *juiz de cooperação judiciária*, designado em cada Tribunal, aos quais incumbiu a função de facilitar a prática de atos de cooperação judiciária, tais como identificar soluções para os problemas que possam surgir no processamento de pedido de cooperação judiciária; facilitar a coordenação do tratamento dos pedidos de cooperação judiciária no âmbito do respectivo tribunal; e fornecer todas as informações necessárias a permitir a elaboração eficaz de pedido de cooperação judiciária, bem como estabelecer contatos diretos entre os diversos órgãos e juízes (art. 14, incs. I a III).

Referida Resolução cuidou também do que chamou de cooperação *interinstitucional*, para abranger, entre outros, a harmonização de procedimentos e rotinas administrativas; sua gestão judiciária; a elaboração e adoção de estratégias para o tratamento adequado de processos coletivos e ou repetitivos, inclusive para a sua prevenção; e mutirões para análise do enquadramento de processos ou de recursos nas hipóteses em que há precedentes obrigatórios.

Em sua redação original, a diploma previu que a cooperação interinstitucional poderia ser realizada entre quaisquer instituições, do sistema de justiça ou fora dele, que possam contribuir para a execução da estratégia nacional do Poder Judiciário, promovendo o aprimoramento da administração da justiça, a celeridade e a efetividade da prestação

jurisdicional. Foram nominalmente citadas como instituições cooperantes o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública. Não foram mencionados Tribunais Arbitrais ou árbitros.

4.1.2.1.2. Resolução CNJ nº 421/2021: disciplina dos pedidos de cooperação judiciária e sua extensão aos árbitros e Tribunais Arbitrais, entre outros avanços

Um ano depois da edição da Resolução CNJ nº 350/2020, foi editada a Resolução CNJ nº 421/2021, ensejando notáveis avanços em matéria de cooperação judiciária, no que toca à arbitragem.

A Resolução CNJ nº 421/2021 ditou que os pedidos de cooperação judiciária previstos na Resolução CNJ nº 350/2020 podem ser formulados entre os árbitros ou órgãos arbitrais e os órgãos do Poder Judiciário, no que couber. Para tanto, estabeleceu ainda que os pedidos de cooperação judiciária deverão ser encaminhados diretamente pelo árbitro ou órgão arbitral ao juízo cooperante ou pelo juízo ao árbitro ou órgão arbitral ou ser remetidos por meio do Juízo de Cooperação.

Ademais, corrigindo assimetria anterior³³, a nova resolução elencou expressamente entre as instituições de cooperação interinstitucional arroladas, os Tribunais Arbitrais e Árbitros.

Outro mérito da resolução foi conferir ainda mais adensamento normativo à disciplina da carta arbitral já delineada no art. 22-C da LArb e no art. 260 do Código de Processo Civil. Estabeleceu, assim, que constituem requisitos da carta arbitral: (i) a identificação do árbitro ou órgão arbitral solicitante do cumprimento da decisão e do juízo do Poder Judiciário competente; (ii) a indicação do ato processual a ser praticado; (iii) a assinatura do árbitro; (iv) o número do procedimento arbitral e identificação do órgão arbitral, nos casos de arbitragem institucional; e (v) a qualificação das partes.

Determinou, também, que os pedidos de cooperação judiciária formulados pelos árbitros ou órgãos arbitrais deverão ser acompanhados de cópia da convenção arbitral, de prova da instituição do tribunal arbitral ou da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função, do inteiro teor da petição, da respectiva decisão arbitral cujo cumprimento é solicitado, das procurações outorgadas aos advogados das partes e de documento que ateste a confidencialidade do procedimento, quando cabível.

33. Como observam Marcela Melichar Suassuna e Bernardo Vieira Klüppel Carrara, “[h]avia, portanto, distinção um tanto ilógica entre as entidades integrantes do sistema de Justiça e a jurisdição arbitral. Diz-se ilógica, uma vez que, de acordo com o artigo 18 da Lei de Arbitragem, 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’”. A cooperação judiciária entre arbitragem e Justiça: comentários sobre a Resolução CNJ 421/2021. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 72. ano 19. p. 43-55. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/197644>. Acesso em: 29.03.2023.

Cuidou de ressaltar que, sendo a confidencialidade do procedimento arbitral comprovada, os pedidos de cooperação judiciária entre juízos arbitrais e órgãos do Poder Judiciário deverão observar o segredo de justiça, na forma prevista no artigo 189, IV, do Código de Processo Civil, e no artigo 22-C, parágrafo único, da LArb.

E, ainda, em perfeito alinhamento com a Meta 2 da Corregedoria Nacional de Justiça de 2015, já analisada neste trabalho, e ampliando o seu escopo, determinou que os tribunais poderão determinar a distribuição preferencial de processos envolvendo arbitragem para determinada vara ou câmara, a fim de propiciar a especialização na matéria.

Como se vê, a Resolução CNJ nº 421/2021 teve o mérito de regulamentar uma série de procedimentos com vistas a que as interações entre a justiça arbitral e a justiça estatal se deem de forma cooperativa e efetiva. Constituiu relevante avanço para a rede de cooperação interinstitucional disciplinada na Resolução CNJ nº 350/2020, agregando a ela, explicitamente, os tribunais arbitrais e árbitros. Concretizou, assim, as já muitas manifestações proferidas pelo CNJ em suas ações de planejamento estratégico em prol da prática da arbitragem como meio adequado de solução extrajudicial de disputas.

5. Conclusões

A convivência harmoniosa entre a justiça arbitral e a justiça estatal é mutuamente benéfica para ambas e vantajosa para o jurisdicionado. É extremamente positivo que o CNJ, na qualidade de órgão de cúpula administrativa do Poder Judiciário, esteja capitaneando uma série de ações de organização e cooperação judiciária, com vistas ao cumprimento eficiente de decisões proferidas em sede arbitral.

A progressiva utilização da arbitragem na prática jurisdicional brasileira deve, cada vez mais, explicitar os pontos de contato entre a justiça arbitral e a justiça estatal. Espera-se que o CNJ permaneça sensível aos novos desafios que se verifiquem, mantendo seu papel de regulamentar e fomentar boas práticas do Poder Judiciário em matéria de arbitragem.

Permitir ao jurisdicionado a eleição do meio que repute mais adequado para a solução de conflitos, bem como promover a realização de atos com vistas à efetividade da tutela obtida é garantir o acesso à justiça, consagrado como norma fundamental no sistema constitucional brasileiro.

6. Bibliografia



7.

PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS E ARBITRAGEM: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS QUALIFICADOS E SUA OBSERVÂNCIA NAS SENTENÇAS ARBITRAIS

DANIEL FALCI GOULART¹

LARISSA HOLLO²

1. Introdução

O sistema de precedentes judiciais, inaugurado pelo já não tão novo Código de Processo Civil, editado em 2015, tem como fundamento efetivar o princípio da segurança jurídica previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal³.

A finalidade desse novo sistema de precedentes judiciais foi estabelecida no artigo 926 do Código de Processo Civil, que dispõe que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”.

A vinculação dos órgãos do Poder Judiciário ao sistema de precedentes foi estabelecida pelo artigo 927 do Código de Processo Civil⁴, que tratou de sistematizar os precedentes qualificados que passaram a vincular os tribunais, incluindo os superiores, de todo país.

1. Advogado especialista em Direito Civil, Processo Civil e Arbitragem. Secretário Geral Adjunto do Centro de Mediação Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Americana – AMCHAM.
2. Advogada especialista em Processo Civil e Arbitragem.
3. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).
4. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e

Nesse contexto, a questão que passou a ser objeto de debate, no âmbito da arbitragem, é a vinculação do árbitro aos precedentes qualificados pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.

Importa esclarecer, desde logo, que não temos o objetivo de aprofundar, nestas considerações, o estudo sobre o tema dos precedentes judiciais, mas sim refletir acerca do que a doutrina já produziu a respeito da aplicação deste sistema de precedentes à jurisdição privada.

Para que as considerações que se pretendem possam ser feitas de maneira objetiva e com visibilidade prática, é importante estabelecer a premissa de que estas serão feitas levando em consideração compromissos arbitrais que prevejam que a arbitragem será regida pelas normas de Direito brasileiro. Desconsiderando, portanto, as arbitragens regidas por leis, normas ou acordos internacionais e ainda aquelas nas quais ao árbitro é permitida a análise e decisão sob o prisma da equidade.

Faremos, assim, uma breve incursão ao tema do sistema de precedentes, analisando as fontes do Direito observadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, para então adentrar a análise da vinculação dos árbitros aos precedentes qualificados. Por fim, serão analisadas as consequências que podem ocorrer a partir da interpretação de que os árbitros estão vinculados aos precedentes.

2. Fontes do Direito observadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Seguindo a definição dada por Miguel Reale, “*por ‘fonte do Direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa*”⁵.

Ainda na concepção desse doutrinador, as fontes de Direito aceitas pelo ordenamento jurídico pátrio são: (i) a fonte legal, que decorre do Poder Legislativo; (ii) a fonte consuetudinária, que consiste na expressão do poder do povo; (iii) a fonte jurisdicional, que advém do Poder Judiciário; e (iv) a fonte negocial, decorrente do poder da autonomia privada⁶.

no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

5. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. 22ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 130.

6. REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo, Saraiva, 1994, 4ª tiragem, 2010.

Segundo o doutrinador, toda fonte de Direito pressupõe o seu poder de produzir normas. A fonte jurisdicional encontra fundamento na consagração do Poder Judiciário como órgão responsável pela apreciação de lesão ou ameaça a direito dos jurisdicionados, conforme artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal⁷, e na força normativa das decisões judiciais por meio do princípio da coisa julgada, conforme artigo 5º, XXVI, do mesmo diploma legal⁸.

2.1. *Evolução da fonte jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro*

Embora a fonte jurisdicional esteja consagrada em nossa Constituição, conforme referenciado acima, a efetiva normatização da aplicação desta fonte sofreu diversas alterações durante os últimos anos.

Neste ponto, rememoramos que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁹ não especifica a jurisprudência como fonte normativa. O artigo 4º dessa Lei especifica como fontes subsidiárias, às quais o juiz deverá recorrer em casos de omissões legais: a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito¹⁰. Embora seja possível compreender que o mencionado diploma legal esteja desatualizado por ter sido promulgado há mais de oito (8) décadas, nota-se que a lei que alterou sua ementa datada do ano de 2010 e não promoveu qualquer alteração ao conteúdo de seu artigo 4º.

Em sentido contrário ao estritamente disposto no dispositivo acima mencionado, é possível verificar que a Emenda Constitucional nº. 45/2004 ampliou a força normativa de pronunciamentos judiciais específicos. Isto porque, atribuiu eficácia vinculante e *erga omnes* às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de controle de constitucionalidade, conforme artigo 102, § 2º, da Constituição Federal¹¹.

A mesma eficácia foi atribuída às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 103-A da Constituição Federal¹². A título informativo, ressaltamos que,

-
7. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
 8. XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
 9. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Alterada pela lei nº 12.376 de 30 de dezembro de 2010.
 10. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
 11. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
 12. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

quando caracterizada a inobservância desses pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal com caráter de eficácia vinculante, a Constituição prevê a hipótese de cabimento de reclamação constitucional, deixando evidente a vinculação dos órgãos do Poder Judiciário a esses pronunciamentos judiciais.

Essas observações são importantes para que se evidencie a inovação legal trazida pelo Código de Processo Civil que, ao qualificar precedentes e vincular o Poder Judiciário a esses precedentes, conforme previsão do artigo 927, amplia o rol de pronunciamentos judiciais legalmente caracterizados como fontes de Direito.

A redação dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil é clara no sentido de demonstrar a intenção do legislador em tornar os precedentes qualificados em fontes de Direito que vinculam todo o sistema judiciário, tornando a interpretação dada pelo Poder Judiciário em verdadeira fonte do Direito legalmente prevista. Destacamos, aqui, que o Código de Processo Civil tratou de regular o procedimento de formação desses precedentes judiciais de caráter vinculante, conforme disposto no seu artigo 1.036 e seguintes, contudo, conforme já consignado, o sistema de formação destes precedentes não é objeto do presente estudo.

O objetivo do legislador, ao criar o sistema de precedentes, encontra-se na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, no qual se esclarece que buscou-se “*proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas*”.

É possível observar, então, que, apesar das inovações já trazidas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, o Código de Processo Civil positivou um novo modelo de precedentes que possibilitou a ampliação das hipóteses constitucionais em que o precedente é fonte de Direito de eficácia *erga omnes*.

2.2. *A jurisprudência como fonte do Direito e a necessária distinção entre jurisprudência e precedentes qualificados*

Superada a compreensão da fonte jurisdicional como fonte do Direito, importa diferenciar de maneira clara os tipos de precedentes e de quais precedentes estamos discutindo quando tratamos da vinculação do Poder Judiciário.

A jurisprudência pode ser compreendida como decisões colegiadas reiteradas no mesmo sentido sobre um mesmo tema e, embora represente um importante aliado dos operadores do Direito no momento de interpretar a norma, não tem eficácia vinculante, sendo dotada de caráter meramente persuasivo.

Os precedentes, por outro lado, possuem caráter vinculante. José Rogério Cruz e Tucci nos ensina que o Direito brasileiro adota um modelo misto quanto à eficácia dos precedentes sendo identificados três grupos de precedentes com eficácias distintas, quais sejam: (a) precedentes com eficácia meramente persuasiva, nos quais se encontram os precedentes dos tribunais superiores transitados em julgado; (b) precedentes com relativa eficácia vinculante, nos quais se enquadram os precedentes sumulados; e (c) precedentes

com eficácia vinculante, nos quais se enquadram os precedentes descritos no art. 927 do Código de Processo Civil.¹³

Feitas as necessárias distinções entre jurisprudência e precedentes qualificados, esclarecemos que as presentes considerações se debruçam apenas sobre a vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes constitucionais e aos precedentes qualificados pelo artigo 927 do Código de Processo Civil, uma vez apenas estes são dotados de eficácia vinculante.

Assim, para que fique claro, estamos considerando como precedentes vinculantes:

- i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- ii) os enunciados de súmula vinculante;
- iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e
- v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

3. Vinculação dos árbitros aos precedentes constitucionais

Devidamente definidas as premissas das quais partimos no presente estudo, passamos à análise da questão principal sobre a vinculação dos árbitros aos precedentes constitucionais e precedentes qualificados.

Os doutrinadores que se debruçaram sobre a análise do tema divergem sobre a vinculação ou não dos árbitros aos precedentes constitucionais e aos precedentes elencados no art. 927 do Código de Processo Civil.

A seguir apontaremos resumidamente as duas correntes doutrinárias existentes e os pontos defendidos por cada uma delas.

3.1. *A não vinculação dos árbitros ao sistema de precedentes do Código de Processo Civil*

A doutrina contrária à vinculação dos árbitros ao sistema de precedentes argumenta que o Código de Processo Civil, diploma legal que consagra o mencionado sistema, não se aplicaria ao processo arbitral. Isso porque a arbitragem possui regramento próprio e, por sua especialidade, é regida pela Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e complementada pela vontade das partes, que é externada através da convenção de arbitragem que pode

13. TUCCI, Rogério Cruz. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. Direito jurisprudencial (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier) p. 111-119, 2012.

especificar ainda mais seu procedimento.¹⁴ Em geral, há de fato um consenso doutrinário de que as regras procedimentais do Código de Processo não têm aplicação automática à arbitragem, contudo, há divergência sobre a extensão da não aplicação dessas normas.

Essa corrente também defende que os árbitros não estão vinculados aos precedentes, pois as partes, ao escolherem a jurisdição privada, pretendem obter uma resposta jurisdicional mais técnica e, portanto, distinta da resposta que poderia ser obtida pela jurisdição estatal. Neste sentido, defendem que o árbitro é soberano na análise e aplicação do direito ao mérito do caso alegando que este não poderia estar vinculado ao entendimento sobre a lide que seja diverso de seu próprio.

Outro argumento trazido por essa corrente é de que os árbitros não integram o Poder Judiciário, não havendo hierarquia capaz de sujeitá-los às decisões das cortes estatais. Nesse ponto, sustentam que a vinculação aos precedentes retira a autonomia do processo arbitral o tornando dependente do Poder Judiciário.

Por fim, defendem que o artigo 32 da Lei de Arbitragem¹⁵ não prevê a hipótese de anulação da sentença arbitral por não observação de um precedente judicial, seja ele vinculante ou não. Aqui, o entendimento é de que o exame da aplicação ou não de um precedente é relativo ao mérito da decisão e sua análise e revisão não pode ser feita pelo Poder Judiciário¹⁶.

Resumidamente, temos os seguintes argumentos para a não vinculação dos árbitros ao sistema de precedentes (i) o Código de Processo Civil não é aplicável à arbitragem; (ii) o árbitro é soberano na análise do mérito do processo arbitral; (iii) os árbitros não integram o poder judiciário não havendo hierarquia capaz de sujeitá-los aos entendimentos dos tribunais estatais; e (iv) inexistente hipótese de nulidade da sentença arbitral pela alegação de violação a precedentes.

3.2. A Vinculação dos Árbitros aos precedentes

A corrente doutrinária que defende a vinculação dos árbitros aos precedentes observa que essa vinculação decorre não da aplicação do Código de Processo Civil à arbitragem, mas

14. Neste sentido: CREMASCO, Suzana Santi.; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (Org.). *Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 anos do Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2018, p. 907). VIANA, Bruno Giannetti. Aspectos contemporâneos da execução de sentença arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos;

15. Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; 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 - (*revogado*); 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.

16. Neste sentido: KOHLBACH DE FARIA, Marcela. Vinculação do árbitro aos precedentes judiciais após a vigência do CPC/2015. ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial no novo CPC?

sim da observância do quadro de fontes de Direito brasileiras e do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, ressaltam que a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais encontra fundamento na própria autonomia da vontade das partes que, ao determinarem a aplicação do Direito brasileiro no caso concreto, pretendem que o sistema normativo como um todo seja aplicado.¹⁷

Observam, esses doutrinadores, que as partes não optam pela arbitragem com o objetivo de “desafiar” a jurisprudência estatal ou afastar sua aplicação. Em regra, as partes optam pela arbitragem pela flexibilidade do procedimento, possibilidade de determinação de confidencialidade e pela celeridade do procedimento¹⁸.

Essa corrente doutrinária não defende que o árbitro não seja soberano na análise e aplicação do direito ao caso concreto, destacando que a vinculação dos árbitros aos precedentes não os impede de formar o seu livre convencimento, assim como, não os obriga a aplicar indiscriminadamente os precedentes qualificados.

Defendem, também, que não há qualquer subversão da arbitragem ao Poder Judiciário e que a vinculação dos árbitros aos precedentes não cria uma hierarquia entre as jurisdições, tratando-se apenas e tão somente da observância das normas do Direito brasileiro.

Por fim, essa corrente doutrinária defende que a ausência de mecanismos de controle judicial da sentença arbitral não é capaz de afastar a vinculação dos árbitros aos precedentes vinculantes. Isso porque, se essa lógica prevalecer, considerando que as sentenças arbitrais não são passíveis de revisão de mérito, os árbitros não estariam sequer vinculados a letra da lei.

3.3. *Nota sobre os precedentes cuja vinculação foi constitucionalmente prevista*

Conforme visto no item 2.1 do presente artigo, a Emenda Constitucional nº. 45/2004 atribuiu eficácia vinculante às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de controle de constitucionalidade¹⁹ e às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal²⁰.

Nesses dois casos, é importante destacar que o argumento doutrinário de não vinculação dos árbitros aos precedentes por inaplicabilidade do Código de Processo Civil é afastado pela simples lógica de estes precedentes não estão previstos nesse diploma legal, mas sim, na Constituição Federal.

17. Neste sentido: AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes. In: LEVY, Daniel. SETOGUI, Guilherme J. Pereira (Coord.). Curso de arbitragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. KOHLBACH DE FARIA, Marcela. Vinculação do árbitro aos precedentes judiciais após a vigência do CPC/2015. TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. Consultor Jurídico.

18. Pesquisa conduzida pelo CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem. Disponível em: https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-ipsos-final.pdf.

19. Conforme art. 102, §2 da Constituição Federal.

20. Conforme 103-A da Constituição Federal.

Ressaltamos que os demais argumentos doutrinários contrários à vinculação dos árbitros à sentença arbitral não são, necessariamente, afetados pela previsão constitucional de vinculação. Isto porque os precedentes constitucionalmente previstos não deixam de ser oriundos de entendimentos dos tribunais estatais, sendo certo ainda que também a aplicabilidade destes precedentes constitucionalmente previstos se relaciona ao mérito da sentença arbitral.

4. Controle da Sentença Arbitral, as consequências possíveis da (in) observância dos precedentes

Se considerarmos que a corrente doutrinária que prevalecerá é a de não vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes constitucionais e precedentes qualificados, seria correto concluir que a não aplicação dos precedentes pelos árbitros não seria capaz de gerar qualquer consequência.

Então, para que a discussão trazida até o momento sobre a vinculação ou não dos árbitros ao sistema de precedentes não tenha como objetivo apenas teorizar os limites da jurisdição arbitral, consideraremos que a doutrina que prevalecerá será a da necessária vinculação dos árbitros aos precedentes.

Assim, podemos analisar quais são as consequências da prolação de uma sentença arbitral que não observa os precedentes constitucionais e precedentes qualificados.

Passamos, então, à análise das possibilidades de anulação de uma sentença arbitral.

4.1. *Causas de Anulação da Sentença Arbitral (art. 32 da Lei de Arbitragem) – ação anulatória de sentença arbitral*

A Lei de Arbitragem restringe bastante a possibilidade de anulação de uma sentença arbitral, seja pelo curto prazo previsto para a propositura de ação anulatória que é de 90 (noventa) dias, seja pela definição das hipóteses de cabimento de ação anulatória.

O artigo 32 da Lei de Arbitragem dispõe que é nula a sentença arbitral quando:

for nula a convenção de arbitragem, considerando que nesta hipótese a própria existência da arbitragem é desafiada;

emanou de quem não podia ser árbitro;

não contiver os requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem²¹;

21. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida.

for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

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

proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, da Lei de arbitragem²²; e

forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem²³.

Pela simples leitura do artigo 32, acima mencionado, observa-se que as hipóteses de nulidade da sentença arbitral tratam de matérias atinentes ao procedimento em si da arbitragem e o cumprimento de requisitos formais. As hipóteses de nulidade da sentença arbitral não contemplam a reanálise do mérito da decisão.

Nesse ponto, nos interessa tratar de três incisos específicos do artigo 32, que, embora não tratem do mérito da sentença, tornam a sua análise necessária.

O inciso VII trata de sentença na qual se observa o desrespeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Aqui, se observa que o inciso trata de preceitos de ordem pública cuja inobservância tem como consequência a anulação da sentença arbitral. Trataremos de forma mais específica a aplicação dos preceitos da ordem pública no item 4.3 abaixo.

O inciso III do artigo 32 nos remete aos requisitos da Sentença Arbitral descritos do artigo 26 da mesma lei. Entre os requisitos da Sentença Arbitral, há a previsão, no inciso II do artigo 26, de que “os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade”.

Considerando que um dos requisitos da sentença é a fundamentação da decisão, há uma parcela da doutrina que defende que a sentença arbitral que não se pronuncia e deixa de apreciar um precedente vinculante alegado pela parte seria nula por falta de fundamentação²⁴. É claro que a hipótese aventada deve ser analisada no caso concreto, evitando que esta alegação seja usada como subterfúgio para os que pretendem anular sentenças arbitrais por motivos vis.

O inciso IV do artigo 32 trata da hipótese de nulidade de sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Nesse caso, nos parece claro que, para que seja possível a contraposição da extensão da sentença em relação à convenção de arbitragem, se faz necessária a análise, ainda que objetiva, do mérito da demanda.

22. Tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

23. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

24. Neste sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. Consultor Jurídico: Conjur, 01 nov. 2016. YARSHELL, Flávio Luiz. Ainda sobre o caráter subsidiário do controle jurisdicional estatal da sentença arbitral. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo em Jornadas. XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual, XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Salvador: JusPodivm, 2016.

Com relação a essa previsão legal, nota-se que parte da doutrina – que entende que os precedentes vinculantes se aplicam à arbitragem – defende que, nas arbitragens em que as partes optem pela aplicação do Direito brasileiro e a sentença arbitral não observe os precedentes vinculantes, a sentença será prolatada fora dos limites da convenção de arbitragem, uma vez que, para esses doutrinadores, os precedentes vinculantes integram-se à sistemática do Direito brasileiro. Esclarece-se que esse entendimento não se aplica às sentenças que afastam justificadamente a aplicação de um precedente vinculante especificando as distinções entre o caso concreto e o precedente de aplicação vinculante eventualmente trazido pela parte.

Assim, é possível afirmar que, embora a vinculação dos tribunais arbitrais aos precedentes judiciais seja matéria atinente ao mérito da demanda e sua inobservância não seja causa de nulidade elencada na Lei de Arbitragem, a corrente doutrinária que entende que os precedentes vinculam os árbitros aventa hipóteses nas quais a inobservância desses precedentes poderá levar ao pedido e possível declaração de nulidade da sentença arbitral, seja pela alegação de ausência de fundamentação, seja pela alegação de que a sentença viola os limites do compromisso arbitral.

4.2. *Impugnação ao Cumprimento de Sentença (art. 33, § 3º da Lei de Arbitragem c.c. art. 525 do Código de Processo Civil)*

A Lei de Arbitragem também prevê a possibilidade de impugnação ao cumprimento de sentença, nos casos em que a sentença arbitral é apresentada ao Poder Judiciário como título executivo judicial para execução.

Essa hipótese encontra-se prevista no artigo 33, § 3º,²⁵ da Lei de Arbitragem. Como fundamento da impugnação de sentença, é certo que a parte poderá alegar as matérias elencadas no artigo 32 da Lei de Arbitragem e as matérias previstas no artigo 525 do Código de Processo Civil²⁶.

Assim como todos os pontos trazidos até o momento, destacamos que há uma divergência doutrinária quanto ao prazo para alegação de nulidade da sentença arbitral pelas hipóteses elencadas no artigo 32 da Lei de Arbitragem. Contudo, nesse caso, é possível

25. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

26. Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II - ilegitimidade de parte; III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV - penhora incorreta ou avaliação errônea; V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

identificar que há uma corrente doutrinária predominante, defendida também por um dos autores da Lei de Arbitragem, o Prof. Carlos Alberto Carmona²⁷.

Essa corrente entende que, para que a parte possa fundamentar a impugnação ao cumprimento de sentença nas hipóteses de nulidade da sentença arbitral elencadas no artigo 32, tal medida apenas poderá ser admitida quando a impugnação for apresentada dentro do prazo de 90 (noventa) dias, previsto no § 1º, art. 33 da Lei de Arbitragem²⁸.

Dessa forma, segundo a corrente majoritária, esgotado o prazo decadencial para a propositura da ação anulatória, apenas poderão ser alegadas em sede de impugnação ao cumprimento de sentença as matérias típicas previstas no artigo 525 do Código de Processo Civil.

4.3. *Possibilidade de arguição de nulidade da sentença arbitral por descumprimento de ordem pública*

Outro ponto de necessária deferência é a possibilidade de anulação da sentença arbitral por violação à ordem pública.

É fato que essa não é uma das hipóteses de nulidade da sentença arbitral elencadas no artigo 32 da Lei de Arbitragem. Contudo, o § 1º do artigo 2º da mesma lei descreve que “*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*”.

Assim, embora a lei de arbitragem não elenque a violação à ordem pública como fundamento para a nulidade da Sentença Arbitral, o mesmo diploma veda expressamente a violação à ordem pública.

Aqui, cabe mencionar que o artigo 39 da Lei de Arbitragem, que trata sobre a homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil, estipula que será negada a homologação se o Superior Tribunal de Justiça constatar que a decisão ofende a ordem pública.

Não é necessário um longo exercício lógico para compreender que as sentenças arbitrais brasileiras, assim como as estrangeiras que buscam homologação no Brasil, não podem conter ofensa à ordem pública. Afinal, seria um verdadeiro contrassenso permitir que as sentenças arbitrais nacionais ofendam à ordem pública, enquanto se impede a homologação e a execução de sentenças estrangeiras contendo as mesmas ofensas.

27. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, rev., atual. e ampl. 2009, p. 429-431. No mesmo sentido: CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, rev., ampl. e atual. 2020. E DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

28. § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

Carlos Alberto Carmona aponta, ainda, um agravante à interpretação de que a sentença arbitral brasileira poderia conter ofensa à ordem pública: considerando a redação do artigo 34 da Lei de Arbitragem²⁹, basta que uma sentença seja proferida em território brasileiro para que ela possa ser considerada nacional, assim bastaria que uma sentença arbitral fosse proferida em território nacional para tornar válida uma decisão que contém ofensas à ordem pública sem que esta decisão possa ser questionada³⁰.

Como consequência dessa linha argumentativa, conclui-se que as sentenças arbitrais que ofenderem à ordem pública são passíveis de anulação.

Neste ponto, Rodrigo Fux e Luis Felipe Salomão afirmam que *“a negativa de aplicação do precedente vinculante, além de violar os limites impostos pela cláusula compromissória o/ou compromisso arbitral que elegera o direito brasileiro, também atenta contra a ordem pública brasileira (...)”*³¹. Assim, considerando o posicionamento doutrinário de que a negativa de aplicação de precedente vinculante configura atentado à ordem pública, é possível que este também seja um argumento para anulação de uma sentença arbitral que não observa o sistema de precedentes vinculante.

5. Impossibilidade de Reclamação em face de sentenças arbitrais

Sucintamente, a reclamação, prevista nos artigos 102, I, “i” e 105, I, “f”, da Constituição Federal é o remédio processual que tem como objetivo assegurar a aplicação de determinados precedentes pelo Poder Judiciário.

A questão que se levanta é: caberia reclamação em face de decisão contrária aos precedentes constitucionalmente previstos?

Nos parece haver um consenso doutrinário sobre a impossibilidade de reclamação contra sentenças arbitrais. A doutrina, no entanto, diverge sobre a fundamentação. É

29. Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

30. “A perplexidade aumentaria ainda mais num sistema como o nosso - ancorado com simplicidade no art. 34 da Lei da Arbitragem -, onde basta que um laudo seja proferido no território brasileiro para que seja considerado nacional. Em outras palavras: se o legislador não levasse em consideração, como causa de anulação da sentença arbitral (nacional), a violação à ordem pública, todas as arbitragens certamente viriam dar em território nacional (todos os atos seriam praticados no exterior e apenas a sentença arbitral seria proferida no Brasil, o que tornaria a sentença arbitral - ad absurdo - imune a qualquer ataque por força de ofensa à ordem pública!).” CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 417-418. No mesmo sentido: MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 184; FARIA, Marcela Kohlbach de. Ação anulatória da sentença arbitral: aspectos e limites. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 173;

31. SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. Migalhas, 30 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/54104E121B07DF_Arquivo-artigo.pdf. Acesso em: 02 fev. 2023.

possível, contudo, identificar dois fundamentos principais para o descabimento da reclamação contra sentenças arbitrais.

O primeiro refere-se à alegação de que os árbitros não integram o Poder Judiciário e não estão sujeitos à estrutura hierárquica que serve como alicerce do provimento da reclamação³².

O outro fundamento é que a Súmula 734 do Supremo Tribunal Federal³³ e o artigo 988, § 5º, do Código de Processo Civil³⁴, definem que a reclamação não é cabível para desafiar a coisa julgada. Assim, considerando que a sentença arbitral é definitiva a partir de sua prolação, conforme artigo 29 da Lei de Arbitragem³⁵, esse remédio processual não pode ser aplicado à arbitragem.

Conclusão

Considerando todas as considerações feitas, concluímos que: (i) não há consenso doutrinário sobre a vinculação ou não dos árbitros aos precedentes vinculantes; (ii) a corrente doutrinária que defende a vinculação dos árbitros aos precedentes sustenta que a não observância desses precedentes torna a sentença arbitral nula, seja pela ausência de fundamentação, seja pela violação ao compromisso arbitral, ou ainda pela violação a ordem pública; e (iii) a não observância dos precedentes vinculante não torna a sentença arbitral objeto de reclamação constitucional.

Bibliografia



32. Neste sentido: ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 625. E MACÊDO, Lucas Buril; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? Revista de Processo, São Paulo, v. 305, p. 377-399, jul. 2020.
33. Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do supremo tribunal federal.
34. § 5º É inadmissível a reclamação: I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;
35. Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

8.

ARBITRAGEM E PUBLICIDADE

DANIEL FERREIRA BRANTES¹

OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA²

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA³

1. Pós-Doutor pela UERJ. Doutor em Direito pela PUC-Rio. CEO do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA. Senior Researcher da South Ural State University – National Research University na Rússia. Professor de Arbitragem no Mestrado da Ambra University. Editor-Chefe da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR e do International Journal of Law in Changing World – IJLCW. Fellow do Chartered Institute of Arbitrators – CI Arb. E-mail: daniel.brantes@gmail.com.
2. Doutor (2008) e Mestre (2002) em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor do Programa de Doutorado, Mestrado, Especialização e Graduação em Direito da UNAERP, onde atua como Coordenador Geral da Pós-Graduação lato sensu em Direito. Professor convidado de cursos de pós-graduação. Membro de listas de árbitros de diversas Instituições Arbitrais, com experiência como Presidente e Coárbitro em Direito Privado e Público. Membro da Comissão Especial de Arbitragem do Conselho Federal da OAB (2019/2021 e 2022/2025). Coordenador Acadêmico do Canal Arbitragem. Coordenador da Coluna Observatório da Arbitragem no site Migalhas. Autor de livros. Procurador do Estado de São Paulo desde 1998. E-mail: olavoferreira@hotmail.com.
3. Pós-Doutor pela Fordham University School of Law (Nova York). Doutor em Direito pela UVA-RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. Árbitro e consultor jurídico. E-mail: contato@roaa.adv.br.

Introdução

O presente capítulo possui como objetivo geral abordar a aplicação da publicidade na arbitragem e, por conseguinte, a confidencialidade e seus aspectos.

Para isto, estabelecemos como objetivos específicos a análise dos aspectos gerais da publicidade nos procedimentos, bem como análise da publicidade na arbitragem que envolve entes da administração pública no Brasil, em seus Estados e, de forma comparativa, em Portugal. Por último, dissertamos sobre o PL 3.293/2021 que visa alterar a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) mitigando a confidencialidade.

Utilizamos apenas fontes de consulta primárias com foco na principal literatura corrente nacional e estrangeira sobre o tema. A abordagem do artigo é descritiva e prescritiva uma vez que descrevemos a aplicação da publicidade e também realizamos sugestões de sua aplicação.

A publicidade anda abraçada com a confidencialidade como yin e yang (também descritos como a lua e o sol, ou seja, a claridade do dia e a escuridão da noite), energias opostas e, no entanto, complementares. Na arbitragem o equilíbrio energético do binômio publicidade/confidencialidade deve ser sempre estabelecido pela vontade das partes e não pela legislação (com exceção da arbitragem que envolve entes da administração pública por se tratar de princípio constitucional). Portanto, tratar de todos os aspectos da publicidade na arbitragem e da confidencialidade é reflexão necessária e perene.

1. Aspectos gerais da publicidade na arbitragem

A possibilidade de confidencialidade é considerada como importante vantagem da arbitragem, quando eleita pelas partes, já que não automática ou presumida, diante da inexistência de previsão legal nesse sentido⁴, viabilizando que o segredo do negócio seja preservado⁵, como por exemplo em casos de transferência de tecnologia, problemas técnicos de produtos, estratégias comerciais, dentre outros.

Enquanto o processo judicial, em regra, é público, o processo arbitral pode ser sigiloso, por força da convenção de arbitragem ou pelas normas da instituição arbitral aceita pelas partes, salvo se o processo tiver como parte a Administração Pública, já que aplicável o princípio da publicidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal⁶, reafirmado pelo artigo 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, sob pena de nulidade⁷.

4. Nesse sentido Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, Código de Processo Civil, nota 2 ao art. 3º da Lei 9.307/96, p. 1395.

5. Sobre tutela jurídica concreta do segredo do negócio vide S. R. EPSTEIN, *Craft Guilds, Apprenticeship, and Technological Change in Preindustrial Europe*, *The Journal of Economic history*, Vol. 58, n.º 3 (1998), pp. 702-705.

6. Nesse sentido Luciana Nardi, A arbitragem na administração pública, *Valor Econômico*, São Paulo, 11 abril 2006, p. E-2.

7. “Revela-se atentatório aos preceitos constitucionais o estabelecimento de cláusula na qual se exige o sigilo na arbitragem, não podendo o Município a ela se submeter ante a indisponibilidade do direito em discussão, traduzindo um atentado à soberania quedar-se o componente

A Lei 9.307/96 não prevê expressamente a confidencialidade como regra obrigatória, mas no rol dos deveres dos árbitros, o artigo 13, § 6º, prevê que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Também o artigo 189, IV, do Código de Processo Civil de 2015 prevê o segredo de justiça em processos que versem sobre arbitragem, inclusive sobre o cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo⁸.

Contudo, na prática, verificamos que a confidencialidade é regra nas arbitragens, diante de previsão no regulamento de arbitragem da instituição escolhida ou mediante disposição expressa na cláusula compromissória. Dentre as instituições arbitrais brasileiras que contêm previsão expressa da confidencialidade do procedimento arbitral, podemos citar exemplificativamente: artigo 17 das regras do CBMA⁹, artigo 39 das regras da CCBC¹⁰; artigos 10 e 20.1 das regras Amcham¹¹; artigo 13.1 das regras da Camarb¹²; e artigos 46 e 47 das regras da FGV¹³. No exterior também a confidencialidade é regra no procedimento

da Federação, genuflexo, às leis alienígenas”, TJ-RJ, 13ª Câ. Dir. Priv., AI 0005615-64.2003.8.19.0000, j. 29.10.2003, unânime. Caso exista alguma informação ou documento sigiloso, cabe à parte a demonstração do fundamento legal, nesse sentido o ENUNCIADO 89 das II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: “Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, cabe à parte interessada apontar as informações ou documentos que entende sigilosos, indicando o respectivo fundamento legal que restringe sua publicidade”, disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe-298563b6fa2849c6669, acesso em 29/05/2022.

8. “Conflito de competência entre juízo estatal e arbitral. Pedido de tramitação sob segredo de justiça. Necessidade de comprovação da contratação de confidencialidade no procedimento arbitral, na forma exigida pelo art. 189, IV, do CPC/2015”, STJ, CC 151.130, j. 09.03.2017, monocrática (decisão reconsiderada pela PET no CC 151.130). “Cumprimento de carta arbitral. Comprovação de que o procedimento arbitral é confidencial. Aplicação do segredo de justiça ao processamento da carta arbitral”, TJSP, 1ª Câ. Res. Dir. Emp., AI 2025056-45.2016.8.26.0000, j. 15.06.2016, unânime. “Ação de nulidade de sentença arbitral. Tramitação sob segredo de justiça, pois comprovada a existência de cláusula confidencialidade”, TJSP, 2ª Câ. Res. Dir. Emp., AI 2040522-11.2018.8.26.0000, j. 23.05.2018, unânime. Contudo, “embora o CPC/2015 garanta o segredo de justiça para processos que versem sobre arbitragem e possuam cláusula de confidencialidade, tal garantia não se estende a determinados atos, como o protesto contra alienação de bens”, TJSP, 1ª Câ. Res. Dir. Emp., Apel 2051878-71.2016.8.26.0000, j. 20.04.2016, unânime.
9. Disponível em <https://cbma.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>, acesso em 16/02/2023.
10. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-2022/>, acesso em 16/02/2023.
11. Disponível em: <https://estatico.amcham.com.br/arquivos/2018/arbitragem-comercial-regulamento.pdf>, acesso em 25/10/2018.
12. Disponível em: <http://camarb.com.br/regulamento-de-arbitragem/>, acesso em 25/10/2018.
13. Disponível em: <https://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-mediacao-e-arbitragem>, acesso em 25/10/2018.

arbitral, podemos citar exemplificativamente: artigo 8º do Estatuto da ICC¹⁴, o artigo 40 do regulamento das arbitragens internacionais da ICDR¹⁵, braço internacional da AAA, o artigo 30 do regulamento da LCIA¹⁶.

Todavia, as partes poderão afastar a confidencialidade¹⁷, mas estarão sujeitas a acesso a segredos empresariais, eventuais defeitos de produtos ou serviços, aspectos contábeis, o que não se recomenda, conforme doutrina de Cândido Rangel Dinamarco citando Carnelutti: “não sem uma gota de cinismo, também se aponta entre as vantagens da arbitragem a defesa contra possíveis riscos fiscais da publicidade dos negócios e da contabilidade das partes”¹⁸.

Há polêmica acerca da constitucionalidade do artigo 189, IV, do Código de Processo Civil, existindo três correntes sobre o tema:

a) Inconstitucionalidade: a 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 2263639-76.2020.8.26.0000¹⁹,

14. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf/>, acesso em 16/02/2023.

15. Disponível em: https://www.icdr.org/rules_forms_fees, acesso em 16/02/2023.

16. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2030, acesso em 16/02/2023.

17. Nesse sentido Marcos André Franco Montoro, *Flexibilidade do Procedimento Arbitral*, Tese de doutorado defendida na USP, 2010.

18. A arbitragem na teoria geral do processo, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 32.

19. “Indefiro a tramitação do processo em segredo de justiça, em razão da inconstitucionalidade do artigo 189, IV, do CPC. Segundo referida norma, tramitarão em segredo de justiça os processos ‘que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo’. Entretanto, a inovação introduzida pela Lei nº 13.105/2015 é incompatível com o artigo 5º, LX, e com o artigo 93, IX, da CF. Segundo o artigo 5º, LX, ‘a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem’. Como se observa, a regra é a publicidade, que apenas pode ser restringida para salvaguardar a intimidade ou o interesse social. Outrossim, tratando-se de regra restritiva de direitos (a possibilidade de a lei limitar a publicidade dos atos processuais), por hermenêutica, sua interpretação deve necessariamente ser restritiva. Caso assim não fosse, estar-se-ia admitindo que o legislador infraconstitucional poderia ampliar as restrições de direitos estabelecidas pela Constituição, diminuindo, por consequência, a proteção de direitos tidos (pelo próprio constituinte) como de maior valia. Nesse sentido, os incisos I, II e III, do artigo 189 do CPC instrumentalizam de forma restritiva a exceção autorizada pelos artigos 5º, LX, e 93, IX, da CF, o que apenas não é observado no inciso IV, que amplia o segredo para além da intimidade e do interesse social, visando proteger interesses estritamente particulares. Ora, o artigo 189, IV, do CPC prestigia interesses puramente privados, destacando, por um lado, o interesse do tribunal arbitral, que por razões próprias estabeleceu genericamente o sigilo dos seus procedimentos e, por outro, o interesse das partes envolvidas no litígio, que preferem manter a controvérsia em segredo. Vale destacar que diante do mesmo litígio, sem previsão de arbitragem, eventual cláusula de confidencialidade provavelmente seria insuficiente para que fosse determinado o segredo de justiça. Logo, por uma perspectiva geral e abstrata (portanto, dissociada do

recusou a aplicação do sigilo processual previsto no artigo 189, IV, do CPC a uma ação anulatória de sentença arbitral, com fundamento na aplicação do artigo 93, IX, da Constituição Federal²⁰. O caso foi julgado em 02/03/2021 pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. No mesmo sentido, vide decisão monocrática do Desembargador Azuma Nishi, na Apelação Cível nº 1048961-82.2019.8.26.0100, datada de 15 de março de 2021 e **Apelação Cível nº 1031861-80.2020.8.26.0100, julgada em 01 de julho de 2021**. Nessa esteira, José Rogério Tucci:

“Concluo, em apertada síntese, salientando que a razão primordial da convincente *ratio decidendi* deste acórdão encontra-se, sobretudo, nas partes que destaquei, no sentido de que, não se estivesse no terreno da arbitragem, jamais seria decretado o regime de publicidade restrita, visto que a natureza do objeto litigioso do processo arbitral, cuja sentença se pretende anular por meio da referida demanda, não se caracteriza por qualquer peculiaridade, de interesse público ou social, a justificar a restrição da publicidade”²¹.

caso concreto), a regra do artigo 189, IV, do CPC não preserva a intimidade ou o interesse social, valores estes que, aliás, já estão abrangidos nos incisos I, II e III. Na contramão, o artigo 189, IV, do CPC possibilita que as orientações do Poder Judiciário sejam conhecidas apenas por poucos advogados e poucos julgadores, sendo desconhecidas pelo jurisdicionado. Aliás, o novo Código de Processo Civil prestigia a segurança e a previsibilidade, fortalecendo a influência dos precedentes e da jurisprudência. Ademais, tal restrição à publicidade obsta o conhecimento e o controle social sobre temas relevantíssimos, inclusive por pessoas relacionadas de forma direta ou indireta com o litígio (como, por exemplo, os acionistas de companhias abertas), em razão da absoluta falta de acesso aos processos e aos provimentos jurisdicionais, seguido pela absoluta falta de acesso aos procedimentos arbitrais. Por consequência, há evidente prejuízo à tomada de decisões por pessoas que desconhecem a forma pela qual as normas abstratas são concretizadas, o que, ademais, sem razoabilidade, gera situação favorável aos pouquíssimos que têm acesso às informações socialmente tão relevantes”. Agravo de Instrumento nº 2263639-76.2020.8.26.0000. No mesmo sentido na mesma Câmara vide Agravo de Instrumento 2145785-27.2021.8.26.0000; e Agravo de Instrumento nº 2193571-67.2021.8.26.0000 dentre outros.

20. CF/88, “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.
21. Inconstitucionalidade do sigilo de processo judicial sobre arbitragem, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/paradoxo-corte-inconstitucionalidade-sigilo-processo-judicial-arbitragem>, acesso em 17/05/2021.

Importante salientarmos nossa posição no sentido da nulidade da respeitável decisão²², diante da violação da cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal), reafirmada pela Súmula Vinculante nº 10²³, já que a decisão compete ao Órgão Especial.

b) Constitucionalidade: em sentido contrário à quebra do segredo de Justiça, argumenta-se que o segredo do negócio deve ser observado, já que firmado em acordo de vontade das partes, conforme salienta Haroldo Verçosa²⁴.

Igualmente Thiago Marinho Nunes²⁵ defende a “essencialidade do segredo de negócio, o qual constitui elemento protegido pelas cláusulas constitucionais da livre iniciativa (CF 1.º IV e 170 *caput*) e da livre concorrência (CF 170 IV), com suas repercussões na legislação infraconstitucional (v.g. proteção contra o crime de concorrência desleal tipificado na LPI 195 XI e XI e § 1.º e infração à ordem econômica descrita na Lei 8884/94 21 XVI)”.

No sentido da constitucionalidade do segredo de justiça, previsto para as ações que versem sobre arbitragem, em 13 de setembro de 2021, a 33ª Câmara de Direito Privado do TJSP deu provimento ao Agravo de Instrumento 2071707-62.2021.8.26.0000 para determinar a tramitação em segredo de justiça em processo judicial versando sobre arbitragem, cujo termo de arbitragem previu expressamente o sigilo de todas e quaisquer informações relacionadas à arbitragem, citando vários precedentes²⁶.

Acrescenta o autor:

“A própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (‘STJ’), antes mesmo da reforma do CPC em 2015 já possuía entendimento consolidado da admissão do

22. Cf. artigo disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/346636/tj-sp-viola-a-confidencialidade-da-arbitragem-e-a-clausula>, acesso em 03/06/2022.

23. Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

24. Quebra judicial indiscriminada do sigilo na arbitragem: análise da jurisprudência recente do TJ/SP, FGV Blog de Arbitragem, disponível em: <https://www.fgvblogdearbitragem.com.br/post/quebra-judicial-indiscriminada-do-sigilo-na-arbitragem-an%C3%A1lise-da-jurisprud%C3%Aancia-recente-do-tj-sp>, acesso em 20/05/2021.

25. Revisitando a confidencialidade na arbitragem, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/344369/revisitando-a-confidencialidade-na-arbitragem>, acesso em 27/04/2021.

26. No mesmo sentido no TJ/SP: Agravo de Instrumento nº 2065068-28.2021.8.26.0000, Relator Desembargador Luis Fernando Nishi, j. 17/02/2022; Agravo de Instrumento nº 2259754-88.2019.8.26.0000, Relator: Des. Rebello Pinho, 20ª Câmara de Direito Privado, julgado em 3/2/2020; TJ/SP, Apelação nº 1027424-93.2020.8.26.0100, Relator: Des. Maia da Rocha, 21ª Câmara de Direito Privado, julgado em 14/6/2021; TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2122048-29.2020.8.26.0000, Relator: Des. Alexandre Lazzarin, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 29/10/2020.

‘processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico’²⁷.

c) Regra é a publicidade, necessidade de demonstração no caso concreto da necessidade do sigilo: posição intermediária é de Peter Sester²⁸, sustentando que:

“Não existe nenhuma jurisdição relevante que trate as sentenças anulatórias de forma confidencial (e.g., USA, UK, Suíça, França, Áustria ou Alemanha). Até na Suíça, famosa por ser *super arbitration friendly*, as sentenças anulatórias são públicas, apenas anonimizadas, ao proteger a identificação das partes, seus respectivos patronos e os árbitros”.

Acrescenta Sester:

“Na nossa opinião, apenas a sentença anulatória deveria ser, em regra, pública, a não ser que uma parte interessada alegue e comprove interesses que justifiquem a exceção. Por exemplo, um contrato de acionistas de uma empresa familiar contém informações íntimas daquela família. Vale lembrar que informações que eram sensíveis no momento da celebração do instrumento serão, muitas vezes, cinco ou dez anos depois completamente irrelevantes. E, portanto, não podem justificar uma exceção da publicidade da sentença anulatória. Na nossa visão, a solução suíça é a melhor: publicidade da sentença arbitral, mas de forma anonimizada. Todavia, temos de reconhecer que a maioria das jurisdições relevantes na arbitragem internacional publicam as anulatórias sem anonimizar”.

Adotamos a corrente no sentido da constitucionalidade da previsão legal em tela, interpretando o artigo 93, IX, da Constituição Federal sem desprezar os mandamentos constitucionais da livre-iniciativa (CF, 1º, IV, e 170, *caput*) e da livre concorrência (CF, 170, IV), que protegem o segredo do negócio, além da autonomia constitucional da vontade, aplicando-se a interpretação sistemática²⁹ ou de acordo com o princípio da

27. Op. Cit.

28. Interpretação Constitucional do artigo 189, *caput* e inciso IV, do CPC, FGV Blog de Arbitragem, disponível em: <https://www.fgvblogdearbitragem.com.br/post/interpreta%C3%A7%C3%A3o-constitucional-do-artigo-189-caput-e-inciso-iv-do-cpc>, acesso em 20/05/2021.

29. André Ramos Tavares leciona: “Sendo a Constituição um sistema, deve-se admitir coesão entre as normas, de maneira a considerá-las ordenadas e perfazendo um corpo harmônico”, Curso de direito constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84. Virgílio Afonso da Silva trata da proibição da interpretação isolada, concluindo que o princípio da unidade em nada se diferencia da interpretação sistemática, tratando-se de uma confirmação de que ele também vale no âmbito constitucional, Interpretação constitucional e sincretismo metodológico, In: *Interpretação constitucional*, p. 125. Como bem ressaltou Eros Roberto Grau: “Não se interpreta o direito em tiras”, explicando que “não se interpretam texto de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo”, Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113.

unidade³⁰, mantendo-se o sigilo do negócio quanto ao direito disponível, já que diz respeito somente às partes. Todavia, diante do posicionamento contrário da 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça anteriormente relatado, recomendável que as partes demonstrem a necessidade da manutenção do segredo de justiça, diante das peculiaridades do caso concreto.

A Resolução nº 421 do CNJ, de 29 de setembro de 2021, que estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional em matéria de arbitragem e dá outras providências, prevê em seu art. 4º que “Desde que a confidencialidade do procedimento arbitral seja comprovada, os pedidos de cooperação judiciária entre juízos arbitrais e órgãos do Poder Judiciário deverão observar o segredo de justiça, na forma prevista no artigo 189, IV, do Código de Processo Civil, e no artigo 22-C, parágrafo único, da Lei de Arbitragem”.

Ainda, o Enunciado nº 99 da II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios, do Conselho da Justiça Federal, dispõe que “O art. 189, IV, do Código de Processo Civil é constitucional, devendo o juiz decretar segredo de justiça em processos judiciais que versem sobre arbitragem, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”³¹.

Importante lembrarmos que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem decidido pela validade da previsão do art. 189, II, do CPC quanto ao divórcio, onde só se discute partilha de bens entre maiores e capazes, já que o divórcio não é controvertido³², inexistindo motivo para distinção entre o segredo da partilha de bens e dos interesses disputados na arbitragem, ambos patrimoniais disponíveis.

30. Canotilho leciona: “O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão (cfr. supra, Cap. 2.7D-IV) existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”, *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227-228.

31. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe-298563b6fa2849c6669, acesso em 29/05/2022.

32. No TJ-SP vide: Agravo de Instrumento 2110621-35.2020, julgado pela 2ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2103902-71.2019, julgado pela 3ª Câmara de Direito Privado.

2. A publicidade na arbitragem com a administração pública

A arbitragem na Administração Pública deve respeitar o princípio da publicidade, na forma do art. 37, *caput*, da CRFB e do art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996, alterada pela Lei 13.129/2015.

Saliente-se, ainda, que a publicidade e a transparência na atuação administrativa são fundamentais para efetividade do controle social (sociedade civil) e institucional (Procuradorias estatais, Ministério Público, Tribunais de Contas etc.).

A confidencialidade³³, característica tradicional do procedimento arbitral, cede espaço para publicidade, inerente aos processos envolvendo a Administração Pública, o que não impede o sigilo em situações excepcionais, quando houver risco à segurança da sociedade ou do Estado ou informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.³⁴

O dever de publicidade incumbe, em princípio, à Administração Pública, que deverá promover a divulgação dos atos relacionados à arbitragem. Trata-se da publicidade ativa, com a divulgação das informações, independentemente de solicitação de interessados. A instituição privada especializada, que administra o procedimento arbitral, é mera prestadora de serviço e, por consequência, na qualidade de contratada, não teria obrigação de dar publicidade aos atos do

33. De acordo com Felipe Estefam, a confidencialidade não se confunde com a privacidade. Enquanto a confidencialidade diz respeito à obrigação de não divulgar informações sobre a arbitragem, “a privacidade refere-se à participação no procedimento arbitral das partes e os necessariamente envolvidos, facultando-se a participação de terceiros na medida do possível”. ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Cláusula arbitral e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 60. De forma semelhante, vide: GRION, Renato Stephan. Procedimento II. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 213-215.

34. De forma semelhante, o Enunciado 4 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CEJ/CJF dispõe: “Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro.” Em âmbito federal, o art. 3º, IV do Decreto federal 10.025/2019 dispõe que “as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira”. No Estado do Rio de Janeiro, o Decreto 46.245/2018 dispõe: “Art. 13 – Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público. § 1º – Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do processo arbitral as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza”. O Decreto 64.356/2019 do Estado de São Paulo prevê: “artigo 12 – Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. § 1º – Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congêner e decisões dos árbitros.”

procedimento arbitral, mediante publicação em Diário Oficial. A definição da questão da publicidade (ativa e passiva), contudo, pode ser disciplinada nos respectivos regulamentos de arbitragem.³⁵

A publicidade, em nosso sentir, não inviabiliza a utilização da arbitragem nas contratações públicas.³⁶

Em primeiro lugar, a confidencialidade, ainda que seja comum nas arbitragens, não constitui característica obrigatória e impositiva do procedimento arbitral. Cabe ressaltar que a Lei de Arbitragem Brasileira (Lei 9.307/1996) não traz previsão da confidencialidade que terá, portanto, natureza contratual nos termos da convenção de arbitragem e/ou do regulamento da instituição de arbitragem. Pode-se inferir a regra da confidencialidade no procedimento arbitral no momento em que a reforma da Lei de Arbitragem Brasileira de 2015 (Lei 13.129/2015) insere o art. 2º, § 3º, obrigando a publicidade em arbitragens que envolvam entes da administração pública direta e indireta.³⁷

A própria utilização da arbitragem depende do prévio consenso das partes que podem preferir a via arbitral ainda que haja a publicidade do procedimento, o que aconteceria, de qualquer forma, na via judicial. Nesse caso, as decisões, o julgamento e os demais atos praticados devem ser públicos e transparentes.

35. SCHIMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na administração pública*. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p. 59. Em âmbito federal, o art. 3º, § 1º, do Decreto 10.025/2019 dispõe que, salvo convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações. Por outro lado, o art. 13, § 2º, do Decreto 46.245/2018 Estado do Rio de Janeiro dispõe que a Procuradoria-Geral do Estado disponibilizará os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado. No Estado de São Paulo, o art. 12, § 2º, do Decreto 64.356/2019 consagrou o dever de publicidade ativa (e não meramente passiva) ao impor que, independentemente de requerimento de interessados, a Procuradoria-Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores.

36. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 8. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 280.

37. Em apelação em mandado de segurança interposta pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA em face da Receita Federal que intimou o Centro para obter informações de terceiros em procedimentos arbitrais pelo qual o centro se recusou em prol do princípio da confidencialidade previsto no art. 17 de seu Regulamento de Arbitragem. Nesse sentido, o Desembargador Marcus Abraham considerou que a confidencialidade do procedimento arbitral pode ser extraída, de forma teleológica, do artigo 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, que enuncia que somente a arbitragem que envolve a Administração Pública respeitará o princípio da publicidade. Portanto, estaria a lei excluindo a aplicação do princípio da publicidade da arbitragem entre particulares. Citou ainda o artigo 189, IV, do CPC que garante o segredo de justiça a atos processuais que versem sobre arbitragem, inclusive cumprimento de carta arbitral, se a confidencialidade for estipulada pelas partes (Tribunal Regional Federal 2ª Região – Apelação em Mandado de Segurança nº 0017682-42.2013.4.02.5101, Quarta Turma Especializada, DJe 02.03.2020). Sobre o julgado vide comentário FERREIRA, Daniel B.; SCHMIDT, Gustavo da R.; OLIVEIRA, Rafael C. R. *Inexistência de Obrigação das associações que prestam serviços de arbitragem em fornecer informações de terceiros ao Fisco*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 65, abr.-jun. 2020, pp. 339-350.

Em segundo lugar, o princípio constitucional da publicidade não impede o sigilo de documentos ou procedimentos em casos excepcionais. É o que ocorre, por exemplo, nos próprios processos judiciais, submetidos ao segredo de Justiça, bem como em relação aos documentos respaldados pelo sigilo e/ou reserva de jurisdição.

Registre-se, neste ponto, que a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), permite o sigilo em duas hipóteses: a) informações classificadas como sigilosas, consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado (art. 23); e b) informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 31).

Em consequência, a publicidade na arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil não afasta a confidencialidade e o sigilo de atos e documentos que possam colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado ou que envolvam informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

A definição da questão da publicidade (ativa e passiva), contudo, pode ser disciplinada nos respectivos regulamentos de arbitragem.

Em âmbito federal, o art. 3º, inciso IV, do Decreto federal 10.025/2019 dispõe que as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

De acordo com o art. 3º, § 1º, do Decreto federal 10.025/2019, ressalvada a existência de convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações.

Nos Decretos estaduais do Rio de Janeiro e de São Paulo a questão relacionada à amplitude e ao procedimento para efetivação do princípio da publicidade recebeu tratamento mais detalhado.

O art. 13, *caput* e § 1º, do Decreto 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro garante a publicidade das petições, dos laudos periciais e das decisões dos árbitros de qualquer natureza, com a ressalva das hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público. Cabe ao tribunal arbitral decidir sobre o sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes art. 13, § 4º).

A implementação da publicidade, no entanto, depende de requerimento do interessado direcionado à Procuradoria-Geral do Estado, na forma do art. 13, § 2º, do Decreto estadual 46.245/2018. Quanto à instituição de arbitragem, a publicidade envolve a apresentação, quando consultada, de informações sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido (art. 13, § 5º).

As audiências arbitrais se submetem ao princípio da privacidade,³⁸ sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas,

38. É importante destacar que a confidencialidade não se confunde com a privacidade. Enquanto a confidencialidade diz respeito à obrigação de não divulgar informações sobre a arbitragem, “a privacidade refere-se à participação no procedimento arbitral das partes e os necessariamente envolvidos, facultando-se a participação de terceiros na medida do possível”. ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Cláusula arbitral e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 60.

assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral (art. 13, § 3º, do Decreto estadual 46.245/2018).

No Estado de São Paulo, por sua vez, o art. 12, *caput* e § 1º, do Decreto estadual prevê a publicidade das petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. O art. 12, § 2º, do Decreto estadual prevê a publicidade ativa por parte da Procuradoria-Geral do Estado, com a disponibilização dos referidos atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores, independentemente de requerimento dos interessados. Quanto às audiências, o art. 12, § 3º, do Decreto dispõe que a presença e participação poderão ser reservada aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

A partir dos atos regulamentares analisados, verifica-se a ausência de uniformidade no tratamento do princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam as entidades da Administração Pública brasileira.

Em Portugal, o art. 30º³⁹ do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) trata especificamente da publicidade de todo processo administrativo.⁴⁰ De acordo com o referido dispositivo normativo, o processo administrativo é público, assim como as sentenças são públicas e devem ser objeto de publicação obrigatória virtualmente em base de dados de jurisprudência. A publicação da decisão deve informar o Tribunal que proferiu a decisão, identificar os árbitros, informar a data da decisão e indicar a motivação e a fundamentação da decisão. Já o art. 185-B do mesmo diploma legal trata especificamente da publicidade das decisões arbitrais asseverando que deverão ser publicadas por via informática em base de dados do Ministério da Justiça e que estas somente poderão ser executadas após do depósito no sítio eletrônico.⁴¹

39. Artigo 30.º – Publicidade do processo e das decisões – 1 – O processo administrativo é público, com as restrições previstas na lei, processando-se o acesso nos termos e condições previstos na lei processual civil; 2 – Os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e dos Tribunais Centrais Administrativos, bem como os acórdãos e sentenças dos tribunais administrativos de círculo são objeto de publicação obrigatória por via informática, em base de dados de jurisprudência; 3 – Do tratamento informático devem constar pelo menos a identificação do tribunal que proferiu a decisão e dos juízes que a subscreveram, a data e o sentido e os fundamentos da decisão. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis>. Acesso em: 28.07.2020.

40. No Brasil, igualmente os processos administrativos também devem respeitar o princípio da publicidade, na forma do art. 37, *caput*, da CRFB, do art. 2º, parágrafo único, V, da Lei 9.784/1999 e das disposições contidas na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). Sobre o princípio da publicidade, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo: Método, 2020, p. 39-43.

41. Sobre o tema da publicidade da decisão arbitral em Portugal vide SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco. *A publicidade das decisões arbitrais administrativas: Algumas Reflexões*. Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL, AAFDL, Lisboa, 2018, pp. 18, pp. 57-182.

É possível perceber que, em Portugal, o dever de publicidade é específico com relação a sentença arbitral que envolve a Administração Pública. No Brasil, tal publicidade é mais ampla como vimos nos decretos dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, que exigem a publicidade das petições, dos laudos periciais e das decisões dos árbitros de qualquer natureza. O Decreto federal, no entanto, não especifica em seu art. 3º, IV, que atos do procedimento arbitral deverão ser publicados.

De lege ferenda, cabe mencionar o artigo 13º da Proposta de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária elaborada pelo Grupo de Trabalho constituído pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados avança, positivamente, no tratamento da publicidade, com a fixação do prazo de cinco dias para a publicação decisão arbitral, a contar do depósito do tribunal arbitral junto do Ministério da Justiça, com a exigência de publicidade das provas produzidas em audiência, tanto na arbitragem institucional, quanto na *Ad Hoc*, com a preservação dos ficheiros de gravação de provas produzidas.⁴²

3. *Status* da publicidade na arbitragem com ente da administração pública no Brasil e Portugal

Portugal, ao contrário do Brasil que é uma República Federativa, é um Estado Unitário. O Brasil é descentralizado politicamente e administrativamente (possuindo 26 estados, o distrito federal e 5.570 municípios) enquanto Portugal é descentralizado apenas administrativamente (possuindo 18 distritos e duas regiões autônomas que são divididos em 308 concelhos e 3.091 freguesias). A centralização política impacta diretamente no modelo estabelecido de publicidade das decisões arbitrais posto que enquanto em Portugal apenas uma entidade possuirá tal incumbência (Ministério da Justiça), no Brasil terá a incumbência o ente da administração pública direta que for parte (ou entidade da administração pública indireta que o represente) na arbitragem podendo este ser município, estado ou união.

Citamos no ponto anterior o Decreto Federal 10.025/2019, Decreto 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro e o Decreto 64.356/2019 do Estado de São Paulo e como pudemos perceber não há uniformidade nos textos com relação a que atos deverão ser públicos bem como a forma de publicação ou de acesso às informações. O Decreto Federal 10.025/2019 afirma apenas em seu art. 3º, IV, que as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas não trazendo de forma pormenorizada quais seriam essas informações. Tal encargo restará à Câmara Arbitral que administra o procedimento (art. 3º, § 1º, do Decreto 10.025/2019). Já os Decretos 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro e o 64.356/2019 do Estado de São Paulo em seus arts. 13 e 12 respectivamente são mais específicos sobre as informações que deverão ser publicadas. Vejamos na tabela infra as distinções entre os três decretos:

42. SERRÃO, Tiago et. al (Coord.). *Arbitragem Administrativa: Uma proposta*. Coimbra: Almedina, 2019.

	Decreto Federal 10.025/2019	Decreto 46.245/2018 do RJ	Decreto 64.356/2019 de SP
Dispositivo legal	Art. 3º, IV	Art. 13	Art. 12
Informações que devem ser disponibilizadas	Não especifica as informações. Afirma apenas que serão públicas.	Petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza	Petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros.
Órgão Responsável pela publicidade	Câmara Arbitral (Art. 3º, § 1º)	Procuradoria-Geral do Estado (mediante requerimento do interessado) e Câmara Arbitral quando consultada	Procuradoria-Geral do Estado
Forma de publicação	Silente	Silente	Rede Mundial de Computadores

Fonte: elaborada pelos autores.

O Estado de Goiás promulgou seu decreto em agosto de 2021, o Decreto nº 9.929/2021. O Decreto versa sobre a publicidade na arbitragem em seu artigo 12 e seu § 1º enumera os atos do procedimento que deverão ser publicizados, são estes: *as petições, os laudos periciais, o termo de arbitragem ou instrumento congênere e as decisões dos árbitros*. De forma contrária à maioria dos decretos estaduais o art. 12, § 3º, do referido diploma encarrega às câmaras arbitrais dar publicidade aos atos procedimentais sob pena de descredenciamento.

Na mesma toada o Estado de Santa Catarina regulou o tema mais recentemente por meio do Decreto nº 2241/2022. O Decreto considera em seu artigo 12, §§ 1º e 2º, que deverão ser publicizadas *petições, laudos periciais, termo de arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros*. Percebe-se que os Decretos dos estados de Goiás e Santa Catarina reproduziram *in verbis* o previsto no Decreto 64.356/2019 do Estado de São Paulo. Incumbirá a Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina a disponibilização dos atos do procedimento na internet.

Podemos perceber que a forma de publicação e que decisões devem se tornar públicas carecem de uniformização entre estados e União. O Decreto Federal é silente sobre as informações que deverão ser publicadas e delega o dever à Câmara Arbitral. Os Decretos dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo são similares, no entanto, o Decreto de SP, SC e GO trazem a necessidade da publicação do termo de arbitragem ou ata de missão que é, em breves linhas, o ato de organização do procedimento (matérias que serão julgadas, prazos etc.). A publicidade do termo de arbitragem, a nosso ver, é essencial para trazer alguma previsibilidade do final do procedimento (que termina, *a priori*, com a prolação da sentença arbitral).

Algumas instituições arbitrais nacionais que administram procedimentos que possuem como partes a administração pública, mais especificamente a CAMARB em Minas

Gerais e o CAM-CCBC em São Paulo, implementaram medidas específicas para adequar seus procedimentos à legislação em vigor, são estes: 1. O CAM-CCBC estabeleceu cláusula compromissória padrão específicas para arbitragem na administração pública (inclusive na modalidade híbrida med-arb)⁴³; 2. A CAMARB e o CAM-CCBC estão dando efetividade à publicidade em seus sítios virtuais.

A CAMARB afirma em seu sítio eletrônico já ter administrado 21 (vinte e um) procedimentos arbitrais envolvendo partes sujeitas ao regime de Direito Público (Estados, Municípios e Agências Reguladoras) e passou a disciplinar os procedimentos envolvendo a participação da administração pública em seu regulamento de arbitragem de 2017 (o regulamento vigente é o de 2019). No item 12.2 de seu regulamento de arbitragem a CAMARB afirma que *divulgará em seu site a existência do procedimento, a data da solicitação de arbitragem e os nomes do(s) requerente(s) e requerido(s)*.⁴⁴ E assim tem divulgado todos os procedimentos iniciados a partir de setembro de 2017 e seus devidos status, ou seja, se encontram-se em andamento, suspensos ou encerrados.⁴⁵

O CAM-CCBC, nos termos do art. 3º da Resolução Administrativa nº 15/2016⁴⁶ da instituição está dando publicidade aos procedimentos arbitrais em que são partes apenas membros da administração pública direta desde 2015 (seis procedimentos desde então). Torna público apenas a data do requerimento da arbitragem e o nome da parte.⁴⁷

43. Vide a cláusula compromissória padrão prevista no sítio eletrônico do órgão arbitral de São Paulo: V. CLÁUSULA PADRÃO ENVOLVENDO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: 1- Qualquer disputa oriunda deste contrato ou com ele relacionada será definitivamente resolvida por arbitragem, de acordo com a Lei Federal nº 9.307/96; 1.1- A arbitragem será administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM/CCBC”) e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, incluindo-se as normas complementares aplicáveis aos conflitos que envolvem a Administração Pública, cujas disposições integram o presente contrato; 1.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma prevista no Regulamento do CAM/CCBC; 1.3- A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado], Brasil; 1.4- O procedimento arbitral será conduzido em língua portuguesa; 1.5- O procedimento arbitral respeitará o princípio constitucional da publicidade, salvo em relação às informações relacionadas à disputa que, eventualmente, se classifiquem como de caráter sigiloso, nos termos da legislação aplicável. Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>. Acesso em 28.07.2020.

44. Vide regulamento de arbitragem da CAMARB em <http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>. Acesso em 28.07.2020.

45. Vide em <http://camarb.com.br/arbitragem/arbitragens-com-a-administracao-publica/>. Acesso em 17.02.2023.

46. Vide art. 3º da Resolução Administrativa nº 15/2016: Artigo 3º – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC. Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>. Acesso em 28.07.2020.

47. Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/>. Acesso em 28.07.2020.

Além disso, o CAM-CCBC divulgou os números referentes às arbitragens sujeitas ao regime de Direito Público em seu relatório de 2019⁴⁸. Até 2019 foram 41 (quarenta e um) procedimentos arbitrais envolvendo entes da administração pública direta e indireta. Apenas em 2019 foram 7 (sete) novos casos.

Em Portugal, a Portaria nº 165, de 7 de julho de 2020,⁴⁹ que entrou em vigor no dia 30 de julho de 2020 (art. 9º da Portaria), veio regulamentar o regime de depósito das decisões arbitrais em matéria administrativa e tributária.

Nos termos do art. 2º da mencionada Portaria, deverão ser depositadas as sentenças arbitrais transitadas em julgado proferidas por tribunais arbitrais em matéria administrativa em arbitragens institucionais ou *ad hoc* e em matéria tributária junto ao Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

O art. 3º da Portaria nº 165/2020 versa sobre a plataforma onde deverão ser publicadas as sentenças. Estas, nos termos do art. 3º (1) da Resolução, serão *depositadas em plataforma informática do Ministério da Justiça, gerida pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), acessível no endereço eletrônico* <https://tribunais.org.pt>.

Nos termos do art. 4º (1) da Portaria lusitana o depósito da decisão deverá ser requerido pelo presidente do tribunal arbitral ou pelo árbitro único por meio de preenchimento de formulário online disponível na própria plataforma (art. 4º [2]). O texto da decisão depositado deverá possuir conteúdo pesquisável, expurgando-se todos os elementos suscetíveis de identificação das partes (art. 4º [3][c] da Portaria). Tal anonimização é de responsabilidade exclusiva do tribunal arbitral (art. 6º [2] da Portaria), o que nos leva a refletir sobre responsabilização civil do tribunal arbitral em eventual falha na supressão de dados sensíveis. O art. 7º da Portaria, no entanto, assegura a possibilidade de retificação, atualização e eliminação dos dados depositados.

Em suma, o fato de Portugal ser um Estado Unitário e a publicidade das decisões ficar a cargo do Ministério da Justiça em sítio virtual único traz uniformidade à questão. A recente Portaria nº 165/2020 do Ministério da Justiça, como vimos, regulamentou a questão.

No Brasil, conforme demonstramos, a autonomia administrativa e política dos entes da administração pública direta acarreta ausência de uniformidade principalmente com relação aos seguintes temas: 1. Que atos/decisões devem se tornar públicos? 2. Que órgão possui o dever de prestar tais informações? Câmara arbitral, órgão da entidade ou ambos? Ou seja, ficamos ao alvitre da regulação do tema por decretos federais, estaduais e municipais e mais ainda, de resoluções administrativas das instituições arbitrais.

4. O PL 3293/2021, confidencialidade e novas tendências

O PL 3293/2021, denominado no meio de PL Antiarbitragem, foi apresentado pela Deputada Federal Margarette Coelho e com a finalidade de alterar a Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), constando de sua ementa que teria como finalidade “disciplinar a atuação

48. Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/arbitragem-estatisticas/>. Acesso em 28.07.2019.

49. Vide Portaria nº 165 de 7 de Julho de 2020 de Portugal disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/137350709/details/maximized>. Acesso em 26.07.2020.

do árbitro, aprimorar o dever de revelação, estabelecer a divulgação das informações após o encerramento do procedimento arbitral e a publicidade das ações anulatórias”.

O projeto propõe que sejam feitas modificações nos artigos 13, 14 e 33 da Lei de Arbitragem, relacionadas principalmente a limitações para atuação como árbitro, ao dever de revelação e seus parâmetros e a inserção dos artigos 5^a-A e 5^o-B, que mitigam a confidencialidade dos procedimentos arbitrais.

Na tabela a seguir, podemos visualizar de forma clara as modificações e acréscimos propostos:

Dispositivo da Lei – Redação Vigente	Modificação do Dispositivo	Acréscimo ao Dispositivo
Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.	Art. 13. Poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz que <i>tenha disponibilidade</i> e a confiança das partes.	§ 8º O árbitro não poderá atuar, concomitantemente, em mais de dez arbitragens, seja como árbitro único, coárbitro ou como presidente do tribunal arbitral. § 9º Não poderá haver identidade absoluta ou parcial dos membros de dois tribunais arbitrais em funcionamento, independentemente da função por eles desempenhada. § 9º Não poderá haver identidade absoluta ou parcial dos membros de dois tribunais arbitrais em funcionamento, independentemente da função por eles desempenhada.
Art. 14. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.	Art. 14. § 1º A pessoa indicada para funcionar como árbitro tem o dever de revelar, antes da aceitação da função e <i>durante todo o processo a quantidade de arbitragens em que atua, seja como árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal</i> , e qualquer fato que denote <i>dúvida mínima</i> quanto à sua imparcialidade e independência.	Art. 14. § 3º Os integrantes da secretaria ou diretoria executiva da câmara arbitral não poderão funcionar em nenhum procedimento administrado por aquele órgão, seja como árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal, ou ainda como patrono de qualquer das partes.

Dispositivo da Lei – Redação Vigente	Modificação do Dispositivo	Acréscimo ao Dispositivo
Art. 33. § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.	Art. 33. § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), <i>respeitará o princípio da publicidade</i> e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.	
Art. 5º.		Art. 5º-A. Uma vez instituída a arbitragem, na forma do art. 19 desta Lei, a instituição arbitral responsável pela administração do procedimento publicará, em sua página na Internet, a composição do tribunal e o valor envolvido na controvérsia. Art. 5º-B. Após o encerramento da jurisdição arbitral, observado o previsto no art. 33 desta Lei, a instituição arbitral responsável pela administração do procedimento publicará, em sua página na Internet, a íntegra da sentença arbitral, podendo as partes, justificadamente, requerer que eventuais excertos ou informações da decisão permaneçam confidenciais.

Fonte: elaborada pelos autores.

Sobre a confidencialidade cabe dissertar sobre a inserção dos artigos 5º-A e 5-B e alteração do § 1º art. 33 na Lei de Arbitragem que possuem a finalidade de mitigá-la nos

procedimentos arbitrais e de forma tangente atingir a autonomia das partes. A confidencialidade não está prevista expressamente pela lei de arbitragem. No entanto, podemos afirmar que se encontra prevista de forma implícita uma vez que o § 3º do art. 1º enuncia que a arbitragem que envolva a administração pública respeitará o princípio da publicidade. Sendo assim, conclui-se que a arbitragem que envolver apenas entes privados pode ser publicizada parcialmente ou integralmente ou será, como regra, confidencial sempre em observância à vontade de partes. Como demonstrado, as regras de arbitragem das instituições trazem a previsão de confidencialidade do procedimento uma vez que esta é uma das vantagens comerciais da arbitragem cujos procedimentos envolvem, muitas vezes, dados sensíveis das partes.

A mitigação legislativa da confidencialidade não faz sentido uma vez que a arbitragem possui como objeto apenas direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º, da Lei). A confidencialidade é a lógica também nas arbitragens internacionais sendo mitigada apenas em casos especiais como nas arbitragens de investimento em trâmite no ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) do Banco Mundial uma vez que envolve países-nação como partes e há notório interesse público envolvido.

O debate sobre a confidencialidade existe e é perene no meio arbitral. Algumas câmaras nacionais inclusive já disponibilizam a composição dos tribunais arbitrais em seus sítios. No entanto, é questão que requer debate aprofundado e que se, realizada a toque de caixa, pode ser prejudicial à todo o sistema arbitral. A confidencialidade não é absoluta e existem exceções na esfera internacional estabelecidas pela jurisprudência, no entanto, deve ser considerada a regra. Cabe ressaltar que não há legislação estrangeira que mitigue a confidencialidade *ab initio*.

No entanto, como forma de dar cada vez mais acesso ao público às decisões arbitrais há uma tendência de divulgação das sentenças arbitrais de forma não identificada (pseudonimizada e anonimizada). Um exemplo disso é parceria realizada em 2022 do Centro Brasileiro de Arbitragem com o site francês JusMundi (<https://jusmundi.com/en>). Várias outras câmaras internacionais estabeleceram a mesma parceria sendo uma das primeiras a ICC de Paris. Portanto, a comunidade arbitral vem se debruçando sobre o tema e criando meios de divulgação das sentenças arbitrais sem necessidade de interferência legislativa assoberbada e com respeito à autonomia das partes.

Conclusão

A publicidade é tema de amplo debate na arbitragem, ao passo que a confidencialidade é vista pelas partes como uma das principais vantagens comerciais do instituto.

Na arbitragem envolvendo a administração pública a publicidade é a regra, no entanto, as câmaras arbitrais nacionais ficam à mercê dos decretos promulgados pela administração pública direta e que, por muitas vezes, divergem com relação aos requisitos para credenciamento da câmara, à parte que terá a incumbência de dar publicidade aos atos procedimentais (câmara ou administração pública?) e, por vezes, até com relação aos requisitos de quem poderá ser nomeado árbitro em procedimentos de tal tipo (por exemplo, o Decreto nº 2.241/2022 de SC estabelece em seu art. 10, III, que o árbitro deverá ter atuado em ao menos cinco procedimentos que envolvam a administração pública).

Como demonstramos, a mitigação impositiva da confidencialidade por meio de alteração legislativa (PL 3.293/2021) seria nociva ao ecossistema arbitral, uma vez que atingiria princípios fundamentais do instituto tais como a autonomia da vontade das partes e a autorregulação dos provedores de serviços de arbitragem.

No entanto, a confidencialidade tem sido mitigada com cautela pelas câmaras arbitrais que divulgam cada vez mais informações sobre seus procedimentos (vide, por exemplo, a já consagrada pesquisa anual “Arbitragem em Números” da Professora Selma Lemes realizada desde 2016)⁵⁰ e iniciativas como a do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA que estabeleceu parceria com o site JusMundi para divulgação responsável de suas sentenças arbitrais, ou seja, de forma pseudonimizada e anonimizada.

Em suma, a confidencialidade não encontra previsão expressa na Lei de Arbitragem em contraposição com a publicidade que deve ser observada em arbitragens com a administração pública. Portanto, a confidencialidade é objeto de autorregulação das câmaras e de seus regulamentos de arbitragem. A nosso ver, a autorregulação das câmaras e a vontade das partes deve ser referendada pelo legislador e corte judiciais para que nosso país continue sendo reconhecido como amigável ao instituto da arbitragem e para que essa modalidade de solução de conflitos continue sendo vista como uma das principais dentro do conceito de tribunal multiportas.

Referências bibliográficas



50. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EAs&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>. Acesso: 23.02.2023.

9.

BREVES REFLEXÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS NA ARBITRAGEM: A VEDAÇÃO À PROVA ILÍCITA

EDUARDO BAPTISTA VIEIRA DE ALMEIDA FILHO¹

FERNANDO FIGUEIREDO PONZINI²

1. Introdução

O direito constitucional tem como principal objetivo disciplinar a organização e o funcionamento do Estado. Ele estabelece “a política do Estado, no sentido amplo de estabelecer a estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais”³. Referidas funções do direito constitucional se deram não somente pelas normas em sentido estrito, mas, também, com a atribuição de força, em maior grau, às normas de conteúdo principiológico⁴.

Assim, a Constituição Federal é um conjunto de regras e princípios que sustentam o direito como um só sistema. Entre os diversos princípios previstos na Constituição Federal,

1. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Master of Law (LL.M.) em Banking & Finance Law pela Queen Mary University of London (QMUL). Membro da Comissão Especial de Arbitragem da Ordem dos Advogados de São Paulo e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). Sócio de Cesar Asfor Rocha Advogados.
2. Pós-graduado em Processo Civil pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Comissão de Assuntos Legislativos do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). Head-coach da equipe de arbitragem da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado Associado em Cesar Asfor Rocha Advogados.
3. MORAES, Alexandre de et al. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 4.
4. Tratou-se, portanto, da superação da ideia de que os princípios não possuíam aplicabilidade direta ou indireta, e força jurídica (CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 97).

há aqueles tratados como *princípios constitucionais do processo*, aplicáveis ao exercício da jurisdição.

No contexto da jurisdição, não é forçoso dizer que, no Brasil, o seu exercício não é atividade exclusiva do Poder Judiciário, podendo ser desempenhado pela iniciativa privada. É o caso da arbitragem, que se consolidou como método heterocompositivo de solução de disputas.

Desse movimento de descentralização da atividade jurisdicional e com a grande adesão à arbitragem emergiram, como era de se esperar, questionamentos relativos à preservação da ordem constitucional na condução de processos arbitrais, notadamente pelo imperativo respeito às garantias do devido processo legal. Afinal, a todos deve ser assegurado um processo justo, seja ele judicial ou arbitral.

Como qualquer jovem nos seus pouco mais de 25 anos, a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), apesar de se jactar autossuficiente, não dá conta de resolver – sozinha – todos os problemas e falhas que desaguam do largo crescimento, desenvolvimento e amadurecimento do instituto.

A realidade é que a meteórica – e bem-sucedida, diga-se de passagem – evolução da arbitragem no Brasil evidenciou uma série de problemas na aplicação do instituto. Esse cenário nada tem de incomum. É completamente normal que, com o maior uso da arbitragem, surjam situações novas, não previstas anteriormente, e que precisam ser endereçadas. Hoje nos encontramos em um importante período, em que a comunidade jurídica é chamada a revisitar e a discutir tortuosas questões que rodeiam a arbitragem, para o fim de garantir-lhe a longevidade e o sucesso a que faz jus.

Referido exercício de exegese não pode se distanciar da Constituição Federal. Os princípios constitucionais do processo são o guia, de onde devem partir e para onde devem retornar toda interpretação e toda reflexão que prestigie a solução privada de litígios.

É nesse cenário que o presente artigo investiga se, em processo arbitral, a violação ao princípio da vedação à prova ilícita, assegurado constitucionalmente, é causa de anulação de sentença⁵.

5. Yuri Maciel Araújo afirma que “o grande cerne da controvérsia reside, então, em saber qual a exata extensão desses princípios constitucionais no processo arbitral. A indagação assume significativa importância porque, além de pautar toda a condução da arbitragem, o eventual desatendimento do devido processo tem aptidão até mesmo para servir como fundamento para a excepcional nulidade da sentença arbitral, como determina o art. 32, VIII, da Lei nº 9.307/96”. ARAÚJO, Yuri Maciel. *Arbitragem e devido processo legal*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 78.

2. A Constituição e o princípio da vedação à prova ilícita

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso XXXV⁶, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Trata-se da inafastabilidade da prestação judicial, também concebida como princípio do acesso à justiça.

A terminologia *acesso à justiça* talvez expresse a concepção mais importante de processo tratada pela Constituição Federal aos olhos jurídicos. É, em verdade, uma previsão voltada ao legislador com o intuito de que esse não obste, de forma indireta ou direta, por meio de leis, o acesso à justiça⁷⁻⁸.

Fato é que, ainda que deveras complexa – por sua amplitude e abstratividade –, pode-se definir tal expressão como sendo o meio pelo qual se garante a todo e qualquer sujeito de direito a possibilidade de reivindicar direitos ou resolver litígios, produzindo resultados individuais e sociais justos⁹.

Ainda, segundo Dinamarco, o acesso à Justiça não seria somente um princípio, mas sim, “a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial”¹⁰.

Na linha do que propõe o mencionado autor, o acesso à Justiça é mais que um mero princípio. Contém em si os demais princípios e garantias do processo, também denominados *princípios constitucionais do processo*¹¹, entre os quais o (i) da igualdade (art. 5º, *caput* e I, da CF); (ii) do juiz natural (art. 5º, XXXVII, da CF); (iii) do juízo natural (art. 5º, LIII, da CF); (iv) do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF); (v) da celeridade e da duração

6. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

7. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com Emenda n. 1, de 1969*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tomo v, p. 108.

8. Para Fredie Didier “Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento* – v. 1, 10 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 86.

9. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8. No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 34-35.

10. “Acesso à justiça é mais do que um princípio, é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 304.

11. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 127.

razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF); (vi) da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, da CF); (vii) da fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CF); e (viii) da proibição à prova ilícita (art. 5º, LVI, da CF).

É possível afirmar que se trata exatamente da mais ampla proteção ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)¹²⁻¹³. Daí a razão para Marinoni, ao comentar o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), afirmar que “é inquestionável que o direito de ação depende de procedimento adequado” e, portanto, “da pré-ordenação de técnica antecipatória, de sentenças diferenciadas e de meios de execução diversos”¹⁴, concluindo que “tudo isso é imprescindível para que o autor possa obter a tutela jurisdicional do direito. De modo que a ação é, indubitavelmente, exercida. A ação é exercida através do procedimento adequado”¹⁵.

Araken de Assis e Carlos Alberto Molinaro apontam o princípio do contraditório como sendo o “núcleo duro do devido processo legal”¹⁶, sendo, neste ponto, imprescindível se falar em instrução probatória e o seu papel nesse universo principiológico. É ela, a prova constante dos autos, o instrumento que norteia e baliza o livre convencimento do julgador, servindo, junto à fundamentação das decisões, de esteio para a pacificação social.

O direito à prova, portanto, é a base forte de qualquer processo, seja ele judicial ou arbitral e, por essa razão, é expressão dos princípios do contraditório e da ampla defesa, todos garantidos constitucionalmente.

Contudo, assim como as demais garantias constitucionais, o direito à prova não se reveste de caráter absoluto, sendo restringido em certos casos, a fim de manter o equilíbrio do sistema e evitar colisão com outras garantias previstas na Carta Magna.

Nesse sentido é que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI¹⁷, proíbe a utilização de prova obtida de forma ilícita. O indigitado princípio da vedação à prova ilícita figura entre os *princípios constitucionais do processo*¹⁸. Tamanha é a sua importância que, além disso, ainda

12. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

13. “Ademais, este é o contexto em que tem destaque o princípio do devido processo legal (LV), que é também decorrência do direito fundamental de acesso à justiça (XXXI)”. ASSIS, Araken de. MOLINARO, Carlos Alberto. In CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. *Op. cit.*, p. 469.

14. MARINONI, Luiz Guilherme. In CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. *Op. cit.*, p. 390.

15. *Ibidem*.

16. ASSIS, Araken de. MOLINARO, Carlos Alberto. In CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. *Op. cit.*, p. 469.

17. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

18. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 603.

surge como complemento de outros direitos fundamentais de cunho não processual, como, por exemplo, do direito de sigilo à correspondência, à intimidade, à imagem, entre outros.

Dispõe referido artigo que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. O dispositivo tem conteúdo claro: proibir a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo. Já a descrição das condutas tidas por ilícitas na obtenção de provas não encontra espaço no texto, uma vez que está prevista em outras normas, constitucionais e infraconstitucionais.

Em outros termos, institucionalizou-se a proibição de se alcançar a *verdade a qualquer custo*¹⁹.

A prova ilícita, por assim dizer, está inserta dentro do conceito de prova ilegal, o qual também contempla o conceito de prova ilegítima. A principal diferença entre essas se traduz na observância de qual norma está sendo ferida. Como prova ilícita, tem-se aquelas que são obtidas em violação ao direito material, enquanto as ilegítimas são as obtidas em desrespeito ao direito processual²⁰⁻²¹.

Quando a matéria é *prova*, independentemente de sua categoria, pode-se afirmar que o Diploma Constitucional determina que “são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material”²².

Há ainda que se observar a possibilidade de a prova ser gerada de forma ilícita, mas sua obtenção se dar de forma lícita. Exemplo: imagina-se o caso em que um *hacker* obtém, de forma ilícita, documentos sigilosos como *e-mails* e contratos e, visando a algum benefício, entrega a prova ilícita a um terceiro para que esse a utilize em um processo. No final, a prova seria inicialmente lícita, uma vez que o terceiro não cometeu ilícito para sua obtenção, mas, por ser fruto de um ilícito (*hackeamento*), esta é considerada uma prova ilícita²³.

19. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 302.

20. “As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 117.

21. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

22. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 151.

23. Nas palavras de Avolio, “O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.” AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66-67.

Essa é chamada pela doutrina de prova ilícita por derivação²⁴: toda prova produzida em consequência de uma descoberta obtida por meio ilícito, como uma busca ilegal, estará inteiramente contaminada pela ilicitude²⁵.

A exclusão da prova ilícita possui grande expressividade do *due process of law*, visando sempre a preservar direitos e prerrogativas destinados a garantir um processo justo²⁶.

Nada obstante, cabe registrar que, apesar de amplamente aplicada pela Justiça brasileira, a teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta e encontra limites em outras duas teorias: a da *descoberta inevitável*, que prescreve ser possível a utilização de uma prova ilícita por derivação, caso fique demonstrado que ela seria, de qualquer modo, descoberta por meios lícitos no curso da investigação; e a da *fonte independente*, segundo a qual a prova ilícita por derivação não deve ser descartada se tiver também uma origem lícita, sem qualquer relação com a primeira.

É de se concluir, por isso, que a prova obtida em desatenção ao princípio da vedação à prova ilícita é, *em regra*, uma prova “inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica”²⁷.

Permitir o uso de prova ilícita como instrumento para convencimento do julgador compromete de forma irremediável a higidez do processo, que, por nulidade insanável, deve ser extirpado do mundo jurídico e declarado nulo com efeito *ex tunc*.

24. “Portanto, as provas derivadas de uma ilicitude são reputadas inadmissíveis. Significa que a ilicitude na colheita da prova originária contamina a prova dela decorrente. Isso se justifica porque o que se objetiva com a inadmissão de uma prova lícita é justamente a impossibilidade de que o seu resultado incida sobre o convencimento do julgador. A aceitação dos frutos derivados da prova ilícita caracterizaria burla à vedação probatória constitucional. Assim, como regra, não será possível o aproveitamento no processo nem da prova ilícita, tampouco das informações obtidas a partir dela (ainda que relevantes para o deslinde da causa).” AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 212.

25. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição, in *O processo em evolução*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 61.

26. “A exclusão da prova originalmente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. [...] A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios provatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.” STF; HC 93.050/RJ, Rel. Min Celso de Mello, Data de Julgamento 10.06.2008, Data de Publicação 01.18.2008.

27. STF; Tribunal Pleno; Ação Penal 307-DF, Rel. Min Ilmar Galvão, Data de Julgamento 13.12.1994, Data de Publicação 13.10.1995. Trecho do voto do Ministro Celso de Mello.

3. Arbitragem, jurisdição, princípios constitucionais do processo e ordem pública²⁸

A jurisdição é a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”²⁹. O processo, por sua vez, é o instrumento pelo qual se exerce a jurisdição e em que se desenvolve a relação jurídica entre as partes e o Estado, tendo como objetivo a efetivação do direito material de modo célere e justo.

Para esse fim, o desempenho da função jurisdicional, no entanto, não pode escapar dos limites traçados pela *ordem pública*, norma de caráter aberto e conceito jurídico plurissignificante, que tem por finalidade a proteção dos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade, do juiz natural, da imparcialidade do julgador, do processo justo, dentre outros. É dizer: a noção de *ordem pública* impõe a rejeição de todo e qualquer ato – e seus efeitos jurídicos – incompatível com o sistema jurídico brasileiro.

Ensina Luiz Olavo Baptista que a ordem pública é um complexo de diversos princípios e valores que conduzem à organização política e econômica da sociedade em um certo momento histórico, sendo aplicável também ao ordenamento jurídico atualmente vigente. Indica-se por meio da ordem pública os princípios que são indispensáveis para a devida organização da vida social, nos moldes dos preceitos legais³⁰.

Assim, pode-se definir a ordem pública como um princípio destinado a preservar o sistema de justiça brasileiro³¹. É “um conceito mais geral, de verdadeiro princípio, entendido como uma norma geral e fundamental, da qual se inferem as leis”³².

Para Gasparini, a aplicação da ordem pública visa a “coibir a violação da ordem jurídica e defender a incolumidade do Estado e dos Indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõe a esses valores”³³.

28. Nesse ponto, abre-se parêntesis para fazer um corte metodológico: este artigo não se debruçará sobre a reconhecida natureza jurisdicional da arbitragem, uma vez que o assunto está pacificado tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

29. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, 9 ed. rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 454. Sobre a atribuição da jurisdição somente ao Estado, o autor posteriormente (na página seguinte) nota que “No atual estado da ciência processual todo estudo sobre a jurisdição deve passar pela inclusão, nesse conceito, da jurisdição exercida pelo juiz estatal e também por aquela que se exerce no processo arbitral, sabendo-se que a arbitragem é um processo e, tanto quanto o processo conduzido pelos juizes, insere-se desenganadamente na teoria geral do processo.”

30. BASSO, Maristela. CARVALHO, Patrícia Luciane de (org.). *Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 52.

31. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no direito processual civil*. Tese de doutorado apresentado. 2010. 335 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 7.

32. *Idem*, p. 6.

33. GASPARINI, Diógenes. “Responsabilidade do poder público municipal na segurança pública em face da revisão da Constituição Federal”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1993, p. 61.

Trata-se, portanto, de um conceito intrínseco ao ordenamento constitucional, que busca harmonizar deveres e direitos estabelecidos pela Constituição Federal e demais normas infraconstitucionais³⁴.

No campo processual, a ordem pública funciona como instrumento de manutenção dos valores processuais, com o estrito fim de se ver entregue o resultado esperado pelos jurisdicionados, qual seja o desenvolver de um processo que resulte em uma decisão justa. Afinal, o processo é instrumento de pacificação social.

Neste ponto, é preciso dizer o óbvio: o instituto da arbitragem se sustenta na liberdade contratual das partes, isto é, na possibilidade de os contratantes estabelecerem como resolverão seus conflitos de forma geral (i.e., quanto ao procedimento, árbitros, direito material e até mesmo quanto ao sigilo)³⁵. Trata-se, portanto, de um processo dotado de flexibilidade procedimental que permite, *com restrições*, que o árbitro e ou as partes disponham das regras que regerão o processo. Diz-se flexível, *com restrição*, porque, como se verá, a liberdade na escolha do procedimento encontra limite nas normas constitucionais.

Não há, portanto, que se falar em reservas na observância aos preceitos da *ordem pública* e dos *princípios constitucionais do processo* nos processos arbitrais. Isso porque são eles pressupostos intrínsecos de validade, existência e eficácia da atividade jurisdicional.

É do próprio texto clarividente da Lei de Arbitragem que se extrai as balizas de higidez do processo arbitral.

O art. 2º, § 1º, do referido diploma legal permite às partes a escolha das regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, “*desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*”³⁶.

34. “El orden es un concepto que resume un statu quo establecido por el ordenamiento jurídico del Estado. No es un concepto externo al propio ordenamiento estatal, sino intrasistemático a él mismo, como parte de sus principios fundamentales y síntesis del juego armónico de las instituciones, derechos y deberes establecidos por la Constitución y leyes derivadas. La paz es una manifestación más íntima y profunda de la existencia de ese orden del Estado, aun cuando no siempre es presumible de cualquier clase de orden político, porque la paz tiene esa faceta espiritual que no admite ser satisfecha por todo tipo de orden del Estado”. SORIANO, Ramon. *La paz y la Constitución española de 1978. Revista de Estudios Políticos*, n. 45. Madrid: Nueva época, 1985, p. 97.

35. Rememora-se que a “jurisdição arbitral é fruto de um acordo de vontades que se perfaz com a celebração de uma convenção arbitral (cláusula compromissória ou compromisso arbitral). Não existe no nosso ordenamento jurídico a figura da arbitragem compulsória”. ASSUMPÇÃO, Carolina Cavalcante; PONZINI, Fernando Figueiredo. Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Limites Subjetivos da Convenção Arbitral. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes (Org.). *Arbitragem e Processo – Homenagem ao Professor Carlos Alberto Carmona*, v. 1. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2022, p. 313.

36. “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.”

Um pouco mais além, em seu art. 39, II, a LArb determina que a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras encontra óbice na ofensa à “*ordem pública nacional*”³⁷. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “se a sentença estrangeira que desafiava ‘direitos constitucionalmente previstos’, há óbice à ‘sua homologação quanto ao ponto’”³⁸.

Tanto a interpretação sistemática interna dos dispositivos da LArb, quanto uma interpretação conforme a Constituição, devem conduzir à inexorável conclusão de que as sentenças arbitrais domésticas também devem observar os princípios constitucionais do processo e o corolário da ordem pública. Isso decorre, com clareza solar, do texto do art. 21, § 2º, que prevê que “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

A doutrina mais abalizada, por sua vez e de igual modo, reconhece os limites da atividade jurisdicional no processo arbitral.

Ao comentar o art. 21, § 2º, da LArb, Peter Sester elenca que esses “são os pilares da garantia constitucional do devido processo legal [e], portanto, são elementos constitucionais da ordem pública nacional”³⁹.

Para Marinoni, “é fora de dúvida que não se pode admitir um procedimento, ainda que calcado em regras de ‘órgãos arbitrais institucionais ou entidades especializadas’, que afronte os princípios constitucionais e fundamentais do processo e os princípios legitimadores da própria arbitragem”⁴⁰.

Carlos Alberto Carmona, em sua obra *Arbitragem e Processo* deixa claro que o legislador pretendeu “evitar abusos e iniquidades, garantindo às partes o devido processo legal (em sentido processual e em sentido material)”, de forma que “não poderão exceder as raízes dos interesses que o Estado quer preservar, já que a garantia da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição Federal são inerentes à democracia moderna”⁴¹.

Explica, ainda, que o rol do art. 32 da LArb é taxativo e que esse “dispositivo sintetiza os preceitos de ordem pública que o Estado não permite sejam superados, de tal sorte que a premissa do próprio dispositivo em questão é a defesa da ordem pública de modo geral”, razão pela qual teria o legislador esperado que “todas as hipóteses de ofensa à ordem pública possam ser reduzidas ou reconduzidas a um dos incisos”⁴² do art. 32 da LArb.

37. “Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça 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.”

38. SEC n. 9.412/EX, relator Ministro Felix Fischer, relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/4/2017, DJe de 30/5/2017. No mesmo sentido: SEC n. 10.228/EX, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 15/10/2014, DJe de 3/11/2014.

39. SESTER, Peter Christian. *Comentários à Lei de Arbitragem e à legislação extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 257.

40. MARINONI, Luiz Guilherme. Ação de nulidade de sentença arbitral. *Soluções Práticas – Marinoni*, vol. 2, 2011, p. 517.

41. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 412.

42. *Ibidem*.

Por fim, o ilustre professor das Arcadas conclui que atentados à ordem pública são matéria de anulação da sentença arbitral, até porque, caso contrário, estar-se-ia incentivando a realização das arbitragens em território brasileiro, já que a sentença arbitral proferida no Brasil seria “imune a qualquer ataque por força de ofensa à ordem pública!”⁴³.

A conclusão não pode ser outra: é nula, por incidência do art. 32, VIII c.c. art. 21, § 2º, ambos da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral proferida em afronta à *ordem pública* e aos *princípios constitucionais do processo*, pois a arbitragem se sujeita aos “ditames do direito processual constitucional”⁴⁴.

4. Princípio da vedação à prova ilícita na arbitragem

Superadas as questões atinentes à concepção da vedação à prova ilícita, bem como acerca da aplicação dos princípios constitucionais do processo e da ordem pública como pressuposto de validade, existência e eficácia do processo arbitral, parece-nos correta a afirmação de que o princípio da vedação à prova ilícita se aplica *ipsis litteris* ao procedimento arbitral.

De acordo com o entendimento até aqui sufragado, referido princípio está compreendido na redação do art. 21, § 2º, da LArb. Ao se quedar silente quanto ao disposto pela CF, o objetivo da lei não foi – e nem poderia ser, pois padeceria do mais grave vício do sistema jurídico: a inconstitucionalidade – de eximir o julgador de observar certos princípios constitucionais do processo e a supremacia da ordem pública de fora. A necessidade de estrito acatamento, fidelidade e obediência aos preceitos constitucionais é tão óbvia que a LArb não os mencionou por simples desnecessidade, já que se aplicam impreterivelmente por força própria⁴⁵.

Como princípio constitucional, a vedação à prova ilícita é pressuposto da garantia ao devido processo legal, devendo ser observado tanto no âmbito da jurisdição estatal, quanto no âmbito da jurisdição privada. Nos termos do art. 21, § 2º, da LArb, permitir-se a violação à vedação constitucional à prova ilícita na arbitragem importaria na violação à ordem pública e dos princípios constitucionais do processo como o da igualdade das partes, do contraditório e do livre convencimento do julgador, todos eles expressamente previstos.

43. *Idem*, p. 417-418: “Em outras palavras: se o legislador não levasse em consideração, como causa de anulação da sentença arbitral (nacional), a violação à ordem pública, todas as arbitragens certamente viriam dar em território nacional (todos os atos seriam praticados no exterior e apenas a sentença arbitral seria proferida no Brasil, o que tomaria a sentença arbitral – ab absurdo – imune a qualquer ataque por força de ofensa à ordem pública!). O argumento (ad terrorem, sem dúvida) serve para pôr à mostra a consequência de tentar evitar o reconhecimento do óbvio: 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.”

44. DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 151.

45. Para Dinamarco, a previsão chega a ser “dispensável, além de incompleta”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2022, p. 31.

Destarte, parece-nos óbvia a conclusão de que, a prova ilícita não pode servir como instrumento decisório do julgador, devendo ser extirpada dos autos do processo. Do contrário, parece ser o óbvio dizer que cabível o ajuizamento da ação anulatória prevista no art. 32, inc. VIII, da Lei de Arbitragem.

5. Conclusão

A resposta acerca da questão – se o princípio da vedação à prova ilícita é, integralmente ou não, aplicável à arbitragem – é cristalina: uma vez que integra o sistema nacional de justiça, a arbitragem deve se inclinar à ordem pública e aos *princípios constitucionais do processo*, entre eles o princípio da vedação à prova ilícita, por força de interpretação sistemática interna da Lei de Arbitragem e conforme a Constituição.

A violação à vedação da prova ilícita, princípio constitucional do processo de aplicação cogente, deságua em frontal vilipêndio à ordem pública, ensejando em não mais poder o ajuizamento de ação anulatória de sentença arbitral, nos termos do art. 32, VIII c.c. 21, § 2º, ambos da Lei de Arbitragem.

Bibliografia



PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS E ARBITRAGEM

EDUARDO MONTALVÃO MACHADO¹NELSON MARTINS DA SILVA NETO²

1. Introdução

O presente artigo refletirá sobre a seguinte questão: o árbitro, nomeado para decidir determinada controvérsia sob a égide do direito brasileiro, está vinculado aos precedentes constitucionais exarados pelo Supremo Tribunal Federal (STF)?

Para responder a isso, apresentaremos uma breve síntese do contexto que motiva a dúvida, qual seja, os precedentes judiciais (em especial, aqueles ditos constitucionais), como fonte do Direito, e seus efeitos na arbitragem. Em seguida, discorreremos sobre os principais pontos da arbitragem que interessam ao desenvolvimento do estudo.

Adiante, examinaremos a tese sobre a vinculação do árbitro aos precedentes constitucionais, considerando a legislação e o desenvolvimento científico já realizado sobre o tema e debateremos algumas questões de ordem prática. Finalmente, traçaremos algumas conclusões com o objetivo de incentivar o aprofundamento do debate, sem esgotar totalmente a discussão.

A reflexão se restringirá às arbitragens cujo direito aplicável à convenção de arbitragem, ao procedimento e ao mérito seja o brasileiro. Além disso, não será analisada a hipótese da arbitragem por equidade ou com a aplicação restrita dos princípios gerais de Direito, das regras internacionais de comércio e/ou dos usos e costumes, uma vez que, nesses casos, o

-
1. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (campus Higienópolis), especialista em Direito do Estado pela Faculdade Anhanguera, especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDPSP). Sócio do escritório Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia. Contato: eduardomachado@ayresbritto.com.br.
 2. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (campus Higienópolis) e especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Assessor de Desenvolvimento Institucional na CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil. Contato: nelsonmsilvaneto@gmail.com.

árbitro não está vinculado às normas do ordenamento jurídico para solucionar o litígio. Em outras palavras, refletiremos a problemática tendo em vista as arbitragens com a aplicação do direito brasileiro.

2. Breves apontamentos sobre a arbitragem no direito brasileiro

A arbitragem é um meio privado de solução de litígios, no qual as partes, por meio de uma convenção de arbitragem, substituem a jurisdição estatal e nomeiam um árbitro ou um painel de árbitros para solucionar o conflito. No Brasil, a arbitragem é regulada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (“Lei de Arbitragem”), que foi alterada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

A Lei de Arbitragem teve sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do SE-AgR 5.206-7 em que se discutiu a homologação de uma sentença arbitral estrangeira. A confirmação de constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi tão importante para o seu desenvolvimento quanto a própria Lei, pois conferiu legitimidade e segurança jurídica para a efetivação e implementação da arbitragem e dos demais meios adequados de resolução de conflitos no País, uma vez que o entendimento de que todas as controvérsias precisavam necessariamente serem resolvidas pelo Estado começou a ser rompido.

Apesar da arbitragem ser permitida no Brasil desde antes da promulgação da referida Lei³, foi com o mencionado diploma legal que o instituto pôde efetivamente se desenvolver. Nesse sentido:

Mesmo prevista desde o período imperial e mantida ao longo dos anos, a arbitragem passou um longo período esquecida pela sociedade. Foi somente no último quartel do século passado que iniciou a trajetória de crescimento, ganhando espaço em litígios de circunstâncias muito especiais, que demandassem procedimento mais célere e maior especialização dos julgadores. Tal ressurgimento parece, em alguma medida, relacionado com a globalização e com os inúmeros entraves pelos quais vinha – e vem – passando o acesso à justiça⁴.

As pessoas que desejam se valer da arbitragem para solucionar seus conflitos deverão se utilizar de uma convenção de arbitragem, que será formalizada por cláusula compromissória ou por compromisso arbitral. A cláusula compromissória é firmada em um momento prévio ao litígio e, geralmente, está inserida no contrato no qual diz respeito, sem prejuízo de poder constar em instrumento apartado que faça referência ao contrato. Já o compromisso

3. Havendo registros sobre sua previsão desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, conforme disposto em seu art. 160: “Nas [causas] cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”.

4. SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 17, n. 66 jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 139-176, 2020. p. 143.

arbitral é celebrado após o surgimento do conflito, em que as partes convencionam que o litígio deverá ser resolvido de forma extrajudicial, por meio de arbitragem.

A arbitragem se constitui como um meio de solução de conflitos flexível, no qual as partes podem definir as normas aplicáveis (não apenas as normas procedimentais, mas também àquelas aplicáveis à convenção de arbitragem e ao mérito da disputa⁵), o número de árbitros e quem serão eles (considerando os limites previstos pela Lei de Arbitragem, quanto aos requisitos positivos e negativos para ser árbitro⁶⁻⁷ e de sempre serem nomeados em número ímpar), além da definição das fases e prazos que serão adotados no procedimento. Não obstante, as partes poderão simplesmente se reportar na convenção de arbitragem às regras de um órgão arbitral institucional, sendo o procedimento instituído e processado conforme o disposto nessas regras.

Assim, a arbitragem poderá ser “ad hoc”, ou seja, na qual a convenção de arbitragem deixa de se reportar às regras de uma instituição arbitral, sendo elas acordadas pelas próprias partes em conjunto com o(s) árbitro(s) (como as regras sobre as instruções administrativo-financeiras e a organização do procedimento); ou poderá ser institucional, com a aplicação de um regulamento de arbitragem e o suporte administrativo-financeiro de uma instituição arbitral⁸.

A arbitragem, reitera-se, é uma forma extrajudicial de solução de litígios, ou seja, excluída do âmbito do Poder Judiciário, sujeita a regras especiais, uma vez que regulada por lei especial, e não àquelas previstas no Código de Processo Civil (CPC). O árbitro, assim, não faz parte da estrutura do Poder Judiciário e, salvo se convencionado pelas partes, não serão aplicadas ao procedimento arbitral, de forma direta, as regras previstas no CPC.

5. GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. Desafios e Cuidados na Redação da Cláusula de Arbitragem. *Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos, a Prática no CAM-CCBC*. São Paulo: Marcial Pons, v. 1, p. 93-130, 2014. p. 104-105
6. A Lei de Arbitragem, em seu art. 13, prevê que o árbitro deve ser pessoa capaz e de confiança das partes. A doutrina complementa esses requisitos, afirmando que o árbitro deverá ser alfabetizado, já que a sentença arbitral deve ser escrita, nesse sentido: BASTOS, Ney; NOGUEIRA, Daniel Fabio. Dos Árbitros. In: *Reforma da Lei de Arbitragem. Comentários ao texto completo*. Porto Alegre. COPREMA, 2015. p. 49
7. Em certos casos, as partes podem valer-se da mediação prévia à arbitragem para tentar solucionar o conflito por meio de um acordo. Essa prática pode ser materializada, por exemplo, por meio de uma cláusula escalonada que, trata-se de uma cláusula compromissória que prevê o uso de mediação prévia a arbitragem. Nesses casos, a pessoa que atuar como mediadora estará impedida de atuar como árbitra, conforme prevê o art. 7º da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação).
8. Ressaltamos que, no caso da arbitragem institucional, a atuação da instituição arbitral não se confunde com a atuação do jurisdicional do árbitro. Enquanto ao árbitro cumpre decidir medidas de urgência e cautelares, instruir a prova e decidir a controvérsia; à instituição arbitral compete realizar administração do procedimento arbitral, conferindo às partes e ao árbitro o acesso às manifestações e documentos, a intermediação financeira nos pagamentos realizados no âmbito do procedimento, o apoio e organização das audiências e reuniões necessárias, sejam presenciais ou virtuais, e demais tarefas administrativas de apoio às partes e aos árbitros.

Ainda, nos termos do art. 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito, sendo sua sentença irrecorrível e desnecessária sua homologação no Poder Judiciário. Nesse sentido, o árbitro possui poderes para determinar a melhor forma de desenvolvimento do procedimento e de produção de provas⁹, bem como para decidir o conflito com base em sua convicção, respeitando os limites previstos na convenção de arbitragem.

Pontuamos, ainda, que os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e livre convencimento do árbitro, que constituem a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição), devem ser aplicados à arbitragem, consoante ao previsto no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, sob pena de nulidade da sentença arbitral (art. 32, VIII, da Lei de Arbitragem).

Nessa perspectiva entendemos que a arbitragem constitui uma ferramenta apta para solução de conflitos complexos, notavelmente aqueles com expressivo valor econômico, tendo em vista seus benefícios, como a flexibilidade procedimental, o que lhe confere a possibilidade de ser desenvolvida conforme as características do conflito, de forma célere e com apurada instrução e produção de provas, bem como em poder contar com árbitros disponíveis e especialista na matéria do litígio.

Assim, a arbitragem constitui ferramenta indispensável ao desenvolvimento do sistema de justiça nacional, ampliando o acesso à Justiça e contribuindo para solução célere e adequada de disputas complexas no âmbito empresarial e da administração pública.

3. Os precedentes judiciais no direito brasileiro

Diferente do que acontece nos países em que os sistemas jurídicos são baseados no “Common Law” – no qual o direito advém das decisões exaradas pelos juízes, ou seja, dos precedentes judiciais; no Brasil, o sistema jurídico é fundado no “Civil Law”, em que a principal manifestação do direito ocorre por meio da norma jurídica positivada, isto é, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“Constituição”) e as demais leis normas que compõem o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, os precedentes no direito brasileiro teriam, em tese, a função meramente argumentativa, com o objetivo de complementar determinada interpretação da norma ao caso concreto. Contudo, a partir da promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o atual Código de Processo Civil (CPC), os precedentes passaram a ganhar maior destaque no direito brasileiro diante de sua força vinculante.

Isso se deve, principalmente, ao fato de o art. 926 do CPC determinar que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente e, no mesmo sentido, de o art. 927 do CPC dispor que os juízes e tribunais deverão observar os precedentes produzidos pelo STF, neles entendidos as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados das súmulas vinculantes e os enunciados de suas súmulas em matéria constitucional (“precedentes constitucionais”).

9. MARTINS, Pedro A. Batista. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. In: Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes. Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 338.

A não observância das disposições supracitadas, pelo juiz ou tribunal, implica no direito de a parte interessada ou o Ministério Público se valerem da reclamação direcionada ao STF, conforme previsto no art. 988, inciso III, do CPC. A reclamação é um instrumento que visa reparar ofensa à autoridade de um julgado, sendo uma forma de garantia de direitos mais célere que a via recursal.

Em observância a esse novo regime de valorização dos precedentes, principalmente daqueles produzidos pelo STF, a vinculação do árbitro às referidas decisões volta a ser objeto de debate.

Considerando o que foi exposto até aqui, para avançarmos na reflexão sobre a vinculação do árbitro aos precedentes constitucionais, é necessário entender em que medida esses precedentes integram o direito brasileiro. Isso porque, na prática dos procedimentos arbitrais domésticos, comumente as partes se utilizam de convenções arbitrais que impõem aos árbitros o dever de julgar a controvérsia com base no “direito brasileiro”¹⁰. Ainda, no caso das arbitragens envolvendo a administração pública, o art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem prevê que a arbitragem deverá ser sempre de direito, mais precisamente, com a aplicação do direito brasileiro.

Assim sendo, considerando a função jurisdicional do árbitro, compartilhamos do entendimento de Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux¹¹, em que:

Os árbitros, assim como os juízes togados, têm a obrigação de atender aos escopos da jurisdição (jurídicos, políticos e sociais) e de zelar pelo fiel cumprimento da Constituição da República e das leis que compõem o ordenamento jurídico pátrio nas arbitragens de direito sob a égide da legislação nacional.

Desse modo, tendo em vista a aplicação do direito brasileiro para a resolução do litígio por meio de arbitragem, é preciso refletir se a vinculação do árbitro ao direito brasileiro implica também em sua ligação aos precedentes constitucionais.

4. A vinculação dos árbitros aos precedentes constitucionais

Partindo-se da premissa de que os precedentes constitucionais integram o direito brasileiro, entendemos que o árbitro, incumbido de resolver o litígio com base no referido direito, deve observar os precedentes constitucionais.

Entre os precedentes constitucionais, destacam-se a declaração de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, fundamentada no artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição e disciplinadas pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Nos termos do § 2º do art. 102 e do art. 28, parágrafo único, da referida Lei, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, bem como a interpretação conforme

10. Essa vinculação do árbitro ao direito brasileiro pode constar ou ser reiterada no Termo de Arbitragem ou Ata de Missão.

11. SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 17, n. 66 jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 139-176, 2020. p. 168.

a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Nesse sentido, a mencionada norma dispõe que essas decisões do STF, em sede de controle concentrado abstrato, produzem eficácia contra todos, inclusive contra os particulares. Entendemos que esse efeito atribuído às decisões visa integrar o direito brasileiro e, assim, devem ser observadas pelo árbitro. Desse modo, em relação à declaração de inconstitucionalidade, explica Georges Abboud¹²:

Nesse contexto, entendemos que o árbitro, tal como qualquer outro juiz ou tribunal do Poder Judiciário, está vinculado à decisão de total rechaço proferida pelo STF. Mais precisamente, a decisão que julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade retira a lei do ordenamento jurídico, impedindo, portanto, sua utilização, seja pelos órgãos judiciais, seja pelos próprios particulares, inclusive os particulares que exercem atividade jurisdicional (árbitro).

As súmulas, por sua vez, sejam aquelas vinculantes, aprovadas pelo STF nos termos do art. 103-A da Constituição, ou não vinculantes (entendidas como persuasivas), devem ser observadas pelo árbitro.

No entendimento de Daniel Mitidiero¹³, as súmulas constituem enunciados extraídos de reiterados precedentes, estando, assim, a um patamar acima dos precedentes jurisprudenciais. Por conseguinte, se os precedentes em si já são dignos de observância pelo árbitro, também devem ser as súmulas, vinculantes ou não, produzidas pelo STF.

Diante disso, podemos concluir que o árbitro exerce jurisdição privada, limitada à convenção de arbitragem celebrada pelas partes. Em razão de exercer poder jurisdicional, ainda que privado, o árbitro deve observar os precedentes constitucionais, pois constituem elementos integradores do direito brasileiro.

5. Algumas questões de ordem prática

Neste item, refletiremos sobre algumas questões procedimentais que podem ser enfrentadas pelas partes e pelos árbitros no curso do procedimento, considerando a premissa de que o árbitro deve observar os precedentes constitucionais em suas decisões no âmbito do procedimento arbitral.

12. ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. In: Revista de Processo. Vol. 214. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2012. p. 271-298. p. 276.

13. MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2016. p. 109.

5.1. Das limitações previstas na convenção de arbitragem

As partes não podem, por meio da convenção de arbitragem, excluir a apreciação dos precedentes constitucionais pelo árbitro. Isso porque, como já exposto, os precedentes constitucionais vinculam todos e a sua exclusão no âmbito da convenção de arbitragem causa ofensa à ordem pública interna, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem¹⁴.

Contudo, em respeito à regra do “in dubio” pró-arbitragem, deduzimos que a integralidade da convenção não deve ser anulada caso haja essa previsão, mas apenas o trecho ou cláusula que preveja essa exclusão na apreciação dos precedentes constitucionais.

Também nesse sentido, eventuais disposições na convenção arbitral ou no Termo de Arbitragem que indiquem como norma aplicável ao procedimento somente a incidência das “leis brasileiras” ou das “leis da República Federativa do Brasil”, devem ser entendidas com a aplicação do direito brasileiro, com todas as suas fontes consideradas e não a mera aplicação das leis ao caso concreto, sob pena de, reiteramos, ofender a ordem pública interna.

5.2. Da não observância do precedente constitucional

Considerando a conclusão de que o árbitro, ao julgar o litígio com fundamento no direito brasileiro, está vinculado aos precedentes constitucionais, em face da violação de precedente constitucional ou súmula, não será admitido o uso de reclamação, pois o árbitro não integra o Poder Judiciário. Por conseguinte, a ação cabível é a anulação de sentença arbitral, nos termos do art. 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem, pois entendemos que, se a convenção de arbitragem prevê a solução do litígio por meio do direito brasileiro, os precedentes devem ser considerados e a inobservância deles no caso concreto constitui ofensa à convenção de arbitragem.

Contudo, também entendemos que o juiz deve realizar uma interpretação restritiva do art. 32 da Lei de Arbitragem, ou seja, respeitar o livre-convencimento do árbitro sobre o mérito, nos termos do art. 21, § 2º, da referida Lei. Nesse sentido, além do já consolidado entendimento de que o juiz, na ação de anulação de sentença arbitral, só está autorizado a apreciar os aspectos formais da sentença, sem invadir o mérito, concluímos que a mera alegação de desrespeito à determinado precedente constitucional não pode levar à anulação da sentença arbitral, sob pena de inviabilizar a utilização da arbitragem no Brasil.

Nesse sentido, acreditamos que o juiz só está autorizado a anular a sentença arbitral, com base na não observância de precedente constitucional, nas hipóteses em que o desrespeito puder ser verificado “prima facie”, como nos casos de decisão fundamentada em lei declarada inconstitucional, em sede de controle concentrado, pelo STF ou que exara entendimento frontalmente contrário ao previsto em súmula vinculante.

14. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, v. 30, p. 193-224. p. 210.

5.3. *Vinculação aos precedentes constitucionais, livre-convencimento do árbitro e anulação de sentença arbitral*

Conforme já exposto anteriormente, reiteramos que a observância dos precedentes pelo árbitro não significa a sua aplicação infundada ou qualquer medida que vise engessar a atuação do árbitro no procedimento. A vinculação dos árbitros aos precedentes constitucionais, induz à tese de que ele deve considerá-los na análise do caso concreto, mas o seu livre-convencimento permanece preservado.

Assim, compartilhamos do entendimento de Luiza Gonzaga Drumond Cenachi¹⁵:

(...) o precedente judicial não impõe amarras à valoração da prova (ou dos fatos) pelo árbitro, mas apenas em relação à questão de direito controvertida, de modo que o árbitro preserva seu livre-convencimento motivado e continua sendo soberano na análise do direito à espécie.

Portanto, a autonomia do árbitro em decidir valorar os fatos e as provas, bem como em relação a melhor forma de aplicação do direito, devem ser preservadas, para não se correr o risco de inutilizar o instituto da arbitragem.

6. Conclusão

O presente artigo, em seus limites metodológicos, cuidou de responder a seguinte pergunta: o árbitro, nomeado para decidir determinada controvérsia sob a égide do direito brasileiro, está vinculado aos precedentes constitucionais exarados pelo Supremo Tribunal Federal (STF)?

Como vimos, a arbitragem é um meio privado de solução de litígios, no qual as partes, por meio de uma convenção de arbitragem, substituem a jurisdição estatal e nomeiam um árbitro ou um painel de árbitros para solucionar o conflito.

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307) foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do SE-AgR 5.206-7 em que se discutiu a homologação de uma sentença arbitral estrangeira, conferindo legitimidade e segurança jurídica para a efetivação e implementação da arbitragem e dos demais meios alternativos de resolução de conflitos no País.

Nesse tipo de procedimento, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e livre-convencimento do árbitro, que constituem a garantia constitucional do devido processo legal, devem ser aplicados à arbitragem, sob pena de nulidade da sentença arbitral.

Além disso, o árbitro é juiz de fato e de direito, sendo sua sentença irrecorrível e desnecessária sua homologação no Poder Judiciário. Por isso, na forma do art. 927 do

15. CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. Precedentes judiciais na arbitragem: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo Direito brasileiro. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. doi:10.11606/D.2.2021.tde-16082022-093157. p. 86.

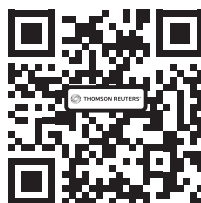
CPC deverá observar os precedentes produzidos pelo STF, neles entendidos as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados das súmulas vinculantes e os enunciados de suas súmulas em matéria constitucional.

Eventuais violações, como uma sentença fundamentada em lei declarada inconstitucional ou entendimento diretamente contrário à súmula, podem ser combatidas pela ação de anulação de sentença arbitral, nos termos do art. 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem.

Contudo, o juiz, ao apreciar a referida ação, deve conferir primazia à autonomia e ao livre convencimento do árbitro, de forma que a anulação só é cabível nas hipóteses em que a violação do precedente pode ser verificada “prima facie”.

Do contrário, a atuação do árbitro seria engessada e, por consequência, o instituto da arbitragem restaria comprometido.

Referências bibliográficas



11.

FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL E DEVIDO PROCESSO

EDUARDO TALAMINI¹

1. Introdução

Os árbitros são obrigados a examinar todos os fundamentos invocados pelas partes? O art. 489, § 1º, do CPC se aplica à arbitragem? Quais os limites do controle judicial da falta de fundamentação da sentença arbitral? As partes podem dispor da fundamentação da sentença arbitral? Essas questões têm sido postas com frequência no debate científico e nas disputas judiciais.² Subjacentemente a essas questões, estão duas preocupações em sentidos opostos. Por um lado, entre estudiosos e profissionais da arbitragem, no Brasil e no exterior, tem sido frequente o temor de excessos e desvios que adviriam de uma pretensa supervalorização do devido processo na arbitragem. Alude-se a uma “*due process paranoia*”.³ Por outro lado, e ainda que veladamente, insinua-se em parte da comunidade jurídica brasileira apreensão com uma suposta falta de transparência no processo arbitral. Isso estava retratado no projeto de lei 3.293/2021 – e foi reiterado na ADPF 1.050. É uma crítica de origem “obscura”, pois não se identificam “as vozes dos seus proponentes na sociedade civil”,⁴ mas bastante viva.

1. Livre-docente (USP). Doutor e Mestre (USP). Professor Associado (UFPR). Advogado.
2. O XVI Congresso Internacional de Arbitragem, do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, em 2017, cujo tema geral era o devido processo na arbitragem, dedicou painel especificamente para essas questões. Vejam-se também os julgados adiante referidos.
3. Paul Friedland e Loukas Mistelis (coord.), *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, Londres, Queen Mary University of London e White & Case, 2015, disponível em https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf, acesso em 12.06.2023, p. 2, 5 e 10; Andrés Talavera Cano, “Combatiendo la Due Process Paranoia. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad”, em *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, v. 8, 2016, p. 75-90. No Brasil, essa preocupação pautou os debates no congresso referido na nota anterior.
4. Leonardo F. Souza-McMurtrie, “Impartiality and Disclosure: Will the Brazilian Supreme Court Change the Current Standards?”, em *Kluwer Arbitration Blog*, 02.06.2023, disponível em <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/06/02/>

O adequado dimensionamento do devido processo legal na arbitragem depende, em larga medida, da compreensão do sentido em que ela constitui atividade jurisdicional.

A arbitragem é meio heterocompositivo não estatal. As partes atribuem a um terceiro, particular, a tarefa de solucionar um conflito. Esse terceiro atua de modo *imparcial*, no sentido radical do termo. Não se trata apenas de ser honesto ou isento. Mais que isso, ele atua como não parte na resolução do litígio. Tanto quanto o juiz estatal, o árbitro se reveste da *asoggettività* (ou *terzietà*, ou *estraneità*), a que alude a doutrina italiana para identificar o traço essencial da jurisdição: a condição de não sujeito naquele caso que lhe é apresentado para decidir.⁵ O árbitro substitui as partes e dita ele mesmo uma solução vinculante para elas. Nesse sentido a arbitragem é, essencialmente, *jurisdicional*.

Mas a arbitragem não é jurisdição *delegada* pelo Estado. Ela não provém da soberania estatal. Tem origem mais nobre, que é a liberdade das partes. Deriva de negócio jurídico entre as partes, uma convenção processual. A atividade arbitral se legitima por advir da livre escolha das partes, por ser o árbitro imparcial e por ser o seu ato de exercício de poder (a imposição da solução do conflito) precedido de procedimento em contraditório. Nesse sentido – procedimento em contraditório –, a arbitragem é essencialmente um *processo*, e o que a legitima é o *devido processo*.⁶

Todavia, os parâmetros desse devido processo não são necessariamente os mesmos do processo estatal.

Assim, os riscos para a arbitragem não estão em sua excessiva processualização. Pois ela já é, na sua essência, processualizada. O risco reside na sua “judicialização”. E aqui está se empregando um neologismo, para designar o risco da excessiva oficialização, estatização, da arbitragem: a tendência de ela passar a ser tratada como uma réplica, espelho ou simulacro

impartiality-and-disclosure-will-the-brazilian-supreme-court-change-the-current-standards/, acesso em 02.06.2023. Vale transcrever parte do texto: “The ADI is part of a rather obscure movement in Brazil. This controversial action was preceded by the anti-arbitration bill. The anti-arbitration bill aimed to establish new and unorthodox requirements for arbitrations, affecting aspects such as the appointment of arbitrators, composition of arbitral tribunals, arbitrators’ duty to disclose, and confidentiality. Although it appears to have gained traction with the addition of the ADI, the identities of its civil society proponents remain unknown. No academics, practitioners, institutions, or NGOs have publicly supported it. On the contrary, the (i) Brazilian Arbitration Committee (CBAr), the (ii) Brazilian National Council of Mediation and Arbitration Institutions (CONIMA), the (iii) Brazilian Institute for Procedural Law (IBDP) and the (iv) American Chamber of Commerce of São Paulo (AMCHAM) submitted *amicus curiae* briefs opposing the ADI’s cause of action, and several, if not all, relevant organizations opposed the anti-arbitration bill. The groups nominally responsible for the ADI and the anti-arbitration bill encompass a range of ideologies, which makes it difficult to discern what social movement is demanding these changes.”

5. Gian Franco Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, 2ª ed., Turim, Giappichelli, 1998, p. 4-11; Luigi Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Turim, Utet, 1994, p. 4-6; Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Pádua, Cedam, 1992, p. 469-470.
6. Remeto a texto anterior (Eduardo Talamini, “Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015”, em *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 46, 2015, p. 288-289), especialmente às referências lá contidas.

do processo judicial.⁷ Diversos problemas recentemente enfrentados na nossa experiência arbitral derivam desse desvio de perspectiva. Decorrem dessa “oficialização” da arbitragem: o uso do mandado de segurança contra atos de árbitros; a submissão ao STJ de conflito de competência entre instituições arbitrais; a pretensão de aplicar ao árbitro os instrumentos processuais estatais relativos à observância da força vinculante dos precedentes judiciais; as constantes iniciativas legislativas, até aqui malsucedidas, de se instituir a profissão de árbitro e lhe outorgar uma instituição corporativa própria – e assim por diante.

A fundamentação da decisão arbitral é aspecto relevante da legitimidade do instituto da arbitragem no ordenamento brasileiro. Mas também é tema que corre o risco de se submeter a essa indevida “judicialização”. As questões antes postas devem ser examinadas se atentando para essa importância e esse risco.

2. A disciplina na arbitragem interna – o contraste com a prática internacional

Na arbitragem interna – i.e., aquela com sentença a ser proferida no Brasil –, a fundamentação põe-se como requisito obrigatório, nos termos da lei. O art. 26, II, da Lei 9.307/1996 prevê entre os elementos indispensáveis da sentença arbitral “os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade”. E o art. 32, III, estabelece que será “nula a sentença arbitral se: (...) III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei”, no que se inclui a exigência de fundamentação. Assim, e em princípio, a falta de fundamentação constituirá um daqueles defeitos que excepcionalmente permitem o controle judiciário da sentença arbitral (art. 33). E tudo isso se aplica inclusive à sentença fundada em equidade.⁸

Em consonância com essas regras, os regulamentos das instituições arbitrais invariavelmente preveem a fundamentação da sentença arbitral – sem abrir ressalva ou exceção. Nos quatorze regulamentos das principais instituições brasileiras, cujos *links* são disponibilizados no site do CBAr, todos preveem a necessidade de fundamentação.⁹ A única

7. E não é um risco hipotético. Já se concretizou significativamente em outros ordenamentos, como o português. Em 1982, em emenda (Lei Constitucional 1/1982) à Constituição Portuguesa, os tribunais arbitrais passaram a ser expressamente previstos no texto constitucional ao lado dos tribunais estatais (atual art. 209, 2): “Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”. A modificação visava a facilitar a aceitação da legitimidade da arbitragem, consequentemente lhe incentivando o emprego. E esse resultado foi atingido. Mas houve também efeitos adversos: subordinação da arbitragem a regras várias que vinculam o Judiciário (sistema de controle de constitucionalidade); recursos para o Judiciário; aceitação de arbitragem obrigatória; peculiaridades quanto à iniciativa de projetos de lei sobre arbitragem etc.

8. TJSP, 1ª C. Res. Dir. Empr., AC 1048961-82.2019.8.26.010, rel. Des. Azuma Nishi, j. 10.03.2021, *DJe* 10.03.2021.

9. <http://cbar.org.br/site/regulamentos>: Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, art. 16.8, “b”, do Regulamento de Arbitragem, art. 13.8, “b”, do Regulamento de Arbitragem para Disputas Trabalhistas, e art. 17.7, “b”, do Regulamento de Arbitragem Comercial Expedida; Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIEP, art. 15.4, “b”, do Regulamento

mitigação – e que ainda assim não constitui dispensa de fundamentação – é a previsão no Regulamento da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP, no sentido de que a fundamentação pode ser sucinta.¹⁰ Mas fundamentação sucinta permanece sendo fundamentação.

Isso é contrastante com inúmeros regulamentos de relevantes instituições estrangeiras, que, em muitos casos, dispensam a fundamentação, salvo se as partes ajustarem o contrário o ou árbitro reputar necessária.¹¹ Em outros tantos casos, esses regulamentos preveem a necessidade de fundamentação, desde que as partes não a dispensem.¹² A pró-

de Arbitragem e art. 5.2, “b”, do Regulamento de Arbitragem Expedita; Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC), art. 30.3, “b”, do Regulamento de Arbitragem; Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), art. 10.5, “b” do Regulamento de Arbitragem; Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), art. 7.4, “ii”, do Regulamento de Arbitragem; Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, art. 39, “b”, do Regulamento de Arbitragem; Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras (CAE), art. E.4 do Regulamento de Arbitragem; Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE), art. 13, § 2º (mediante remissão à Lei de Arbitragem); Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do CIERGS/FGERS (CAMERS), art. 13.6, “b”, do Regulamento de Arbitragem; Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC), art. 38, “b”, do Regulamento de Arbitragem; Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro (CCMA-RJ), art. 32, “b”, do Regulamento de Arbitragem; Câmara de Mediação e Arbitragem do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul (CMA-RS), art. 56, II, do Regulamento de Arbitragem, art. 25, II, do Regulamento de Arbitragem Expedita; Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), art. 14.5, “b”, do Regulamento de Arbitragem.

10. Art. 20.4, II, do Regulamento de Arbitragem.

11. American Arbitration Association – AAA, *Commercial arbitration rules and mediation procedures*, R-48, e *Labor arbitration rules – Expedition rules*, E-10; Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – SCC, *Expedited Arbitration Rules*, art. 42.

12. American Arbitration Association – AAA, *International dispute resolution procedures*, art. 33, *Construction industry arbitration rules and mediation procedures*, R-47 e L-5, *Employment arbitration rules and mediation procedures*, R-39, *Labor arbitration rules*, R-37, e *Consumer arbitration rules*, R-43; Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – SCC, *Arbitration Rules*, art. 42; Australian Centre for International Commercial Arbitration – ACICA, *Arbitration Rules*, art. 42.3, e *Expedition Arbitration Rules*, art. 28.3; Beijing International Arbitration Center – BAC, *Arbitration Rules*, art. 49, e *International investment arbitration rules*, art. 42; The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration – CRCICA, *Arbitration Rules*, art. 34; China International Economic and Trade Arbitration Commission – CIETAC, *Arbitration Rules*, art. 49, e *International investment arbitration rules*, art. 47; German Arbitration Institute – DIS, *Arbitration Rules*, art. 39; Hong Kong International Arbitration Centre – HKIAC, *Administered Arbitration Rules*, art. 35.4 e art. 42.2, “g”; The London Court of International Arbitration – LCIA, *Arbitration Rules*, art. 26.2; Permanent Court of Arbitration, *Arbitration Rules*, art. 34.3; Singapore International Arbitration Centre – SIAC, *Arbitration Rules*, art. 5.2, “e”, e art. 32.4, e *Investment arbitration rules*, art. 30.4; Swiss Chambers Arbitration Institution – SCAI, *Swiss Rules of International Arbitration*, art. 34.3; Vienna International Arbitration Centre – VIAC, *Rules of Arbitration and Mediation*, art. 36.1, e *Rules of investment arbitration and mediation*, art. 36.1; World Intellectual Property Organization – WIPO, *Arbitration Rules*, art. 64.

pria Lei Modelo da UNCITRAL, em que a legislação arbitral brasileira declaradamente inspirou-se, adota esse caminho de conferir às partes a possibilidade de acordar que não haverá fundamentação (art. 31.2). Constituem exceção os regulamentos institucionais estrangeiros que estabelecem a necessidade de fundamentação sem sequer ressaltar a possibilidade de sua dispensa.¹³

A orientação adotada pelos regulamentos institucionais normalmente reflete o regime normativo estatal estabelecido para a arbitragem. Prevalecem no direito comparado as legislações que permitem que as partes convençionem que a sentença arbitral não precisa ser motivada.¹⁴⁻¹⁵

Essa comparação evidencia o especial valor que se atribuiu, no processo arbitral brasileiro, à garantia da fundamentação.¹⁶ Isso parece ter sido reflexo da própria importância

13. Assim, Centro de Arbitraje de México – CAMEX, *Reglas de Arbitraje*, art. 32; Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce in Warsaw, *Arbitration Rules*, § 41; International Centre for Settlement of Investment – ICSID, *Arbitration Rules*, R-59; International Chamber of Commerce – CCI, *Arbitration Rules*, art. 32; Milan Chamber of Arbitration, *Arbitration Rules*, art. 33 (admitindo, todavia, fundamentação concisa).
14. Inglaterra, Arbitration Act, 1996, § 52, n. 4; Suíça, Código Federal de Direito Internacional Privado, art. 189, n. 2; Holanda, Código de Processo Civil, art. 1057, n. 5, c; Noruega, Lei de Arbitragem, § 36; Hong Kong, Ordenança de Arbitragem, art. 67, n. 2; China, Lei de Arbitragem, art. 54; Japão, Lei de Arbitragem, art. 39, n. 2; Coreia do Sul, Lei de Arbitragem, art. 32, n. 2; Austrália, Arbitration Act, Section 606, n. 2, e International Arbitration Act, Schedule 1, art. 31, n. 2; Malásia, Lei de Arbitragem, § 33, n. 3), *a*; Alemanha, ZPO, § 1054, n. 2; Índia, Arbitration and Conciliation Act, art. 31, n. 3, “a”; Singapura, Arbitration Act, art. 38, n. 2; Peru, DL n. 1.071/2008, art. 56, 1; Chile, Lei 19.971/2004, art. 31.2; Paraguai, Ley 1.879/2002, art. 36; Guatemala, Dec. 67/95, art. 40.2; República Dominicana, Ley 489/2008, art. 36.4; Portugal, Lei de Arbitragem Voluntária, art. 42, n. 3. Na ampla maioria dessas leis, também se dispensa a fundamentação na sentença homologatória de autocomposição.
15. Nos Estados Unidos, as duas principais leis federais de arbitragem (Federal Arbitration Act e Uniform Arbitration Act) não contêm a exigência de fundamentação da sentença arbitral. Diversas das leis estaduais de arbitragem reproduzem a regra do art. 31, n. 2, da Lei Modelo da Uncitral, que permite a dispensa de fundamentação por acordo entre as partes. A Suprema Corte já reconheceu que “arbitrators have no obligation to the court to give their reasons for an award” (United Steelworkers of America v Enterprise Wheel Car Corp, 363 US, 1960, 598). Sobre todos esses aspectos, ver Sixto A. Sánchez Lorenzo, “Reasons in Arbitral Awards: Arbitration in Equity, Arbitration in Law and Arbitration without Law in International Trade”, em *Risoluzione alternativa delle controversie tra accesso alla giustizia e regolazione del mercato: Atti del IV Convegno internazionale della Red de Derecho Privado Comparado y de la Integración: perspectiva Euro-Americana* (coord. Irene Canfora e Amarillide Genovese), Nápoles, Ed. Scientifiche Italiane, 2020, p. 138).
16. E essa parecia ser tendência dos ordenamentos arbitrais latino-americanos: estabelecer como necessária a fundamentação, sem explicitar permissão de sua dispensa pelas partes – conforme Jan Kleinheisterkamp (*International Commercial Arbitration in Latin America*, Nova York, Oceana, 2005, 344-345). Todavia, vejamos as exceções anteriormente citadas. Por outro lado, a exceção então apontada pelo autor era a Bolívia, cuja lei repetia no ponto a norma da UNCITRAL (ob. cit. e loc. cit., notas 236 e 238). Mas a atual *Ley de Conciliación y Arbitraje* boliviana (Ley 708/2015) se limita a exigir a fundamentação do laudo arbitral, sem ressaltar

dada à fundamentação no processo judicial. A exigência de fundamentação das decisões já era feita no Código de Processo Civil de 1973, em mais de uma disposição (arts. 165 e 459, II) – e em 1988 foi consagrada como garantia constitucional (CF, art. 93, IX).¹⁷ Então, as partes da arbitragem interna têm direito de exigir a fundamentação da sentença, e sua falta implica invalidade, passível de decretação em ação judicial. Questão outra é saber se elas poderiam pactuar a dispensa de fundamentação, para obter na arbitragem uma sentença não fundamentada, mas ainda assim válida. Esse tema será retomado adiante.

3. O art. 489, § 1º, do CPC e a arbitragem

Antes, cabe identificar os atributos para a configuração da fundamentação. Em outros termos, trata-se de saber quando se pode considerar uma decisão fundamentada.

E aqui se põe a questão do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015. Cuida-se de saber em que medida ele incide na arbitragem. Trata-se não tanto de disposição normativa, mas antes de um fluxo joyceano de pensamento. Um Leopold Bloom advogado sai do fórum de uma grande capital brasileira (ainda se ia ao fórum em 2014, quando se terminou de elaborar o atual CPC...) muito irritado com uma sentença oca de fundamentação, e caminha pela rua pensando algo como: “*não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (...)*”.¹⁸

O que se tem aí, *a contrario sensu*, é um conjunto de instruções sobre como fundamentar. Esse roteiro analítico poderia ser sintetizado nas três características necessárias da motivação, de que trata Michele Taruffo: racionalidade, completeza e controlabilidade. Por “racionalidade”, entenda-se a justificação do provimento segundo “princípios de racionalidade da consciência empírica”: cânones comumente conhecidos e aceitos no lugar e no momento histórico em que o juiz atua. Nesse sentido, talvez seja preferível aludir a “razoabilidade” da motivação. A “completitude” que se requer não é “descritiva” (explicitação dos passos lógicos ou psicológicos que levaram o juiz a decidir), mas “justificativa”

(arts. 103, I, e 105, 5). A França também exige a fundamentação, sob pena de nulidade (CPC francês, arts. 1.482 e 1.483). Igualmente a atual legislação espanhola impõe a motivação (Ley 60/2003, art. 37.4).

17. “The mandatory requirement of reasoning shows the uniform understanding that the constitutional guarantee of a fair trial, requiring all exercises of jurisdiction to be guided by a rational and just treatment of the matter, has to be reflected and evidenced by the award” (Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 345 – referindo-se não apenas ao Brasil mas à generalidade dos países latino-americanos).

18. Propositadamente o inciso VI desse § 1º não foi aqui incluído, pelas razões a seguir expostas.

(a apresentação dos argumentos que confirmem a validade das escolhas de que a decisão deriva). Por fim, a motivação é “controlável” na medida em que esteja explicitada e seja acessível e compreensível.¹⁹

Então – e ressaltando-se o inciso VI do § 1º do art. 489 – suas demais disposições não têm verdadeiro caráter inovativo. É um preceito didático. As decisões judiciais proferidas até o advento do Código de 2015, para serem devidamente fundamentadas, já tinham de cumprir essas balizas. As sentenças arbitrais fundamentadas também sempre as cumpriram, independentemente dessa disposição normativa. Nesse sentido, não se trata de dizer que a regra do CPC deva ser também aplicável à arbitragem. Trata-se apenas de reconhecer que na arbitragem vigora igual norma, ainda que posta em termos sintéticos. Cuida-se da exigência de uma fundamentação racional, completa e controlável, para o que já bastaria o art. 26, II, da Lei de Arbitragem.

E os árbitros não são obrigados a responder todos os fundamentos invocados pelas partes – como também os juízes estatais não o são. Apenas os fundamentos pertinentes e relevantes precisam ser enfrentados. O próprio art. 489, § 1º, IV, com todo o seu detalhamento e rigor quanto à exigência de fundamentação, atenta para esse detalhe, ao prever que precisam ser enfrentados “os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Aqueles que, de modo algum, afetam essa conclusão e que, portanto, são impertinentes, não precisam ser enfrentados. Então, apenas os fundamentos necessários e suficientes, seja para o acolhimento, seja para rejeição de uma pretensão ou defesa, é que precisarão ser examinados.²⁰ Quanto a fundamentos impertinentes, basta sumariamente indicar sua impertinência ou, a depender do caso, nem mesmo isso: é desnecessária qualquer alusão aos argumentos cuja impertinência seja uma consequência lógica da fundamentação posta. Trata-se da “absorção dos fundamentos”, pela qual inclusive não é necessário que o julgador trate de todas as provas produzidas nem que discuta cada específico elemento ou refute todas as alegações e defesas, pois “é suficiente que exponha de maneira sucinta os elementos de fato e de direito postos como fundamento da decisão, cabendo se reputar implicitamente descartados todos os argumentos e as teses que, ainda que não expressamente examinados, são logicamente incompatíveis com a decisão adotada”.²¹ De todo modo, para que seja legítima essa motivação implícita,

19. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, em *Participação e processo* (org. A. Grinover, C. Dinamarco e K. Watanabe), São Paulo, RT, 1988, p. 44-50.

20. Como nota Teresa Arruda Alvim, isso exige a consideração do “contexto do processo em que foi proferida” a decisão, não lhe bastando a “coerência interna corporis” (*A fundamentação das sentenças e dos acórdãos*, Curitiba, EDC, 2023, p. 125). Mas isso não exclui a legitimidade da absorção de fundamentos. A própria i. doutrinadora, logo depois da afirmação ora reproduzida, destaca a desnecessidade de enfrentamento das questões que ficaram logicamente superadas pela fundamentada solução daquelas já enfrentadas (Teresa Arruda Alvim, “*A fundamentação...*”, cit., p. 125 e nota 262).

21. Alessandra Frassinetti, “Il contenuto ‘minimo’ per una motivazione adeguata della sentenza”, em *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, 2017, p. 674. No original: “è sufficiente che esponga in maniera succinta gli elementi in fatto e in diritto posti a fondamento della decisione, dovendo ritenersi implicitamente disattesi tutti gli argomenti e le tesi che, sebbene non espressamente esaminati, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata”.

é imprescindível que a exclusão lógica daqueles outros argumentos e teses seja mesmo “a única conclusão possível das razões que expressamente constam da motivação”²² Nesse caso, ainda que dita “implícita”, “fundamentação há”: “ela existe no plano da significação, malgrado não possua um suporte gráfico específico que a lastreie”.²³

Além disso, não é necessária a formulação hipotética, eventual ou acadêmica de todos os fundamentos. Basta o emprego de um deles, se ele já serve para excluir a necessidade do exame de todos os outros. Quanto a isso, alude-se à “técnica da razão mais líquida”, pela qual, se o julgador tem vários fundamentos igualmente eficientes, por si sós, para acolher ou rejeitar uma pretensão, ele pode se ater àquele que seja mais simples ou mesmo mais rápido para ser enfrentado, comprovado ou exposto – ainda que, do ponto de vista lógico, não constituísse necessariamente a primeira questão a ser examinada.²⁴ Por exemplo, no caso em que se pretende a cobrança de uma obrigação, não é necessário enfrentar a questão da existência dessa obrigação se, de modo simples e direto, é possível demonstrar que, mesmo se existisse, ela seria inexigível (por estar prescrita, p. ex.). Esse talvez seja o exemplo mais marcante que se possa imaginar. Chega-se a aludir à prescrição como uma “preliminar de mérito”, mas a expressão só faz sentido do ponto de vista prático, da razão mais líquida, pois rigorosamente a existência da obrigação é questão que antecede sua exigibilidade. Do mesmo modo, se é facilmente demonstrável que haveria força maior, apta a exonerar o devedor do adimplemento, tampouco será preciso examinar se a obrigação existe.

Por outro lado, não fica afastada a possibilidade de decisão sucinta. Decisão sucinta permanece sendo fundamentada. A fundamentação pode ser curta, breve, desde que cumpra os atributos antes destacados. Não há antítese entre a brevidade da fundamentação e sua completeza, racionalidade e controlabilidade. Pode ser mais difícil fazer algo curto que cumpra esses predicados, mas é igualmente possível.

4. O inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC

O inciso VI do § 1º do art. 489 merece atenção em destaque. Segundo ele, não se considera fundamentada decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Nessa hipótese, não há mera regra sobre fundamentação: dela também se extrai mecanismo processual judiciário de vinculação aos precedentes. É uma regra que só opera no sistema processual estatal, que prevê outras normas específicas atinentes à vinculação formal a precedentes judiciais. Nela, tem-se um dever de submissão ao precedente, exceto se for demonstrada a sua superação (pelo próprio tribunal que gerou o precedente ou outro que lhe seja superior) ou a distinção do caso concreto, sob pena de invalidade da decisão judiciária. Como que por uma equiparação ou ficção, o 489, § 1º, inciso VI, impõe

22. Rodrigo Ramina de Lucca, *O dever de motivação das decisões judiciais*, Salvador, JusPodivm, 2015, p. 233.

23. Beclaute Oliveira Silva, *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*, Salvador, JusPodivm, 2007, p. 173.

24. Alessandra Frassinetti, “Il contenuto...”, cit., p. 67.

a consequência da nulidade, não só à decisão judicial não fundamentada, que não se pronuncia sobre o precedente, mas também à que se pronuncia sobre ele e deixa de aplicá-lo por razão outra que não sua superação ou distinção fática.

Insista-se nesse ponto, o inciso VI não se limita a estabelecer uma carga maior de ônus argumentativo ao julgador. Não se trata apenas de exigir uma fundamentação mais intensa e detalhada. Se fosse apenas essa a leitura extraível do inciso VI, ela seria razoavelmente aplicável à arbitragem – pois, como os demais incisos do § 1º do art. 489, estaria simplesmente explicitando parâmetros de uma fundamentação adequada. Aliás, ela seria redundante, em face do inciso IV, que já exige que todos os argumentos pertinentes sejam enfrentados. Mas não é isso o que o dispositivo diz. É muito mais. O inciso VI proíbe, sob pena de nulidade, que o julgador deixe de aplicar o precedente, exceto quando demonstrar: (i) que o precedente já foi superado pelo próprio tribunal que o constituiu ou outro que lhe é superior (*overruling*);²⁵ ou (ii) que a situação fática do caso que está julgando é substancialmente diversa daquela para a qual o precedente foi instituído (*distinguishing*), sendo por isso inaplicável. Pela regra em questão, ainda que com fundamentação profunda e detalhada, o julgador não pode deixar de aplicar o precedente por concluir, por exemplo, que ele não enfrentou todos os aspectos jurídicos da questão ou, mesmo, que ele está simplesmente errado.²⁶ A demonstração fundamentada do erro na constituição do precedente não constitui nem superação nem *distinguishing* – e está vedada pelo inciso VI.²⁷

Assim, imagine-se a hipótese em que um juiz estatal profere decisão e enfrenta fundamentadamente o precedente invocado pela parte, dizendo algo do tipo: “a parte trouxe para mim o precedente tal do STJ; muito embora o caso seja igual e não haja notícia de sua superação no STJ ou no STF, deixo de aplicá-lo, porque discordo dele por isso, isso e mais isso” – apresentando aí fundamentos detalhados. Nos termos do art. 489, § 1º, VI, essa decisão ainda é nula, pois não é isso que é dado ao juiz estatal fazer. Ele só pode deixar de

25. É essa a noção assente de superação. Ver, entre outros: Hermes Zaneti Jr., *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 4ª ed., Salvador, JusPodivm, 2019, cit., p. 335-336; Daniel Mitidiero, *Precedentes: da persuasão à vinculação*, São Paulo, RT, 2016, p. 120-121; Lucas Buril de Macêdo, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 3ª ed., Salvador, JusPodivm, 2019, p. 311; Carlos Frederico Bastos Pereira, *Fundamentação das decisões judiciais*, São Paulo RT, 2019, p. 143.

26. Como diz Leonard Schmitz, pelo art. 489, § 1º, VI, “os pronunciamentos de que trata o art. 927, salvo situações em que seu âmbito normativo não se enquadra no caso concreto a ser julgado futuramente, são impositivos, sob pena de nulidade da decisão” (*Fundamentação das decisões judiciais*, São Paulo, RT, 2015, p. 332 – original sem destaque).

27. Por isso, não parece correto dizer, como faz Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., que o art. 489, § 1º, VI, apenas estabelecerá uma exigência de “fundamentação qualificada” (“A fundamentação das sentenças arbitrais diante do novo Código de Processo Civil brasileiro”, em *Revista de Direito Empresarial*, v. 10, 2015, n. 4, disponível em www.revistadostribunais.com.br, acesso em 14.06.2023). Não se trata de simples intensificação do ônus argumentativo. Se as premissas fáticas do caso em julgamento forem equiparáveis à do precedente (i.e., se não couber *distinguishing*) e se o precedente não tiver sido superado por outro do próprio tribunal que o editou ou de tribunal superior, não é dado ao juiz deixar de aplicá-lo, ainda que demonstre, de modo fundamentado, sua incorreção. Se fosse mesmo apenas um caso de “fundamentação qualificada”, esta bastaria para o juiz se livrar da aplicação do precedente.

aplicar aquele precedente demonstrando superação ou a existência de distinção no caso concreto.

Esse aspecto da regra diz respeito apenas ao processo estatal. Não há algo aproveitável dela aqui, para a arbitragem, pelas razões a seguir expostas.

Os precedentes judiciais e a jurisprudência consolidada – aí incluídas as decisões-quadro e súmulas vinculantes – constituem fonte do ordenamento jurídico, ainda que “não autônoma”. No *civil law*, modelo em que se enquadra o ordenamento brasileiro, o primado é da lei positivada. Porém, isso não significa que as decisões judiciais se limitem a declarar ou descobrir o sentido da lei. O direito é fato, valor e norma.²⁸ O texto escrito da lei, em si, representa relativamente pouco. O seu significado não é meramente extraído, mas construído, definido, não apenas a partir da letra da lei (que não deixa de ser elemento de grande importância), mas também dos valores sociais, políticos, econômicos e culturais reinantes na sociedade. Esse papel construtivo é atribuído a todos aqueles que aplicam, vivenciam, diariamente o direito. Os agentes privados, em suas práticas comerciais, constroem esses significados. Os agentes da Administração Pública, ao desenvolver as atividades executivas, também o fazem. Então, essa não é tarefa que caiba apenas aos órgãos jurisdicionais. Mas, como na esfera estatal cabe ao Judiciário, no desempenho da função jurisdicional, a atuação do ordenamento jurídico, evidentemente ele tem primazia na construção do significado das normas – ainda que o tenha de fazer considerando a atividade de todos os demais agentes jurídicos. Mas, por essas razões, a jurisprudência não é fonte autônoma e primária do Direito. Como diz Hermes Zaneti Jr., “o art. 8º [do CPC], que deve ser combinado com o art. 5º, II da CF/88, exige a observância do princípio da legalidade, claro sinal de que um modelo de precedentes no Brasil não significa o abandono da observância da lei escrita, mas seu complemento necessário, na integração entre a atividade do legislador e a atividade do juiz”.²⁹ O ponto de partida é sempre o texto normativo.

Então, se a arbitragem é de direito, cabe ao árbitro aplicar o ordenamento em sua plenitude, observando-se todas as suas fontes. Cumpre-lhe considerar inclusive os precedentes e orientações jurisprudenciais estabelecidas. Quem recorre à arbitragem de direito almeja segurança jurídica e previsibilidade – o que inclui a adoção das soluções jurisprudencialmente sedimentadas.

Mas há uma diferença essencial entre (i) reconhecer o precedente e a jurisprudência judiciais como fontes do ordenamento e (ii) definir a extensão da aplicabilidade de mecanismos processuais judiciais destinados a fazer valer a força vinculante dos precedentes e da jurisprudência dentro do Judiciário. O árbitro não integra o Poder Judiciário e tampouco é agente estatal. Não cabe usar contra as decisões arbitrais nenhum mecanismo processual judiciário de observância de força vinculante de precedentes. São *inaplicáveis* à arbitragem, entre outros: a reclamação por inobservância do precedente; a suspensão do processo na pendência de julgamento de caso repetitivo; a impugnação ao cumprimento de título judicial desconforme a decisão vinculante do STF etc. É nesse conjunto de mecanismos

28. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 509.

29. *O valor vinculante dos precedentes...*, cit., p. 369 – grifo no original.

que se inclui a imposição de nulidade por inobservância do precedente em casos alheios ao *distinguishing* e ao *overruling*, do inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC.

É impossível no sistema jurídico brasileiro a revisão judicial da solução dada ao mérito do litígio pelo tribunal arbitral. A “ordem pública” relevante para o controle judicial da arbitragem se exaure nas hipóteses de invalidade da sentença arbitral previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. O *error in iudicando* arbitral não é judicialmente controlável. Não existe a hipótese de anulação da sentença arbitral por manifesta violação ao direito, na solução do mérito – diferentemente do que se passa no *Common Law*.³⁰ Logo, não cabe impugnação judicial da sentença arbitral para atacar a não aplicação de precedente ou orientação jurisprudencial na solução dada pelos árbitros ao mérito da causa. Apenas são controláveis judicialmente defeitos da sentença arbitral atinentes à existência, validade e eficácia da convenção arbitral e ao respeito ao devido processo legal. O argumento de que a violação ao precedente violaria a convenção arbitral que previu arbitragem de direito (e não por equidade)³¹ *prova demais*: conduziria à conclusão de que toda sentença arbitral incorreta quanto à solução de mérito seria controlável e anulável pelo Judiciário.³² E não é assim. Nem mesmo o manifesto erro na solução dada ao mérito da causa é impugnável judicialmente. Os limites de controle judicial da arbitragem são dados pelo art. 32 da Lei de Arbitragem, em rol exaustivo. O STF reputa constitucional essa limitação.³³ Isso não é diferente do que

30. Sobre o tema, v. Rômulo Mariani, *Precedentes na arbitragem*, Belo Horizonte, Fórum, 2018, p. 103-112. Em sentido similar, Georges Abboud, que ressalva apenas a hipótese em que as partes tenham explicitamente previsto a necessidade de aplicação de “provimentos vinculantes” pelos árbitros, caso em que, sendo esses inobservados, haveria violação da convenção arbitral (*Processo constitucional brasileiro*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2019, p. 1097-1203). Mas se trata de hipótese essencialmente acadêmica. Não se veem na prática avenças nesses termos – ao menos até aqui. De resto, a própria discussão sobre ter havido efetiva aplicação dos precedentes acabaria por ultrapassar a simples aferição do respeito à convenção de arbitragem, invadindo o mérito – e isso, reconhece Abboud, jamais é possível (ob. cit., p. 1198 e 1203).
31. Argumento utilizado por Guilherme Rizzo Amaral (*Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent?* Londres, Wildy, Simmonds & Hill, 2017, p. 139-143); Marcos Fioravanti, *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p. 140 e 161; e Gustavo Vaughn, *Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade*, São Paulo, Almedina, 2022, p. 189.
32. “Essa alternativa hermenêutica é muito preocupante, pois abre espaço para a impugnação de praticamente toda e qualquer decisão. Seria péssimo para a comunidade jurídica e de negócios do País se o seu Poder Judiciário passasse a admitir tais questionamentos, pois o resultado projetado será o de se proporem demandas anulatórias contra virtualmente todas as sentenças arbitrais” (Ricardo de Carvalho Aprigliano, Vera Cecília Monteiro de Barros e Ricardo Ramalho Almeida, “Note: Asa Bioenergia Holding Ltda. and outros v. Adriano Gianetti Ometto and Adriano Ometto Agrícola Ltda., Superior Court of Justice of Brazil, Case No. 9.412/ US (2013/0278872-5), 19 April 2017”, em *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 56, 2017, p. 141-142).
33. No caso Lage, julgado pelo STF em 1973, o relator, Min. Bilac Pinto, consignou não haver nenhuma inconstitucionalidade na previsão de “irrecorribilidade” da decisão de mérito, prevista em compromisso arbitral celebrado entre a União e particulares. Ponderou ser tal limitação da tradição do direito brasileiro e concluiu: “Jamais viu-se, nessa cláusula, qualquer ofensa às

acontece em qualquer outro caso de má aplicação do direito pelo árbitro na solução dada ao mérito da causa. Seria paradoxal conferir um instrumento de controle da inobservância do precedente se nem mesmo há mecanismo de controle de violação direta da lei, que é fonte jurídica principal. Se, ao resolver o mérito do conflito, p. ex., o árbitro equivocadamente aplica lei revogada ou confere a determinada disposição legal interpretação errada, de que ninguém jamais cogitou (a ponto de a questão nem mesmo ter merecido qualquer discussão e consolidação jurisprudencial), esse erro não é judicialmente controlável.

Por fim, e longe de ser essa uma deficiência do sistema arbitral, ela apresenta evidentes vantagens. Por exemplo, a de permitir ao árbitro ignorar decisões-quadro que não refletem a verdadeira expressão do ordenamento (quando o STJ, em menos de seis meses, define a mesma questão jurídica, em procedimento de recursos repetitivos, de modos diametralmente opostos, sem nenhuma alusão a *overruling* ou mesmo menção à decisão-quadro anterior, fica claro que nem toda a produção jurisprudencial protegida pelos mecanismos de imposição de força vinculante no âmbito judicial constitui, verdadeiramente expressão do sentido normativo consolidado numa dada época e lugar...; o mesmo se diga nos casos em que ministros de tribunais superiores declaradamente não seguem as orientações jurisprudenciais estabelecidas no plenário da corte...).

A única hipótese em que se pode cogitar de alguma vinculação do árbitro a precedentes judiciais é meramente *indireta*. Ocorrerá apenas quando tais precedentes versarem sobre aspectos do devido processo legal (p. ex.: ilegitimidade de certa modalidade de colheita de prova) ou da existência, eficácia ou validade da convenção arbitral (p. ex.: inarbitrabilidade de determinado tipo de pretensão). Afinal, essas são matérias passíveis de controle pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 32 da Lei 9.307/1996. Então – e ainda que mesmo nesse caso não caibam contra a decisão arbitral os mecanismos judiciais de observância da força vinculante do precedente –, caberá o controle judicial da sentença arbitral (art. 33), e o juiz estatal que proceder a esse controle estará vinculado àqueles precedentes.³⁴

Assim, há uma diferença fundamental nesse ponto, entre arbitragem e processo judicial. Na solução do mérito, o árbitro também tem o dever de examinar o precedente invocado pela parte, inclusive um precedente estatal, que seja pertinente e relevante para o caso. Ele tem de enfrentá-lo fundamentadamente, não há dúvidas. Mas, para deixar de aplicar o precedente, ele não tem necessariamente o dever de demonstrar distinção ou superação sob pena de ser inválida a sua decisão. Ele precisa apreciar todos os argumentos relevantes. E se o precedente apresentado é relevante para causa – e um precedente sempre é em tese relevante, na medida em que expresse o modo como está sendo construído o direito daquele

garantias constitucionais” (AI 52.191, Pleno, rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973, disponível também em *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, vol. 68, p. 382). Subsequente, o STF examinou a constitucionalidade da atual Lei de Arbitragem, no julgamento da SEC 5.206. Não se cogitou de nenhuma inconstitucionalidade das regras dos arts. 31, 32 e 33 da Lei (AgRg na SE 5.206, Pleno, v.m., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJU 30.04.2004, unânime quanto à irrecorribilidade de sentença arbitral e sua equiparação à sentença judiciária).

34. Já examinei o tema em oportunidade anterior (Eduardo Talamini, *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*, tese de livre-docência, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 169).

ordenamento –, e se é uma arbitragem de direito, o árbitro há, então, de enfrentá-lo. Agora, o árbitro pode fundamentadamente concluir que, a despeito de não haver *overruling* nem caber *distinguishing*, a solução ali adotada não é correta, não considera todos os aspectos jurídicos da questão ou tem qualquer outro defeito. Em suma, o árbitro não tem o dever, sob pena de invalidade, de demonstrar superação ou distinção do precedente para deixar de aplicá-lo. Basta enfrentá-lo fundamentadamente para que a decisão seja válida. Se vai segui-lo ou não, isso concerne à solução de mérito da causa que lhe é posta – e está fora do controle do Poder Judiciário. Não há nesse caso nenhum defeito de fundamentação. Ainda que o árbitro eventualmente esteja errado em sua crítica ao precedente, se ela foi fundamentada, não há defeito passível de correção judicial. Não se pode confundir sentença injusta (i.e., com *error in iudicando*) com sentença sem fundamentação.³⁵ A sentença com motivação errada não é sentença sem fundamentação – conforme já decidiu o STF em reiteradas ocasiões.³⁶ Como escreve Flávio Yarshell, “não se pode, a pretexto de falta de adequada motivação, pretender que o Judiciário reveja os fundamentos de fato e de direito adotados pelo órgão arbitral”.³⁷

Então, se a pergunta for: o art. 489, § 1º, do CPC se aplica à arbitragem? A resposta é: “aplica-se” à arbitragem interna *no que não é novo* (incisos I a V) – melhor dizendo, a arbitragem interna já se submete a idêntico regramento, extraível da sintética disposição que prevê o dever de fundamentar (Lei da Arbitragem, art. 26, II). Já a regra que constitui inovação, contida no inciso VI, é impertinente à arbitragem.

5. A sentença arbitral estrangeira sem fundamentação

Como visto, nos sistemas arbitrais estrangeiros, é amplamente admitida a sentença arbitral sem fundamentação. Cabe agora examinar qual a relevância da fundamentação para que a sentença estrangeira possa ser recepcionada na ordem jurídica brasileira. A falta de fundamentação *não* é causa expressa para a recusa de homologação da sentença arbitral no Brasil (cf. art. V da Convenção de Nova York e arts. 38 e 39 da Lei 9.307/1996). A questão reside em saber se a falta de fundamentação ofenderia a ordem pública – de modo a se justificar a negativa de homologação.

35. Com a devida vênia, é o que faz, por exemplo, Maurício Bellocchi, ao afirmar que a sentença arbitral que não aplicasse o precedente (a despeito de fundamentada) seria invalidada por uma *error in procedendo*, caracterizado pela ofensa ao inc. VI do § 1º do art. 489 (*Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*, São Paulo, RT, 2017, p. 182). Reitere-se: a regra em questão não é sobre fundamentação – e não é, portanto, sobre procedimento: é sobre o conteúdo do julgamento.

36. STF, RE 140.370, 1ª T., v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20.04.1993, em RTJ 150/269 (orientação repetida em AI 588.033-AgR, AI 662.661-AgR, AI 483.266-AgR, entre outros).

37. “Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral”, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 207, 2012, p. 16.

Depois de alguma oscilação em sua jurisprudência,³⁸ o Supremo Tribunal Federal consolidou a partir dos anos 1990 o entendimento favorável à homologação de sentença estrangeira não fundamentada, desde que a fundamentação não fosse exigida no ordenamento de origem.³⁹ Conforme essa orientação, a sentença deve estar de acordo com as formalidades impostas no sistema jurídico em que foi prolatada.⁴⁰ Há diversos precedentes nesse sentido – que, aliás, não se referem necessariamente a laudos arbitrais, mas sobretudo a sentenças judiciais estrangeiras.⁴¹ E quando o STF afirmava que a bastava à sentença homologanda cumprir as regras de fundamentação do sistema de origem, muitas vezes o sistema de origem *não tinha exigência nenhuma de fundamentação* – e isso era aceito pela Corte. O Supremo Tribunal chegou a homologar decisões de decreto de divórcio, provenientes do Japão, que não passavam de formulários preenchidos ou certidões. Esses atos homologatórios não tinham mais do que algumas linhas.⁴² Mas estavam conformes aos parâmetros estabelecidos no ordenamento japonês. Então, não se tratava de aceitar fundamentação sucinta ou coisa que o valha. Admitiam-se inclusive sentenças não fundamentadas.

Daí se vê que a ordem pública relevante para a homologação de sentenças estrangeiras não é a ordem pública interna. Se fosse assim, ao menos para as sentenças judiciais estrangeiras, a homologação teria de ser negada, pois, para a ordem interna, uma sentença judicial precisa ser fundamentada, sob pena de nulidade, conforme a imposição constitucional (art. 93, IX). Ao aceitar a não fundamentação da sentença homologanda como um aspecto inerente ao contexto jurídico do local em que ela foi proferida, o STF estava deixando claro que o parâmetro de homologação da sentença estrangeira é a ordem pública

38. Bem retratada por Marcela Takahashi Pereira, em “A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada?”, em *Revista de Informação Legislativa*, v. 169, 2006, p. 212-213.

39. “Desde 1992, todas as sentenças cuja falta de motivação foi questionada terminaram, apesar disso, homologadas e, desde dezembro de 1993, por unanimidade de votos” (Marcela Pereira, “A sentença estrangeira...”, cit., p. 212).

40. A seguinte ementa resume bem o entendimento do STF: “A sentença estrangeira deve estar revestida das formalidades impostas pela legislação do país em que prolatada. Descabe cogitar da estrutura de tal peça considerados o Código de Processo Civil e a Constituição nacionais” (SE 4.590, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em 05.06.92, em RTJ 142/428 – sentença proveniente dos Estados Unidos).

41. Entre outros: SE 2.114, rel. Min. Rodrigues Alckmin, Plenário, j. em 04.04.74 (sentença proveniente dos Estados Unidos); Ag. Reg. na SE 2.521, Min. pres. Antônio Neder, decisão monocrática, j. em 07.11.1980 (Alemanha); SE 4.469, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em 10.12.1993 (Reino Unido); SE 5.157, rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, j. em 19.06.1996 (Alemanha); SE 5.720, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em 22.10.98 (Áustria); SE 5.661, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em 19.05.99 – RTJ 175/104 (Reino Unido).

42. “Assim, em outros temas, decisões estrangeiras sucintas oriundas de outros países ou de autoridades que no Brasil não teriam competência para tal, como os divórcios proferidos por autoridades administrativas no Japão (que nada mais são do que uma mera certidão), são consideradas adequadas para o cumprimento dos requisitos legais e são assim deferidas” (Nádia Araújo, “O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: dez anos de atuação”, p. 11, disponível em <https://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2020/07/O-STJ-e-a-homologac%C3%A7%C3%A3o-de-sentenc%C3%A7as-arbitrais-10-anos-de-atuac%C3%A7%C3%A3o.pdf>, acesso em 20.04.2023).

de direito internacional. Trata-se de considerar aqueles valores jurídicos que o Brasil reputa que devam estar presentes em qualquer outra ordem jurídica; os princípios jurídicos de que o Estado não abdica mesmo quando o conflito se encontra sujeita a uma lei e (ou) tribunal estrangeiro; direitos e garantias que todo sujeito deve merecer independentemente da jurisdição em que se encontra.⁴³ Nesse sentido, o Estado brasileiro considera admissível que em outras jurisdições estatais ou privadas as partes dispensem a fundamentação da sentença ou, até mesmo, ela seja automaticamente dispensada (como no exemplo do decreto de divórcio no Japão). Reconhece-se que outras ordens legítimas e democráticas possam desenvolver processos equos e ainda assim, por motivos razoáveis, dispensar a fundamentação da sentença.

Com a transferência da competência para homologação de sentenças estrangeiras para o Superior Tribunal de Justiça (EC 45/2004), a questão veio então a ser enfrentada por essa Corte.

E o primeiro pronunciamento do STJ sobre o tema desautorizava a jurisprudência do Supremo Tribunal. Foi na SEC 879, julgada em 2006.⁴⁴ No entanto, o fundamento central para a recusa de homologação não parece ter sido propriamente a ausência de fundamentação. Há, de fato, passagem da ementa e do voto do relator em que se diz haver “nítida nulidade, ante a ausência de motivação da decisão homologanda” que ofenderia “a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Mas no caso também havia defeito de citação, e é muito possível que a maioria tenha se formado pelo problema da falta de citação adequada – vício que ali se punha de forma bastante clara.

O caso se reveste de uma curiosidade. Logo depois da passagem anteriormente transcrita, o voto do relator cita, como amparo de seu entendimento, decisão do ministro Antônio Neder, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a falta de fundamentação da sentença ofenderia a ordem pública.⁴⁵ No entanto, a citada decisão do ministro Neder era monocrática e havia sido, mais de 25 anos antes, objeto de agravo interno, no qual o Ministro Neder se retratou de seu entendimento inicial, deferindo a homologação da sentença sem fundamentação, porque ela era assim admitida no país origem (“curvo-me

43. Como escreve Felipe Wladeck: “valores considerados pelo Estado brasileiro como essenciais para a vida das pessoas em qualquer sociedade mundial, i.e., valores tidos pelo Brasil como universais. O juízo é feito sob a perspectiva do Estado brasileiro, com base na sua concepção de ordem pública internacional” (“Ordem pública e sentença nacional”, em *Arbitragem e processo: homenagem ao Prof. C. A. Carmona* (org. J. A. B. Machado Filho e outros), São Paulo, Quartier Latin, 2022, p. 498). Tratando especificamente da sentença estrangeira sem fundamentação, v. André Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 211-216.

44. Corte Especial, v.u., rel. Min. Luiz Fux, j. 02.08.2006, DJU 25.09.2006.

45. “Destarte, matéria de ordem pública, conhecível de ofício, vislumbra-se nítida nulidade, ante a ausência de motivação da decisão homologanda, em afronta ao art. 216, RISTF e 17 da LICC que assim dispõe: ‘As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.’ Nesse sentido são uníssonas a doutrina e a jurisprudência: (SEC 2521, relator Ministro Antônio Neder)”.

à jurisprudência dessa corte”, consignou na ocasião o Min. Neder).⁴⁶ Mas isso escapou ao STJ na SEC 879.

De todo modo, a questão foi recolocada nos trilhos da antiga jurisprudência do STJ por ocasião do julgamento da SEC 5.692.⁴⁷ Nele se voltou a repetir a fórmula antes consagrada no Supremo. Nos termos do acórdão, “a motivação adotada pela sentença arbitral e seus aspectos formais seguem os padrões do país em que foi proferida”. Assim, rejeitou-se a tese do requerido no sentido de que a ausência de fundamentação da sentença arbitral implicaria ofensa à ordem pública.⁴⁸

6. Pacto de dispensa de fundamentação

Agora cabe voltar para a arbitragem interna, para responder à última questão posta: as partes poderiam pactuar a desnecessidade de fundamentação da sentença?

Provavelmente, as partes no mais das vezes desejam receber sentença com fundamentação completa e adequada. O fato de as decisões arbitrais serem fundamentadas – e, no mais das vezes, serem bem fundamentadas, de modo analítico, detalhado – muito contribui para a credibilidade de que a arbitragem se reveste nas comunidades jurídica e empresarial brasileiras. A perspectiva de se obter a atenta consideração de todos os elementos instrutórios – o que se reflete na fundamentação decisória – por certo funciona como fator de grande atratividade da arbitragem, em cotejo com o processo judicial.

Mas há razões que eventualmente levam as partes a optar pela dispensa de fundamentação. Ela pode viabilizar a obtenção de uma decisão mais simples, rápida e com menos custos. Além disso, a não fundamentação “abre para as partes a possibilidade de permitir que os árbitros decidam a disputa sem ter que identificar as falhas ou erros da parte perdedora, uma alternativa especialmente apreciada nos países do leste asiático: lá, a arbitragem muitas vezes é escolhida precisamente para evitar culpar um dos parceiros contratuais, permitindo assim que ele mantenha sua reputação (“keep face”) – uma condição essencial para a prática comercial – mas, ao mesmo tempo, conferindo-se alguma segurança jurídica mediante o provimento de decisões exequíveis”.⁴⁹ De resto, argumenta-se que, sob certa perspectiva, a

46. Ag. Reg. na SE 2.521, Min. pres. Antônio Neder, decisão monocrática, j. em 07.11.1980.

47. Corte Especial, SEC 5.692, v. u., rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.08.2014, DJe 01.09.2014.

48. Comentando essa decisão, Nádia Araújo observa que, “apesar de não ter expandido em mais detalhes as razões de seu voto, é certo que o Ministro Pargendler nada mais fez do que seguir a antiga jurisprudência do STF, mantida pelo STJ, de que no curso da homologação aplica-se, de forma indireta, o direito estrangeiro A forma pela qual o tribunal estrangeiro se pronuncia atende ao que a lei local determina, e conseqüentemente, não cabe no curso da homologação discutir sua sistemática, mesmo que divergente daquela utilizada no Brasil” (“O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: dez anos de atuação”, cit., p. 11). Essa orientação coincide com a de vários outros países, que também aceitam homologar a sentença estrangeira não fundamentada, mas compatível com as normas de onde foi proferida (v. Manuel Pereira Barrocas, “A ordem pública na arbitragem”, em *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 54, 2017, *passim*).

49. Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 344-345 – no original: “It thus opens for the parties the possibility of allowing the arbitrators to decide the dispute without

não fundamentação poderia servir para desincentivar as impugnações à sentença arbitral. Mas esse é um aspecto controvertido. Há quem diga justo o contrário: conhecer os fundamentos contribuiria para que o sucumbente se resignasse com o resultado.⁵⁰

Para a definição do cabimento do pacto de não fundamentação, serve de ponto de partida a jurisprudência do Supremo, retomada pelo STJ, no sentido de reconhecer que não há necessariamente ofensa à ordem pública, para fins de homologação, na sentença estrangeira não fundamentada. Se sentenças arbitrais estrangeiras sem fundamentação podem aqui ser executadas por que não se aceitariam as sentenças arbitrais internas com a mesma característica? Todas provêm igualmente de juízes privados, alheios à jurisdição estatal brasileira. Diferenciam-se umas das outras apenas por conta do lugar em que proferida a sentença.⁵¹ É bem verdade que o conceito de ordem pública vigente para homologação de sentença estrangeira não é o mesmo que o da ordem pública interna. Como visto, trata-se muito mais do modo como cada nação vê ou compreende a ordem pública *internacional*. Portanto, é uma categoria mais estrita do que a ordem pública interna, que corresponde a todo o conjunto normativo inderrogável, pela vontade das partes, nas relações diretamente submetidas ao direito brasileiro.⁵² Assim, o fato de o Brasil acolher sentenças estrangeiras não fundamentadas não é argumento definitivo nem suficiente para respaldar a dispensa de fundamentação nas sentenças arbitrais internas.

Então, é preciso dar mais um passo para se verificar qual o preciso papel que a fundamentação desempenha na arbitragem. É o mesmo que ela exerce no processo judicial? Não parece que a resposta possa ser positiva.

having to identify the losing party's faults or errors, an alternative especially appreciated in East-Asian countries: arbitration is here often chosen precisely to avoid putting blame on one the partners to a contract, thus allowing him to 'keep face' – an essential condition for making business – but at the same time allowing some legal certainty by still providing enforceable awards”.

50. Sobre essa controvérsia, v. Matti S. Kurkela e Santtu Turunen, *Due process in international commercial arbitration*, 2ª ed., Nova York, Oxford, 2010, p. 197; Rodrigo Garcia da Fonseca, “Reflexões sobre a sentença arbitral”, em *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, 2006, nota 58.
51. STJ, REsp 1.231.554, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.05.2011.
52. “A ordem pública interna é naturalmente menos tolerante do que a ordem pública internacional, pois não admite que negócios jurídicos entre particulares, sujeitos a um mesmo e único ordenamento jurídico, contravenham determinações imperativas da lei interna. Já a ordem pública internacional é mais liberal, pois, até certo ponto, tolera divergências nos regramentos legais prevalentes em ordenamentos jurídicos distintos, não repudiando a aplicação, pelo julgador estrangeiro (ou pelo julgador nacional, ao aplicar Direito estrangeiro), de normas de ordenamento jurídico estrangeiro, que sejam distintas das normas vigentes no nosso ordenamento, ainda que estas tenham caráter imperativo, no âmbito interno” (Aprigliano, Vera Barros e Ricardo Almeida, “Note: Asa Bioenergia Holding Ltda. and outros v. Adriano Giannetti Ometto and Adriano Ometto Agrícola Ltda.”, cit., p. 121). V. também Maria Laura Fornasar, “A homologação de sentenças arbitrais estrangeiras sem fundamentação”, em *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 65, 2020, n. V, p. 219-220.

No processo judiciário, por um lado, a fundamentação tem finalidades (a) “extra-processuais” (políticas).⁵³

(a.1) legitimação da autoridade judiciária perante a comunidade. A fundamentação é um dos mecanismos de legitimação democrática do exercício do poder judicial, cujos agentes não são eleitos pelo povo. Funciona como instrumento de controle social, de modo que a coletividade possa verificar a qualidade e a legitimidade da atuação dos juízes e tribunais. Isso não se põe normalmente para a arbitragem. Em regra, a arbitragem é confidencial, e a sentença, assim como os demais atos do processo, ficam restritos às partes, que, de resto, tiveram a oportunidade de escolher os árbitros;

(a.2) viabilização do controle hierárquico: “no âmbito de uma organização judiciária que é estruturada conforme os princípios da ordem hierárquica e burocrática, a motivação assegura a possibilidade de controle vertical sobre a produção do juiz, que é uma exigência típica do Estado burocrático e centralizado”.⁵⁴ Dado o caráter privado da arbitragem, também lhe é impertinente essa função da fundamentação.

A fundamentação tem ainda funções (b) “endoprocessuais”, internas à dinâmica do processo. Serve de garantia instrumental a outras garantias, uma metagarantia. Assim, no processo judicial ela serve para:

(b.1) permitir o manejo útil e eficaz de recurso contra a decisão – o que não se põe na arbitragem, cujas decisões são irrecorríveis. Não se ignora que na arbitragem a fundamentação mantém a função de facilitar o controle crítico da sentença arbitral, que, se não é relevante para fins de impugnação recursal, tem relevo para aferição da qualidade do árbitro. Como escreve Carmona, “um laudo mal fundamentado, que revele graves equívocos dos julgadores na apreciação dos fatos, não será – *ipso facto* – sujeito a anulação; os árbitros que o proferirem, no entanto, não serão chamados a participar de novos julgamentos”.⁵⁵ De todo modo, esse é um papel que em regra a fundamentação exerce estritamente entre as partes da arbitragem. Em vista da confidencialidade, terceiros não tomam conhecimento do teor da sentença arbitral e não podem exercer tal controle crítico. As partes não são obrigadas a abrir da

53. Está sendo adotada aqui a síntese de funções da fundamentação elaborada por Michele Taruffo (*La motivazione della sentenza civile*, Pádua, Cedam, 1975, p. 370 e seguintes; “Il significato costituzionale...”, cit., p. 37-44). Ver também Barbosa Moreira, “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, em *Temas de direito processual: segunda série*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 88-91; José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 21-24; e Tomás-Javier Aliste Santos, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madri, Marcial Pons, 2011, p. 155-159.

54. Taruffo, “Il significato costituzionale...”, cit., p. 38. No original: “Inoltre, nell’ambito di un’organizzazione giudiziaria che viene strutturata secondo i principi dell’ordine gerarchico e burocratico, la motivazione assicura la possibilità di controllo verticale sull’operato del giudice, che è un’esigenza tipica dello Stato burocratico centralizzato”.

55. *Arbitragem e processo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 370.

confidencialidade para viabilizar essa aferição pública – aliás, cada uma delas nem sequer pode fazê-lo unilateralmente. Logo, se essa é uma função que se põe apenas para as próprias partes, elas podem dela abrir mão;

(b.2) verificar o cumprimento da legalidade da decisão proferida – função que também não tem relevo na arbitragem, por não caber a revisão do conteúdo da decisão arbitral. De resto, se as partes na arbitragem em regra podem abdicar de um juízo de legalidade (“de direito” – Lei 9.307/1996, art. 2º), ao menos em tese podem também dispensar uma garantia instrumental à legalidade. Com essa afirmação, não se nega que normalmente a fundamentação seja exigida mesmo para os juízos de equidade – como já se destacou antes (n. 2). Quer-se apenas mostrar que a invocação da legalidade, em si, não serve de justificativa para a rejeição aos pactos de não fundamentação, quando a legalidade é, ela mesma, derogável pela vontade das partes;

(b.3) aferir a efetiva observância do contraditório quanto às provas produzidas e aos argumentos apresentados. Quando há fundamentação, as partes e eventuais órgãos revisores têm condições de ver o quanto o juiz verdadeiramente considerou as provas e argumentos apresentados. Entre as funções atribuídas à fundamentação no processo judicial essa é a que se aplica também à arbitragem – inclusive porque, entre as estritas hipóteses de controle judicial do resultado da arbitragem, está aferição da observância do contraditório (Lei 9.307/1996, art. 21, § 2º, c/c art. 32, VIII). Todavia, a doutrina tem majoritariamente reconhecido a possibilidade de as partes disporem sobre os meios de prova utilizáveis ou sobre as alegações e defesas arguíveis no processo arbitral – de modo a limitá-las.⁵⁶ Logo, se se aceitam convenções processuais que restringem prova e (ou) fundamentos de pretensão ou de defesa na arbitragem, isso significa a existência de certa margem de disponibilidade negocial quanto ao contraditório. Se o próprio contraditório é disponível, não há como se negar a disponibilidade da fundamentação, que é garantia instrumental ao contraditório. Não desautoriza essa conclusão o fato de a lei dizer que a fundamentação é obrigatória sob pena de nulidade (Lei 9.307/96, art. 26, II, c/c art. 32, III). O livre convencimento também é posto como um princípio fundamental da arbitragem

56. Vejam-se, p. ex., os debates reproduzidos em *Negócios processuais na arbitragem* (org. Cláudio Valença Filho, Letícia Abdalla e João Lessa Neto), São Paulo, São Paulo, CIESP, 2017, *passim*; Eduardo Albuquerque Parente, “Princípios constitucionais integram processo arbitral”, em *Consultor Jurídico*, 04.07.2013, disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jul-04/eduardo-parente-principios-constitucionais-integram-processo-arbitral>, acesso em 27.06.2023; Caio Cesar Bueno Schinemann, “Limitação dos meios de prova na convenção arbitral”, em *VI Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra*, v. 6, n. 1, Coimbra, 2021, *passim*. Quanto à própria possibilidade de convenções de limitação probatória ou de alegações no processo judicial, v. Eduardo Talamini, “Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais”, em *Migalhas*, 21.10.2015, <https://www.migalhas.com.br/depeso/228734/um-processo-pra-chamar-de-seu--nota-sobre-os-negocios-juridicos-processuais>, acesso em 22.05.2023; e Wambier e Talamini, *Curso avançado de processo civil*, v. 1, 21ª ed., São Paulo, RT, 2022, p. 604-605.

(art. 21, § 2º) – e o 32, VIII, da Lei de Arbitragem diz que é nula a sentença arbitral que não respeita o livre convencimento. No entanto, quando as partes pactuam restrição de meios de prova na arbitragem, elas restringem o livre convencimento do árbitro. O árbitro vai ter que se convencer com o que está nos autos. Se foi previsto que só vai haver prova documental, o árbitro haverá de julgar unicamente com base nesse meio de prova – ainda que pessoalmente reputasse necessária prova oral ou pericial para melhor formar sua convicção. Se é assim para o livre convencimento em si, diante dos pactos probatórios, não parece que deva ser diferente para o pacto de não fundamentação.

Então, e em tese, é concebível a convenção processual que dispense a fundamentação da sentença na arbitragem interna. Em regra, as funções extraprocessuais atribuídas à fundamentação no processo judiciário são irrelevantes para a arbitragem. As funções endoprocessuais, quando não são irrelevantes, são disponíveis, uma vez que estão instrumentalmente atreladas a outras garantias de que as partes também podem dispor. O art. 93, IX, da Constituição, ao consagrar a exigência de julgamentos públicos e motivados, veicula imperativo de ordem pública restrito ao processo estatal brasileiro – alheio, portanto, às sentenças arbitrais.⁵⁷

Mas o pacto de não fundamentação da sentença arbitral se submete a limites e condicionantes.

Ele só será eficaz quando fundado na absoluta liberdade de contratar. O acordo de dispensa de fundamentar será incidentalmente controlável pelo árbitro ou, na ação de impugnação da sentença arbitral, pelo juiz, nos casos de sua “inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (CPC, art. 190, par. ún.).

Além disso, quando houver a exigência de que arbitragem seja necessariamente de direito (e não de equidade) e (ou) pública (não confidencial), caem por terra os argumentos que autorizariam a dispensa de fundamentação, anteriormente postos. Nesses casos, a fundamentação da sentença é cogente, inafastável pela vontade das partes. É o que se passa, por exemplo, nas arbitragens que envolvem a administração pública (Lei 9.307/1996, art. 2º, par. 3º). Também as companhias abertas, na medida em que se entenda que suas arbitragens não podem ser confidenciais, não poderão convencionar a dispensa de fundamentação.

De resto, a dispensa de fundamentação no mais das vezes imporá aos árbitros, em contrapartida, um maior detalhamento dos dispositivos sentenciais, para que sejam perfeitamente compreensíveis e exequíveis. Afinal, normalmente a fundamentação contribui para a compreensão do alcance e sentido do dispositivo.

57. José Augusto Fontoura Costa e Antonio Cesar Barreiro Mateos, “Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano”, em *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, 2011, n. 4 e 6, p. 73 e 94-95; Marcela Pereira, “A sentença estrangeira...”, cit., p. 223. Em sentido diverso, no direito português, afirmado a motivação como consequência inexorável do caráter jurisdicional da arbitragem: Diogo Costa Gonçalves, “A fundamentação da decisão arbitral à luz da lei de arbitragem voluntária portuguesa”, em *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 65, 2020, n. 2, p. 325-328.

7. Conclusão

Em síntese:

- (a) em regra, a fundamentação da sentença na arbitragem interna brasileira é obrigatória, sob pena de impugnação e invalidação judicial;
- (b) a fundamentação da sentença arbitral deve ser racional, completa e controlável – o que está didaticamente delineado nas diretrizes estabelecidas nos incisos I a V do § 1º do art. 489 do CPC. Assim, e ainda que essas disposições digam respeito às decisões judiciais, prestam-se igualmente a balizar a fundamentação das sentenças arbitrais;
- (c) o inciso VI do § 1º do art. 489 não veicula propriamente uma regra sobre fundamentação, mas a determinação da observância de precedentes judiciais, sob pena de nulidade. Não é uma norma aplicável à arbitragem. Ainda que nas arbitragens de direito o ordenamento deva ser compreendido e aplicado em sua inteireza – o que abrange as construções de sentidos normativos realizadas ou sedimentadas no Judiciário –, não há hipótese de controle e invalidação da sentença arbitral por aspectos relativos ao seu conteúdo de julgamento. Além disso, o árbitro é agente privado, alheio à estrutura judiciária, não se submetendo aos instrumentos processuais de controle da observância judiciária dos precedentes;
- (d) sentenças estrangeiras sem fundamentação, arbitrais ou judiciais, são passíveis de homologação no Brasil, na medida em que estejam em consonância com a ordem jurídica do local em que foram proferidas. O Estado brasileiro considera admissível que em outras jurisdições estatais ou privadas as partes dispensem a fundamentação ou, até mesmo, ela seja automaticamente dispensada. A dispensa de fundamentação pode ser compatível com um ambiente não arbitrário;
- (e) as funções imputadas à fundamentação das decisões judiciais ou não se aplicam à fundamentação das decisões arbitrais ou se referem a aspectos de que as partes podem consensualmente abdicar. Assim, e em princípio, é admissível na arbitragem interna o pacto de não fundamentação. Excetuam-se os casos em que a arbitragem deve ser necessariamente de direito e (ou) sem restrição de publicidade.

Em texto de 2017, Vittorio Colesanti defendeu que uma nova concepção de motivação, mesmo para o processo judicial, fosse estabelecida com base na “ideia da jurisdição como um serviço”. Ele não propôs a supressão do dever judicial de motivar – o que seria inviável na Itália, tanto quanto aqui, por força de norma constitucional impositiva da fundamentação. Mas ele enfatizou a necessidade de que a prestação do serviço jurisdicional fosse eficiente – assegurando-se que a fundamentação das decisões judiciais não tivesse

impacto excessivo sobre a duração razoável do processo.⁵⁸ No processo judicial, os limites a essa nova concepção são muito mais intensos, especialmente por força das funções extraprocessuais imputadas à fundamentação. Já na arbitragem – designadamente naquelas que constituem a regra geral, em que se admite a confidencialidade e a ampla liberdade das partes na definição das normas para a solução do litígio – tem-se campo por excelência para a aplicação e aprofundamento do *insight* de Colesanti. Na medida em que o árbitro está ali para prestar um serviço às partes – e a arbitragem tem por objeto um conflito que concerne essencialmente às partes – é justificável que, nos limites da razoabilidade, a forma de prestação desse serviço seja intensamente moldada pelas partes, conforme suas conveniências e necessidades. Na prática arbitral brasileira, as carências, preocupações e expectativas das partes normalmente conduzem à exigência de uma sentença arbitral fundamentada. E cada uma das partes tem direito a isso – independentemente da concordância da outra. Esse é o significado da exigência de fundamentação sob pena de nulidade, na Lei de Arbitragem. Agora, quando a ambas as partes, pelos mais variados motivos, convier uma prestação de serviço arbitral mais simples, célere, direta e menos custosa, de modo a dispensarem a fundamentação sentencial, esse é uma alternativa não apenas legítima como recomendável.

58. “Note in tema di crisi e ‘rinascenza’ della motivazione”, em *Rivisto di Diritto Processuale*, n. 6, 2017, p. 1414.

12.

ARBITRAGEM, DIREITO DO TRABALHO E CONSTITUIÇÃO: *WE CAN DO IT*

FERNANDO MALUF¹

AMANDA CARVALHO²

RAFAEL BARTHASAR³

1. Arbitragem e Direito do Trabalho: adversários?

É inegável o impacto que as transformações do século XX tiveram no imaginário coletivo da humanidade. Após 1914, nunca mais fomos os mesmos. Essa alteração do imaginário coletivo afetou as classes de forma completamente diversa. Aos trabalhadores, objeto direto e indireto deste artigo, é possível dizer que houve um *looping* jurídico de proteção e flexibilização ao longo dos últimos 100 anos.

Essa manobra brusca tem origem entre o fim da II Guerra Mundial e o pós-guerras⁴. O início do século demonstrou ser uma verdadeira exaltação da classe trabalhadora, que, até então, dispunha de certa representação política, mas pouca influência cultural. Não

-
1. Professor de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie e no IBMEC-SP. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador de obras coletivas, autor de artigos jurídicos e capítulos de livros. Advogado. E-mail: fernando.maluf@mackenzie.br.
 2. Advogada do Demarest Advogados, atuando nas áreas de Contencioso Cível e Arbitragem. Membro do Grupo de Estudos em Arbitragem do Mackenzie. E-mail: abcarvalho@demarest.com.br.
 3. Associado em Cesar Asfor Rocha Advogados, atuando nas áreas de Contencioso Cível e Arbitragem. Membro do Grupo de Estudos em Arbitragem do Mackenzie. E-mail: rafaelbarthasar@car.adv.br.
 4. Eric Hobsbawn, tratando do pós-guerra, aponta que: “In the communist countries undergoing rapid industrialization, notably in Eastern Europe, proletarians multiplied faster than ever, as indeed they did in those parts of the Third World which entered on their own industrialization – Brazil, Mexico, India, Korea and others. In short, at the end of the golden years there were certainly far more workers in the world in absolute numbers, and almost certainly a

é por menos que a cultura da época é permeada de retratos dessa classe, seja no cinema (com Charles Chaplin e “Tempos Modernos”), na música (com Wilson Baptista e Ataulfo Alves tomando o “Bonde de São Januário”) ou nas artes (com o cartaz criado por J. Howard Miller chamado “*We can do It*”).

Essa cultura do trabalho e dos trabalhadores caminhou no sentido de promover o ingresso das massas na indústria em geral, ainda mais no terceiro mundo. Uma marca histórica da mudança cultural é o dia 1º de maio, que, no Brasil, representa não apenas a celebração de uma classe, mas, também, a data de estabelecimento do Decreto-Lei nº. 5.452/1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”).

Ou seja, nascia a CLT, que segue vigente até hoje, a despeito de suas reformas.

À época, como é notório, o regime de proteção ao empregado se deu com todos os princípios basilares do direito do trabalho, sem nem passar pela cabeça dos seus editores – pelas boinas e chapéus, tradicionais da época – o uso da arbitragem para conflitos trabalhistas.

Aliás, à época o Brasil nem sequer se organizava em torno do instituto da arbitragem. O instituto não fazia parte de um projeto de nação, seja por conta do contexto mundial, seja por conta do seu contexto interno, de centralização e certo protecionismo comercial. A arbitragem, tal qual a CLT, precisou de um momento histórico e social pertinente para ser incorporado, na prática⁵, pelo sistema jurídico brasileiro.

Esse momento se deu com a Lei Federal nº. 9.307, popularmente conhecida como Lei de Arbitragem, que só veio a entrar em vigor no ano de 1996; e com a “declaração” da sua constitucionalidade⁶, tido como um divisor de águas na prática de arbitragem por aqui, que ocorreu em 2001, na ocasião do julgamento da SE 5026 pelo STF.

Esses dois institutos, inseridos no ordenamento jurídico em momentos e cenários tão diferentes, somente foram ligados por uma mudança cultural, cujo ápice é marcado pela promulgação da Constituição Federal no ano de 1988. Com a Carta Magna, sobreveio a previsão expressa de que “[F]rustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”

higher proportion of manufacturing employees in the global population, than ever before” (HOBBSAWN, Eric. *The Age of Extremes*: 1914-1991. Londres: Abacus, 2013. p. 302).

5. A arbitragem está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a nossa colonização, com previsão expressa nas Ordenações Filipinas; nas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988; no Código Comercial de 1850, no Código Civil de 1916 e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, para citar os mais importantes exemplos que antecedem a Lei Federal nº. 9.307/96. Ainda assim, era incipiente e não teve condições de se desenvolver no país, tal como após ganhar uma legislação extravagante própria e ter a constitucionalidade reconhecida, ainda que com efeitos adstritos entre as partes litigantes, por ocasião do julgamento da SE 5206 pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”).
6. Parece-nos imprecisa tecnicamente a afirmação da comunidade arbitral de que o STF teria “declarado a constitucionalidade da arbitragem” por ocasião do julgamento da SE 5206, notadamente porque a decisão proferida, fora do sistema de repercussão geral e do sistema de controle de constitucionalidade abstrato, fazia efeitos exclusivamente entre as partes litigantes. Ainda assim, reconhecemos que as instâncias ordinárias parecem ter acolhido tal entendimento sem maiores repercussões, bem como que o precedente deu o conforto necessário ao desenvolvimento da arbitragem no país.

(artigo 114, § 1º). Ainda que em hipótese limitada, foi a primeira vez que se disse sobre solucionar conflitos trabalhistas por meio de arbitragem.

A despeito disso, 35 anos depois, parece-nos que os institutos jurídicos supra seguem se comportando como adversários em lados opostos de um ringue. Um abismo.

Mesmo após a Reforma Trabalhista de 2017, que acrescentou, entre outros, a previsão expressa de que “*Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa*” (artigo 507-A), parece-nos que existem mais conflitos sobre direito do trabalho e arbitragem, que conflitos de direito do trabalho em arbitragem.

Nessas condições, o objetivo deste artigo é tentar somar vozes para uma aplicação combinada e consciente dos referidos institutos, contribuir para que aquilo que estava na essência da Constituição Federal e da Reforma Trabalhista – e, considerando a redação vigente, da própria CLT –, supere todos os obstáculos e preconceitos contemporâneos.

Para tanto, o presente artigo é construído da seguinte forma:

- o primeiro tópico tratará da perspectiva histórica entre arbitragem e direito do trabalho, passando pelas importantes contribuições da Constituição Federal e da Reforma Trabalhista;
- o segundo tópico abordará a questão da arbitrabilidade, os questionamentos a seu respeito que foram superados e sua interpretação contemporânea, que harmoniza a arbitragem e o direito do trabalho; e
- o terceiro e último tópico arrematará ao racionalizar problemas culturais e práticos que circundam a arbitragem trabalhista e demonstram que, embora teórica e constitucionalmente possível, ainda há muito a ser feito.

Encerraremos, por fim, com a conclusão desse duro emaranhado de disposições constitucionais e legais que são produto cultural de uma alteração nas relações humanas ao longo do último século. Esperamos, em alguma medida, contribuir para trazê-los para um mesmo lado. Construir uma ponte entre arbitragem e direito do trabalho.

2. Arbitragem e Direito do Trabalho: breve retrospectiva histórica

O reconhecimento da arbitragem no direito do trabalho não se trata de novidade disruptiva do sistema legal. A primeira notícia que se tem sobre o tema são as arbitragens praticadas pelos sindicatos com base no Decreto nº. 1.037, de 1907.

Mas a arbitragem trabalhista ganhou alçada constitucional no Brasil em 1988, com a entrada em vigor da Constituição Federal atual, que, dentre outras coisas, instituiu a previsão da arbitragem para resolução de dissídios coletivos, artigo 114, § 1º – redação que segue vigente até hoje, a despeito das Emendas Constitucionais.

Ou seja, inicialmente, a arbitragem foi considerada como um meio adequado no sistema do direito do trabalho para a resolução de questões envolvendo direitos coletivos⁷.

E, no âmbito dos dissídios coletivos, a arbitragem parece ter sido bem recebida pela Justiça Trabalhista, afinal, “*Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos*”⁸.

Desde então, não foram poucas as menções expressas no ordenamento jurídico brasileiro sobre a possibilidade de arbitragem no campo do direito do trabalho. Para citar alguns exemplos, a Lei de Greve de 1989, Lei de Portos de 1993, a Lei do Desporto de 1998, a Lei de Participação nos Lucros de 2000, a Nova Lei de Portos de 2013.

Ainda assim, tratando das questões envolvendo os chamados dissídios individuais, o tema era controvertido. Afinal, a Constituição Federal nada dizia sobre arbitragem.

Essa omissão, naturalmente, criou uma celeuma na jurisprudência. Existiam posições oscilantes quando se questionava ao Judiciário sobre a possibilidade de utilizar a arbitragem para a solução de dissídios individuais trabalhistas. Uns diziam que “sim”, outros diziam que “não” e, ainda, havia um terceiro grupo que falava que “depende”.

Aqueles que eram desfavoráveis à arbitragem no campo do direito do trabalho diziam, dentre outros argumentos, que:

- i) a Constituição Federal garante os direitos individuais do trabalho, que, assim, seriam indisponíveis, não poderiam ser afastados por contratos privados e, por consequência lógica, seriam inarbitráveis;
- ii) o empregado seria parte hipossuficiente frente ao empregador (seja antes, durante ou depois do contrato de trabalho); e
- iii) a arbitragem era utilizada, na prática, para o empregador fugir do crivo da Justiça do Trabalho para homologação de acordos trabalhistas.

Aqueles que eram favoráveis sustentavam, dentre outros argumentos, que:

- i) os direitos trabalhistas individuais não seriam, em absoluto, indisponíveis. Acordos trabalhistas eram celebrados dia após dia na Justiça do Trabalho, sem qualquer tipo de resistência. Não teria diferença disso para a arbitragem;

7. CANOTILHO, J. J. Gomes et al (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1609.

8. TST, ERR-27700-25-2005-5-05-0611, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais: SbDI-1, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, julgado em 26/3/2015.

- ii) nem todo empregado era, de fato, hipossuficiente. Não havia previsão legal dessa hipossuficiência absoluta, irrestrita e ilimitada. O argumento era conveniente e, na prática, dever-se-ia apurar a hipossuficiência conforme cada caso concreto; e
- iii) embora a arbitragem estivesse, de fato, sendo utilizada de forma indevida por parte dos empregadores na Justiça do Trabalho, proibi-la não era a solução, além de ser uma medida completamente ilegal, uma indevida usurpação da competência do Legislativo pelo Judiciário.

Os que ficavam “em cima do muro”, enfim, defendiam que:

- i) a arbitragem somente seria possível para compromissos arbitrais, que eram celebrados quando já existia a disputa e após o encerramento do contrato de trabalho, porque já não havia mais hipossuficiência entre empregado e empregador e o direito trabalhista havia se tornado disponível; e
- ii) as cláusulas compromissórias, no entanto, seriam inválidas, na medida em que não poderia o empregado abrir mão antecipadamente ao Poder Judiciário, no momento de sua contratação e sem existir qualquer disputa. Nesse momento, o empregado seria vulnerável e seu direito indisponível.

A partir do ano de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho (“TST”) decidiu colocar um ponto final nos debates, deliberando, como maneira de pacificação da questão, pela completa proibição da arbitragem trabalhista em dissídios individuais. Esse entendimento foi fixado no julgamento do *leading case*⁹, nos seguintes termos: “[O] princípio tuitivo do empregado, um dos pilares do Direito do Trabalho, inviabiliza qualquer tentativa de promover-se a arbitragem, nos moldes em que estatuído pela Lei nº 9.307/1996”.

A conclusão supra partiu da premissa de que “a manifestação de vontade do empregado seria tão viciada após o encerramento do contrato quanto antes”¹⁰, pois, mesmo após extinta a relação de trabalho, o antigo empregado ainda estaria em uma posição de hipossuficiência, diante da necessidade de receber suas verbas rescisórias de caráter alimentar. Assim, a manifestação da vontade seria condicionada à situação de hipossuficiência, sempre havendo, portanto, um vício de vontade intransponível.

É interessante notar, entretanto, que o caso concreto discutido no julgado tratava apenas de casos de homologação de acordos trabalhistas, e não arbitragens propriamente

9. TST. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais: SbDI-1. Proc. E-ED-RR 25900-67.2008.5.03.0075, Relator: Ministro João Oreste Dalazen, DJ: 16/4/2015.

10. MUNIZ, Joaquim de Paiva Muniz, MENDES, Lucas Vilela dos Reis da Costa, BRAGA, Julia de Castro Tavares, MARRA, Marianna Falconi (coord.). *Arbitragem Trabalhista*. 1. ed. – São Paulo: Migalhas, 2020. p. 64.

ditas. Em verdade, a pesquisa especializada demonstra que houve um desvirtuamento do instituto que serviu como forma de estabilizar questões e acordos extrajudiciais¹¹.

Ao se prescrutar qual o teor das decisões da referida câmara arbitral, verifica-se que a suposta instituição realizava “[...] homologações das rescisões contratuais, a percepção de verbas daí decorrentes e até eventual celebração de acordo com vistas à quitação do extinto contrato de trabalho”¹². Ou seja, na prática, o TST havia proibido a arbitragem a partir de algo que, na verdade, nunca foi um procedimento arbitral.

Percebe-se assim que, a despeito da tentativa de pacificação por meio da proibição do uso da arbitragem em dissídios individuais, criou-se um verdadeiro imbróglio, que só foi resolvido – ainda que em partes – com a Reforma Trabalhista de 2017.

Com efeito, a Lei Federal nº. 13.467/2017 alterou diversos dispositivos da CLT e, a despeito do debate acerca da sua eficácia como antídoto para o fim do desemprego, é certo que teve papel determinante para consolidar o instituto da arbitragem como uma opção para a solução de conflitos trabalhistas em dissídios individuais, com a inserção do artigo 507-A¹³.

Como se vê, o legislador teve a preocupação de garantir validade à convenção arbitral em determinadas situações e para determinados tipos de empregados. Admitiu, de forma expressa, a possibilidade de utilização da arbitragem para contratos individuais de trabalho que tenham (i) remuneração duas vezes superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e (ii) iniciativa do empregado ou concordância expressa com relação à cláusula compromissória.

Ainda assim, até o momento, parte dos juízes na Justiça do Trabalho têm resistido a mudar a posição que proíbe em absoluto a arbitragem em dissídios individuais. Os esforços do legislador na Reforma Trabalhista parecem ter sido em vão e, como um animal em extinção, a arbitragem trabalhista vem sendo, pouco a pouco, exterminada.

Torna-se, na verdade, impraticável. Afinal, compete à própria Justiça do Trabalho processar e julgar as ações anulatórias contra sentenças arbitrais relativas a dissídios individuais entre empregador e empregado. E ninguém investirá tempo e dinheiro em uma arbitragem trabalhista sabendo que, anos depois, alguém anulará a sentença arbitral.

Por isso, a grande questão, é: a despeito da reforma, a Constituição Federal e seus princípios de Direito do Trabalho abarcariam a questão aqui tratada? Se a resposta for positiva, deve a Justiça do Trabalho se adequar à arbitragem trabalhista, e não o contrário.

11. MUNIZ, Joaquim de Paiva Muniz, MENDES, Lucas Vilela dos Reis da Costa, BRAGA, Julia de Castro Tavares, MARRA, Marianna Falconi (coord.). *Arbitragem Trabalhista*. 1. ed. – São Paulo: Migalhas, 2020. p. 65.

12. MUNIZ, Joaquim de Paiva Muniz, MENDES, Lucas Vilela dos Reis da Costa, BRAGA, Julia de Castro Tavares, MARRA, Marianna Falconi (coord.). *Arbitragem Trabalhista*. 1. ed. – São Paulo: Migalhas, 2020. p. 45.

13. Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

3. Arbitragem e Direito do Trabalho: é possível conciliá-los?

A arbitralidade é a “condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem”¹⁴. O artigo 1º da Lei 9.307/96¹⁵ prevê que a arbitragem somente poderá ser utilizada por pessoas capazes – arbitralidade subjetiva – para dirimir litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis – arbitralidade objetiva¹⁶.

Como visto, por muito tempo, havia certa resistência por parte da comunidade jurídica em ver o instituto da arbitragem aplicado às questões envolvendo dissídios individuais de trabalho, justamente por conta da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas esculpidos no artigo 7º da Constituição Federal.

Em linhas gerais, o questionamento girava em torno da premissa de que a indisponibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas atuam com a finalidade de igualar uma situação de “assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego” e, por esse motivo, “o instituto da arbitragem esbarra em princípios constitucionais fundamentais (...), diante da impossibilidade de se compatibilizar a subordinação e poder diretivo do empregador, à livre opção em se submeter à arbitragem”¹⁷.

Resumidamente, não havia arbitralidade objetiva – porque se interpretava que o direito do trabalho era, em seu núcleo de essência, indisponível –, tampouco havia arbitralidade subjetiva – porque se entendia que o empregado não podia renunciar aos direitos trabalhistas, tendo em vista a presunção de sua hipossuficiência.

Porém, com a grande mudança trazida pela Reforma Trabalhista, essa certeza acerca da indisponibilidade e da irrenunciabilidade do direito do trabalho foi flexibilizada, notadamente nos artigos 444 e 611-A da CLT. Com efeito:

- i) o artigo 444 traz ao direito do trabalho a figura do empregado que pode negociar livremente seus direitos, o empregado hipersuficiente, que possui características próprias e peculiares que lhe permitem, de forma excepcional, a relativização de certos direitos individuais¹⁸; e

14. CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e resolução do CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 133-136.

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

16. Nesse sentido, “a função arbitral, diferentemente da judicial, é uma função restritiva, uma vez que somente é viável para as controvérsias de caráter patrimonial relativas a direitos disponíveis” (PUCCI, Adriana Noemi. Juiz & Árbitro. In: Aspectos atuais da arbitragem. PUCCI, Adriana Noemi (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9.

17. TST, Recurso de Revista nº. 104100-20.2007.5.02.0021, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 15.02.2012.

18. Art. 444, parágrafo único – A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

- ii) o artigo 611-A estabeleceu a figura do negociado sobre o legislado, isto é, a possibilidade de, em determinadas hipóteses, a autonomia da vontade de empregador e empregado prevalecer ao quanto definido na própria CLT¹⁹.

A flexibilização da indisponibilidade e irrenunciabilidade a partir dos dispositivos supra²⁰, indiretamente, também teve efeitos no tema da arbitragem envolvendo o direito do trabalho em dissídios individuais. Isso porque, flexibilizados os obstáculos anteriores, superou-se o problema da arbitrabilidade.

As únicas condições para a utilização da arbitragem trabalhista, agora, são aquelas instituídas no artigo 507-A da CLT: o empregado deve (i) ter uma remuneração duas vezes superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e (ii) tomar a iniciativa ou concordar expressamente com relação à cláusula compromissória. O intuito desses requisitos é afastar eventual dominação do empregado pelo empregador em razão da hipossuficiência e/ou dependência financeira.

Ou seja, na perspectiva da arbitrabilidade subjetiva, presume-se que empregados remunerados em “duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, condição que os coloca entre os 5% de trabalhadores com maiores salários no Brasil²¹, possuem condições para, no momento da contratação, entender as consequências da eleição da arbitragem, tanto em relação à vantagem que a celeridade desse método de resolução de conflitos representa, quanto em relação à potencial desvantagem referente aos custos envolvidos.

Por sua vez, no que toca à arbitrabilidade objetiva, fica claro que os direitos trabalhistas – ou melhor, os efeitos patrimoniais decorrentes dos direitos trabalhistas – são, sim, arbitráveis²²,

19. Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (...).

20. É impossível deixar de lado o fato de que o artigo 611-A da CLT, ao se ligar às convenções coletivas de trabalho, também se liga ao disposto no artigo 114, § 1º, da CF. A questão, portanto, torna-se lógica: se o empregado hiperssuficiente é legitimado a transacionar seus direitos nos termos do artigo 611-A da CLT, a arbitragem torna-se um elemento possível e constitucional. Ou seja, “*nem todos os direitos trabalhistas são indisponíveis, o que pode viabilizar a aplicação da arbitragem, também aos dissídios individuais, argumentos que aqui não podem ser desenvolvidos. O que deve ser consignado, por importante, é que a arbitragem unicamente pode ser instituída por mútuo acordo, com fundamento no princípio da liberdade de se eleger o melhor modo de resolver um conflito, pois as partes nomeiam um terceiro espontaneamente com o poder de decisão*” (CANOTILHO, J. J. Gomes et al (org.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 p. 1610).

21. Informação extraída da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709_informativo.pdf. Acesso em 10.07.2023.

22. Essa interpretação favorável ao diálogo entre arbitragem e direito do trabalho passa, inclusive, pela disposição do próprio artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal, que estabelece o direito de ação quanto aos créditos decorrentes das relações de trabalho: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional

até porque “susceptíveis de apreciação econômica e plenamente disponíveis”²³. Não fossem disponíveis, é certo que, violados certos direitos, o empregado não poderia buscar a homologação de acordos pela Justiça do Trabalho. Se pode fazê-lo, é porque, justamente, possui a prerrogativa de decidir se buscará uma indenização ou renunciará aos valores pecuniários. É essa mesma prerrogativa que lhe permite submeter os litígios à arbitragem trabalhista.

Nesse sentido, para Carlos Alberto Carmona, “[...] embora não se deixe de reconhecer o caráter protetivo do direito laboral, é fato incontestável que nem todos os direitos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho assumiriam a feição irrenunciável pregada pela doutrina especializada mais conservadora: se assim não fosse, não se entenderia o estímulo sempre crescente à conciliação (e à consequente transação), de sorte que parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através da instituição do juízo arbitral”²⁴.

Ademais, essas novas disposições parecem proteger, inclusive, o objetivo de garantia dos direitos trabalhistas, na medida em que reconhecem que existem relações de trabalho complexas²⁵ e provem instrumentos jurídicos para mantê-las²⁶. Cerceamento de direito seria, na verdade, impedir o empregado hipersuficiente de optar pela arbitragem, caso entenda o método mais adequado para solucionar eventuais disputas advindas de seu contrato de trabalho.

Portanto, como se vê, não há mais óbice para a prática da arbitragem no direito do trabalho, inclusive no tocante à dissídios individuais. Ao contrário, esses institutos já foram compatibilizados, conciliados e, sobretudo, referendados pela Constituição Federal.

de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

23. ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. São Paulo: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 9, nº 33, abr./jun. 2012, p. 309.
24. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 41-42.
25. O fato de o ingresso na Justiça do Trabalho implicar, para o empregado dos escalões mais elevados, risco de alijamento do mercado de trabalho faz com que o recurso a solução arbitral se torne uma interessante alternativa. Sendo o Juízo arbitral escolhido pelas partes, de forma consensual, é natural que o recurso a ela cause impacto menos negativo do que o ajuizamento de uma ação judicial. É forçoso reconhecer, entretanto, que o judiciário brasileiro é reticente quanto a aceitação da solução arbitral nos conflitos individuais de trabalho. Muitos órgãos do Judiciário Trabalhista ainda consideram que os direitos individuais trabalhistas são indisponíveis e, portanto, insusceptíveis de solução pela via arbitral (BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti– Novos Dilemas do Trabalho do Emprego e do Processo do Trabalho – São Paulo: LTr, 2012, pág. 75).
26. A flexibilização laboral surgida da crise econômica que assola o País, é um mecanismo de ajuste da empresa face à instabilidade econômica, com o intuito de garantir postos de emprego, e deve ser recebida não com surpresa e indignação, mas como forma de sindicatos que atuam na mesma posição celebrarem acordo afastando definitivamente o paternalismo estatal das relações de trabalho (GITELMAN, Suely Ester. A Convenção Coletiva de Trabalho no Direito Brasileiro. São Paulo: s.n., 2001, p. 119, apud, Guimarães, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães – Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 149).

Haverá, pois, arbitrabilidade, subjetiva e objetiva, sempre que observadas as condições trazidas no artigo 507-A da CLT.

4. Arbitragem e Direito do Trabalho: um exercício de futurologia...

Estabelecido um caminho para o consenso acerca da arbitrabilidade dos direitos individuais trabalhistas, resta uma pergunta: qual o futuro da arbitragem trabalhista?

A resposta, além de não ser simples, pode parecer um pouco evasiva: o futuro da arbitragem trabalhista depende de uma mudança de paradigma cultural. Depende de uma mudança de cultura jurídica para algo diferente daquilo que sempre foi feito. Depende da superação de preconceitos entre os operadores do direito do trabalho e da arbitragem.

Como exemplo, podemos dizer que a arbitragem trabalhista provoca a interação entre dois tipos bem diferentes de advogados, que, até o passado recente, nem sequer se encontravam nos corredores, muito menos dialogavam:

- i) de um lado, os advogados trabalhistas, especialmente os advogados dos empregados, que encaravam – quando ainda não encaram – a arbitragem como um instrumento de manipulação do empregador; e
- ii) de outro lado, os advogados de arbitragem, que nunca deram – e, em parte, ainda não dão – muita atenção ao direito do trabalho.

Outro exemplo, já mencionado, é a própria Justiça do Trabalho, que, a despeito do avanço legislativo, tem se mostrado arredia à questão da arbitragem trabalhista para dissídios individuais. Essa questão, naturalmente, dependerá do tempo e da prática. Mas é de extrema relevância a colaboração dos magistrados. Afinal, cabe ao Poder Judiciário dois grandes deveres: fazer o método prevalecer (ou seja, levar a efeito a escolha das partes, em defesa da autonomia privada) e zelar pelo devido processo legal²⁷, sem se imiscuir no mérito da disputa.

Porém, esses impasses culturais não são, nem de perto, os únicos desafios a serem encarado no horizonte próximo da arbitragem trabalhista. Existem também questões de ordem práticas que dependem de uma análise mais aprofundada. Dentre elas, citamos:

- i) A indicação do árbitro: as disputas trabalhistas costumam envolver valores menores do que arbitragens comerciais. Daí advém dois problemas: os custos envolvidos e o interesse econômico do próprio árbitro. Quanto aos custos, uma alternativa para baratear a arbitragem trabalhista poderia ser a opção do árbitro único. O problema

27. No processo do trabalho esses deveres são ainda mais relevantes, uma vez que vigora o regime da irrecurribilidade das decisões interlocutórias. Isto é, a decisão que rejeita a exceção de incompetência, não estão sujeitas a recurso imediato, nos termos dos artigos 799, § 2º, e 893, § 1º, ambos da CLT, e da Súmula 214, “c”, do TST, o que, por óbvio, faria o processo trabalhista correr até seu fim antes de ser impugnado, enterrando as vantagens da celeridade, especialização, neutralidade e autodeterminação privada das partes que se busca na arbitragem.

é que, no direito do trabalho, há uma polarização. Os profissionais mais aptos para atuar como árbitro nessas disputas costumam estar divididos entre pró-empregados e pró-empregadores. É difícil encontrar alguém neutro, cujo nome agrade aos dois lados²⁸. Diante disso, a indicação de um árbitro único por empregador e empregado é praticamente uma missão impossível. Essa questão, levada ao extremo poderia ser inserida no contexto de dever de revelação e ser passível de impugnação pelas partes. A escalada de tal discussão pode inviabilizar a aplicação da arbitragem trabalhista. Outra possível solução, então, poderia ser a mudança dos regulamentos de câmaras arbitrais, para tentar prever mecanismos de controle tanto da imparcialidade, quanto do afã das partes em questioná-la. No entanto, se os contornos do dever de revelação na arbitragem comercial já têm sido questionados (a exemplo da ADPF 1050, que pende de julgamento no STF), certamente não será fácil defini-los para a prática da arbitragem trabalhista, que ainda é incipiente e enfrenta outros obstáculos maiores. Por sua vez, quanto ao interesse econômico do próprio árbitro, a busca pela arbitragem para solução de conflitos significa, maior parte das vezes, a busca por uma decisão mais técnica e experiente. O problema é que essa especialidade das decisões arbitrais também integra os custos envolvidos no procedimento arbitral. E, as disputas trabalhistas, embora tratem de trabalhadores hiperssuficientes, podem envolver valores muito menores do que aqueles que a comunidade arbitral está acostumada a trabalhar, desestimulando a participação de julgadores experientes. Para além disso,

- ii) Ausência de recursos do próprio empregado para custear a arbitragem: o tema não é uma novidade. Desde que se começou a discutir a arbitragem no direito do trabalho, o assunto está em pauta. Até hoje, no entanto, não há uma solução. De um lado, o acesso à justiça é um direito fundamental, não só de todo empregado, mas de todo cidadão, como está na Constituição Federal. De outro lado, eleita a arbitragem como método de solução de conflito trabalhista, a ausência de recursos não é uma desculpa suficiente para se socorrer do Poder Judiciário. Ao contrário, deve prevalecer a renúncia em favor da via arbitral. Ao menos, o problema não tem passado despercebido. As câmaras de arbitragem que querem fornecer os serviços de arbitragem trabalhista têm criado não somente regulamentos específicos, como tabelas de honorários próprias, com custos minimamente acessíveis a serem mantidos ao longo do procedimento arbitral. Afinal de contas, um meio adequado de solução deve ser adequado no plano teórico e, também, no plano prático.
- iii) A vinculação de terceiro à cláusula arbitral: Como se sabe²⁹, o direito do trabalho assegura ao empregado a responsabilidade solidária contra todas as empresas que

28. MUNIZ, Joaquim de Paiva Muniz, MENDES, Lucas Vilela dos Reis da Costa, BRAGA, Julia de Castro Tavares, MARRA, Marianna Falconi (coord.). *Arbitragem Trabalhista*. 1. ed. – São Paulo: Migalhas, 2020. p. 76.

29. Art. 2º, CLT.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando,

compõe um grupo econômico e responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Ou seja, no processo, o empregado pode cobrar os valores que entende devidos de todas as empresas que compõe o grupo do empregador e, depois, do tomador de serviços, sem que isso seja um problema. Na arbitragem, contudo, o assunto é sensível. Isso porque, em um primeiro momento, a cláusula compromissória vincula apenas as partes signatárias. Pode-se dizer que uma possível solução para a questão é a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica. Há alguns autores que defendem a possibilidade de aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica na arbitragem nas hipóteses em que constatada a confusão patrimonial, a fim de possibilitar a vinculação de sociedades não signatárias, pertencentes ao mesmo grupo econômico, à cláusula compromissória³⁰. Outros, apesar de defenderem a inaplicabilidade da teoria para vincular partes não signatárias à arbitragem, defendem a possibilidade de sua aplicação, pelo Poder Judiciário, apenas no momento da execução da sentença arbitral³¹. Como de percebe de antemão, haverá todo um exercício jurídico a ser construído em cima do caso concreto para que o empregado consiga trazer, para dentro da arbitragem, terceiros, como outras empresas do grupo do empregador ou até o tomador de serviços.

- iv) A eleição da lei aplicável à disputa trabalhista: A Lei de Arbitragem é clara ao estipular que as partes poderão escolher livremente a lei aplicável ao mérito do caso, dentre outras, podendo o árbitro inclusive decidir por equidade, se assim autorizado pelas partes. No entanto, essa liberdade na escolha das leis aplicáveis, que funciona bem nas arbitragens comerciais, tende a encontrar resistência quando a hipótese é de arbitragem trabalhista. Afinal, se a própria escolha do árbitro precisa levar em conta a dicotomia existente no direito do trabalho, mais perigosa é com relação à lei aplicável. Se mais ou menos benéfica ao trabalhador.

Dessa forma, e aqui concluímos, é possível dizer que, em termos de futuro, o desafio da arbitragem trabalhista não é mais legislativo. É cultural e prático.

Precisamos mudar a forma como advogados, juízes, árbitros – e, claro, as partes, empregadores e empregados – encaram a solução, pela via arbitral, de conflitos no direito

mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

30. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 1998. Volume 4, p. 276; MUNHOZ, Eduardo Secchi. Arbitragem e grupos de sociedades, In. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Coord.). Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307 de 1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 175.

31. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo Arbitral e Sistema; Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 298.

do trabalho. Precisamos colocá-la para jogo, testá-la e adaptá-la, constantemente, até que sua prática se consolide, torne-se uma realidade, torne-se inquestionável.

Por óbvio, não é algo que acontecerá da noite para o dia. A própria consolidação de arbitragem, como instituto jurídico no Brasil, levou anos a fio e enfrentou seus próprios desafios, obstáculos e inimigos. Porém, acreditamos que, no devido tempo, a arbitragem trabalhista ganhará a confiança de todos, amadurecerá o suficiente e também chegará lá.

5. Arbitragem e Direito do Trabalho: *we can do it*

Embora tenha tido sucesso para atrair mão de obra durante a Segunda Guerra Mundial, a propaganda com a trabalhadora mostrando sua força sob a mensagem “*We can do it*” não durou muito. Com o fim da guerra, os veteranos voltaram e a indústria da época, marcada pelo machismo, forçou – ou, no mínimo, criou condições – para que as mulheres abandonassem seus postos de trabalho.

Como visto ao longo deste artigo, infelizmente, a arbitragem trabalhista corre um risco semelhante. A despeito dos avanços legislativos nos últimos anos contribuírem com o desenvolvimento da arbitragem no campo do direito do trabalho, ainda existem desafios culturais e práticos a serem superados, sob pena de lhe provocar um fim precoce.

Nessas circunstâncias, cabe a nós, enquanto operadores do Direito, impedir a sua indevida extinção. Cabe a nós, advogados, magistrados e árbitros, assegurar o sucesso da prática da arbitragem trabalhista. E cabe a nós, enquanto cidadãos, superar preconceitos e obstáculos, que, caso prevaleçam, farão letra morta da Constituição. *WE CAN DO IT!*

13.

ACIMA DO OLIMPO? OS ÁRBITROS E A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

FERNANDO MALUF¹

LETICIA TAJARA FLEURY²

I. Os Deuses do Olimpo

Há um conhecido jargão no meio jurídico: “juízes acham que são deuses, ministros do STF têm certeza”. Se interpretada literalmente, essa analogia conduz à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal (“STF”) equivaleria ao Monte Olimpo da mitologia grega, a morada dos doze (ou onze?) Deuses.

Nos contos mitológicos, nada e nem ninguém está acima do Olimpo, que está acima do próprio céu. Analogicamente, no ordenamento jurídico brasileiro, não há quem se sobreponha ao STF. São os Ministros quem dão a “última palavra” acerca da interpretação do texto da Constituição³.

Contudo, a conclusão prática desse jargão repetido por anos a fio (i.e., todos se submetem às decisões vinculantes do STF que versem sobre interpretação constitucional) vem sendo desafiada por parte da comunidade jurídica que entende que os árbitros, no exercício

1. Professor de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie e no IBMEC-SP. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador de obras coletivas, autor de artigos jurídicos e capítulos de livros. Advogado. E-mail: fernando.maluf@mackenzie.br.
2. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi aluna internacional na Universidade de Lisboa (2022). Assistente da disciplina de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. E-mail: lfleury@xgivs.com.br
3. “Cabe destacar e reconhecer, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental” (STF, AI 733.387, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.12.2008, DJ 31.01.2013).

de sua função, não estariam vinculados nem mesmo às decisões proferidas pela Corte Constitucional.

Sob a premissa de que os árbitros estariam fora da estrutura do Poder Judiciário e, portanto, de que não haveria hierarquia entre ambos, há aqueles que negam a aplicação de precedentes vinculantes, ainda que proferidos pelo STF, à arbitragem⁴.

Assumir essa premissa como verdadeira equivaleria a, utilizando-se da mesma analogia inicial, colocar árbitros e tribunais arbitrais acima dos “Deuses” e, assim, acima do Olimpo. Não teriam de obedecer a suas ordens, tampouco acatar suas punições, nem mesmo em se tratando de interpretação da Constituição.

Este artigo se proporá, justamente, a aprofundar a análise do tema acima. Entender se os árbitros estão, de fato, acima do panteão do Olimpo. E, caso não estejam, analisar qual seria o remédio constitucional cabível e adequado para impugnar decisões arbitrais que contrariem entendimento vinculante do STF sobre determinada matéria.

Por óbvio, não temos a ilusão ou mesmo a intenção de esgotar a análise de todos os pontos de debate no presente estudo. A exaustão intelectual deixemos à Atena, Deusa da Sabedoria na mitologia grega. De nossa parte, limitaremos, como corte epistemológico, à análise da problemática em arbitragens domésticas com aplicação da lei brasileira.

II. O labirinto do Minotauro

Antes de adentrar à proposta de estudo propriamente dita, é necessário primeiro percorrer um tortuoso caminho: **a análise sobre a vinculação dos árbitros ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo**, o Labirinto do Minotauro⁵.

4. Sofia Temer, por exemplo, entende que os árbitros apenas se sujeitariam a precedentes vinculantes que versem sobre “garantias processuais do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento (...) quanto ao seu núcleo, não indistintamente em relação a todas as ‘teses judiciais’ que versem sobre as regras do procedimento judicial que, de inúmeros modos, as concretizem” (TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. Revista de Processo, vol. 278, p. 523-543, abril/2018).

Carlos Alberto Carmona e José Augusto Machado Filho, ao tratar sobre o tema, entendem que “(...) é importante ressaltar que a missão do árbitro é autônoma e diferente da dos magistrados. Não há qualquer dever de ser coerente com o ordenamento jurídico ou com o entendimento que os Tribunais Estaduais dão a determinada norma jurídica. A missão do árbitro é resolver um litígio em específico e para tanto seus deveres e função são especiais. Ainda que o precedente seja tomado como norma de direito, sua não observância caracterizará, no limite, a má-aplicação do direito pelo árbitro, o que não comporta correção judicial nem expõe a sentença arbitral à demanda anulatória” (CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bittencourt. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça *in* Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, Marcello Lavenere Machado Neto (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 225).

5. A expressão, segundo a mitologia grega, remonta ao labirinto de Creta, uma estrutura intransponível construída por Dédalo, a pedido do Rei Minos, para prender o Minotauro, criatura que teria corpo humano e cabeça de touro.

Para tanto, retomaremos algumas premissas relacionadas (i) à natureza jurídica da arbitragem e da atividade exercida pelos árbitros, (ii) ao tipo de jurisdição exercida pelos árbitros e, por fim, (iii) à viabilidade de exercício do controle de constitucionalidade no procedimento arbitral.

O debate acerca da primeira premissa não é recente. Há muito tempo a comunidade de arbitralistas e processualistas se dividia para responder à seguinte pergunta: seriam os árbitros detentores de jurisdição?

Aqueles que negavam a jurisdição arbitral o faziam a partir da premissa de que a arbitragem seria, na essência, um contrato, circunscrito única e exclusivamente à vontade das partes. Da convenção até a sentença arbitral, o procedimento arbitral estaria submerso, por inteiro e em absoluto, à esfera contratual. É a chamada teoria contratualista, ou privativista, defendida, por exemplo, por José Eduardo Carreira Alvim⁶.

Segundo os adeptos da teoria contratualista, a jurisdição seria função monopolizada pelo Estado⁷ e, por consequência lógica, os árbitros não seriam munidos de função jurisdicional, não se equiparando a juízes togados e não exercendo *múnus* público (senão exclusivamente privado).

Em contrapartida, havia a teoria jurisdicionalista ou publicista, que defendia o caráter jurisdicional da arbitragem, na medida em que “o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para resolver conflitos de interesse”⁸. É dizer que a lei, da mesma forma com que atribui a jurisdição aos juízes togados, a atribui aos árbitros. Ambos estariam, assim, em “pé de igualdade”. É essa a posição defendida, por exemplo, por Francisco Cahali⁹.

Há, ainda, um meio termo entre ambas as teorias. Uma saída salomônica, daqueles que defendiam que a arbitragem não era exclusivamente jurisdição nem exclusivamente contrato. Isso porque, “*embora seja certo que a arbitragem possui origem contratual, vale dizer, no acordo de vontade das partes ao celebrarem a convenção de arbitragem, não se pode negar (...) que a atividade do árbitro também possui natureza jurisdicional, ainda que de caráter*

-
6. Que, compartilhando das conclusões extraídas do direito italiano, entende que a arbitragem está “relegada, por inteiro, à esfera contratual, e os árbitros só podem dispor sobre o ‘material lógico’ da sentença, que restaria na esfera da atividade privada” (ALVIM, José Eduardo Carreira. Tratado geral da arbitragem interno. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 59).
 7. CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem: Lei nº 9.307/96. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10.
 8. CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: Resolução CNJ 125/2010 (e respectiva Emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.
 9. Ibidem.

privado”¹⁰. Trata-se da teoria mista ou *sui generis* defendida, por exemplo, por Julian Lew¹¹ e Georges Abboud¹².

Ou seja, a arbitragem nasce do contrato, mas assume uma finalidade jurisdicional. É essa a teoria que julgamos a mais correta¹³, até porque o fato de “*encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem*”¹⁴.

Embora tenha sido extremamente relevante, a discussão está superada no Brasil, na medida em que o próprio Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) já sedimentou que *a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional*¹⁵. Não há como negar o caráter jurisdicional da arbitragem, especialmente à luz da Lei Federal nº. 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”), que, sem sombra de dúvidas, encampou a teoria mista.

Os árbitros exercem, sim, atividade jurisdicional. São juízes de fato e de direito (art. 18 da Lei de Arbitragem) e as sentenças por eles proferidas são títulos executivos judiciais equiparados à sentença estatal¹⁶⁻¹⁷. Sua jurisdição, contudo, não é plena (e por isso se está a falar da teoria mista). Falta-lhes, por exemplo, a característica da coercibilidade¹⁸.

10. RAMOS, Caio Pazinato Gregório. Controle da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário antes da sentença arbitral no direito brasileiro. 2019. 328 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 25.
11. LEW, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.; Kröll, Stefan M. Comparative International Commercial Arbitration. Países Baixos: Kluwer Law International, 2003, p. 80.
12. ABBOD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 446.
13. Nesse sentido, um dos coautores, Fernando Maluf, já defendeu em outra obra que “os adeptos da teoria mista reconhecem que a arbitragem começa no contrato, mas não é só contrato; termina no ‘processo’, mas não é só ‘processo’. Uma origem contratualista, uma finalidade jurisdicional. (...) Afiliamo-nos à essa posição, porque, em nossa opinião, a teoria mista é a que melhor reflete a realidade teórica e prática da arbitragem” (MALUF, Fernando. O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro. 2020, 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 105).
14. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Revista de Processo, vol. 58, p. 33/40, abril/1990.
15. STJ, CC nº. 113.260/SP, Segunda Seção. Rel. Min. p/ acórdão João Otávio de Noronha, j. 08.09.2010, DJ 07.04.2011.
16. Nos termos do artigo 31 da Lei de Arbitragem, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.
17. A conclusão anterior é endossada também pelo artigo 515 do Código de Processo Civil, segundo o qual “são títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII – a sentença arbitral”.
18. “O Estado-juiz, para realizar suficiente e adequadamente o seu objetivo, *imporá* o resultado que, mediante o devido processo, entender aplicável ao caso, impendemente da concórdância dos litigantes” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p. 232, g.n).

De todo modo, a premissa que se desejava estabelecer para que esse estudo pudesse se desenvolver é a de que **a arbitragem tem natureza que também é em alguma medida jurisdicional**¹⁹.

E, assumindo caráter jurisdicional, não há, ao nosso ver, qualquer óbice à realização do controle de constitucionalidade na arbitragem (caso o ordenamento jurídico o admita, como é o caso do brasileiro), ainda que se discuta quais os mecanismos jurídicos adequados para tanto.

Mas, poderia o próprio árbitro exercer controle de constitucionalidade? De que forma? E em qual extensão? Para esse exame, parece-nos necessário entender, para além da própria possibilidade de exercício de atividade jurisdicional pelo árbitro, qual o tipo de jurisdição estaria autorizado a exercer.

Em outras palavras, é preciso que se examine a extensão e o alcance dos poderes jurisdicionais que podem ser delegados aos árbitros. Isso porque, como já adiantado supra, existem características da jurisdição estatal que são indelegáveis, como é o caso da coercibilidade.

Embora o árbitro seja juiz de fato e de direito, a ele é vedado executar suas próprias decisões, sendo certo que *“o árbitro não possui poder coercitivo direto, sendo-lhe vedada a prática de atos executivos, cabendo ao Poder Judiciário a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral”*²⁰.

Até por isso, o STJ tem entendimento no sentido de que a existência de cláusula compromissória em título executivo extrajudicial não impede o ajuizamento de execução, caso as obrigações lá constantes tenham sido inadimplidas²¹.

Não por outra razão, o artigo 22-C da Lei de Arbitragem²² prevê que, para que seja determinada a prática (coercitiva) de determinado ato solicitado pelo árbitro, faz-se necessária a expedição de carta arbitral ao órgão jurisdicional nacional competente.

Daí advém a relevância da pergunta: se os árbitros exercem atividade jurisdicional, mas não de maneira plena, qual seria o *alcance* da jurisdição arbitral?

19. MALUF, Fernando. O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro. 2020, 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 107.

20. STJ, Jurisprudência em Teses 122, Tese nº. 7. BERALDO, Leonardo de Faria. A eficácia das decisões do árbitro perante o registro de imóveis. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 58, pp. 171-180, 2018, p. 174.

21. STJ, REsp nº. 1.373.710/MG, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07.04.2015, DJe 24.04.2015; REsp nº. 2.032.426/DF, Terceira Turma, rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 11.04.2023, DJe 17.05.2023.

22. Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

Para responder a essa pergunta foram criadas cinco teorias²³, sendo duas as principais a da **jurisdição autônoma** e a da **jurisdição simétrica**.

Segundo a teoria da jurisdição autônoma, os árbitros, a partir do momento em que investidos de jurisdição, a exercem de maneira independente e livre, pelo fato de que *não integram a estrutura do Poder Judiciário pátrio*, senão uma estrutura alheia, verdadeiramente autônoma. Essa corrente é capitaneada pelo professor francês Jan Paulsson.²⁴

E, assim sendo, caso admitido o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico aplicável ao procedimento arbitral, caberia ao árbitro – e somente a ele – fazê-lo, já que, para os adeptos a essa teoria, “*a ordem jurídica nacional como um todo acompanha o direito aplicável à solução da arbitragem, forma uma unidade indissolúvel*”²⁵.

Dessa forma, faria parte inclusive do dever do árbitro exercer o controle de constitucionalidade do direito aplicável – já que os árbitros devem se sujeitar à Constituição –, sem que precise observar o procedimento previsto no ordenamento jurídico interno para tanto (i.e., controle de constitucionalidade). Nas palavras de Gustavo Fernandes de Andrade:

*“Além disso, não sendo o árbitro órgão integrante da jurisdição estatal, ele não precisa observar as regras de processo aplicáveis para o julgamento da questão incidental de constitucionalidade, devendo decidir tal questão com abstração das condicionantes impostas ao juiz estatal.”*²⁶

Embora cativante, a teoria da jurisdição arbitral autônoma não passou isenta de críticas. Pelo contrário, a comunidade jurídica internacional criou outras teorias para contrapô-la²⁷, dando origem à sua maior rival, a teoria da jurisdição arbitral simétrica.

23. São elas: a teoria da jurisdição arbitral (i) autônoma, (ii) substituta, (iii) discricionária, (iv) simétrica e, de outro extremo, (v) a teoria que nega o caráter jurisdicional da arbitragem. Para mais detalhes, ver: Maluf, Fernando. O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro. 2020, 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, pp. 111-128.

24. PAULSSON, Jan. Unlawful Law and the Authority of International Tribunals, ICSID Review-Foreign Law Journal, v. 23, n. 2, p. 215-232, 2008.

25. MALUF, Fernando. O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro. 2020, 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 113.

26. ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e controle de constitucionalidade: algumas reflexões. CARMONA, C. A.; LEMES, S. F.; MARTINS, P. B. (coords.). 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 742.

27. Não menos relevantes são as teorias da jurisdição arbitral substituta, proposta pela norueguesa Hege Elisabeth Kjos (KJOS, Hege Elisabeth. Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law [Oxford University Press 2013], pp. 201-203) e da jurisdição arbitral discricionária, proposta pelo argentino Horácio Grigera Naón (NAÓN, Horacio A. Grigera. Should International Commercial Arbitrators Declare a Law Unconstitutional?, In: Practising Virtue: Inside International Arbitration [David D. Caron, Stephan W. Schill, Abby Cohen Smutny & Epaminontas E. Triantafyllou eds, Oxford University Press 2015], p. 308-317).

Como o próprio nome sugere, segundo essa segunda teoria²⁸, haveria uma relação de simetria entre árbitros e juízes togados, de maneira que os poderes conferidos a um e ao outro seriam equivalentes. Desse modo, caso seja autorizado ao magistrado realizar o controle de constitucionalidade, será também permitido (e recomendado) ao árbitro fazê-lo. Isso nos conduz à conclusão de que **nem sempre o árbitro estará autorizado a proceder ao controle de constitucionalidade**.

Trazendo o exemplo para o ordenamento jurídico brasileiro (corte epistemológico adotado pelo presente estudo), não poderia o árbitro realizar o controle concentrado de constitucionalidade, que é de competência exclusiva do STF. Poderia, no entanto, realizar o controle difuso ou incidental de constitucionalidade de determinada lei e/ou ato normativo, já que também o fazem, no Brasil, os juízes togados.

Dito isso, com o devido acato àqueles que defendem o contrário, nos parece que a **segunda teoria é a mais adequada para a definição do alcance da jurisdição arbitral**.

E isso por alguns motivos.

O primeiro deles é que, ainda que se admita que o árbitro não integra, *per se*, a estrutura estatal, também não entendemos ser possível, tampouco desejável, admitir que a arbitragem criaria uma nova dimensão jurídica, totalmente alheia à ordem jurídica nacional, onde se conferiria ao árbitro competência absoluta no controle de constitucionalidade.

Admitir isso representaria, ao nosso ver, patente risco de decisões conflitantes e, conseqüentemente, uma relevante insegurança jurídica, inclusive decorrente de eventual incompatibilidade entre o controle de constitucionalidade realizado na seara arbitral e na seara judicial.

O segundo deles é que não se pode perder de vista que integram os deveres e funções dos árbitros proferir decisões que sejam exequíveis, sob pena de tornar o instituto absolutamente inócuo do ponto de vista da efetividade.

Dessa forma, entendemos existir um risco à higidez do resultado da arbitragem caso seja autorizado aos árbitros realizar um controle de constitucionalidade em uma nova e alheia dimensão jurídica, justamente por serem as disposições constitucionais dotadas de ordem pública.

Ainda, especificamente em arbitragens domésticas sediadas no Brasil e cuja lei aplicável seja a brasileira, autorizar o tribunal arbitral a proceder ao controle “autônomo” de constitucionalidade representaria indevida usurpação de competência do STF para proceder ao controle concentrado de constitucionalidade²⁹.

Firmadas as premissas anteriores e exposta a posição à qual esse estudo é adepto, é possível, finalmente, adentrar ao questionamento que é cerne do presente estudo. Já sabemos que os árbitros são dotados de jurisdição simétrica e, desse modo, poderão realizar o controle incidental de constitucionalidade, mas não o controle concreto, que é realizado exclusivamente pelo STF.

28. Essa corrente surgiu a partir de estudos realizados pelo professor francês Pierre Mayer (MAYER, Pierre. *L'arbitre international et la hiérarchie des normes*. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2011, issue 2, pp. 361-384, 2011, p. 373).

29. Art. 102, I, *a*, da Constituição Federal.

Mas, considerando que os árbitros poderão realizar apenas o controle difuso de constitucionalidade, indaga-se: os tribunais arbitrais se submetem ao controle abstrato exercido pelo STF? E, sendo a resposta positiva, seria a reclamação constitucional mecanismo processual adequado para se impugnar decisões arbitrais que contrariem as orientações vinculantes emanadas da Corte Constitucional?

a. *Controle concentrado de constitucionalidade e arbitragem. Submissão dos árbitros aos precedentes vinculantes proferidos pelo STF*

Em nossa visão, não há dúvidas de que os precedentes vinculantes emanados do STF devam ser aplicados também aos procedimentos arbitrais cuja legislação aplicável brasileira. São várias as razões para tanto.

Em primeiro lugar, os precedentes vinculantes proferidos pelo STF em sede de controle de constitucionalidade são fontes de direito e, como tal, estão incluídos no conceito de “direito aplicável” a que se faz alusão no artigo 2º, *caput* e § 1º, da Lei de Arbitragem.

É ultrapassada a concepção de que o ordenamento jurídico brasileiro se esgotaria no texto de lei. Especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (“CPC”), determinadas decisões judiciais (i.e., precedentes) ganharam status diferenciados, passando a ser de observância obrigatória³⁰.

Nesse mesmo sentido, caso o STF declare inconstitucional determinada lei ou ato normativo em controle abstrato, “a decisão que julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade retira a lei do ordenamento jurídico, impedindo, portanto, sua utilização, seja pelos órgãos judiciais, seja pelos próprios particulares, inclusive os particulares que exercem atividade jurisdicional (árbitro)”³¹.

Nesse caso, a aplicação de lei declarada inconstitucional pelo STF equivaleria à aplicação de disposição inexistente no ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, a observância aos precedentes vinculantes do STF pelos árbitros também decorre da noção *dworkiana* de direito como integridade³². Isso porque, sendo o árbitro juiz de fato e de direito e sendo as sentenças arbitrais equiparáveis à sentença judicial, feriria a noção de integridade e isonomia permitir que, ao passo que estas devam obedecer ao quanto decidido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, aquelas não.

Entender de maneira diversa seria equivalente a entender que os árbitros, embora profiram decisões equiparáveis àquelas proferidas pelos juízes togados, não precisariam, diferentemente destes, se sujeitar aos precedentes vinculantes proferidos pelo STF sobre a norma constitucional, o que não nos parece correto.

30. O presente artigo não se voltará à análise minuciosa e individualizada de cada espécie de precedente. Para a finalidade pretendida (i.e., estudo sobre o cabimento de reclamação constitucional contra decisão arbitral), nos restringiremos a abordar (i) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e (ii) suas súmulas vinculantes.

31. ABBoud, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. *Revista de Processo*, vol. 214, p. 271, dezembro/2012.

32. *Ibidem*.

Em terceiro lugar, a submissão dos árbitros ao controle concentrado de constitucionalidade e às súmulas vinculantes do STF decorre da própria submissão da arbitragem à Constituição.

Não há dúvidas de que a arbitragem deva se submeter às normas constitucionais. Prova maior disso é que, no Brasil, a prática da arbitragem dependeu de pronunciamento favorável do Plenário do STF³³ quanto à constitucionalidade do instituto e da Lei de Arbitragem³⁴.

Ora, se o instituto da arbitragem teve de ser considerado constitucional (i.e., sua compatibilidade com os dispositivos e garantias constitucionais), seria contraditório se assumir que os árbitros não devem observar a Constituição (ou a última palavra dada sobre ela, pelo STF) ao exercer sua atividade jurisdicional.

Até porque a arbitragem, enquanto instituto, tem seu fundamento de validade na Constituição. Na liberdade e autonomia da vontade³⁵ dos indivíduos em optar por submeter determinado litígio a um tribunal arbitral e renunciar à jurisdição estatal.

Em outras palavras, a arbitragem nasce na Constituição. A própria jurisdição arbitral, *pari passu* à estatal, tem o nascedouro no texto constitucional, na medida em que não há como se conceber exercício de atividade jurisdicional que possa ser feito sem, muito menos contra a Constituição³⁶.

Em suma, aos árbitros não é dada a liberdade de decidir o que quiserem e como quiserem quando a matéria é constitucional, pois o constituinte atribuiu ao STF, e a mais ninguém, a guarda da Constituição. É a Suprema Corte brasileira quem dará a última palavra sobre a interpretação constitucional e a quem compete, exclusivamente, a realização do controle concentrado de constitucionalidade.

Assim sendo, ainda que não se questione a existência de jurisdição arbitral, muito menos a liberdade e o livre convencimento dos árbitros, há limites que devem ser obedecidos quando a matéria *sub judice* é constitucional. Por isso é que, ao nosso ver, os árbitros

33. Nesse tocante, parece-nos imprecisa tecnicamente a constante afirmação da comunidade arbitral de que o STF teria “declarado a constitucionalidade da arbitragem” por ocasião do julgamento da SR 5206, notadamente porque a decisão proferida, fora do sistema de repercussão geral e do sistema de controle de constitucionalidade abstrato, fazia efeitos exclusivamente entre as partes litigantes. Ainda assim, nós reconhecemos que as instâncias ordinárias parecem ter acolhido o entendimento sem maiores repercussões, bem como que o precedente deu o conforto necessário ao desenvolvimento da arbitragem no país.

34. Por meio do julgamento da SE nº. 5.206/EP, rel. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001.

35. “A discussão sobe de ponto quando consideramos que o princípio da autonomia da vontade, mesmo que não conste literalmente na Constituição, acha no Texto Magno proteção para os seus aspectos essenciais. A Carta de 1988 assegura uma liberdade geral no *caput* do seu art. 5º e reconhece o valor da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, da CF) – dignidade que não se concebe sem referência ao poder de autodeterminação. Confirmase o status constitucional do princípio da autonomia do indivíduo”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 80.

36. ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1177.

sujeitam-se ao quanto decidido pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

b. O posicionamento do STJ em relação ao conflito de competência e um aparente enfrentamento da questão

A despeito da resistência de parte da comunidade arbitral, parece-nos que o questionamento anterior vem sendo enfrentado no Brasil, ainda que indiretamente.

Isso porque, mudando de posição anteriormente adotada³⁷, o STJ recentemente reconheceu que é o órgão competente para conhecer e julgar conflitos de competência instaurados não somente entre tribunais integrantes do Poder Judiciário, ou entre um tribunal arbitral e um órgão do Judiciário, mas, também, entre dois tribunais arbitrais distintos³⁸.

Mais especificamente – e essa observação é de extrema relevância para a conclusão que se pretende alcançar –, entendeu o STJ, por unanimidade, que:

“(...) o Tribunal arbitral, a despeito de não compor organicamente o Poder Judiciário, deve ser compreendido na expressão ‘quaisquer tribunais’ a que a norma constitucional em questão (art. 105, I, d, CF) se refere, sobretudo, porque, tal como o Judiciário, resolve o conflito de interesses em definitivo, com aplicação da ordem jurídica.” (g.n.)

Ora, como diria o jargão popular, “*pau que bate em Chico, bate em Francisco*”.

Se a própria jurisdição do árbitro, tal como a dos juízes togados, se submete ao crivo do STJ para fins de instauração de conflito de competência (sua competência exclusiva, nos termos do art. 105, I, d, da Constituição), não há, a nosso ver, razões para se afastar o entendimento de que as decisões proferidas na seara arbitral não se sujeitariam ao crivo do STF para fins de controle de constitucionalidade (quando de sua competência exclusiva, nos termos do art. 102 da Constituição). O árbitro é juiz de fato e de direito, sujeito, como este último, ao STJ e ao STF quando a Constituição assim determina.

Trata-se, porém, do *dever-ser*. Ainda que, em tese, a decisão dos árbitros se sujeite ao arcabouço constitucional, é necessário pensar em mecanismos processuais adequados para quando isso não aconteça e a quem compete fazer a correção de percurso. Eis que surge a reclamação constitucional como remédio adequado ao diálogo entre a jurisdição estatal e arbitral e o STF, como de costume, responsável pela última palavra.

37. Trata-se do Conflito de Competência CC nº. 113.260/SP, em que a Segunda Seção do STJ, por maioria de votos, havia adotado a compreensão de que, “em se tratando da interpretação de cláusula de compromisso arbitral constante de contrato de compra e venda, o conflito de competência supostamente ocorrido entre câmaras de arbitragem deve ser dirimido no Juízo de primeiro grau, por envolver incidente que não se insere na competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os pressupostos e alcance do art. 105, I, alínea ‘d’, da Constituição Federal”.

38. STJ, CC nº. 185.702/DF, Segunda Seção, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 22.06.2022, DJe 30.06.2022.

III. *Deus ex machina*

A partir do quanto exposto no capítulo anterior, não há dúvidas de que “a decisão contra constitutionem é intolerável em qualquer hipótese em um ambiente democrático e submetido aos ditames de uma Constituição Federal” sendo que “a falta de alusão à arbitragem no texto constitucional em nada altera essa conclusão”³⁹.

A saída do labirinto do Minotauro, portanto, é a conclusão de que, sim, os árbitros estão sujeitos não só à Constituição Federal, mas ao quanto decidido pelo STF em sede de controle de constitucionalidade e aos seus precedentes vinculantes sobre matéria constitucional.

Ou seja, os árbitros não estão, e não poderiam estar, acima do Olimpo.

Contudo, o presente trabalho não estaria completo se não encontrássemos – ou, no mínimo, sugeríssemos – um remédio processual para conter os tribunais arbitrais que se julgam acima dos “Deuses”, que contrariam o posicionamento vinculante do STF sobre matéria constitucional, em especial em sede de controle de constitucionalidade.

Uma solução *Deus ex machina*, a nosso ver, é a reclamação constitucional.

A reclamação é um remédio constitucional de competência originária dos tribunais, que tem por objetivo preservar a sua competência e/ou a autoridade de suas respectivas decisões. Trata-se de ação de cognição exauriente e de natureza mandamental, motivo pelo qual, assim como ocorre no mandado de segurança, deve haver prova pré-constituída (art. 988, § 2º, CPC), já que não se admite dilação probatória⁴⁰.

O instituto tem origem na teoria norte-americana dos poderes implícitos, segundo a qual se entende que:

“(...) ao atribuir explicitamente uma série de competências ao STF, a Constituição Federal também acabou lhe outorgando – ainda que implicitamente – os poderes necessários para que pudesse exercer tais competências e, por consequência, fazer valer suas decisões.”⁴¹

Embora a reclamação para preservação da competência e da autoridade das decisões do STF e do STJ tenha previsão constitucional⁴², a regulamentação de procedimento se encontra no CPC e no regimento interno dos respectivos Tribunais Superiores.

39. VAUGHN, Gustavo Favero. Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade, 2021. 226 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 119.

40. TAKOI, Sérgio Massaru. Reclamação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

41. RODRIGUES, Marco Antonio; MELLO, Felipe Varela. A reclamação constitucional como mecanismo de controle de precedentes vinculantes: uma abordagem do instituto à luz do sistema de precedentes brasileiro. Revista de Processo, vol. 327, p. 351-379, maio/2022.

42. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...) f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Assim, de acordo com o art. 988, *caput*, do CPC, é cabível a reclamação para:

“Art. 988. *Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:*

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.” (g.n.)

As hipóteses de cabimento supra são, ainda, complementadas pelo § 5º do mesmo dispositivo:

“§ 5º *É inadmissível a reclamação:*

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.” (g.n.)

O STF vem entendendo também pelo cabimento de reclamação para preservação da autoridade de decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, desde que se trate da mesma relação jurídica e das mesmas partes envolvidas na decisão reclamada⁴³ ou quando aplicada a teoria da *abstrativização do controle difuso*⁴⁴⁻⁴⁵.

43. Nesse sentido, v.: STF, Primeira Turma, Rcl 35.719 AgR, rel. Min. Rosa Weber, j. 14.02.2020, DJe 06.03.2020.

44. Nesse sentido, v.: STF, Segunda Turma, Rcl 36.009, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.08.2021, DJe 24.09.2021; STF, Tribunal Pleno, RE 949.297, rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 08.02.2023, DJe 02.05.2023; STF, Tribunal Pleno, RE 955.227, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 08.02.2023, DJe 02.05.2023.

45. A aplicação da referida teoria não é constante ou pacificada no âmbito do Supremo. Como bem pontua Stella Maia Queiroz: “Se o STF reconhece a eficácia erga omnes e os efeitos vinculantes no controle difuso de constitucionalidade, mas, em alguns momentos, entende cabível Reclamação com parâmetro em decisões proferidas no controle difuso e, em outros, a afasta, sob a alegação de que ‘a Corte não aplica a transcendência’, não será possível extrair um padrão que transmita a confiança e a segurança jurídica necessárias para o tribunal mais importante do país – seja como Corte Constitucional, seja como corte de vértice” (QUEIROZ, Stella Maia. *Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e transcendência dos motivos determinantes na*

Como visto no dispositivo retrotranscrito, é vedado o manejo de reclamação constitucional quando a decisão reclamada já tenha transitado em julgado (art. 988, § 5º, I, CPC).

Possuem legitimidade ativa para ajuizamento da reclamação o Ministério Público e as partes interessadas (art. 988, *caput*, CPC).

Caso a demanda seja julgada procedente, caberá ao tribunal, nos termos do art. 992, do CPC, ou cassar a decisão reclamada ou determinar medida adequada para solução da controvérsia.

Feita essa breve contextualização, não há, a nosso ver, qualquer fundamento apto a afastar a possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional em face de decisão proferida em sede de arbitragem.

Em primeiro lugar, pois a hipótese de cabimento constitucional da reclamação é genérica. Não há qualquer limitação no texto da Constituição que nos leve à conclusão de que tal remédio constitucional se voltaria apenas contra decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário.

Tanto é assim que se admite reclamação para impugnar ato administrativo que contrarie, por exemplo, enunciado de súmula vinculante do STF⁴⁶ ou decisão proferida pelo Supremo em sede de controle concentrado de constitucionalidade⁴⁷.

Com efeito, ao regulamentar o procedimento da reclamação, o CPC se refere genericamente a “ato impugnado”, “decisão impugnada” e “decisão reclamada”, não sendo possível se extrair disso uma restrição de seu cabimento, mormente considerando o caráter jurisdicional da arbitragem.

O fundamento constitucional da reclamação, por si só, é suficiente para que se conclua pelo seu cabimento na seara arbitral.

E essa conclusão em nada é alterada pelo fato de que a regulamentação do procedimento da reclamação se encontra no CPC, que não tem aplicação automática na arbitragem. Isso porque, nesse caso, o CPC representa nada mais do que a disciplina infraconstitucional do comando genérico previsto na Constituição, situação típica em casos de normas constitucionais de eficácia limitada⁴⁸.

recente jurisprudência do STF: influência sobre a reclamação constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 123, p. 229-249, Janeiro-Febrero/2021.

46. Art. 103-A da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (...) § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

47. Nesse sentido, v.: STF, Tribunal Pleno, Rcl 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.10.2003, DJ 21.05.2004.

48. Ou sejam um preceito constitucional que depende da edição de lei complementar ou ordinária que a regulamente, dando-lhe eficácia e permitindo o exercício do direito nela consagrado

Como o CPC não inova ao prever o regramento aplicável à reclamação, não pode ser invocado como fundamento para afastar o cabimento desse remédio constitucional⁴⁹.

É indiferente que o procedimento da reclamação esteja previsto no CPC ou em lei federal esparsa. Veja-se, por exemplo, que, até o advento do atual CPC, a reclamação no âmbito dos tribunais superiores era regulamentada pela Lei Federal nº. 8.094/90, revogada com a promulgação do diploma processual civil⁵⁰.

A corroborar com o entendimento supra, vale lembrar que o procedimento do conflito de competência advém genericamente da Constituição, mas também está disciplinado no CPC e isso não impediu o STJ de reconhecer que os tribunais arbitrais – por se incluírem no conceito de “quaisquer tribunais” (art. 105, I, d, CF) – se submetem ao crivo do Superior Tribunal para esse fim.

Em segundo lugar, pois a partir do momento em que se define que a arbitragem está sujeita à Constituição e à interpretação constitucional conferida pelo STF, deve-se pensar em mecanismos para controle de tais normas pelos árbitros.

Se apenas se exige dos árbitros o dever de se submeter aos precedentes vinculantes do STF, mas não se admite nenhum mecanismo próprio para que se faça o controle das decisões arbitrais (a não ser a própria ação anulatória prevista no art. 32 da Lei de Arbitragem), há grandes chances de tal submissão se tornar, na prática, inócua.

Exigir que a parte prejudicada espere até a prolação de uma sentença arbitral para ajuizar ação anulatória sob o fundamento de que foi “*proferida fora dos limites da convenção de arbitragem*” (art. 32, IV, da Lei de Arbitragem) ou de violação à ordem pública⁵¹ não nos parece a solução mais adequada.

Respeitado entendimento diverso⁵², nos parece que relegar a impugnação que poderia ser objeto de reclamação à eventual ação anulatória:

Não atende aos **princípios da celeridade e eficiência** processuais, na medida em que se utilizaria de uma ação com ampla dilação probatória ao passo que a reclamação é uma via direta para que se verifique a consonância da decisão com o entendimento do STF

Pode levar a um incontornável cerceamento do direito de defesa e do acesso à Justiça, na medida em que **não é unânime na doutrina a possibilidade de ajuizamento de**

(DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103).

49. É situação diversa da ação rescisória, cujo fundamento é infraconstitucional (art. 966 e ss. do CPC).

50. “Art. 1.072. Revogam-se: (...) IV - os arts. 13 a 18, 26 a 29 e 38 da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990”.

51. MALUF, Fernando. O controle de constitucionalidade na arbitragem: um estudo à luz da experiência no direito estrangeiro. 2020, 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 108.

52. VAUGHN, Gustavo Favero. Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade, 2021. 226 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 179/184.

ação anulatória para impugnar sentença arbitral que não aplique ou aplique de maneira incorreta precedente vinculante dos Tribunais Superiores.

Como bem salienta Sofia Temer, “*embora parte da doutrina entenda que ocorre, em tais hipóteses, error in procedendo, viabilizando a anulatória, há quem afirme o contrário: seria em realidade error in judicando, não passível de controle judicial, já que esse controle ocorre apenas em relação a seus aspectos formais, de modo que a previsão do inciso IV do art. 32 não permitiria a fiscalização sobre a observância de precedentes judiciais quanto ao mérito*”⁵³.

Desconsidera os casos em que a inobservância de determinada decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou de súmula vinculante, ou mesmo a usurpação de competência do STF, se dê em uma ordem processual, não na sentença arbitral propriamente dita.

Para essas hipóteses, aliás, a reclamação constitucional no curso da arbitragem é a solução que melhor assegura a própria jurisdição dos árbitros, já que, corrigido o erro de percurso inconstitucional em uma ordem processual, assegura-se que a futura sentença arbitral de mérito não possa ser questionada por essa violação.

Em terceiro lugar, finalmente, pois do mesmo modo com que o caráter jurisdicional da arbitragem fez com que o STJ entendesse que tribunais arbitrais se insiram no que o artigo 105, I, d, da Constituição define como “*quaisquer tribunais*”⁵⁴, as decisões por eles proferidas seriam suscetíveis de ser objeto de reclamação constitucional (art. 102, I, I, da Constituição).

Volta-se ao que já se abordou nos tópicos anteriores: se os árbitros se submetem às decisões do STJ em casos de conflito de competência, não se mostra razoável se admitir que, em matéria constitucional, os mesmos árbitros não se submetam às decisões do STF.

Felizmente, não estamos sozinhos ao defender o cabimento da reclamação constitucional contra decisões proferidas pelos árbitros. Também é o posicionamento encampado por Cândido Rangel Dinamarco:

“Não bastasse o disposto no art. 103-B da Constituição Federal, também em seu art. 102, inc. I, alínea l, está presente uma ampla oferta da via da reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem especificação dos atos ou agentes contra os quais esse remédio se dirigirá.

53. TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. Revista de Processo, vol. 278, p. 523-543, abril/2018. No mesmo sentido, CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bittencourt. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça in Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, Marcello Lavenère Machado Neto (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 225.

54. STJ, CC nº. 185.702/DF, Segunda Seção, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 22.06.2022, DJe 30.06.2022.

*A cumulação de dois remédios (ação anulatória e reclamação) admissíveis contra um só e mesmo ato concreto e por um só e mesmo vício não constitui óbice a admissibilidade da reclamação contra aqueles atos do árbitro.*⁵⁵

Da mesma forma, Rodrigo Garcia da Fonseca, que entende que, “se o STF proferiu decisão de efeitos erga omnes, e se o árbitro exerce função jurisdicional equivalente à do juiz, sua sentença não poderá ignorar o comando da Corte Suprema, sob pena de sujeitar-se à reclamação”⁵⁶.

Quem nega o cabimento de reclamação contra decisões arbitrais⁵⁷ o faz por entender que:

Por não se incluírem na estrutura do Poder Judiciário, as decisões dos árbitros não poderiam ser objeto de reclamação, dada a inexistência de hierarquia entre Juízo Arbitral e Juízo Estatal;

A disciplina da reclamação está contida no CPC, que não tem aplicação automática ao procedimento arbitral;

A sentença arbitral seria impugnável única e exclusivamente por meio da ação anulatória prevista no art. 32 da Lei de Arbitragem;

Seria inócuo admitir o ajuizamento de reclamação contra sentença arbitral, pois seu trânsito em julgado é imediato e não é cabível reclamação quando a decisão reclamada já transitou em julgado (art. 988, § 5º, I, CPC).

Com o devido respeito, nos parece que os dois primeiros argumentos vêm sendo superado com o julgamento do CC 185.702/DF, momento em que se passou a admitir conflito de competência para definir a competência entre dois ou mais tribunais arbitrais.

Mas, mesmo dispensando o posicionamento do STJ, “carece de relevância o fato de os árbitros não serem integrantes do Poder Judiciário nacional, uma vez que os dispositivos constitucionais instituidores de tais reclamações não se limitam aos juízes togados (aliás, não se limitam aos juízes em geral)”⁵⁸.

55. DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 216.

56. FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6, p. 40-74, julho-setembro/2005.

57. VAUGHN, Gustavo Favero. Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade, 2021. 226 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 179/184. TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>.

58. DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 216.

Ainda, o fato de não haver hierarquia entre o árbitro e os órgãos do Poder Judiciário não obsta o cabimento da reclamação, pois:

*“É bem verdade que a vinculação do árbitro aos precedentes judiciais não se relaciona com a hierarquia. O árbitro não está vinculado aos precedentes por ser órgão inferior a determinado tribunal. O tribunal arbitral sequer faz parte do Poder Judiciário para que exista relação de hierarquia. O árbitro se vincula aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem a arbitragem de direito e que os precedentes vinculantes integram o ordenamento jurídico brasileiro. O direito de um país não se resume à literalidade da lei, do direito positivo em vigor: é necessária a análise dos precedentes para corretamente interpretar o texto normativo.”*⁵⁹ (g.n.)

O terceiro argumento também não é livre de críticas, na medida em que, conforme já exposto anteriormente, *“afirmar o dever de apreciar os precedentes judiciais não leva, automaticamente, à conclusão de cabimento da ação anulatória caso o árbitro não o faça”*⁶⁰.

O último argumento, contudo, merece breves considerações. De fato, o ajuizamento de reclamação contra sentença arbitral encontra um forte obstáculo no momento do trânsito em julgado.

Contudo, além de ser possível manejar reclamação entre a prolação da sentença arbitral e a notificação sobre a resposta a pedido de esclarecimentos formulado pelas partes – depois do que a sentença será considerada imutável –, não se pode descartar a possibilidade de a reclamação constitucional se voltar a uma ordem processual, e não à sentença final propriamente dita.

Feitas todas as ponderações supra, nos cabe mencionar alguns exemplos tirados do campo hipotético que demonstram a viabilidade e o cabimento da reclamação constitucional contra decisões arbitrais nos moldes propostos no presente estudo.

Imagine-se que, em procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública, a sentença arbitral condena o ente público ao pagamento de honorários advocatícios, reconhecendo que a verba não tem natureza alimentar e que seu pagamento deveria obedecer a ordem cronológica dos precatórios ou requisição de pequeno valor, sem qualquer ordem especial.

Nesse caso, poderia a parte interessada (no caso, há de se admitir inclusive a legitimidade dos patronos da parte vencedora) manejar reclamação ao STF por clara violação à Súmula Vinculante nº. 47, segundo a qual:

“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.”

59. MACÊDO, Lucas Buril de; ALMEIDA, Maria Eduarda. Precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? Revista de Processo, vol. 305, p. 377-399, julho/2020.

60. TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. Revista de Processo, vol. 278, p. 523-543, abril/2018.

Também seria possível cogitar o ajuizamento de reclamação perante o STF caso se verifique que determinado tribunal arbitral reputou válida fiança ou aval concedidos sem a anuência do parceiro, em caso de união estável homoafetiva, por contrariar o entendimento firmado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277/DF e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ, em que foram equiparadas as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres.

Ainda, imagine-se uma sentença arbitral proferida pelo Tribunal Arbitral valendo de lei ou ato normativo já declarado inconstitucional pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ao julgar, por exemplo, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Não há dúvida, pois, de que deva ser admitida, nessa perigosa hipótese, o ajuizamento de reclamação constitucional.

Como se vê, são poucos exemplos elucidativos, que demonstram, além do próprio cabimento da reclamação constitucional na arbitragem, a sua utilidade e adequação ao procedimento arbitral. São situações tiradas do campo hipotético, que poderiam ser reais, e que reclamam, diante dos equívocos dos árbitros, a guarda da Constituição pelo STF.

IV. O mito de Narciso

Na mitologia grega, Narciso, filho de uma ninfa e de Céfiso, Deus dos lagos, era um semideus que encantava a todos por sua beleza estonteante. Logo ao nascer, um oráculo avisou a seus pais que Narciso só viveria muito se não se conhecesse, motivo pelo qual nunca lhe foi permitido se olhar no espelho.

Mesmo nunca tendo se visto, sabendo de sua beleza, Narciso era extremamente vaidoso e desprezava a todos. Determinado dia, durante um passeio pelo bosque, deparou-se com um rio, debruçou-se e, sem perceber que olhava seu próprio reflexo na água, viu um belo jovem olhando diretamente para ele. Apaixonou-se. Deslumbrou-se tanto com o próprio reflexo, que, ao tentar tocá-lo, afogou-se nas águas do rio.

O que os gregos tentavam advertir por meio do mito supra é que o individualismo e a vaidade podem ser extremamente prejudiciais, não somente aos mortais, mas, também, aos Deuses e semideuses da mitologia. E, se o conselho serve a eles, também serve aos árbitros, que, como visto neste artigo, partes das vezes se auto equiparam às divindades.

Não se pode admitir que, por motivos de vaidade, árbitros se considerem acima de todos e, por essa razão, neguem a sua vinculação ao entendimento exarado pelo STF em matéria constitucional. Admitir esse raciocínio coloca em risco o instituto da arbitragem como um todo no Brasil. Seria um verdadeiro desestímulo à renúncia da jurisdição estatal.

Afinal, poucos seriam audaciosos a ponto de submeter à arbitragem um conflito sabendo que os árbitros terão a liberdade de decidir contrariamente à Constituição e ao controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF. Mais grave ainda, além de tudo, caso não se admita nenhum mecanismo de impugnação de tais decisões *contra constitutionem*, especialmente porque não é pacífico o cabimento de ação anulatória (art. 32 da Lei de Arbitragem) para essas hipóteses.

Portanto, e aqui concluímos, como Narciso, os árbitros mais vaidosos estão em vias de se afogar deslumbrados com sua própria imagem. Ainda pior, estão levando o próprio

instituto da arbitragem às profundidades, desestimulando, com seus exageros, sua prática no Brasil.

Por esses motivos, neste artigo, tentamos demonstrar, sem sermos exaustivos, que a reclamação constitucional pode ser uma solução para o problema. Pode servir, pois, como mecanismo de limitação da vaidade dos tribunais arbitrais que se consideram livres de todas as amarras, inclusive constitucionais. Pode devolver a última palavra ao STF, a quem compete, de fato, o papel de guardião da Constituição.

14.

CONTROLE JUDICIAL PRÉVIO (E EXCEPCIONAL) DE DECISÕES ARBITRAIS: EXAME SOB A PERSPECTIVA DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

FLÁVIO LUIZ YARSELL¹

RAFAEL STEFANINI AUÍLO²

1. Contexto, hipótese a demonstrar e justificativa

No momento em que este artigo é escrito, já de algum tempo e, imagina-se, possivelmente ainda por um tempo razoável, segue vivo e aceso o debate sobre o tema do controle judicial de decisões arbitrais. Embora os números disponíveis e os que estão sendo coletados sugiram o que se sabe intuitivamente, isto é, que o número de sentenças arbitrais anuladas é proporcionalmente muito reduzido, é fato que a cada eventual procedência de ação anulatória, recusa à homologação de sentença arbitral estrangeira ou decisão em conflito de competência (a depender do desfecho), a reação da comunidade de profissionais da arbitragem é inevitável.

Seja qual for o fundamento da intervenção judicial, voltam-se as baterias (especial, mas não exclusivamente, dos que atuam principalmente como árbitros) para o que se afirma serem partes mal-intencionadas, que promovem demandas frívolas ou pior que isso, e que, com reserva estratégica diante da derrota, encontram pretextos dos mais variados para infirmar o que os árbitros decidiram. Embora seja provável que muitos dos casos envolvam fundamentos ligados a julgamentos fora do objeto da convenção arbitral (e/ou do processo) ou, ainda, violações ao devido processo legal, arrisca-se dizer que é nos casos de alegada violação ao dever de revelação, de comprometimento da imparcialidade e de quebra de confiança que os ânimos ficam mais exaltados, a depender do ambiente em que a discussão surja.

Se ela se dá – como muitas vezes ocorre, nem sempre de forma muito produtiva, ao menos a esta altura dos acontecimentos – de forma limitada entre os próprios profissionais

-
1. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado e árbitro.
 2. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado, árbitro e pesquisador.

da arbitragem, o ganho tende a ser pequeno, porque o debate mais se aproxima de compartilhamento de indignação contra ataques a um segmento profissional; quase uma (até compreensível porque humana) reação corporativa. Talvez o proveito aí seja em termos de articulação para a adoção de possíveis reações, cujas necessidade e eficácia não podem ser desprezadas, mas que realisticamente falando têm limites porque, no mínimo, é preciso saber o que pensam os magistrados que atuam em casos assim, e como eles veem o fenômeno. E, sendo impossível uma verificação científica desse confronto de pontos de vista, arrisca-se a dizer que, ao menos hoje, ainda há visões razoavelmente diversas de parte a parte, especialmente quando os temas são, como dito supra, revelação, imparcialidade e confiança. Então, de volta ao ponto dos debates internos, melhor do que pregar para convertidos seria, talvez, elevar um pouco o nível de autocritica, que envolve, entre outros, a constatação de que há árbitros e árbitros; que a “comunidade”, mercê da expansão do mecanismo (ainda bem, ao menos por certa ótica), não pode ser vista como homogênea; e que mesmo entre arbitralistas históricos, quicá pela história que precedeu e sucedeu a edição da Lei 9.307/96, ainda haverá aquele que, até pouco tempo ou mesmo hoje, ainda pense – se é que não fale – em “meu” (ou minha) árbitro(a), como se estivesse a fazer a indicação fundada em lealdade ou gratidão (que se espera recíproca?) de um assistente técnico.

Não é difícil, portanto, perceber a delicadeza do tema e a enorme dificuldade de tratá-lo de forma científica – tanto quanto o Direito possa se apropriar ao menos de metodologia que revele o caminho percorrido e demonstre a certeza dos resultados obtidos. Se é verdade que o Direito não poderia ser uma ciência porque o cientista, no caso, é o próprio objeto da investigação, no caso dos temas ligados à arbitragem, isso parece ser ainda mais agudo: quem defende atuação profissional tem perspectiva inconciliável com a de cientista; quem se dispõe a ser crítico e isento, corre o risco de falar o que seus pares profissionais não querem ou não gostariam de ouvir. Então, é preciso medir o que pesa mais: as expectativas profissionais – que passam, claro, por boas relações com seus pares, ou o propósito de investigar e de revelar a realidade, seja ela qual for? Para quem fez opção profissional e depende economicamente de resultados, a tarefa é árdua e não seria despropositado – nem contrário à ciência – lembrar a lição bíblica segundo a qual não é possível adorar a dois deuses... E nem se está a falar do repúdio – dito a boca miúda, imagina-se – a quem patrocina demandas que objetam sentenças arbitrais... Aí o assunto é ainda mais delicado e tratá-lo de forma científica aparentemente é impossível... e se fosse, talvez fosse improdutivo, porque aí o problema parece ser mais de convicção e de consciência do que de qualquer outra coisa...

Enfim, nesse contexto é que este modestíssimo trabalho se propõe a examinar de forma crítica a correta constatação – que deve valer como regra, mas que não está imune a exceções – de que, segundo o Direito positivo brasileiro, o controle judicial de sentença arbitrais, por força da regra inscrita no art. 8º da Lei de Arbitragem, deve, em qualquer caso, ocorrer *a posteriori*. Portanto, a hipótese sobre a qual se trabalha – que está longe de ser inédita, mas que ainda suscita enormes debates – é a de que, sim, excepcional e fundamentadamente, é possível realizar controle prévio da validade de decisões arbitrais; antes, portanto, que seja proferida uma sentença.

A justificativa da escolha do tema decorre singelamente do contexto: se há debate sobre as iniciativas de anulação de sentenças arbitrais; e se, claro, a cada vez que uma sentença

é (muito raramente) anulada, há um compreensível abalo do sistema, então refletir sobre formas de se evitar sentenças inválidas, ainda que, no limite, mediante precoce intervenção judicial, parece ser importante e, quiçá útil.

2. Demonstração

Firmada a premissa da excepcionalidade de medidas judiciais antiarbitrais, dada a abertura para controle estatal posterior (via ação anulatória ou no ambiente do processo de homologação de sentença estrangeira, conforme o caso), há de se reconhecer, como dito no preâmbulo, que essa regra comporta exceções, quando o obstáculo ao desenvolvimento do processo arbitral se apresentar *prima facie* e for relevante.

A propósito, colhe-se na doutrina a asserção de que “(...) o poder de apreciação pelos árbitros não chega ao ponto de subtrair radicalmente aos juízes togados a competência para avaliar os casos em que não possa sequer haver dúvida séria e razoável sobre a cláusula (*dupla interpretação*), suas dimensões, suas ressalvas, sob pena de abrir escâncaras à indiscriminada subtração dos litígios à apreciação pelo *juiz natural*”³. Dessa forma, “Quando a decisão tiver uma eficácia tal que possa propiciar desde logo a invasão da esfera jurídica de um sujeito, causando-lhe *prejuízo*, a exclusão do controle judiciário seria inconstitucional”⁴. “Se há um sujeito que exerce o poder, inclusive *sub specie jurisdictionis*”, e “os atos desse sujeito têm a potencialidade de transgredir direitos líquidos-e-certos dos particulares”, então, “por consequência, são em tese suscetíveis de censura pela via do mandado de segurança”, de tal sorte que “deve admitir-se a admissibilidade da utilização, pela parte interessada, de mandado de segurança nos casos de decisões interlocutórias de cunho teratológico, que tenham por objeto uma das hipóteses no art. 32 da nova lei” (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro)⁵.

No mesmo sentido, já se disse que, “nos casos em que a irregularidade da convenção ou a ‘incompetência arbitral’ puder ser detectada de plano (mediante o simples exame dos elementos da inicial) e, além disso, for capaz de inviabilizar de modo absoluto a arbitragem”, o juiz deve “acolher a medida antiarbitral formulada, para declarar a impossibilidade do prosseguimento do processo arbitral em curso”⁶. Assim, “em situações excepcionais, poderá o Judiciário (a pedido de uma das partes) controlar a regularidade de ato específicos praticados no curso da arbitragem”⁷.

Também nesse contexto já se afirmou que “permitir-se a aplicação absoluta do *Kompetenz-Kompetenz* em cenários diversos dos originalmente pensados, ou ainda diante de manifestas irregularidades relacionadas à jurisdição ou competência do árbitro, acabará por tornar a arbitragem um mecanismo inseguro e obsoleto para a justa composição de litígios”. Por conseguinte, “Levado às últimas consequências o *Kompetenz-Kompetenz*, a

3. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O processo arbitral*, 2ª ed., Curitiba, EDC, 2022, p. 106, grifos do original.

4. Cf. Id., Ibid., p. 261, grifo do original.

5. Cf. Id., Ibid., p. 262.

6. Cf. WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*, Salvador, JusPodivm, 2014, pp. 121-122.

7. Cf. Id., Ibid., pp. 129-130.

parte prejudicada teria não apenas que submeter sua impugnação a tais painéis, mas, diante de possível rejeição, eventualmente suportar todo o andamento da arbitragem – sem que possa, até seu cabo, buscar qualquer forma de controle externo (...). E como se disse, o *Kompetenz-Kompetenz* “foi pensado para funcionar em um ambiente de razoáveis dúvidas quanto à jurisdição e capacidade do árbitro (...)”⁸.

A respeito, também já se ponderou que “em outros ordenamentos há previsão expressa da limitação do controle aos casos de defeito manifesto. Mas é essa a orientação também assente no direito brasileiro. De resto, é assim também que se tem interpretado o art. II, 3º, da Convenção de Nova York, de que o Brasil é signatário. A possibilidade de controle dos casos de manifesta e inequívoca inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral é inafastável. Não constitui regra de exceção, mas resultado da ponderação de valores. Não infirma a competência-competência, que, como todo princípio, pode revelar-se colidente, no caso concreto, com outros princípios. Seria desarrazoado, caprichoso e arbitrário que a jurisdição estatal se abstinhasse de intervir, a pedido do legitimado, nos casos em que escancaradamente não há base para a atuação arbitral. Mas tal controle judicial ‘antecipado’ só se justificará na medida do estritamente necessário, como resultado da ponderação de valores no caso concreto, na aplicação de critério da proporcionalidade, que é inerente ao devido processo legal”⁹.

Assim, o postulado do controle posterior da arbitragem cede espaço à “interferência judicial prévia diante de vícios evidentes, manifestos, aberrantes, verificáveis *prima-facie*, que saltam aos olhos. Embora haja quem enxergue nesses trabalhos uma proposta de flexibilização voltada à gravidade do vício, o raciocínio parece estar mais alinhado à ausência de incertezas fáticas. Vício facilmente verificável (e, portanto, evidente, manifesto, aberrante) não é necessariamente um vício grave, mas sim que dispensa maiores investigações fáticas. (...) O que se mostra relevante para fins desse controle é, em princípio, a constatação de tais vícios, e não o quão graves aparentam ser no caso específico. Importa, portanto, a eventual necessidade de dilação probatória para a aferição do possível vício”¹⁰.

Tais referências servem para ilustrar o que é amplamente reconhecido pela doutrina, com o respaldo da jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça. Bom exemplo disso está materializado no entendimento segundo o qual “É sabido que vigora no ordenamento jurídico nacional a regra da *kompetenz-kompetenz*, segundo a qual as questões atinentes à existência, à validade e à eficácia da própria cláusula compromissória devem ser apreciadas pelo juízo arbitral, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei 9.307/96. Todavia, o STJ tem entendido que a norma precitada não constitui regra absoluta, cabendo ao Poder Judiciário, ‘nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral’ (...). No particular, uma vez que os recorrentes alegaram, na petição inicial, que a convenção de

8. Cf. MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*, São Paulo, RT, 2015, p. 113.

9. Cf. TALAMINI, Eduardo. “Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, jul.-set./2016, p. 6 da versão eletrônica.

10. Cf. MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*, São Paulo, RT, 2015, pp. 114-115.

arbitragem está contaminada por patente ilegalidade – pois não observada a literalidade de dispositivos legais de aplicação obrigatória –, afigura-se plenamente viável a análise da invalidade apontada”¹¹.

Daí porque, no contexto de debate sobre controle prévio de convenção de arbitragem (cuja *ratio* é aqui aplicável), a jurisprudência reconhece que “(...) há exceções apenas em hipóteses verdadeiramente fora de qualquer limite de razoabilidade” e, por isso, “a subtração à Jurisdição estatal excepcionaria uma das garantias fundamentais, que é a inafastabilidade da jurisdição estatal, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, sendo necessário, portanto, adotar interpretação consentânea aos interesses envolvidos no litígio”¹². Nesse mesmo contexto se sustenta a possibilidade de censura externa prévia, donde “o meio-termo seria admitir a revisão judicial para as formas mais grosseiras de injustiça processual”¹³. Trata-se, analogamente, da hipótese do já reconhecido e aceito controle do ato judicial via mandado de segurança nas situações de atual ou potencial grave ou irreparável prejuízo¹⁴. Assim, aplica-se a *ratio* do entendimento de que “nas hipóteses em que o juízo arbitral já esteja instituído mas nas quais, por circunstâncias excepcionais a verificar em cada caso concreto, não haja tempo suficiente para dele se obter a tutela de urgência necessária, o recurso ao Poder Judiciário será lícito na medida em que se apresente como a única forma possível de preservar a garantia inscrita no art. 5.º, XXXV, da CF/1988”¹⁵.

3. Ainda a demonstração: exame de três situações (hipotéticas)

Em abono ao quanto se ponderou no tópico anterior, a demonstração da hipótese proposta talvez possa ser completada a partir do exame de três situações, aqui tratadas de forma impessoal, objetiva e genérica, conquanto enfrentadas no âmbito profissional de consultoria¹⁶.

11. Cf. STJ, 3ª T., REsp n. 1.803.752-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.2.2020, DJe. 24.4.2020, m.v. No mesmo sentido, cf. STJ, 3ª T., REsp n. 1.602.076-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.9.2016, DJe. 30.9.2016, v.u. Em sentido semelhante: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 177.
12. Cf. STJ, 2ª Seção, CC n. 151.130-SP, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.11.2019, DJe. 11.2.2020, m.v.
13. Cf. PARK, William W. “Por que os tribunais revisam decisões arbitrais”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 3, set.-dez./2004, p. 2 da versão eletrônica.
14. Nesse sentido, ver por todos: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 35-36; BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 139; PINTO, Teresa Arruda Alvim. “Introdução ao estudo do mandado de segurança quando impetrado contra ato de juiz”, in ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre mandado de segurança contra ato judicial*, São Paulo, RT, 1989, p. 12.
15. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. “Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada de prova na arbitragem”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 14, jul.-set./2007, p. 2 da versão eletrônica.
16. Ao ensejo é feita a ressalva de que parte expressiva do presente trabalho (por vezes, de forma literal) é fruto de textos desenvolvidos em diferentes pareceres jurídicos, subscritos pelo

3.1. *Invalidade ainda quando o processamento se encontra a cargo da presidência ou órgão competente de câmara ou centro de arbitragem*

A primeira situação diz com a necessidade de prévio controle judicial, quando a ilegalidade apontada – constatável *prima facie* e se apresentar grave e relevante – disser respeito a ato praticado quando ainda atuante a presidência ou órgão competente, isto é, quando não constituído tribunal, mas já durante o processamento do caso em dada câmara ou centro arbitral.

Não há dúvida de que as partes, ao firmarem a cláusula compromissória “cheia”, vinculam-se às regras dos órgãos arbitrais que elegem. Mas, da mesma forma que a escolha da arbitragem não significa completa exclusão do controle jurisdicional estatal sobre as decisões arbitrais, a submissão às regras internas das câmaras não significa que atos tomados pelas respectivas presidências e/ou por seus órgãos internos – com base em tal regulamento – não possam também ser revistos pelo Poder Judiciário, ainda que excepcionalmente.

Antes de ser apenas jurídica, a questão é de lógica: se os atos da Câmara são instrumentais e preparatórios em relação à atuação propriamente jurisdicional dos árbitros, seria um contrassenso supor que os atos desses últimos estariam sujeitos ao controle estatal (repita-se, ainda que excepcional) e que os primeiros estariam imunes a qualquer tipo de sindicância. Na prática, dar-se-ia aos atos dos órgãos internos das Câmaras – que essencialmente exercem competência se e enquanto os painéis não estão constituídos – uma espécie de proeminência sobre os atos dos próprios árbitros. Ora, se é certo, como bem já se disse, que “o centro de arbitragem não apenas organiza o procedimento arbitral, mas estabelece regras que devem visar tão somente à eficácia do procedimento e, logicamente, da sentença”¹⁷; e se é certo que, conquanto de forma excepcional, a sentença dos árbitros está sujeita a controle jurisdicional estatal, realmente seria incoerente admitir a censura de um ato e não a permitir em relação a outro que tem exclusivamente função instrumental.

Sob a ótica jurídica, colocar os atos dos órgãos internos das câmaras a salvo do controle jurisdicional estatal – ainda que limitado – seria afrontar abertamente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). É que a competência dos órgãos internos é exercida justamente porque não há jurisdição arbitral ainda regularmente instituída ou, eventualmente, porque a questão não se submete à competência dos árbitros. Ora, nesse momento, não havendo jurisdição arbitral ou inexistindo competência para o exame da matéria, recusar-se a jurisdição estatal seria dizer ao jurisdicionado que ele simplesmente não pode submeter a controle algum a alegação de lesão a direito. Isso seria – como é – manifestamente indevido e inconstitucional.

primeiro coautor, elaborados com o relevante auxílio do segundo. Como não há identificação de caso ou de partes envolvidas; e como as opiniões dadas diante de casos concretos se alinha perfeitamente à construção conceitual ora apresentada, reputam-se desnecessárias outras referências de fonte, que não aquelas constantes das notas de rodapé ora lançadas.

17. Cf. NUNES, Thiago Marinho. “As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras”, in CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015*, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 547.

Nem se pode recusar a possibilidade, ainda que excepcional, de controle pelo Judiciário dos atos de órgão internos das câmaras, sob o argumento de que eles não teriam conteúdo decisório. Analogamente ao que se passa na esfera jurisdicional estatal, os pronunciamentos de tais órgão podem também ter relevante conteúdo decisório, inclusive com consequências, se não irreversíveis, desproporcionais sob a ótica de sua desconstituição. Para ilustrar, se, desde logo, diante da certeza dos fatos e aplicação do direito objetivo, for possível antecipar que a investidura de algum árbitro é inadmissível; se, desde logo, se puder saber que decisão porventura proferida será maculada por irremediável invalidade e, portanto, que será simplesmente inexecutável; seria ilógico e fora de qualquer parâmetro razoável, submeter-se as partes aos pesados encargos de um processo que, desde logo, sabe-se inviável com a presença do árbitro indicado – afora os ônus decorrentes da necessidade de posterior anulação.

A depender da situação, nem se pode dizer que o controle útil do tema poderia ser feito *a posteriori* pelos árbitros. Se o árbitro indicado já firmou sua posição sobre a possibilidade de sua participação, ainda que diante de impugnação, não haverá propriamente o que se decidir sobre o tema no processo arbitral. Por isso, neste caso, nem se poderia dizer que a decisão do órgão interno da câmara teria mero caráter administrativo: decisão sobre questão afeita à imparcialidade e independência do árbitro é substancialmente jurisdicional, não exatamente porque provém do órgão da câmara, mas por seu conteúdo. Há casos nos quais a decisão do órgão interno da câmara (por exemplo, na CCI) não está sujeita à revisão do tribunal arbitral a ser formado¹⁸; o que afastaria igualmente a possibilidade de os outros árbitros eventualmente decidirem sobre a impugnação do coárbitro indicado – como poderia ocorrer, em tese, no caso da assim chamada *decisão truncada*¹⁹. Ora, se nem os árbitros podem rever a decisão do órgão interno, com maior razão esse poder deve ser reconhecido ao Poder Judiciário. As consequências jurídicas e práticas da decisão a ser impugnada têm o condão de gerar consequências não razoáveis e desproporcionais, que dificilmente a posterior atuação jurisdicional conseguiria desfazer. Então, se há prejuízo

18. O art. 14, 3, do Regulamento de Arbitragem da CCI é claro ao dispor que “Compete à Corte pronunciar-se sobre a admissibilidade e, se necessário, sobre os fundamentos da impugnação, após a Secretaria ter dado a oportunidade, ao árbitro impugnado, à outra ou às outras partes e a quaisquer outros membros do tribunal arbitral de se manifestarem, por escrito, em prazo adequado. Estas manifestações devem ser comunicadas às partes e aos árbitros”. Logo, não caberia aos árbitros reverem posteriormente referida decisão.

19. A expressão, referenciada na língua inglesa como *truncated decision*, *truncated award* ou *truncated tribunal*, é bastante comum no contexto de arbitragens internacionais, em que o tribunal arbitral eventualmente deve decidir uma questão, mas sem contar com a participação de todos os árbitros. O Regulamento de Arbitragem da Corte de Londres de Arbitragem Internacional (LCIA, na sigla em inglês), por exemplo, prevê em seu artigo 12.1 que “12.1. Where an arbitrator without good cause refuses or persistently fails to participate in the deliberations of an Arbitral Tribunal, the remaining arbitrators jointly may give written notice of such refusal or failure to the LCIA Court, the parties and the absent arbitrator. In exceptional circumstances, the remaining arbitrators may decide to continue the arbitration (including the making of any award) notwithstanding the absence of that other arbitrator, subject to the written approval of the LCIA Court”.

atual ou potencial, há interesse de impugnar. E, havendo interesse de impugnar, e não havendo jurisdição arbitral que possa fazer esse controle (pelo Regulamento de Arbitragem da CCI, a competência é de sua Corte, já exarada), a solução parece mesmo outorgar esse poder ao Estado-juiz, de forma anterior à prolação da sentença.

E mesmo que se pudesse qualificar o ato da presidência da câmara como meramente administrativo, ainda assim – e até com maior razão – deveria prevalecer o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, conquanto incidente de forma excepcional. Assim, sob o ângulo da *legalidade*, todo e qualquer ato administrativo – tomado em processo perante entes estatais ou não – está invariavelmente sujeito a controle jurisdicional. Aliás, justamente por não ser tipicamente jurisdicional (e, portanto, não estar exposto a revisão pelos tribunais arbitrais que viriam a ser constituídos), poder-se-ia dizer que ato administrativo (da presidência da câmara e/ou de seus órgãos internos) está sujeito à revisão pelo Judiciário em ainda maior dimensão do que a vigorante para decisões dos árbitros. Disso, então, apenas decorre um reforço da tese segundo a qual há espaço para o controle dos atos da presidência da câmara pelo Judiciário.

E nem se poderia dizer que a questão envolveria o princípio da competência-competência, já que não se está diante de decisão de árbitro; nem sobre a validade ou eficácia da cláusula compromissória ou sobre os limites de sua própria competência. Ao sindicá-la, ainda que de forma excepcional, os atos da Câmara, o Judiciário não interferirá com a primazia de que gozam os árbitros de definir os limites de sua própria jurisdição.

Como sabido, as câmaras devem garantir o desenvolvimento de um procedimento arbitral justo, rápido e eficaz, o que inclui (i) garantir a celeridade do procedimento arbitral, tendo uma estrutura apta a administrar a arbitragem²⁰; (ii) garantir o tratamento paritário das partes²¹; (iii) verificar a existência dos requisitos da independência e imparcialidade dos árbitros; (iv) elas mesmas serem independentes, imparciais e equidistantes em relação às partes; (v) fundamentar, ainda que de maneira sucinta, os atos praticados²²; (vi) atuar de acordo com o princípio da transparência; e (vii) respeitar os princípios do devido processo legal²³, cuja aplicação vai além das atividades estritamente jurisdicionais²⁴. Assim, “A partir do momento em que o centro de arbitragem aceita a função de organizar e administrar o processo de arbitragem, assume também todas as obrigações inerentes à boa condução do

20. Cf. Corte de Apelação de Paris, 22.1.2009, in *Journal de droit international*, 2009, p. 617.

21. Cf. LOQUIN, Eric. “À la recherche du principe d’égalité des parties dans le droit de l’arbitrage”, in *Gazette du palais*, 2.7.2008, n. 184, p. 5.

22. Cf. LOQUIN, Eric. “À la recherche du principe d’égalité des parties dans le droit de l’arbitrage”, in *Gazette du palais*, 2.7.2008, n. 184, § 30.

23. Cf. LOQUIN, Eric. “À la recherche du principe d’égalité des parties dans le droit de l’arbitrage”, in *Gazette du palais*, 2.7.2008, n. 184, § 26.

24. A doutrina salienta que também no processo administrativo deve haver observância das garantias constitucionais. Veja-se: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2018, pp. 20-24.

processo e torna-se assim o garante de todo o processo de arbitragem que se desenrola sob a sua égide”²⁵.

Como bem já se observou, “O centro de arbitragem não apenas organiza o procedimento arbitral, mas estabelece regras que devem visar tão somente à eficácia do procedimento e, logicamente, da sentença. Entre essas regras incluem-se aquelas referentes à nomeação e confirmação dos árbitros, procedimentos de impugnação e substituição dos julgadores, e, dependendo da instituição, o escrutínio da sentença arbitral. Em termos gerais, o centro de arbitragem deve zelar pelo bom e regular desenvolvimento do procedimento, sob pena de submeter às sanções civis competentes”²⁶. Ora, diante de tal extensão de competência, como imaginar que o exercício desse poder poderia ficar simplesmente imune ao controle judicial, ainda que sabidamente excepcional? Supor tal imunidade, enfatiza-se, seria dar às câmaras um poder maior do que o dos árbitros e de qualquer agente estatal; o que, à evidência, seria incompatível com a cláusula inserta no inciso XXXV do art. 5º da CF e com o postulado básico do Estado democrático de Direito, segundo o qual não há poder que não comporte alguma forma de controle eficaz.

Aliás, dado o caráter acessório, instrumental e dependente da atuação da câmara, relativamente à arbitragem, seria mesmo uma incoerência admitir-se a possibilidade de controle dos atos do árbitro, mas deixar os atos dos órgãos internos da instituição a salvo de qualquer possível censura. Sobre isso, convém lembrar com a doutrina que “A câmara arbitral desempenha um conjunto de atividades orientadas a assegurar o desenvolvimento da arbitragem, de modo a preservar e garantir a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do árbitro. A câmara arbitral desenvolve atividade secundárias e dependentes, relativamente à arbitragem propriamente dita. Mas todas as atuações por ela desempenhadas são relacionadas à arbitragem. (...) Toda e qualquer atuação da câmara, mesmo quando dela usufrua a parte, é um meio para assegurar o desenvolvimento satisfatório da função arbitral”²⁷. Então, seria adequado controlar-se o mais – que é a arbitragem – e dar livre trânsito ao menos – que é a atividade da câmara?

Mas, não é só. Também sob o prisma contratual, base de toda arbitragem, fala a doutrina em vínculo *sinallagmático* entre partes e instituição, no contexto do que chamou de “contrato organização da arbitragem”, em que “o centro de arbitragem atua na instância arbitral na qualidade de ator, mantendo liames contratuais com as partes e com os árbitros, engajando, inclusive, a sua responsabilidade civil”²⁸ – responsabilidade que, inclusive,

25. Cf. LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *La responsabilité des acteurs de l'arbitrage*, tese de doutorado, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2010, p. 239 (tradução livre).

26. Cf. NUNES, Thiago Marinho; SILVA, Eduardo Silva da; GUERRERO, Luis Fernando. “O Brasil como sede de arbitragens internacionais”, in *Revista de Arbitragem*, n. 34, 2012, pp. 137-138.

27. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. “Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros”, in *Revista Brasileira de Advocacia*, v. 1, n. 1, abr.-jun. 2016, p. 11.

28. Cf. NUNES, Thiago Marinho. “As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras”, in CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015*, São Paulo, Saraiva, 2016, pp. 546-547.

já foi concretamente reconhecida em decisão da Justiça francesa²⁹. Ora, se é certo que a câmara está sujeita inclusive à responsabilização civil, seria um contrassenso reputar que os atos de seus órgãos internos escapassem ao controle jurisdicional estatal; como seria ilógico reconhecer que há uma tutela reparatória desvinculada da possibilidade – ainda que excepcional – de uma tutela preventiva³⁰.

Por tudo isso, embora as câmaras tendam a desempenhar apenas uma função administrativa, os atos das instituições de arbitragem repercutem sobre a validade da sentença arbitral. Nas palavras da doutrina, “o juiz da anulação é capaz de avaliar o trabalho arbitral como um todo, principalmente o dos árbitros, mas também as medidas institucionais que o organizaram e enquadraram”³¹ – a partir do que fica ainda mais evidenciada a possibilidade de controle jurisdicional, ainda que de forma excepcional, dos atos dessas instituições. A esse respeito, vale lembrar conhecido caso ocorrido na França³² e outro entre nós³³, nos quais o vício que levou à anulação da sentença arbitral foi provocado por um ato dos órgãos das instituições. Ainda, nessa linha, vale lembrar caso em que a aplicação, pelos órgãos da própria CCI, do art. 30, § 4º, do Regulamento de 1998 de arbitragem levou o Poder Judiciário francês a decretar a anulação da sentença arbitral³⁴. Em todos eles, tivesse havido controle jurisdicional imediato, não teria sido necessário desconstituir a sentença, com todas as consequências nefastas daí decorrentes, afigurando-se antieconômico esperar o proferimento de uma sentença arbitral para sancionar um ato ilegal ou um abuso praticado pela instituição³⁵. Não será demasiado lembrar que atualmente vigora o entendimento segundo o qual as câmaras arbitrais são responsáveis pelos atos praticados, superando-se a tese da imunidade³⁶. Nessa perspectiva, a jurisprudência francesa reconheceu a responsabilidade de uma instituição de arbitragem por ter provocado a violação do contraditório e, conseqüentemente, a nulidade da sentença arbitral proferida³⁷.

29. Cf. NUNES, Thiago Marinho. “As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras”, in CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015*, São Paulo, Saraiva, 2016, pp. 547-548.

30. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1998, pp. 164-165. Também em MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2003, pp. 36-37; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*, 1ª ed. e-book baseada na 1ª ed. impressa, São Paulo, RT, 2015, item 2.5.

31. Cf. FOUCHARD, Philippe. “Les institutions permanentes d’arbitrage devant le juge étatique”, in *Revue de l’arbitrage*, 1987, esp. p. 270 (tradução livre).

32. Cf. Corte de Cassação francesa, acórdão de 7.1.1992 (publicado no *Journal de Droit International*, 1992, p. 707; in *Revue de l’Arbitrage*, 1992, p. 470).

33. Cf. autos nº 0002163-90.2013.8.26.0100.

34. Cf. *Revue de l’arbitrage*, 2012, p. 387.

35. Cf. LOQUIN, Eric. “À la recherche du principe d’égalité des parties dans le droit de l’arbitrage”, in *Gazette du palais*, 2.7.2008, n. 184, § 13.

36. Veja-se RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l’arbitrage*, Paris, PUF, 2016, p. 32; CLAY, Thomas. *L’arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 722.

37. Cf. Tribunal de Grande Instância de Nanterre (1re Ch.), 1.7.2010, in *Revue de l’arbitrage*, 2014, p. 211.

Tudo isso encontra eco na doutrina³⁸, de onde se extrai o entendimento de que “deve-se admitir que, perante o juiz de direito comum, a parte, vítima da violação das normas pela instituição, possa obter do juiz a nulidade da decisão faltosa da instituição que a lesar”, de tal sorte que “(...) será possível, em certos casos, manter sua nulidade [dos atos das instituições] por violação dos direitos de defesa ou por irregularidade na constituição do tribunal arbitral”³⁹. Para ilustrar, a doutrina reputa admissível o controle jurisdicional estatal para superar impasse em relação à nomeação dos árbitros; ou diante da recusa em organizar a arbitragem, em decorrência da ausência de uma válida convenção, feita com base na avaliação *prima facie*, realizada pelos órgãos da câmara⁴⁰. Nesse caso, sendo juridicamente impossível exigir dos árbitros a revisão dos atos da câmara, o único remédio cabível é pleitear a tutela jurisdicional aos órgãos do Poder Judiciário⁴¹.

3.2. *Invalidez e renúncia do tribunal arbitral*

A segunda situação aqui aventada (que poderia ocorrer – e, segundo a experiência, parece mesmo se verificar, em mais de uma oportunidade, ainda que em circunstâncias diversas) diz com vícios associados à falta do dever de revelação de fato gerador de impedimento e quebra objetiva de confiança no tribunal arbitral, sem que a sentença tenha sido proferida, por conta de renúncia dos integrantes do painel – contexto no qual se apresenta o problema da validade dos atos praticados e especialmente de seu aproveitamento (ou não) pelo novo tribunal.

Tratando-se caso no qual o processo arbitral tenha transcorrido perante tribunal que descuidou do dever de revelação e que, portanto, comprometeu a confiança exigida pelo art. 13 da Lei 9.307/96; e que os fatos tardiamente revelados e/ou descobertos sejam configuradores de impedimento ou suspeição (mesmo que de um, afeta todo o colegiado), parece certo que o vício (igual ou análogo) compromete a validade de todos os atos processuais que foram praticados. Tal é o que se resulta da aplicação dos artigos 144 e 145, do CPC, por expressa remissão feita pela Lei 9.307/96; e dos artigos 21, § 2º, e 32, VIII, da Lei 9.307/96.

38. Cf. FOUCHARD, Philippe. “Les institutions permanentes d’arbitrage devant le juge étatique”, in *Revue de l’arbitrage*, 1987, p. 225.

39. Cf. LOQUIN, Eric. “À la recherche du principe d’égalité des parties dans le droit de l’arbitrage”, in *Gazette du palais*, 2.7.2008, n. 184, § 13 (tradução livre).

40. Alguns regulamentos admitem o poder da câmara de realizar avaliação preliminar, como o art. 3 do regulamento AFA (Association Française d’Arbitrage).

41. Cf. JARROSSON, Charles. “Le statut juridique de l’arbitrage administré”, in *Revue de l’arbitrage*, 2016, p. 445 e ss., esp. p. 458: “Cette appréciation *prima facie* peut représenter un cas plus délicat que les autres, quoique rare: lorsque le centre refuse d’organiser l’arbitrage, car il estime *prima facie* qu’il n’y a pas de convention d’arbitrage le concernant (art. 3 Règl. AFA). Il n’est pas possible, dans cette hypothèse, d’aller devant les arbitres pour faire renverser cette décision; seul le recours au juge de droit commun est envisageable aux fins de lui demander d’enjoindre au centre d’organiser l’arbitrage. Ici, le juge ne devra renverser la décision du centre que s’il lui apparaît que celui-ci a mal appliqué son règlement”.

Assim ocorre porque “O impedimento do juiz, que se funda em situações mais graves e de proximidade maior com a causa ou com os litigantes (...), conduz ao rigoroso dever de abster-se, dando-se por impedido, bem como à nulidade dos atos que haja praticado no processo”. E tal se dá, “pois *interest rei publicae* que o juiz atue com imparcialidade inerente à impessoalidade do exercício da jurisdição”, devendo “ser objeto de exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição”⁴². Com efeito, como já dissemos em sede doutrinária, “A imparcialidade do juiz é condição essencial para o exercício da jurisdição (...)”⁴³, daí porque, “No caso de impedimento do juiz, todo o processo é contaminado com a presumível falta de imparcialidade. A nulidade é total”⁴⁴. Vale dizer, “É irrelevante que o juiz, na prática, tenha atuado com imparcialidade; o simples fato de estar caracterizada hipótese de impedimento é suficiente para gerar a presunção absoluta da parcialidade do magistrado, impossível, portanto, de ser suprimida por qualquer espécie de prova”⁴⁵. Em suma, “(...) a ausência de independência e de imparcialidade ocasiona a nulidade da sentença arbitral e dos atos proferidos pelo árbitro impugnado”⁴⁶.

De forma semelhante, os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça dispõem a respeito da mera suspeição – cuja gravidade para o fim da arbitragem equipara-se à do impedimento (Lei 9.307/96, art. 14). Respectivamente, tais diplomas estatuem que, “Afirmada a suspeição pelo arguido, ou declarada pelo Tribunal, ter-se-ão por nulos os atos por ele praticados” (art. 285) e, “Reconhecida a procedência da suspeição, se haverá por nulo o que tiver sido processado perante o Ministro recusado, após o fato que ocasionou a suspeição. Caso contrário, o arguente será condenado ao pagamento das custas” (art. 279). Também no processo penal, a solução dada pela lei é

42. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 264

43. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 296. Entendendo a imparcialidade enquanto requisito de validade do processo, ver: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Recentes notas sobre o impedimento no direito processual civil brasileiro”, in *Revista de Processo*, vol. 174, ago./2009, p. 1 da versão eletrônica; CARVALHO, Fabiano. “Capítulo II - Dos Impedimentos e da Suspeição”, in TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (coord.). *Código de Processo Civil Anotado*, Associação dos Advogados de São Paulo e Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, São Paulo, 2015, p. 284 da versão eletrônica.

44. Cf. DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 518 da versão eletrônica.

45. Cf. BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, São Paulo, RT, 2010, p. 74. Em sentido semelhante, ver o nosso: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 301.

46. Cf. NERY, Ana Luiza; NERY JUNIOR, Nelson. “Notas sobre a configuração da nulidade de sentença arbitral por violação ao dever de revelação do árbitro em conflitos falimentares”, in MONTEIRO, Andre Luis; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo. *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas nas empresas em crise*, São Paulo, RT, 2022, p. 373.

idêntica. Conforme judiciosa doutrina disse, “Se a exceção for julgada procedente, todos os atos do processo (e não apenas os atos decisórios) serão nulos”⁴⁷.

Sendo indubitoso que a desatenção ao dever de revelação, a quebra da confiança e o comprometimento da imparcialidade do tribunal são fundamentos suficientes para se invalidar sentença arbitral, a questão que se apresenta consiste em saber se, diante da *renúncia* dos integrantes do tribunal, a invalidade dos atos praticados *poderia ficar superada*, de tal sorte que, no prosseguimento perante novo painel, seria aproveitável tudo o que se processou anteriormente. Por outras palavras: é preciso determinar se o egresso de todo o tribunal se daria com a preservação dos atos praticados, que dessa forma seriam convalidados. E, preservada eventual convicção diversa, a resposta é *negativa*: pela natureza do vício que inquinou a condução de todo o processo, não há como aproveitar os atos praticados, cuja invalidade, portanto, precisa ser reconhecida, aplicando-se a *ratio* do disposto nos artigos 146, §§ 6º e 7º, e 281, ambos do CPC.

Com efeito, se um dos integrantes do tribunal estava impedido(a), desde o momento em que se configurou o impedimento, tudo o que se praticou foi consumado sob a égide da falta de imparcialidade – reiterando-se que a parcialidade de um afeta todo o tribunal. Não há solução adjudicada de conflitos sem terceiro imparcial e independente. Portanto, não há exercício legítimo de jurisdição – estatal ou privada – sem tal equidistância; a ponto de parte da doutrina sustentar que a ausência de imparcialidade, mais do que causa de invalidade de atos jurisdicionais, deveria ser erigida à condição de atos *inexistentes*⁴⁸. Portanto, é correto entender que o reconhecimento da ausência de imparcialidade retroage ao momento em que caracterizado o vício. Pensar diferentemente seria aceitar que atos processuais válidos pudessem ser praticados por tribunais legalmente tidos como parciais; o que seria inviável. Isso, de certa forma, é reforçado pela quebra da confiança: se, em dado momento do processo, constatarem-se elementos objetivos que infirmam a confiança razoavelmente nutrida pelas partes, então não há como desvincular os atos praticados, de um lado, da perda daquele atributo essencial, de outro.

Em situação como essa, sendo incontroversos ou provados documentalmente os fatos, o caráter *prima facie* do vício se confirma a partir da aplicabilidade da restrição prevista pelos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil, como determina a Lei 9.307/96, em seu art. 14. Nesse contexto, a abertura para (excepcional) controle prévio evitará consequências jurídicas e práticas desproporcionais: se, diante da certeza dos fatos e da incidência das regras do Código de Processo Civil, for possível afirmar que a

47. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Processo penal*, 8ª ed. em *e-book* baseada na 10ª ed. impressa, São Paulo, RT, 2022, p. RB-8.12.

48. Em sede doutrinária, já tivemos oportunidade de discutir a questão; embora concordemos tratar de vício gravíssimo, isso não implica ser o ato inexistente, pois, ainda assim, é produtor de efeitos (cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 296-297). Sobre o tema, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*, São Paulo, Bushatsky, 1974, p. 162; LOBO DA COSTA, Moacyr. *A revogação da sentença*, São Paulo, Ícone, 1995, pp. 151 e ss. No processo penal, reconhecendo a inexistência, ver: NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 926.

investidura do tribunal era inviável; se, de antemão já é possível saber que os atos praticados estão irremediavelmente maculados; se a própria Constituição Federal garante a inafastabilidade do controle jurisdicional (inciso XXXV); e se, desde logo é possível saber que eventual futura decisão a ser proferida pelo novo tribunal a ser instalado, porque oriunda de atos decisórios praticados anteriormente por quem não poderia ser árbitro, será simplesmente inválida e inexecutável (CPC, artigos 146, §§ 6º e 7º, e 281), não há sentido em se permitir sejam aproveitados os atos (com efetivo conteúdo decisório e aqueles a eles relacionados) reconhecidamente inválidos. Seria ilógico e fora de qualquer parâmetro razoável, submeter as partes aos pesados encargos de um processo que, desde logo, sabe-se inviável sem que os atos praticados sejam refeitos por quem regularmente puder funcionar no caso.

Aliás, mais do que isso, em situações como a aventada, é imperativo isolar o novo tribunal do material assim coligido: se a prova foi produzida de forma ilícita, porque sua as decisões que a admitiram e que a limitaram foram tomadas por tribunal impedido (que deixou de revelar fatos relevantes e que quebrou a confiança das partes), então vigora aqui a ideia de que o material ilícito precisa ser afastado do processo, sob pena de contaminação dos novos julgadores; que, de qualquer modo, com ampla (e verdadeira) liberdade, poderão determinar as providências instrutórias que entenderem adequadas. Por isso, nem mesmo se pode dizer que competiria aos novos árbitros, diante da análise do material já produzido, determinar o que poderia subsistir e o que demandaria refazimento ou complemento. Simplesmente não se pode considerar ou partir de elementos de prova colhidos (ou inadmitidos) por órgão impedido e fora do ambiente do devido processo legal.

Com efeito, “A consequência primeira (e mais irrefutável) do reconhecimento da ilicitude de uma prova consiste em sua (incontestável) exclusão dos autos do processo (...)”⁴⁹, para evitar que o juiz acabe “tomando contato com o conteúdo dos elementos probatórios ilicitamente obtidos”, uma vez que, “mesmo que não possa fundamentar a sua decisão em tais elementos, do ponto de vista psicológico é muito difícil ignorar ou anular mentalmente o seu efeito”. É que, “No processo e, principalmente, na atividade probatória, os fins são tão importantes quanto os meios”, de tal forma que “a livre valoração da prova deve ser entendida no contexto do material probatório validamente produzido”⁵⁰. Não por outra razão, se diz que “O juiz, que teve contato com a prova ilícita, está contaminado e não pode julgar ou atuar no feito como juiz das garantias. Não basta desentranhar a prova; deve-se ‘desentranhar’ o juiz! (...) Em muitos casos, a sentença deve ser anulada, ainda que sequer mencione a prova ilícita, pois não há nenhuma garantia de que a convicção foi formada (exclusivamente) a partir do material probatório válido. A garantia da jurisdição

49. Cf. GOMES, Luiz Flávio. “Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*)”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 809, mar./2003, pp. 2-5 da versão eletrônica.

50. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, 8ª ed. e-book baseada na 10ª ed. impressa, São Paulo, RT, 2022, p. RB-10.12, item 10.1.11.1.

vai muito além da mera presença de um juiz (natural, imparcial etc.): ela está relacionada com a qualidade da jurisdição”⁵¹.

Note-se que, assim como a outra situação que se propôs supra, não está em discussão o postulado competência-competência e, portanto, o óbice extraído do disposto no art. 8º da Lei 9.307/96 não incide. É que aí não estão em debate a validade e extensão da cláusula compromissória e, conseqüentemente, a competência dos árbitros. Com efeito, o problema é prejudicial ao prosseguimento da arbitragem, anterior e mais amplo, uma vez que diz com a invalidade dos atos praticados por quem estava impedido para o exercício da jurisdição. Portanto, não se aplicam ao caso nem a citada limitação legal, nem a jurisprudência que, corretamente, limita o controle estatal prévio de decisões arbitrais, confinando-o a situações excepcionais.

3.3. *Conflito de competência*

O tema do conflito de competência envolvendo órgão judicial e arbitral já renderia, por si só, reflexões adequadas a trabalho especialmente destinado a isso: trata-se, em última análise, de uma atenuação importante da aplicação da regra competência-competência à arbitragem, no confronto com a jurisdição estatal, justamente porque precipita o debate sobre quem deve exercer a jurisdição em dado caso concreto, por decisão do Judiciário. Como é sabido, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente reconhecido a viabilidade do mencionado incidente; o que se dá com base no art. 105, I, d, da Constituição Federal – segundo o qual cabe ao STJ processar e julgar originariamente os conflitos de competência “entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”. Entende-se que “Não se pode pretender que tal redação pressuponha que os órgãos judicantes referidos no Texto Magno pertençam necessariamente ao Poder Judiciário, seja porque lides como a exposta permaneceriam no vácuo ou sujeitas a jurisdição dupla e eventualmente conflitante, como supostamente aqui ocorre, seja porque o escopo da Lei de Arbitragem restaria esvaziado se os contratantes que aderissem a tal modalidade na solução das controvérsias resolvessem se utilizar do processo judicial”⁵². Mais do que isso, o cabimento e adequação do conflito a ser dirimido pelo STJ se dá com base na correta premissa – irrefutável sob a égide do sistema legal brasileiro – de que a arbitragem é meio de solução de conflitos que tem *natureza jurisdicional*⁵³ – o que, de resto, já havia sido amplamente assentado entre nós no âmbito doutrinário⁵⁴.

51. Cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2020, pp. 646-647.

52. Cf. STJ, 2ª Seção, CC n. 106.121/AL, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.6.2009, DJe 26.6.2009, d.m. Da mesma forma, veja-se STJ, 2ª Seção, CC n. 111.230/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 1.7.2010, DJe 2.8.2010, d.m.

53. Cf. STJ, 2ª Seção, CC n. 111.230/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8.5.2013, DJe 3.4.2014, m.v.

54. Cf. CARMONA, Carlos Alberto, em diversas ocasiões: “Arbitragem e Jurisdição”, in *Revista de Processo*, v. 58, abr.-jun./1990, São Paulo, RT, pp. 1-2 da versão eletrônica; CARMONA,

Ainda, entende-se que “outra não poderia ser a solução, mormente tendo em vista a dinâmica das relações econômicas e sociais internas e internacionais, que impõem uma mudança na cultura jurídica nacional, especialmente no sentido da aceitação das alterações quanto à exclusividade ou monopólio para o exercício da jurisdição – entendida como a aplicação do direito ao caso concreto – e, por conseguinte, a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária, a exemplo dos referidos arts. 18 e 31 da Lei 9.307/1996”⁵⁵. São reiterados e conhecidos os julgados a respeito⁵⁶. E, como bem se ponderou, “Se a própria Lei não admite que as atividades de julgamento do órgão do Estado e da Corte Arbitral se desenvolvam concomitantemente, não há porque retirar da parte o único remédio jurídico processual de que ela dispõe para evitar que isso aconteça”⁵⁷.

Em um dos julgamentos prolatados, para ilustrar, a admissão do conflito veio com o reforço de que “um dos juízos suscitados reconheceu a própria incompetência do outro, determinando a extinção do feito (do procedimento arbitral instaurado). É dizer, a definição da competência é o próprio objeto da tutela perseguida, o que evidencia, nesse contexto, a aptidão e a utilidade do presente incidente”⁵⁸.

É também possível que dois tribunais arbitrais expressamente avoquem para si o poder de julgar determinada pretensão, de tal sorte que a afirmação da competência de um tribunal, sem meias palavras, é a negação da competência do outro. Afinal, é reiterado o entendimento segundo o qual “(...) o conflito positivo de competência afigura-se caracterizado, não apenas quando dois ou mais Juízos, de esferas diversas, declaram-se simultaneamente competentes para julgar a mesma causa, mas também quando, sobre o mesmo objeto, duas ou mais autoridades judiciárias tecem deliberações excludentes entre si. Por consectário, tem-se por configurado o conflito positivo de competência, na medida

Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, pp. 268-269; CARMONA, Carlos Alberto. “Em torno do árbitro”, in *Revista de arbitragem e mediação*, n. 28, jan.-mar./2011, pp. 4-5 da versão eletrônica; DINAMARCO, Cândido Rangel. *O processo arbitral*, 2ª ed., Curitiba, EDC, 2022, pp. 46-48; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 49-50; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 62. Ver também no âmbito da arbitragem internacional: LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 76.

55. Cf. STJ, 2ª Seção, CC n. 111.230/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8.5.2013, DJe 3.4.2014, m.v. No mesmo sentido, STJ, 2ª Seção, CC n. 150.830/PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 10.10.2018, DJe 16.10.2018, v.u.

56. STJ, 2ª Seção, CC 157.099/RJ, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j.10.10.2018, DJe 30.10.2018, m.v.; STJ, 2ª Seção, AgInt nos ED no AgInt no CC n. 170.233/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 14.10.2020, DJe 19.10.2020, v.u.; STJ, 2ª Seção, CC n. 165.678/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.10.2020, DJe 12.11.2020, v.u.; STJ, 2ª Seção, CC n. 159.162/AM, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 9.12.2020, DJe 18.12.2020, v.u.

57. Cf. STJ, 2ª Seção, CC n. 122.439/RJ, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.9.2013, DJe 12.2.2014, m.v.

58. Cf. STJ, 2ª Seção, CC n. 146.939/PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23.11.2016, DJe 30.11.2016, v.u.

em que, sobre o mesmo objeto (no caso, a definição acerca da instauração da competência do Juízo arbitral), dois ou mais Juízos, de esferas distintas, tecem deliberações excludentes entre si, a considerar que, por lei, a questão deve ser precedentemente decidida por um deles (no caso, o Juízo arbitral)”⁵⁹⁻⁶⁰.

Nesse contexto, recentemente o STJ admitiu a possibilidade de dirimir conflito entre dois tribunais arbitrais. E, ressalvada a singularidade do caso (que envolvia debate sobre o confronto entre legitimação extraordinária de acionistas e ordinária da companhia, para demandar ressarcimento por prejuízos causados por administrador e/ou controlador), parece mesmo que aí reside mais uma hipótese em que o controle antecipado da validade dos atos da arbitragem – aqui sim mediante debate sobre competência – precisa ser feito.

É que, naquela hipótese (e em alguma outra que possa eventualmente surgir, a ser analisada com o devido cuidado), recorrer ao postulado competência-competência, sendo ele aplicável aos dois tribunais arbitrais, simplesmente não solucionaria a dúvida sobre qual deles teria a primazia na definição de sua própria competência, firmada a premissa de que ambos afirmaram suas próprias competências. Portanto, do que se poderia se cogitar seria de solução dada a partir do próprio sistema e, no caso, de decisão a ser proferida pela presidência da câmara arbitral se assim o regulamento aplicável determinasse. Contudo, naquele específico exemplo, tal se mostrou inviável.

Primeiro, sob a ótica lógica seria um contrassenso justificar a competência do referido órgão a pretexto da aplicação do postulado competência-competência. É que tal prerrogativa, por força de regra incorporada ao direito positivo, é dos árbitros (art. 8º, § único, da Lei 9.307/96) e não dos órgãos internos das Câmaras, que essencialmente desempenham atividade de natureza *administrativa*⁶¹ – ainda que, em alguns casos, com repercussão sobre a atividade jurisdicional (dado o caráter instrumental e acessório daquela). Essa última, contudo, está – não apenas pela lei, mas pela vontade das partes – a cargo exclusivo dos

59. Cf. STJ, 2ª Seção, CC n. 146.939/PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23.11.2016, DJe 30.11.2016, v.u. No mesmo sentido: STJ, 2ª Seção, CC n. 153.641/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.12.2017, DJe 19.12.2017, v.u.; STJ, 2ª Seção, CC 157.099/RJ, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2018, DJe 30.10.2018, m.v.

60. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, pp. 631-632.

61. Como já esclareceu a doutrina, a instituição arbitral tem o principal fim de organizar o procedimento, “sendo a sua atuação de caráter administrativo-organizacional, sem qualquer elemento de jurisdicionalidade” (NUNES, Thiago Marinho; SILVA, Eduardo Silva da; GUERRERO, Luis Fernando. “O Brasil como sede de arbitragens internacionais”, in *Revista de Arbitragem*, n. 34, 2012, p. 138). Nesse mesmo sentido, ver também: CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2017, pp. 148-149; FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 129; NÓBREGA, Theresa C. Albuquerque; MAIA, Alberto Jonathas. “Arbitragem Institucional e Compliance: compreendendo o papel desenvolvido pelas instituições arbitrais”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 1031, ano 110, set./2021, p. 3 da versão *on-line*; e SILVA, Eduardo Silva da. “Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade”, in *Doutrinas Essenciais – Arbitragem e Mediação*, v. 1, set./2014, pp. 10-11 da versão da RT *online*.

árbitros. Então, se a regra competência-competência se traduz na prerrogativa de um dado órgão avaliar e afirmar sua *própria* competência, seria ilógico invocar tal postulado para justificar que um órgão avaliasse e afirmasse a competência de *outrem*, para decidir por um deles – ressalte-se: salvo se estipulado diversamente pelas partes ou pelo regulamento aplicável. Por outras palavras, *competência-competência é uma regra de autodeterminação de poder, e não de determinação do poder de outrem*.

Segundo, decisão acerca de competência jurisdicional – judicial ou arbitral – não pode, também sob pena de ilogismo, ser qualificada como meramente administrativa. É que afirmar a competência de um órgão é afirmar a incompetência de outro e, portanto, negar jurisdição a um deles. Ora, uma decisão cujo objeto seja definir a atribuição e os limites do poder jurisdicional, por definição, só poderia ser entendida como jurisdicional. Aliás, isso é coerente com a ideia de que regras que disciplinam competência (coisa diversa de organização judiciária) só podem ser qualificadas como autênticas regras *processuais*⁶²; e, portanto, sua interpretação e aplicação jamais poderia se dar como se elas regulassem uma atividade meramente administrativa, que pudesse eventualmente ficar a cargo da presidência da câmara – sem que isso represente qualquer desdouro para referido órgão.

A esse propósito, ninguém duvidará de que as diferenças entre presidência de um tribunal judicial e uma câmara arbitral são cabais. O dado é irrefutável e evidente, mas convém enfatizar para que não se ceda à eventual tentação de alguma suposta analogia entre os dois mencionados órgãos – analogia que poderia respaldar argumentação de que, então, a presidência da câmara ou órgão equivalente poderia ter funções análogas à da presidência de uma Corte estatal. Nesse último âmbito, mesmo se e quando a presidência intervém preliminarmente na distribuição de feitos entre julgadores/órgãos da Corte (o que simplesmente não encontra paralelo em câmaras arbitrais), tal atividade – que até poderia ser qualificada como administrativa – nunca afasta a apreciação da competência pelos órgãos no exercício da função propriamente jurisdicional. E, se e quando dois órgãos no exercício da função jurisdicional se afirmam competentes, aí um terceiro órgão tem que intervir e seu julgamento, com certeza, será jurisdicional.

Alternativa seria simplesmente supor que, por cega obediência ao postulado retromencionado, as duas (ou mais) arbitragens deveriam prosseguir e, no futuro, seria o caso de se avaliar as consequências de se ter tolerado a simultaneidade de processos sobre um idêntico objeto. Contudo, seria uma postura cega e, com o devido respeito, irracional, para não

62. Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Derecho Procesal Civil*, t. I, trad. esp. da 3ª ed. italiana por José Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1922, p. 601; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direitos processual*, v. 1, 3ª ed., trad. port. por Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 81-83; HEISKANEN, Veijo Aulis. “Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration”, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, v. 29, n. 1, 2014, p. 243; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 596; SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. “A sentença sobre a competência arbitral: natureza e regime de controle de anulação”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XVI, issue 63, set./2019, p. 2.

dizer inconsequente: em nome da absoluta prevalência da regra competência-competência, ignorar-se-iam o manifesto conflito existente e as graves consequências daí decorrentes⁶³.

Não se desconhece, por certo, que as recomendações constantes das diretrizes estabelecidas pela *International Law Association* sugerem, diante da perspectiva de arbitragens paralelas, solução fundada na regra competência-competência. Dessa forma, recomenda-se que “Um tribunal arbitral que se considere competente *prima facie* de acordo com a convenção de arbitragem relevante deve, de acordo com o princípio da competência-competência, prosseguir com a arbitragem (‘Arbitragem Atual’) e determinar sua própria jurisdição, independentemente de qualquer outro processos pendentes perante um tribunal nacional ou outro tribunal arbitral em que as partes e uma ou mais das questões são as mesmas ou substancialmente as mesmas que as perante o tribunal arbitral na Arbitragem Atual (‘Processos Paralelos’). Tendo determinado que tem jurisdição, o tribunal arbitral deve prosseguir com a arbitragem, sujeito a qualquer pedido de anulação bem-sucedido”⁶⁴.

Contudo, também é certo que, segundo aquelas mesmas recomendações, “Quando o Processo Paralelo estiver pendente perante um tribunal da jurisdição da sede da arbitragem, ao decidir se deve prosseguir com a Arbitragem Atual, o tribunal arbitral deve estar atento à lei dessa jurisdição, especialmente no que diz respeito à possibilidade de anulação da sentença em caso de conflito entre a sentença e a decisão do tribunal”⁶⁵. Contudo, para ficar no exame de um dos casos que se mencionou supra, se o debate sobre competência envolve duas demandas que têm essencialmente o mesmo objeto, com a diferença de que uma foi ajuizada por substitutos processuais (acionistas) e outra pela própria substituída e titular do direito à indenização (sociedade), a eventual concomitância pura e simples das arbitragens pode levar não apenas a grave contradição de coisas julgadas (em que, por absurdo, haveria decisões diversas para substituto e substituída) e relevantes problemas na execução do que se decidir, mas, antes disso, a simultaneidade pode ensejar julgamento fora da convenção de arbitragem – afinal, a parte no processo arbitral não seria um dos sujeitos integrantes do referido negócio jurídico (a sociedade) – e violação ao devido processo legal – quer pela impossibilidade de nomeação de árbitro, quer pelo prejuízo ao exercício do efetivo contraditório, por ficar a titular do direito privada de seu pleno exercício (inclusive lhe sendo vedada a possibilidade de deduzir pretensão), diante da usurpação pelos substitutos. Forçoso reconhecer que são todas consequências relevantes⁶⁶.

63. Por isso já se disse em contexto semelhante que “Melhor (...) que se defina a posição das cortes estatais logo de início, do que permitir sejam prolatadas duas decisões eventualmente conflitantes” (DEL NERO, Giovanna Fillipi. *Arbitragem e litispendência*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 159).

64. Recomendação 1 das Recomendações da International Law Association (ILA) sobre Litispendência e Arbitragem (tradução livre).

65. Recomendação 3 das Recomendações da International Law Association (ILA) sobre Litispendência e Arbitragem (tradução livre).

66. Comentando as Recomendações da ILA, a doutrina internacional deixa claro que não se pode simplesmente, em mera deferência, determinar a competência de um primeiro tribunal arbitral, sem que antes se leve em considerações questões relevantíssimas como: (a) “the arbitral tribunal in the earlier parallel proceedings has jurisdiction to resolve the issues in question” e (b) “there will be no material prejudice to the party opposing the request because

4. Conclusão

Ao término deste trabalho de limitadas dimensões, reputa-se demonstrada a hipótese inicialmente referida, segundo a qual, conquanto em hipóteses limitadas, pode e deve haver controle judicial prévio sobre a validade dos atos praticados em processo arbitral. Longe de isso ser visto como um ataque à arbitragem, tal postura pode e deve ser vista como mais uma técnica a serviço da boa convivência entre jurisdição estatal e arbitral e, especialmente, o mecanismo – a ser empregado com grande comedimento e cautela – há de ter em mira o reforço da segurança jurídica, justamente por evitar o desenrolar de processos sabidamente inviáveis.

of (i) an inadequacy of relief available in the parallel proceedings; (ii) a lack of due process in the parallel proceedings; (iii) a risk of annulment or nonrecognition or nonenforcement of an award that has been or may be rendered in the parallel proceedings; or (iv) some other compelling reason” (cf. KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu; Conflict Management Institute (COMI). *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2^a ed., Nova York, Oxford University Press, 2010, pp. 93-94).

15.

ATIVISMO JUDICIAL NA ARBITRAGEM

GEORGES ABBOUD¹

ANTONIO GAVAZZONI²

1. Uma entrada no “dicionário de lugares-comuns” do direito brasileiro

Uma forma inadequada e assentada em lugares comuns é difundir a noção equivocada de que a Arbitragem *teria o seu próprio direito*, no sentido de uma noção trespida de *autopoiesis arbitral*. Levada às últimas consequências, essa noção se transforma, assim como todos os clichês, em algo suspeito e intolerável: a aderência dos Tribunais Arbitrais aos nossos *cânones democráticos de constitucionalidade*, inclusive precedentes constitucionais e ordem pública, seria, na melhor das hipóteses, uma simples opção e, na pior, um mero detalhe.

Ocorre que, para nós, por mais que a Arbitragem seja vista, na pena de alguns teóricos, como um *direito paralelo ao direito*, o qual permitiria a aplicação, no Brasil, de quaisquer outros “direitos” do mundo, ela não está *divorciada* e não é *independente* do nosso direito, positivo e nacional, e se submete, portanto, à Constituição Federal e toda ordem pública decorrente dela. Pensar dessa forma equivaleria a desacoplar a arbitragem de sua referência ao direito nacional, o que significa, paradoxalmente, negar o seu próprio fundamento normativo de validade. Dito de outra forma: se o direito nacional pode ser ignorado, então a Lei de Arbitragem também pode? As partes podem criar recursos atípicos, ou instituir Tribunais Arbitrais de segunda instância?

Obviamente, somos teóricos entusiastas dos benefícios que a arbitragem provoca em um sistema judicial. Por essa razão, nosso intuito teórico é impedir que a autonomia da arbitragem seja transformada em uma *caricatura de isolamento*, como se pudesse haver uma atividade jurisdicional alheia ou não sujeita à ordem constitucional brasileira. Impedir a *caricatura* e o desprestígio da arbitragem é condição necessária para seu fortalecimento e expansão. A atividade jurisdicional, estatal ou privada, é um *poder*, e poder sem *accountability* não se sustenta em uma democracia constitucional.

1. Advogado, consultor jurídico, livre-docente pela PUC-SP, professor da PUC-SP e do IDP e sócio do Warde Advogados.

2. Advogado, Mestre e Doutor pela UFSC e doutorando pelo IPD.

Com isso em mente, trataremos, neste artigo, desde uma perspectiva *marcadamente constitucional*³, permitindo que abordemos a questão do ativismo a partir de duas perspectivas. A primeira, de cariz objetivo, expondo a utilização recorrente da Arbitragem para a consecução de fins ilícitos ou inconstitucionais, ou seja, fins *ativistas*. A segunda, de natureza subjetiva, caracterizada pela falha no dever de revelação que impõe ao árbitro um agir parcial, e todo ativismo judicial tem em seu nascedouro uma quebra da imparcialidade.

Mas, antes de tudo, é preciso definirmos o que é ativismo judicial.

1.1. Definição de ativismo judicial

“*Ativismo judicial*”. No mundo jurídico brasileiro, poucas palavras têm sido alvo de tanta confusão quanto essas duas. A expressão circula na imprensa, nas mesas de reunião e salas de jantar, nos bares, nos discursos políticos e nas redes sociais, sem que ninguém saiba precisamente o que ela significa, atribuindo à expressão tão somente o que é conveniente ao discurso. Desde uma perspectiva hermenêutica, a degeneração do ativismo judicial é a imputação de sentidos antes de compreendermos as palavras.

A consequência dessa poluição semântica⁴ é tão simples quanto tenebrosa: a formação de uma visão distorcida sobre o fenômeno que o conceito de “ativismo judicial” busca designar, ainda que em uma apreensão falha e provisória, quando transposta aqui para o Brasil, como veremos.

Não há nada de novo nesse tipo de conflito intelectual, nem nos vícios e inutilidades por ele gerados. Nos EUA, as polêmicas acerca do termo também se desenvolvem, até hoje, a partir de um forte embate ideológico entre Democratas e Republicanos. Para não cairmos na tentação de importar, *acriticamente*, modelos de pensamento estrangeiro, duas providências se impõem, como condições mínimas de validade.

A *primeira* a ser tomada é o domínio do *status quaestionis*, para o qual nos bastaria voltar à literatura norte-americana e canadense sobre o tema. Já a *segunda* é esclarecer como essa construção teórica deve ser compreendida e mobilizada na ordem constitucional brasileira, no que diz respeito à Arbitragem.

Kermit Roosevelt enfatiza que a expressão “ativismo judicial” (*judicial activism*) tem raízes no jargão político, na retórica dos palanques. Nesse contexto, ela era empregada para acusar o hábito, percebido em alguns juízes ou ministros, de decidir os casos conforme suas preferências políticas privadas, em detrimento do dever de buscar a resposta juridicamente mais adequada.⁵

3. Rafael Valim e Walfrido Warde. *Abutres, Ingênuos e a Ameaça da Destruição da Grande Companhia*, Editora Contracorrente, 2021; Georges Abboud. Precisamos rejeitar arbitragens supremas, in: *Consultor Jurídico*, 1.2.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-01/georges-abboud-precisamos-rejeitar-arbitragens-supremas>.

4. Wolfgang Stegmüller. *A filosofia contemporânea*. São Paulo: EPU, 1977, v. 1 e 2, *passim*.

5. Kermit Roosevelt. Judicial Activism is not a useful concept. In: Noah Berlatsky. *Judicial Activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2017, p. 57.

Do ponto de vista da teoria do direito, essa formulação é inútil, porque dificilmente alguém decidirá de forma contrária à lei, justificando-se dessa forma. O que ocorre, a rigor, é troca do direito por uma ideologia política, de forma escamoteada. Não faz sentido, portanto, se adotarmos a expressão no sentido criticado pelo Professor K. Roosevelt, indagar acerca da ilegalidade ou da inconstitucionalidade de tais decisões. A crítica – se é que é possível fazê-la juridicamente – vê-se limitada a denunciar, com ares indignados, esta ou aquela “empatia a determinados anseios sociais”.⁶

Para os teóricos mais rigorosos, que desejam “salvar” o conceito de ativismo judicial da inutilidade, ele é, antes de tudo, como bem notou Doug Bandow, *uma questão relativa aos limites da interpretação das leis e da Constituição*.⁷ Conforme já anotou um dos coautores em obra dedicada ao assunto, “o ativismo judicial designa uma atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade vigente (...) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade”.⁸

Detenhamo-nos sobre esse ponto. Segundo Mark Tushnet, o controle de constitucionalidade gera um problema para o constitucionalismo: *para impor limites ao poder governamental, o controle judicial é exercido em detrimento do autogoverno do povo sobre os seus próprios atos*.⁹

2. A submissão dos árbitros à Constituição Federal como ponto de partida

O árbitro – juiz de fato e de Direito para o procedimento – encontra-se igualmente debaixo da jurisdição constitucional; a importância disso, esperamos, foi evidenciada no item precedente. Na realidade, qualquer assertiva no sentido de desvincular o árbitro da ordem constitucional atenta contra a própria dignidade da arbitragem, dado que impediria a defesa de sua natureza jurisdicional. Como se faria a defesa de uma atividade jurisdicional que não prestasse contas à Constituição? Se mesmo o mais mezinheiro ato do poder público pode ser contestado, via ADPF, no STF, não nos parece existir razão para imunizar a arbitragem do controle constitucional que significa, antes de tudo, controle à luz das decisões políticas fundamentais de um Estado.

Aliás, o STF, em recentíssimo julgado (ADPF 967), de forma acertada, cassou o indulto presidencial porque contrário aos preceitos constitucionais. Em uma democracia constitucional, em que prerrogativas do Presidente da República estão sob sujeição à ordem constitucional, qual o argumento teórico-jurídico que justificaria a exclusão da arbitragem dessa sujeição constitucional?

6. Kermit Roosevelt. *Judicial Activism is not a useful concept...*, cit., p. 57.

7. Doug Bandow. *The public opposes judicial activism because it does not understand the issue*. In: Noah Berlatsky. *Judicial Activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2017, p. 144-145.

8. Georges Abboud, *Ativismo Judicial: Os Perigos de se Transformar o STF em Inimigo Ficcional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 23-25.

9. Mark Tushnet. *Constitutionalism y judicial review*. Lima: Palestra, 2013, p. 72-73.

Daí nossa afirmação de que defender o *isolamento* arbitral é deslegitimar a arbitragem de forma a caricaturizá-la, imunizando-a de uma das mais prementes atuações do direito contemporâneo, que é a de garantir, estimular e organizar espaços de auto-organização.¹⁰

A autonomia (equivocadamente compreendida como isolamento) arbitral é, diante disso, sempre *relativa*, porque a ordem normativa maior emana da Constituição Federal, por conseguinte, de sua jurisdição constitucional. Nessa perspectiva, pode-se dizer que a arbitragem, desenvolvida nos moldes do direito brasileiro, é sempre vinculada aos provimentos judiciais vinculantes fixados pelo STF.¹¹

Com Peter B. Rutledge, afirmamos que, à semelhança do art. 3º da Constituição norte-americana – que impede a exclusão total *a priori* da revisão judicial –, o art. 5º, XXXV, da nossa Constituição Federal prevê um direito *individual*, mas não propriamente um direito *pessoal* no sentido de que possa ser afastado pela convenção de arbitragem.¹² Vale dizer, os procedimentos arbitrais sempre permanecem de algum modo vinculados à Constituição e às Cortes Constitucionais.

Em abordagem detida do problema da aplicação dos “precedentes vinculantes” na convenção de arbitragem, vale considerarmos, desde logo, as relevantes considerações feitas por Marcelo Bellocchi que nos serão úteis para introduzir algumas das questões que desenvolveremos na sequência.

Na abordagem que faz do assunto, M. Bellocchi considera três cenários de contratação da convenção arbitral: (i) as partes convencionam genericamente a aplicação da legislação brasileira, sem nada dizer a respeito dos “precedentes” vinculantes; (ii) as partes expressamente acordam pela *aplicabilidade* dos precedentes; e (iii) as partes expressamente a *excluem*.¹³

O estudo de Bellocchi concentra-se na primeira hipótese – em que defende a aplicação compulsória dos provimentos judiciais vinculantes quando a contratação ocorrer de forma genérica – porquanto nas demais hipóteses “não deixam espaço para dúvidas, uma vez que as partes foram expressas quanto aos limites dos poderes concedidos aos árbitros”.¹⁴

Sua defesa dessa aplicação compulsória baseia-se, essencialmente, em dois pontos: (a) *universalidade do direito e segurança jurídica* – alcançáveis pela *previsibilidade* das decisões e pelo princípio da *isonomia* – uma vez que “(...) todos os elementos que compõe

10. Cf. Georges Abboud. *Direito Constitucional Pós-Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, Parte III; Georges Abboud, Ricardo Campos, Gunther Teubner, Karl-Heinz Ladeur, Andreas Vosskuhle. *Constitucionalismo Global*, São Paulo: Contracorrente, 2022; Ricardo Campos. *Metamorfoses do Direito Global: Sobre a Interação entre Direito, Tempo e Tecnologia*, São Paulo: Contracorrente, 2022; Matthäus Kroschinsky. “Gunther Teubner e a ‘nova questão constitucional’”. In: *Consultor Jurídico*, 30.1.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-30/matthaus-kroschinsky-teubner-questao-constitucional>.

11. Georges Abboud. Precisamos rejeitar arbitragens supremas, cit.

12. Peter B. Rutledge. *Arbitration and the Constitution*, Cambridge University Press, 2012, Parte I, Cap. 1.

13. Márcio Bellocchi. *Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem*, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 163.

14. Márcio Bellocchi. *Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem*, cit., p. 164, grifos do original.

nosso ordenamento jurídico, ou seja, a pauta de conduta a que os indivíduos se submetem, devem servir de base para o julgamento a ser proferido no processo arbitral”; e (b) por um argumento lógico de que, “se a convenção de arbitragem prevê a aplicabilidade da lei brasileira e esta é expressa no sentido do caráter vinculante do precedente a casos futuros, com a mesma essência jurídica, não há de se afastar a sua aplicabilidade na arbitragem (...)”.¹⁵

É necessário esclarecer que o jurista utiliza a ideia de *precedentes* em sentido estrito, ou seja, considera-os tão somente aqueles provimentos vinculantes derivados de decisões proferidas pela jurisdição estatal (IRDR, IAC, Repercussão Geral e repetitivos, basicamente). Ao fazê-lo, exclui, portanto, as Súmulas Vinculantes (art. 103-A, CF), demais enunciados sumulares (art. 927, IV, CPC) e orientação do plenário ou órgão especial do respectivo Tribunal (art. 927, V, CPC).

Mais especificamente, Bellocchi entende como *obrigatórios* os provimentos enunciados pelo art. 927, III, do CPC, já que são esses a ensejar o ajuizamento de reclamação constitucional.¹⁶

Podemos agora organizar nossa visão acerca do item. Em primeiro lugar, divergimos de que apenas as contratações *genéricas* ensejariam aplicação obrigatória dos provimentos vinculantes. Considerar admissíveis as hipóteses (ii) e (iii) supra seria o mesmo que interpretar os provimentos vinculantes – e, especialmente os que mais nos interessam, os de cariz constitucional – objetos meramente disponíveis de um contrato. Vale dizer, não consideramos crível que a arbitragem possa aceitar, e.g., uma prova ou mecanismo de obtenção de prova que tenha sido considerado inconstitucional (ilícito) pelo STF.

Aliás, isso parece contradizer a ressalva lógica [(b), supra] que faz. Afinal, se o direito não se interpreta/aplica em tiras, não teria sentido conceder às partes da convenção arbitral tamanho espaço para que possam “escolher” o *que* da lei brasileira se aplica ou não. Em especial, a dimensão constitucional da legislação brasileira. Vistas as coisas dessa forma, chegar-se-ia à conclusão tautológica de que a própria Lei da Arbitragem poderia ser afastada, no todo ou em parte, até mesmo naquilo que diz respeito à possibilidade de ajuizamento de Ação Anulatória (art. 33, Lei 9.307/1996), em franca violação do acesso à justiça garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV, CF). Mais precisamente, o recorte normativo que a arbitragem possibilita às partes, não se estende à ordem pública constitucional, sob pena de admitirmos atividade jurisdicional *contra constitutionem*.

O argumento segundo o qual a pactuação *genérica* pela aplicação da lei brasileira ensejaria a utilização compulsória dos provimentos porque a própria lei assim o determina leva-nos a um ponto central nesse artigo: ao escolher o direito brasileiro, o jurisdicionado faz a opção por uma legislação sujeita integralmente aos ditames da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o que significa submeter a arbitragem ao controle de sua constitucionalidade, bem como à guarda da Constituição pelo STF (art. 102, *caput*, CF).

Considerar constitucional a ressalva expressa de que provimentos vinculantes *não serão aplicados* importa em colocar a convenção arbitral acima da própria Constituição,

15. Márcio Bellocchi. *Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem*, cit., p. 164-167.

16. Márcio Bellocchi. *Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem*, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 64-66, 164.

já que permite ao árbitro chegar a uma palavra final a respeito das normas constitucionais que seja diversa daquela dada pelo Supremo Tribunal Federal, gerando um risco sistêmico de que nos ocuparemos no item 4.

Faz-se necessário ressaltar que nosso ponto aqui não é tanto analisar a aplicabilidade dos provimentos judiciais vinculantes plasmados em sede de IRDR, IAC ou REsp/RE repetitivos, mas, antes, aqueles de natureza eminentemente constitucional, tais como as Súmulas Vinculantes, a repercussão geral fixada em recursos extraordinários.

Tendo em vista o descompasso da prática arbitram em face do sistema processual brasileiro, é necessário pensarmos formas de operacionalizar a filtragem constitucional por nós proposta.¹⁷

Nossa concepção é a de que o controle feito pela jurisdição constitucional recaia sobre dois objetos: a) o *produto decisório* — os árbitros são materialmente vinculados aos provimentos judiciais vinculantes exarados pelo STF; e b) a *arbitrabilidade*, objetiva ou subjetiva, da matéria.¹⁸ Se, portanto, eventual decisão arbitral contrariar, em qualquer desses objetos, algum provimento judicial vinculante exarado pelo STF, a via adequada de controle é a da reclamação constitucional, não excluindo, por óbvio, a ação anulatória arbitral. São duas vias processuais distintas que podem simultaneamente atingir o mesmo desiderato: anulação da decisão arbitral. O foco do presente artigo é demonstrar a viabilidade do manejo da reclamação nesta hipótese.

Assim, entendemos que o STF pode agir, pela via da reclamação constitucional — que é a via processual adequada para preservação da competência e autoridade das decisões do tribunal (CF 102, I, “I”, e 103-A, § 3º) — quando, por exemplo, o tribunal arbitral se recusar a aplicar determinada súmula vinculante — às quais até a Administração Pública está vinculada — que determinaria outro resultado ao procedimento.

Exemplo ilustrativo nesse sentido, por exemplo, seria a violação à Súmula Vinculante nº 10a ocorrer quando a arbitrabilidade do tema for inconstitucional por contrariar Direito positivo brasileiro.¹⁹ Ou ainda, quando os árbitros deliberadamente deixarem de aplicar

17. “Apesar das diferenças entre os regimes jurídicos da ação civil pública e da arbitragem, certo é que ambas, quando manejadas para afligir as grandes companhias nos termos já descritos, padecem de igual inconstitucionalidade. A arbitragem, embora constitua um meio alternativo de solução de controvérsias, ostenta *natureza jurisdicional* (é prestação jurisdicional privada, contratada pelas partes do litígio) e, nessa medida, submete-se aos princípios e garantias processuais inscritos na Constituição Federal, porque a ordem jurídica total, i.e., as normas postas de ordem pública, autorizaram a sua existência, observadas dadas condições, para os fins de dirimir conflitos. E autorizam precisamente porque também a arbitragem, como método de solução de controvérsias que pressupõe um provimento jurisdicional, submete-se à ordem constitucional instituída.” Rafael Valim e Walfrido Warde. *Abutres, Ingênuos e a Ameaça da Destruição da Grande Companhia*, cit., p. 83, g.n.

18. Georges Abboud, *Precisamos rejeitar arbitragens supremas*, cit. No texto referido, o coautor fez a ressalva de que seu posicionamento é uma superação da posição até então externada em seu “Processo Constitucional Brasileiro” (5ª edição, 2021).

19. Rafael Valim e Walfrido Warde. *Abutres, Ingênuos e a Ameaça da Destruição da Grande Companhia*, cit., *passim*.

direito positivo, convencionado pelas partes, sem expressamente mencionarem as razões para uma “desaplicação” (*judicial review*) no caso concreto.

Outra hipótese é a utilização da arbitragem – ou de ação civil pública (regida pela Lei 7.913/1989) – com o intuito de se obter indenização para o acionista por dano que a própria companhia sofreu por conta de um administrador faltoso ou de um controlador abusivo. Isso equivale a submeter a vítima à pena do agressor.²⁰

Vejamos que o acionista poderia pretender ajuizar contra a companhia ação indenizatória por danos diretos pela via da jurisdição estatal.²¹ Lá, tal como em uma ação civil pública, o juiz estatal ver-se-ia inexoravelmente “limitado” pela jurisdição constitucional, seja pela via recursal ou da reclamação, devendo, portanto, submeter-se *formal e materialmente* à interpretação da Constituição dada pelo STF.

Por qual razão as arbitragens não deveriam seguir a mesma lógica? Conforme anotou Márcio Bellocchi, uma das finalidades da arbitragem é servir de opção paralela de jurisdição ao indivíduo, “mas que não consiste em uma jurisdição mais ou menos vantajosa, em termos de resultado”.²²

Essa circunstância quanto ao *objeto* do controle torna-se especialmente grave, no contexto empresarial, quando se considera que a possibilidade de se obter – via arbitragem – um pronunciamento fadado ao insucesso se submetido à jurisdição estatal pode ver-se ampliada em grandes arbitragens coletivas, mudando o *locus* da “indústria das *class actions*” do Judiciário estatal para as arbitragens.²³

Nesse ponto, é evidente que o controle arbitral via reclamação serve para assegurar *accountability* constitucional da arbitragem. Trata-se de preservação da higidez do sistema arbitral e não uma tentativa de restringir ou diminuir sua aplicação.

Outrossim, o manejo de reclamação nessas hipóteses – já que a utilização indevida de arbitragens, especialmente na busca de indenizações ilícitas é inconstitucional por violar a ordem econômica desenhada pela Constituição – pode ser, em nossa visão, *preventiva*.

Isso porque o prejudicado não deve ser obrigado a aguardar a instauração e eventual desfecho desfavorável do procedimento arbitral para poder recorrer à jurisdição constitucional. Para nos atermos ao exemplo supra: a companhia não deve ser obrigada a guardar o desfecho de uma arbitragem em que se busque sua condenação por atos em que seria a própria vítima. Vale dizer, para qualquer pedido jurídico que o STF tenha declarado ser inconstitucional em nosso sistema, sua tentativa em arbitragem poderia permitir sua casação de forma preventiva.

20. Rafael Valim e Walfrido Warde. *Abutres, Ingênuos e a Ameaça da Destruição da Grande Companhia*, cit., p. 70.

21. Rafael Valim e Walfrido Warde. *Abutres, Ingênuos e a Ameaça da Destruição da Grande Companhia*, cit., p. 70-71.

22. Márcio Bellocchi. *Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem*, cit., p. 164-165. Cf. também p. 167-175.

23. Rafael Valim e Walfrido Warde. *Abutres, Ingênuos e a Ameaça da Destruição da Grande Companhia*, cit., p. 97 e ss.

O jurisdicionado, sabendo-se ameaçado de ver contra si instaurado procedimento arbitral com objeto ilícito ou inconstitucional deve poder ajuizar uma *reclamação preventiva*²⁴ por meio da qual o STF possa determinar o trancamento do procedimento ou a realização, pelo tribunal arbitral, de controle de constitucionalidade, certo de que o resultado deste poderá ser objeto de nova reclamação, caso venha a contrariar provimentos judiciais vinculantes do STF.

Outra possibilidade de filtragem constitucional da arbitragem é a utilização da ADPF para impugnação de provimentos arbitrais inconstitucionais. Muito embora a legitimidade ativa para a propositura de ações constitucionais seja restrita (art. 103, CF), isso não significa que o Requerente da arbitragem em que foi proferido o ato objeto da ADPF não possa ingressar no feito como interessado e, nessa qualidade, defender seus interesses e lançar seus próprios argumentos.

Além disso, os instrumentos constitucionais (especialmente a reclamação e a ADPF) servem também de filtro à arbitrabilidade dos *sujeitos* da arbitragem, impedindo, assim, que sejam instaurados procedimentos em que figurem partes ilegítimas ou ilegitimamente representadas.

Nessa toada, a jurisdição constitucional serviria de complemento regulatório que permitiria à arbitragem ampliar os sujeitos e matérias arbitráveis, incluindo, com mais liberdade, sujeitos da Administração Pública para a discussão de questões tributárias e administrativas, por exemplo.

A nossa proposta de admitir, em determinados casos, o manejo da reclamação e da ADPF no controle da arbitragem, instituiria uma forma de autorregulação regulada do sistema arbitral de modo a manter sua coerência e integridade à Constituição. Ou, por outra, o Judiciário serviria de garantidor do espaço dentro do qual a arbitragem pode se auto-organizar da forma que melhor lhe convir, observados os preceitos republicanos maiores da Constituição.

3. Alguns exemplos: quebra de imparcialidade dos árbitros na jurisprudência do STJ e do TJSP

Em uma amostra recente, extraída do banco de dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”), revela-se uma das facetas do fenômeno de que trata o presente artigo. Estamos falando da violação do dever de revelação dos árbitros, em processos arbitrais. Nossa concepção de ativismo judicial, obviamente, inclui qualquer falta de *accountability* por parte daquele que irá exercer a atividade jurisdicional, a irregularidade no dever de revelação é um exemplo paradigmático, posto que contraria o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) que inclui, por óbvio, a dimensão da imparcialidade.

Aqui nos parece evidente como nossa proposta é de fortalecimento da arbitragem. Afinal, poder-se-ia ter a garantia de que o Judiciário serviria de uma espécie de garantidor da imparcialidade dos juízes, e não de que eventuais descumprimentos do dever de revelação

24. Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, nº 4.11.7.5.3, pp. 1.054 e ss.; Georges Abboud, *Precisamos rejeitar arbitragens supremas*, cit.

por parte dos árbitros serão simplesmente ignorados. Com a presença regulatória do Judiciário, a Arbitragem torna-se mais confiável e, logo, mais atraente.

Exemplo recentíssimo da importância e do status constitucional do tema é o ajuizamento da ADPF 1.050 na qual se pede a fixação, pelo STF, de critérios ao exercício do dever de revelação por parte dos árbitros, conforme art. 14 da Lei 9.307/1996. Na petição, o Partido requerente afirmou, com acerto, que *“não se pode confundir um conceito básico: o fato de o árbitro ser escolhido pela Parte não o torna um árbitro da Parte. Daí a necessidade de que o sistema arbitral desenvolvesse uma nova fórmula que permitisse o afastamento, a exclusão ou a recusa desse julgador quando, por razões diversas, não pudesse oferecer uma garantia mínima de imparcialidade e independência”*.²⁵

O TJSP já apreciou, de forma definitiva ou cautelar, algumas ações anulatórias que se apoiavam sobre esse fundamento.

Como paradigma da Corte Especial do STJ, todos se reportam ao chamado caso “Abengoa”, o SEC 9.412-EX, de 2017, relatado originariamente pelo Min. Felix Fischer, com o Min. João Otávio de Noronha como relator para o acórdão.

Segundo o SEC 9.412-EX, a prerrogativa de imparcialidade do julgar é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, aplicável à arbitragem, graças à sua natureza jurisdicional e – e pelo que expusemos supra – submissão à ordem constitucional. Trata-se de questão corretamente identificada, nesse paradigma, como sendo de ordem pública, de modo que a sua violação é cognoscível a qualquer tempo, ainda que depois da sentença, constituindo causa suficiente para anulação.

Ipsis litteris, é a solução aplicada, ainda que modo incidental, a ser confirmado em julgamento de mérito, pelo TJSP, no julgamento do AI 2272139-63.2022.8.26.0000, no qual se afastou, expressamente, a preclusão sobre a matéria.²⁶

Na mesma linha, no AI 2168253-82.2021.8.26.0000, o vício de parcialidade é caracterizado, sem meias palavras, como uma nódoa, que ostenta caráter danoso objetivo à atuação do julgador.²⁷

Ainda que aborde a questão de um ponto de vista essencialmente contratual, sob o viés da quebra da confiança, o julgado mais antigo da amostra, de 2020, de relatoria do Des. Fortes Barbosa, uma conjuntura anormal, que não se sujeitaria, por sua gravidade, à preclusão. A decisão cita, nesse particular, o ARE 1.136.287, de relatoria do Min. Roberto

25. P. 2-3 da petição inicial da ADPF 1.050.

26. TJSP; Agravo de Instrumento 2272139-63.2022.8.26.0000; Relator (a): Grava Brazil; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 28/03/2023; Data de Registro: 30/03/2023.

27. TJSP; Agravo de Instrumento 2168253-82.2021.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 30/07/2021; Data de Registro: 30/07/2021. Ver, também: TJSP; Agravo de Instrumento 2168475-50.2021.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 30/07/2021; Data de Registro: 30/07/2021.

Barroso, julgado em 2019, o qual ecoa as conclusões da Corte Especial do STJ, no caso “Abengoa”.²⁸

Com esse pequeno resumo, quisemos dar conta de como, ao caracterizar tal vício como sendo matéria de ordem pública, o TJSP e o STJ caminharam na direção de reconhecer a submissão da Arbitragem aos ditames básicos da ordem constitucional, não havendo mais como defender, teórica e jurisprudencialmente, seu caráter de “direito fora do direito”.

4. Um paradigma fundamental: CC nº 185.702

Conforme delineado supra, há um equívoco na premissa de que a arbitragem não se submete *prima facie* à jurisdição constitucional. O erro é a possibilidade de se degenerar a arbitragem em um instrumento para veicular pretensões que sabidamente seriam rechaçadas na jurisdição estatal, tornando-a uma espécie de *locus* em que se aplica um Direito paralelo ao Direito, ou seja, em uma instância intrinsecamente ativista.

Utilizando-nos da terminologia de Michael Stolleis, a arbitragem não pode ser um *modelo de Direito para produzir um não Direito*.²⁹ Pior: a arbitragem torna-se, nesse cenário, o local ideal para que particulares fraudem direitos fundamentais sob o signo da estabilidade e legitimidade da jurisdição constitucional ou o ninho de abutres para o ajuizamento de arbitragens coletivas inconstitucionais.

Desde um ponto de vista *luhmanniano* isso pode ser concebido como uma espécie de corrupção sistêmica³⁰, já que o código do Direito (lícito/ilícito, constitucional/inconstitucional) é completamente substituído por uma espécie de Direito “paralelo”, sem que nenhum agente institucional possa agir contra essa desdiferenciação funcional permitida pela arbitragem.

Na linha do quanto esmiuçamos supra, permitir-se-ia, em última análise, a existência de situações esdrúxulas em que árbitros – caso não vinculados à jurisdição constitucional – possam dar última palavra em matéria constitucional, o que viola frontalmente o art. 102, *caput*, da CF.³¹

Na sociologia de Niklas Luhmann o caráter normativo do Direito significa que as normas jurídicas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafactualmente (*kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen*).³² Vale dizer, a validade normativa inde-

28. TJSP; Apelação Cível 1056400-47.2019.8.26.0100; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 25/08/2020; Data de Registro: 25/08/2020.

29. Michael Stolleis, *Recht im Unrecht: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

30. Sobre o assunto, cf. Marcelo Neves, *Constituição e Direito na modernidade periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, trad. Antônio Luz Costa, 2018, *passim*.

31. Cf. Rafael Valim e Walfrido Warde. *Abutres, Ingênuos e a Ameaça da Destruição da Grande Companhia*, cit., p. 83.

32. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 3ª edição, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, p. 43.

pende de sua observância e os indivíduos continuarão a compreender as normas jurídicas como válidas mesmo que observem descumprimentos a elas, ressalvadas as hipóteses, é claro, de descumprimentos absolutamente reiterados.

A criação de um direito aplicável às arbitragens que seja paralelo ao direito positivo “regular” significa comprometer o próprio caráter normativo das normas jurídicas, já que fatalmente incentivará o desapego à legalidade/constitucionalidade.

Nesse quadro crítico da relação entre arbitragem e jurisdição constitucional, a elogiável decisão proferida pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 185.702³³, em que se decidiu pela competência do STJ para decidir conflitos de competência entre instâncias arbitrais, sejam tribunais arbitrais, ou mesmo painéis diversos de uma mesma Câmara.

Começemos com uma retomada do que afirmamos anteriormente. Nossa tese central em “Precisamos rejeitar arbitragens supremas” foi a de que a plena submissão da arbitragem à jurisdição constitucional promove, a um só tempo, a força normativa da Constituição e a autonomia da arbitragem, além de permitir que esse instituto possa ser utilizado em mais áreas do Direito Público.

No CC nº 185.702, o STJ viu-se diante do seguinte cenário: foram propostas duas arbitragens relacionadas à mesma “causa”, a saber, a responsabilização de controladores e administradores por ilícitos reconhecidos em acordo de leniência; uma delas promovida pelos acionistas minoritários da Companhia (legitimação extraordinária, arts. 159, § 4º, e 246 da LSA) e, a outra, pela própria Companhia (legitimação ordinária). É evidente que ambos os procedimentos não poderiam coexistir, sob pena de eventuais decisões incompatíveis.

A 2ª Seção decidiu sobre sua competência fundamentalmente a partir da interpretação do art. 105, I, “d”, da CF, que atribui ao STJ a função de julgar conflitos de competência “entre quaisquer tribunais”, considerando que a arbitragem possui natureza inequivocamente jurisdicional, reconhecida, aliás, pelo próprio tribunal superior, o que, aliás permitiu, em um primeiro momento, a existência de conflitos de competência entre juízos estatal e arbitral.³⁴

A 2ª Seção está correta. Afinal, a Constituição não restringe a competência do STJ a analisar conflitos de competência entre órgãos judicantes *estatais*.

Outrossim, se devemos reforçar o caráter jurisdicional da arbitragem, por conseguinte, precisamos fortalecer seus mecanismos de *accountability*, entre os quais a sujeição ao STJ para definição de regimes de competência. Daí ser digno de nota a atuação do STJ, dado que nesse caso confirmou patentemente o que temos sustentado: *o Judiciário serviu de suporte de legitimidade para a arbitragem*. Explicamos.

Ao se arrogar a competência para julgar conflitos de competência entre Tribunais Arbitrais ou painéis da mesma Câmara, o STJ preservou a autoridade, a legitimidade e o prestígio da arbitragem, que certamente seriam minados no caso de prolação de decisões conflitantes e, portanto, inexecutáveis. Noutras palavras, o Judiciário serviu de verdadeiro garantidor da autonomia e da legitimidade da arbitragem, ao evitar que, terminados os

33. STJ, 2ª S., CC 185.702-DF, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22.6.2022, DJe 30.6.2022.

34. STJ, 2ª S., CC 111.230/DF, rel. min. Nancy Andrighi, j. 8/5/2013, DJe 3/4/2014.

litígios, as partes tivessem que recorrer à jurisdição estatal para saber qual decisão cumprir. Ou transferir para o Judiciário uma infundável discussão acerca de decisões arbitrais conflituosas.

Ao argumentar favoravelmente à legitimação ordinária da Companhia – titular do direito material lesado e interessada natural na reparação dos danos – e explicitar a legitimação extraordinária e, portanto, subsidiária dos minoritários, o STJ utilizou sua autoridade de uniformizador da interpretação legislativa federal, em favor do interesse privado de que a solução fosse *efetivamente* resolvida pela via arbitral, o que teria ocorrido somente de forma simbólica, caso decisões contraditórias fossem prolatadas

A Corte foi enfática em seu respeito pela opção das partes: “(a) *eficácia subjetiva da vindoura sentença arbitral legitima-se justamente na confiança depositada pelas partes, não apenas na Câmara de arbitragem eleita para dirimir seu litígio, mas, principalmente, nos específicos e determinados árbitros escolhidos em comum acordo para o julgamento da causa posta*”.

Ao enfatizar que “(n)ão há como se admitir a subsistência de deliberações jurisdicionais exaradas por Tribunais arbitrais que se excluam mutuamente, como se houvesse um vácuo no ordenamento jurídico”, o STJ reafirma o quanto dito supra: a arbitragem existe *dentro* do ordenamento jurídico brasileiro e a ele se submete, sendo, portanto, sua submissão à jurisdição constitucional (STF) e federal (STJ) uma consequência natural e evidente.

A ausência de vacuidade no ordenamento jurídico não deve ser lida como um reforço à concepção positivista herdada da filosofia natural do século 17, de um ordenamento completo para fins de análise autônoma pela ciência do Direito³⁵; trata-se de uma consideração ainda mais pragmática, quase praxista, de que o ordenamento jurídico – e a arbitragem foi instituída no Brasil por lei (L 9.307/1996) – deve servir para resolver os problemas práticos da sociedade.

Sem a intervenção do Judiciário estatal no caso em comento, a arbitragem poderia até se revestir de uma *autonomia sem utilidade*. “Um corpo sem alma”, que produz soluções incapazes de pacificar os conflitos a ela submetidos e, no caso concreto, recusando solução a um grande conflito societário.

Esse aspecto é reforçado pela circunstância de que a 2ª Seção tenha anotado sua competência “*sobretudo se a solução interna para o impasse criado não é objeto de disciplina regulamentar*”³⁶. Ou seja, o STJ em hipótese alguma vetou a possibilidade de as câmaras arbitrais regulamentarem seus próprios conflitos de competência. Apenas interveio em um caso aparentemente omissivo.

Ao explicitar a legitimidade ordinária da companhia, o STJ fez valer a LSA e as expectativas dos sócios de que cabe *precipua*mente à empresa, após deliberação assemblear autorizativa, ajuizar a respectiva ação de responsabilização pelos danos causados ao patrimônio

35. Cf. Georges Abboud, Maira Scavuzzi e Matthäus Kroschinsky, “Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional”, in: *Revista dos Tribunais*, v. 1.038, abril/2022, p. 249-279; Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 8. ed., trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 21-44; e Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3. ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 14 e ss.

36. STJ, 2ª S., CC 185.702-DE, cit., ementa e p. 25/70 do acórdão.

social e evitou, com isso, o vilipêndio de uma legitimação que é meramente subsidiária e só existe em caso de inércia da companhia (art. 159, § 4º, LSA).

Cabem aqui, talvez, algumas palavras sobre os argumentos que já foram levantados contra essa importante decisão do STJ.

O STJ seria incompetente para julgar o CC? Segundo seus críticos, a decisão do STJ teria pecado, por violar os limites constitucionais da sua competência, tal como postos no art. 105, I, “d”, da CF. Isso porque os tribunais arbitrais não constituiriam órgãos do Poder Judiciário e, por isso, não poderiam ser considerados “tribunais diversos”. E, além disso, o conflito teria se instaurado entre dois desses órgãos “estranhos”.

Ora, conforme já observamos ao longo deste artigo, a objeção, de plano, não faz sentido. A arbitragem consiste, para todos os efeitos, em uma atividade de caráter jurisdicional, que, respeitada a autonomia da vontade das partes, não pode ser ver alheia a qualquer espécie de controle judicial.

Por ser dotada de caráter jurisdicional, é que a Arbitragem e suas instâncias julgadoras podem sim ser subsumíveis ao conceito constitucional de “tribunais diversos”, de modo a incidir a competência do STJ para dirimir conflitos que surjam entre eles. Aliás, a arbitragem *só é dotada de caráter jurisdicional em virtude da legislação nacional*, de modo que dela não pode se desvencilhar e, portanto, está sujeita ao controle do STJ e do STF.

O STJ teria violado à inafastabilidade da jurisdição, a coisa julgada e o princípio do juiz natural? Segundo alguns de seus críticos, o STJ teria violado a garantia constitucional do acesso à justiça, a intangibilidade da coisa julgada (já que teria tornado sem efeito sentença parcial de mérito proferida por juízo arbitral que reconhecia a legitimidade ativa dos proponentes da outra ação ao argumentar favoravelmente à legitimação ordinária da Companhia, a qual não foi objeto de ação anulatória), e ferido o princípio do juiz natural, por ter dado à Arbitragem preferência posterior.

Nesse particular, a decisão do STJ foi muito clara ao se voltar às decisões posteriores à sentença parcial (que confirmou a legitimidade dos acionistas minoritários). Não haveria que se falar, portanto, em afronta à coisa julgada.

Nem há que se falar, muito menos, em ofensa ao juiz natural, já que o STJ, ao resolver o conflito, não privilegiou a arbitragem proposta pela Companhia, em detrimento da instaurada pelos minoritários. Afinal, a decisão se pautou exclusivamente pelo fato de que a Companhia, legitimada ordinária é, de fato, titular do direito material lesado e interessada natural na reparação dos danos. Pautou-se, em última instância, pela própria letra da lei, e não a despeito dela.

Se um “simples” conflito de competência foi suficiente para ressaltar a importância do Judiciário na legitimação normativa da arbitragem, que diremos de sua submissão ao controle de constitucionalidade?

5. Conclusão: a indefensável insubmissão da arbitragem à jurisdição constitucional

A suposta insubmissão da arbitragem à jurisdição constitucional criaria uma aporia: se não se pudesse fazer valer a normatividade da Constituição em procedimentos arbitrais

– a norma que é fundamento de validade de todas as demais –, com qual legitimidade poder-se-ia esperar que a própria Lei de Arbitragem (ou qualquer outra) seja respeitada?

Voltamos a Niklas Luhmann: o caráter normativo do Direito significa que as normas jurídicas são expectativas de comportamento estabilizadas *contrafactualmente* (*kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen*)³⁷. Os instrumentos do controle judicial e de constitucionalidade existem justamente para que o Direito possa cumprir sua função social de garantia das expectativas normativas. Fora disso o que existe é o *não-Direito*.

Veja, aqui sequer falamos de proceduralização, enquanto “justificação de regras de colisão” (Rudolf Wiethölter), em que o Direito – que já não mais projeta uma “forma de vida concreta”³⁸ (Jürgen Habermas) – serve de aparato racionalizador da auto-organização da sociedade³⁹. Estamos ainda buscando as promessas do constitucionalismo do Direito pós-bélico (Mario Losano).

Rejeitar a concepção *de arbitragens supremas* é não aceitar que a jurisdição arbitral fique à margem do Direito produzido pelos Tribunais Superiores brasileiros *justamente porque eles exercem um papel fundamental na interpretação dos direitos constitucional e federal*. Não se trata de uma arbitragem internacional desvinculada de quaisquer direitos pátrios; arbitragens em que a legislação brasileira seja aplicada implicam a automática submissão dos procedimentos ao controle do STJ e STF, porque, no modelo brasileiro, há uma forte dialética entre a atividade do Parlamento e do Judiciário. Do contrário, dificilmente teremos a noção de unidade de Direito. Do mesmo modo, não buscamos uma colonização da esfera arbitral, pelo contrário, o diálogo com os Tribunais Superiores é o caminho para o recrudescimento de sua legitimação.

Colocado em outros termos, o Judiciário é o árbitro da autorregulação das arbitragens, sob pena de caírem em anarquia institucional. O próprio STJ incentivou a criação de um regulamento arbitral sobre conflito de competências, mas, acertadamente, não tolerou o vácuo normativo.

Uma recepção consistente de um paradigma jurídico procedural em que Estado e particulares formam uma rede heterárquica depende também de nossa capacidade de não hipostasiar a função dos particulares ou marginalizar a função legitimadora que o Estado ainda desempenha na sociedade. Eis, aqui, um bom exemplo.

37. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 3ª edição, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, p. 43.

38. Jürgen Habermas, O filósofo como verdadeiro teórico do direito, in: *A Revolução Recuperadora: Pequenos escritos políticos VII*, 1ª ed., São Paulo: Editora Unesp, trad. Rûrion Melo, 2021, p. 93-111, p. 104. Cf. Georges Abboud, *Direito Constitucional Pós-Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, Parte III; Georges Abboud e Matthäus Kroschinsky, “Notas sobre Direito e Política no pensamento de Jürgen Habermas”, in: *Pensamento Jurídico*, v. 16, n. 1, 2022. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/343>.

39. Rudolf Wiethölter. Materialization and proceduralization in modern law, in: Gunther Teubner (Org.). *Dilemmas of Law and Welfare State*. New York: Walder Gruyter, 1988, p. 221-249.

Bibliografia



16.

ÁRBITROS E PROVIMENTOS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES: CONTROLE ABSTRATO, CONTROLE DIFUSO E SÚMULAS

GUSTAVO FAVERO VAUGHN¹

CAIO CESAR ROCHA²

1. Introdução

Colocado de maneira simples, o controle de constitucionalidade é uma atividade que implica verificar a compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição Federal. Partindo dessa premissa, e considerando-se que o Supremo Tribunal Federal (“STF”) é quem diz, em última instância, por vezes com eficácia *erga omnes* e vinculante, qual é a interpretação que deve se dar às normas constitucionais, afigura-se relevante definir se os árbitros devem ou não obedecer ao entendimento do STF sobre questão constitucional. Esse é o objeto deste artigo.

Os tópicos a seguir tratarão da repercussão, no processo arbitral, das decisões (em controle abstrato e em controle difuso) e súmulas (vinculante e persuasiva) do STF sobre questão constitucional, mas não sem antes apresentar o estado da arte da controvérsia acadêmica em torno da vinculação dos árbitros aos provimentos constitucionais vinculantes. Como se verá, a regra é que os árbitros estão vinculados aos provimentos constitucionais vinculantes.

1. Mestre em direito pela Universidade de Columbia, em Nova Iorque, e em direito processual pela Universidade de São Paulo. Professor de Arbitragem do IBMEC-SP. Advogado sócio de Cesar Asfor Rocha Advogados.
2. Mestre em direito público pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em direito processual pela Universidade de São Paulo. *Visiting scholar* na Universidade de Columbia, em Nova Iorque. Foi membro da Comissão de Juristas, formada pelo Senado Federal, responsável pela reforma da Lei de Arbitragem em 2015. Advogado sócio fundador de Cesar Asfor Rocha Advogados.

2. Controvérsia sobre a vinculação dos árbitros aos provimentos constitucionais

Há distintas posições doutrinárias acerca da vinculação dos árbitros aos provimentos judiciais vinculantes de natureza constitucional. As teorias em torno dessa temática podem ser segmentadas em três: (i) a teoria da não vinculação, pela qual não se reconhece a vinculação dos árbitros a quaisquer decisões do Poder Judiciário; (ii) a teoria da vinculação a provimentos judiciais com e sem assento constitucional, com variáveis não só quanto às espécies de provimentos que vinculariam os árbitros, mas também quanto aos respectivos mecanismos de controle; (iii) e a teoria da vinculação dos árbitros apenas aos provimentos judiciais que tenham natureza constitucional, assim compreendidos aqueles proferidos pelo STF.

Os adeptos da *primeira teoria* sustentam a não vinculação dos árbitros aos provimentos judiciais vinculantes e, por isso, obviamente rechaçam essa vinculação também no que tange aos pronunciamentos de assento constitucional.

Carlos Alberto Carmona e José Augusto Machado Filho situam-se entre os que sustentam a teoria da não vinculação. Da forma como observam a questão, entendem que ela se resume a saber se o precedente é uma fonte geral do Direito ou se se trata de ferramenta organizacional do Poder Judiciário, que seria fonte restrita ao processo estatal³. Para eles, o precedente estaria inserido nessa segunda definição, vale dizer, seria uma ferramenta organizacional do Estado-juiz, pois a função de criar leis pertenceria ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário⁴.

A partir dessa premissa, destacam que a missão do árbitro seria autônoma e diferente da dos magistrados, não havendo qualquer dever de coerência por parte do árbitro com relação ao ordenamento jurídico, tampouco com a orientação jurisprudencial de tribunais estatais. No ponto, aduzem que a “missão do árbitro é resolver um litígio em específico e para tanto seus deveres e função são especiais”, para então concluir que, mesmo que “o precedente seja tomado como norma de direito, sua não observância caracterizará, no limite, a má-aplicação do direito pelo árbitro, o que não comporta correção judicial nem expõe a sentença arbitral à demanda anulatória”⁵.

Ricardo Dalmaso Marques é enfático ao salientar a inexistência de vinculação dos árbitros aos provimentos judiciais vinculantes. O principal motivo para isso consistiria no fato de que um árbitro constituído para julgar certa disputa visivelmente não se enquadraria em um sistema de hierarquias, ou seja, suas decisões não estariam sujeitas à revisão de órgãos superiores. Segundo ele, “as sentenças arbitrais são autônomas, razão pela qual

3. CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (coord.). *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 224.

4. *Ibid.*

5. *Id.*, p. 225.

não haveria, por não estar enquadradas em nenhum sistema homogêneo, qualquer obrigatoriedade de que fossem uniformes”⁶.

A propósito das normas constitucionais, Ricardo Dalmaso Marques discorda do entendimento segundo o qual o Poder Judiciário poderia invalidar sentenças arbitrais proferidas em descompasso com tais normas, o que incluiria os efeitos vinculante e *erga omnes* produzidos pelas decisões e enunciados de súmula vinculante do STF⁷. Ele chega ao ponto de afirmar que a ação anulatória não seria cabível nem “mesmo nas situações em que o Supremo Tribunal Federal houver julgado inconstitucional determinada norma e, portanto, tiver ela sido retirada do ordenamento jurídico brasileiro”⁸. O citado autor admite apenas que, em casos limítrofes, poderia levar-se a cabo a invalidação da sentença arbitral se a fundamentação adotada pelo árbitro fosse deficiente.

A despeito de considerar a decisão e a súmula vinculante fontes do Direito brasileiro, o que tornaria “indisputável o dever do árbitro considerá-las e aplicá-las, pois, assim, estará tão somente fazendo uso da lei aplicável ao mérito da disputa” – em sendo essa a legislação brasileira –, para Ricardo Dalmaso Marques isso não significaria dizer que a decisão e a súmula vinculante efetivamente obrigariam os árbitros da mesma forma que obrigam o juiz togado. E assim seria porque a decisão e a súmula vinculante “não produzem efeitos de vinculação além dos sistemas judicial e administrativo, ou seja, não alcançam o sistema arbitral, pois dizem respeito a regras e ritos específicos do sistema judicial”, bem como “o sistema arbitral brasileiro não comporta essa vinculação, uma vez que, hoje, inexistente remédio que importe a vinculação forçada aos precedentes criados pelo Supremo Tribunal Federal”⁹.

Ao discorrer sobre as ações perante o Supremo Tribunal Federal, Rômulo Mariani assevera ser legítimo que as partes esperem do árbitro a aplicação do direito de acordo com o que decidiu o STF em sede de ação declaratória de constitucionalidade ou de ação direta de inconstitucionalidade. Isso, porque seria possível afirmar, em linhas gerais, que o árbitro agirá corretamente, sob a perspectiva da aplicação do direito, se deixar de aplicar norma declarada inconstitucional pelo STF, se não declarar a inconstitucionalidade, mediante controle difuso, de norma tida por constitucional pelo STF, e se respeitar a interpretação conforme a Constituição fixada pelo STF ao declarar a constitucionalidade de norma em sede de controle abstrato¹⁰.

Porém, ele entende que a vinculação que acompanha as decisões em controle abstrato e os enunciados de súmula vinculante está adstrita apenas aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, conforme posto no Texto Constitucional. Por isso, defende que tal vinculação não ultrapassaria o que chamou de “as barreiras estabelecidas entre o sistema judicial e o sistema arbitral”¹¹.

6. MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 10, nº 38, 2013, p. 119.

7. *Id.*, p. 133-134.

8. *Id.*, p. 121.

9. *Id.*, p. 126.

10. MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 142.

11. *Id.*, p. 145.

Rômulo Mariani admite que poderá se falar em uma eficácia normativa da decisão de inconstitucionalidade em um processo objetivo perante o STF “quando o próprio órgão legislativo (Senado) retira a regra do mundo jurídico na forma do dispositivo constitucional em comento”, pois, nesse cenário, o árbitro seria alcançado pelo comando legislativo do provimento judicial vinculante da mesma forma que qualquer outra atividade legislativa¹².

Seu posicionamento é no sentido de que “a decisão que contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo aquele fixado em sede de controle de constitucionalidade concentrado, não poderá ser considerada maculada, sem que se possa verificar uma vinculação do árbitro a essa espécie de decisão, a exemplo do que ocorre com o juiz estatal”¹³. Quando muito, segue o autor, uma decisão desse calibre poderia ser vista como equivocada; porém, não seria mesmo dado reconhecer a vinculação do árbitro às decisões do STF em controle de constitucionalidade (qualquer modalidade que seja), “podendo o árbitro lançar sua visão a propósito do tema de natureza constitucional como parte da aplicação do Direito ao caso, e, ao fim, concordar ou não com a visão já externada pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁴.

Em resumo, os adeptos da teoria da não vinculação entendem que os árbitros não estão adstritos aos provimentos judiciais vinculantes, incluindo súmulas e decisões do Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes*, pois defendem que a função dos árbitros é autônoma e diferente da dos juízes estatais, não havendo dever de coerência com o ordenamento jurídico ou mesmo à orientação jurisprudencial. Segundo essa forma de conceber a arbitragem, ainda que se considerem os precedentes fonte normativa, sua não observância seria uma má-aplicação do direito pelo árbitro, e, portanto, erro de mérito, não sujeito à anulação ou revisão judicial. Outros autores defendem a não vinculação por entender que as decisões do STF em controle abstrato e as súmulas vinculantes possuem eficácia normativa limitada aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, não aplicáveis aos árbitros e à arbitragem. O árbitro poderia, nesse prisma, aplicar seu próprio entendimento sobre questões constitucionais, concordando ou discordando do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Os adeptos da *segunda teoria* tratam o tema sobre diferentes perspectivas, a despeito de haver pontos de convergência, além da própria concordância com a possibilidade de vinculação. As variáveis consideradas aqui são muitas e vão desde os tipos específicos de provimentos que vinculariam a atividade arbitral até os graus de vinculação e respectivos mecanismos de controle judicial referentes a cada situação prática, quando for admitido esse controle *a posteriori*.

Por vislumbrar os provimentos judiciais vinculantes como fontes do Direito, Sofia Temer diz ser “inexorável a conclusão pelo dever dos árbitros de ponderá-los e aplicá-los quando do exercício de sua função jurisdicional”, sustentando-se tal entendimento também em outros fundamentos, “como a exigência de isonomia e segurança jurídica na atividade jurisdicional (estatal ou arbitral), a concepção dworkiana de direito como integridade,

12. *Id.*, p. 146.

13. *Id.*, p. 149.

14. *Id.*, p. 150.

e o ‘dever moral’ de seguir precedentes, entre outros”¹⁵. A autora entende que, sendo os provimentos judiciais vinculantes fontes de Direito, “a sua não aplicação pode significar julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem, no que tange à escolha do direito para dirimir a controvérsia”¹⁶.

Apesar de enxergar a vinculação dos árbitros aos provimentos judiciais, sem disso extrair um dever de fundamentação mais rigoroso do que aquele exigido quando se está diante da aplicação da lei, Sofia Temer atesta que esse entendimento não daria ensejo a novas hipóteses de ação anulatória de sentença arbitral, tampouco serviria de substrato para alargar o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem para permitir o controle judicial por afronta a precedente¹⁷.

Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux partem da premissa de que os precedentes são fontes de direito. A partir daí, endossam a tese de que os árbitros se vinculam aos provimentos judiciais vinculantes, sobretudo por entenderem que o Código de Processo Civil de 2015 (“CPC”) “foi cristalino ao reconhecer eficácia normativa de determinadas decisões, fato que fez com que os precedentes enumerados como vinculantes evidenciassem o mesmo valor da norma legal: fonte imediata e obrigatória do direito”¹⁸.

Compreendendo o processo de realização do direito de modo unitário, escrevem que negar a vinculação do árbitro aos provimentos judiciais “seria negar o caráter unitário do ordenamento jurídico, já que possibilitaria ao intérprete selecionar conforme sua conveniência as regras do ordenamento que são (ou não) aplicáveis”¹⁹. Afirmam que essa hipótese poderia criar “tenebroso cenário de manifestações jurisdicionais contraditórias apenas pela escolha do procedimento”, ao mesmo tempo que rememoram que a escolha pela arbitragem nada mais seria do que a opção por um procedimento diverso, e não propriamente um resultado diferente daquele que se obteria no Poder Judiciário²⁰.

Portanto, para Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux, a não aplicação dos provimentos judiciais vinculantes pelo árbitro seria uma “falha gravíssima no sistema”, tendo em conta que o juízo arbitral e o juízo estatal dariam respostas opostas a casos iguais, apesar de ambos se valerem do mesmo ordenamento jurídico²¹. Alertam que contrariar o que chamam de “natural movimento de coesão entre arbitragem e jurisdição estatal” equivaleria a manchar todo o caminho percorrido nesse sentido até hoje. Além de não obedecer a lógica do sistema,

15. TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*, vol. 278, 2018, p. 523-543. Versão eletrônica, p. 2.

16. *Id.*, p. 6.

17. *Id.*, p. 8.

18. SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 66, 2020, p. 139-174. Versão eletrônica, p. 11.

19. *Id.*, p. 12.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

“esse cabo de guerra só enfraquecerá o sistema jurisdicional, conduzindo inexoravelmente ao desprestígio paulatino do instituto da arbitragem perante o Poder Judiciário”²².

Idêntica conclusão não se extrairia com relação aos provimentos judiciais persuasivos. Para tais autores, não haveria obrigatoriedade de o árbitro seguir tais espécies de provimentos judiciais, embora reconheçam o “papel relevantíssimo no esforço pela uniformização e pela harmonização da jurisprudência”²³. O juízo arbitral não poderia, assim, simplesmente ignorá-los; haveria um dever de ao menos levar os provimentos persuasivos em consideração no momento de o árbitro formar sua convicção sobre a disputa, o que decorreria do dever constitucional de motivação das decisões.

A posição secundada por José Rogério Cruz e Tucci igualmente prestigia a tese da vinculação do árbitro aos provimentos judiciais. Escolhido pelas partes o Direito brasileiro, “tal ordenamento jurídico, em todas as suas dimensões, deverá então servir de norte para fundamentar a futura sentença que colocará termo ao respectivo processo arbitral”²⁴. Dito de outro modo, o árbitro, para dirimir a lide submetida ao seu crivo, “tem o dever inafastável de julgar em consonância com o arcabouço de normas, regras e outras formas de expressão do direito que integram o direito positivo brasileiro”²⁵.

Disso decorreria que o árbitro não poderia se afastar da aplicação de provimento judicial que consagrasse determinada interpretação acerca de dispositivo legal, pois a orientação do Poder Judiciário constituiria “valioso subsídio para que o árbitro, no processo hermenêutico de subsunção, possa aplicar a lei ao caso concreto, cumprindo adequadamente a missão que lhe foi outorgado pelas partes”²⁶. Essa vinculação do árbitro não se justificaria propriamente em razão da autoridade hierárquica da qual provém o provimento judicial, mas, sim, por conta da sua eficácia persuasiva e da exigência de segurança jurídica, mormente quando se estiver diante de uma orientação jurisprudencial consolidada ou sumulada do Poder Judiciário.

Malgrado esteja o árbitro vinculado ao provimento judicial, não seria ele, assim como também não é o juiz estatal, “escravo do precedente”. José Rogério Cruz e Tucci quis, com isso, dizer que tanto o árbitro quanto o magistrado poderiam, “em igualdade de condições, nas respectivas sentenças, justificar a inobservância de determinada exegese pretoriana”²⁷. Prossegue afirmando que o descumprimento, pelo árbitro, do provimento judicial vinculante seria hipótese de *error in iudicando*, o que inviabilizaria o ajuizamento de ação anulatória, como é cediço; em contrapartida, seria caso de *error in procedendo*, a autorizar o cabimento da anulatória, se o árbitro, provocado pelas partes, não explicitasse o motivo pelo qual determinado provimento judicial, inclusive a súmula vinculante, não se

22. *Id.*, p. 13.

23. *Ibid.*

24. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Questões polêmicas do processo arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 43.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*

27. *Id.*, p. 44.

aplicaria à resolução daquela disputa, seja por absoluta impertinência, seja pela superação do entendimento em virtude de sua obsolescência²⁸.

Guilherme Rizzo Amaral leciona que a vinculação dos árbitros aos provimentos judiciais vinculantes adviria do fato de as partes elegerem a *arbitragem de direito*, uma vez que tais provimentos integrariam o ordenamento jurídico brasileiro. Firme nessa premissa, esclarece não estar “o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que deram ao árbitro a missão de julgar *conforme o direito*”²⁹. Justamente por isso é que haveria a obrigatoriedade de os árbitros seguirem os provimentos judiciais vinculantes, à míngua da existência do correspondente mecanismo de controle, sob pena de se julgar por equidade³⁰.

Olhando o árbitro como única e última instância do conflito para o qual recebeu a investidura para atuar como julgador privado, Guilherme Rizzo Amaral defende que o árbitro só estaria vinculado ao provimento judicial que vincularia a última instância do Poder Judiciário fosse o processo judicial³¹. Entende que em hipótese alguma estaria o árbitro obrigado a seguir, por exemplo, um provimento judicial advindo de tribunal local, à exceção de a matéria em debate versar sobre direito municipal que não possa ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) ou pelo STF³².

Por outro lado, o árbitro estaria efetivamente vinculado aos provimentos judiciais das – por ele assim chamadas – Cortes de precedentes, “cuja função nomofilática – preponderância da uniformização do direito e não da resolução do conflito individual – impõe o reconhecimento do precedente como *fonte de direito* no ordenamento jurídico brasileiro”³³. A vinculação, aqui, seria igual à vinculação dos árbitros à lei promulgada pelo Poder Legislativo, a despeito de não se confundir com os efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, o qual extirparia a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, vedando sua futura aplicação pelo juiz e pelo árbitro.

Concernente ao controle judicial das decisões arbitrais que versam sobre a aplicação de provimentos judiciais vinculantes, Guilherme Rizzo Amaral defende ser tal controle “restrito às hipóteses de *desconsideração consciente* do precedente vinculante, sendo vedada a anulação da sentença arbitral por mera *aplicação errônea* do precedente”³⁴.

Por sua vez, Márcio Bellocchi defende a vinculação do árbitro a certos provimentos judiciais vinculantes, os tais precedentes fortes. Na perspectiva dele, o precedente teria poder normativo e força de lei entre as partes do processo arbitral, assim como para casos

28. *Ibid.*

29. AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 288; itálico no original.

30. *Id.*, p. 289.

31. *Id.*, p. 290.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*, itálico no original.

34. *Id.*, p. 301; itálico no original.

futuros idênticos (ou semelhantes), desde que contenham a mesma *ratio*³⁵. Isso se daria somente em circunstâncias específicas, isto é, nos casos dos provimentos judiciais oriundos “(i) do art. 927, inciso III, (ii) do art. 988, incisos II e IV e §5º, (iii) do art. 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, e (iv) do art. 1.039, todos do NCPC”³⁶. Nesses casos, as orientações do Poder Judiciário seriam de aplicabilidade obrigatória à arbitragem cujo objeto fosse igual (ou substancialmente igual) ao do provimento judicial vinculante que se estaria a utilizar como fundamento pelo árbitro.

A tese capitaneada por Márcio Bellocchi toma por base a previsibilidade da resolução do conflito. Se as partes estabelecem o Direito brasileiro como lei aplicável, sem qualquer ressalva no que diz respeito aos provimentos judiciais vinculantes, então “terá sido a sua intenção que os árbitros analisem e julguem o seu caso sob a ótica, inclusive, dos precedentes aplicáveis”, motivo pelo qual todos os elementos do ordenamento jurídico brasileiro “devem servir de base para o julgamento a ser proferido no processo arbitral”³⁷.

Igualmente, qualificando os provimentos judiciais que seriam vinculantes ao juízo arbitral, Paulo Nasser defende que os seguintes pronunciamentos judiciais previstos no art. 927 do CPC obrigariam a interpretação normativa do árbitro: (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; (iv) os acórdãos proferidos em julgamento de recursos repetitivos; e (v) os acórdãos de incidente de assunção de competência pelo STJ³⁸.

Esses seriam os pronunciamentos classificados por Paulo Nasser como jurisprudência qualificada, cujo critério de seleção foi o da unidade do Direito, de modo que apenas “as hipóteses que uniformizam a interpretação normativa em âmbito nacional é que devem ser seguidas pelos árbitros, porque apenas nestas hipóteses há integração da significação do texto da lei ao direito brasileiro”³⁹. Ainda segundo ele, “a vinculação dos árbitros à jurisprudência qualificada deve partir da premissa da abrangência nacional e do caráter pacífico do entendimento”, devendo “a jurisprudência qualificada ter sido concretizada por tribunais cuja função constitucional seja (i) a tutela da Constituição Federal, no caso do STF, e (ii) a interpretação e significação do conteúdo da lei federal, no caso do STJ”⁴⁰.

Percebe-se que os adeptos da segunda teoria consideram que deve haver vinculação dos árbitros aos provimentos judiciais vinculantes, já que seriam fontes do direito necessárias para garantir a isonomia e a segurança jurídicas e manter a unidade do ordenamento jurídico. No entanto, ainda que se entenda que os árbitros sejam vinculados aos precedentes constitucionais, tal não importaria em ampliação das hipóteses de ações anulatórias ou mesmo de um aumento do controle judicial sobre a arbitragem. A não observância dos precedentes vinculantes importaria, no entendimento dessa corrente doutrinária, em falha

35. BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 135.

36. *Id.*, p. 164; itálico no original.

37. *Ibid.*

38. NASSER, Paulo Magalhães. **Vinculações arbitrais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 141.

39. *Ibid.*

40. *Id.*, p. 142.

grave do sistema, que colocaria em xeque a coesão da arbitragem com a jurisdição estatal. Quanto aos provimentos judiciais persuasivos, caberia aos árbitros apenas considerá-los na formação de sua convicção, sem obrigação de segui-los de forma irrestrita. O controle judicial sobre as decisões arbitrais poderia ser justificado tão somente nas hipóteses de desconsideração consciente do precedente.

Entre os adeptos da *terceira teoria*, que prezam pelo respeito do árbitro aos provimentos judiciais vinculantes advindos do STF, Cândido Rangel Dinamarco salienta que a autonomia da arbitragem seria delimitada, por imposição constitucional, “pela adstrição dos árbitros a decidir com observância das *súmulas vinculantes* do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 103-A) e dos julgamentos definitivos de mérito tomados em ação declaratória de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade (art. 102, § 2º)”⁴¹.

Para ele, a não submissão do árbitro à jurisprudência constitucional assentada pelo STF “implicaria uma substancial diversidade de tratamento *aos litigantes*, conforme seus interesses venham a ser objeto de decisão por aquele ou pelo juiz togado”⁴². Daí ser possível dizer que a questão central não giraria em torno da liberdade decisória do árbitro e da autonomia da arbitragem, ou até mesmo de um alegado embate entre as jurisdições estatal e arbitral, “mas a do resguardo dos direitos e interesses dos sujeitos que se põem sob a jurisdição deste”⁴³.

Com efeito, Cândido Rangel Dinamarco afirma que a eventual aplicação, pelo árbitro, de norma declarada inconstitucional pelo STF em controle abstrato – portanto, afastada do ordenamento jurídico nacional – deveria comportar uma censura do Poder Judiciário pela via adequada, qual seja, a via da ação anulatória⁴⁴.

Thiago Rodovalho elucida que o árbitro “não está *vinculado* (*rectius*: obrigado) aos precedentes do art. 927 NCPC, estando vinculado apenas e tão somente aos precedentes com ‘assento constitucional’”, ainda que reconheça a importância, do ponto de vista pragmático, de o árbitro sempre dialogar com as alegações das partes, inclusive com os provimentos judiciais vinculantes, se os houver⁴⁵. Ele refuta a vinculação do árbitro aos provimentos judiciais do art. 927 do CPC – à exceção daqueles com assento constitucional – por não considerar tais provimentos como fonte primária do direito brasileiro, já que tal previsão não poderia nascer da legislação infraconstitucional.

Tal tese também é encampada por Marcos Fioravanti, em obra monográfica. No seu entender, haveria vinculação do árbitro aos enunciados de súmula vinculante, porém, o acolhimento do entendimento esposado em tais enunciados deveria ser analisado

41. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 212; itálico no original.

42. *Id.*, p. 214; itálico no original.

43. *Ibid.*

44. *Id.*, p. 215.

45. RODOVALHO, Thiago. Os precedentes judiciais vinculantes do NCPC e o procedimento arbitral: estão os árbitros vinculados aos precedentes? In: *Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 121; itálico no original.

casuisticamente na arbitragem⁴⁶. A obrigação de o árbitro observar um enunciado sumular não seria o mesmo que dizer que deveria o árbitro acolher seu conteúdo de forma indiscriminada, à míngua do necessário exame da pertinência com relação ao litígio.

Levando em conta o papel de destaque que teria no Direito brasileiro – dar unicidade ao sistema jurídico –, Marcos Fioravanti assevera que a súmula vinculante, enquanto fonte do Direito com envergadura constitucional, não poderia ser ignorada ou contrariada pelo árbitro sem qualquer distinção, menos ainda se as partes tiverem escolhido o direito brasileiro como regramento específico da resolução da disputa⁴⁷.

Tendo o árbitro e o juiz togado funções jurisdicionais equiparáveis, não se poderia deixar de lado “o primado da isonomia, mas também o da segurança jurídica, da unicidade do sistema e da credibilidade da própria arbitragem”, pois os “cidadãos têm a legítima expectativa de receber, seja do Poder Judiciário ou da arbitragem, decisão que analise o arcabouço normativo vigente como um todo, de maneira que não sejam surpreendidos por decisões que contrariem injustificadamente as fontes do direito em que estão inseridos”⁴⁸.

Para Marcos Fioravanti, “o árbitro deve observar os enunciados das súmulas vinculantes, verificando sua adequação ao caso que julga”, com a ressalva de que o observar, nesse tocante, teria o “sentido de analisar/considerar o comando sumulado no momento em que decide a controvérsia a ele submetida, assim como todas as demais fontes do direito eleito pelas partes”⁴⁹. Ou seja, o árbitro não estaria subordinado ao comando da súmula vinculante, mas estaria obrigado a observá-la, a analisá-la, a confrontá-la e a fundamentar sua incidência ou não à hipótese concreta, independentemente da conclusão a que se chegue a esse respeito⁵⁰.

Todavia, quando se trata de decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de dispositivo legal, haveria uma ponderação especial a ser feita. É que a lei declarada inconstitucional em controle abstrato teria como efeito a sua retirada do ordenamento jurídico, de que decorreria a impossibilidade de o árbitro com base nela decidir⁵¹. Nesse contexto, Marcos Fioravanti escreve que “a decisão do Supremo Tribunal Federal que extirpa do ordenamento jurídico ato normativo inconstitucional vincula o árbitro quando da fundamentação da sentença, vinculação essa que não decorre propriamente da decisão em si, mas da retirada daquele ato normativo do arcabouço jurídico eleito pelas partes para a decisão da arbitragem”⁵².

O mesmo raciocínio é perfilhado por Leonardo Greco, para quem a lei declarada inconstitucional pelo STF em controle abstrato seria retirada do ordenamento jurídico e, por conseguinte, não poderia ser aplicada por tribunais judiciais ou arbitrais, salvo se houver

46. FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 82.

47. *Ibid.*

48. *Id.*, p. 84.

49. *Id.*, p. 86.

50. *Ibid.*

51. *Id.*, p. 92.

52. *Ibid.*

modulação da eficácia temporal da inconstitucionalidade⁵³. Caso a lei inquinada de vício de inconstitucionalidade fosse mesmo assim invocada pelo árbitro para fundamentar sua decisão, o autor entende que caberia ao Poder Judiciário corrigir esse “erro de direito”, “se se caracterizar algum dos fundamentos do art. 32 ou implicar violação de garantias fundamentais do processo (art. 21, § 2º)”⁵⁴.

Outro defensor da tese da vinculação do árbitro aos provimentos judiciais vinculantes de assento constitucional é Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para quem não seria razoável conceber, no Brasil, duas ordens jurídicas, uma advinda da decisão do STF, que a todos obrigaria, juízes e administração pública, e outra que seria estabelecida livremente pelo juízo arbitral, o qual estaria apto, nessa situação hipotética, a resolver a causa sem examinar enunciado vinculante⁵⁵.

Ruy Rosado asseverou que a lei declarada inconstitucional em controle abstrato pelo STF não poderia ser aplicada pelo árbitro sem que isso afrontasse o que chamou de ordem pública constitucional, sendo certo que também estaria o árbitro vedado de afastar a aplicação de súmula vinculante⁵⁶. Isto posto, realçou que “o descumprimento de outros precedentes, que não aqueles dois do STF, não é causa de ação de anulação, salvo se expressar princípio de ordem pública”⁵⁷.

A título de conclusão, Ruy Rosado consignou que “excluídos os precedentes vinculantes do STF, que são imperativos a todos por disposição constitucional, os demais precedentes em princípio não vinculam o árbitro”, tirante quando “a sentença desconhecer ou contrariar o preceito de ordem pública que o precedente eventualmente expressar”⁵⁸. Entretanto, a anulação por ofensa à ordem pública dar-se-ia tão só em situações excepcionais, se cogitada uma violação manifesta e grave dos “princípios da ordem pública e dos valores que ela que preservar”, cuja aferição ficaria a cargo do juiz togado⁵⁹.

Na medida em que a declaração de inconstitucionalidade, em sede abstrata, promove a retirada da lei do mundo jurídico, sendo ela uma decisão judicial que tem nitidamente o condão de atingir o plano legislativo, Georges Abboud afirma que os particulares estão a ela vinculados. A sujeição dos particulares à declaração de inconstitucionalidade do STF teria por base o fato de os particulares ficarem “impossibilitados de celebrarem contratos, ou ainda, de utilizarem a lei declarada inconstitucional como fundamento normativo de suas pretensões jurídicas”⁶⁰. Do mesmo modo, estaria o árbitro, já que vinculado à declaração de inconstitucionalidade do STF em controle abstrato, impedido de fundamentar sua

53. GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XV, nº 57, 2018, p. 20.

54. *Ibid.*

55. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos, Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 2019*, p. 199.

56. *Ibid.*

57. *Id.*, p. 201.

58. *Id.*, p. 210.

59. *Id.*, p. 211.

60. ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1.235.

sentença arbitral à luz da lei inconstitucional, pois esta não mais integraria o ordenamento jurídico brasileiro⁶¹.

Na visão de Georges Abboud, não estaria o árbitro adstrito a toda e qualquer decisão do STF em sede abstrata. A aptidão de vincular o juízo arbitral seria típica das decisões de total rechaço, vale dizer, daqueles provimentos do STF que declaram a inconstitucionalidade de normas (ou de uma forma de interpretar o texto, como no caso da inconstitucionalidade sem redução de texto), ao passo que essa vinculação não poderia ser reproduzida às decisões declaratórias de constitucionalidade ou às interpretativas, “uma vez que é temporal e hermeneuticamente impossível fixar a interpretação correta, em abstrato, para todos os casos futuros”⁶².

Além das decisões de total rechaço proferidas pelo STF em ações diretas de inconstitucionalidade, Georges Abboud considera que, aplicado o direito brasileiro, em regra, “os provimentos judiciais que possuem previsão constitucional são vinculantes, a exemplo do caso da súmula vinculante, decisões com repercussão geral e julgados que tenham sido integralizados pelo inc. X da CF 52”⁶³. Ressalta que não se teria uma vinculação inexorável, pois ao árbitro seria dado apresentar argumentos de distinção e de superação para não acolher a orientação embutida no provimento vinculante de assento constitucional. Por decorrência, o eventual desrespeito do árbitro a um provimento dessa natureza não ensejaria automaticamente a ação anulatória arbitral, haja vista que a anulação da sentença exarada pelo juízo arbitral seria “medida excepcional e não possibilita o Judiciário agir como mecanismo geral de revisão do mérito das decisões arbitrais”⁶⁴.

Georges Abboud ainda examinou a questão da vinculação do árbitro aos provimentos de assento constitucional a partir da concepção *dworkiana* do direito como *integridade*, especificamente para tratar daqueles provimentos diversos da decisão de total rechaço. Não seria correto afirmar, para o referido autor, que o árbitro tem plena liberdade para ignorar decisões interpretativas do STF e seus enunciados de súmula vinculante, mormente porque tais provimentos judiciais veiculariam questões de direito constitucional, daí havendo, no mínimo, uma vinculação indireta do árbitro⁶⁵.

Em síntese, os adeptos da terceira teoria defendem que os árbitros devem respeitar as decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal, pois argumentam que a autonomia da arbitragem deve ser limitada pela obrigatoriedade de os árbitros decidirem em conformidade com os precedentes de natureza vinculante do STF (e.g., súmulas vinculantes e decisões de mérito em ações diretas de inconstitucionalidade). A questão central não seria, para essa corrente de pensamento, a liberdade decisória do árbitro, mas, sim, a proteção dos direitos e interesses das partes envolvidas. Embora o árbitro não esteja vinculado aos precedentes (por não estar, necessariamente, sujeito a seguir o Código de Processo Civil), ele deve considerar os precedentes com assento constitucional.

61. *Id.*, p. 1.236.

62. *Ibid.*

63. *Id.*, p. 1.245.

64. *Ibid.*

65. *Id.*, p. 1.248.

A lei declarada inconstitucional pelo STF não pode ser aplicada pelo árbitro, a menos que haja modulação da eficácia temporal da inconstitucionalidade. A lei considerada inconstitucional ela não existe no ordenamento. Por outro lado, o descumprimento de precedentes não vinculantes não é motivo para anulação da decisão arbitral, a menos que viole outros princípios de ordem pública, assim previstos entre as hipóteses de anulação da Lei de Arbitragem. Isso tampouco significa que todo e qualquer descumprimento pelo árbitro de decisões vinculativas importará automaticamente na anulação da sentença arbitral.

3. Os árbitros vinculam-se aos provimentos judiciais com assento constitucional

3.1. *Premissa necessária: a questão da fonte do Direito*

Como premissa necessária para defender-se a vinculação dos árbitros aos provimentos judiciais de natureza constitucional, como aqui se faz, convém, antes, verificar se tais provimentos são fontes do Direito brasileiro. Conclui-se, desde logo, que sim: as decisões judiciais devem ser consideradas fontes do direito brasileiro.

A orientação do Poder Judiciário é fonte de consulta obrigatória para se aplicar e interpretar corretamente o direito vigente. Os pronunciamentos judiciais apresentam-se como fonte não somente quando há uma orientação reiterada de algum órgão do Poder Judiciário (jurisprudência), mas também quando se constatarem decisões isoladas e até mesmo entendimentos sumulados⁶⁶. A lei e a orientação dos tribunais judiciais precisam ser vistas como fontes complementares do Direito, sendo descabida uma análise estanque de uma em relação à outra.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que as decisões do STF sobre questão constitucional – os provimentos judiciais vinculantes com assento constitucional – são fontes do Direito brasileiro. Isso, porque “o controle de constitucionalidade e a interpretação das leis em conformidade com o texto constitucional, constituem a função essencial a ser realizada pela jurisprudência e pela atividade dos juízos singulares”⁶⁷.

Classificados como fontes do Direito, os provimentos vinculantes proferidos pelo STF devem ser observados pelo árbitro. Se as partes do processo arbitral elegerem o Direito brasileiro para a resolução da lide, ao árbitro é mandatório orientar-se pela integralidade do arcabouço jurídico que impera no Brasil, o que inclui não só a lei, mas também a orientação jurisprudencial, principalmente os pronunciamentos decisórios dos Tribunais Superiores – STJ e STF –, pois são esses que, em última instância, uniformizam o direito federal com repercussão em todo o território brasileiro, ora em nível infraconstitucional, ora em nível constitucional, a depender da respectiva competência.

Para defender que o árbitro está efetivamente vinculado aos provimentos com assento constitucional, é preciso ir além; não basta afirmar que tais provimentos são fontes do Direito.

66. DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 181-184.

67. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 326.

Essa constatação apenas reforça o fato de que o árbitro, como se disse, deve observar os provimentos judiciais constitucionais, disso decorrendo que, em toda e qualquer decisão – e assim também na condução do processo arbitral –, a orientação do STF sobre questão constitucional deverá ser levada em consideração pelo árbitro como razões de decidir⁶⁸.

O só fato de serem os provimentos judiciais vinculantes com assento constitucional fontes do Direito não autoriza, desde logo, concluir que o árbitro está vinculado ao que foi decidido ou sumulado pelo STF. Para chegar a esse ponto, relativo à efetiva vinculação do árbitro, faz-se necessário ir além, adentrando na análise dos motivos que, de acordo com o sistema constitucional, legitimam a seguinte conclusão: os provimentos judiciais com assento constitucional realmente vinculam a atividade jurisdicional do árbitro.

Em suma, as decisões judiciais sobre questões constitucionais, emanadas do Supremo Tribunal Federal, são fontes do Direito brasileiro. Ao ajustarem sua opção pela aplicação do direito brasileiro, as partes do processo arbitral devem observar não só a lei, mas também a jurisprudência constitucional. Mas daí a afirmar que os provimentos constitucionais vinculam necessariamente os árbitros vai um longo caminho, que requer uma análise mais aprofundada dos fundamentos constitucionais que legitimam essa conclusão.

3.2. *A propósito do controle de constitucionalidade: os árbitros diante do STF*

3.2.1. *(In)constitucionalidade no controle abstrato*

“Le cas le plus simple est celui où la norme a été annulée: une loi par la cour constitutionnelle, un règlement par la juridiction administrative, par exemple. La norme est censée ne jamais avoir appartenu à l'ordre juridique, et l'arbitre ne devrait donc pas l'appliquer.”⁶⁹

As “decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante”⁷⁰. Essa regra constitucional, extraída

68. Os verbos “observar” e “vincular” não devem ser compreendidos como sinônimos. “Observar”, para efeito de provimentos judiciais, significa levar em consideração, não ignorar. Já “vincular” significa obrigar, ou seja, é mais do que “observar”. “Vincular” engloba “observar”.

69. MAYER, Pierre. L'arbitre international et la hiérarchie des normes, *Revue de l'Arbitrage*, nº 2, 2011, p. 377.

70. A Lei nº 9.868/1999, que regulamenta os procedimentos do controle de constitucionalidade por via de ação direta, dispõe o seguinte no seu art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

do art. 102, III, § 2º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, faz referência “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” como destinatários da eficácia vinculante e *erga omnes*, silenciando-se sobre os árbitros.

Se é incontroverso que a Constituição não se referiu textualmente à arbitragem, caberia dizer que os árbitros estão vinculados às decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei em controle abstrato? A resposta é afirmativa.

Em regra, a declaração de inconstitucionalidade tem como consequência a retirada da lei inconstitucional do ordenamento jurídico. Tecnicamente, a “declaração de inconstitucionalidade corresponde a uma declaração de nulidade da lei”, sendo atribuível a tal decisão eficácia retroativa (*ex tunc*)⁷¹. Adota-se, pois, a teoria da nulidade do ato inconstitucional (natureza declaratória)⁷², e não a teoria da anulabilidade, pela qual a decisão inconstitucional não macularia a lei desde o seu ingresso no mundo jurídico (natureza constitutiva)⁷³. A exceção à regra seria a modulação de efeitos, que poderá ser aplicada tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

Julgado procedente o pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ou improcedente o pedido da ação declaratória de constitucionalidade, “ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional”⁷⁴, que deixará de fazer parte do Direito nacional, pois contrária à Constituição Federal. Por decorrência desse efeito da inconstitucionalidade, não se poderá aplicar a lei inconstitucional, que será considerada inexistente a partir da declaração de sua desconformidade com as normas constitucionais pelo STF.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade alcançam a jurisdição arbitral. Eleito o Direito brasileiro pelas partes, não podem os árbitros aplicarem uma lei inconstitucional, pois essa lei terá sido afastada do conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro, em razão de sua inconstitucionalidade. Invocar uma lei inconstitucional, ignorando a decisão do STF em controle abstrato, é como aplicar uma lei inexistente. Algo que não existe, porque violador da Constituição, obviamente não pode ser invocado para fundamentar uma decisão jurisdicional, nem mesmo no âmbito da jurisdição privada.

Nesse contexto, se os árbitros aplicarem uma lei considerada inconstitucional para fundamentar sua sentença, por entenderem que não estão vinculados ao que o STF decidiu no controle por via principal, por exemplo, esse julgamento será equivalente ao julgamento por equidade e, não tendo as partes autorizado a decisão com base na equidade, a sentença arbitral que se fundamentar em lei inconstitucional destoará dos contornos da convenção

71. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.366.

72. “Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nulla”. (BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893, p. 47).

73. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 281.

74. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.492.

de arbitragem, podendo ser invalidada pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 32, IV, da Lei de Arbitragem. Mesmo que fosse admitido pelas partes o julgamento por equidade, não poderiam os árbitros ignorar a inconstitucionalidade de uma lei, pois a decisão *contra constitutionem* é intolerável em qualquer hipótese em um ambiente democrático e submetido aos ditames de uma Constituição Federal.

A falta de alusão à arbitragem no Texto Constitucional em nada altera essa conclusão. A inconstitucionalidade, por retirar a lei do ordenamento jurídico, sem nem mesmo necessitar da intervenção do Senado Federal, limitada que é ao controle difuso, impede que toda e qualquer pessoa, inclusive os particulares, pratiquem atos ou adotem comportamentos lastreados na lei inconstitucional. Um indivíduo não pode, por exemplo, celebrar um contrato com base em norma inconstitucional, assim como o Poder Judiciário, a administração pública e os árbitros não podem – muito menos devem – pautarem suas decisões em norma inconstitucional. A eficácia vinculante e *erga omnes* é, aqui, de ampla abrangência.

A vinculação dos árbitros à decisão de inconstitucionalidade no controle abstrato, portanto, advém da lógica do sistema constitucional, que não traz grandes complicações nesse quesito: lei inconstitucional é lei nula desde o seu nascedouro, pelo que não pode fundamentar, no sentido de dar legitimidade, atos decisórios ou justificar comportamentos sociais, independentemente de se estar diante de ambiente público ou privado. Pode até se argumentar que os árbitros não estariam vinculados aos fundamentos determinantes do acórdão do STF que declarou a inconstitucionalidade, por uma questão de liberdade e independência decisória, mas não há como escapar da vinculação destes ao dispositivo, que, ao fim e ao cabo, concretiza o resultado da ação direta julgada procedente, isto é, a inconstitucionalidade da lei afrontosa à Constituição⁷⁵.

A declaração de inconstitucionalidade pelo STF é a espécie de provimento judicial com assento constitucional que vincula a jurisdição arbitral de maneira mais incisiva. Não há como um árbitro aplicar a lei inconstitucional sob o fundamento de que, naquele caso, a lei seria constitucional. Uma postura desse tipo flertaria com a arbitrariedade, para dizer-se o mínimo, com perdão do trocadilho.

O máximo que poderia o árbitro fazer, diante de uma lei fulminada de inconstitucionalidade em controle abstrato, seria justificar que aquele dispositivo não se aplicaria ao caso concreto, mesmo que a decisão do STF fosse outra, no sentido da improcedência da ação direta. Mas jamais poderia o árbitro fundamentar sua decisão com base em lei inconstitucional, nem mesmo se assim quisessem as partes, pois a autonomia da vontade encontra limites diante da jurisdição constitucional, de modo a preservar a integridade da força normativa e da supremacia da Constituição.

75. A vinculação também aos fundamentos determinantes, entre outros casos, foi permitida, por maioria, no julgamento da Rcl nº 1.987-DE, no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Maurício Corrêa. A ideia seria vincular os julgadores não apenas à conclusão do acórdão, mas também às razões de decidir. Esse posicionamento, no entanto, ainda não é pacífico, conforme: ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 606-613. Anota-se que o referido autor se opõe à teoria da vinculação aos fundamentos determinantes.

Ademais, o acórdão do STF que reconhecer a constitucionalidade de uma lei, seja acolhendo a pretensão deduzida na ação declaratória, seja julgando improcedente a ação direta, vincula a jurisdição arbitral. O reconhecimento da constitucionalidade de uma lei nada mais é do que reafirmar a sua plena validade – saliente-se que as leis têm presunção de constitucionalidade. A declaração de constitucionalidade, em controle abstrato, torna verdadeiro e real aquilo que antes era mera presunção.

Entende-se, por isso, que os árbitros não devem realizar o controle difuso quando houver decisão do STF, em controle abstrato, chancelando a constitucionalidade de determinada lei⁷⁶. Cabe apenas à Suprema Corte, em outra circunstância e havendo fundamento para tanto, declarar a inconstitucionalidade da lei anteriormente tida por constitucional. Não há vinculação do Supremo Tribunal com relação às suas decisões de constitucionalidade, na medida em que “a inconstitucionalidade não se convalida, ela pode, a qualquer momento, ser arguida”, sendo que “admitir a vinculação do STF à sua decisão de constitucionalidade obrigaria à aplicação de leis que, em razão de alterações fáticas e históricas, tornaram-se inconstitucionais”⁷⁷.

O efeito vinculante das decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade não pode ser menosprezado pelo juízo arbitral, que está jungido aos provimentos da Suprema Corte em sede de controle pela via de ação, conforme a interpretação que aqui se considera mais adequada da Constituição. O efeito vinculante está “intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional” e decorre “do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais”⁷⁸.

A vinculação dos árbitros aos acórdãos proferidos pelo STF em sede de julgamento de ações constitucionais do controle abstrato (direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade) não se sustenta tão somente porque haveria um dever de obediência ao que o Poder Judiciário diz sobre determinada questão constitucional. Antes e mais importante do que isso, a vinculação a tais provimentos decorre da vontade constitucional, do que prevê a Constituição Federal, a partir de uma leitura conforme e não limitada ao seu texto.

76. Há uma diferença significativa entre a vinculação do árbitro à decisão de inconstitucionalidade e à decisão de constitucionalidade: de um lado, quando se trata de decisão de inconstitucionalidade, o árbitro fica proibido de aplicar na arbitragem uma lei que foi declarada nula, extirpada do direito brasileiro; de outro lado, diante de uma decisão de constitucionalidade, o árbitro apenas segue aplicando a lei que já aplicaria, em razão da presunção de constitucionalidade, havendo proibição apenas de realizar controle incidental sobre a mesma lei.

77. ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 643.

78. Trechos do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento da Rcl nº 1.987, rel. min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 1/10/2003, DJ 21/5/2004.

3.2.2. *A inconstitucionalidade no controle incidental e o papel do Senado Federal*

Desde a Constituição de 1934, o Senado Federal detém competência privativa para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, após o trânsito em julgado. Essa determinação está contida no art. 52, X, da Constituição de 1988 e aplica-se ao controle de constitucionalidade a ser exercido *incidenter tantum* pelo STF no julgamento de ação originária, recurso ordinário ou recurso extraordinário.

Como nessas hipóteses os efeitos da decisão sobre questão constitucional alcançam apenas as partes do processo, o STF, uma vez findo o processo subjetivo, envia ao Senado Federal o teor do acórdão que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, para que a Câmara Alta do Congresso Nacional realize o controle político da decisão e lhe confira, após isso, eficácia *erga omnes*. É justamente essa a finalidade do instituto da suspensão: conferir eficácia geral, isto é, fazer com que todos os submetidos ao sistema constitucional brasileiro sejam alcançados pelos efeitos da decisão do STF em controle incidental, como se a inconstitucionalidade tivesse sido proclamada em sede de ação direta, no bojo de um processo objetivo⁷⁹.

Havendo a suspensão da execução da lei inconstitucional, com a edição da resolução respectiva “estendendo *erga omnes* os efeitos da decisão e imprimindo-lhes estabilidade”, não poderia mais o STF nem qualquer outro órgão voltar a aplicar a norma “suspensa”, já que retirada do ordenamento jurídico por invalidade⁸⁰.

Ao receber o acórdão do STF, o Senado Federal, averiguando apenas as formalidades da decisão, deve emitir uma resolução suspendendo a execução, em todo o território nacional, da íntegra ou de parte da lei declarada inconstitucional. A suspensão do ato normativo inconstitucional “não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória”, o que significa dizer que “o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional”, sob pena de o ordenamento constitucional tolerar que o Poder Legislativo possa convalidar ato reputado inconstitucional pelo Poder Judiciário⁸¹, afrontando o princípio da separação dos Poderes⁸².

79. O Senado Federal, “ao suspender a execução da norma questionada, faz valer para todos o que era circunscrito às partes litigantes, confere efeito geral ao que era particular, em uma palavra, generaliza os efeitos de uma decisão singular”. (BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, abr./jun., 1976, p. 61).

80. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 44, nº 174, 2007, p. 18.

81. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 35.

82. Zeno Veloso refuta, com acerto, a posição que considera discricionária a competência do Senado para suspender lei declarada inconstitucional pelo Supremo: “Se o ato do Senado estiver inserido no universo da competência discricionária, portanto, com a liberdade de suspender, ou não, a execução de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal, fazendo um novo juízo sobre a inconstitucionalidade, estaremos admitindo que uma

Não poderia o Senado simplesmente ignorar o seu dever de emitir resolução tão logo receba a decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo STF. A omissão, proposital ou acidental, causa danos à sistemática constitucional, em especial porque faz com que os efeitos da decisão em controle por via incidental continuem limitados às partes litigantes, contrariando a lógica do instituto da suspensão.

Ressalvada essa posição, que parece a mais condizente com a Constituição, tem-se questionado a efetiva aplicabilidade do art. 52, X, da Constituição Federal no atual estágio do constitucionalismo brasileiro. Há quem defenda que não faria sentido o Senado emitir a resolução suspensiva acerca da lei declarada inconstitucional pelo STF em julgamento de recurso extraordinário, dado que o preenchimento dos requisitos para a caracterização da repercussão geral já seria o bastante para revelar a importância da decisão que se forma em decisões respaldadas por esse instituto⁸³.

Por essa vertente, seria crível admitir que a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional não tem mais a relevância que outrora teve, “sendo, hoje, inexpressivas, ressalvado seu efeito de publicidade, as consequências práticas que dele podem decorrer”⁸⁴. Isso adviria, em alguma medida, do entendimento de parcela dos juristas que defende a objetivação das decisões do STF no controle difuso⁸⁵.

Como já adiantado, discorda-se dessa opinião. A Constituição Federal brasileira “não equipara controle abstrato ao controle concreto e, por consequência, é defeso ao intérprete fazê-lo, mesmo – e principalmente – que esse intérprete seja o STF”, sendo certo que o Texto Constitucional “não deu poderes para o STF, em sede de controle concreto, de aniquilar a lei que entende inconstitucional, mas apenas o poder de, em assim reconhecendo, deixar de aplicá-la na solução da lide”⁸⁶.

Está expresso, no art. 52, X, da Constituição, que competirá privativamente ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional pelo STF. A interpretação gramatical deve ser prestigiada aqui, em reforço da supremacia da Constituição,

consideração exclusivamente política sobrepõe-se a uma verificação jurídica (e também política), comprometendo e diminuindo o papel do Pretório Excelso, perdendo sentido o art. 102, *caput*, da Constituição, que o designa como guarda da Lei Fundamental”. Em outra relevante passagem, ressalta o seguinte: “O Senado não tem uma opção de suspender a execução de parte da lei, se toda ela foi julgada inconstitucional; nem pode suspender a execução de toda a lei, cuja inconstitucionalidade somente em parte foi declarada. Ele suspenderá a execução em parte ou na totalidade, conforme tenha sido a decisão do Supremo Tribunal Federal. A atuação do Senado, portanto, é balizada pela extensão da sentença proferida pelo Pretório Excelso. Não pode ampliar, nem restringir”. (VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 62 e 65).

83. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 48-49.

84. *Id.*, p. 53.

85. A ideia de objetivação do controle de constitucionalidade difuso foi apresentada em voto do ministro Gilmar Mendes na Rcl nº 4.335-AC, em outubro de 2014, que propôs uma releitura do art. 52, X, da Constituição Federal.

86. NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 642.

embora tal interpretação possa não ser, por vezes, a melhor saída, mormente porque o direito está em constante evolução. Esse dispositivo não sofreu mutação constitucional (ao menos ainda não), pelo que não pode seu texto ser ignorado⁸⁷.

A atuação do Senado Federal diante da declaração de inconstitucionalidade pelo STF não está, salvo melhor juízo, restrita à publicidade da decisão. Pelo contrário: esse mister do Senado continua tendo o condão de atribuir eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões de inconstitucionalidade do STF em controle incidental. Tida por inconstitucional uma determinada lei pelo STF, é dever – e não poder discricionário – do Senado suspender, na medida do que foi decidido, a execução da lei inconstitucional, retirando-a do ordenamento jurídico.

A análise do instituto da suspensão pelo Senado Federal que ora se faz é importante para verificar se o árbitro estaria ou não vinculado à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle difuso, incidentalmente em um processo subjetivo. Não se pode deixar de lado, para que seja alcançada uma abordagem completa da temática, os efeitos da decisão do STF em controle difuso, ainda que os estudos sobre a arbitragem e os provimentos judiciais vinculantes, sob uma ótica constitucional, concentrem seus esforços no exame do controle abstrato e da súmula vinculante. E a solução, aqui, depende do peso que se dá à resolução do Senado, isto é, está intrinsecamente ligada à interpretação que se confere ao art. 52, X, da Constituição.

Essa questão poderia não ter sentido para aqueles que interpretam o citado dispositivo constitucional como revelador de mero dever de publicidade por parte do Senado quando diante da remessa, pelo STF, de uma decisão de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, parece indiscutível que a decisão de inconstitucionalidade em controle difuso – no julgamento de um recurso extraordinário com repercussão geral, por exemplo – bastaria, por si só, para vincular a jurisdição arbitral, tendo em conta a relevância da questão constitucional reconhecida pelo STF.

A interpretação contrária a essa, que parece fazer mais sentido, leva o raciocínio para outro rumo. Não há que se falar pura e simplesmente em vinculação do árbitro à decisão de inconstitucionalidade do STF proferida em sede de controle difuso, mesmo que tal decisão tenha se dado no bojo do julgamento de um recurso extraordinário, que tem como

87. Eduardo Talamini defende que a intervenção do Senado permanece sendo reconhecida como necessária para a eficácia *erga omnes*. O argumento definitivo nesse sentido seria dado pela instituição da súmula vinculante. A reflexão é de toda pertinente: “Que sentido faria a criação de um instituto, sujeito a rigorosos pressupostos (inclusive quórum qualificado), destinado a dar força vinculante ao entendimento externado sobre questão constitucional em ‘reiteradas decisões’ do Supremo Tribunal, se toda e qualquer decisão do Plenário da Corte já tivesse essa eficácia? Nos debates do julgamento da Rcl. 4.335, opondo-se à tese do Min. Gilmar Mendes, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa destacaram que a súmula vinculante presta-se precisamente a viabilizar a atribuição de eficácia vinculante a entendimento sobre matéria constitucional assente na Corte em sede de controle incidental. Até por isso, não é possível cogitar de uma mutação constitucional”. (TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira**: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direito. Tese (Livre Docência), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 243).

pressuposto principal de admissibilidade a demonstração da repercussão geral. Apesar de decisões dessa natureza serem de enorme valia para a ordem constitucional, cabendo ao árbitro observá-la (eficácia persuasiva), já que a jurisprudência é fonte do Direito, não se estaria, nessa situação hipotética, diante de uma efetiva vinculação do juízo arbitral.

Vinculação haveria se, e somente se, o Senado Federal, devidamente notificado pelo STF, suspendesse a execução da lei declarada inconstitucional por acórdão proferido pelo STF em sede de controle difuso.

A obrigatoriedade do árbitro frente a uma decisão de inconstitucionalidade em controle difuso advém de uma razão simples: suspensão a lei inconstitucional por resolução do STF, conforme impõe o art. 52, X, da Constituição, a referida lei não mais integraria o conjunto de normas jurídicas do direito brasileiro e, sendo este o direito aplicável à arbitragem, estaria o árbitro proibido de decidir com fundamento em lei que não mais subsiste, que não esteja em vigor na data de prolação da sentença arbitral, por exemplo.

Tal como se disse com relação à decisão de inconstitucionalidade em controle abstrato, ainda que não a partir da mesma *ratio*, a justificativa para vincular o árbitro reside na impossibilidade de, à luz do Direito brasileiro, decidir-se com base em lei não operante, que foi afastada, no caso, por decisão de inconstitucionalidade do STF e por resolução do Senado Federal dela decorrente, como manda a Constituição Federal. Nesse ponto, a legitimidade da vinculação do árbitro é fortalecida pela participação direta do Poder Legislativo na subtração da lei inconstitucional do ordenamento jurídico, o que não se vislumbra nas demais hipóteses já aventadas, nas quais entra em cena apenas o Poder Judiciário, representado pelo STF, o guardião da Constituição.

Portanto, o árbitro vincula-se à decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei em sede de controle difuso, independentemente se no bojo de ação originária ou em grau recursal, mas tal vinculação ocorrerá apenas se o Senado Federal, devidamente instado, suspender a execução da lei inconstitucional por meio de resolução, na forma do art. 52, X, da Constituição, com isso obrigando a todos que se sujeitam à ordem constitucional brasileira, inclusive a jurisdição privada, que não escapa da incidência das normas constitucionais, até mesmo porque a arbitragem compõe o modelo constitucional de processo.

O árbitro está vinculado à decisão de inconstitucionalidade em controle difuso a partir do momento da edição da resolução do Senado Federal afastando a execução da lei viciada. Se, por exemplo, o árbitro tomar ciência, por provocação das partes, do acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei aplicável à arbitragem, porém, o Senado jamais suspender a execução dessa lei, incorrendo em flagrante omissão, então o árbitro não estará vinculado, pois, da forma como se vê o problema, essa lei ainda estaria em vigor no Brasil, a autorizar os árbitros a decidirem com base nela. Ainda que não efetivamente vinculado, é imprescindível que o juízo arbitral pondere um provimento judicial dessa importância ao proferir sua sentença.

No caso da vinculação à inconstitucionalidade, não há como o árbitro ignorar que a lei inconstitucional está fora do ordenamento jurídico. Se de fato ignorar essa circunstância, inevitavelmente proferirá uma decisão por equidade que, se não for prevista pelas partes, poderá dar causa ao ajuizamento de ação anulatória de sentença arbitral, por desrespeito ao direito aplicável à arbitragem, no mínimo. De qualquer sorte, o julgamento por equidade não admite decisões *contra constitutionem*, pelo que mesmo cogitando de equidade seria

necessário que o árbitro não fundamentasse sua decisão em lei inconstitucional afastada do ordenamento jurídico por resolução do Senado Federal.

3.3. *A propósito das súmulas*

3.3.1. *Súmula vinculante*

A Emenda Constitucional nº 45/2004 instituiu a súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, introduzindo o art. 103-A à Constituição Federal. Uma das finalidades da instituição da súmula vinculante foi tentar “amenizar os problemas interpretativos de ordem constitucional por meio de um rígido esquema vertical, que compele órgãos jurisdicionais e Administração Pública à estrita observância da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal”⁸⁸.

O STF tem a faculdade de aprovar súmula que tenha por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas, “acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, conforme o § 1º do art. 103-A da Constituição. Essa faculdade somente poderá ser colocada em prática mediante a decisão de dois terços dos membros do Supremo e desde que, antes disso, tenha havido reiteradas decisões sobre a matéria constitucional em desatino.

A questão que se coloca neste tópico é a seguinte: estariam os árbitros vinculados aos enunciados de súmula vinculante do STF? Há vozes divergentes a esse respeito, mas aqui se defende que sim, os árbitros estão vinculados aos enunciados de súmula vinculante. Quem nega a vinculação dos árbitros às súmulas vinculantes costuma se situar entre os defensores da não vinculação dos árbitros aos provimentos judiciais. Por seu turno, quem sustenta a tese de que os árbitros estão vinculados a determinados provimentos judiciais, sobretudo aos de assento constitucional, como ora se faz, invariavelmente entende que a súmula vinculante obriga a atividade jurisdicional do juízo arbitral.

Para ilustrar o entendimento contrário especificamente à vinculação à súmula, Eduardo Parente consigna ser “de todo conveniente e esperado que o árbitro aplique, como o faz com a lei, a súmula vinculante”, embora reconheça que os árbitros não estão vinculados a tal entendimento sumular; apenas o juiz togado estaria⁸⁹. Afirmar não haver escapatória na hipótese de os árbitros deixarem de aplicar a súmula vinculante, haja vista que tal situação equivaleria à aplicação errônea do direito (*error in iudicando*)⁹⁰.

Ao invocar a soberania dos árbitros quanto à decisão sobre o mérito da lide, Eduardo Parente adverte que as partes que optam pelo processo arbitral devem estar cientes de que

88. DANTAS, Bruno. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. *Revista de Informação Legislativa*, ano 45, nº 179, jul./set. 2008, p. 180.

89. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 286.

90. *Id.*, p. 287.

estão sujeitas “a eventualmente não ter um julgamento conforme uma súmula vinculante que poderia lhe[s] favorecer”, o que também ocorreria com a própria lei. Escreve o referenciado advogado que a “parte escolhe com liberdade, com suas vantagens, mas também com riscos quanto à liberdade de julgar o mérito pelos árbitros”⁹¹.

Em sentido análogo, Júlia Dinamarco é peremptória ao dizer que o “respeito à Súmula Vinculante somente é obrigação, na acepção jurídica do termo, para os destinatários indicados no art. 103-A da Constituição, entre os quais não se incluem particulares e tampouco árbitros”⁹². Nada obstante, ela reconhece que a súmula vinculante, aplicando-se o Direito brasileiro à arbitragem, “será certamente valorizada pelos árbitros, e, não surpreendentemente, esses reconheceriam nela uma forte autoridade, para efeito de formação de convicção sobre a causa”, o que não se confundiria com a “hipotética sujeição dos árbitros ao teor da Súmula e com o dever de respeitá-la, acatando-a ao proferirem a sentença arbitral”⁹³.

Júlia Dinamarco ainda assevera que, sob uma perspectiva histórica, tampouco se poderia dizer que a súmula vinculante obrigaria a todos os cidadãos e as entidades indistintamente, pois isso implicaria uma interferência indesejada do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Legislativo, o que claramente não teria sido a “intenção do constituinte”.

Eduardo Talamini faz uma abordagem distinta da relação entre a arbitragem e a súmula vinculante. Para ele, o *busilis* residiria em saber se o Poder Judiciário, no exercício do controle da sentença arbitral, tem ou não de aplicar a súmula vinculante. Assim, o exame da questão já adotaria, como ponto de partida, a premissa de que o árbitro não estaria obrigado pela força vinculante da súmula, por não fazer parte do Poder Judiciário nem da Administração Pública⁹⁴.

O principal argumento a ser enfrentado a propósito do assunto é o da interpretação literal do art. 103-A da Constituição Federal. Dizer que o árbitro não está vinculado à súmula vinculante porque não consta ele explicitamente como destinatário da referida norma constitucional parece um tanto quanto simplista; trata-se de uma saída fácil para justificar algo complexo, que é a não sujeição do juízo arbitral à súmula vinculante. A interpretação gramatical tem sua importância na hermenêutica jurídica, mas deve ser vista com ressalvas, sendo essa – vinculação do árbitro à súmula – uma boa oportunidade de vê-la de tal maneira.

É verdade que o art. 103-A da Constituição faz referência textual apenas a “órgãos do Poder Judiciário” e “à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, não havendo qualquer alusão aos árbitros, à justiça privada, à arbitragem ou expressão equivalente. Também é verdade que, em 2004, quando da promulgação da

91. *Ibid.*

92. DINAMARCO, Júlia. Os árbitros e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista; CARMONA, Carlos Alberto (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 69-70.

93. *Ibid.*

94. TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira**: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto. Tese (Livre Docência), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 169.

Emenda Constitucional nº 45, que trouxe a súmula vinculante para dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem já era uma realidade no Brasil, embora ainda estivesse em fase embrionária, pouco tempo depois da decisão do STF que decretou a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.307/1996, nos idos de 2001.

Todavia, esses fatores não contribuem decisivamente para afastar da arbitragem o necessário respeito à súmula vinculante editada pelo STF.

A referência constitucional a órgãos judiciais pode ser lida como “órgãos jurisdicionais”, definição na qual se encaixam os árbitros, dotados que são de jurisdição, como é incontroverso. Se o árbitro é juiz de fato e de direito, exercendo poder jurisdicional, e se a sentença arbitral é equivalente à sentença do juiz togado, sendo ambas título executivo judicial, não há explicação plausível para que apenas o juiz estatal se vincule à súmula vinculante, e não o árbitro⁹⁵.

O Direito brasileiro é um só tanto no Poder Judiciário quanto na arbitragem. Não há um ordenamento jurídico brasileiro vigente para a resolução de disputa com uso do aparato estatal e outro reservado à justiça privada, ambiente em que quase tudo seria admitido com supedâneo na autonomia da vontade e na flexibilidade. Destarte, a interpretação conforme a Constituição do art. 103-A é aquela segundo a qual os árbitros estão inseridos no contexto de vinculação à súmula vinculante do STF.

A vinculação dos árbitros, ao revés da vinculação do Poder Judiciário e da administração pública, que é direta, dá-se de forma indireta, tendo em vista que, conforme se defende neste trabalho, o descumprimento da súmula vinculante pelo juízo arbitral não abre caminho para a propositura de reclamação. A vinculação indireta configura mais um elemento que fragiliza a interpretação puramente gramatical do art. 103-A, uma vez que apenas se obrigam diretamente a tal comando constitucional os órgãos judiciários e a administração pública, estes sim sujeitos à via reumatória.

Essa ideia vai ao encontro do ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco. Em seu raciocínio, como o art. 103-A da Constituição Federal impõe uma “vinculação muito ampla, indo além do Poder Judiciário para atingir os órgãos de outro Poder (Administração Pública)”, seria legítimo inferir, como de fato é, “que *a fortiori* também os árbitros se reputam sujeitos a esse efeito vinculante, sendo obrigados a acatar tais decisões superiores em seus laudos”⁹⁶. O citado jurista enfatiza que os árbitros não são mesmo órgãos judiciários, não integram os quadros do Poder Judiciário ou do Estado, “mas lidam com interesses alheios e exercem *poder-jurisdicional* sobre as partes, donde resulta que devem submeter-se às normas superiores do País, a bem da segurança jurídica e da uniformidade da interpretação da ordem constitucional”⁹⁷.

No mais, Cândido Rangel Dinamarco afirma, com inegável acerto, que seria “assistemático e arbitrário fazer uma distinção para vincular alguns órgãos encarregados do

95. BEREZOWSKI, Aluísio. *Ação anulatória de sentença arbitral: pressupostos e limites*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 193.

96. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 213; itálico no original.

97. *Ibid.*; itálico no original.

exercício da jurisdição, os juízes, e não vincular outros, que são os árbitros”, distinção essa que, além de indevida, por ser assistemática e arbitrária, “seria fator de abalo à própria tese do *caráter jurisdicional da arbitragem*, ficando-se a meio caminho entre seu reconhecimento e sua recusa”⁹⁸. No limite, haveria ofensa ao princípio constitucional da isonomia, discriminando a completude do ordenamento jurídico com base na escolha do mecanismo de solução de lides.

A sujeição dos particulares à súmula vinculante, também de forma indireta, é outro fator que corrobora a vinculação dos árbitros à súmula, a despeito de, mais uma vez, nenhuma alusão a “particulares” haver no art. 103-A. Vinculam-se indiretamente os particulares porque, “[u]ma vez que todos os órgãos estatais aplicadores do direito estão submetidos à força vinculante, toda disputa, conflito, dúvida, que envolva a questão sumulada e que os particulares submetam àqueles órgãos terá de ser decidida em conformidade com a súmula”⁹⁹.

Viu-se que a súmula vinculante pode ter por objeto a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas, da Constituição ou da legislação ordinária. Nesse sentido, poderá “conferir eficácia geral ao entendimento do STF sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais (ou mesmo de emenda à Constituição)” ou “fixar a interpretação e o alcance que devem ser conferidos a determinado enunciado normativo, incluindo os artigos da própria Carta”¹⁰⁰.

Sintetizando essa ideia: as súmulas têm por finalidade veicular a orientação do STF acerca de qualquer questão constitucional. E assim é porque, “estabelecida uma interpretação vinculante para determinado enunciado normativo, a consequência será a invalidade de qualquer ato ou comportamento que lhe seja contrário, oriundo do Poder Público ou mesmo de particulares”¹⁰¹.

Estando até mesmo os particulares vinculados ao teor da súmula vinculante, como aqui se sustenta, não se vislumbra, do ponto de vista jurídico-constitucional, como o juízo arbitral poderia estar livre de seguir a súmula vinculante. Não faz sentido admitir, de um lado, que os atos dos particulares contrários à súmula vinculante devam ser reprimidos pelo Poder Judiciário, mas, de outro lado, permitir que os mesmos atos dos particulares afrontosos à súmula vinculante, que nada mais é do que a interpretação do STF sobre um tema de matiz constitucional, sejam acatados pelos árbitros como não afrontosos ao direito brasileiro, tão somente porque se estaria diante de um ambiente privado de resolução de conflitos.

As arbitragens entre particulares e entes da Administração Pública são bons exemplos para demonstrar a coerência do argumento. Suponha-se que a súmula vinculante não

98. *Ibid.*; itálico no original.

99. TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direito. Tese (Livre Docência), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 168.

100. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 116.

101. *Ibid.*

alcançasse os árbitros nem os particulares, porque não constam eles do texto do art. 103-A da Constituição, porém alcançasse os entes da administração pública, pois esses, ao contrário, estão referenciados no aludido dispositivo constitucional. Na hipótese de a União Federal, como requerida da arbitragem instaurada contra ela por um particular, arguir a inconstitucionalidade de determinada norma aplicável ao processo arbitral por força de um enunciado de súmula vinculante, não poderiam os árbitros aplicar a súmula vinculante ao fundamento de que o juízo arbitral e os particulares a ela não se submetem? A resposta só pode ser negativa. Não cabe cindir o alcance da súmula vinculante em virtude do método escolhido para resolver uma lide.

É preciso lembrar que a súmula vinculante, “ao contrário do que ocorre no processo objetivo”, “decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental”, sendo vedada a edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada¹⁰². Ou seja: a súmula vinculante condensa em um enunciado geral e abstrato, com eficácia de norma constitucional, a interpretação que o STF atribui a uma norma determinada, à luz da Constituição Federal.

Por isso, o necessário respeito dos árbitros à súmula vinculante decorre também, e principalmente, do fato de ser a súmula vinculante a expressão do que o STF decidiu reiteradas vezes em controle incidental de constitucionalidade. Sob esse prisma, a obrigação de os *árbitros* obedecerem a súmula vinculante é uma consequência lógica do sistema constitucional brasileiro, em que a Constituição Federal é dotada de eficácia normativa. A vinculação do juízo arbitral à súmula “constitui uma imposição da supremacia da Constituição Federal sobre toda a ordem jurídica nacional”¹⁰³.

Além disso, a súmula vinculante, como enunciado geral e abstrato, no que se assemelha à lei, consiste no resumo dos julgados do STF que deram ensejo à sua edição. Assim, a aplicação da súmula vinculante não escapa à análise detida das decisões anteriores que levaram o STF a sumular o entendimento sobre determinada norma constitucional. Obviamente, um enunciado de uma ou duas linhas não concentra toda a fundamentação jurídica que ensejou a promulgação da súmula vinculante.

Provimentos judiciais vinculantes são, antes de tudo, textos normativos¹⁰⁴. A súmula vinculante consiste no teor literal do enunciado normativo e, enquanto tal, deve ser objeto de interpretação por aquele que irá aplicá-la ao caso. É tão somente mediante o exercício interpretativo que poderá se extrair do texto da súmula vinculante (provimento judicial vinculante) a efetiva norma que incidirá à hipótese concreta. Os árbitros, embora efetivamente vinculados, deverão interpretar o verbete sumular para verificar se, no caso concreto, naquela específica arbitragem, a norma que se extrairá da súmula vinculante tem ou não aplicação prática.

102. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.116.

103. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 213.

104. ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1.151.

Poderá o árbitro, então, afastar a utilidade da súmula vinculante para uma causa, desde que apresente as razões fáticas e jurídicas que o levaram a chegar a tal conclusão. Isso tem chances de ocorrer, por exemplo, quando a súmula vinculante invocada por uma das partes tiver traços distintivos com relação ao caso em julgamento que justificariam a sua não aplicação. Por tratar-se de súmula vinculante, provimento judicial com assento constitucional, de que decorre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, o ônus argumentativo do árbitro é tão importante quanto se estivesse ele justificando o porquê de uma lei não se aplicar à resolução do litígio arbitral.

Tal observação é de suma relevância para o processo arbitral, porque a vinculação dos árbitros à súmula não significa dizer que devam eles simplesmente aplicar o enunciado sumular (texto normativo) à espécie sob julgamento, como se lhes fosse tolhido o direito ao livre convencimento. A vinculação dos árbitros não implica uma atividade cognitiva mecânica, de mera subsunção do verbete sumular aos fatos do caso concreto. Estar abrangido pela eficácia *erga omnes* e vinculante da súmula de maneira alguma compromete a atividade intelectual e decisória dos árbitros, que são livres e independentes para decidir as disputas para as quais foram nomeados como julgadores privados. Acontece que a liberdade cognitiva do árbitro está limitada pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Com efeito, os árbitros estão vinculados à súmula vinculante, mormente porque a arbitragem se submete ao modelo constitucional do processo, que tem como viga mestra a Constituição Federal, cujo art. 103-A fala na eficácia para todos e vinculante da súmula aprovada em circunstâncias deveras específicas pelo STF. Sem embargo, a vinculação à súmula não recrudescer a liberdade interpretativa dos árbitros, que devem compreender o enunciado sumular antes de aplicá-lo ou de rejeitá-lo, sempre fundamentando as razões de adotar uma ou outra saída.

3.3.2. *Súmula persuasiva*

As súmulas são “enunciados sintéticos da jurisprudência de um tribunal, nos quais se refletem linhas de decisões reiteradamente tomadas sobre determinados pontos de direito”, daí por que podem ser vistas enquanto verdadeiras “*máximas da jurisprudência*, úteis para orientar as partes, advogados e tribunais subordinados, dada a disposição, que o tribunal anuncia ao emití-las, de prosseguir decidindo conforme o enunciado nelas contido”¹⁰⁵.

Ao lado da súmula vinculante, é lícito falar “em súmulas persuasivas ou não vinculantes, porque se destinam a influir na convicção do julgador, convidando-o ou induzindo-o

105. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 276; itálico no original. No mesmo sentido ver: CIMARDI, Cláudia Aparecia. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 300.

a perfilhar o entendimento assentado”¹⁰⁶. A locução “persuasiva” pode ser traduzida como “uma regra de relevância jurídica, mas caracterizada por uma potencial mobilidade”¹⁰⁷.

Diferentemente da súmula vinculante, a súmula persuasiva do STF não vincula os árbitros.

Inexiste disposição constitucional apta a autorizar a vinculação dos árbitros também às súmulas persuasivas. Deve-se, aqui, separar o joio do trigo, distinguindo a função e a relevância de uma e de outra espécie de súmula. À época da criação da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a súmula persuasiva já era aplicada no direito brasileiro, de modo que é evidente que a Constituição, ao prever um regramento específico para atribuir à súmula eficácia geral e vinculante, não quis equiparar a súmula vinculante à súmula persuasiva. A lógica é inversa: quis-se nitidamente separar uma da outra.

O verbete sumular sobre questão constitucional, editado pelo STF, no que for aplicável ao processo arbitral, constitui “valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos”, a despeito de não haver efetiva vinculação dos árbitros à súmula persuasiva¹⁰⁸. O árbitro tem “livre escolha para aplicar a súmula persuasiva nos casos a ele submetidos, por meio da arbitragem, desde que forme o seu convencimento de forma livre e fundamentada”, mas é fato que “a súmula persuasiva é argumento importante para a persuasão racional” dos árbitros, pois, no limite, integra a fonte do direito brasileiro, ainda que de forma secundária¹⁰⁹.

4. Três conclusões

Este artigo contempla três conclusões extraídas da necessária e indiscutível relação entre o processo arbitral e a jurisdição constitucional.

Em *primeiro lugar*, os árbitros estão vinculados aos acórdãos do STF nos julgamentos de ações direta de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade. Quando uma lei é declarada inconstitucional, ela é removida do ordenamento jurídico brasileiro, o que impossibilita que os árbitros a invoquem para fundamentar suas decisões. De igual modo, em razão de sua eficácia vinculante, a declaração de constitucionalidade impede que o árbitro declare a inconstitucionalidade da lei de maneira incidental no processo arbitral.

Em *segundo lugar*, os árbitros estão vinculados à súmula vinculante do STF. Ainda que o art. 103-A da Constituição não faça referência explícita aos árbitros, a lógica constitucional

106. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 430.

107. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 153.

108. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 277. No mesmo sentido: BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei no 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 646.

109. CAMARGO, Júlia Schledorn de. *A influência da súmula persuasiva e vinculante dos tribunais superiores brasileiros na arbitragem*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 162.

permite concluir que as súmulas vinculantes também os obrigam. Afinal, árbitro é juiz de fato e de direito. Tal norma constitucional é inequívoca ao prever que a súmula terá eficácia *erga omnes* e vinculante, o que inclui a jurisdição arbitral e até mesmo os particulares. De outra sorte, as súmulas persuasivas não vinculam os árbitros.

Em *terceiro lugar*, os árbitros não estão vinculados às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em controle difuso. O controle de constitucionalidade exercido no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral vincula os árbitros quando o Senado Federal, em obediência ao art. 52, X, da Constituição Federal, suspende a eficácia da lei declarada inconstitucional. Quando a eficácia da lei é suspensa, ela desaparece do ordenamento jurídico e os árbitros podem usá-la como fundamento de suas decisões nas arbitragens que envolvem o Direito brasileiro.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO E SUBMISSÃO DE “TERCEIROS” À ARBITRAGEM (A QUESTÃO DOS ADMINISTRADORES DE FUNDOS DE INVESTIMENTO)

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI¹

Entre as normas introduzidas pela denominada Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/96) destaca-se a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, como, com todas as letras, dispõe o art. 31: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.²

Infere-se, de logo, que o legislador atribuiu natureza publicística ao juízo arbitral, consubstanciado em equivalente jurisdicional, por opção das partes. A despeito de ser instituído por meio de um instrumento negocial de cunho privado (convenção arbitral), o desenrolar do processo de arbitragem é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal.

Nesse sentido, verifica-se que os requisitos estruturais da sentença arbitral são exatamente os mesmos exigidos pela legislação processual civil (art. 489): relatório, motivação (na qual deverão ser examinadas questões de fato e de direito, aludindo expressamente se os árbitros julgaram por equidade) e o dispositivo (no qual os árbitros resolverão a matéria que lhes foi submetida e estabelecerão o prazo para cumprimento da decisão) (art. 26 da Lei n. 9.307/96).

-
1. Professor Titular Sênior da Faculdade de Direito da USP. Ex-Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídica. Advogado.
 2. A anterior regulamentação, regradada na redação original do CPC de 1973, estabelecia que, após o laudo arbitral ser proferido, para que pudesse ser exigido seu cumprimento, ter eficácia e força executiva quando fosse condenatório, seria necessária a confirmação pelo Judiciário, em sede de ação de homologação de laudo arbitral (cf. Selma M. Ferreira Lemes, *A sentença arbitral entre as partes e em relação a terceiros*, palestra proferida no Curso de Práticas Arbitrais: A arbitragem como meio de solução de conflitos, na AASP, em 28-11-2002, e publicada na Revista Consultor Jurídico, ed. de 23-12-2002).

Importa também frisar que o procedimento da arbitragem, a teor do art. 21, § 2º, deverá ser informado, não só pela imparcialidade e pelo livre convencimento motivado dos árbitros, mas, ainda, pelos princípios do contraditório e do tratamento paritário das partes.

Esclarece, a respeito, Humberto Theodoro Júnior que: “a garantia do devido processo legal com os consectários do contraditório e da ampla defesa são, modernamente, direitos assegurados no plano constitucional, o mesmo ocorrendo com a exigência de motivação de todas as decisões judiciais (CF, arts. 5º, LIV e LV, e 93, IX). Por isso, qualquer que seja o procedimento a prevalecer no juízo arbitral esses preceitos fundamentais nunca poderão ser descurados pelos árbitros, sob pena de nulidade. A matéria é de ordem pública e não se sujeita à disponibilidade negocial na convenção de arbitragem. Sobre o tema, a lei brasileira é expressa: ‘serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da impessoalidade do árbitro e de seu livre convencimento’ (art. 21, § 2º)”.³

Para a concretização da arbitragem é exigida uma convenção particular, pela qual as partes concordam em submeter a decisão do litígio a um árbitro. Observa-se, destarte, que a convenção de arbitragem é delimitada, sob o aspecto subjetivo, em princípio, pelas pessoas que firmam a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral.

Como a arbitragem se circunscreve aos limites do contrato celebrado entre as partes e entre elas e o árbitro, suas extensões subjetiva e objetiva não podem manifestar-se senão entre os contratantes. A legitimidade de parte para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar, ou seja, chamado a integrar a arbitragem, condiciona-se à própria convenção arbitral. Pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio: “sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que celebraram a convenção arbitral”.⁴

3. *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*, Revista de Direito Bancário, v. 14, 2001, p. 375. Consulte-se, ainda, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., p. 252-253; e p. 327-328; Edoardo Ricci, *O contraditório na arbitragem de equidade*, Lei de arbitragem brasileira, São Paulo, Ed. RT, 2004, p. 149.

4. Cf. Theodoro Júnior, *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*, cit., p. 373-374; que, complementando o raciocínio, assevera: “se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá naturalmente dentro da força contratual. Se, contudo, o terceiro, que se deseja incluir no processo, não firmou o ajuste, sua inserção no litisconsórcio, ainda que necessário, somente se tornará possível se ele consentir em aderir ao compromisso. Havendo, pois, recusa de sua parte, o árbitro não terá força para submetê-lo à relação processual. Se o caso for de litisconsórcio facultativo, o procedimento da arbitragem terá de prosseguir só com as partes vinculadas à convenção arbitral. Se for necessário o litisconsórcio, só restará ao árbitro encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem. Proferirá sentença terminativa na esfera arbitral, para que a lide possa ser resolvida pelo Poder Judiciário. Diante do caráter voluntário da arbitragem, falece à parte e ao árbitro o poder de impor ao terceiro toda e qualquer espécie de arbitragem forçada. Em relação a quem não é parte da convenção, cabe ao árbitro ouvi-lo, mas não convocá-lo a se submeter a um *imperium* que não existe”. V., ainda, em senso análogo, Antonio de Pádua Soubhie Nogueira, *Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem* (Lei 9.307/96):

Não obstante, em algumas situações, especialmente na área do direito societário, já enfrentadas pela nossa doutrina e pelos nossos tribunais, sobretudo a partir do conhecido caso *Trelleborg Brasil*, tem sido reconhecida a legitimidade para se submeter à cláusula compromissória mesmo daquele que não é signatário do contrato ou de outro documento no qual vem ela prevista.

Prevalece, nessas hipóteses, o denominado “consentimento tácito”, que decorre da própria lógica dos negócios e da posição contratual assumida pela parte. No precedente *Trelleborg*, o Tribunal de Justiça de São Paulo, há mais de 15 anos, considerou que não havia exigência de assinatura, pela *holding* do grupo empresarial, no contrato no qual se convencionou a cláusula compromissória para sujeitá-la à arbitragem, quando comprovado que participou ativamente do negócio jurídico, desde a sua tratativa preliminar até a sua execução.⁵

Nessa direção, no contexto da reforma da Lei de Arbitragem, entre outras alterações, tendo presente as sociedades anônimas, foi incluído, em 2015, na Lei n. 6.404/76, o art. 136-A, pelo qual todos os acionistas passaram a ficar vinculados à convenção de arbitragem inserida no estatuto da companhia – como já defendia a melhor doutrina –, assegurado o direito de retirada do acionista dissidente.

A opção do legislador foi, na verdade, a de explicitar tal submissão, a partir da prevalência do princípio majoritário “como regra fundamental para a regência das relações entre os acionistas”.⁶

Atualmente, essa questão encontra-se pacificada, inclusive na esfera das sociedades limitadas – muito embora na respectiva legislação não haja previsão similar à do art. 136-A, da Lei n. 6.404/1976 –, como se extrai, v.g., de recente precedente da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.230.431/SP, da relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, no qual restou decidido que: “A cláusula compromissória arbitral, inserta no contrato social por ocasião da constituição da sociedade, como *in casu*, ou posteriormente, respeitado o quórum legal para tanto, sujeita a sociedade e a todos os sócios, atuais e futuros, tenham estes concordado ou não com tal disposição, na medida em que a vinculação dos sócios ao conjunto de normas societárias (em especial, do contrato social) dá-se de modo unitário e preponderante sobre a vontade individual eventualmente dissonante”.

Como bem ressalta, em monografia específica, Renato Fernandes Coutinho⁷, o mais importante, na realidade, é saber se determinado sujeito não signatário da cláusula compromissória está ou não a ela atada. Tal perquirição é realizada a partir de sua declaração

breve análise de pontos controvertidos, Revista dos Tribunais, v. 780, 2000, p. 83-84; Joel Dias Figueira Júnior, *Arbitragem, jurisdição e execução*, São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 259.

5. V., a propósito, Paula Butti Cardoso, *Limites subjetivos da convenção de arbitragem*, Virtual Books, 2017.

6. Cf. Ricardo de Carvalho Aprigliano, *Sociedades limitadas e arbitragem: possibilidade, abrangência e vinculação dos sócios*, Arbitragem e outros temas de direito privado – Estudos jurídicos em homenagem a José Emílio Nunes Pinto, São Paulo, Quartier Latin, 2021, pág. 472.

7. *Convenção de arbitragem – vinculação de não signatários*, São Paulo, Almedina, 2020.

negocial ou de seu comportamento. Desse modo, a eficácia da convenção arbitral lhe é aplicável, por *vinculação própria*, mas não por mera extensão.

E tal fenômeno, segundo a lúcida explicação de Carlos Alberto Carmona, exposta em parecer inédito, “aplica-se ao administrador de companhia cujo estatuto estabeleça convenção arbitral para a resolução de litígios decorrentes das posições jurídicas ali estabelecidas. A assunção da posição de administrador é ato voluntário, e não pode contar com reservas mentais silenciadas relativamente ao acatamento do método heterocompositivo que acompanha o direito material a que se vincula”.

De todo coerente, a propósito, a analogia que se pode traçar entre o estatuto das sociedades anônimas e do regulamento de fundos de investimento, quando prevejam cláusula compromissória, aos quais aderem não apenas acionistas e cotistas, como, à toda evidência, em posição simétrica, respectivamente, os controladores, administradores e gestores. Isso sem olvidar que, no caso dos fundos de investimento, existe uma circunstância adicional: a de que o seu administrador *efetivamente subscreve* o regulamento, ao contrário do que ocorre com os administradores de sociedade, que não participam da elaboração de seu estatuto e não assinam o documento.

Ademais, já no que se refere aos fundos de investimentos, a experiência revela que as desavenças ocorrem, em regra, entre o administrador e o gestor e os respectivos cotistas. E as regras contratuais que regem essa relação jurídica estão previstas, justamente, no regulamento, documento que estabelece qual será a “política de investimentos” que balizará a gestão dos recursos dos investidores (Instrução CVM 409, art. 41, § 6º, reprimada pela Instrução CVM 555/2014).

É exatamente para dirimir eventuais conflitos eclodidos entre esses atores, então, que se justifica a inserção da cláusula compromissória de arbitragem no regulamento de um fundo de investimento.

Não faz sentido algum restringir, sob a ótica subjetiva, a eficácia da convenção arbitral quando, na verdade, o administrador, em um primeiro momento, e, na sequência, o gestor, aceitaram cumprir as obrigações minudentemente regidas no próprio regulamento, sem quaisquer ressalvas.

Com relação ao administrador, vale repetir, a manifestação de seu inequívoco consentimento ocorre mediante a própria elaboração do regulamento, necessariamente realizada por ele.

Sobre essa questão, há expressivo precedente que enfrentou o tema, como se infere do julgamento da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao ensejo do julgamento da Apelação n. 0059645-84.2019.8.19.0001, que reconheceu a submissão à cláusula compromissória de arbitragem, estipulada no Regulamento do fundo de investimento, da respectiva gestora.

Vale transcrever o seguinte trecho do acórdão: “O fundo em questão é regido por um Regulamento o qual prevê que qualquer litígio relacionado ao Fundo, bem como a interpretação e/ou execução do ali exposto será solucionado por arbitragem, nos termos do art. 1º da Lei 9.307/96. De igual modo, foi celebrado entre as partes Contrato de Gestão de Carteira de Fundo de Investimento em Participação no qual, na cláusula 10.9, as partes elegeram o foro Central do Rio de Janeiro como o competente para dirimir dúvidas e questões oriundas daquele instrumento. A aí instaurou-se a controvérsia. A sentença afastou a cláusula de

arbitragem, entendendo que o Regulamento não foi assinado pela apelada, que seria ali terceira, e que, uma vez que tal cláusula deve ser convencionada, não se oporia à apelada, mas sim a regra do contrato de gestão. O exame dos dois documentos em questão deixa claro que o Regulamento do Fundo é o instrumento que o institui, disciplinando de forma completa e minuciosa o seu regramento, incluindo as obrigações e o âmbito de atuação do Administrador e do Gestor. Não resta dúvida que tal documento, peça pilar do Fundo, foi elaborado pelo Administrador e pela Gestora, ora apelada, que é de fato a protagonista da atividade, porquanto é quem realiza as operações com os ativos da carteira, incluindo as decisões sobre os investimentos destes (...) O litígio que se coloca neste feito diz respeito à exigibilidade da remuneração da apelada e que é negada pela ré ante a alegação de que a primeira não cumpriu regularmente suas obrigações de gestora as quais, repita-se, estão assentadas de forma basilar no Regulamento (...) A falta de assinatura, tanto da Gestora como da Administradora, se coaduna com a natureza do Regulamento que é um ‘ato regra’ onde são estabelecidas norma de funcionamento, no caso do Fundo em referência, que devem ser cumpridas por seus idealizadores e operadores, bem como pelos cotistas. (...) Forçoso, pois, concluir que o conflito posto nos moldes retro definidos por sua magnitude, qual seja o descumprimento dos deveres do gestor com a consequente suspensão da remuneração, deverá ser dirimido pela Corte Arbitral conforme estabelecido pelo Regulamento do Fundo. As questões mais específicas atinentes à gestão que foram deslocadas para o contrato de gestão e que não constam do Regulamento deverão, então, seguir a regra de eleição de foro ali indicada, bem como as medidas judiciais não comportadas pela arbitragem, como execução ou anulação da sentença arbitral...”.

Assim, com fundamento nesta exemplar *ratio decidendi*, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro anulou a sentença e julgou extinto o processo sem resolução do mérito.

Esse acórdão foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça (3ª T., AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.987.392/RJ, rel. Min. Moura Ribeiro), que entendeu não existir violação à legislação federal em decorrência do fato de o Tribunal de origem ter assentado que o gestor se submete à cláusula compromissória prevista no regulamento, a despeito de não assinar o documento.

Saliente-se, por outro lado, que, proferida a sentença arbitral, não há previsão legal para que seja ela submetida a qualquer reexame. Ela é irrecorrível (art. 18, Lei n. 9.307/96). Excetuando-se a regra do art. 30 da Lei n. 9.307/96, que autoriza pedido de correção de erro material ou de esclarecimento acerca de omissão, dúvida ou contradição da sentença arbitral, irrompe ela definitiva.

Todavia, o art. 33, também da Lei n. 9.307/96, possibilita o ajuizamento, pela parte interessada, de ação visando à anulação do ato decisório arbitral, com arrimo num dos fundamentos catalogados no precedente art. 32. Essa demanda poderá ser proposta, perante o Judiciário, no prazo decadencial de 90 dias, a contar do recebimento da notificação da respectiva sentença, devendo ser processada pelas regras do procedimento comum ordinário.

Aduza-se que, sendo de sinal condenatório a sentença, o vício que a inquina é passível de ser arguido pela via da impugnação, nos termos dos arts. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem, e 525 do Código de Processo Civil, ao ensejo da execução do título executivo (art. 515, VII, CPC).

Decorrido o lapso de 90 dias, a sentença arbitral torna-se imutável em relação às partes e a seus sucessores.⁸ A sucessão (universal ou singular) enseja a transferência ao sucessor de todas as posições jurídicas ativas e passivas do sucedido, sendo de ressaltar que, na sucessão *inter vivos*, o conhecimento da pendência da arbitragem ou da sentença arbitral, pelo sucessor, que por alguma razão não substitui o transmitente no procedimento da arbitragem, é fundamental para que ele fique vinculado à coisa julgada.⁹

Tendo-se em vista os limites subjetivos da convenção arbitral, não há como se admitir que a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença possa atingir terceiros. Ressalta, outrossim, Theodoro Júnior que: “a jurisprudência brasileira já teve a oportunidade de enfrentar o problema e assentou: a) a convenção arbitral vinculante ‘somente é válida e eficaz em relação às partes contratantes’; e b) em havendo litisconsorte que não subscreveu a convenção arbitral não pode ser constrangido a aderir ao ‘negócio de que não participou’”.¹⁰

A propósito desse tema, cumpre ainda esclarecer que a sentença arbitral é considerada inválida quando restarem violados o contraditório e a igualdade das partes. É a regra do inc. VIII do art. 32: “É nula a sentença arbitral se: ... VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”.¹¹

Assim, em conclusão, a sentença arbitral que acarrete prejuízo jurídico a um terceiro é passível de ser contestada perante o Poder Judiciário.

Afirme-se, de logo, que, sendo condenatória a sentença arbitral, o terceiro que for atingido pela respectiva eficácia, poderá oferecer impugnação (arts. 33, § 3º, da Lei n. 9.307/96, c.c. art. 525 do CPC) no momento processual em que estiver sofrendo, *in concreto*, tais efeitos.

A ação rescisória, segundo a clara exposição de Flávio Yarshell, não é cabível para desconstituir o julgamento de mérito proferido pelo árbitro, porque os mecanismos de controle jurisdicional dele já se encontram previstos na própria lei especial. Na verdade, é como se a ação rescisória da sentença arbitral estivesse regulada pelo citado art. 33, a excluir, portanto, o remédio do Código.¹²

8. Examinando o texto legal brasileiro, afirma Edoardo Ricci que: “A sentença arbitral com trânsito em julgado não pode mais ser impugnada. Depois do trânsito em julgado, a imutabilidade de seus efeitos é absoluta, porque não cabe ação rescisória... a celeridade da arbitragem não diz respeito somente ao procedimento, mas também à produção dos efeitos da tutela definitiva, bem como de sua imutabilidade” (*Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem*, Lei de Arbitragem brasileira, cit., n. 4, p. 201; Revista de Processo, n. 93, 1999, p. 52-53).
9. A exemplo do que ocorre com a alienação da coisa ou do direito litigioso durante ou após a pendência do processo judicial, também no âmbito da arbitragem não se descarta a existência de situação na qual deva ser ressalvada a boa-fé do terceiro adquirente, podendo este furta-se à eficácia da sentença arbitral por meio dos remédios previstos na Lei n. 9.307/96.
10. *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*, cit., p. 379.
11. V., a respeito, Joel Dias Figueira Júnior, *Manual da arbitragem*, n. 49, São Paulo, Ed. RT, 1997, p. 186.
12. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, n. 66, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 204-205. Embora não examinando o problema do terceiro no contexto da arbitragem, Flávio Yarshell não afasta a legitimação do Ministério Público, por analogia da regra do art. 967, III, do CPC,

Não sujeito aos termos da convenção de arbitragem, o terceiro prejudicado legitima-se a demandar a anulação da sentença arbitral, com fundamento no art. 32, VIII, da Lei de Arbitragem.

Bibliografia



para pleitear a desconstituição da sentença arbitral por ato fraudulento, destacando que, em tal hipótese, “o que justifica a iniciativa do MP é a fraude à lei, pouco importando decorra ela de colusão referendada por sentença estatal ou não-estatal, observando-se, contudo, o disposto no art. 168 do CC, e especialmente a legitimação outorgada ao MP segundo a regra do art. 129 da Constituição da República, conforme a função institucional desse órgão” (p. 207, nt. 7). V., também, inadmitindo a rescisória da sentença arbitral, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem*, Revista Forense, v. 339, 1997, p. 140; Edoardo Ricci, *Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem*, Lei de Arbitragem brasileira, cit., n. 4, 201; Revista de Processo, n. 93, 1999, p. 52.

ARBITRAGEM E PODER PÚBLICO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

JÚLIA THIEBAUT SACRAMENTO¹

PAULA BUTTI CARDOSO²

TATIANA MESQUITA NUNES³

1. Introdução

A eficiência da máquina administrativa, plasmada como princípio constitucional pela sua incorporação ao art. 37 da Constituição Federal de 1988 por meio da reforma constitucional implementada pela Emenda nº 19, de 1998, apresenta-se como uma incessante busca àqueles que movem a estrutura pública em nosso país. A grandeza da estrutura estatal, aliada às dificuldades inerentes à burocracia administrativa, impõe enormes desafios na busca de referida eficiência. Na prática, a teoria é outra.

As últimas reformas administrativas do Estado têm sido orientadas, em regra, pela lógica da eficiência, buscando-se não apenas o enxugamento da máquina estatal, como também uma mudança de mentalidade do agir administrativo. A ideia de Administração Pública consensual, abrindo-se a possibilidade para um efetivo diálogo com os agentes privados, permite que, ao lado das ferramentas tradicionais de conformação das disputas entre particulares e Estado, outras se apresentem, optando-se por aquela que, no caso concreto, ofereça a solução mais adequada sob a ótica do interesse público (nele inserida a mencionada lógica da eficiência do agir administrativo).

1. Advogada da União. Membro do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União. LL.M. in Alternative Dispute Resolution (University of Southern California).
2. Procuradora da Fazenda Nacional. Responsável pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União. Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Universidade de São Paulo.
3. Advogada da União. Membro do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

Entre tais soluções, o instituto da arbitragem, como método heterocompositivo alternativo ao Poder Judiciário, pode ser uma ferramenta apta a dotar de eficiência a solução de disputas com agentes privados. A lógica de eficiência, porém, deve perpassar todo o *iter* arbitral, isto é: não pode limitar-se aos ganhos de celeridade no procedimento ou à redução dos custos transacionais, mas deve avançar igualmente sobre as formas de cumprimento da sentença arbitral, mediante a busca por soluções que – inspiradas e favorecidas pelo ambiente negocial – sejam capazes de ofertar respostas mais satisfatórias às partes do litígio e, em última instância, à coletividade. Tema para as próximas linhas deste artigo.

2. Arbitragem, consensualidade e princípio da eficiência

A Constituição Federal de 1988 foi, desde 1995, alterada por meio de diversas Emendas Constitucionais, com o objetivo de modificar o papel da atuação do Estado na economia, de forma a torná-lo um “agente normativo e regulador da atividade econômica” (art. 174 da Constituição Federal), em uma tentativa de impulsionar o desenvolvimento nacional. É possível citar, a título de exemplo, a Emenda Constitucional nº 05, de 1995, e a Emenda Constitucional nº 08, de 1995, que permitem, respectivamente, a concessão de serviços de gás canalizado e a autorização, concessão ou permissão dos serviços de telecomunicações a empresas privadas, acabando com a exclusividade das empresas estatais nesses setores. Dessa forma, as reformas constitucionais, como não poderia deixar de ser, geraram relevante impacto na atuação da Administração Pública, no desempenho de suas funções.

Além das alterações específicas operadas no texto constitucional, conforme acima exposto, que permitiram ao Estado migrar de um modelo “empresário” para um modelo “regulador”, o art. 37 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, passou a prever expressamente o princípio da eficiência, a reger a atuação administrativa. Para Medauar (2017, p. 315), a noção de eficiência “liga-se à ideia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; significa obter o máximo de resultado de um programa a ser realizado, como expressão de produtividade no exercício de atribuições”.

Nessa linha, o princípio da eficiência determina que a Administração Pública atue de modo ágil, preciso, para produzir resultados que atendam ao interesse público. Para Moreira Neto (2008, p. 103), o princípio da eficiência deve ser entendido com uma percepção ampla “como a que produz um complexo de resultados em benefício da sociedade – portanto, uma eficiência socioeconômica - um conceito híbrido, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade”.

Com efeito, Lemes (2007, p. 157) afirma que a Administração Pública passa a ser concebida como uma administração “voltada para a sociedade, finalística, importando-se com os resultados que devem ser obtidos com menor custo, agilidade e qualidade” e, inclusive ao firmar contratos, “deve procurar adequar às necessidades técnicas a eficiência econômica e minimizar os custos na gestão dos recursos públicos”.

Nesse novo ambiente administrativo surge e se fortalece o instituto da arbitragem, como meio adequado de resolução de determinadas controvérsias com a Administração Pública. Para Moreira Neto (2008, p. 119-120), as mudanças ocorridas no âmbito da

Administração Pública para que seja reguladora, eficiente, consensual, entre outras novas características que permeiam o direito administrativo, “não poderiam deixar de se refletir sobre o mais conservador dos subsistemas estatais: o executor da função jurisdicional”. Para o autor, a “convocação da Administração Pública para cooperar para reduzir os conflitos com uma atuação vestibular de solução de controvérsias (...) é uma promissora providência para o desafogo das cortes judiciais” com potencial de gerar um ganho de eficiência judicante dos juízos e tribunais. Conclui o autor que é “chegada, assim, a hora da consensualidade ser levada também à solução dos conflitos pelas amplas vias universalmente desenvolvidas da conciliação, da mediação e da arbitragem”⁴.

No Brasil, a arbitragem foi regulamentada pela Lei nº 9.307, de 1996, apresentando-se como um corolário da consensualidade na resolução de controvérsias, uma vez que confere ampla liberdade às partes para elegerem os julgadores e as regras aplicáveis ao litígio, moldando o procedimento às necessidades do caso concreto⁵. Segundo Cahali (2020, p. 121), a arbitragem, “ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos” em que as partes, “capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia de uma sentença judicial”⁶. Sobre a flexibilidade procedimental, Carmona (2009, p. 289) ensina que, principalmente quando da instituição da arbitragem por meio de compromisso arbitral, quando a opção pela via arbitral tem como objetivo resolver uma controvérsia já ocorrida, as partes podem criar um procedimento especial a ser empregado pelo árbitro que seja adequado aos problemas a serem enfrentados no curso do procedimento.

4. Ainda, para Moreira Neto (2008, p. 119): “Existe, com efeito, um extenso número de conflitos, que, não obstante suas preponderantes características técnicas, se acumulam nos tribunais e que os afogam de trabalho. São processos raramente versativos sobre questões substancialmente jurídicas, de sorte que poderiam ser objeto de composição fácil, rápida e especializada por órgãos parajudiciais, cujas decisões só seriam admitidas para serem revistas na justiça comum, se fossem identificadas violações de direitos e garantias individuais”.
5. Necessário ressaltar que qualquer discussão a respeito da constitucionalidade da arbitragem foi encerrada em 2001, no contexto de homologação de sentença estrangeira (SE nº 5.206, de dezembro de 2001). Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a Lei nº 9.307, de 1996, de forma que a opção voluntária das partes pela via arbitral não violaria o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira (que prevê o princípio da inafastabilidade de jurisdição ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Por sua vez, a alteração da Lei nº 9.307, de 1996 em 2015, pela Lei nº 13.129, que incluiu previsão expressa no sentido de que a “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, acabou com as discussões a respeito da possibilidade de a administração pública se valer do instituto da arbitragem para a resolução dos seus conflitos.
6. Para Cahali, “(...) na busca da melhor alternativa às partes, em sua essência temos na arbitragem o modelo mais adequado para diversas situações, como em conflitos complexos, envolvendo aprofundamento em matérias específicas, e exigindo estrutura e tratamento mais dedicado, difíceis de serem obtidos no Poder Judiciário pelas suas características e colossal volume de trabalho”.

Lemes (2007, p. 160), por sua vez, voltando o olhar para a resolução de conflitos na Administração Pública, afirma que diante de “escolhas possíveis quanto às formas de solução de controvérsias nos contratos administrativos que estiverem sendo entabulados, constitui um dever do administrador, respaldado nos princípios da eficiência, da economicidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, analisar a conveniência e oportunidade em eleger a arbitragem como forma de solução de controvérsias.” Para a autora, “há um imperativo de natureza econômico-financeira” que recomenda a opção pela arbitragem, em decorrência dos benefícios diretos e indiretos que dela advirão. Entre os benefícios diretos, destaca a economia nos custos de transação⁷, a atratividade do capital privado e a liberação do Judiciário do exame de questões complexas. Entre os ganhos indiretos, destaca a atração de maior número de participantes no certame licitatório, o aumento da competitividade no setor privado, maior segurança jurídica e melhora da efetividade da prestação jurisdicional aos cidadãos.

De fato, experiências práticas recentes demonstram que a arbitragem pode, sim, se constituir em meio mais adequado para a resolução de determinadas controvérsias com a Administração Pública que, ao pactuar convenção de arbitragem, zela pela efetivação do princípio constitucional da eficiência.

O Processo Arbitral nº 78/2016/SEC⁷, apelidado de “Caso Libra”, por exemplo, teve início com a pactuação de um compromisso arbitral para resolver litígios relacionados ao Contrato PRES nº 32/98, referente a uma concessão portuária, que se alongavam por mais de 10 anos nas esferas administrativa e judicial, envolvendo direta e indiretamente 14 ações judiciais. No caso, havia estimativa, considerando-se a complexidade das discussões e a possibilidade de interposição de recursos, de prazo adicional superior a oito anos para a conclusão de todos os litígios pela via judicial. Com a utilização da via arbitral, o conflito que já durava uma década e que envolvia mais de uma dezena de ações judiciais foi completamente solucionado no prazo de dois anos: o termo de arbitragem foi firmado pelas partes em 4 de setembro de 2017 e a sentença arbitral final, favorável à Administração Pública, data de 2 de setembro de 2019⁸.

Mas essa eficiência não precisa ficar restrita ao procedimento arbitral, ou, mesmo, aos ganhos de celeridade na conclusão do processo. Se é certo que as partes possuem ampla

7. Especificamente sobre redução dos custos de transação em decorrência da utilização da arbitragem pela Administração Pública, Lemes (2007, p. 171-182) ressalta a duração das demandas. Para a autora, o fator tempo exerce importante influência no resultado das soluções de conflitos e a morosidade é um problema crônico do judiciário, causado por diversos fatores, como possibilidade de interposição de muitos recursos, a quantidade de demandas, a falta de estrutura administrativa e a insuficiência de juízes. Diante da possibilidade de opção pela via arbitral para a resolução de litígios decorrentes de um contrato, o particular levaria em consideração que o prazo para obtenção de uma sentença arbitral é sensivelmente menor do que o prazo para a obtenção de uma da decisão judicial transitada em julgado. E isso reduziria os custos de transação, repercutindo diretamente no contrato e gerando também um impacto externo ao aumentar a confiança do investidor, com importância para a economia e efeito direcionador para o mercado.

8. Mais detalhes sobre o caso podem ser acessados em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-libra>. Acesso em 28 de fevereiro de 2023.

liberdade negocial no âmbito de um processo arbitral, certo é também que essa liberdade pode ser direcionada às formas de cumprimento das suas obrigações, desde que respeitadas as regras e os princípios norteadores da atuação da Administração Pública. Dessa forma, é necessário que se considere a possibilidade de as partes, inclusive a Administração Pública, negociarem alternativas viáveis e eficientes à satisfação de seus interesses.

3. Os contratos de concessão e as formas alternativas e eficientes de satisfação dos interesses das partes contratantes

No âmbito da Administração Pública Federal, as arbitragens têm sido utilizadas como mecanismos de resolução de litígios sobretudo nos contratos de parceria que demandam grandes investimentos em infraestrutura, notadamente nos setores de transporte, energia e telecomunicações. Em tais setores, geralmente o Poder Público celebra com particulares contratos de concessão de longa duração, marcados por sua complexidade técnica.

A concessão de serviço público, conforme leciona Medauar (2023, p. 321), foi concebida com o intuito de transferir ao setor privado a execução de serviços que exigiam grandes investimentos e pessoal técnico e especializado, encargos que o poder público nem sempre pode assumir. Nesse sentido, Marolla (2016, p. 34) discorre, com acerto, que as parcerias entre a Administração Pública e particulares por meio de contratos de longa duração na prestação de serviços públicos e a realização de grandes obras de infraestrutura impõem a existência de um ambiente jurídico e institucional robusto, o que pressupõe um processo confiável de resolução de disputas.

Nessa toada, os contratos de concessão têm sido um campo fértil para a utilização das arbitragens enquanto meio adequado de solução de controvérsias, visto que algumas de suas características centrais – como a possibilidade de escolha dos julgadores (como regra, profissionais com notória especialização na matéria do litígio), a liberdade na conformação do procedimento (podendo as partes acordarem os prazos, as regras de instrução, formato das audiências, provas admitidas etc.), a celeridade na condução e na conclusão do processo, e outras – amoldam-se perfeitamente às necessidades dos litígios exsurgidos no bojo dos contratos de concessão – em regra, contratos complexos, técnicos e mutáveis, que demandam uma análise diferenciada, que muitas vezes o Judiciário, assoberbado que é, não é capaz de entregar.

É o que destaca Guerra (2022, p. 11), ao tratar das vantagens do modelo de solução alternativa de conflitos, notadamente, as arbitragens:

Dentre as vantagens na adoção do modelo de solução alternativa de conflitos, as arbitragens comerciais em ambientes regulados permitem uma redução dos custos de transação, a exemplo do tempo excessivo dos tramites dos litígios envolvendo a Administração Pública perante o Poder Judiciário, bem como um ambiente de simetria de informações entre as partes e os árbitros. Ademais, considerando que os temas submetidos à arbitragem comercial envolvem contratos de concessão de longo prazo de duração, com questões jurídicas setoriais altamente complexas, a possibilidade de escolha dos julgadores e a flexibilidade do rito arbitral permitem o aprimoramento da análise dos fatos, a apresentação de amplo material probatório e

o estudo aprofundado do direito material. Os árbitros, em tese, possuem mais tempo do que membros da jurisdição estatal para se dedicarem ao exame dos pleitos e teses apresentadas pelas partes, inclusive propiciando um alargado espectro de instrução probatória, muitas vezes mediante a realização de audiências durante vários dias e com a participação de dezenas de testemunhas e oitiva de técnicos.

No caso da União Federal, por exemplo, entre o rol de processos arbitrais em curso e encerrados, observa-se sua participação em causas arbitrais relacionadas a grandes contratos de arrendamento portuário, suprimento de energia elétrica, concessões nos setores rodoviário, aeroportuário e de telecomunicações, entre outros⁹.

De fato, a longevidade dos contratos de concessão e a incompletude normativo-regulatória que lhe é inerente tornam inevitável o surgimento de controvérsias ao longo da execução contratual, sobretudo, no que diz respeito à materialização de riscos – previsíveis ou não –, que acabam por suscitar debates sobre o equilíbrio econômico-financeiro da avença. Nesse sentido, Garcia (2017, p. 450) discorre sobre não ser factível, no momento da celebração do contrato, “identificar e partilhar todos os riscos que possam interferir na execução do contrato, ou mesmo antecipar circunstâncias e fatos supervenientes que venham a impactar a economia do contrato”.

A título ilustrativo, é possível citar acontecimentos recentes, que acabaram por impactar na fiel execução de diversos contratos mundo afora, a saber: a pandemia da Covid-19, que alterou o preço de diversos insumos e materiais hospitalares, alterando também o fluxo de pessoas em diversos modais de transporte, afetando assim a demanda inicialmente prevista nos contratos; e a guerra entre Rússia e Ucrânia, que elevou o preço do barril de petróleo e dos combustíveis, assim como dos agrotóxicos e dos alimentos, gerando efeitos sobre uma multiplicidade de contratos.

Tal como pandemias e guerras, outros fatores de desequilíbrio contratual (previsíveis e imprevisíveis), por exemplo, crise econômica, alta do dólar, surgimento de novas tecnologias a gerar perda de interesse por determinados serviços, alterações legislativas, problemas na obtenção de licenças ambientais etc., sempre ocorrerão, dando ensejo a discussões sobre a necessidade de manutenção da equação econômico-financeira do contrato. Não à toa, essa temática é, sem dúvida, a mais discutida no âmbito das arbitragens envolvendo os diversos entes da Administração Pública (federal, estadual e municipal) e os seus grandes contratos de parceria. Afinal, conforme ressalta Garcia (2017, p. 447):

“Relações jurídicas que envolvam objetos complexos, tais como obras, serviços e infraestruturas públicas, estão permanentemente sujeitas a riscos políticos, tecnológicos, econômicos, financeiros, regulatórios, ambientais e tantos outros que podem interferir na boa gestão e execução do empreendimento”.

Nesse contexto, acadêmicos do direito administrativo e da comunidade arbitral são desafiados a refletir sobre formas eficientes de resolver tais disputas surgidas no cerne dos

9. Informações disponíveis em <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/planilhas-de-arbitragem-da-uniao>. Acesso em 28 de fevereiro de 2023.

contratos de concessão e afins, notadamente, aquelas relativas à recomposição da equação econômica do contrato, sobretudo, diante da necessidade de oferecer aos parceiros privados soluções mais funcionais, ágeis e seguras, que acabam por contribuir para a consolidação de um ambiente jurídico e institucional fértil para a atração de investimentos privados em setores de relevância estratégica para o país (WILLEMAN, 2009, p. 133).

Como visto no capítulo anterior, evoluiu-se no campo do direito administrativo, nas últimas décadas, de uma administração pública verticalizada (rígida e impositiva) para uma administração mais dialógica, com maior enfoque na eficiência e busca por resultados. Isso se aplica não apenas às novas formas de se solucionar conflitos – com a introdução de métodos alternativos como a conciliação, a mediação, o *dispute board* e a arbitragem (MOREIRA NETO, 2006, p. 262-263) – como também aos mecanismos de satisfação dos direitos e das expectativas dos particulares.

Nessa linha, Lemes (2007, p. 51) afirma que o processo de privatização, iniciado com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado e permitir que a administração Pública atue com mais eficiência por meio da utilização de diversas formas de contratações públicas, entre elas as parcerias público-privadas, acabou levando à transformação da Administração Pública autoritária, verticalizada e hierarquizada (que atua por meio de atos de atos unilaterais) em uma Administração Pública consensual. Tudo isso em um contexto de revisão de conceitos e princípios de Direito Administrativo, com o objetivo de democratizar a Administração Pública, propiciando a participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e a colaboração entre público e privado.

Em relação aos contratos administrativos, principalmente aqueles celebrados no âmbito dos setores regulados, promoveu-se, ao longo dos últimos anos, alterações legislativas para viabilizar o uso de instrumentos capazes de fornecer às disputas respostas mais modernas e consensuais que prestigiem a saúde financeira dos contratos, a continuidade do serviço público, a modicidade tarifária, entre outros aspectos que atendem *ultima ratio* ao interesse público.

Nesse feixe de ideias, a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079, de 2004), por exemplo, previu no seu art. 8º que as obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público nos contratos de parceria podem ser objeto de garantias, inclusive, mediante a constituição de fundos garantidores, com a finalidade de garantir o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos de que trata a Lei (art. 16).

Premido pela mesma necessidade de conferir maior agilidade aos pagamentos devidos pelo Poder Público, o antigo Decreto dos Portos (Decreto nº 8.465, de 2015), revogado pelo Decreto nº 10.025, de 2019, buscou implementar, em seu art. 12, uma forma mais célere de efetivar o pagamento dos valores decorrentes de sentença arbitral. Ali, se estabeleceu uma espécie de procedimento “fast track”, dotando-se os árbitros de poderes para, desde logo, solicitar à autoridade judiciária competente as “providências necessárias à expedição de precatório”, sem necessidade de ajuizamento de ação de cumprimento específica.

Outro mecanismo “alternativo” diz respeito à prorrogação contratual como ferramenta de reequilíbrio contratual. Nessa esteira, o Decreto nº 7.624, de 2011, por exemplo, ao dispor sobre as condições para a exploração do serviço público aeroportuário pela iniciativa privada em regime de concessão, estabelece, nos seus art. 6.º e 18, II, que o prazo da outorga será definido pelo Poder Concedente, “podendo ser prorrogado uma única vez, por até cinco

anos, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da efetivação de riscos não assumidos pela concessionária no contrato”. Aliás, o Tribunal de Contas da União, no acórdão TCU nº 774/16-Plenário, proferido no âmbito da TC nº 021.919/2015-1, respondendo à consulta formulada pelo então Ministro-Chefe da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República, terminou por concluir que “*tal recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual*”.

Mais recentemente, o Decreto nº 10.025, de 2019, imbuído do espírito de proporcionar soluções mais ágeis e eficazes às controvérsias surgidas nos contratos de concessão por ele regidos, estipulou que a regra do precatório não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária; compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas; e atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira.

Nota-se que tais inovações legislativas vão ao encontro de uma Administração Pública mais dialógica, eficiente e focada na obtenção de resultados. Afirmamos algumas linhas atrás que a eficiência da utilização da arbitragem não pode ficar restrita ao procedimento arbitral e aos ganhos de celeridade, devendo ser buscadas formas de garantir eficiência também quando do cumprimento da sentença proferida pelos árbitros. Não se pode olvidar que, subjacente à eleição da arbitragem pela Administração Pública, está a ideia de atração de investimentos e oferecimento de respostas mais céleres e seguras ao mercado nos litígios com o Estado.

Florezano (2013, p. 277), pontua, com razão, que nos ambientes de negócios e estruturas de incentivo, “as piores coisas que se podem colocar para os agentes econômicos são o descumprimento das regras, as quebras de contrato e a incerteza normativa (jurídica)”. E essa incerteza do ambiente negocial eleva custos para toda a sociedade. Se o que o Estado almeja com a eleição da arbitragem nos contratos de maior complexidade é, justamente, sinalizar aos investidores que tais “riscos” serão mitigados e que as soluções serão mais eficientes, como compatibilizar essa questão com o pagamento via precatórios no caso das condenações para pagar quantia (obrigações pecuniárias)?

É o que passamos a abordar no próximo capítulo.

4. Administração Pública e regra constitucional dos precatórios: aplicação e limites

Não são de hoje as dificuldades observadas na adoção do regime constitucional de precatórios para o adimplemento das obrigações estatais derivadas de sentenças judiciais (ou equiparadas). Não à toa, o sistema de precatórios previsto na Constituição foi objeto de muitas emendas ao longo dos anos, quer alterando-o, quer prevendo-se regras de transição em atenção a necessidades específicas. As palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, ao mencionar que “a questão dos precatórios é a matéria mais sensível da Carta de 1988”, afirmando, ainda que se havia chegado a “um verdadeiro impasse, uma batalha entre os

atos e o direito” (Florenzano, 2013, p. 273), retratam a complexidade do tema, objeto de tantas e quantas discussões acadêmicas e políticas.

A primeira Emenda Constitucional voltada à reestruturação do sistema constitucional de precatórios foi a EC nº 20, de 1998, que excluiu o pagamento de obrigações de pequeno valor do regime de precatórios. Após, veio a EC nº 30, de 2000, a qual objetivou o elastecimento da moratória prevista para o pagamento dos débitos de precatórios no art. 33 do ADCT (acrescentando o art. 78 para prever nova moratória de 10 anos) e, após, a EC nº 62, de 2009, que, acrescentando o art. 97 ao ADCT, previu a terceira moratória consecutiva, desta feita de 15 anos.

A citada EC nº 62, de 2009, foi também imbuída da função de resolver a questão então pujante das eternas filas de credores para recebimento dos montantes devidos pelo Estado. A criação de parcelas fixas das receitas para tal fim voltou-se, pois, à garantia de um montante mínimo anual das receitas da União, Estado e Municípios para pagamento de seus credores judiciais. Na oportunidade, excepcionou-se, conforme o *caput* do art. 97 do ADCT, o pagamento por ordem cronológica, prevendo-se que uma parte dos depósitos dos entes “devedores” seria voltado ao pagamento de leilão, pagamento à vista por ordem crescente de valor e acordo direto com os credores¹⁰.

Em seguida, a EC nº 94, de 2016, além de prever regras de quitação dos precatórios até 2020 (art. 101 do ADCT), previu novas preferências de pagamento, a possibilidade de financiamento de valores devidos em precatórios e o parcelamento em caso de débitos de grande valor. A EC nº 113, de 2021, por fim, possibilitou aos entes federados a utilização de valores objeto de precatórios na amortização de dívidas, vencidas ou vincendas¹¹.

Para os fins deste artigo, o que interessa notar é que – afora as recorrentes moratórias – o eixo norteador das mudanças implementadas ao longo dos anos no regime constitucional de precatórios foi torná-lo mais consentâneo ao princípio da eficiência, dada sua reconhecida ineficiência fática – embora o sistema possa ter um desenho jurídico adequado – para sanar a problemática do não pagamento dos credores judiciais pelos entes federados (em especial, estados e municípios). Assim é que foram introduzidas medidas para afastar certos débitos – nominados de pequeno valor – do regime; para determinar reserva orçamentária para o pagamento; para fomentar acordos e pagamentos com desconto; entre outras, todas voltadas a uma maior eficiência do sistema.

E não apenas as reformas constitucionais observaram esse eixo orientador. Recentemente, foi editada a Lei nº 14.057, de 2020, a qual disciplina os acordos diretos para

10. No tocante à possibilidade de parcelamento dos precatórios, a EC 62/2009 foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs 4.357 e 4.425). Atualmente, a questão vem sendo novamente discutida na PEC 23/2021, que objetiva disciplinar um novo sistema de parcelamentos e compensação com dívidas fiscais, além de alterar a sistemática de juros de mora e correção monetária aplicáveis às condenações da Fazenda Pública, o que tem sido alvo de muitas críticas e debates.

11. A possibilidade veio ser recentemente regulamentada pelo Decreto nº 11.249, de 2022, o qual dispõe sobre o procedimento de oferta de créditos líquidos e certos, próprios do interessado ou por ele adquiridos de terceiros, reconhecidos pela União, suas autarquias e fundações públicas, por intermédio da Advocacia-Geral da União, decorrentes de decisões transitadas em julgado, nos termos do disposto no § 11 do art. 100 da Constituição.

pagamento de precatórios de grande valor, nos termos do § 20 do art. 100 da Constituição Federal¹². Também nesse caso foram excepcionadas as balizas naturais do regime de precatórios – lastreado na necessária ordem cronológica como medida de isonomia e impessoalidade¹³ – para permitir que, em alguns casos, ao se aceitar o desconto percentual do valor total, possa-se oportunizar o recebimento em momento anterior¹⁴. Trata-se, pois, de medida que flexibiliza a regra do precatório à vista de outros princípios e valores constitucionais, como a economicidade e a vantajosidade do acordo para a Administração Pública, em um juízo de ponderação típico da sistemática constitucional.

A leitura do regime de precatórios à luz do princípio da eficiência deve permitir, portanto, extrair interpretações que, desde que não infrinjam as regras de isonomia e impessoalidade basilares deste regime (responsáveis pela instituição do critério de ordem cronológica), o conformem às necessidades do subsistema arbitral. Como já mencionamos, o ambiente de construção da arbitragem relaciona-se com a ideia de uma Administração Pública voltada para a sociedade, finalística, importando-se com os resultados que devem ser obtidos com menor custo, agilidade e qualidade.

Essa lógica deságua, naturalmente, em formas mais modernas e eficientes de satisfação dos direitos e das expectativas dos particulares, visto que pouco adianta um procedimento

12. § 20. Caso haja precatório com valor superior a 15% (quinze por cento) do montante dos precatórios apresentados nos termos do § 5º deste artigo, 15% (quinze por cento) do valor deste precatório serão pagos até o final do exercício seguinte e o restante em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária, ou mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016)
13. Nesse sentido, vejamos os ensinamentos de Borba (2020, p. 46), para quem “[a] partir da interpretação do mandamento constitucional, previsto no art. 100 da Constituição Federal, que estabelece a observância da ordem cronológica como requisito a ser seguido para o adimplemento de obrigação de pagar, tem-se que o objetivo precípuo do sistema de precatório é conferir isonomia aos credores no adimplemento das obrigações pecuniárias devidas pela Fazenda Pública, obstando favorecimentos pessoais indevidos”.
14. Art. 2º As propostas de acordo direto para pagamento de precatório nos termos do § 20 do art. 100 da Constituição Federal serão apresentadas pelo credor ou pela entidade devedora perante o Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios vinculado ao presidente do tribunal que proferiu a decisão exequenda. § 1º As propostas de que trata o caput deste artigo poderão ser apresentadas até a quitação integral do valor do precatório e não suspenderão o pagamento de suas parcelas, nos termos da primeira parte do § 20 do art. 100 da Constituição Federal. § 2º Em nenhuma hipótese a proposta de acordo implicará o afastamento de atualização monetária ou dos juros moratórios previstos no § 12 do art. 100 da Constituição Federal. § 3º Recebida a proposta de acordo direto, o Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios intimará o credor ou a entidade devedora para aceitar ou recusar a proposta ou apresentar-lhe contraproposta, observado o limite máximo de desconto de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado nos termos legais. § 4º Aceita a proposta de acordo feita nos termos deste artigo, o Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios homologará o acordo e dará conhecimento dele ao Presidente do Tribunal para que sejam adotadas as medidas cabíveis.

mais célere e seguro que oferte, ao final, soluções ineficazes. Nessa toada, viabilizar o uso legítimo de ferramentas alternativas à satisfação do crédito do parceiro privado contribui para elevar os níveis de segurança e atratividade do mercado para as licitações de grandes projetos públicos.

E aqui se colocam os questionamentos relacionados ao tema. Nas arbitragens com o Poder Público, estão as partes sujeitas à incidência do art. 100 da Constituição Federal? Em que circunstâncias estariam as partes desvinculadas do regime do precatório? Quais os limites da liberdade negocial das partes?

A resposta a tais questionamentos depende de um enquadramento correto da questão. Tratando-se a sentença arbitral de título equiparado à sentença judicial, na forma do art. 31 da Lei nº 9.307, de 1996, não podemos concordar com a posição, por vezes defendida na doutrina, de que o mero fato de se tratar de uma sentença arbitral – e não uma sentença “judiciária”, para se utilizar da expressão do já citado art. 100 da Constituição Federal de 1988 – seria suficiente para um afastamento “automático” do regime dos precatórios¹⁵. Como observamos, esse regime vem lastreado nos princípios da isonomia e impessoalidade, os quais devem ser também observados quando a Administração Pública opta por submeter conflitos à seara arbitral. Assim, a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, a nosso ver, alcança também a sua necessária submissão ao regime dos precatórios.

Neste sentido, Leonardo Carneiro da Cunha (citado por Maia, 2020, p. 407) é categórico em afirmar que a “(...) sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório, regra que não pode ser afastada, ainda que se trate de arbitragem”. Mais ainda, o professor explica que “só não haverá necessidade de precatório ou de RPV, se o ente que integra a Administração Pública for uma sociedade de economia mista ou uma empresa pública, cujo regime jurídico é de direito privado, não estando sujeitas ao precatório”.

15. Por todos, veja-se SCHMIDT (p. 83-84), para quem: “A sentença arbitral, ainda que equiparada por lei a título executivo judicial, não se confunde com a sentença prolatada por juiz togado. A equiparação é apenas uma opção de política legislativa, para facilitar a execução da sentença arbitral e, com isso, fomentar a uso da arbitragem. Tanto assim que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939 (que, quanto ao tema, permaneceu em vigor até a entrada em vigor da Lei nº 9.307/1996), a execução do laudo arbitral estava condicionada à prévia homologação pelo Poder Judiciário. Quer dizer: a sentença arbitral é título judicial, mas não é sentença judiciária, tal e qual apregoada pelo art. 100 da Carta Maior. É, na verdade, o ato final de um procedimento instituído por via contratual, para a resolução de conflitos. Da mesma forma que o Poder Público está autorizado a, pela via administrativa, promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, nenhum óbice há a que promova o reconhecimento da dívida cristalizada em uma sentença arbitral e efetue o seu pagamento, dispensando a execução do julgado na esfera judicial. É até recomendável que assim seja. Desafoga-se o Poder Judiciário, dando-se mais celeridade à realização da justiça. Naturalmente, a satisfação do direito consagrado na sentença arbitral, com o pagamento do crédito correspondente, somente será possível se houver previsão na lei orçamentária anual, na linha do disposto no art. 167, II, da Constituição da República. À falta de previsão orçamentária, restará ao credor a execução da sentença arbitral, pela via judicial, e o pagamento deverá ser efetuado com a observância do regime disciplinado no art. 100 da Carta de 1988”.

Ainda sobre o tema, lúcida é a lição de Bruno Lopes Megna (2019, p. 288-289), para quem a sentença arbitral, ao determinar à Fazenda Pública o pagamento de quantia, somente poderia ser cumprida mediante a expedição de precatório, sob pena de violação ao princípio da impessoalidade, conferindo-se tratamento privilegiado aos credores do título arbitral em detrimento dos credores de eventual sentença judicial, sendo que ambos deveriam ser tratados isonomicamente. Além disso, a inobservância do sistema de precatório afrontaria, segundo o autor, a legalidade orçamentária, ao desrespeitar a prévia programação legislativa das finanças públicas.

Lado outro, como compatibilizar o regime do precatório com a questão da proteção aos investimentos e garantia de um meio célere e eficiente para solução dos litígios submetidos à arbitragem? Ora, o fato de aqui defendermos a equiparação da condenação do Poder Público por sentença arbitral, quando envolve obrigação de pagar quantia, à condenação por sentença judiciária, atraindo o art. 100 da Constituição Federal de 1988, não significa advogar pela aplicação absoluta do regime dos precatórios em toda e qualquer circunstância.

Isto é, dizer-se que deve ser respeitado o regime constitucional de precatórios não quer dizer que não seja possível cogitar-se de alternativas – sobretudo em ambientes altamente negociais, como o é a própria seara arbitral – que permitam que a satisfação dos direitos discutidos em arbitragem seja realizada por mecanismos diversos da indenização, principalmente quando esses acordos se fazem a tal maneira que sequer ensejam a formação de um título executivo de obrigação de pagar quantia.

Conforme afirmamos linhas atrás, o endereçamento dessa problemática depende de um correto enquadramento da questão. Isso significa que, em sede negocial, é possível, em tese, que as partes estabeleçam que, ao invés de a controvérsia resultar em um título arbitral concretizador de uma obrigação de pagar quantia, a disputa seja solucionada pela implementação de mecanismos mais eficientes de satisfação das partes.

Se tal acordo firmado entre as partes, de um lado, tiver como mote a busca por soluções mais eficazes – isto é, que ofereçam respostas mais eficientes, econômicas e vantajosas à problemática contratual, em prol da continuidade do serviço público e, *ultima ratio*, da coletividade – e, de outro lado, não representar evidente violação aos princípios da isonomia e impessoalidade, não haverá que se falar em burla ao regime de precatórios, mas, sim, de uma alternativa à satisfação do crédito por uma outra forma de execução. Nesse caso, o interesse público restará preservado, alcançando-se ao mesmo tempo a lógica de eficiência que viemos mencionando ao longo deste artigo.

É nesse contexto que entra em cena, por exemplo, o já mencionado art. 15 do Decreto nº 10.025, de 2019, ao prever que a necessidade de pagamento por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de (i) instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; (ii) compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou (iii) atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira.

O inciso I do §2º do citado art. 15 do Decreto estabelece a possibilidade de que o cumprimento da sentença arbitral, desde que assim acordado entre as partes, ocorra por

meio dos instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro. No caso, pois, em que o contrato ainda esteja em curso e, em havendo mecanismos previstos contratualmente que sirvam como substitutos à indenização pecuniária, a decisão dos árbitros poderá, dando aplicação a tais mecanismos, declarar solução para a controvérsia no bojo da própria execução contratual, em vez de determinar o pagamento de indenização.

As lições de Ferreira e Melamed (2022, p. 183-184) apontam a mesma linha de entendimento, ao afirmar-se, em análise do mesmo inciso I do § 2º do art. 15 do Decreto, que:

Não parece haver, aqui, qualquer incompatibilidade com o regime constitucional para o pagamento de condenações pecuniárias impostas à Administração Pública, pois, nesse caso, não há adimplemento de prestação pecuniária pelo Estado, mas sim de prestações substitutivas capazes de neutralizar o desequilíbrio reconhecido em sentença que se enquadram como obrigações de fazer e, portanto, não estão sujeitas ao regime de precatórios. Não por menos, disposições semelhantes vêm sendo incorporadas por outros entes da federação.

A possibilidade, porém, não poderá servir a uma burla à ordem cronológica, devendo-se perquirir as circunstâncias do caso concreto para verificar-se sua adequação. Veja-se, por exemplo, que, em caso de serviços concedidos baseados em tarifas, a utilização de mecanismos de reequilíbrio para satisfação das obrigações pecuniárias decorrentes da arbitragem poderá, por vezes, ser mais vantajosa do que a indenização, tanto para o particular, que poderá ver o seu preço “imediatamente” ajustado à realidade fática imposta, quanto ao Poder Público, que não necessitará arcar com indenização quando o interesse público for atendido por meio do “repasse” de tal valor à tarifa cobrada dos usuários.

O mesmo pode-se dizer das hipóteses previstas nos incisos II e III do §2º do citado art. 15 do Decreto, ao preverem a possibilidade de cumprimento da sentença arbitral por meio da compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 2017, ou por meio da atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira. Em ambas as hipóteses, dever-se-á perquirir se a possibilidade aventada na arbitragem acomoda-se na moldura legislativa, interpretando-a conforme o preceito constitucional insculpido no art. 100.

Aliamo-nos, pois, às vozes que defendem que a sentença arbitral, equiparada à sentença judicial, deve respeitar a ordem dos precatórios estabelecida no art. 100, submetendo-se à regra constitucionalmente erigida. Por outro lado, em atenção à necessidade de atração de investimentos e garantia de celeridade e eficiência na solução de litígios envolvendo a Fazenda Pública – o que, como visto, promove benefícios sociais indiretos – é possível que, ao pactuarem os contratos em que inseridas cláusulas arbitrais – ou em outros negócios jurídicos correlatos a tal relação jurídica – as partes possam estabelecer meios para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato sem passar, necessariamente, pelo pagamento de indenização pelo Poder Público, desde que tais instrumentos não promovam afronta à citada ordem cronológica de pagamentos dos credores.

Ao adentrar o ambiente arbitral, as partes, nesse caso, em comum acordo, poderão oferecer ao Tribunal Arbitral – ou ao árbitro único, quando for o caso – alternativas à

tradicional condenação ao pagamento de quantia, possibilitando que, no bojo de contratos em andamento ou findos, a relação jurídica eventualmente violada pelo comportamento da parte estatal seja restabelecida sem necessariamente consubstanciar-se em uma indenização – ou, ainda, que ao menos parte dela possa ser objeto de tais métodos alternativos de satisfação de direitos.

Cabe frisar, todavia, que tais alternativas, por se tratar de modelagens essencialmente negociais – e, pois, sujeitas à discricionariedade – quer presentes no próprio instrumento contratual original, quer objeto de outros negócios jurídicos relacionados – estão apenas ao talante das partes, dependendo de inequívoca manifestação de vontade da Administração Pública. Não é lícito, pois, ao Tribunal Arbitral, sem fundamento legal, regulamentar ou negocial, impô-las aos sujeitos da arbitragem. Inexistente determinação legislativa ou acordo em outro sentido, caberá a aplicação pura e simples da regra geral do dever de indenizar, culminando-se em sentença arbitral condenatória sujeita ao regime constitucional do art. 100, conforme inscrito no próprio *caput* do citado art. 15 do Decreto¹⁶. Não estamos sozinhas em tal entendimento. Para Ferreira e Melamed (2022, p. 184-185),

Apesar de a literatura ser escassa sobre o tema – o que se justifica em virtude de sua novidade –, entendemos que tal imposição desbordaria dos limites da jurisdição do tribunal arbitral, e mesmo de um juiz estatal.

É que a escolha quanto à forma de reequilibrar contratos de concessão ou PPP envolve um legítimo juízo de discricionariedade do administrador público, o que é positivado na grande maioria dos contratos e regulamentações setoriais.

E isso é assim pois muitas das modalidades de recomposição do equilíbrio contratual implicam, além de proveito econômico ao concessionário, na alteração de parâmetros essenciais da prestação do serviço público concedido – como o valor da tarifa, a qualidade do serviço, o montante de investimentos na infraestrutura e a periodicidade de sua renovação, dentre outros –, que estão intimamente ligados à própria definição da política pública correlata. Logo, são providências inerentes ao mérito administrativo, cuja determinação incumbe apenas a agentes que exercem a função respectiva, não sendo alcançada pelo poder jurisdicional, seja arbitral ou estatal.

Conclui-se, então, que a única prestação que pode ser imposta coercitivamente ao poder público quando do reconhecimento de um direito a reequilíbrio do contratado é o pagamento de valor pecuniário correspondente ao desequilíbrio verificado, obrigação que, por imperativo legal e constitucional, há de ser cumprida pelo rito dos precatórios.

16. Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.

5. Conclusão

O uso da arbitragem pela Administração Pública apresenta-se em um contexto de progressivo abandono de uma atuação autoritária em prol de uma atuação mais consensual, em busca, exatamente, de eficiência. A arbitragem confere às partes liberdade para escolha dos julgadores e do procedimento, que pode ser moldado às necessidades do caso concreto, além de ter uma duração normalmente menor quando comparada a um processo judicial, garantindo maior efetividade do processo.

No âmbito da Administração Pública Federal, as arbitragens têm sido utilizadas como meio de solução de controvérsias em contratos complexos e que demandam grandes investimentos em infraestrutura, como é o caso dos contratos de concessão. A mutabilidade e natural incompletude desses ajustes tornam inevitável o surgimento de disputas no decorrer da relação jurídico-contratual.

Nesse contexto, especialmente em um ambiente marcado pela consensualidade, abre-se espaço a que as partes possam negociar soluções alternativas mais vantajosas e eficientes aos seus litígios contratuais, as quais visam resguardar a saúde financeira dos contratos, a continuidade do serviço público, a modicidade tarifária, entre outros aspectos que, em última análise, beneficiam a coletividade como destinatária final dos serviços executados pelo parceiro privado.

Nesse contexto, vem à tona o regime constitucionalmente previsto de pagamentos da Administração Pública – os precatórios –, permeado de críticas e repleto de dificuldades. Entendemos que tal regime previsto no art. 100 da Constituição Federal, ao mesmo tempo que se destina a guardar valores caros ao Estado Democrático de Direito, como a isonomia e a impessoalidade, de outro lado, não é um fim em si mesmo. Assim, quando lido à luz do princípio da eficiência, deve admitir interpretações que o conformem às necessidades do subsistema arbitral, como aquelas que autorizam e fomentam o uso legítimo de mecanismos alternativos à satisfação do direito do parceiro privado, contribuindo, em última análise, para elevar os níveis de segurança e atratividade do mercado para as licitações de grandes projetos públicos.

Note-se que não se está aqui a afastar a incidência do regime de precatórios no contexto das arbitragens com a Administração Pública, até porque a sentença arbitral é equiparada à sentença judicial, na forma do art. 31 da Lei nº 9.307, de 1996. O regime dos precatórios vem lastreado nos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais devem ser também observados quando a Administração Pública opta por submeter conflitos à seara arbitral. O que se defende é que tal regime pode ser compatibilizado com formas alternativas de satisfação dos direitos e obrigações discutidos em arbitragem, diversas da indenização em pecúnia, como a utilização de mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro ou a compensação de haveres e deveres.

Assim, em sede negocial, é possível que as partes estabeleçam que a disputa seja solucionada pela implementação de instrumentos mais eficazes, econômicos e vantajosos ao atendimento do próprio interesse público. Tal atuar não representa necessariamente burla ao regime de precatórios, mas tão somente o uso de soluções alternativas mais eficientes à satisfação do crédito do particular, quando for o caso. Note-se, porém que a opção por tais alternativas fica reservada ao talante das partes, ou seja, não é permitido ao Tribunal

Arbitral, sem fundamento legal, regulamentar ou negocial, impor tais alternativas às partes da arbitragem.

Assim, em atenção à necessidade de atração de investimentos e de garantia de celeridade e eficiência na solução de litígios envolvendo a Administração Pública, é possível que, ao agir consensualmente, as partes estabeleçam possibilidades de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato sem passar, necessariamente, pelo pagamento de indenização pelo Poder Público e, conseqüentemente, pelo regime de precatórios.

De qualquer forma, certo é que o tema em questão abrigará espaço para muitos debates, ficando, inclusive, sujeito à análise dos Tribunais de Contas, que certamente virão a se debruçar sobre a consensualidade da Administração Pública voltada à implementação de métodos mais eficientes de adimplemento de obrigações, especialmente, na esfera arbitral.

Referências Bibliográficas



O PAPEL INSTITUCIONAL DO STJ NO FORTALECIMENTO DA ARBITRAGEM E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LUIS FELIPE SALOMÃO¹

JULIANA LOSS²

Introdução

Há muito tempo, inclusive de forma prévia à própria concepção da jurisdição tal como conhecemos hoje, meios não judiciais de solução de conflitos eram utilizados para resolver as controvérsias sociais. Assim, o direito romano previra um procedimento *in iure* e outro *in iudicio*, em que o primeiro se desenvolvia na presença do juiz e o segundo na do árbitro ou de um terceiro que poderia atuar como um mediador.

Ao longo do tempo e em todo mundo, a arbitragem se consolidou como um método adequado para solucionar os mais diferentes tipos de conflitos e passou a abranger desde o comércio internacional – em que durante muito tempo, foi a única forma de jurisdição para equacionar esses litígios –, as questões tributárias, administrativas, contratuais, empresariais, trabalhistas e até demandas mais pontuais como as relacionadas ao consumo.

Atualmente, existem diversas normas que regulam a arbitragem nos mais diversos ramos no Direito e o instituto recebeu chancelas de todos os Poderes da República, além das instituições privadas. Nesse sentido, o Legislativo criou um arcabouço legal que ratificou o seu uso em diversas áreas. O Judiciário referendou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem e só interfere em questões pontualíssimas de evidente nulidade, o que confere a segurança jurídica ao método. O Executivo, por meio dos órgãos da Advocacia Pública, utiliza a arbitragem para resolver as suas contendas. Dessa maneira, o modelo de democracia moderno, embasado na constituição de Poderes independentes e harmônicos entre si, ratificam a validade e eficácia do procedimento arbitral.

1. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Coordenador-Geral do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Conhecimento.

2. Diretora Executiva da FGV Câmara de Mediação e Arbitragem. Coordenadora Acadêmica do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Conhecimento.

Considerando que a Lei de Arbitragem vigente data de 1996, é possível afirmar que o instituto acompanhou a própria evolução do Estado Democrático de Direito no Brasil. Nesse percurso de consolidação das instituições democráticas, houve maior entendimento sobre essa via de resolução de controvérsias que é fundamentada na autonomia da vontade das partes e na confiança, com observância da ordem pública.

Com o intuito de aprofundar sobre essa inter-relação entre a arbitragem e o Estado Democrático de Direito, este artigo examina esse meio de resolução de controvérsias com base em uma perspectiva constitucional e aprofunda sobre o papel do Superior Tribunal Justiça na consolidação desse método, a partir da análise de alguns julgados relevantes na construção da jurisprudência do tribunal sobre a jurisdição arbitral.

1. O procedimento arbitral sob a perspectiva constitucional democrática

Ao tratar sobre as diferenças entre arbitragem³ e jurisdição, Carlos Alberto Carmona⁴ destaca que se trata de evidente participação do povo na administração da justiça, inspirado no art. 102 da Constituição Italiana⁵ e fundamentado no parágrafo único do art. 1º da Carta Constitucional brasileira de 1988.

O estudo da arbitragem⁶ a partir de uma perspectiva constitucional-democrática gera a necessidade de uma análise mais detida do instituto a partir de alguns princípios que se referem às normas fundamentais do processo⁷, bem como dos incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da Constituição, em especial.

3. Cf. CADIET, Loïc. “L’arbitrage et l’évolution contemporaine des modes de règlement des conflits”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Vol. 12, n. 12, pp. 446-462, 2013.

4. CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitragem e Jurisdição”. *Revista de Processo*, vol. 58, pp. 33-40, abr.-jun. 1990. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7604168/mod_resource/content/1/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisdição.pdf. Acesso em: 14 maio 2023.

5. Art. 102. A função jurisdicional é exercida pelos magistrados ordinários instituídos e regradados pelas normas sobre o ordenamento judicial.

Não podem ser instituídos juízes extraordinários ou juízes especiais. Podem somente instituir-se, junto dos órgãos judiciais ordinários, seções especializadas para determinados assuntos, também com a participação dos cidadãos idôneos alheios à magistratura.

A lei regula os casos e as formas da participação direta do povo na administração da justiça. Cf. ITÁLIA. Senato della Repubblica. Costituzione Italiana. Edizione in lingua portoghese. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 10 maio 2023.

6. Cf. CLAY, Thomas. *L’arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi “Justice du XXIe siècle”*. Semaine juridique, édition générale, 2016, n° 1295.

7. Cf. SALOMÃO, Luis Felipe. A atualização da lei de arbitragem. Migalhas, migalhas de peso, 19 abr. 2014. Disponível em: www.migalhas.com.br/depeso/211461/a-atualizacao-da-lei-de-arbitragem. Acesso em: 14 maio 2023.

A partir dos princípios e garantias constitucionais inerentes ao processo jurisdicional, a jurisdição arbitral⁸ deve observar os princípios do contraditório, da ampla defesa, o tratamento isonômico entre as partes e a imparcialidade do árbitro⁹, alinhados ao art. 5º, LV, da CRFB, e ao art. 21, § 2º, da Lei nº. 9.307, de 1996.

Os princípios do contraditório, da ampla defesa e do tratamento isonômico entre as partes equivalem à necessidade de o árbitro só decidir o litígio após ouvir e oportunizar a defesa da parte contrária. Sobre esse ponto, Selma Lemes¹⁰ afirma que as partes devem ter a mesma oportunidade de se manifestarem acerca das provas produzidas, de modo que tenham igualdade de condições para exercerem seus direitos e cumprirem seus deveres no procedimento arbitral.

No que concerne à imparcialidade do árbitro, Selma Lemes¹¹ ressalta que se trata de um princípio que garante tanto uma condução técnica quanto ética do procedimento e que enseja uma solução justa para o caso concreto.

No âmbito do Poder Judiciário, o juiz é investido no cargo e na função e sua competência é regulada pela legislação processual e pelos códigos de organização judiciária. O árbitro¹², por sua vez, é investido pelas próprias partes interessadas na solução da controvérsia¹³, que aceitam, de antemão, qualquer decisão que venha a ser determinada¹⁴, tendo em vista que as sentenças arbitrais são, via de regra, irrecorríveis.

Contudo, ainda assim, assegura-se a inafastabilidade do Poder Judiciário, na esteira do art. 5º, inciso XXXV, da CRFB, como nas hipóteses do art. 32 da Lei nº. 9.307, ou seja, nos casos em que as partes entendam que ocorreram algumas das situações enumeradas nesse artigo, a última palavra é do Judiciário.

A inafastabilidade do Poder Judiciário também pode ser verificada em relação às medidas cautelares e de urgência antes da instituição da arbitragem (art. 22-A da Lei nº.

8. Cf. DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. *Revista de Direito Renovar*, n. 17, maio-ago. 2000, passim. Disponível em: www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.
9. Cf. LEMES, Selma Maria Ferreira. 1. Árbitro. Dever de Revelação. Inexistência de Conflito de Interesses. Princípios da Independência e da Imparcialidade do Árbitro. 2. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no STJ. Inexistência de Violação à Ordem Pública (Processual). Artigo 39, II, da Lei de Arbitragem e Artigo V(II)(b) da Convenção de Nova Iorque. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XI, nº. 41, pp. 7-41, 2014.
10. Cf. LEMES, Selma Ferreira. “Arbitragem. Princípios Jurídicos fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. VII, pp. 31-57, 1991. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf. Acesso em: 16 maio 2023.
11. LEMES, Selma Ferreira. “Arbitragem. Princípios Jurídicos fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado”. Ob. cit., p. 47.
12. Cf. CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001, p. 482.
13. Cf. CLAY, Thomas. “L'arbitre, juge de l'économie mondiale”. In: *Regards croisés sur l'économie*. Vol. 21. La Découverte, 2018, p. 141.
14. MARTINS, Soveral. *Processo e Direito Processual*. Vol. 2. Coimbra: Ed. Centelha, 1986, pp. 17-19.

9.307). A partir da publicação do Código de Processo Civil de 2015, ficou ainda mais evidente a relação de cooperação que deve existir entre os árbitros e os juizes de direito¹⁵.

Essa cooperação, embasada no art. 6º do CPC, está presente, por exemplo, nas cartas arbitrais, um instrumento muito utilizado para o cumprimento de tutelas provisórias, intimação e condução de testemunhas, uma vez que as decisões arbitrais não são dotadas de coercibilidade para serem executadas¹⁶.

No que concerne à coisa julgada, garantida no art. 5º, XXXVI, a Lei nº. 9.307 assegura que, uma vez proferida a sentença arbitral, é finda a arbitragem e, após decorrido o prazo da ação anulatória, torna-se definitiva, tal qual prevê os arts. 29 e 30 da Lei de Arbitragem.

Nesse sentido, a doutrina aponta a clássica diferenciação entre imutabilidade e definitividade¹⁷. A sentença arbitral é definitiva desde o momento em que é prolatada; o que a diferencia da sentença estatal, que é suscetível de uma série de recursos previstos na legislação processual e cujo trânsito em julgado só ocorrerá após o esgotamento dessas vias.

Ainda quando a sentença arbitral é desconstituída, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei nº. 9.307, ao ser proferida uma nova sentença, ela estará coberta pela imutabilidade, uma das características do instituto da coisa julgada.

Ainda que a doutrina muito tenha discutido sobre a existência de coisa julgada¹⁸ na arbitragem em razão da falta de previsão legal expressa nesse sentido, é claro o intuito do legislador de prestigiar a sentença arbitral, com destaque aos seguintes aspectos¹⁹: a decisão deve ter imediata execução e cumprimento, sem necessidade de homologação do Poder Judiciário (art. 18 da Lei nº. 9.307); goza de imutabilidade, uma vez que não foram previstos recursos arbitrais específicos; e é definitiva, estando sujeita apenas ao exíguo prazo de 90 dias para a propositura da ação anulatória.

O legislador ressalta, ainda, a equivalência da jurisdição arbitral com a estatal, na medida em que o art. 18 da Lei nº. 9.307 dispõe que o juiz na arbitragem é de fato e de direito,

15. Cf. BOISSÉSON, Matthieu de. *Le droit français de l'arbitrage*. 2ª ed. Paris: Joly éditions, 1990.

16. PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; MAZZOLA, Marcelo. “A cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o Juízo arbitral”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 18, nº 3, pp. 198-218, 2017. Disponível em: https://dlwqtxts1xzle7.cloudfront.net/90307249/31693-104802-1-PB-libre.pdf?1661547644=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA_Cooperacao_Como_Elemento_Estruturante.pdf&Expires=1684201976&Signature=aCImZFxcTfwZX-qVznAP--60hmERw59xSAWAorlo4JQoKD6Tb4JGEomOVT0Urik4pdpdsdbD3Xy4zViRH-j01L8AH4DvAbmbt6RhfnEDACCiAZsRHwwQT6Zwiufq9xhgeFSZSTneD3ErLF1GKn5tj-n9eKE9LqKWc5w48JLTBTN7dmKGBC06-UqN7CIGYOJjbgFdTERknln6AWmm0~MkO4z-Fe3184t~mDkCp49rcDkulUJ15Dg2bwKEYAn6WDsCdAuy~vuPMojTRmOgqptD-dMxyihr-W0Eccuo6QM5oeV2SQf3yrBq8ntUzEdmZgh~pHRGmG~diLnHVgrk9yOmLOzmVA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 15 maio 2023.

17. Cf. WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPodivm, 2014.

18. Cf. CÂMARA, Freitas Alexandre. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 110-112.

19. ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Doi:10.11606/D.2.2019.tde-10072020-165107. Acesso em: 16 maio 2019.

sendo a sentença arbitral um provimento, por si só, suficiente para resolver o litígio entre as partes, sem qualquer etapa posterior dependente do Judiciário²⁰.

Para além desse cenário, desde 2021, um Projeto de Lei gera discussões na comunidade jurídica. O PL nº. 3.293²¹, de autoria à época da deputada Margarete Coelho, em tramitação na Câmara dos Deputados, propõe a Lei nº. 9.307, de 1996, para disciplinar a atuação do árbitro, aprimorar o dever de revelação, estabelecer a divulgação das informações após o encerramento do procedimento arbitral e a publicidade das ações anulatórias. Após a manifestação de diversos especialistas, o Parlamento brasileiro optou por aprofundar as discussões dos pontos trazidos pelo PL e, desse modo, o pedido de votação em regime de urgência do projeto foi retirado de pauta²².

Em geral, há a compreensão de que, ainda que aprimoramentos sejam sempre necessários, a estrutura normativa brasileira no âmbito da arbitragem é bastante robusta, notadamente, com a reforma da lei em 2015, as previsões do atual CPC e da jurisprudência consolidada dos tribunais.

Diante desse quadro normativo, o STJ é instado a se pronunciar, frequentemente, sobre a arbitragem. Nessas decisões, o tribunal tem adotado uma postura no sentido de resguardar a segurança jurídica das decisões arbitrais.

2. O Superior Tribunal de Justiça e a jurisdição arbitral

Atualmente, há certa preocupação – e, por vezes, algum alarde – em relação ao aumento das ações anulatórias de arbitragem. Contudo, esse contexto exige algumas reflexões mais cuidadosas.

O primeiro ponto de atenção diz respeito ao número de anulações. Os dados da plataforma JusBrasil mostram que o STJ acata este pleito de forma absolutamente excepcional. Assim, em 2020, o tribunal se posicionou pela anulação em apenas 5% dos casos²³.

O que ocorre com mais recorrência é o ajuizamento de ações anulatórias fora das hipóteses do art. 32 da Lei nº. 9.307. Algumas partes, inconformadas com o resultado da arbitragem, buscam postergar ou reformar a decisão, o que sobrecarrega o tribunal e, ao

20. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 210-215.

21. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº. 3.293 de 23 set. 2021. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para disciplinar a atuação do árbitro, aprimorar o dever de revelação, estabelecer a divulgação das informações após o encerramento do procedimento arbitral e a publicidade das ações anulatórias, além de dar outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2300144>. Acesso em: 26 maio 2023.

22. Cf. Lira retira da pauta pedido de urgência em PL da arbitragem. *Jornal Valor Econômico*, 15 jul. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/07/15/lira-retira-da-pauta-pedido-de-urgencia-em-pl-da-arbitragem.ghtml>. Acesso em: 25 maio 2023.

23. Cf. Alta em pedidos de anulação de sentença estimula insegurança sobre arbitragem. *Jota*, 28 mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/alta-em-pedidos-de-anulacao-de-sentenca-estimula-inseguranca-sobre-arbitragem-28032023>. Acesso em: 19 maio 2023.

mesmo tempo, poderia trazer repercussões negativas de insegurança jurídica no instituto arbitral.

Em 1990, houve a primeira decisão do STJ acerca de um procedimento arbitral. O caso diz respeito ao Recurso Especial nº. 616²⁴, cujo litígio envolveu um contrato internacional, com cláusula compromissória que previa submissão do procedimento às regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Internacional.

O REsp confirmou a admissibilidade da cláusula arbitral de instituir o juízo arbitral, sem necessidade de as partes firmarem o compromisso arbitral, e reconheceu a aplicabilidade das regras do Protocolo de Genebra ao litígio, ratificado pelo Brasil em 1932²⁵, ou seja, logo nessa primeira oportunidade, o STJ reforça a validade e a eficácia da cláusula e da autonomia da vontade das partes em elegerem esse método de resolução adequada de conflitos.

Um outro julgado de grande relevância ocorreu no âmbito do REsp 1.550.260²⁶, em 2018, no qual o tribunal reconheceu a competência do juízo arbitral²⁷ para resolver, com primazia sobre o Poder Judiciário, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei nº. 9.307.

O caso concreto envolveu o ajuizamento de uma ação declaratória de falsidade cumulada com exibição documental pela Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica em face da Kreditanstalt Fur Wiederaufbau Bankengruppe, uma instituição financeira,

24. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do Protocolo de Genebra de 1923. 1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente ao compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral. 2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos as regras do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida. 3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. Rel. Ministro Gueiros Leite, Acórdão em REsp nº. 616. DJe, 13 ago. 1990. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900098535&dt_publicacao=13-08-1990&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: 19 mai. 2023.
25. BRASIL. Decreto nº 21.187, de 22 mar. 1932. Promulga o Protocolo relativo a cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>. Acesso em: 20 maio 2023.
26. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Ação declaratória de falsidade cumulada com exibição de documentos. Contratos. Existência, validade e eficácia. Assinatura. Falsidade. Alegação. Convenção de arbitragem. Cláusula compromissória. Competência. Juízo arbitral. Kompetenz-kompetenz. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Acórdão em REsp nº. 1.550.260 – RS. DJe 20 mar. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1639740&num_registro=201402050562&data=20180320&formato=PDF. Acesso em: 18 maio 2023.
27. Além desse REsp, o tribunal já se manifestou em diversas outras decisões para reafirmar a doutrina do *Kompetenz-Kompetenz*, como, por exemplo: AREsp 1.276.872-RJ, de relatoria do Ministro Og Fernandes, j. 23.11.2018; Conflito de Competência nº 170.233-SP, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, j. 14.04.2020; REsp 1.818.982-MS, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, j. 06.02.2020.

em razão da primeira ter figurado como garantidora de contratos de financiamento com o banco alemão.

Diante da notícia de inadimplemento das empresas mutuárias e de possibilidade de execução dessas garantias, a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica ingressou com uma ação sob o fundamento de falsidade da firma aposta nos contratos, com base em laudo documentoscópico de um perito particular. No decorrer do processo, a Polícia Federal também realizou perícia nos documentos e concluiu pela falsidade das assinaturas no termo de garantia.

A primeira instância julgou extinto o processo sem resolução do mérito em razão da cláusula arbitral no termo de garantia. O Tribunal, por sua vez, reformou a sentença e entendeu que os vícios existentes poderiam ser reconhecidos “prima facie” em razão da perícia da Polícia Federal e excepcionou a regra do art. 8º da Lei de Arbitragem.

Em sede de REsp, o STJ foi instado a se manifestar sobre a cláusula arbitral e reafirmou o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, originário do direito alemão. No mesmo sentido, Pedro Batista Martins²⁸ destaca que, segundo esse princípio, os árbitros têm competência para decidir sobre a sua própria competência. Assim, quando as partes resolvem direcionar a solução do litígio à arbitragem, também decidem que qualquer controvérsia que resulte do contrato, incluindo a avaliação sobre sua existência, validade e eficácia devem ser equacionadas no âmbito desse procedimento.

O professor Carlos Alberto Carmona²⁹ chama atenção para o fato de que caso essa norma principiológica não prevalecesse, seria muito fácil afastar a competência dos árbitros se o litígio viesse a discutir qualquer questão atinente à validade do contrato.

Em que pese se tratar de um princípio há muito referendado pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, há alguns posicionamentos que excepcionam essa regra no caso concreto. Ainda assim, o STJ tem uma postura majoritariamente orientada a reafirmá-lo como entendimento consolidado do tribunal; o que reforça, mais uma vez, a autoridade do juízo arbitral para decidir sobre a integralidade da demanda que lhe é submetida.

A interferência do STJ na opção pelo juízo arbitral é feita de forma bastante cautelosa³⁰, ainda que alegada vulnerabilidade de uma parte em relação à outra.

Nessa linha, o REsp 1.598.220-RN³¹ envolveu duas companhias de exploração energética de gás, a Sonangol Hidrocarbonetos Brasil Ltda. e a TPG do Brasil Ltda. A TPG

28. MARTINS, Pedro Batista. Cláusula Compromissória. In *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

29. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, pp. 158-159.

30. Cf. SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. Migalhas, migalhas de peso, 30 out. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/335736/arbitragem-e-precedentes--possivel-vinculacao-do-arbitro-e-mecanismos-de-controle>. Acesso em: 25 maio 2023.

31. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Direito Civil e Processual Civil. Arbitragem. Cláusula Compromissória. Competência do Juízo Arbitral. Princípio Kompetenz-Kompetenz. Precedentes. Dissídio Notório. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Acórdão em REsp 1.598.220-RN. DJe 01 jul. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/>

do Brasil Ltda. ajuizou uma ação declaratória com pedido subsidiário de perdas e danos contra a Sonangol Starfish Oil & Gás S.A. por ter sido notificada extrajudicialmente da rescisão do contrato de prestação de serviço de medição, compressão e transporte de gás natural. A TPG do Brasil alegou que fez investimentos para a realização do serviço contratado e a relação entre as partes foi firmada em contrato de adesão, com previsão de cláusula arbitral.

Em primeiro grau, a sentença afastou a preliminar de convenção de arbitragem, tendo em vista a cláusula compromissória ter sido firmada no âmbito de um contrato de adesão e existir disparidade econômica de uma empresa em relação a uma outra.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte negou provimento ao recurso e confirmou a hipossuficiência da TPG do Brasil, com a equiparação do Código de Defesa do Consumidor, e afastou a primazia da jurisdição arbitral.

No REsp, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do caso, destacou que a decisão do TJRN colide com a jurisprudência consolidada do STJ de interpretar o parágrafo único do artigo 8º da Lei nº. 9.307 como de caráter obrigatório e vinculante, derrogando a jurisdição estatal. Nesse sentido, o voto declarou que a hipossuficiência da TPG do Brasil e o fato da cláusula arbitral ter figurado em contrato de adesão são suficientes para afastar o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*.

A validade e a eficácia da cláusula arbitral também foram confirmadas pelo Tribunal, mesmo quando o contrato previa cláusula escalonada do tipo med-arb. No REsp 1.331.100³², a Quarta Turma enfatizou que a previsão da mediação como um dos métodos de solução passíveis para o conflito não torna nula a cláusula compromissória, ao mesmo tempo que as partes não ficam impedidas de tentarem um acordo prévio ou mesmo durante o procedimento arbitral.

Assim, não é condição de existência e validade da cláusula arbitral que a arbitragem seja o único método de solução de conflitos previsto para equacionar o litígio, como pode ser extraído do art. 7º da Lei nº. 9.307.

No processo de recuperação judicial da empresa de telefonia Oi, também houve alegação de conflito entre o juízo arbitral e a 7ª Vara empresarial do Rio de Janeiro, analisado pelo STJ no âmbito do Conflito de Competência 157.099³³.

mediado/?componente=ITA&sequencial=1842478&num_registro=201601158240&data=20190701&formato=PDF Acesso em: 19 maio 2023.

32. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SOCIETÁRIO. AÇÃO DE EXECUÇÃO ESPECÍFICA DE CLÁUSULA ARBITRAL (LEI 9.307/96). ACORDO DE ACIONISTAS. PREVISÃO DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS: RESOLUÇÃO POR MEDIAÇÃO OU ARBITRAGEM. COMPATIBILIDADE. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA (VAZIA). EXISTÊNCIA. FORÇA VINCULANTE. VALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Rel. Ministro Raul Araújo. Acórdão em REsp 1.331.100-BA. DJe 22 fev. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1202329&num_registro=201201003014&data=20160222&formato=PDF Acesso em: 23 maio 2023.
33. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DE DISPOSIÇÕES INTEGRANTES DO PLANO DE SOERGUMENTO.

A cláusula compromissória inserida no referido art. 68 do próprio estatuto social³⁴ obrigava a companhia, os seus acionistas, os administradores e os membros do Conselho Fiscal a resolver, por meio de arbitragem, toda e qualquer disputa ou controvérsia que pudesse surgir entre eles relacionada a disposições da Lei das S/A. ou de seu estatuto.

O caso concreto não dizia respeito à prática de atos constitutivos, pelo juízo arbitral, sobre ativos da recuperanda – o que ensejaria o afastamento da aplicabilidade dos precedentes no sentido da competência do juízo da falência exarados pelo STJ. Assim, a Seção, por maioria, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo para decidir acerca de controvérsias societárias decorrentes de disposições da Lei das Sociedades Anônimas ou do estatuto social da empresa recuperanda.

De fato, o tema da arbitragem chega ao STJ de forma cada vez mais recorrente e diversos especialistas³⁵ ressaltam que os julgados do tribunal são firmes e categóricos no sentido de respeitar, na essência, a autonomia da vontade das partes de encaminharem seus conflitos para a arbitragem.

AUMENTO DE CAPITAL. ASSEMBLEIA DE ACIONISTAS. NÃO REALIZAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL. QUESTÕES SOCIETÁRIAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Acórdão em Conflito de Competência 157.099. DJe 30 out. 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1750275&tipo=0&nreg=201800513906&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20181030&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 19 maio 2023.

34. Art. 68 – A Companhia, seus acionistas, administradores e os membros do Conselho Fiscal, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Nível 1, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Nível 1 de Governança Corporativa.

Parágrafo Único – Sem prejuízo da validade desta cláusula arbitral, o requerimento de medidas de urgência pelas Partes, antes de constituído o Tribunal Arbitral, deverá ser remetido ao Árbitro de Apoio, na forma do item 5.1 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado. (e-STJ, Fl. 73).

35. Cf. BERENGUER, Caetano; VAUGHN, Gustavo Favero. “Brazilian Arbitration-Friendliness”. In: FARIAS, Elora Neto Godry et al. *“Pro-arbitration”: a tribute to Professor George Bermann from his students over the years*. Juris Publishing, 2023, pp. 119-126.

2.1. O STJ e a homologação de sentença arbitral estrangeira

A sentença arbitral estrangeira é uma decisão proferida fora do território nacional brasileiro, e que não pode ser reconhecida nem executada no Brasil sem prévia homologação. Nos termos do art. 35 da Lei de Arbitragem, a competência para essa homologação é do STJ³⁶.

Em 2005, o tribunal editou a Resolução nº. 9³⁷, de caráter transitório, com o objetivo de dispor sobre a competência acrescida ao STJ pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004 (homologação de sentença estrangeira e de carta rogatória). Essa normativa, revogada pela Emenda Regimental nº. 18, de 2014, promoveu algumas inovações importantes³⁸, tendo em vista conferir celeridade e efetividade ao procedimento e, consequentemente, ao cumprimento das sentenças arbitrais estrangeiras, ao mesmo tempo que constituiu um procedimento próprio do tribunal para homologação de sentenças estrangeiras, uma vez que, até então, o STJ recorria ao regimento interno do STF.

Nesse sentido, a Resolução nº. 9, de 2005, trouxe a possibilidade de concessão de medidas de urgências durante a tramitação do procedimento de homologação. O STF não admitia a concessão de cautelares, pois a Corte exercia tão somente um juízo de delibação. A competência para concessão dessas cautelares era do juízo federal de primeira instância no âmbito da execução. Assim, o STJ consolidou na normativa o entendimento de que o art. 273 do Código de Processo de 1973 era aplicável, portanto, aos procedimentos de homologação.

Outro ponto trazido no âmbito da Resolução nº. 9 foi a possibilidade de homologação parcial da sentença estrangeira; o que já encontrava embasamento normativo no art. 38 da Lei de Arbitragem e na Convenção de Nova Iorque, a qual foi incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº. 4.311, de 2002³⁹. Tratou-se de um importante avanço porque, segundo o regimento interno do STF, à época, caso houvesse alguma mácula em uma parte da sentença, isso impediria a sua homologação como um todo.

Diante do § 2º do art. 4º da Resolução nº. 9, foi possível, então, afastar essa parte da sentença maculada e admitir a sua homologação parcial, em atenção aos princípios da efetividade, segurança jurídica, na esteira da melhor prática processual.

36. Cf. LEE, João Bosco. A homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: A Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. In memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

37. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº. 9 de 04 maio 2005. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/368/Res_9_2005_PRE.pdf. Acesso em: 23 maio 2023.

38. Cf. MARTINS, Pedro A. Batista; BARROS, Octávio Fragata. O STJ e a sentença arbitral estrangeira. Disponível em: <http://batistamartins.com/o-stj-e-a-sentenca-arbitral-estrangeira-2/>. Acesso em: 24 maio 2023.

39. BRASIL. Presidência da República. Decreto nº. 4.311, de 23 jul. 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: 24 maio 2023.

A Emenda Regimental nº. 18, de 2014, acresceu ao regimento interno do STJ o Título VII-A, que trata sobre os processos oriundos de estados estrangeiros. A Emenda incorporou, basicamente, a integralidade das disposições da Resolução nº. 9.

A homologação é um procedimento em que o STJ apenas analisa os requisitos formais, de modo que não pode rediscutir aspectos do mérito⁴⁰ da decisão arbitral⁴¹. Essa é uma posição consolidada do tribunal que, mais uma vez, fortalece a arbitragem.

Em 2014, o STJ teve a oportunidade de confirmar essa necessidade de homologação de sentença estrangeira para ter validade no Brasil. O caso envolveu a rescisão de contratos de licenciamento, fabricação, venda e distribuição de tecnologia, marcas e produtos firmados entre a Siemens e a WDS.

Uma vez que a via consensual não prosperou entre as partes, a Siemens requereu a instauração do tribunal arbitral perante a CCI, com o objetivo de pleitear a rescisão contratual⁴². Paralelamente, a WDS ajuizou uma medida cautelar preparatória na 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. A liminar foi deferida e suspendeu todos os efeitos da rescisão dos contratos para impedir a Siemens de praticar quaisquer atos inconsistentes com a manutenção do contrato de licenciamento até o julgamento da disputa pelo tribunal arbitral, sob pena de multa diária de R\$ 50 mil.

O tribunal arbitral rescindiu os contratos e revogou a liminar obtida pela WDS perante a 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Ocorre que a justiça comum julgou procedente o pedido da WDS, sob o fundamento de que a sentença arbitral estrangeira, para ter validade no Brasil, precisaria ser homologada pelo STJ.

O caso chegou ao STJ, que verificou que a sentença arbitral estrangeira não havia sido homologada pelo tribunal, uma vez que o procedimento ainda estava em curso e negou o pedido liminar feito pela Siemens.

Em 2015, o STJ recebeu um pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira até então inusitado⁴³, uma vez que a decisão fora anulada na Argentina, país de origem onde o procedimento tramitara.

40. Esse posicionamento do STJ em relação à homologação de sentença arbitral estrangeira, alinhado a uma postura de pró-arbitragem, também está consignado nos seguintes julgados: SEC nº. 853-US, de relatoria do ministro Jorge Mussi, j. 10.05.2019; HDE nº. 1.809-US, de relatoria do ministro Raul Araújo, j. 14.06.2021; HDE nº. 1.914-FR, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, j. 11.06.2019; HDE nº. 120-US, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, j. 12.03.2019.

41. Cf. Judiciário não pode analisar arbitragem, diz STJ ao homologar sentença estrangeira. *Conjur*, 18 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-18/judiciario-nao-analisar-sentenca-arbitral-decide-stj>. Acesso em: 24 maio 2023.

42. Cf. Sentença estrangeira precisa ser homologada pelo STJ. *Conjur*, conflito de competência, 28 jan. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-28/sentenca-arbitral-estrangeira-eficacia-homologada-stj>. Acesso em: 25 maio 2023.

43. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho; PIRES, Bernardo Rohden. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem. *Conjur*, opinião, 02 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-02/homologacao-sentenca-arbitral-estrangeira-anulada-origem>. Acesso em: 25 maio 2023.

A companhia EDFI S/A. requereu perante o STJ a homologação de sentença arbitral proferida em face de Endesa Latinoamérica S/A e YPF S/A. O procedimento arbitral foi administrado no âmbito da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), em Buenos Aires.

Pela Convenção de Nova Iorque, não há mais necessidade de ratificação da sentença por qualquer dos Estados Partes para execução no estrangeiro. Isso instituiu uma presunção de validade que passa, tão somente, por um procedimento simplificado de homologação.

Ainda quando a sentença arbitral é anulada, o Estado estrangeiro no qual deva ser executada não está obrigado a rejeitá-la, e permanece com a sua autonomia preservada⁴⁴. Contudo, na prática, as sentenças arbitrais anuladas no país de origem dificilmente são homologadas em outra jurisdição.

Em relação ao caso concreto, a Corte Especial do STJ negou por unanimidade o pedido, tendo em vista ter sido anulada, com fundamento no art. 38, VI, da Lei de Arbitragem, e no art. V, I, e, da Convenção de Nova Iorque, além de outras normas internacionais, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no art. 216-D, III, do Regimento Interno do Tribunal.

Em razão da sentença ter sido prolatada na Argentina, o STJ afirmou incidir sobre o caso o Protocolo Las Leñas, ratificado no Brasil por meio do Decreto nº. 6.891, de 2009⁴⁵. A normativa prevê um regime diferenciado para a homologação de sentenças judiciais e arbitrais lavradas nos países signatários, Mercosul, Bolívia e Chile. O art. 20 do referido Decreto estabelece as condições para que a sentença arbitral tenha eficácia extraterritorial nos Estados Partes, com destaque à alínea e, que trata da força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que tenha sido prolatada.

Mesmo diante da complexidade do cenário externo, com diversas normas e peculiaridades factuais, o STJ adota posicionamentos que endossam a confiança no sistema jurídico brasileiro para execução de decisões estrangeiras, nos ditames das boas práticas arbitrais internacionais.

Finalmente, para além de sua atuação jurisdicional, o STJ atua ainda em nível institucional na promoção de meios extrajudiciais de solução de litígios, a exemplo do trabalho de intercâmbio e aprofundamento sobre temas relacionados à homologação de sentenças estrangeiras, como o que resultou em uma profícua troca de conhecimentos refletida em publicação que traça um paralelo interpretativo do conceito de ordem pública pelo tribunal da cidadania brasileira e a Corte de Cassação Francesa⁴⁶.

44. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho; PIRES, Bernardo Rohden. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem. Ob. cit.

45. BRASIL. Decreto nº. 6.891, de 02 jul. 2009. Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6891.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

46. SALOMÃO, LUIS FELIPE; CAMPOS, Cesar Cunha (Org.). Brasil e França: arbitragem na visão comparada. 2017.

Conclusão

No exercício da sua competência constitucional, o STJ garante a eficiência e eficácia da arbitragem como mecanismo de justiça privada que, no decorrer dos anos, mostrou-se indispensável para o desenvolvimento econômico do país, em razão do expressivo volume de contratos que preveem esse mecanismo de solução de controvérsias.

No que concerne às sentenças arbitrais estrangeiras, o tribunal firma precedentes que atestam a segurança jurídica necessária ao bom andamento das relações internacionais, com resguardo da ordem pública e da soberania nacional.

Referências



20.

A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM A TERCEIROS NÃO SIGNATÁRIOS: UMA ANÁLISE DE SUA VIABILIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

MARCUS VINICIUS VITA¹

1. Introdução

Os Professores Georges Abboud e Ricardo Campos, em *Caminhos do Constitucionalismo Global*, anotaram: “o direito posto é sempre um ponto de partida, o início de um empreendimento arqueológico, durante o qual sempre devemos nos indagar, o que se esconde por detrás do que está exposto”.²

A sugestiva reflexão trazida pelos Professores nos convida a pensar sobre as bases teóricas e os fundamentos constitucionais que ancoram a prática adotada não apenas no Brasil, como na prática arbitral internacional, de extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários.

Em outras palavras, trata-se de verificar, à luz do conjunto axiológico e deontológico da Constituição da República, quais são os limites e quais as possibilidades semânticas da extensão do compromisso arbitral a terceiros que a ele não aderiram, ao menos formalmente de modo escrito.

Eis o ponto sobre o qual este artigo pretenderá se debruçar: o que se esconde por trás da (im) possibilidade da extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários? Quais são os fundamentos constitucionais pressupostos que ancoram a possibilidade ou a impossibilidade de estender a resolução de um conflito contratual privado de cariz empresarial a um terceiro que jamais logrou pactuar expressamente uma cláusula compromissória renunciando à jurisdição estatal?

1. Advogado, sócio do Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados, pós-graduado em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público (IDP). Possui o endereço de e-mail: marcus@wald.com.br.

2. ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *Caminhos do Constitucionalismo Global*. In: *Constitucionalismo Global*. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 29.

Afinal, a base do procedimento arbitral se funda justamente na autonomia da vontade e na confiança das partes em submeter seus litígios uma jurisdição outra que não a estatal, seja por cláusula compromissória expressa ou por compromisso arbitral.

Inegavelmente, trata-se de um teste teórico das possibilidades de leitura e aplicação das muitas interfaces da autonomia da vontade e da cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição.³

É que, na ambiência de um Estado Constitucional, toda e qualquer aplicação do Direito reclama uma filtragem constitucional prévia, seja por meio da adoção controlada – hermeneuticamente – de cláusulas gerais, seja por meio da adoção de preceitos constitucionais abstratos que reconheçam a eficácia vertical e, sobretudo, horizontal de direitos fundamentais entre particulares.

Perguntar-se sobre a possibilidade de extensão do compromisso arbitral a terceiros que a ele não aderiram formalmente e, sob um ângulo interpretativo mais profundo, indagar-se sobre a compatibilidade constitucional da prática de se obrigar um terceiro que não pactuou um compromisso privado a ter de se submeter a um procedimento de resolução de controvérsias específico em derrogação à jurisdição estatal, irrenunciável por essência e por expressa dicção normativa.⁴ O tema, pois, reclama evidente interpretação constitucional.

Para o Professor Carlos Alberto Carmona, por exemplo, a convenção arbitral não é possível de extensão no direito brasileiro:

“Não creio que, no Brasil, tal solução seja satisfatória. A convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar cabal, clara e inequívoca vontade dos contratantes de entregar a solução de litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros. O efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imagino, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial”.⁵

Em sentido oposto, Eduardo Munhoz compreende, à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição, que a extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários é factível, não se constituindo em um obstáculo para a aplicação no Brasil⁶, pois:

“A vontade dos grupos societários (...) não pode ser apurada a partir da consideração estanque de cada pessoa jurídica que os integra. A ruptura da estrutura organizacional autônoma, decorrente do fenômeno grupal, leva a que, necessariamente, a

3. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

4. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

5. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

6. BRASIL, op. cit.

verificação da vontade manifestada não se restrinja às fronteiras da personalidade jurídica de cada sociedade integrante do grupo.

Assim, a incidência da convenção de arbitragem em relação a sociedade integrante de um grupo e que tenha participado ativamente da negociação e da execução do contrato não esbarraria no art. 5º, XXXV, da CF, pois sua submissão ao juízo arbitral decorreria da verificação de que, pela sua própria vontade, tal sociedade concordou em adotar essa alternativa para a solução dos litígios. A conclusão contrária significaria um desmedido prestígio à forma jurídica – autonomia das sociedades –, que, nos grupos, não corresponde à realidade econômica”.⁷

Veja-se, portanto, que posições teóricas antagônicas possuem um ponto de convergência em comum: a possibilidade ou não de extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários passa, necessariamente, pela compatibilidade de tal prática procedimental com os direitos e com as garantias fundamentais da liberdade individual (CF, art. 5º, II) e da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) como corolário do devido processo legal (CF, art. 5º, LV).⁸

Há quem diga que tal expediente é inviável no sistema brasileiro, porque de todo incompatível a manifestação implícita de vontade com a cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal. Há, todavia, quem repute constitucionalmente válida a extensão do compromisso arbitral a quem a ele formalmente não aderiu, pois, sistematicamente, há outros preceitos espalhados no conjunto de princípios e regras da Constituição que validam tal prática sem que isso importe em violação à inafastabilidade da jurisdição.

Toda a doutrina, invariavelmente, toma a Constituição como ponto de partida, quer seja para reputar a prática válida, quer seja para considerá-la inválida. Vale lembrar, nesse particular, da máxima segundo a qual a Constituição é o farol que ilumina toda e qualquer prática pública e privada de relações que se desenrolam no seio do tecido social.

Assim, se de todas as leituras possíveis da problemática à luz da Constituição, subjetivamente se revele incompatível a extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários, mitiga-se a força normativa da autonomia da vontade/liberdade contratual e da própria inafastabilidade da jurisdição, tal prática se revela, ao menos em nosso sistema, flagrantemente inconstitucional.

Se, ao revés, a interpretação sistemática e teleológica da Constituição traduz hipóteses possíveis à validade da extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários, tal circunstância significa que é, sim, possível a aludida extensão sem que preceitos constitucionais sejam violados, máxime quando estão, em concreto, sendo otimizados outros postulados que assegurem a máxima eficácia da Constituição.

7. MUNHOZ, Eduardo. Arbitragem e grupos de sociedades. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da Arbitragem Institucional*: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 176-177.

8. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

Conquanto existam fundamentadas opiniões jurídicas no sentido de que o sistema brasileiro não comporta a extensão subjetiva do compromisso arbitral a terceiros não signatários em razão da ausência de manifestação expressa da autonomia da vontade, fato que supostamente desborda na violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição, a posição doravante defendida comunga de compreensão diversa.⁹

É que, não raro, a parte não signatária da convenção arbitral, apesar de não ter expressamente declinado, por escrito, sua adesão à cláusula compromissória, adota, no âmbito de um grupo de sociedades empresariais da qual faz parte, comportamentos e atitudes que se traduzem em inequívoco reconhecimento daquela parte em aderir à via arbitral como meio adequado de solução de controvérsias que porventura possam surgir daquele contrato que ela, parte signatária, atua decisivamente.

Quer dizer, por vezes, uma parte ou mesmo uma sociedade empresária não signatária do compromisso arbitral contido no seio de um contrato atua de modo tão ativo na negociação e execução desse contrato que, ante o comportamento fático desempenhado pela parte (não signatária), fica claro que, mesmo não tendo ela assinado qualquer cláusula compromissória, há uma vontade desse sujeito, ainda que implícita, de aderir a todos os termos do contrato, inclusive para fins de submissão de eventuais litígios à via arbitral.

Aliás, há situações concretas nas quais o terceiro não signatário é tão importante no âmbito de determinação relação contratual/societária que a sua exclusão do procedimento arbitral se revela praticamente nula, especialmente quando se tem configurada uma hipótese fática de litisconsórcio necessário entre ela, parte não signatária, e as demais partes signatárias.

A constitucionalidade da extensão no sistema jurídico brasileiro deriva do fato de que a não assinatura, por escrito, da cláusula compromissória, é circunstância que traduz mera formalidade que não desabona ou retira a validade jurídico-constitucional de um expediente que potencializa, sob o prisma da economicidade, a adequação entre realidade fático-econômica e forma jurídica.

Uma exegese teleológica e sistemática do postulado da liberdade individual (CF, art. 5º, II) com outros preceitos constitucionais, tais como economicidade e boa-fé, por exemplo, demonstram precisamente que não há violação à vontade das partes que culmina em vulneração à cláusula da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), corolário do devido processo legal (CF, art. 5º, LV).¹⁰

Afinal, o que se faz é verificar, caso a caso, em concreto, se a parte não signatária desempenhou papel ativo na execução de um contrato, como se a ele tivesse aderido em rigorosamente todos os seus aspectos e cláusulas. Se, em caso positivo, tiver o não signatário desempenhado comportamento tendente a demonstrar que atuou decisivamente na relação contratual, a boa-fé, como elemento constitucional integrante da segurança jurídica, recomenda que seja possível a extensão do compromisso arbitral ao terceiro não signatário. Aliás, interpretação em sentido contrário se constituiria em verdadeiro *venire*

9. Ibidem.

10. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

contra factum proprium, vedado em nosso sistema constitucional porque contrário à segurança jurídica e à boa-fé.

Ao fim e ao cabo, trata-se de prestigiar o *conteúdo substancial* das relações contratuais em detrimento da mera formalidade. Essa autorizada interpretação sistemática e teleológica da Constituição revela que, ao invés de mitigar a força normativa da autonomia da vontade e da inafastabilidade da jurisdição, a extensão do compromisso arbitral a terceiro não signatário, em certas ocasiões, se vista globalmente diante de outros preceitos constitucionais, e não apenas em tiras, maximiza a normatividade da Constituição como um todo.

Para se alcançar tal conclusão, o artigo percorrerá o seguinte caminho argumentativo e exegético, sempre pautado em doutrina e, quando possível, na jurisprudência nacional e internacional: a) o panorama da Arbitragem no Brasil, desde o seu nascedouro até sua expansão que culminou na atual complexidade em torno de seus limites subjetivos; b) os pressupostos legais e constitucionais da Arbitragem brasileira, especialmente o pressuposto do *consenso* e da *autonomia da vontade*; c) a extensão da convenção de arbitragem em face de terceiros não signatários; e d) as possíveis leituras constitucionais, de modo crítico e analítico, a propósito da extensão subjetiva da cláusula compromissória arbitral em face de terceiros não signatários.

2. Panorama da arbitragem no Brasil: do nascedouro ao atual estado de complexidade das relações contratuais privadas

2.1. *As origens*

Embora a Lei nº 9.307/1996 seja considerada o grande marco normativo da Arbitragem no Brasil, antes da edição do estatuto legal o país já albergava uma intensa discussão doutrinária entre acadêmicos e profissionais do Direito.

Contava, ainda, com um germe inicial de casos isolados resolvidos por meio da Arbitragem e, igualmente, estabelecia-se entre nós um incipiente arcabouço normativo existente desde a Constituição Imperial de 1824, reforçado pelo Código Comercial de 1850 e pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, mas cujo robustecimento e consolidação parece ter sido pavimentado de vez com a aludida Lei nº 9.307/1996.¹¹

Na precisa lição do Professor Arnoldo Wald esposada em *Arbitragem: passado, presente e futuro*, a Arbitragem “tinha, na realidade, pouca eficiência por ser considerada um pacto preliminar e depender de homologação judicial”.¹² O ilustre Professor Catedrático na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro complementa:

11. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

12. WALD, Arnoldo. Arbitragem: Passado, Presente e Futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 13, n. 50, p. 59-78, jul./set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.05.PDF. Acesso em: 27 jan. 2023.

“As exceções foram alguns processos que marcaram a sua época, como de Lord Cochrane, no fim do século XIX e o caso Minas x Werneck, em que funcionou Rui Barbosa, que data de 1913, assim como algumas eventuais homologações de sentenças arbitrais estrangeiras, que deviam ter sido previamente aprovadas pela Justiça do seu país de origem, que são mencionadas por Irineu Strenger. Após a Segunda Guerra Mundial, começamos a ter maior número de casos de arbitragem como evidenciam tanto o caso Lage, julgado pelo STF, como a decisão arbitral proferida pelo Min. Laudo de Camargo como árbitro (a lei da época autorizava que funcionasse nessa qualidade), no litígio entre alguns engenheiros e a Companhia Siderúrgica Nacional, tendo funcionado, como advogado, San Tiago Dantas. Posteriormente, tivemos algumas arbitragens que vieram a ser apreciadas pelo antigo TFR e, em seguida, pelo STJ.”¹³

O fato é que, até a década de 1970, havia no país um verdadeiro “clima de descaso pela arbitragem”¹⁴, como anota Carlos Augusto de Silveira Lobo em seu *História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil*. Nessa mesma toada, Petrônio Muniz nos conta que, para certo Magistrado, “o juízo arbitral é um doente terminal”¹⁵.

O clima existente no país, portanto, era de certa desconfiança para com um sistema jurisdicional privado de solução de controvérsias. Foi apenas no início dos anos 1980 que o cenário pouco atrativo à Arbitragem passou a ter maiores influxos de deferência dos acadêmicos e dos operadores do Direito. Embora alguns juristas já se dedicassem a realizar estudos arbitrais, a exemplo de Arnaldo Wald, Severo da Costa, Modesto Carvalhosa, Alexandre Tavares Guerreiro, dentre outros, foi a partir de 1983, com Teophilo de Azeredo Santos, que havia sido presidente da CCI internacional, que a Arbitragem adquiriu maior estruturação.

Isso porque o Brasil, especialmente o Rio de Janeiro, São Paulo e Salvador, passaram a ser o epicentro da América do Sul para a promoção de estudos acadêmicos a respeito do tema. O certo é que, foi com o já mencionado Petrônio Muniz que o Brasil efetivamente deu um passo importante na pavimentação da instituição da Arbitragem como legítimo e confiável método alternativo de pacificação de controvérsias.

Uma vez mais, Arnaldo Wald pontua:

“Coube a Petrônio transformar a ideia em ação, mediante um combate contínuo que se iniciou no Instituto Liberal de Pernambuco e na Associação dos Advogados de

13. Ibidem.

14. LOBO, Carlos Augusto de Silveira. *História e perspectivas da arbitragem no Brasil*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, p. 79-94, jul./set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.06.PDF Acesso em: 27 jan. 2023.

15. MUNIZ, Petrônio R. G. *Operação Arbiter: a história da Lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005, p. 37.

Empresas do Estado para continuar no Congresso Nacional dos Institutos Liberais em que teve o apoio de Donald Stewart Jr. (...)”.¹⁶

Coube, então, ao Senador Marco Maciel encampar, na seara legislativa, as ideias capitaneadas doutrinariamente por Petrônio Muniz e por outros intelectuais, como Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e Pedro A. Batista Muniz. O Senador apresentou ao Congresso Nacional o PLS nº 78/1992.¹⁷

Após idas e vindas entre Senado Federal e Câmara dos Deputados, com uma resistência maior de deputados do PT e PCB, que apresentaram emendas à proposição, as quais foram todas rejeitadas¹⁸, o Projeto de Lei foi finalmente sancionado pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, e se tornou lei formal em sentido estrito em 23.09.1996.

De certo, a Lei nº 9.307/1996 foi disruptiva para o seu tempo e em relação às formas tradicionais de solução de conflitos no Brasil. Em alguma medida, não é exagero se afirmar a instituição de um marco normativo na Arbitragem “simbolizou a luta do liberalismo contra a exclusiva presença do Estado na vida judiciária”.¹⁹

2.2. O Apogeu

São muitos e diversos os benefícios da Arbitragem. A saber: celeridade, burocracia reduzida; flexibilidade procedimental; liberdade de escolha dos árbitros; limitação das matérias passíveis de impugnação na via judicial (*numeros clausus*) por meio de ação anulatória; irrecorribilidade da sentença arbitral; simplificação no processo de homologação de sentença estrangeira; exclusão da necessidade que havia até então de homologação da decisão arbitral interna; e consagração do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, entre outros aspectos, formam o arcabouço normativo das mudanças introduzidas em nosso sistema a partir da Lei nº 9.307/1996.²⁰

Conquanto a Arbitragem tenha tido cada vez mais adesão social, o instituto não passou ileso à judicialização e ao crivo do Poder Judiciário. É que, em 2001, de modo incidental (*incidenter tantum*), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Sentença Estrangeira

16. WALD, Arnaldo. Arbitragem: Passado, Presente e Futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 13, n. 50, p. 59-78, jul./set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.05.PDF. Acesso em: 27 jan. 2023.

17. BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 78, de 1992*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/26738>. Acesso em: 28 jan. 2023.

18. WALD, op. cit.

19. BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

20. Ibidem.

nº 5206-7 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), declarou a validade de 2 (dois) dispositivos que tiveram a sua constitucionalidade posta em dúvida²¹. Seriam eles:

- a) a possibilidade de execução específica da obrigação de firmar o compromisso arbitral objeto de cláusula compromissória, se necessário, mediante provimento judicial substitutivo da vontade da parte recalcitrante (arts. 6º e 7º); e
- b) a equiparação, no direito interno, dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judiciária – incluída a formação do título executivo, se condenatório o laudo – independentemente de homologação judicial (art. 31), disposição integrada, no art. 35 da Lei nº 9.307/96, com a explicitação de que, “para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”.

Estava em jogo, no caso concreto, a possibilidade de uma sociedade comercial suíça requerer a homologação de uma sentença arbitral estrangeira prolatada em Barcelona, na Espanha, em face de uma sociedade comercial brasileira.

Sem maiores conflitos, o STF, por unanimidade, declarou constitucional o item “b”, prevalecendo, assim, o voto do Relator, Min. Sepúlveda Pertence. Isto é, Sua Excelência, no que fora acompanhado pelos demais, reviu seu posicionamento inicial e entendeu constitucionalmente possível a homologação do laudo arbitral estrangeiro sem a prévia homologação do juízo do país de origem. E assim o fez ante a superveniência da Lei de Arbitragem que equiparou o laudo/sentença arbitral à sentença judiciária.²²

A controvérsia se deu, no entanto, em relação ao aludido item “a”, no que diz com a possibilidade de execução compulsória da obrigação de fazer (firmar o compromisso arbitral), se necessário provimento judicial substitutivo da manifestação de vontade da parte recalcitrante na instituição da arbitragem.²³

Para o Min. Sepúlveda Pertence, no que foi acompanhado mais enfaticamente pelo Min. Moreira Alves, revela-se incompatível com a legitimidade constitucional da arbitragem, que pressupõe a consensualidade, o suprimento judicial da vontade das partes para a instituição do procedimento, como na hipótese de existência de cláusulas compromissórias “em branco” ou “vazias”.²⁴

21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206-7**. Agravante: M.B.V Commercial and Export Management Establishment. Relator: Ministro Presidente. Brasília, 12 dez. 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 27 jan. 2023.

22. Idem.

23. Ibidem.

24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206-7**. Agravante: M.B.V Commercial and Export Management Establishment. Relator: Ministro Presidente. Brasília, 12 dez. 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 27 jan. 2023.

Já para o Min. Nelson Jobim e para maioria que o acompanhou no ponto, inclusive da Procuradoria-Geral da República, havia uma noção de que a escolha das partes pela arbitragem é salutar e se inscreve no âmbito de suas respectivas autonomias da vontade.²⁵

Prestigiou-se, assim, o juízo arbitral diante da jurisdição estatal, inclusive quando a parte recalcitrante que não queira ver instalada a Arbitragem contra si e contra a sua vontade.

Certo é que o tempo se passou e a Arbitragem foi se tornando uma realidade cada vez mais comum e difundida no país para a resolução de disputas em torno de direitos patrimoniais disponíveis. Tanto assim o é que, quando do aniversário de 20 (vinte) anos da Lei nº 9.307/1996, o Professor Arnoldo Wald, verdadeiro artífice do instituto, assim se pronunciou:

“A maioria dos comentadores que estudou a nossa lei no exterior, reconheceu o seu caráter modernizador e até o fato de ser um verdadeiro exemplar para o mundo e até alguns juristas que criticaram a longa duração dos processos judiciais no Brasil, não deixaram de manifestar a sua admiração pela rapidez com que o instituto se consolidou no país, e pelas qualidades tanto do texto legal como da jurisprudência”.²⁶

O ponto alto de deferência para com a Arbitragem foi a construção jurisprudencial que o STJ fez em torno do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* (competência-competência):

“A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.²⁷

Veja-se, portanto, que a premissa adotada para a deferência à Arbitragem é a de que tal via alternativa de pacificação de lides se revela célere, menos formal e sobremaneira mais eficaz na estabilização de expectativas normativas.

25. Ibidem.

26. WALD, Arnoldo. Arbitragem: Passado, Presente e Futuro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a. 13, n. 50, p. 59-78, jul./set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.05.PDF. Acesso em: 27 jan. 2023.

27. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.550.260/RS**. Recorrente: Kreditanstalt Fur Wiederaufbau Bankengruppe. Recorrido: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 12 dez. 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402050562&dt_publicacao=20/03/2018. Acesso em: 27 jan. 2023.

2.3. *O incremento de complexidade nas relações sociais e o aprimoramento da arbitragem na atual quadra pós-moderna: o problema do terceiro não signatário como elemento típico de uma sociedade contratualmente complexa*

Ao que tudo indica, a promessa teórica de uma jurisdição privada eficaz, que prestigia a autonomia da vontade das partes, concretizou-se em realidade prática. A Arbitragem nasceu, adquiriu deferência constitucional, ganhou robustez teórica e prática, e, ao fim, expandiu-se.

Segundo apontam as estatísticas da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI)²⁸, o Brasil ocupou a segunda posição relativamente à nacionalidade das partes que participaram de arbitragens CCI no ano de 2020, ficando atrás somente dos Estados Unidos.

Inegavelmente, trata-se de um reconhecimento da relevância da arbitragem no Brasil diante do concerto das demais nações globalizadas da pós-modernidade. Mais do que isso, trata-se de um indicativo de confiança dos brasileiros na realização de procedimentos arbitrais²⁹, que nada mais são do que veículos institucionais vocalizadores da autonomia das partes.

Se até o momento o país caminhou a passos largos na institucionalização e integração do instituto jurídico da arbitragem no seio das relações sociais privadas ou mesmo das públicas de cariz patrimonial, basta saber como tal mecanismo de pacificação de controvérsias será encarado em todas as suas facetas surgidas por ocasião do incremento de complexidade das atuais sociedades pós-modernas, marcadas pela descentralização e por um elevado grau de fragmentariedade.

É que, na atual quadra, vivemos sob o paradigma linguístico de uma sociedade das plataformas, como alude Ricardo Campos em sua primorosa tese de doutoramento denominada *Metaformoses do Direito Global*.³⁰

Em outras palavras, vivemos no mundo dos dados. Passamos por uma Quarta Revolução Industrial ou pelo acontecimento histórico da Indústria 4.0, cujo elemento central estruturante é o que Klaus Schwab denomina de Internet das Coisas (IoT). Na acepção teórica de Schwab, a IoT “trata de uma gama de sensores inteligentes conectados que coletam, processam e transformam os dados de acordo com a necessidade; os dados são,

28. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Dispute Resolution 2020 Statistics**. Paris, ICC, 2020. Disponível em: https://icc-switzerland.ch/images/2020statistics_icc_disputeresolution_895.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

29. LUIS, Daniel Tavela. Arbitragens CCI: overview dos dados do relatório de 2020. **MLuis Advogados Associados**, São Paulo, 17 set. 2021. Disponível em: <https://www.mluis.adv.br/arbitragenscci/>. Acesso em: 27 jan. 2023.

30. CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

então, enviados para outros dispositivos ou indivíduos para atender aos objetivos de um sistema ou usuário”.³¹

Em “uma revolução não, uma evolução: a promessa, o desafio e oportunidade da IoT”, Richard Soley adverte que é “fácil ver como a IoT impactará todas as principais indústrias: serviços de saúde; sistemas financeiros; transporte; produção, transmissão e distribuição de energia; agricultura; serviços de cidade inteligente... a lista é interminável”.³²

Trata-se do retrato da hipercomplexidade das sociedades contemporâneas pós-modernas, marcadas por profundas e permanentes diferenciações sociais que a todo momento descortinam práticas sociais que, inclusive, ressignificam modelos tradicionais de regulação estatal da vida social por meio do subsistema do Direito.

Quer dizer, o Direito, como fenômeno social e conceito interpretativo em permanente construção criativa, como alude Ronald Dworkin no capítulo “Conceitos de Interpretação” do clássico “O Império do Direito”, não está à deriva das disruptivas transformações tecnológicas pelas quais passa o mundo líquido³³ pós-moderno.

É nesse contexto de uma sociedade fragmentária, portanto, que se desenvolvem novas e atípicas relações contratuais que desafiam novas arquiteturas jurídicas. É necessário e fundamental, nesse contexto, uma permanente abertura cognitiva para que seja possível o subsistema do Direito conseguir regular adequadamente as expectativas normativas havidas no seio das relações privadas. Em outras palavras, é essencial que o Direito, especialmente o contratual, reinvente-se e se ressignifique para conseguir comportar as complexidades da vida social.

Afinal, como há muito preconizou o professor Orlando Gomes, “os negócios patrimoniais são instrumentos jurídicos da vida econômica”.³⁴

E assim tem sido no âmbito da Arbitragem. Constantemente, novos desafios processuais e procedimentais, provocados por uma sociedade complexa e litigiosa, tem compelido as câmaras arbitrais e o próprio Poder Judiciário a reinventarem hermeneuticamente as formas e soluções jurídicas até então tradicionalmente adotadas.

Eis aí o cenário fático sobre o qual se coloca o problema da extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários, questão típica de uma sociedade conectada e globalizada. Detalhadamente, trata-se de um problema havido, em um primeiro momento, no seio do comércio internacional e, conseqüentemente, da arbitragem internacional, o qual, no entanto, foi posteriormente alastrado e incorporado ao âmbito interno do direito brasileiro.

É que, problemáticas estrangeiras são, igualmente, problemáticas que acometem transversalmente todos os Estados globalizados. Se o problema em torno da legitimidade e da manifestação de vontade de um terceiro não signatário desborda no contexto do comércio e dos contratos internacionais, certamente essa mesma problemática alcançará o direito doméstico, embora com colorações diversas.

31. SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Aplicando a quarta revolução industrial*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2018, p. 148.

32. Idem.

33. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

34. GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 103.

Daí ser seguro dizer que o problema constitucional pressuposto ao debate em torno da extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários é comum a todos os países que, à semelhança do Brasil, desenvolvem um sistema jurídico arbitral sério.

Afinal, vive-se sob o paradigma de um constitucionalismo global e transfronteiriço. Vive-se precisamente aquilo que Mark Tushnet nominou de *a inevitável globalização do direito constitucional*³⁵. Nesse sentido, Georges Abboud e Ricardo Campos anotam que é o tempo “de uma constitucionalização mundial de questões, temáticas e institutos constitucionais”³⁶.

Basta saber, no entanto, como se desenvolve, particularmente no Brasil, o problema da extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários à luz dos pressupostos axiológicos e deontológicos da Constituição Federal de 1988.

3. Pressupostos legais e constitucionais da arbitragem: a natureza complexa da arbitragem e a “problemática” do consenso

Guilherme Recena Costa, em tese de doutoramento, anotou: “O longo debate sobre a natureza jurídica da arbitragem encerrou-se apontando para a sua natureza mista ou *sui generis*. Originando-se sempre da autonomia da vontade das partes, a arbitragem tem fundamento essencialmente contratual”³⁷. Em complementação, o autor fez a seguinte advertência:

“No entanto, é inquestionável que, do ponto de vista funcional, a arbitragem serve à resolução autoritativa de conflitos, alcançando um resultado equivalente àquele produzido pelo exercício da jurisdição estatal. Ainda que não se considere, portanto, a arbitragem propriamente jurisdicional (...), não há como negar que a sentença arbitral produz efeitos no plano do direito material análogos, ou até mesmo idênticos, àqueles produzidos pela atividade jurisdicional”³⁸.

35. TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of Constitutional Law. *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Cambridge, n. 9-6, 18 dez. 2008. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=183110124086120097096103092030110087021071017088069085030022091111099113102005083122000016017062006098061087014010113112000119061007042040006028006125089087121119009010014116094086111107077005115086019090021096000095111007068110065024103068081127093&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 27 jan. 2023.

36. ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. Caminhos do Constitucionalismo Global. In: *Constitucionalismo Global*. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 29.

37. COSTA, Guilherme Recena. *Partes e Terceiros na Arbitragem*. Tese de Doutorado (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 19. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

38. Idem.

Veja-se, a partir dos excertos doutrinários, que a melhor doutrina comunga da compreensão segundo o qual a Arbitragem possui natureza mista. Todavia, se a Arbitragem, funcionalmente, enquanto método de pacificação de conflitos possui natureza mista, a convenção arbitral, enquanto instituto que institui a própria Arbitragem, possui natureza contratual, de direito privado, de modo que só pode ser compreendida no quadro mais amplo da autonomia da vontade. Eis a razão, por exemplo, pela qual não se pode instituir uma Arbitragem de viés obrigatório, contra a vontade das partes.

De um lado, sob um prisma ontológico, a convenção arbitral de cariz contratual. De outro, sob uma ótica essencialmente funcional, a Arbitragem, embora seja também fruto da autonomia privada, constituindo-se em verdadeira criatura contratual (*creature of contract*), é instrumento de natureza jurisdicional dotado de eficácia imperativa entre as partes e, excepcionalmente, perante terceiros.³⁹

Enfim, sem pretender definir uma natureza unívoca aprioristicamente para a Arbitragem, o fato é que, ontologicamente, a legitimidade constitucional e infraconstitucional da Arbitragem reside no postulado da autonomia da vontade como corolário da liberdade individual.⁴⁰

A instituição de uma convenção arbitral, invariavelmente, reclama o prévio assentimento das partes. Uma vez mais, Guilherme Recena Costa pontua que: “tal manifestação de vontade de submeter-se ao juízo arbitral é concretizada por meio da convenção de arbitragem”.⁴¹

Tamanha a importância conferida em nosso sistema à autonomia das partes enquanto manifestação da liberdade individual de contratar, que não se afigura incorreto dizer que ela é capaz de derogar a própria cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição (ao menos estatal).

Daí por que o Professor Carlos Alberto Carmona anotou enfaticamente em seu clássico *Arbitragem e Processo*, que “o efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido”.⁴²

E nem poderia ser diferente, já que a derrogação de um direito fundamental da máxima relevância no Estado Constitucional brasileiro, como é a inafastabilidade da jurisdição, só pode ocorrer, em regra, quando há relevantes e fundamentadas razões também constitucionais para tanto. No caso, mediante a inequívoca intenção das partes de, livremente, submeterem seus litígios – patrimoniais – a um procedimento arbitral.

39. Idem.

40. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

41. COSTA, Guilherme Recena. *Partes e Terceiros na Arbitragem*. Tese de Doutorado (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 19. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

42. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

Como ensina ainda a aludida tese de doutoramento, “a pedra de toque do controle de legitimidade da arbitragem é a doutrina do *excès de pouvoir*, que tem origem em fontes romanas: *Arbiter nihil extra compromissum facere potest*”⁴³. É dizer, a legitimidade da Arbitragem deriva e extrai seu fundamento de validade da própria *vontade das partes*.

Seguramente, a vontade das partes é o elemento de base que circunscreve e delimita semântica e hermeneuticamente a atuação do árbitro e da própria Arbitragem em si. O próprio poder do árbitro advém da vontade das partes manifestada em uma convenção arbitral. É ela, a vontade das partes, portanto, a razão de ser da própria Arbitragem. Nos dizeres de Guilherme Recena Costa, “uma dose de *self-restraint* [balizada pela autonomia da vontade] faz-se aqui necessária para garantir a própria continuidade da arbitragem”.⁴⁴

Assentada a premissa de que a vontade das partes é reflexo da liberdade individual de contratar, afinal o compromisso arbitral nada mais é do que um contrato, convém saber como se coloca, à luz da Constituição, o problema do consentimento subjetivo das partes para com a introdução de terceiros que não fizeram parte desse contrato (compromisso arbitral).

4. Apontamentos sobre a extensão do compromisso arbitral em face de terceiros não signatários: as possíveis leituras do “problema” à luz da supremacia da constituição e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares na arbitragem

Em regra, sob uma ótica processual do problema, as intervenções de terceiros na Arbitragem devem se ater à eficácia sentencial. Partindo-se da premissa de que a sentença arbitral possui natureza jurídico-contratual, seus efeitos, no mais das vezes, projetam-se apenas entre as partes (*inter alios*). Vigem, aqui, por paralelismo, o princípio da relatividade dos contratos.

Todavia, em determinadas situações fáticas específicas, há direitos de terceiros que devem inevitavelmente ser tutelados, sob pena de violação ao postulado constitucional do devido processo legal.⁴⁵

É precisamente aquilo que Guilherme Recena Costa anotou em sua tese de doutoramento quando asseverou que “a autonomia privada opera em níveis diversos com relação às diferentes questões que se colocam quanto à arbitragem”.⁴⁶

Quer dizer, embora a autonomia privada, postulado contratual derivado do preceito constitucional da liberdade individual (CF, art. 5º, II), seja a regra no processo arbitral,

43. COSTA, op. cit.

44. Idem.

45. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

46. COSTA, Guilherme Recena. **Partes e Terceiros na Arbitragem**. Tese de Doutorado (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 19. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

sendo a convenção arbitral a espécie – contratual – que lhe orienta e lhe confere sentido existencial/ontológico, em certas situações há outros interesses de terceiros, ainda que não signatários do compromisso arbitral, que devem ser respeitados à luz do contraditório e do devido processo legal em sentido substantivo (CF, art. 5º, LIV).⁴⁷

Trata-se de considerar, como pressuposto teórico, a ideia contemporânea de que no atual paradigma do Estado Constitucional não há direito – público e especialmente privado – que não passe sob uma filtragem constitucional, preventiva ou mesmo repressiva quando for o caso. Na hipótese aqui em debate, em que estão em jogo relações jurídico-contratais de cariz privado, tal ideia significa que não há autonomia da vontade em sentido liberal clássico que seja absoluta, imune aos direitos fundamentais de terceiros.⁴⁸

É que, sob o atual paradigma constitucional, os direitos fundamentais são elementos-chave que circunscrevem e delimitam semântica e hermeneuticamente uma função social, aliada à boa-fé, que todo exercício fático de um direito subjetivo deve respeitar.

A propósito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou melhor, a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas exclusivamente entre particulares, o Professor Ingo Sarlet anota que:

“(…) parece perfeitamente legítimo sustentar que uma vinculação direta dos órgãos estatais no âmbito dos deveres de proteção, ainda que evidentemente não estatais, e que na esfera das relações entre particulares não exista pelo menos um dever de respeito e tolerância em relação aos direitos fundamentais dos demais sujeitos de direitos (...)”.⁴⁹

Assentada a premissa constitucional segundo a qual os direitos fundamentais irradiam horizontalmente sua eficácia nas relações privadas e que a autonomia privada opera em diferentes níveis de aplicação, o grande desafio que aqui se coloca é de saber como conciliar harmonicamente o fundamento contratual e *inter alios* da Arbitragem, com direitos de terceiros (não signatários do compromisso), que, em certas hipóteses, devem ser tuteladas sob pena de violação da ordem pública constitucional.⁵⁰

Para tanto, a correta calibragem hermenêutica entre direitos fundamentais individuais/privados dos signatários do compromisso arbitral, com direitos de terceiros não signatários de ingressar no procedimento para defender sua posição jurídica, passa, necessariamente,

47. BRASIL, op. cit.

48. COSTA, Guilherme Recena. **Partes e Terceiros na Arbitragem**. Tese de Doutorado (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 19. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

49. SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. In: **Proteção de Dados e Inteligência Artificial: Perspectivas Éticas e Regulatórias**. Porto Alegre: RDU, v. 16, n. 90, 2019, p. 90.

50. Idem.

pela premissa teórica aqui adotada e extraída da magistral tese de doutoramento do Professor Guilherme Recena Costa.⁵¹

Segundo o autor, uma possível solução a esse aparente paradoxo pode ser buscada na compatibilização entre o aludido fundamento contratual da Arbitragem com a sua dimensão processual, notadamente no que tange aos efeitos da sentença – declaratória – proferida pelo juízo arbitral.⁵²

A partir da visão alegórica de um círculo concêntrico, pode-se ter uma compreensão mais adequada das possibilidades de mitigação do *consenso* das partes signatárias do compromisso arbitral sem que ocorra, em razão disso, uma violação à vontade contratual dos signatários e uma frustração inconstitucional às suas legítimas expectativas em torno de uma situação jurídica contratualmente consolidada.⁵³

De acordo com Guilherme Recena Costa:

“Ao núcleo, está a questão fundamental do próprio consentimento com o juízo arbitral, que deve ser objeto de escrutínio rigoroso. O exato alcance e os contornos do consentimento inicial com a arbitragem (seus limites subjetivos e objetivos) situam-se, contudo, em ponto mais periféricos desse contínuo. Face a tais questões, a exigência estrita de consentimento vai se relativizando, tornando-se mais flexível. Admite-se quanto a elas, assim o uso de presunções”.⁵⁴

Quer dizer, o círculo concêntrico permite não apenas visualizar a harmonização entre o fundamento contratual da Arbitragem e seu aspecto processual, como também, e sobretudo, permitir a adequada eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares que pactuaram um compromisso arbitral com aqueles que não pactuaram, mas que com a relação contratual a ele subjacente possui alguma ligação.

O fato é que, entre as partes contraentes diretamente vinculadas ao direito substantivo discutido, que se encontram no núcleo desse círculo, não há a mínima possibilidade de se mitigar a exigência de consenso para a deflagração de um procedimento arbitral, sob pena de nulidade absoluta.

Afinal, como se anotou no capítulo antecedente, o consenso é o elemento-chave que confere sentido à vontade das partes de preterirem a jurisdição estatal sem violar o conteúdo jurídico do postulado constitucional da inafastabilidade da jurisdição.⁵⁵ Daí por que se diz

51. COSTA, op. cit.

52. Idem.

53. COSTA, Guilherme Recena. **Partes e Terceiros na Arbitragem**. Tese de Doutorado (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 19. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

54. Idem.

55. BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

que, em relação ao consenso inicial, que se projeta no núcleo do círculo concêntrico, o escrutínio deve ser absolutamente rigoroso.

Mais distante do centro, à periferia do círculo, encontra-se os temas em torno dos limites da autonomia da vontade. É precisamente nesse ponto que se localiza o tema a respeito da extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários.

A partir daqui, nas palavras de Guilherme Recena Costa, torna-se possível, a depender da situação fática, “o uso de presunções”⁵⁶. Presunções à autonomia da vontade que sejam, evidentemente, compatíveis com o plexo axiológico e deontológico preconizado pela Constituição, por exemplo, exercício do contraditório e respeito ao devido processo legal em sentido substantivo (CF, art. 5º, LIV)⁵⁷.

Faz-se necessário, para se adotar presunções que afastem a exigência do consenso formal, verificar quais são os efeitos diretos ou/e reflexos que uma sentença arbitral, a partir de uma dada situação de direito material concreta, pode produzir sobre a esfera jurídica de terceiro.⁵⁸

Isso porque é a relação jurídica de direito material subjacente ao contrato que será o vetor capaz de demonstrar se a sentença arbitral a ser prolatada possuirá ou não eficácia *ultra partes*. Em regra, como se disse, a eficácia da sentença arbitral é *inter partes*, produzindo efeitos apenas entre os signatários do compromisso arbitral. Todavia, há situações em que o direito titularizado pelas partes e objeto do contrato possui direta e imediata eficácia sobre a esfera jurídica substantiva de um terceiro que não é signatário do compromisso arbitral.⁵⁹

Nessas hipóteses, há um imbricado nexos de dependência/prejudicialidade permanente entre o direito titularizado pelas partes signatárias do compromisso arbitral com a esfera jurídica do terceiro.⁶⁰

Inegavelmente, se há uma relação direta de dependência entre o direito material das partes signatárias do compromisso arbitral e aquele terceiro não signatário, em uma espécie de litisconsórcio necessário, não há como não se relativizar, na periferia do círculo concêntrico, o consenso e a autonomia da vontade das partes em benefício do direito ao contraditório e à ampla defesa do terceiro defender sua esfera jurídica que está sendo diretamente impactada. Isso, independentemente ou contra a vontade das partes originárias.⁶¹

Trata-se de franquear o contraditório e um direito à ampla defesa a terceiros que podem ser diretamente impactados em suas respectivas esferas jurídicas. Não parece ser razoável

56. COSTA, Guilherme Recena. **Partes e Terceiros na Arbitragem**. Tese de Doutorado (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 19. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

57. BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

58. COSTA, op. cit.

59. Idem.

60. Idem.

61. Idem.

e proporcional negar a garantia fundamental a ampla defesa em nome de uma formalidade que, em face de uma situação substantiva concreta, prestigia apenas a vontade individual e egoística dos contratantes que, inegavelmente, possuem uma relação jurídica de direito material com o terceiro.

Aliás, negar o direito do terceiro não signatário de ingressar no processo arbitral, quando em jogo diretamente a sua posição jurídica de direito material, seria mesmo contrário à boa-fé objetiva como elemento estruturante da segurança jurídica, pedra angular do Estado Democrático de Direito.

Aqui, quanto a essa situação específica, o consenso formal e a autonomia da vontade das partes individuais contratantes devem ser relativizados em prol de preceitos que tutelem direitos fundamentais de terceiros diretamente afetados.

Outras hipóteses, especialmente singelas, pelas quais o terceiro deve, obrigatoriamente, aderir ao compromisso arbitral mesmo não sendo signatário, são aquelas de *transmissão* do compromisso arbitral, que não são, propriamente, uma extensão do compromisso *stricto sensu*. Seriam elas: sucessão, cessão de posição contratual, cessão de crédito, novação, sub-rogação, transmissão de dívidas, entre outras.⁶²

Para a professora Carla Gonçalves Borges:

“na verdade, nestas situações, verifica-se apenas o funcionamento de mecanismos contratuais, através dos quais pessoas, que eram terceiros no momento da celebração da convenção, passam a ser partes ou a substituir, para aquele efeito, uma parte do contrato.”⁶³

Nessas hipóteses, negar o direito do terceiro é negar a própria relação contratual originária em nome de uma mera formalidade. Mais do que isso, é negar o próprio direito fundamental de ação do terceiro não signatário.⁶⁴

Se, quando do compromisso original, as partes consentirem em solucionar a controvérsia pela via arbitral e se, posteriormente, a própria posição contratual de ordem substantiva, que está sendo cedida e/ou substituída para outro, parecer intuitiva, esse terceiro deve assumir a posição de parte e deve aderir aos termos do compromisso arbitral, como se a ele tivesse aderido desde o início.⁶⁵

Uma outra hipótese especialmente interessante em que direitos e interesses intersubjetivos de terceiros não signatários devem prevalecer diante de um compromisso

62. COSTA, Guilherme Recena. **Partes e Terceiros na Arbitragem**. Tese de Doutorado (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 19. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

63. BORGES, Carla Gonçalves. Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem. **Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, a. 7, n. 13, 2006, p. 136.

64. Idem.

65. Idem.

contratual/individual específico envolve os acionistas e os controladores de uma determinada companhia.⁶⁶

Consoante anota Guilherme Recena Costa:

“Ficam vinculados pela cláusula compromissória inserida no estatuto da companhia todos os seus acionistas (inclusive ausentes, dissidentes e sem direito a voto), bem como os administradores, pois prepondera o princípio majoritário sobre a vontade individual, desde que atendidas pela convenção certas exigências, em concreto, com relação a litígios que afetem uma pluralidade de sujeitos”.⁶⁷

A propósito, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.727.979/MG, anotou o seguinte a respeito dessa hipótese específica:

“A cláusula compromissória arbitral, inserta no contrato social por ocasião da constituição da sociedade, como *in casu*, ou posteriormente, respeitado o quórum legal para tanto, sujeita a sociedade e a todos os sócios, atuais e futuros, tenham estes concordado ou não com tal disposição, na medida em que a vinculação dos sócios ao conjunto das normas societárias (em especial, do contrato social) dá-se de modo unitário e preponderante sobre a vontade individual eventualmente dissonante”.⁶⁸

Também no Superior Tribunal de Justiça, por sua corte especial e em processo de homologação de sentença estrangeira, travou-se interessante debate se a seguradora, tendo arcado com a indenização e se sub-rogado no respectivo crédito e posição contratual, também estava vinculada à cláusula arbitral constante do contrato original. Por mais que o debate tenha se pautado nos limites cognitivos da corte em tal tipo de processo, a divergência doutrinária e jurisprudencial ficou ali apontada. De um lado, o voto do Ministro João Otávio de Noronha que afirmou a impossibilidade da sub-rogação:

“Conquanto o ato de sub-rogar expresse o sentido de substituição de uma pessoa por outra, que assume a posição e situação daquela, isso não significa que possua caráter universal para abranger tudo aquilo que envolve o negócio jurídico celebrado originariamente, no caso, o contrato firmado entre a segurada e as requerentes.

A rigor, a sub-rogação implica a transferência apenas do crédito com suas características materiais. Eventuais aspectos de ordem processual ou de natureza pessoalíssima do credor originário não são objeto de transferência ao sub-rogado.”

66. COSTA, Guilherme Recena. **Partes e Terceiros na Arbitragem**. Tese de Doutorado (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 19. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

67. Idem.

68. REsp nº 1.727.979/MG, Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 19.06.2018.

Prevaleceu, todavia, a posição do relator Ministro Og Fernandes, que mesmo ao não ingressar no mérito, por se tratar de tema não sindicável em homologação de sentença estrangeira, fez o contraponto no sentido que a transferência do *direito* implica na transferência da *ação*, na forma em que pactuada originalmente:

“Além disso, a arbitragem como um meio para resolver controvérsias comerciais é também uma ‘ação’, ou remédio, no sentido do Artigo 786 do Código Civil Brasileiro. Não há dúvida de que a palavra “ação” contida na disposição do Artigo 786 significa um ‘direito de agir’. Também é incontestável que um compromisso arbitral válido cria um ‘direito de agir’.

Tanto um direito como uma ação, é justo entender que no caso em questão, o compromisso arbitral foi transferido à Mitsui em virtude da sub-rogação, conforme o artigo 786 do Código Civil Brasileiro.”⁶⁹

Uma vez mais, em hipótese diversa, a formalidade da assinatura do compromisso arbitral cede em favor de preceitos constitucionais que prestigiam, com maior alcance, posições jurídicas materiais de uma pluralidade de terceiros.⁷⁰

Melhor dizendo, que tutelam o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa a uma série de sujeitos não signatários que não são necessariamente a minoria que, em um dado momento, pactuou o compromisso arbitral que vinculou para a posteridade uma série de pessoas. Inegavelmente, o devido processual legal em sentido substancial (*due process of law*) prevalece sobre um formalismo que, em tese e apenas em teoria, protege a autonomia da vontade individual das partes.⁷¹

A hipótese, quicá mais intrigante, de preponderância da aderência do terceiro não signatário ao compromisso arbitral e que se afigura flagrantemente constitucional é a situação em que há uma vinculação tácita à convenção arbitral por meio de posições comportamentais. Trata-se de hipótese comum no âmbito dos contratos havidos no seio dos grupos societários, como no âmbito de contratos conexos.⁷²

É que, cada vez mais, têm sido comum casos em que um contrato é negociado ou executado – em parte ou na sua totalidade – por uma sociedade distinta da signatária, manifestando-se, assim, várias questões quanto ao alcance do compromisso arbitral.

69. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada nº 14.930-EX**. Requerente: Alstom Brasil Energia e Transporte LTDA. e Alstom Power Inc. Requerido: Mitsui Sumitomo Seguros S/A. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 15 maio 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1586330&num_registro=201503023440&data=20190627&formato=PDF. Acesso em: 27 jan. 2023.

70. BORGES, Carla Gonçalves. Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem. **Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, a. 7, n. 13, 2006, p. 136.

71. Idem.

72. Idem.

Nesse particular, sendo o terceiro não signatário, parte que influi diretamente nos destinos e nos desígnios do contrato, nada mais natural e consentâneo com os postulados constitucionais da boa-fé objetiva enquanto elemento que impregna normativamente o conteúdo da segurança jurídica, com o contraditório e a ampla defesa, que este terceiro – não signatário – participe ativamente do procedimento arbitral envolvendo o contrato que ele atua de modo decisivo.⁷³

No âmbito do direito comparado, o autor português Manuel Pereira Barrocas anotou o seguinte a propósito do fenômeno jurídico da extensão da convenção arbitral a terceiros não signatários no âmbito da jurisprudência arbitral francesa:

“(...) a jurisprudência francesa tem admitido a possibilidade excepcional da participação de terceiros num processo arbitral, mas que, de facto, acabam por ser considerados meros terceiros aparentes, pois na verdade são partes ocultas do processo arbitral, embora não tenham firmado qualquer convenção de arbitragem”.⁷⁴

Enfim, são muitos os exemplos societários, civis, entre outros, que revelam que, não raro, o consenso inicial, projetado no centro do núcleo concêntrico, vai sendo mitigado nas periferias, em favor da proteção do direito constitucional de ação. Ao contraditório, a ampla defesa de terceiros não signatários possui alguma relação de cotitularidade, direta ou reflexa, com o direito material dos signatários.

É bem verdade que parcela⁷⁵ da doutrina processual brasileira reputa inconstitucional a extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários em razão da exigência da reprodução por escrito da cláusula compromissória prevista na Lei de Arbitragem.

Todavia, não é um problema que inquine de inconstitucionalidade a possibilidade de extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários. A uma, porque esse é um problema tipicamente infraconstitucional. Ainda que assim não fosse, o requisito da forma escrita representa, quando muito, elemento de prova da configuração da cláusula compromissória, e não propriamente um requisito de substância da declaração negocial.

Retomando-se a ideia do círculo concêntrico, o consenso e a autonomia da vontade são elementos exigidos com maior rigor no primeiro compromisso arbitral, sendo relativizado e presumível para os seus contornos mais distantes do centro.

Em certas situações, como as aqui brevemente enunciadas, a extensão se afigura absolutamente compatível com preceitos constitucionais tais como direito de ação, contraditório e ampla defesa.⁷⁶

73. BORGES, Carla Gonçalves. Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem. *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, a. 7, n. 13, 2006, p. 136.

74. BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de Arbitragem Comentada*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 1 jan. 2013, p. 21.

75. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

76. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

Todos corolários do devido processo legal que prevalecem, em hipóteses concretas, sobre preceitos constitucionais de ordem individual que sucumbem diante de outros preceitos axiológicos de maior estatura. Em essência, trata-se de situações em que a não extensão criaria uma situação inconstitucional ou *ainda mais inconstitucional*.

De fato, em algumas circunstâncias, pode haver abuso do direito do terceiro não signatário pretender se imiscuir no contrato privado e invadir a autonomia da vontade das partes indevidamente. Todavia, esse elemento, por si só, não invalida a possibilidade de extensão a terceiros não signatários quando as circunstâncias fáticas assim recomendarem.

É o caso, portanto, de controle e prevenção de tais abusos pelos meios adequados de impugnação para que prevaleça a força normativa de preceitos constitucionais que tutelem situações jurídicas de terceiros.

Não há, definitivamente, inconstitucionalidade *prima facie* que se possa conceber, em abstrato, a respeito da extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários. É o caso a caso que dirá, do cotejo entre preceitos constitucionais em disputa, quais são aqueles que deverão prevalecer por melhor realizarem o devido processo legal e a segurança jurídica, enquanto pilares do Estado Constitucional brasileiro.

Conclusão

A Arbitragem é, inegavelmente, uma conquista civilizatória da jurisdição brasileira do fim do último século e que se aperfeiçoou nos últimos 25 (vinte e cinco) anos. Funcionou – e funciona – como importante mecanismo de jurisdição privada de resolução de controvérsias, em certa medida, capaz de desafogar o Estado e empregar soluções quicá mais eficientes e céleres, contribuindo para práticas de boa governança e para a segurança jurídica do país, tão necessária para a atração de investimentos externos.

Tal método alternativo à jurisdição estatal clássica cresceu substancialmente e, no atual contexto das sociedades globais descentralizadas, adquiriu complexidades até então inimaginadas.

É nesse contexto que emergem problemas das mais variadas ordens processuais, tal como a possibilidade, à luz da axiologia constitucional, da extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários.

Há quem, na doutrina processual brasileira, à exemplo do Professor Carlos Alberto Carmona, entenda que o consenso, elemento central que vitaliza a Arbitragem, deve ser expresso e indene de dúvidas, porquanto o compromisso arbitral é elemento que possui o condão de afastar – em tese – a garantia constitucional fundamental da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).⁷⁷

Lado outro, há quem defenda que, no direito brasileiro, é inviável a extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários em razão da necessidade legal da forma escrita do compromisso arbitral.

77. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2023.

Todavia, respeitadas as opiniões em contrário, o fato é que nenhuma, ou tampouco a outra tese, é juridicamente acertada. A uma, porque a possibilidade ou não de extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários, em razão da necessidade de cláusula compromissória escrita, é um problema tipicamente infraconstitucional que não inquina a validade jurídico-constitucional da questão.

Ainda que assim não fosse, o requisito da forma escrita representa, quando muito, elemento de prova da configuração da cláusula compromissória, e não propriamente um requisito de substância da declaração negocial. Some-se a isso a circunstância de que, agora o consenso das partes originárias do contrato, que certamente deve ser formal e escrito, todo o debate em torno dos limites subjetivos e/ou objetivos da convenção arbitral se circunscrevem é de natureza periférica.

Quer dizer, como anotou Guilherme Recena Costa em sua magistral tese de doutoramento, “a autonomia privada opera em níveis diversos com relação às diferentes questões que se colocam quanto à arbitragem”.⁷⁸

Isso quer dizer, em outras palavras, que não há autonomia da vontade enquanto vetor da liberdade individual que seja absoluto, especialmente no atual paradigma do Estado Constitucional, em que os direitos fundamentais se projetam vertical e, sobretudo, horizontalmente sobre as relações sociais.

Absolutamente, não há direito individual privado a uma pretensão arbitral que possa sucumbir, em casos concretos, a vetores axiológicos e deontológicos de maior amplitude que proteja um terceiro não signatário que, de algum modo, titularize alguma posição jurídica vinculada ao processo arbitral do qual, a princípio, ele não faz parte, mas que, no entanto, precisa exercer o contraditório e a ampla defesa para defender suas pretensões.

Trata-se, portanto, de verificar, no caso a caso, como certas situações cíveis e empresariais de cariz patrimonial podem, no seio das complexas relações jurídicas de direito material, maximizar a força normativa da Constituição.

Se, na hipótese, a extensão do compromisso arbitral a terceiros não signatários significar a potencialização de maiores ganhos de eficiência em termos de direitos fundamentais, não há qualquer problema. Se, ao revés, a extensão a não signatários significar prejuízo manifesto à direitos individuais que consagrem concretamente a autonomia da vontade, enquanto vetor constitucional de liberdade individual, especialmente quando a extensão representar abuso de direito, a medida se afigura inconstitucional.

É, portanto, a hipótese fática, concretamente caracterizada, que dirá ao hermeneuta se determinada extensão se afigura ou não consentânea com a comunidade de princípios axiológicos e deontológicos que permeiam a Constituição. Direito de ação, ao contraditório e à ampla defesa de terceiros são direitos fundamentais abstratos que, justamente por tal característica semântica aberta, não preponderam em qualquer hipótese.

78. COSTA, Guilherme Recena. **Partes e Terceiros na Arbitragem**. Tese de Doutorado (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 257. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. Acesso em: 27 jan. 2023.

Há que se verificar, em concreto, as suas possibilidades de aplicação. Daí a necessidade da permanente abertura cognitiva a novas possibilidades exegéticas de concretização horizontal de direitos fundamentais em matéria arbitral.

Referências



A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

MICHELLE GRANDO¹

GUSTAVO GASPAR NOGUEIRA²

1. Introdução

Em 1996, o Brasil abriu um novo capítulo na história da arbitragem no país com a adoção da Lei n. 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”).³ A Lei de Arbitragem colocou o Brasil em linha com as legislações modernas, permitindo a execução específica de cláusula compromissória contida em contrato e, no que diz respeito às sentenças arbitrais estrangeiras, adotando os critérios da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (“Convenção de Nova Iorque”) e eliminando o requisito da dupla homologação, que exigia que previamente à sua homologação no Brasil, a sentença arbitral estrangeira fosse homologada pelo órgão competente estrangeiro no país em que proferida. Para além disso, a confirmação da constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”), em 2001, e a ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil, em 2002, consolidaram a arbitragem como meio alternativo ao Poder Judiciário para a resolução de disputas.

Este artigo analisa a interface entre o processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, previsto na Lei de Arbitragem, e a Constituição Federal de 1988 (“Constituição”), focando em particular no papel que o Superior Tribunal de

-
1. Doutora em Direito pela Universidade de Toronto. Mestre em Direito pela Harvard Law School e pela Universidade de Toronto. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro da equipe de arbitragem internacional do escritório internacional White & Case LLP.
 2. Mestre em Direito pela Queen Mary University of London. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da equipe de arbitragem internacional do escritório internacional White & Case LLP. Os autores agradecem à Gabriela Faria Santos da Silva pelo auxílio com a pesquisa para a elaboração do artigo.
 3. A Lei Federal n. 9.307/1996 foi subsequentemente modificada pela Lei Federal n. 13.129/2015.

Justiça (“STJ”) atribui aos princípios e às garantias constitucionais em sede de processos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Como se observa abaixo, o processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil tem, como regra geral, escopo limitado à análise de requisitos formais. Não obstante, princípios e garantias constitucionais têm um papel importante no processo homologatório, podendo inclusive justificar a análise do mérito da sentença arbitral estrangeira, no contexto da averiguação pelo STJ de se a sentença arbitral estrangeira ofende a ordem pública nacional.

Além desta introdução, este artigo está dividido em quatro partes. A Seção 2 contém uma introdução ao processo de homologação das sentenças estrangeiras e às regras aplicáveis, situando a relevância da Constituição. As Seções 3 e 4 analisam, respectivamente, a influência da Constituição na definição do conceito de ordem pública nacional e o papel desse conceito na denegação da homologação das sentenças arbitrais estrangeiras (Seção 3), e a denegação da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras por violação da garantia da ampla defesa (Seção 4). A Seção 5 tece breves considerações finais.

2. O Papel da Constituição na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

A homologação de sentenças arbitrais estrangeiras está prevista no artigo 35 da Lei de Arbitragem, que dispõe que para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira precisa ser homologada pelo STJ.⁴ A homologação é o processo por meio do qual a sentença arbitral estrangeira é internalizada e passa a gerar efeitos na ordem jurídica brasileira.⁵ Em outras palavras, a homologação é necessária para que a sentença arbitral estrangeira tenha caráter obrigatório, seja considerada pelas autoridades brasileiras – por exemplo, para compensação de débitos com créditos⁶ – e possa ser executada⁷.

4. Vide Michelle Grando, Bettina Omizzolo, “Comentário ao artigo 35” in Ana Carolina Weber, Fabiana de Cerqueira Leite (coords.), *Lei de Arbitragem Comentada*, 2023, pp. 393-396.
5. Michelle Grando, Bettina Omizzolo, “Comentário ao artigo 34” in Ana Carolina Weber, Fabiana de Cerqueira Leite (coords.), *Lei de Arbitragem Comentada*, 2023, p. 385; STJ, AgInt no AREsp 753.169/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 20 de junho de 2017, DJe 20 de junho de 2017 (“A homologação da sentença estrangeira constitui ato formal de recepção, pelo direito pátrio, da decisão emanada de estado ou ente equivalente estrangeiro, revestindo-se de caráter eminentemente constitutivo”).
6. STJ, AgInt no AREsp 753.169/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 20 de junho de 2017, DJe 20 de junho de 2017 (concluindo que estando pendente a homologação de sentença arbitral estrangeira, não é possível compensar débito com crédito oriundo daquela sentença).
7. STJ, REsp 1.203.430/PR, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 20 de setembro de 2012, DJe em 1º de outubro de 2012 (“[A] obrigatoriedade da sentença arbitral estrangeira, que deve, segundo o art. 3º da Convenção de Nova Iorque, ser assegurada pelos Estados partes, somente pode ser considerada pelas autoridades estatais nacionais a partir da sua homologação, momento em que adquire, nos termos dos arts. 483 do CPC e 36 da Lei 9.307/96, plena eficácia no território nacional.”); Michelle Grando, Bettina Omizzolo, “Comentário ao artigo 34” in Ana Carolina Weber, Fabiana de Cerqueira Leite (coords.), *Lei de Arbitragem Comentada*, 2023, pp. 385-386.

Conforme prevê o artigo 105, I, i, da Constituição – alterado pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004 – o STJ tem competência exclusiva para homologar sentenças arbitrais estrangeiras. O processo de homologação se rege pela Lei de Arbitragem, pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), pelo Código de Processo Civil (“CPC”), pelo Regimento Interno do STJ, e por tratados internacionais, como a Convenção de Nova Iorque.⁸ Apesar de o artigo 34 da Lei de Arbitragem dispor que as sentenças arbitrais estrangeiras devem ser reconhecidas ou executadas primordialmente em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno – devendo a Lei de Arbitragem aplicar-se somente na ausência de tratados internacionais – na prática o STJ tende a enfocar-se na Lei de Arbitragem e seu Regimento Interno ao homologar sentenças arbitrais estrangeiras.⁹

O processo de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras está limitado à análise de aspectos de ordem formal previstos no artigo 37 da Lei de Arbitragem, artigos 216-C e 216-D do Regimento Interno do STJ, artigo 963 do CPC e artigo 15 da LINDB.¹⁰ De acordo com essas disposições, o pedido de homologação deve ser instruído com o original ou cópia certificada da sentença arbitral e da convenção de arbitragem,¹¹ e a sentença arbitral estrangeira a ser homologada deve ter sido proferida por autoridade competente, conter elementos que comprovem a citação regular das partes, ser eficaz no país em que foi proferida, ter transitado em julgado, não ofender a coisa julgada brasileira e ser acompanhada de tradução oficial.¹²

Além disso, quando alegadas, o STJ verificará se estão presentes quaisquer das circunstâncias que justificam a denegação do pedido homologatório previstas nos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem e no artigo 216-F do Regimento Interno do STJ. Tais dispositivos refletem, entre outros, os fundamentos para recusar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras previstos no artigo V da Convenção de Nova Iorque.

Em síntese, o artigo 38 da Lei de Arbitragem estabelece que o STJ pode denegar o pedido de homologação quando o réu demonstrar que: (i) as partes da convenção de arbitragem eram incapazes;¹³ (ii) a convenção de arbitragem não era válida;¹⁴ (iii) houve cerceamento de defesa porque o réu não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de

8. Lei de Arbitragem, artigos 35 a 40; CPC, artigos 40, 960 e seguintes; LINDB, artigos 15, 17; Regimento Interno do STJ, artigos 216-A a 216-N.

9. Michelle Grando, Bettina Omizzolo, “Comentário ao artigo 34” in Ana Carolina Weber, Fabiana de Cerqueira Leite (coords.), *Lei de Arbitragem Comentada*, 2023, p. 391.

10. Vide STJ, SEC 866-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 17 de maio de 2006, DJe em 16 de outubro de 2006, p. 1 (“[O] controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento”); STJ, SEC 3.035-FR, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 19 de agosto de 2009, DJe em 31 de agosto de 2009 (“O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais”), p. 1.

11. Lei de Arbitragem, artigo 37; Regimento Interno do STJ, 216-C.

12. Regimento Interno do STJ, 216-D; CPC, artigo 963; LINDB, artigo 15.

13. Lei de Arbitragem, artigo 38, I.

14. Lei de Arbitragem, artigo 38, II.

arbitragem ou tenha sido violado o princípio do contraditório;¹⁵ (iv) a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;¹⁶ (v) a instituição da arbitragem não ocorreu de acordo com a convenção de arbitragem;¹⁷ ou (vi) a sentença tenha sido anulada na sede ou tenha sido suspensa por órgão judicial do país em que foi prolatada.¹⁸

Já o artigo 39 da Lei de Arbitragem estabelece que o pedido de homologação será denegado se o STJ constatar que: (i) segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;¹⁹ ou (ii) a sentença arbitral estrangeira ofende a ordem pública nacional.²⁰ A ofensa à ordem pública, à soberania nacional e à dignidade da pessoa humana também justificam a denegação do pedido de homologação de acordo com o artigo 216-F do Regimento Interno do STJ.

Como observado acima, o escopo do processo de homologação é limitado. Como regra geral, “*não é cabível debate acerca de questões de mérito, tampouco averiguação de eventual injustiça do decisor*”.²¹ O STJ reconhece, porém, que, em circunstâncias excepcionais, são admissíveis discussões a respeito do mérito da sentença arbitral estrangeira. Especificamente, o STJ permite a revisão de mérito das sentenças caso haja possível violação da soberania nacional e da ordem pública.²² Entretanto, não basta fazer alegações genéricas de ofensa à soberania nacional e da ordem pública para justificar a reapreciação do mérito do arbitramento.²³ Como se observa em maior detalhe abaixo, é preciso demonstrar que

15. Lei de Arbitragem, artigo 38, III.

16. Lei de Arbitragem, artigo 38, IV.

17. Lei de Arbitragem, artigo 38, V.

18. Lei de Arbitragem, artigo 38, VI.

19. Lei de Arbitragem, artigo 39, I.

20. Lei de Arbitragem, artigo 39, II.

21. STJ, SEC 11.969-EX, rel. Min. Raul Araújo, j. em 16 de dezembro de 2015, DJe em 2 de fevereiro de 2016.

22. STJ, SEC 9.412-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 19 de abril de 2017, DJe em 30 de maio de 2017 (“*O procedimento de homologação de sentença estrangeira não autoriza o reexame do mérito da decisão homologanda, excepcionadas as hipóteses em que se configurar afronta à soberania nacional ou à ordem pública.*”); STJ, SEC 4.024-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 7 de agosto de 2013, DJe em 13 de setembro de 2013 (observando que “*em linhas gerais, eventuais questionamentos acerca do mérito da decisão alienígena, salvo se atinentes à eventual ofensa à soberania nacional, à ordem pública e (ou) aos bons costumes [...] são estranhos aos quadrantes próprios da ação homologatória*”). Vide também, STJ, HDE 15.750-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21 de novembro de 2018, DJe em 27 de novembro de 2018; STJ, SEC 6.761-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 2 de outubro de 2013, DJe em 16 de outubro de 2013.

23. Vide, por exemplo, STJ, SEC 507, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 18 de outubro de 2006, DJe em 13 de novembro de 2016, p. 12 (onde a parte que se opôs à homologação da sentença arbitral alegou que a sentença estrangeira violou a ordem pública nacional ao não considerar o instituto da exceção do contrato não cumprido. O STJ, por unanimidade, determinou ser “*inviável*” a análise do argumento em sede de homologação, dado que o tema se refere especificamente ao mérito da sentença homologanda e a aplicação supostamente incorreta da exceção do contrato não cumprido não constitui, de todo modo, ofensa à ordem pública.); STJ, SEC 3.035-FR, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 19 de agosto de 2009, DJe em 31 de agosto de 2009, p. 2, 6 (onde a requerida no processo de homologação argumentou que

existe uma absoluta incompatibilidade entre a sentença arbitral estrangeira e uma norma fundante do direito brasileiro.

Nesse contexto, o papel da Constituição é dar cor aos conceitos que nela se inspiram, como a ordem pública nacional, a soberania nacional e os princípios do contraditório, do devido processo e da ampla defesa. Analisamos na sequência a influência da Constituição na definição do conceito de ordem pública nacional e o papel desse conceito na denegação da homologação das sentenças arbitrais estrangeiras (Seção 3) e na denegação da homologação por violação da garantia da ampla defesa (Seção 4).

3. A Ordem Pública como Fundamento para a Denegação da Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

3.1. O Conceito de Ordem Pública e seu Papel na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

A ofensa à ordem pública nacional, como visto acima, é um dos fundamentos para a denegação da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras de acordo com o artigo 39, II, da Lei de Arbitragem, o artigo 17 da LINDB, o artigo 216-F do Regimento Interno do STJ, o artigo 963, VI do CPC, e o artigo V(2)(b) da Convenção de Nova Iorque.

Tanto a jurisprudência do STJ como a doutrina afirmam que o conceito de ordem pública é um conceito fluído e indeterminado, que “*tem correspondência com ordem pública interna fundante*.”²⁴ Em seu voto com a maioria na Sentença Estrangeira Contestada

“a sentença ofende a ordem pública nacional porque não foi aplicado o direito substantivo suíço, conforme expressamente eleito pelas partes, mas a as ‘regras de direito suíças’”. O STJ consignou por unanimidade que não houve violação à ordem pública e que as questões suscitadas pela requerida “se confundem com o próprio mérito da sentença arbitral” e, portanto, “não pode ser apreciado [pelo STJ], já que o ato homologatório da sentença estrangeira restringe-se à análise dos seus requisitos formais”); STJ, HDE 6.855-EX, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 16 de agosto de 2017, DJe em 24 de agosto de 2017, p. 14 (onde a parte que se opôs à homologação da sentença arbitral estrangeira argumentou que a sentença homologanda teria ferido a ordem pública pois, embora as partes tenham convencionado que a lei brasileira seria aplicada à disputa, o tribunal arbitral não teria seguido a regra de sucumbência do artigo 21 do CPC de 1973. O STJ entendeu que o tema não configura matéria de ordem pública e que, as partes opostas à homologação “intencionam [...], em verdade, o exame do conteúdo de mérito da decisão arbitral homologanda”).

24. STJ, SEC 14.930-EX, rel. Min. OG Fernandes, j. em 15 de maio de 2019, DJe em 27 de junho de 2019, p. 37. Vide também, STJ, SEC 9.412-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 19 de abril de 2017, DJe em 30 de maio de 2017, p. 29; André Chateaubriand Martins, “Os diferentes níveis de ordem pública sob uma perspectiva da jurisprudência brasileira em arbitragens doméstica e internacional”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Volume X, Edição 37, pp. 51-52; Marco Deluigi, “O controle de conformidade da sentença arbitral estrangeira à ordem pública material: a contribuição da experiência francesa e internacional para a prática brasileira”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Volume V, Edição 37, pp. 11-18; Vera Cecília Monteiro de Barros, *Homologação para o Reconhecimento ou Execução da Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil: Exceção de Ofensa à Ordem Pública*, Dissertação USP, 2013, pp. 117-121.

(“SEC”) 14.930EX, a Ministra Nancy Andrighi descreve a ordem pública como “*um conceito legal indeterminado, de textura extremamente aberta e, assim, permeável aos valores essenciais da ordem jurídica*”²⁵ e explica que “[s]ua invocação, via-de-regra, é utilizada para a preservação desses valores comuns da sociedade”.²⁶ A Ministra cita a doutrina de Irineu Strenger, que define a ordem pública como o “conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, que por serem considerados para a sobrevivência do Estado e salvaguardar o seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga.”²⁷

Também na SEC 14.930-EX, o voto vencedor do Ministro Og Fernandes aclara que a simples divergência entre o entendimento de mérito manifestado na sentença arbitral e a sistemática jurídica brasileira não significa que existe uma questão de ordem pública.²⁸ O Ministro explicou que prevalece o entendimento no STJ de que, para negar homologação à sentença estrangeira com base na ordem pública deve (i) “existir uma absoluta incompatibilidade entre a sentença estrangeira e a norma (norma-princípio ou norma-regra) interna prevista sobre a matéria”, e (ii) “a norma interna – seja ela princípio ou regra – deve ser fundante, ou seja, deve consistir em dispositivo essencial à própria ideia internalizada de direito no Brasil”.²⁹ No caso em questão, o STJ concluiu que não havia fundamento para denegar a homologação pois não havia norma expressa no direito brasileiro vedando o entendimento seguido pela sentença arbitral estrangeira. Parte da doutrina considerava cabível e aceitável a interpretação adotada, e havia até mesmo julgado do STJ relativo à questão similar em que a homologação da sentença estrangeira havia sido deferida.³⁰

Na mesma linha do voto vencedor na SEC 14.930-EX, na SEC 9.412-EX, também conhecida como caso *Abengoa*, o STJ observou que, dado o caráter indeterminado dos conceitos de ordem pública e soberania nacional, “para não subverter o papel homologatório do STJ, deve-se interpretá-los de modo a repelir apenas aqueles atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro”.³¹ No caso em questão, como se discute em

25. STJ, SEC 14.930-EX, rel. Min. OG Fernandes, j. em 15 de maio de 2019, DJe em 27 de junho de 2019 (vide, em particular, o voto da Min. Nancy Andrighi). Vide também STJ, HDE 15.750-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21 de novembro de 2018, DJe em 27 de novembro de 2018.

26. STJ, SEC 14.930-EX, rel. Min. OG Fernandes, j. em 15 de maio de 2019, DJe em 27 de junho de 2019 (vide, em particular, o voto da Min. Nancy Andrighi). Vide também STJ, HDE 15.750-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21 de novembro de 2018, DJe em 27 de novembro de 2018.

27. STJ, SEC 14.930-EX, rel. Min. OG Fernandes, j. em 15 de maio de 2019, DJe em 27 de junho de 2019 (vide, em particular, o voto da Min. Nancy Andrighi).

28. STJ, SEC 14.930-EX, rel. Min. OG Fernandes, j. em 15 de maio de 2019, DJe em 27 de junho de 2019, p. 36.

29. STJ, SEC 14.930-EX, rel. Min. OG Fernandes, j. em 15 de maio de 2019, DJe em 27 de junho de 2019, p. 44.

30. STJ, SEC 14.930-EX, rel. Min. OG Fernandes, j. em 15 de maio de 2019, DJe em 27 de junho de 2019, p. 44.

31. STJ, SEC 9.412-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 19 de abril de 2017, DJe em 30 de maio de 2017, p. 1.

mais detalhe abaixo, o STJ concluiu que a sentença arbitral estrangeira era incompatível com norma fundante que exige a imparcialidade do julgador.

Portanto, depreende-se do requisito de que exista uma absoluta incompatibilidade entre a sentença arbitral estrangeira e uma norma fundante do direito brasileiro, que o direito constitucional assume papel de destaque na delineação dos contornos da ordem pública, uma vez que princípios e garantias constitucionais são comumente considerados “fundantes” no ordenamento jurídico pátrio. A jurisprudência do STJ confirma esse entendimento, como será exposto na sequência.

3.2. A Imparcialidade do Árbitro

Os artigos 13, § 6º, e 21, § 2º, da Lei de Arbitragem requerem que nas arbitragens regidas pela referida lei o árbitro proceda com imparcialidade,³² sendo nula a sentença arbitral se esse requisito não for observado.³³ Os artigos relativos à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, no entanto, não contêm previsão expressa nesse sentido. Tampouco a Convenção de Nova Iorque contém regra expressa sobre a questão.

A jurisprudência do STJ, no entanto, sustenta, a partir de vários dispositivos da Constituição, que a imparcialidade do árbitro é princípio da ordem pública nacional que serve de fundamento para denegar a homologação de sentença arbitral estrangeira. No caso *Abengoa*, o STJ negou o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira com base na violação da ordem pública, devido à violação por um dos árbitros do dever de revelação de circunstâncias passíveis de gerar dúvida razoável sobre sua imparcialidade. O STJ observou que o dever de imparcialidade está fundado em diversos princípios e garantias constitucionais:

“... o princípio da imparcialidade do juiz pode ser inferido da própria Constituição de 1988, como um dos pilares da República. O princípio é extraível de diversas normas da Constituição, a começar da cláusula do Estado Democrático de Direito, expressa na verdadeira carta de intenções que é o preâmbulo da Constituição. Um Estado onde juízes pudessem atuar em processos em que existissem fatores comprometedores, efetiva ou potencialmente, de sua isenção em relação às partes, por certo não poderia ser chamado de Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, pode-se considerar que esse princípio está contido no princípio da igualdade (art. 5º, I), pois se todos são iguais perante a lei, também o devem ser perante os olhos do juiz, que deve tratar as partes de um processo com rigorosa imparcialidade, não podendo seu julgamento ser influenciado pela qualidade de uma delas. A necessária

32. Lei de Arbitragem, artigo 13, § 6º (“No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”); artigo 21, § 2º (“Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”).

33. Lei de Arbitragem, artigo 32, VIII (“É nula a sentença arbitral se [...] forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”).

imparcialidade do julgador deriva, também, do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV). Um processo em que haja parcialidade do juiz não pode ser devido. Finalmente, à luz dos princípios da impessoalidade e da moralidade, previstos no art. 37 da Constituição e aplicáveis a todos os Poderes, conclui-se que uma decisão judicial só pode ser impessoal e só pode ser moral se proferida independentemente da qualidade das partes. O princípio da imparcialidade do juiz também se aplica ao árbitro, pois, nos termos do art. 18 da Lei de Arbitragem, ele é juiz de fato e de direito”.³⁴

O voto da Ministra Nancy Andrigli, que acompanhou a maioria no sentido de negar o pedido de homologação, também reconheceu que o requisito da imparcialidade do árbitro deriva de preceitos constitucionais – como o princípio republicano inscrito no *caput* do artigo 1º da Constituição e as garantias da isonomia, do devido processo legal e do juiz natural, inscritas no artigo 5º, incisos I, XXXVII, LIII e LIV, da Constituição – sendo “*matéria de ordem pública no Brasil*”.³⁵

Tendo em vista o caráter de ordem pública da questão, no caso *Abengoa*, o STJ determinou ainda que não estava vinculado à decisão da Justiça Federal americana – na qual a arbitragem era sediada – que havia recusado pedido de anulação da sentença arbitral em questão com base nas mesmas alegações relativas à imparcialidade do árbitro.³⁶

3.3. Garantia de Acesso ao Poder Judiciário

Entre os direitos e as garantias fundamentais individuais contidos na Constituição está o acesso ao Poder Judiciário, previsto em seu artigo 5º, XXXV, que dispõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Até o julgamento pelo STF do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7, em 2001,³⁷ argumentava-se que essa garantia não permitia a execução específica da cláusula compromissória, mediante a qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Esse argumento foi superado após o citado julgamento, no qual prevaleceu a posição de que o artigo 5º, XXXV, da Constituição

34. STJ, SEC 9.412-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 19 de abril de 2017, DJe em 30 de maio de 2017, p. 65. Vide também, STJ, HDE 120-EX, rel. Min. Nancy Andrigli, j. em 18 de dezembro de 2018, DJe em 12 de março de 2019 (voto vencido do Min. Herman Benjamin).

35. STJ, SEC 9.412-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 19 de abril de 2017, DJe em 30 de maio de 2017, p. 44.

36. STJ, SEC 9.412-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 19 de abril de 2017, DJe em 30 de maio de 2017, p. 31 (“[A] sentença proferida pela Justiça Federal americana à luz de sua própria legislação não tem o condão de obstar o exame do STJ quanto a possível ofensa à ordem pública nacional decorrente da alegada imparcialidade do árbitro presidente”).

37. STF, AgRg na SE 5.206/7/ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12 de dezembro de 2001, DJe em 30 de abril de 2004.

não proíbe as partes de pactuarem formas extrajudiciais de solução de conflitos, e o Poder Judiciário de coagir a parte recalcitrante a observar o acordado.³⁸

Hoje em dia a garantia contida no artigo 5º, XXXV, continua a informar o escopo do conceito de ordem pública e servir de base para denegar a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, porém, sob uma ótica diversa.

Em uma primeira categoria de casos, o STJ faz referência à garantia de acesso ao Poder Judiciário como sendo parte da ordem pública nacional, com a finalidade de denegar a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras nas quais não há elementos seguros que comprovem a aceitação da cláusula compromissória pela parte requerida. Nesse sentido, na SEC 866-EX o STJ adentrou no mérito da decisão do tribunal arbitral sobre sua competência para verificar se havia cláusula compromissória estipulada por escrito entre as partes. O STJ determinou que esse não era o caso, porque era fato incontroverso que os contratos em questão tinham sido negociados verbalmente entre as partes, e os telex enviados pela corretora da requerente, conquanto faziam referência à cláusula de arbitragem, não ostentavam qualquer forma de anuência pela requerida quanto ao proposto.³⁹ Em vista disso, o STJ concluiu que “*não h[avia] nos autos elementos seguros de que a empresa requerida acordou com a cláusula compromissória, renunciando à jurisdição estatal,*”⁴⁰ e que, portanto, a decisão homologanda ofendia a ordem pública nacional, devendo ser denegada sua homologação.⁴¹

Por outro lado, na SEC 14.930-EX, o STJ rejeitou defesa da seguradora requerida que se opôs à homologação de sentença arbitral estrangeira que vinculou a seguradora à cláusula arbitral contida em contrato de fornecimento entre o segurado (nos direitos do qual havia se sub-rogado) e seu fornecedor, sem que a seguradora houvesse anuído a aquela cláusula. Em voto vencido, o Ministro João Otávio de Noronha discordou da maioria, votando pela denegação do pedido de homologação, pois entendeu que a questão estava intrinsecamente ligada à “*garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal e acesso à Justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da CF, e [a] competência do juízo prolator da decisão, a que se referem os arts. 5º, LIII, da CF e 15 da LINDB, os quais corporificam preceitos de ordem pública*”.⁴²

Já em uma segunda categoria de casos, o STJ fez referência à garantia do acesso ao Poder Judiciário contida no artigo 5º, XXXV, da Constituição para denegar a homologação de parte de sentenças arbitrais estrangeiras que determinavam desistência de ações opostas

38. STF, AgRg na SE 5.206/7/ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12 de dezembro de 2001, DJe em 30 de abril de 2004, p. 2.

39. STJ, SEC 866-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 17 de maio de 2006, DJe em 16 de outubro de 2006, pp. 7-9.

40. STJ, SEC 866-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 17 de maio de 2006, DJe em 16 de outubro de 2006, p. 9.

41. STJ, SEC 866-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 17 de maio de 2006, DJe em 16 de outubro de 2006, p. 9. Vide também STJ, SEC 967-GB, rel. Min. José Delgado, j. em 15 de fevereiro de 2006, DJe em 20 de março de 2006, p. 5 (onde o STJ proferiu decisão similar na SEC 967-GB, na qual o contrato onde constava a cláusula compromissória não havia sido assinado pela parte requerida, não havendo tampouco troca de correspondências ou qualquer outro documento que indicasse a aceitação da cláusula compromissória pela requerida.).

42. STJ, SEC 14.930-EX, rel. Min. OG Fernandes, j. em 15 de maio de 2019, DJe em 27 de junho de 2019, pp. 21, 26 (voto-vista do Min. João Otávio de Noronha).

por uma das partes perante o Poder Judiciário brasileiro. Nesse sentido, no voto vencedor na SEC 854-EX, o Ministro Sidnei Beneti observou que:

“Uma disposição, contudo, das presentes sentenças estrangeiras, não pode ser homologada. É a relativo à determinação, constante da Medida Cautelar julgada no exterior, ordenando que a contestante desistisse da ação em andamento no Brasil, sob pena de responsabilização criminal. Essa determinação claramente encontra obstáculo no princípio do acesso à Justiça, que é cláusula pétrea da Constituição Brasileira (CF, art. 5º, XXXV), de maneira que nessa parte deve-se recusar a homologação”.⁴³

No mesmo sentido, na SEC 12.781-EX o STJ recusou-se a homologar parte de sentença arbitral estrangeira que determinou que a requerida desistisse de quaisquer litígios no Brasil, pois “[n]ão compete ao juízo estrangeiro, ao solucionar a questão do compromisso arbitral, determinar a outro juízo que ponha fim ao processo ou mesmo a uma das partes que o faça, sob pena de ferir a disposição inserta no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal”.⁴⁴

3.4. Fundamentação das Sentenças

A fundamentação da decisão é requisito obrigatório das sentenças arbitrais proferidas no território brasileiro, de acordo com o artigo 26, II, da Lei de Arbitragem.⁴⁵ Por outro lado, o artigo 93, IX, da Constituição requer que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Apesar de constituírem indício de que a fundamentação das sentenças seria regra da ordem pública nacional, nenhum desses dispositivos se aplica diretamente às sentenças arbitrais estrangeiras. Surge então a questão de se a fundamentação das sentenças arbitrais estrangeiras é questão de ordem pública que permite ao STJ denegar a homologação de sentença arbitral estrangeira com falhas de fundamentação.

A tendência tanto da doutrina, como do STJ, é de não impor os padrões brasileiros de fundamentação das decisões às sentenças arbitrais estrangeiras, e de rejeitar ataques à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras devido à motivação inadequada de acordo com os padrões nacionais, se a sentença segue os padrões do local onde foi emitida.⁴⁶ Nesse

43. STJ. SEC 854-EX, rel. Min. Massami Uyeda, rel. para Acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 16 de outubro de 2013, DJe em 7 de novembro de 2013, p. 67.

44. STJ, SEC 12.781-EX, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 7 de junho de 2017, DJe em 18 de agosto de 2017, p. 1.

45. Lei de Arbitragem, artigo 26, II (“São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: ... II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade”).

46. Vera Cecília Monteiro de Barros, *Homologação para o Reconhecimento ou Execução da Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil: Exceção de Ofensa à Ordem Pública*, Dissertação USP, 2013, p. 163 (“A ausência de fundamentação, por si só, não fere a ordem pública do foro em que se pretende homologar a decisão. Se a sentença arbitral estrangeira foi proferida de acordo com as regras que lhe

sentido, na SEC 5.692-EX, em que a requerida aduzia “*ofensa à ordem pública decorrente da falta de fundamentação da sentença arbitral*”, o STJ concluiu que “[a] *motivação adotada pela sentença arbitral e seus aspectos formais seguem os padrões do país em que foi proferida, não podendo sua concisão servir de pretexto para inibir a homologação do decisor*”.⁴⁷

Já na SEC 760-EX, o STJ citou com aprovação a decisão do STF no processo de homologação da Sentença Estrangeira (“SE”) 3.977,⁴⁸ julgado em 1988,⁴⁹ no qual o STF rejeitou a homologação de sentença arbitral estrangeira desprovida totalmente de fundamentação.⁵⁰ Na SE 3.977 o STF afirmou que a “[d]ecisão que se limita a revelar a sanção aplicada à ré, sem dizer das razões que orientaram o árbitro, não se qualifica como hábil à homologação”.⁵¹ A situação fática na SEC 760-EX, no entanto, era diferente da SE 3.977, pois, apesar de sucinta, a sentença arbitral estrangeira continha um breve relatório e um parágrafo justificativa da decisão, o que permitiu ao STJ concluir que a fundamentação era suficiente.⁵²

4. A Garantia da Ampla Defesa como Fundamento para a Denegação da Homologação das Sentenças Arbitrais Estrangeiras

De acordo com o artigo 38, III, da Lei de Arbitragem, constitui fundamento para a denegação da homologação das sentenças arbitrais estrangeiras a falta de notificação ao réu da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, assim como a violação do princípio do contraditório, que impossibilitem a ampla defesa. Esse critério reflete a garantia fundamental expressa no artigo 5º, LV, da Constituição, que dispõe que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

sejam aplicáveis, e não havendo nessas regras qualquer obrigatoriedade de motivação da decisão, acredita-se que não exista óbice a homologação”); André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 214 (observando que o art. 26, inc. II, “*não torna lícito ao juiz do processo homologatório, no entanto, projetar a importância que a motivação das decisões tem no território pátrio ao âmbito internacional, especialmente o da arbitragem realizada no exterior*”).

47. STJ. SEC 5.692-EX, rel. Min. Ari Pargendler, j. 20 de agosto de 2014, DJe em 1 de setembro de 2014, pp. 1, 3.
48. STJ. SEC 760-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. 19 de junho de 2006, DJ em 28 de agosto de 2006, p. 7, citando STF SE 3.977, rel. Min. Francisco Rezek, j. 1 de julho de 1988, DJU em 26 de agosto de 1988, p. 1.
49. Em 1988, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras ainda era do STF.
50. STF SE 3.977, rel. Min. Francisco Rezek, j. 1 de julho de 1988, DJU em 26 de agosto de 1988, pp. 4-5 (como observou o STF, o teor da decisão arbitral era “*Redução de US\$ 1,50/50 Kgs., por diferença de qualidade. Os árbitros levaram em conta que se tratava de um café entregue em mercado Não-Membro*”).
51. SE 3.977, rel. Min. Francisco Rezek, j. 1 de julho de 1988, DJU em 26 de agosto de 1988, p. 1.
52. STJ. SEC 760-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. 19 de junho de 2006, DJ em 28 de agosto de 2006, pp. 7-8.

Tendo em vista a previsão expressa contida no artigo 38, III, da Lei de Arbitragem, não surpreende que existe jurisprudência do STJ sobre esse critério. Para fins ilustrativos, consideramos abaixo dois aspectos relativos à ampla defesa que aparecem na jurisprudência do STJ sobre a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, quais sejam, a exigência de notificação, tanto da designação do árbitro como do procedimento, e a oportunidade de apresentar provas como elemento do contraditório.

4.1. *Notificação da Designação do Árbitro ou do Procedimento de Arbitragem*

Tendo em vista o argumento de uma das requeridas de que ela não havia sido citada no procedimento arbitral, na SEC 14.385-EX o STJ confirmou a natureza constitucional do princípio do contraditório e da ampla defesa. Em particular, citando outros julgados, o STJ observou que a verificação da citação ou da efetiva participação da parte no procedimento arbitral é condição *sine qua non* para a homologação de sentença arbitral estrangeira porque “na Constituição Federal do Brasil, estão consagrados os princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo que a homologação de sentença estrangeira que superasse tais princípios feriria esse normativo, soberano no país”.⁵³ Com base nessas premissas, ao constatar que uma das requeridas não havia sido citada, nem participado do processo arbitral, o STJ negou o pedido de homologação com relação a ela.⁵⁴

Quanto à forma da notificação, observa-se que segundo os próprios termos da Lei de Arbitragem a notificação de parte residente ou domiciliada no Brasil sobre o procedimento arbitral não precisa seguir os padrões da lei brasileira, podendo ser levada a cabo “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”.⁵⁵

Nesse sentido, na SEC 4.024-EX, o STJ rejeitou alegação de “ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa” por ter o réu sido notificado da designação do árbitro e do procedimento arbitral por meio de *e-mail*, de acordo com os costumes da sede da arbitragem, que era Londres.⁵⁶ Ao homologar a sentença arbitral estrangeira, o STJ observou que, ademais, havia no caso “indícios claros de que as notificações eletrônicas encaminhadas à requerida foram de fato por esta recebidas”.⁵⁷ De forma semelhante, na SEC 6.365-EX o STJ entendeu que é descabida a alegação de cerceamento de defesa quando a

53. STJ, SEC 14.385-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15 de agosto de 2018, DJe em 21 de agosto de 2018, p. 13.

54. STJ, SEC 14.385-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15 de agosto de 2018, DJe em 21 de agosto de 2018, p. 14.

55. Lei de Arbitragem, artigo 39, parágrafo único.

56. STJ, SEC 4.024-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 7 de agosto de 2013, DJe em 13 de setembro de 2013, pp. 6-7.

57. STJ, SEC 4.024-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 7 de agosto de 2013, DJe em 13 de setembro de 2013.

requerida “restou devidamente cientificada por meio de correio eletrônico, serviço de courier e fax, tanto da instauração do processo quanto do desenrolar do mencionado feito,” não sendo necessária a citação por carta rogatória.⁵⁸

Já na SEC 6.761-EX, a requerida se opôs à homologação, entre outros argumentos, porque teria sido violado seu direito ao devido processo, uma vez que não teve a oportunidade de eleger árbitro.⁵⁹ O STJ conclui que não tinha fundamento a alegação de ofensa ao devido processo, pois constatou que a requerida foi notificada por carta sobre o requerimento de arbitragem, conferindo-lhe prazo para nomeação do árbitro, ao qual, no entanto, não houve resposta.⁶⁰

Por fim, na SEC 15.750-EX, o STJ concluiu que tendo a requerida sido notificada e inicialmente participado no procedimento arbitral, o abandono do processo pela requerida devido à crise de insolvência não constituiu cerceamento de defesa que justificasse a denegação da sentença arbitral estrangeira.⁶¹

4.2. Oportunidade de Apresentar Provas

Como exposto acima, a jurisprudência do STJ sustenta que os princípios do contraditório e da ampla defesa têm natureza constitucional e que a homologação de sentença arbitral estrangeira que não observa tais princípios fere normativo soberano no Brasil. Sendo a oportunidade de apresentar provas elemento do contraditório e, por tanto, da ampla defesa, não surpreende que partes requeridas em processo de homologação de sentença arbitral estrangeira busquem afastar a homologação com base em alegações de que os árbitros não permitiram a apresentação ou não consideraram as provas produzidas. A jurisprudência do STJ, no entanto, demonstra que os princípios do contraditório e da ampla defesa não justificam um direito ilimitado à prova.

Por exemplo, na HDE 1.914-EX, a requerida alegou que a sentença arbitral estrangeira havia violado seu direito ao contraditório porque o árbitro não considerou 39 documentos que ela havia apresentado.⁶² No caso em questão, o árbitro havia aclarado que os documentos não tinham sido considerados porque a requerida não havia observado as regras

58. STJ, SEC 6.365-EX, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 6 de fevereiro de 2013, DJe em 28 de fevereiro de 2013, pp. 1, 9. Vide também STJ, SEC 3.660-GB, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 28 de maio de 2009, DJe em 25 de junho de 2009; STJ, SEC 6.335-EX, rel. Min. Felix Fischer, j. em 21 de março de 2012, DJe em 12 de abril de 2012; STJ, SEC 831-FR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 3 de outubro de 2007, DJe em 19 de dezembro de 2007.

59. STJ, SEC 6.761-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 2 de outubro de 2013, DJe em 16 de outubro de 2013, p. 3.

60. STJ, SEC 6.761-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 2 de outubro de 2013, DJe em 16 de outubro de 2013, p. 3.

61. STJ, SEC 15.750-EX, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21 de novembro de 2018, DJe em 27 de novembro de 2018, pp. 1, 9.

62. STJ, HDE 1.914-EX, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 5 de junho de 2019, DJe em 11 de junho de 2019, p. 3.

procedimentais aplicáveis à apresentação de documentos.⁶³ Ao analisar as alegações da requerida, o STJ afirmou que o direito ao contraditório “*não consiste em direito à participação ilimitada*” e que “[é] preciso que a parte observe os prazos e as formas para a sua participação no juízo arbitral”.⁶⁴ O STJ observou que não cabia àquela corte em juízo de homologação questionar a interpretação do árbitro das normas processuais aplicáveis à arbitragem, concluindo, portanto, que não houve violação do contraditório que justificasse denegação do pedido homologatório.⁶⁵

Na mesma linha, na SEC 12.115-EX, o STJ rejeitou alegação de cerceamento de defesa baseada no indeferimento pelo árbitro de pedido de oitiva de testemunha e realização de diligências probatórias.⁶⁶ O STJ observou que as alegações não tinham fundamento “*tendo em vista a robusta fundamentação expendida na sentença homologanda, que enfatizou a extemporaneidade da prova apresentada, a exauriente fundamentação utilizada pelo árbitro para desconsiderá-la e a sua irrelevância para o deslinde da demanda*”.⁶⁷ Portanto, o STJ concluiu que inexistia violação ao contraditório que justificasse denegação do pedido homologatório.

5. Considerações Finais

Apesar de o processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras ter escopo limitado, os princípios e as garantias constitucionais têm um papel proeminente nesse processo, podendo justificar revisão do mérito de sentença arbitral estrangeira e eventual denegação da sua homologação. As principais formas em que isso pode ocorrer é por meio da garantia da ampla defesa e do conceito de ordem pública.

Em relação ao conceito de ordem pública, a posição do STJ é que este é um conceito fluido e indeterminado, e que está relacionado a normas fundantes do direito brasileiro. Uma vez que os princípios e garantias constitucionais têm caráter de normas fundantes, eles dão corpo a aquele conceito. Um exemplo disso inclui a constatação pelo STJ, no caso *Abengoa*, de que o dever de imparcialidade do árbitro é regra de ordem pública fundada nos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, da igualdade, do devido processo legal, da impessoalidade e da moralidade. Outro exemplo é o reconhecimento pelo STJ de que a garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário é regra de ordem pública, requerendo, em vista disso, a verificação do consentimento das partes à resolução de disputas através da arbitragem e proibindo que a sentença arbitral estrangeira bloqueie o acesso de uma parte ao Poder Judiciário. Por outro lado, no que tange à fundamentação

63. STJ, HDE 1.914-EX, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 5 de junho de 2019, DJe em 11 de junho de 2019, p. 11.

64. STJ, HDE 1.914-EX, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 5 de junho de 2019, DJe em 11 de junho de 2019, p. 11.

65. STJ, HDE 1.914-EX, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 5 de junho de 2019, DJe em 11 de junho de 2019, p. 11.

66. STJ, SEC 12.115-EX, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 6 de abril de 2016, DJe em 3 de maio de 2016.

67. STJ, SEC 12.115-EX, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 6 de abril de 2016, DJe em 3 de maio de 2016, p. 11. Vide também *idem*, Voto Vista da Min. Nancy Andrigli, p. 24.

das sentenças, o STJ tem tomado posição no sentido de aceitar fundamentação sucinta que reflete os padrões do local em que foi proferida.

No que tange à garantia da ampla defesa, o STJ tende a não interferir com as decisões dos tribunais arbitrais relacionadas à prova e aceitar notificação da designação do árbitro e do procedimento de arbitragem de acordo com os padrões previstos na convenção de arbitragem ou do país onde se realizou.

Em síntese, a jurisprudência do STJ confirma que a Constituição desempenha um papel importante no processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil.

ARBITRAGEM E DIREITO DOS TRATADOS: UMA ANÁLISE DO CONFLITO DE FONTES SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

NADIA DE ARAUJO¹

CAIO GOMES DE FREITAS²

Introdução

Nos últimos anos, em especial no Brasil, a arbitragem, por excelência, consolidou-se como método alternativo de resolução de disputas comerciais.³ Seja de âmbito puramente doméstico, seja de caráter internacional, envolvendo grandes ou médias empresas, a arbitragem encontra hoje extenso e inegável reconhecimento por parte da legislação interna e da jurisprudência dos tribunais.

No que toca ao arcabouço jurídico brasileiro, o país conta com diplomas, oriundos de iniciativas nacionais e internacionais, que regulamentam tanto as arbitragens domésticas quanto o procedimento de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas no exterior. No entanto, a relação entre essas regras não é clara.

O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), no caso das arbitragens internacionais, tem mostrado uma inegável preferência pela aplicação das regras dispostas pela Lei 9.307/96 (“Lei de Arbitragem” ou “LAB”), em detrimento das demais normas previstas em instrumentos regionais e multilaterais dos quais o Brasil é signatário.

Isso ocorre amiúde nos julgados da Corte no âmbito das ações de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. O STJ tem dado primazia aos dispositivos da LAB e do CPC, utilizado raramente as regras especiais previstas na Convenção de Nova Iorque

1. Professora de Direito Internacional Privado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutora em Direito Internacional, USP. Mestre em Direito Comparado, George Washington University. Advogada. E-mail: nadia@nadiadearaujo.com.
2. LL.M. em Business Law pela Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Advogado. E-mail: caio@gdfreitas.com.
3. LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números*: Pesquisa 2020/2021. Brasil, 2022. Disponível em: http://www.selmalemes.adv.br/artigos/pesquisaarbitragem_2020_2021.pdf.

sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (“Convenção de Nova Iorque”).

A prática reflete a ausência de trato sistemático da questão do conflito de fontes, quando o objeto é um tratado *versus* uma lei ordinária. Nesse sentido, o CPC foi feliz ao prever, em seu art. 13, uma regra clara voltada à resolução das questões de conflito de fontes. Com isso, espera-se que a opção política do legislador, positivada na seara processual, possa servir de guia para um tratamento coerente do conflito de fontes e a uniformização da jurisprudência nacional, especialmente quanto ao emprego da Convenção de Nova Iorque.

O presente artigo pretende realizar delineamentos teóricos gerais sobre a incorporação de tratados ao direito brasileiro, bem como a metodologia possivelmente a ser utilizada para a resolução de conflitos entre a lei doméstica e as normas internacionais. Tomando como exemplo central a regulamentação da arbitragem, procura-se argumentar que a aplicação da LAB a toda e qualquer situação não se mostra positiva, em particular, quando as regras especiais, previstas em diplomas multilaterais dos quais o Brasil é parte, deixam de ser contempladas.

Para tanto, dividiu-se este trabalho em duas partes. Na primeira delas, são analisadas as bases teóricas atinentes à incorporação de tratados ao direito brasileiro, com especial enfoque para o conjunto normativo e jurisprudencial existente para resolução dos conflitos de fontes. Em seguida, com foco na Convenção de Nova Iorque, são trabalhados os efeitos da disciplina na regulamentação da arbitragem no Brasil.

1. A incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro e as regras aplicáveis ao conflito de fontes

No Brasil, a competência para a conclusão de tratados internacionais recai sobre o Poder Executivo. Nessa lógica, dispõe o art. 84, inc. VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB” ou “Constituição Federal”) que “[c]ompete privativamente ao Presidente da República (...) celebrar tratados, convenções e atos internacionais (...)”. O mesmo inciso dispõe, entretanto, que o ato do Executivo se encontra sujeito “a referendo do Congresso Nacional”. Dessa forma, a assinatura de um tratado por representante brasileiro, ainda que munido de carta de plenos poderes, não vincula o Estado – fenômeno que só ocorre após a conclusão do processo de internalização.

A vontade do Presidente, embora soberana para decidir sobre a conveniência e oportunidade da assinatura do instrumento e, posteriormente, sobre o seu envio ao Poder Legislativo, deve ser conjugada com a apreciação do ato pelo Congresso Nacional. Assim é que, após a assinatura, o Presidente remete os tratados ao Congresso Nacional, a quem cabe resolver definitivamente sobre a sua aprovação.⁴ Uma vez aprovados, por meio de Decreto Legislativo, os atos internacionais retornam ao Poder Executivo para ratificação, cuja faculdade é discricionária e privativa do Presidente da República. Conforme ensina Lafayette Rodrigues Pereira, trata-se de “ato pelo qual o chefe do Estado aprova, confirma

4. Art. 49, CRFB: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional [...]”.

*e aceita o tratado celebrado pelos seus mandatários e formalmente se obriga a cumpri-los e a fazê-los executar”.*⁵

Ainda que o depósito do instrumento de ratificação do tratado represente a vinculação do país *vis-à-vis* aos demais Estados signatários, este não é suficiente. O sistema jurídico brasileiro exige que o ato seja promulgado pelo Presidente da República, o que ocorre por meio de Decreto. Somente após a publicação do Decreto é que será possível determinar o momento em que o tratado ou convenção entrará em vigência no território nacional,⁶ incorporando-se finalmente, ao ordenamento.

Essas fases são seguidas desde os primórdios da República e não foram modificadas ao longo dos anos, assentando a prática brasileira do Direito Internacional Público. A Emenda Constitucional (“EC”) n. 45/2004, contudo, modificou o paradigma para a internalização das regras para os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.⁷ A partir de então, passou-se a ter duas modalidades de tratados – a depender do *iter* seguido para a sua internalização: os de caráter ordinário, que se equiparam às leis ordinárias; e os de direitos humanos, que se equiparam às emendas constitucionais. Por consequência, a depender do objeto, diverso será o processo legislativo perante o Congresso Nacional, já que a CRFB dispõe de regras específicas para cada tipo de legislação.

Ainda que se trate de prática não positivada, é inegável que o processo de internalização de atos de fonte internacional possui origem normativa na Constituição Federal. A Lei Fundamental da República se qualifica como a *sedes materiae*, que se mostra essencial à identificação do procedimento estatal concernente à definição de como e quando as normas constantes de tratados internacionais passam a vigorar, com força executória, no sistema jurídico nacional.⁸ Além disso, é a Constituição Federal que exige a conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional (art. 49, inc. I) e a do Presidente da República (art. 84, inc. VIII).

Mesmo já internalizados, tratados, convenções e demais atos internacionais continuam a ser objeto de extensa apreciação e divergência pelos intérpretes, em especial no que toca ao seu relacionamento com as demais normas já existentes – ou futuramente

5. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de direito internacional*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos ed., 1902, t.1. p. 284.

6. Veja-se, STF, CR n. 8.279-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 17/06/1998, DJ 10.08.2000. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de determinar que, enquanto o tratado não tiver seu processo de incorporação ao direito brasileiro completo, este não pode ser invocado como fonte de direitos e obrigações (princípio do efeito direito), nem pode ser aplicado de forma imediata (postulado da aplicabilidade imediata), uma vez que não há previsão constitucional para tanto.

7. A EC incluiu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

8. Para um estudo detalhado sobre o procedimento de internalização de tratados e sua origem normativa, vide ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 10ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 127 e ss.

incorporadas – no ordenamento jurídico brasileiro. Essa segunda questão permeia o estudo do conflito de fontes que, com exceção das hipóteses de transporte internacional de pessoas e cargas,⁹ não encontra regras claras e definidas na Constituição Federal.

No Brasil, na ausência de uma regulamentação própria sobre o tema, coube à jurisprudência o estabelecimento dos critérios de interpretação para decidir os conflitos entre tratados e lei interna, definindo-se, assim, o lugar que os primeiros ocupam no ordenamento jurídico nacional. Na maioria das vezes, verifica-se que os tribunais utilizam os critérios cronológico e da especialidade, sem que haja uma orientação uniforme acerca da preferência de um ou de outro. À exceção dos casos relativos à matéria tributária¹⁰ e de extradição, notava-se uma preferência pelo critério cronológico, o que poderia implicar na prevalência da legislação interna mais recente, a despeito da obrigação assumida pelo país no exterior.

Em sentido contrário, a adoção recente do art. 13 do CPC indica uma clara escolha político-legislativa que, a nosso ver, estabelece uma regra clara do critério que deveria ser aplicado pelos tribunais ao caso concreto. Dispõe o artigo que “[a] jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”. A edição do CPC de 2015 veio em boa hora, sobretudo, porque a adoção do critério da especialidade na matéria processual ressalta a importância das iniciativas multilaterais, principalmente no campo da Cooperação Jurídica Internacional.¹¹ Semelhante política legislativa também foi adotada na Lei de Arbitragem, cujo art. 34 dispõe que “[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”.¹²

9. Art. 178, *caput*, CRFB: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.”

10. O Código Tributário Nacional expressamente confere aos tratados internacionais posição hierárquica diferente com relação às normas internas supervenientes, veja-se: “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”. Sobre o tema: ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 10ª. ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 148; CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional tributário brasileiro*. São Paulo: LTr, 1995.

11. Veja-se ARAUJO, Nadia de; GAMA JR., Lauro; VARGAS, Daniela Trejos. Temas de Direito Internacional Privado no novo CPC. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, 2011, p. 147/160. Mais recentemente, ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 10ª. ed. um., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 211-212.

12. Veja-se que o critério da especialidade também foi recentemente adotado em caso paradigmático do Supremo Tribunal Federal, em que a Corte decidiu pela prevalência das regras da Convenção de Varsóvia em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, nas hipóteses de dano material por extravio de bagagem em transporte aéreo internacional: STF, RE n. 636.331, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 27.05.2017, Processo Eletrônico de Repercussão Geral – Mérito DJe 257, divulg. 10.11.2017, public. 13.11.2017.

Além disso, referidos dispositivos se alinham aos comandos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (“Convenção de Viena”),¹³ internalizada por meio do Decreto nº 7.030/2009. Essa normativa internacional representa a codificação de regras costumeiras que já faziam parte da prática dos Estados. Apesar de ser integrante da agenda de trabalho da Comissão das Nações Unidas de Direito Internacional desde o final dos anos 1940, e ter sido finalizada em 1969, a Convenção apenas entrou em vigor na esfera internacional em 1980 e é atualmente adotada em 116 países.¹⁴

Até a sua incorporação ao sistema legal brasileiro, este não dispunha de normas legais específicas para tratar da interpretação dos tratados internacionais, sobretudo *vis-à-vis* a legislação nacional. Sendo assim, por muito tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, do Superior Tribunal de Justiça,¹⁵ exerceu um protagonismo absoluto, com decisões oscilantes quanto ao critério a ser utilizado, na elaboração de diretrizes para a solução de conflitos entre tratados internacionais e leis internas, acompanhadas de perto pelas manifestações doutrinárias.

Hoje é possível dizer, a respeito ao processo civil e, em especial, ao procedimento de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, que o legislador brasileiro optou pela regra da especialidade, e o fez em consonância com o que estabelece a Convenção de Viena. A interpretação dos tratados internacionais e sua aplicação no território nacional pelos tribunais pátrios não podem prescindir dela. Por isso, a interpretação do sentido e da aplicabilidade dos tratados internacionais internalizados no Brasil deve ser realizada em conformidade não só com o disposto na Parte III da Convenção de Viena,¹⁶ mas também com o próprio Código de Processo Civil e a Lei de Arbitragem.¹⁷

13. SALIBA, Aziz Tuffi (org.). *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

14. Para maiores informações, veja-se <<https://treaties.un.org/>>.

15. Para uma discussão aprofundada da questão de conflito de fontes entre lei interna e tratado internacional, ver ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 10ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 119 e ss.

16. Arts. 26 a 33.

17. No âmbito da Cooperação Jurídica Internacional para os aspectos civis e comerciais, merecem destaque, além dos tratados bilaterais, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), internalizado pelo Decreto nº 2.067/1996; a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, internalizada pelo Decreto nº 1.899/1996; Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, internalizada pelo Decreto nº 1.902/1996; a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, internalizada pelo Decreto nº 2.411/1997; Convenção da Haia sobre Obtenção de Provas em Matéria Civil ou Comercial, internalizada pelo Decreto nº 9.039/2017; Convenção da Haia sobre Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial, internalizada pelo Decreto nº 9.734/2019; Convenção da Haia sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, internalizada pelo Decreto nº 8.660/2016. Já no campo da arbitragem, o Brasil é signatário dos seguintes diplomas internacionais: Protocolo Relativo a Cláusula de Arbitragem, internalizado pelo Decreto nº 21.187/1932; Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças

Embora a regra contida no art. 34 da LAB e no art. 13 do CPC não se aprofunde na aplicação e na interpretação dos tratados para além de indicar o critério da especialidade, a Convenção de Viena tem norma expressa a respeito. O seu art. 27 impede expressamente que o país invoque disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento das normas de um tratado.¹⁸ Portanto, conjugado o art. 27 da Convenção de Viena com o art. 13 do CPC e art. 34 da LAB, tem-se que prevalecem as normas do tratado do qual o Brasil é parte, quando estas conflitarem com as regras internas.¹⁹

No que diz respeito à interpretação do que dispõe um tratado, os arts. 31 a 33 da Convenção de Viena²⁰ também guiam a solução da questão,²¹ que deve orientar a utilização

Arbitrais Estrangeiras, internalizada pelo Decreto nº 4.311/2002; Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, internalizado pelo Decreto nº 4.719/2003.

18. Artigo 27, Convenção de Viena: “Direito Interno e Observância de Tratados
Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”
19. O STJ, citando o Min. Gilmar Mendes, fez referência expressa ao art. 27 da Convenção de Viena em caso que tratava do conflito entre a legislação interna e um tratado internacional: “Ainda reputou que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado Brasileiro o descumprimento unilateral de acordo internacional, conflitaria com princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (art. 27), segundo o qual *uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*; e reiterou que a possibilidade de afastamento da incidência de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária (*treaty override*), inclusive em sede estadual e municipal, estaria defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual panorama internacional (...)” (STJ, REsp nº 1.618.897/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 26.05.2020).
20. “Art. 31: 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade; 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.
Art. 32: Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.
Artigo 33: 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado. 2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico

de ambos os arts. 34 da LAB e 13 do CPC. A interpretação deverá se basear na boa-fé e na *pacta sunt servanda*, dois princípios que se complementam e integram também a Carta das Nações Unidas. Mais uma indicação de sua prevalência em relação à legislação interna.²²

Apesar de todos os dispositivos legais que informam a preferência pelos tratados e demais atos internacionais em detrimento da legislação doméstica, fato é que a jurisprudência, no que toca ao processo de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, aplica apenas esporadicamente a Convenção de Nova Iorque, preferindo adotar os dispositivos que tratam da matéria na Lei de Arbitragem.

2. O reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras: o exemplo da Convenção de Nova Iorque

A adoção da Convenção de Nova Iorque teve por objetivo superar as insuficiências do regime jurídico instaurado pelo Protocolo Relativo a Cláusulas de Arbitragem, firmado em Genebra, em 1923, e pela Convenção sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada na mesma cidade, em 1927.²³ Sua finalidade foi a de promover os interesses do comércio internacional, ao instituir um regramento de direito uniforme, propiciador da ampla circulação das sentenças arbitrais em âmbito mundial, viabilizando, assim, sua eficácia extraterritorial.²⁴

se o tratado o prever ou as partes nisso concordarem. 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos. 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos”.

21. Sobre o tema, vide ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Interpretação da Convenção de Nova Iorque: O problema da discricionariedade no reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 48, ano 13, jan-mar/2016, p. 131-165.
22. Para maiores detalhes sobre o processo de aprovação de tratados no Brasil, veja-se GABSCH, Rodrigo D'Araújo. *Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil*. Brasília: Funag, 2010. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/724-Aprovacao_de_Tratados_Internacionais_pelo_Brasil_possiveis_opcoes_para_acelerar_seu_processo.pdf>.
23. “While the Geneva Protocol contained an obligation to recognize and enforce arbitral awards and arbitration agreements, these obligations were far more limited in scope than those under the New York Convention”. FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich; FELLAS, John. *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2021, p.198.
24. Como consignado em publicação institucional do International Council for Commercial Arbitration: “The purpose of the New York Convention is to promote international commerce and the settlement of international disputes through arbitration. It aims at facilitating the recognition and enforcement of foreign arbitral awards and the enforcement of arbitration agreements. Consequently, courts should adopt a pro-enforcement approach when interpreting the Convention. If there are several possible interpretations, courts should choose the meaning that favours recognition and enforcement (the so-called pro-enforcement bias)”. International Council for Commercial Arbitration, ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention, 2011, p. 14-15. Disponível em: <<https://icac.org.ua/wp-content/>>

A proposta da CCI de 1953 foi encampada pelo órgão competente da ONU, o United Nations Economic and Social Council (“ECOSOC”), resultando em um anteprojeto em 1955, que após vários desenvolvimentos foi levado a uma conferência diplomática, realizada em Nova Iorque entre maio e junho de 1958, que afinal aprovou o diploma internacional.

A Convenção de Nova Iorque criou duas obrigações para os Estados-Partes, a saber: (a) reconhecer e dar eficácia às convenções de arbitragem (artigo II), inclusive mediante a previsão da obrigação do juiz de remeter as partes à arbitragem em presença de uma convenção arbitral, e (b) reconhecer e executar as sentenças arbitrais que fossem consideradas não nacionais nos Estados-Partes (art. III, c.c. art. I), na ausência dos óbices taxativamente previstos na convenção.

Também uniformizou as condições para a denegação do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, segundo critérios que eram, já então, amplo consenso na comunidade internacional, por caracterizarem o denominador comum das condições de validade e eficácia de uma arbitragem internacional. E propiciou uma base inteligente para o progresso da arbitragem comercial internacional ao estabelecer critérios mínimos uniformes para a eficácia transfronteiriça das sentenças arbitrais. Deixou, ainda, o sistema aberto a soluções internas mais liberais, sem desconsiderar os interesses dos países mais ciosos de suas especificidades, que sempre poderiam contar com o mecanismo protetor da exceção de ordem pública.

A Convenção de Nova Iorque, embora internalizada apenas em 2002 ao ordenamento jurídico brasileiro, serviu de subsídio para a redação da Lei de Arbitragem, promulgada em 1996.²⁵ Entretanto, apesar de próximos, os dispositivos de um e de outro diploma não são equivalentes, gerando o questionamento sobre que diploma aplicar, por exemplo, ao processo de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Naturalmente, espera-se a prevalência da Convenção de Nova Iorque em detrimento da Lei de Arbitragem, seja pelo aspecto cronológico, seja pelo da especialidade.

Entretanto, poucos são os casos em que o Superior Tribunal de Justiça efetivamente utilizou e aplicou a Convenção de Nova Iorque.²⁶ Dos inúmeros acórdãos sobre o tema, que hoje giram em torno de 120, o STJ faz pouca referência ao diploma internacional, recorrendo, na maioria das vezes, às regras do seu próprio Regimento Interno, às disposições gerais do CPC e às regras de reconhecimento de sentença estrangeira presentes na Lei de Arbitragem.²⁷

uploads/ICCAs-Guide-to-the-Interpretation-of-the-1958-New-York-Convention-A-Handbook-for-Judges-2.pdf>.

25. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p.11.
26. V., *inter alia*, STJ, CC nº 139.519, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, julg. 11.10.2017; STJ, SEC nº 12.115, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julg. em 06.04.2016, DJe de 03.05.2016; STJ, SEC nº 5.782, Rel. Min. Jorge Mussi, julg. 02.12.2015; STJ, REsp nº 1.203.430, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 20.09.2012; STJ, SEC nº 866, Rel. Min. Felix Fischer, julg. 17.05.2006.
27. Regimento Interno do STJ, arts. 216-A ao 216-N; CPC, arts. 960-965; Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), arts. 34-40.

A aplicação dos referidos diplomas normativos permanece, mesmo após a entrada em vigor do art. 13 do CPC e inobstante o previsto no art. 34 da LAB. No entanto, essa não nos parece ser a melhor abordagem para a questão, uma vez que essa prática deixa de privilegiar as iniciativas multilaterais, empregando apenas as regras de caráter interno, menos afeitas aos casos internacionais.

Inicialmente, é importante ressaltar que a aplicação da Convenção de Nova Iorque pelos tribunais competentes imprime segurança jurídica às relações jurídicas transnacionais, já que as partes conhecem, de antemão, as hipóteses nas quais o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira podem ser denegados. A uniformização de tais requisitos reduz os riscos associados às particularidades de cada sistema jurídico nacional, que não poderão impor outras exigências além daquelas previstas na convenção. Além disso, a sua adoção reiterada exige do STJ um *alinhamento* da sua jurisprudência à interpretação e aplicação da convenção pelos demais países, o que também possui impacto no risco da contratação.²⁸

Além disso, e conforme dito anteriormente, embora a Lei de Arbitragem tenha sido influenciada pela Convenção de Nova Iorque, não é possível afirmar que haja uma exata correspondência na redação dos dois diplomas. A título exemplificativo, nota-se que, no âmbito da homologação, a convenção dispõe expressamente de uma regra indireta de DIPr, que prevê a forma pela qual se afere a capacidade das partes, disposição ausente no texto da Lei de Arbitragem:

Convenção de Nova Iorque Artigo V(1)(a)	Lei de Arbitragem Artigo 38
“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, <i>em conformidade com a lei a elas aplicável</i>, de algum modo incapazes, 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 (...)”.	“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 (...)”.

Fonte: elaborada pelos autores.

28. “A segurança jurídica decorre, isso sim, do proceder uniforme do STJ na prolação de decisões judiciais sobre a matéria e de seu alinhamento com a posição adotada naquelas jurisdições que, muito antes do Brasil, ratificaram a Convenção”. PINTO, José Emilio Nunes. A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no Artigo V, (1), alíneas (c) e (d), da Convenção de Nova Iorque de 1958. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 234.

As diferenças entre os dois diplomas não se restringem a tal dispositivo. Uma leitura atenta do Artigo V (1) da Convenção de Nova Iorque e do art. 38 da Lei de Arbitragem evidencia que a convenção trata das hipóteses de denegação à homologação de forma mais completa e detalhada. Esse é o caso, *inter alia*, do Artigo V(1)(c) e o art. 38, IV da Lei de Arbitragem:

Convenção de Nova Iorque Artigo V(1)(c)	Lei de Arbitragem Artigo 38
“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: (...) 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 sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; (...)”.	“Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: (...) 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; (...)”.

Fonte: elaborada pelos autores.

Tais apontamentos são algumas das razões que ilustram a necessidade de privilegiar a aplicação da Convenção de Nova Iorque, em detrimento das demais regras de caráter interno, no âmbito das ações de homologação de sentença arbitral estrangeira.

Esse entendimento também possui fundamento direto na Lei de Arbitragem, que prevê a prevalência das normas de origem internacional ao dispor, no art. 34, que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil “*de conformidade com os tratados internacionais*” e, apenas na sua ausência, de acordo com os termos da referida lei. Em complementação a esse dispositivo, o art. 36 da mesma lei esclarece que, “*no que couber*”, serão aplicadas as regras previstas no Código de Processo Civil sobre a ação de homologação.²⁹ A referência é feita aos artigos 483 e 484 do antigo Código de Processo Civil, e que hoje correspondem aos artigos 960 a 965 do atual diploma processual.

Combinando-se os dois artigos mencionados, temos que um tratado internacional (leia-se, Convenção de Nova Iorque, norma especial) prevalece sobre a Lei de Arbitragem

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

(norma geral sobre arbitragem), que, por sua vez, prevalece sobre o Código de Processo Civil (norma geral sobre processo).

Quanto ao tema da homologação, há uma regra bastante clara em prol da primazia dos tratados sobre as disposições do Código de Processo Civil. O art. 960, § 3º, do referido Código impõe que, primeiramente, a homologação de decisão estrangeira obedeça ao disposto em tratado e em lei, nessa ordem (ou seja, à convenção internacional aplicável e à Lei de Arbitragem, respectivamente). Apenas subsidiariamente, cabe a incidência dos preceitos genéricos do Código de Processo Civil.³⁰

Logo, em matéria de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, o sistema legal brasileiro adotou uma hierarquia no que diz respeito à base legal a amparar o exame do STJ acerca da satisfação dos pressupostos legais à homologação, a saber: (1º) Convenção de Nova Iorque; (2º) Lei de Arbitragem; e (3º) Código de Processo Civil.

Recentemente, a fim de pacificar a questão, foi aprovado o Enunciado 95 sobre o tema na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios da Justiça Federal. O texto da proposta, que não sofreu emendas ou alterações, foi aprovado no dia 27/08/2021, e reflete uma diretriz clara que reconhece a especificidade e a prevalência, nas ações de homologação de sentença arbitral estrangeira, das disposições da Convenção de Nova Iorque:

“Na ação de homologação de sentença arbitral estrangeira, as regras especiais da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Decreto nº 4.311/2002) prevalecem sobre as regras gerais do Código de Processo Civil e especiais da Lei nº 9.307/96”.

Com a difusão deste Enunciado – e considerando as razões acima mencionadas –, espera-se que se reconheça a necessidade de privilegiar a aplicação das normas da Convenção de Nova Iorque, em vez das regras de direito interno.

Conclusão

O tema dos tratados internacionais e sua aplicação no Brasil continua a ser de grande atualidade. Sempre há dúvidas sobre a sua aplicação quando há um confronto com a lei interna, apesar de sua internalização promover a sua completa integração com o ordenamento jurídico interno. Na área processual, a edição do art. 13 do CPC, que previu a prevalência do critério da especialidade, e, portanto, a supremacia dos diplomas internacionais sobre a lei interna, trouxe uma solução específica para a questão. Mais ainda, na arbitragem, o art. 34 da Lei de Arbitragem vai na mesma direção e fortalece essa conclusão.

Por seu turno, a Convenção de Nova Iorque é um dos tratados multilaterais com um maior número de adoções pelos Estados, o que demonstra o seu sucesso em uniformizar as regras para reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. A sua internalização e aplicação pelos diversos países indubitavelmente se apresenta como um fator de vital importância para o crescimento do comércio internacional. Suas disposições

30. Art. 960, § 3º: “A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo”.

imprimem segurança jurídica às relações jurídicas transnacionais, reduzindo os riscos contratuais associados à pluralidade de normas aplicáveis e às diferenças de conteúdo entre as legislações nacionais.

Não obstante a Lei de Arbitragem ter sido influenciada pela Convenção de Nova Iorque, seria mais adequado aplicar as normas do diploma internacional no julgamento das ações de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, porque, assim, alinhar-se-ia a interpretação brasileira com a dos demais países partícipes da Convenção. Por essa razão, defende-se a aplicação prioritária da Convenção para garantir a previsibilidade e a segurança jurídica nas relações comerciais internacionais, a fim de possibilitar o alinhamento da jurisprudência nacional com a interpretação e aplicação da Convenção pelos demais países.

Bibliografia



ACESSO À JUSTIÇA E ARBITRAGEM

NANCY ANDRIGHI¹

1. Introdução

Francesco Carnelutti, em lição clássica, ressalta que “a capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade é a sua utilidade. A relação entre o ente que experimenta a necessidade e o ente que é capaz de satisfazer é o interesse. O interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente”².

Ao se examinar a sociedade contemporânea, constata-se que existem muito mais interesses a serem satisfeitos do que bens da vida capazes de os satisfazer, o que conduz a inevitáveis conflitos de interesses³.

Tais conflitos são potencializados em intensidade e quantidade no âmbito da chamada “sociedade de risco”, expressão cunhada por Ulrich Beck para descrever a sociedade atual cada vez mais dinâmica e complexa e na qual sobrelevam novos conflitos distributivos.

Também do ponto de vista informacional, a vida social ganhou em complexidade. Nas palavras de Manuel Castells, trata-se de verdadeira “sociedade da informação”⁴, marcada pela massiva utilização das novas tecnologias, que elevaram a informação à categoria de matéria-prima fundamental, isto é, elemento central de toda a atividade humana.

-
1. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Mestre pelo Institut Universitaire Kurt Bosch. Doutoranda em Ciência Jurídica no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.
 2. CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 86.
 3. CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 91; TOMASETTI JR., Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**, v. 126, abr.-jun., 2002, p. 123.
 4. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v. I. Trad. Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 14ª reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 43.

Essa mesma sociedade é marcada por aquilo que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman denominou de modernidade líquida, expressão que designa uma sociedade veloz e dinâmica, marcada pela efemeridade das relações e propensa a mudanças imprevisíveis.

Esse processo foi potencializado pelo recrudescimento da utilização da “internet”, que se revelou instrumento catalisador de vastas mudanças nas relações sociais, e pela pandemia de Covid-19, que acelerou diversos processos de transformação social, merecendo destaque o portentoso crescimento das disputas empresariais.

Nesse desafiador cenário, o Direito é chamado a solucionar tais conflitos – cada vez mais complexos e numerosos –, promovendo a distribuição dos bens da vida de modo a garantir a paz social⁵.

Daí por que Pontes de Miranda, ao examinar o fenômeno jurídico, aponta, com o costumeiro brilhantismo, que o Direito nada mais é do que um “processo de adaptação social”, ou seja, é através dele que se organiza e estabiliza a sociedade, promovendo a resolução dos conflitos de interesses.

Com efeito, a história da humanidade pode mesmo ser lida, em linhas gerais, na história dos diversos métodos predispostos e desenvolvidos para resolução satisfatória dos litígios sociais.

Nos primórdios, os conflitos eram resolvidos pela vingança privada, o que, no entanto, como esclarece Pontes de Miranda, não conduzia ao equilíbrio e à pacificação⁶, motivo pelo qual, paulatinamente, foi substituída pela compensação econômica, que restou consagrada no sistema da composição tarifada, previsto na Lei das XII Tábuas.

No entanto, exsurgia, lado a lado, como verdadeiro imperativo social, o embrião do que hoje se denomina arbitragem, inicialmente, confiada aos sacerdotes, capazes de vislumbrar a solução justa para a hipótese concreta.

Observa-se, portanto, que os denominados métodos “alternativos” de solução de conflitos (MASCs) – entre os quais se inclui a arbitragem – se encontram diretamente imbricados com a função precípua do Direito de solucionar os conflitos de interesses, possuindo, outrossim, profundas raízes históricas e sociais.

Com o avanço da sociedade humana e a consolidação do Estado moderno, erigiu-se um sistema de Justiça com o escopo de atender à demanda por pacificação⁷. A complexidade do mundo globalizado, no entanto, pressiona o sistema tradicional, exigindo a busca por alternativas capazes de contribuir com a resolução dos conflitos de interesses cada vez mais numerosos, garantindo-se o acesso à justiça.

5. DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 6. ed. Madri: Civitas, 2007, p. 45; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

6. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Pessoas físicas e jurídicas**. t. LIII. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: RT, 2012, p. 62.

7. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 132.

2. O movimento de acesso à justiça

No Brasil, o direito de acesso à justiça possui assento constitucional no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que consagra a garantia da inafastabilidade da jurisdição. De fato, nos termos da Carta, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O mencionado direito, no entanto, não deve permanecer cristalizado apenas no texto da legislação, sendo imprescindível conferir-lhe concretude e efetividade.

É nesse contexto que, no liminar do século XX, desenvolveu-se o chamado “Movimento de Acesso à Justiça” com o objetivo de concretizar a referida garantia, propondo soluções para que os cidadãos obtenham adequada e tempestiva prestação jurisdicional.

O acesso à justiça não deve ser entendido tão somente como possibilidade de ingresso no Poder Judiciário, mas, sim, como garantia de acesso à ordem jurídica justa, célere e segura⁸.

De fato, conforme destaca Cândido Rangel Dinamarco, “não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido”⁹.

Na doutrina, há quem afirme que, a partir de uma dimensão social do direito de acesso à justiça, o Poder Judiciário deveria ser visto como última alternativa, e não como única, “posto que enxergar o exercício desse direito fundamental por apenas uma vertente, a judicial, é limitar por completo seu alcance e, como consequência, o espectro de possibilidades do cidadão para a busca de seu direito”¹⁰.

Mauro Cappelletti – autor de seminal obra sobre a matéria¹¹ – aponta a existência de três obstáculos principais ao acesso à justiça, a saber: a) o obstáculo econômico; b) o obstáculo organizacional; e c) o obstáculo processual¹².

O obstáculo econômico relaciona-se aos custos do processo, que afastam os cidadãos da justa prestação jurisdicional em virtude da pobreza, da falta de informações e da ausência de representação adequada. Em resposta, a chamada “primeira onda renovatória”

8. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

9. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 118.

10. HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro. A hipossuficiência econômica da parte na arbitragem: o acesso à justiça por meio do financiamento do procedimento arbitral por terceiros. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). **Arbitragem e Direito Processual**. São Paulo: RT, 2021, p. 120.

11. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1998.

12. CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: WALD, Arnoldo (organizador). **Doutrinas Essenciais – Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 84 e ss.

do processo engendrou institutos como a assistência judiciária gratuita e a orientação jurídica aos hipossuficientes¹³.

O obstáculo organizacional, por sua vez, diz respeito às dificuldades que o indivíduo isolado enfrenta para garantir a efetividade de determinados direitos, sobretudo daqueles de índole transindividual. Para enfrentar esse desafio, a segunda onda renovatória debruçou-se sobre instrumentos capazes de tutelar interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, podendo-se destacar, exemplificativamente, no Brasil, a Lei de Ação Popular, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Estatuto da Criança e do Adolescente e o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Já o obstáculo processual refere-se aos entraves enfrentados pelos jurisdicionados para, com os instrumentos e as formalidades tradicionais do processo, obter a tempestiva e justa solução dos conflitos. De fato, o Poder Judiciário enfrentou, ao longo dos anos, um relevante incremento no número de processos em tramitação, o que impacta não apenas o tempo para a resolução das controvérsias, mas sobretudo a qualidade das soluções propostas.

Nesse contexto, a terceira onda renovatória almeja a reforma dos procedimentos tradicionais, buscando a sua simplificação “no interior da justiça estatal, e também a partir da criação e da admissão de meios extrajudiciais de resolução de conflitos”¹⁴.

Inicia-se, assim, o fortalecimento dos métodos “alternativos” de solução de conflitos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

De fato, os principais motivos – nem sempre justificáveis – para o incentivo à adoção de alternativas à jurisdição estatal são, de maneira geral, o tempo de duração e os custos elevados do processo estatal: a “crise do processo civil e do Poder Judiciário, portanto, se revelou como impulso considerável para que tais métodos alternativos de resolução de conflitos, notadamente a arbitragem, se desenvolvesse no país”¹⁵.

O Movimento de Acesso à Justiça, portanto, representa esforço multifacetado que almeja garantir aos cidadãos efetivas soluções para os seus conflitos de interesses, seja através de uma prestação jurisdicional justa e célere, seja por meio dos chamados métodos “alternativos” de solução de conflitos.

Não se pode olvidar, conforme ressaltado por Rui Barbosa na famosa “Oração aos Moços”, que “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

3. Os métodos adequados de solução de conflitos e o Tribunal Multiportas

Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (MASCs), como já afirmado, ganharam impulso e proeminência no contexto da terceira onda renovatória do processo.

13. CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: WALD, Arnaldo (organizador). *Doutrinas Essenciais – Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

14. SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, 2014, n. 101, p. 58.

15. DALBOSCO, Gustavo Dallazem. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). *Arbitragem e Direito: estudos pós-graduados*. São Paulo: ed. D'Plácido, 2022, p. 240.

A exata compreensão desses novos instrumentos demanda, no entanto, que se encare o conceito de jurisdição sob uma nova perspectiva.

De fato, a jurisdição, de maneira tradicional, é definida como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”¹⁶.

O referido conceito, no entanto, merece ser revisitado, realçando-se o duplo aspecto da inafastabilidade da jurisdição: trata-se, a um só tempo, de vedação constitucional e de prestação de serviço devida ao cidadão pelo Estado¹⁷.

Em outras palavras, deve-se abordar o conceito sob a perspectiva do consumidor dos serviços judiciais e não pela perspectiva estatal¹⁸. O foco deve recair, portanto, sobre a função de pacificação de conflitos, donde exsurge uma miríade de instrumentos capazes de auxiliar o cidadão nesse mister.

Os MASCs, desse modo, devem ser examinados sob essa ótica, não representando contraponto à atuação do Poder Judiciário, mas, sim, mecanismos capazes de, ao lado da Justiça estatal, contribuir para justa distribuição dos bens da vida.

De fato, “ao enxergar o processo com vistas a concretizar os anseios dos jurisdicionados, passou-se a abordar as outras formas de resolução de conflitos, para além do Poder Judiciário, como a conciliação, a mediação e a arbitragem”¹⁹.

O estudo, o aprimoramento e a utilização desses métodos, conforme adverte Kazuo Watanabe, exige uma nova postura mental que prevaleça sobre o comportamento tradicionalmente agressivo, adversarial e não cooperativo das partes²⁰.

Ademais, impõe-se ressaltar que a adoção dos MASCs contribui, em certa medida, para a desobstrução do Poder Judiciário, garantindo a solução dos conflitos de forma célere e menos onerosa, ao mesmo tempo que preserva as garantias essenciais do devido processo legal²¹.

16. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 150.
17. SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 782 e ss.
18. HENRY, James F. *The Courts at a Crossroads: A Consumer Perspective of the Judicial System*. *Georgetown Law Journal*. n. 95.4, p. 945-964, 2007; WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.
19. HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro. A hipossuficiência econômica da parte na arbitragem: o acesso à justiça por meio do financiamento do procedimento arbitral por terceiros. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: RT, 2021, p. 118.
20. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.
21. TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI; Marco Antônio Garcia Lopes; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da

Além disso, não se pode olvidar – e este ponto é fundamental no estudo da matéria – que os referidos instrumentos são capazes de fornecer soluções qualitativamente melhores a depender do conflito de interesse instaurado²².

De fato, Frank Sander, Professor da Universidade de Harvard, identifica quatro objetivos para a utilização dos meios alternativos, a saber: a) aliviar o congestionamento do Poder Judiciário, reduzindo o custo e a demora para a solução dos litígios; b) aumentar o envolvimento da comunidade no processo de resolução de disputas; c) facilitar o acesso à justiça; e d) fornecer uma resolução de disputas mais efetiva.

O processo judicial não deve ser tido como única alternativa para a consecução dos fins do Direito, sendo imprescindível vislumbrar, nos métodos “alternativos” de solução de conflitos, caminhos moldados e predispostos a solucionar, muitas vezes de maneira mais satisfatória, os conflitos de interesses que emergem da sociedade e que se revelam cada vez mais complexos e variados.

Com efeito, tais métodos, em muitas situações, quando comparados à jurisdição estatal, permitem uma diluição mais efetiva dos conflitos, não se limitando a meramente solucioná-los.

De fato, reside aí uma diferença fundamental que merece ser ressaltada: as sentenças dos juízes solucionam conflitos, mas nem sempre garantem a pacificação; por outro lado, o diálogo assertivo e colaborativo empregado na mediação ou a possibilidade – mais ou menos livre – de configuração dos contornos da arbitragem pelas próprias partes têm maior potencialidade de diluir, verdadeiramente e desde a raiz, os conflitos de interesses, notadamente, porque examinam os seus aspectos emocionais ou particulares.

Daí por que a doutrina especializada propõe, já há algum tempo, a adoção da expressão “métodos adequados” em substituição à expressão “métodos alternativos”, na medida em que os referidos instrumentos devem ser encarados como complementares à justiça estatal, revelando-se, em muitas hipóteses, mais eficientes do que o processo tradicional por levar em consideração as peculiaridades de cada hipótese concreta.

A propósito, a própria Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça utiliza, expressamente, esta terminologia ao prever, em sua ementa, que “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento *adequado* dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências” (grifamos).

Nas palavras de Mauro Cappelletti: “há situações em que a justiça *conciliatória* (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’ são melhores *qualitativamente* do que os resultados do processo contencioso”²³.

(coord.). *Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, p. 157.

22. GALANTER, Marc. *Compared to What – Assessing the Quality of Dispute Processing*. *Denver University Law Review*, n. 66, v. 3, p. xii, 1988-1989.

23. CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: WALD, Arnoldo (organizador). *Doutrinas Essenciais – Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 90; grifou-se.

Digno de nota, nesse contexto, é o desenvolvimento do conceito de Tribunal Multiportas, proposto, inicialmente, por Frank Sander no clássico trabalho intitulado *Varieties of dispute processing* e exposto em 1976 na *Pound Conference*.

A referida conferência reverberava anterior e pioneiro discurso do também Professor de Harvard, Roscoe Pound, proferido em 1906, intitulado “As causas da insatisfação popular com a administração da Justiça”, e que, posteriormente, foi publicado na forma de artigo²⁴.

Trata-se da criação de um sistema multiportas capaz de fornecer uma variedade de métodos, procedimentos e processos – entre eles a arbitragem – aptos à resolução dos diversos litígios, a depender das especificidades de cada hipótese concreta²⁵, abandonando, dessa forma, o denominado modelo *one-size-fits-at-all* (um modelo serve para tudo).

Nas palavras de Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, “o Sistema Multiportas é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar um conflito. Este sistema pode ser articulado ou não pelo Estado, envolver métodos heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado”²⁶.

O referido mecanismo, na forma como inicialmente desenvolvido, pressupõe a figura do *Screener* ou *Gatekeeper* – espécie de facilitador –, cuja função é examinar o litígio instaurado e indicar o método mais adequado para a sua solução²⁷.

O Tribunal Multiportas, desse modo, visa fornecer ao cidadão, de forma unificada e organizada, uma variedade de mecanismos aptos a resolver as disputas instauradas a partir da análise das características próprias de cada conflito.

Com efeito, o processo estatal, embora de fundamental importância em virtude da segurança que fornece aos jurisdicionados, não deve ser visto como única alternativa, notadamente, ao se observar que o seu inerente formalismo pode não representar o caminho mais efetivo para dissolver conflitos intersubjetivos que possuem inúmeras peculiaridades e que exigiriam certa flexibilidade de procedimento²⁸.

24. POUND, Roscoe. *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. Annual Report of the American Bar Association*, n. 29, p. 395-417, 1906.

25. SANDER, Frank E. A. *Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview. University of Florida Law Review*, v. 37, n. 1, p. 12, 1985.

26. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; ALVES E SILVA, Paulo Eduardo. *Negociação, Mediação e Arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método, 2012, p. 58.

27. SANDER, Frank E. A. *Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview. University of Florida Law Review*, v. 37, n. 1, p. 13, 1985.

28. Morton Deutsch, Professor da Universidade de Columbia, ao examinar as diversas espécies de conflitos de interesses e identificar suas peculiaridades, elaborou uma tipologia de conflitos possíveis, a saber: a) conflito verídico; b) conflito contingente; c) conflito deslocado; d) conflito mal-atribuído; e) conflito latente; e f) conflito falso. (Cf. DEUTSCH, Morton. *A Resolução do Conflito*. In: AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 36-39).

Atualmente, são diversos os métodos e institutos desenvolvidos para dar conta dos mais variados conflitos, tais como a conciliação²⁹, a mediação³⁰, a arbitragem, a negociação³¹, o *ombudsman*³², o *factfinding*, a facilitação³³, a avaliação de terceiro neutro³⁴, o *dispute resolution board*³⁵ e o *design* de sistema de disputas³⁶.

Do ponto de vista do Direito Positivo, observa-se que o Brasil possui um sistema de solução de conflitos bastante avançado.

29. Para um exame do instituto da conciliação, consultar, entre outros: SILVA, Érica Barbosa e. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012; TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI; Marco Antônio Garcia Lopes; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.
30. Para um exame do instituto da mediação, consultar, entre outros: TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2008; RISKIN, Leonard L. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*. **Harvard Negotiation Law Review**, n. 1, 1996; RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers*. **Ohio State Law Journal**, n. 43.1, 1982; GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
31. Para um exame do instituto da negociação, consultar, entre outros: FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim. A negociação de Acordos Sem Concessões**. Rio de Janeiro: Imago, 1994.
32. Para um exame do instituto do *ombudsman*, consultar, entre outros: SANDER, Frank E. A. *Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview*. **University of Florida Law Review**, v. 37, n. 1, 1985.
33. Para um exame do instituto da facilitação, consultar, entre outros: SILVA, Érica Barbosa e. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.
34. Para um exame do instituto da avaliação de terceiro neutro, consultar, entre outros: LEVINE, David I. *Early Neutral Evaluation: The Second Phase*. **Journal of Dispute Resolution**, 1989; BRAZIL, Wayne D.; KAHN, Michael A.; NEWMAN, Jeffrey P.; GOLD, Judith Z. *Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution*. **Judicature**, n. 69. 5, p. 279-285, 1986.
35. Para um exame do instituto do *dispute resolution board*, consultar, entre outros: CHAPMAN, Peter H. J. *The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects*. **Turkish Commercial Law Review**, n. 1.3, 2015; CETINEL, Yasemin. *The Nature of Dispute Board Decisions, with Special Emphasis on the Turkish Law Approach*. **Turkish Commercial Law Review**, n. 2.1, 2016; SEPPALA, Christopher R. *The New FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board*. **International Business Law Journal**, n. 8, 1997.
36. Para um exame do instituto do *Design* de Sistema de Disputas (DSD), consultar, entre outros: FRANCK, Susan D. *Integrating Investment Treaty Conflict and Dispute Systems Design*. **Minnesota Law Review**, n. 92.1, 2007; SANDER, Frank E. A. *Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview*. **University of Florida Law Review**, v. 37. n. 1, 1985; FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistema de Disputa: Câmara de Indenização 3054. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 23, jul./set. 2009.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 confere grande importância aos métodos adequados de solução de conflitos, como se constata a partir do exame dos arts. 3º, 165 a 175, 190, 191, 334, 515, III, 515, § 2º, 695, 725, VIII, entre outros³⁷.

Aliás, o Código é expresso ao estabelecer que é dever do Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º).

A Lei 13.140/2015, por sua vez, estatuiu o marco legal da mediação, estabelecendo seus requisitos, limites e alcance.

Já a Lei 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais, e a Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, fundamentam a ampla utilização da técnica da conciliação.

Além disso, a Lei 9.307/1996 regulamentou a prática da arbitragem no ordenamento jurídico nacional, tendo sofrido alterações pela Lei 13.129/2015 com o escopo de ampliar o âmbito de aplicação desse método de resolução de conflitos e dispor sobre a escolha dos árbitros.

Recentemente, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) prestigiou os MASCs, prevendo a possibilidade de utilização da mediação, da conciliação, da arbitragem e de comitê de resolução de disputas para a prevenção e resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública.

Desse modo, a partir de um novo olhar para o conceito de jurisdição e tendo em mira o fim precípua do Direito de alcançar a pacificação social, a busca pela efetivação da garantia de acesso à justiça não pode prescindir dessa variedade de instrumentos desenvolvidos a cada dia e que se revelam capazes de solucionar adequadamente os mais diversos conflitos de interesses.

4. Arbitragem e acesso à justiça

4.1. Aspectos gerais e o Direito Positivo brasileiro

A arbitragem “é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”³⁸.

No Brasil, o instituto é regulado pela Lei n. 9.307/1996, que se espelhou nas melhores práticas internacionais, podendo-se citar, exemplificativamente, a Lei Modelo sobre Arbitragem Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)³⁹, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial

37. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 305-306.

38. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 33.

39. Para um estudo acerca da Lei modelo de arbitragem da UNCITRAL e sua relação com a legislação brasileira, consultar: FINKELSTEIN, Cláudio. Lei modelo de arbitragem da UNCITRAL

e a Convenção para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, estabelecida em Nova York, em 1958.

A maioria dos autores estrangeiros que estudou a lei brasileira “reconhece o seu caráter modernizador e até o fato de ser um verdadeiro exemplo para o mundo e até alguns juristas que criticavam a longa duração dos processos judiciais no Brasil, não deixaram de manifestar a sua admiração pela rapidez com que o instituto se consolidou no país, e pelas qualidades tanto do texto legal como da jurisprudência”⁴⁰.

Posteriormente, a Lei n. 13.129/2015 promoveu importantes alterações na Lei da Arbitragem com o objetivo de compatibilizá-la com as disposições do novo Código de Processo Civil e com a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Trata-se, do ponto de vista de sua natureza jurídica, de método heterocompositivo, pois atribui a terceiro, em substituição às partes, o poder de solucionar o conflito instaurado.

Ademais, no atual estágio de evolução da matéria, não se pode mais olvidar a natureza jurisdicional da arbitragem, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴¹.

Instaurada a arbitragem, cumpre destacar que, da mesma forma que ocorre no processo judicial, a formação da coisa julgada no âmbito do processo arbitral está sujeita à imutabilidade da decisão proferida após as etapas necessárias do procedimento, sendo bastante limitadas as possibilidades de afastá-la. Após o trânsito em julgado, a sentença proferida pelo juízo arbitral faz coisa julgada material e, constitui, por força de lei, título executivo judicial (art. 515, VII, do CPC/15).

De fato, a sentença arbitral, por expressa disposição da Lei de Arbitragem, produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença estatal (Art. 31).

A demonstrar o prestígio angariado por esse método de resolução de conflitos no Brasil, importa mencionar que o STJ perfilha o entendimento de que “o controle judicial sobre a validade das sentenças arbitrais está relacionado a aspectos estritamente formais, não sendo lícito ao magistrado togado examinar o mérito do que foi decidido pelo árbitro”⁴².

No que diz respeito à sua instauração, a utilização da arbitragem demanda a caracterização da chamada “arbitrabilidade”, isto é, o litígio deve ser suscetível de resolução pela via arbitral.

e a lei brasileira de arbitragem: uma análise comparativa. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). *Arbitragem e Direito: estudos pós-graduados*. São Paulo: ed. D'Plácido, 2022, p. 17-58.

40. WALD, Arnaldo. Arbitragem: passado, presente e futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50. ano 13, p. 68, São Paulo: RT, jul.-set. 2016.

41. Nesse sentido: STJ. CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014; STJ. CC 157099/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, DJe 30/10/2018; STJ. CC 150830/PA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, DJe 16/10/2018. Importa consignar que alguns autores, diante desse cenário, consideram existir verdadeiro “processo arbitral” e não mero procedimento. Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, p. 22, jan./abr. 2004.

42. STJ. AgInt no AREsp 1566306/SP, Quarta Turma, julgado em 30/03/2020, DJe 01/04/2020; STJ. AgInt no AgInt no AREsp 1143608/GO, Terceira Turma, julgado em 18/03/2019, DJe 20/03/2019; STJ. REsp 1636102/SP, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 01/08/2017.

Esta determinação depende do ordenamento jurídico de cada país. Com efeito, “cada Estado leva em consideração elementos culturais e políticos próprios, além de atributos sobre a função e a natureza jurídica dos envolvidos no litígio. Ou seja, cada Estado impõe limites sobre quais conflitos podem ser resolvidos pela jurisdição privada e quais são reservados ao Poder Judiciário”⁴³.

No Brasil, em síntese, exige-se que as partes sejam plenamente capazes (arbitrabilidade subjetiva) e que o conflito verse sobre direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva)⁴⁴.

Ademais, a arbitragem funda-se na pactuação, pelas partes envolvidas, da chamada convenção arbitral, que pode se materializar, nos termos do sistema francês, por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

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

Nesse contexto, a lei é expressa ao consignar que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória” (Art. 8º).

Ademais, “existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso” (Art. 7º).

O compromisso arbitral, por outro lado, é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial – celebrado por termo nos autos – ou extrajudicial, hipótese na qual deverá ser celebrado por instrumento público ou por escrito particular assinado por duas testemunhas.

Os árbitros, nos termos do art. 13, § 6º, e do art. 14 da Lei de Arbitragem, devem atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, estando impedidas as pessoas que tenham, “com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil”.

43. BERTOLANI, Lilian Elizabeth Menezes. Notas sobre a arbitrabilidade e sua evolução. In: FINKELSTEIN, Cláudio (Org.). *Arbitragem e Direito: estudos pós-graduados*. São Paulo: ed. D'Plácido, 2022, p. 273.

44. Para uma crítica à noção tradicional de “arbitrabilidade”, consultar: GUADALINI, Bruno. A noção de arbitrabilidade: a posição do STJ e a inconveniência da sua adoção no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: RT, 2021, p. 69-81.

4.2. O estado da arte na jurisprudência do STJ

Em âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, de há muito, prestigia o instituto, enxergando nele um adequado e complementar mecanismo para a almejada pacificação social.

A referida Corte Superior, por exemplo, já teve a oportunidade de fixar o entendimento de que “a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual, se comprometeu a aceitar a via arbitral”⁴⁵.

Com efeito, diante de uma convenção de arbitragem, por força do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, compete ao tribunal arbitral o exame de qualquer questão relacionada à sua existência, validade e eficácia, derogando-se a jurisdição estatal⁴⁶.

O referido entendimento aplica-se ainda que decretada a falência de uma das partes, impondo-se ao árbitro avaliar a viabilidade ou não da instauração da arbitragem⁴⁷.

Por outro lado, já foi reconhecido pelo STJ a possibilidade de o Poder Judiciário, em situações excepcionais, nas hipóteses em que identificado *prima facie* um compromisso arbitral patológico, isto é, claramente ilegal, declarar a nulidade da cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral⁴⁸.

Ademais, em outro relevante precedente, foi definido que “o Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*”⁴⁹.

45. STJ. REsp n. 1.355.831/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/3/2013, DJe de 22/4/2013.

46. STJ. REsp 1550260/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 20/03/2018; STJ. REsp 1733685/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 12/11/2018; STJ. REsp 1694826/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017; STJ. REsp 1639035/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 15/10/2018; STJ. HDE 120/EX, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/12/2018, DJe 12/03/2019.

47. STJ. REsp 1959435/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 30/8/2022, DJe de 1/9/2022.

48. STJ. REsp 1602076/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016.

49. STJ. REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012.

Restou definido, ainda, que o prévio ajuizamento de tutela de urgência perante o Poder Judiciário não afasta a eficácia da cláusula compromissória arbitral, notadamente, quando o recurso à jurisdição estatal visa assegurar o resultado útil da futura arbitragem⁵⁰.

Além disso, é pacífica a jurisprudência no sentido de que o árbitro não possui poder coercitivo, de modo que compete ao Poder Judiciário proceder à execução da sentença arbitral⁵¹.

Avançando na análise da jurisprudência, desde o julgamento do CC 111.230/DF, é assente a tese de que o STJ é competente para dirimir conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral, notadamente, em virtude da natureza jurisdicional da arbitragem⁵².

Posteriormente, em recente julgamento, a Segunda Seção, no julgamento do CC n. 185.702/DF, reconheceu a competência do STJ para julgar conflito de competência instaurado entre tribunais arbitrais vinculados à mesma Câmara de Arbitragem⁵³.

Ademais, no julgamento do REsp 1928951/TO, a Terceira Turma fixou o entendimento de que a impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, devido à ocorrência dos vícios elencados no art. 32 da Lei nº 9.307/96, deve respeitar o prazo decadencial de 90 dias⁵⁴.

Na ocasião, pontuou-se que a escolha entre a ação de nulidade e a impugnação ao cumprimento de sentença em nada interferia na cristalização ou não da decadência, de modo que, escoado o prazo de 90 (noventa) dias para o ajuizamento da ação de nulidade, não poderá a parte suscitar as hipóteses de nulidade previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem pela via da impugnação, pois o poder formativo já haverá sido fulminado pela decadência, instituto que pertence ao Direito Material.

Além disso, a jurisprudência do STJ admite a penhora no rosto dos autos de procedimento de arbitragem. De fato, no julgamento do REsp 1678224/SP, consignou-se que o deferimento da penhora do direito litigioso no rosto dos autos não implica propriamente a individualização, tampouco a apreensão efetiva e o depósito de bens à ordem judicial, mas a mera afetação à futura expropriação, além de criar sobre eles a preferência para o respectivo exequente.

50. STJ. REsp 1694826/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017; STJ. REsp 1698730/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018; STJ. REsp 1325847/AP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 05/03/2015, DJe 31/03/2015.

51. STJ. REsp 1.465.535/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe de 22/8/2016; STJ. REsp 1373710/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/04/2015, DJe 27/04/2015; STJ. REsp 1277725/AM, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/3/2013, DJe de 18/3/2013.

52. STJ. CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014; STJ. CC 159.162/AM, Segunda Seção, julgado em 9/12/2020, DJe de 18/12/2020; STJ. CC 150.830/PA, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, DJe de 16/10/2018; STJ. CC 157.099/RJ, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, DJe de 30/10/2018.

53. STJ. CC 185.702/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 30/6/2022.

54. STJ. REsp 1928951/TO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/02/2022, DJe 18/02/2022. No mesmo sentido: STJ. REsp 1900136/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/04/2021, DJe 15/04/2021.

Desse modo, respeitadas as peculiaridades de cada jurisdição, seria possível aplicar a regra do art. 860 do CPC/15 ao procedimento de arbitragem, a fim de permitir que o juiz oficie o árbitro para que este faça constar em sua decisão final, acaso favorável ao executado, a existência da ordem judicial de expropriação, ordem essa, por sua vez, que só será efetivada ao tempo e modo do cumprimento da sentença arbitral, no âmbito do qual deverá ser também resolvido eventual concurso especial de credores, nos termos do art. 613 do CPC/73 (parágrafo único do art. 797 do CPC/15)⁵⁵.

A convivência harmônica entre a arbitragem e a jurisdição estatal foi ressaltada pela Quarta Turma no julgamento do REsp 1733685/SP, no qual definiu-se que, se a parte já é titular de título executivo, não é obrigatório o recurso à arbitragem, ainda que o contrato contenha cláusula compromissória. Em síntese, decidiu-se que “a existência de cláusula compromissória não afeta a executividade do título de crédito inadimplido e não impede a deflagração do procedimento falimentar, fundamentado no art. 94, I, da Lei 11.101/2005”⁵⁶.

De igual forma, no julgamento do REsp 1373710/MG, fixou-se a tese de que “mesmo em contrato que preveja a arbitragem, é possível a execução judicial de confissão de dívida certa, líquida e exigível que constitua título executivo nos termos do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, haja vista que o juízo arbitral é desprovido de poderes coercitivos. A existência de título executivo extrajudicial prescinde de sentença arbitral condenatória para fins de formação de um outro título sobre a mesma dívida”⁵⁷.

Na mesma esteira de inteligência, já foi decidido que é válida a cláusula compromissória que reserva a solução de determinados conflitos à jurisdição estatal, evidenciando, mais uma vez, a complementariedade já ressaltada⁵⁸.

Merece destaque, ainda, relevante precedente da Terceira Turma no qual restou consignado, em evidente prestígio ao procedimento arbitral, que, diante de coligação de contratos, seria possível “a extensão da cláusula compromissória prevista no contrato principal aos contratos de ‘swap’, pois integrantes de uma operação econômica única”⁵⁹.

Isso não bastasse, deve-se destacar que o STJ entende que a Lei de Arbitragem se aplica aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes de sua edição⁶⁰, entendimento que restou consagrado na Súmula 485 da Corte Superior.

55. STJ. REsp 1678224/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 09/05/2019.

56. STJ. REsp 1733685/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 12/11/2018.

57. STJ. REsp 1373710/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/04/2015, DJe 27/04/2015. No mesmo sentido: STJ. CC 150.830/PA, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, DJe de 16/10/2018.

58. STJ. REsp 1331100/BA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 22/02/2016.

59. STJ. REsp 1639035/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 15/10/2018.

60. STJ. REsp 1189050/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 14/03/2016; STJ. SEC 894/UY, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 20/08/2008, DJe 09/10/2008; STJ. AgRg no REsp 1275618/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 24/02/2016.

Observa-se, desse modo, que o Superior Tribunal de Justiça possui ampla jurisprudência sobre a matéria, prestigiando a arbitragem, ao mesmo tempo que, como Corte Superior responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o país, atua no sentido de garantir sua efetividade e de traçar os seus limites indispensáveis, contribuindo para que o referido instrumento atue como verdadeiro mecanismo de acesso à justiça.

4.3. *A arbitragem como instrumento de acesso à justiça*

A adoção da arbitragem possui vantagens conhecidas, tais como a celeridade – decorrente do julgamento em instância única e do prazo de 6 meses previsto em lei para a apresentação da sentença arbitral –, a flexibilidade – fruto da autonomia das partes em moldar o procedimento, inclusive com a escolha dos árbitros –, a confidencialidade, a especialidade e a eficiência, com o aumento da taxa de cumprimento espontâneo das decisões⁶¹.

Digno de destaque é a especialização dos árbitros. De fato, “é um importante atrativo deste método a possibilidade de se entregar o litígio a quem tem conhecimento específico da matéria objeto da controvérsia, ou seja, terá maior tecnicidade para apreciar a matéria, principalmente para questões pouco usuais na rotina dos tribunais”⁶².

Não se pretende com essas afirmações dar razão à arraigada crença de que a arbitragem é sempre melhor do que o processo judicial. Não é disso que se trata.

O recurso ao processo estatal, com efeito, também possui suas vantagens, seja por representar um caminho seguro posto à disposição de todo e qualquer cidadão para a resolução justa de seus conflitos, seja por permitir que o Poder Judiciário defina a interpretação dos dispositivos legais, contribuindo para a evolução do Direito⁶³.

Owen Fiss ressalta, nesse contexto, que o processo deve ser visto como “um arranjo institucional que utiliza o poder do Estado para aproximar uma realidade recalcitrante dos nossos ideais. Recorremos às Cortes porque precisamos, não por algum capricho de nossas personalidades”. Busca-se, em suma, alcançar, por meio do processo judicial, tudo aquilo que o direito promete⁶⁴.

Assim, não se está propondo qualquer conflito entre a jurisdição arbitral e a estatal. O que se pretende evidenciar, na verdade, é a compatibilidade e a conveniência da adoção da arbitragem como instrumento predisposto, ao lado da jurisdição estatal, para o deslinde das mais diversas crises de direito material.

61. CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 9. ed. São Paulo: RT, 2022, p. 123-126; HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro. A hipossuficiência econômica da parte na arbitragem: o acesso à justiça por meio do financiamento do procedimento arbitral por terceiros. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: RT, 2021, p. 121.

62. CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 9. ed. São Paulo: RT, 2022, p. 124.

63. FISS, Owen. Against Settlement. *Yale Law Journal*, n. 93, p. 1085, 1984.

64. FISS, Owen. Against Settlement. *Yale Law Journal*, n. 93, p. 1089, 1984.

O sucesso do procedimento, no entanto, dependerá de vários fatores, sobretudo da adequada escolha dos árbitros, que, muito embora não necessitem de formação jurídica, devem gozar da confiança das partes e possuir experiência e conhecimento especializado acerca da matéria a ser apreciada.

Ademais, não se deve ignorar que a arbitragem não é indicada para a resolução de todo e qualquer conflito de interesses. Em geral, recomenda-se o recurso à arbitragem nas hipóteses de conflitos complexos que demandam conhecimentos específicos para sua adequada solução⁶⁵.

Além disso, é comum apontar o elevado custo do procedimento arbitral – que envolve, em regra, o pagamento de taxa de administração, das custas da Câmara de Arbitragem e dos honorários dos árbitros – como um importante filtro dos litígios que devem ser reconduzidos a esse mecanismo de solução de disputas.

Ainda assim, o que se deve destacar é que o acesso à justiça, na sua concepção contemporânea, não é resguardado apenas por meio do Poder Judiciário, podendo ser garantido por outros caminhos.

O Direito fundamental de acesso à justiça, sob a perspectiva de acesso à ordem jurídica justa, exige uma nova postura da comunidade jurídica que seja capaz de prestigiar novas formas de pacificação social sem descuidar das garantias mínimas angariadas pelo devido processo legal ao longo dos séculos.

A arbitragem, mesmo com seus limites atuais, revela-se como instrumento de progressiva importância, inclusive no Brasil, para a resolução dos conflitos de interesses com celeridade e justiça.

Seja como for, o que é de fato importante nesse campo de estudo é distinguir os diferentes tipos de litígios, delineando suas características intrínsecas e extrínsecas, para que assim seja possível selecionar o método mais adequado para a sua resolução⁶⁶.

No âmbito da arbitragem, a proeminência conferida à autonomia das partes, com destaque para a escolha dos árbitros e a flexibilidade do procedimento, representa característica que ecoa os atuais anseios democráticos, sintetizados na ideia de liberdade com responsabilidade.

4.4. *As fronteiras da arbitragem: reflexões sobre o futuro do processo arbitral*

É chegado o momento, em matéria de acesso à justiça, de se aprofundar as reflexões sobre o futuro da arbitragem, notadamente, por se encontrar a matéria consolidada e madura, tanto em nível doutrinário quanto jurisprudencial. É preciso pensar e caminhar além.

65. CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*: mediação, conciliação e tribunal multiportas. 9. ed. São Paulo: RT, 2022, p. 123.

66. FISS, Owen. Against Settlement. *Yale Law Journal*, n. 93, p. 1089, 1984.

4.4.1. A vinculação dos árbitros aos precedentes

Questão das mais atuais e controvertidas em matéria de arbitragem consiste em avaliar se os árbitros estão ou não vinculados – e em que medida – aos precedentes jurisprudenciais, máxime tendo em vista que as sentenças arbitrais, por expressa disposição legal, produzem os mesmos efeitos da sentença estatal e constituem título executivo judicial⁶⁷.

O problema se impõe, notadamente, nas hipóteses de arbitragem de direito, que, em oposição à arbitragem de equidade, são aquelas em que as parte, livremente, escolhem o Direito a ser aplicado na espécie.

No que diz respeito aos precedentes jurisprudenciais, deve-se distingui-los em duas espécies principais.

Em uma primeira aproximação, a palavra “precedente”, em sentido largo, refere-se a todo e qualquer pronunciamento jurisdicional que pode ser utilizado na fundamentação de uma decisão judicial, com maior ou menor grau de convencimento⁶⁸. São os chamados precedentes persuasivos.

Em sentido estrito, por outro lado, a expressão refere-se a decisões judiciais que, por força de lei, são de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário⁶⁹. São os chamados precedentes vinculantes.

No Brasil, muito embora exista acirrado debate sobre tais conceitos, o CPC/2015, em seu art. 927, por exemplo, estabeleceu um rol de paradigmas de observância obrigatória pelos juízes, que abarca as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes estiverem vinculados⁷⁰.

67. “A aplicação de precedentes no âmbito de arbitragens internacionais é também tema de inúmeros debates. Os diferentes sistemas e as diversas formas de raciocínio jurídico desenvolvido por árbitros de diferentes culturas e tradições ampliam ainda mais a discussão. Diversas são as posições adotadas que variam a depender de se tratar de arbitragem comercial internacional, de investimento, esportiva e outras” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Des(vinculações) arbitrais? Arbitragem e precedentes no direito brasileiro. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco... [et al.] (Coords.). **Temas de Mediação e Arbitragem**. v. 5. São Paulo: LEX Editora, 2021, p. 120-121).

68. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: **Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ**. Brasília: STJ, 2019, p. 193.

69. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: **Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ**. Brasília: STJ, 2019, p. 193.

70. Importa mencionar que há na doutrina vozes no sentido de que as súmulas ordinárias do STJ e do STF e as decisões proferidas pelos órgãos especiais das Cortes não seriam propriamente “precedentes vinculantes”, mas “precedentes com eficácia intermediária”, pois incabível reclamação na hipótese de não serem observados. Cf. FUX, Rodrigo; SALOMÃO, Luis Felipe. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 66, ano 17, p. 154, São Paulo: RT, jul./set. 2020.

Diante desse cenário, há quem sustente a total desvinculação dos árbitros com relação aos precedentes estatais, ao argumento de que não seria possível imiscuir-se na decisão arbitral avaliando eventual *error in iudicando*.

Em síntese, afirmam tais autores que “aplicar mal o direito é ainda aplicar o direito eleito pelas partes que voluntariamente se comprometeram a se submeter ao processo arbitral. A autonomia da vontade é princípio fundamental do sistema arbitral e a parte que se sujeita ao processo arbitral também se sujeita à possibilidade de eventualmente não ter um julgamento conforme uma súmula (vinculante ou não) que poderia lhe favorecer”⁷¹.

No entanto, não se pode olvidar que a distribuição da justiça de maneira eficiente e segura, resguardando-se os direitos fundamentais dos cidadãos, é característica indispensável de todo e qualquer Estado Democrático de Direito.

Dá por que a existência de decisões conflitantes é sempre um mal a ser evitado, como demonstram, no âmbito do processo tradicional, a existência de um sistema recursal e a previsão de precedentes vinculantes.

Nesse contexto, a natureza jurisdicional da arbitragem, amplamente reconhecida na atualidade, ao mesmo tempo que fortalece esse método de resolução de conflitos, impõe maiores reflexões sobre a própria autonomia dos árbitros.

A doutrina aponta que, “na arbitragem (considerada jurisdição privada), assim como em qualquer litígio iniciado perante o Poder Judiciário (jurisdição estatal), deve-se respeitar o devido processo legal, bem como todos os princípios legais e constitucionais dele decorrentes, com o fito de se resguardar a legalidade do instituto, propiciando-se, sempre, um julgamento qualificado em prol do jurisdicionado”⁷².

De fato, tratando-se de arbitragem de direito, submetida à legislação brasileira por expressa vontade das partes, estão os árbitros adstritos aos limites do sistema jurídico nacional em sua plenitude.

Isso quer dizer que, ao escolherem submeter o litígio à arbitragem e indicarem as regras que serão consideradas para o deslinde da controvérsia, as partes impõem aos árbitros a aplicação do Direito em sua integralidade, em todas as suas dimensões, o que envolve não apenas as regras jurídicas, mas também os princípios e os precedentes jurisprudenciais⁷³.

A questão, em um certo sentido, revela-se bastante singela: se os árbitros estão adstritos a aplicar as regras jurídicas escolhidas pelas partes, estão também vinculados à aplicação dos precedentes jurisprudenciais que estabeleceram o real sentido e alcance de tais regras.

Nesse sentido, conforme ressalta José Rogério Cruz e Tucci, uma vez escolhido, de comum acordo pelas partes, o Direito brasileiro para reger determinada arbitragem, “tal

71. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Des(vinculações) arbitrais? Arbitragem e precedentes no direito brasileiro. In: NASCIBENI, Asdrubal Franco... [et al.] (Coords.). **Temas de Mediação e Arbitragem**. v. 5. São Paulo: LEX Editora, 2021, p. 114.

72. BELLOCCHI, Márcio. Apontamentos sobre os precedentes obrigatórios e o controle difuso da inconstitucionalidade no procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 70, ano 18, p. 179, São Paulo: RT, jul.-set. 2021.

73. BELLOCCHI, Márcio. Apontamentos sobre os precedentes obrigatórios e o controle difuso da inconstitucionalidade no procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 70, ano 18, p. 186, São Paulo: RT, jul.-set. 2021.

ordenamento jurídico, em todas as suas dimensões, deverá então servir de norte para fundamentar a futura sentença que colocará termo ao respectivo processo arbitral. Em outras palavras, o tribunal arbitral, para dirimir a controvérsia submetida à sua apreciação, tem o dever inafastável de julgar em consonância com o arcabouço de normas, regras e outras formas de expressão do direito que integram o Direito Positivo brasileiro”⁷⁴.

Trata-se, a rigor, de respeito à própria autonomia das partes que, ao pactuarem a convenção de arbitragem, indicaram o Direito a ser aplicado, não sendo possível admitir a cisão do fenômeno jurídico.

José Antonio Fichtner destaca que “conhecer e aplicar o direito que as partes elegeram como aplicável à resolução do litígio é, pois, obrigação do árbitro. Com efeito, elegendo as partes que a arbitragem será julgada segundo ‘as leis brasileiras’ ou o ‘ordenamento jurídico brasileiro’ como geralmente ocorre, a conclusão inexorável é que há, sim, um *iura novit arbiter*, simplesmente porque o árbitro tem o dever de proferir sentença de acordo com a convenção de arbitragem”⁷⁵.

Ao lado de tais argumentos, deve-se considerar, ainda, que o próprio § 1º do art. 2º da Lei n. 9.307/1996, estabelece que as partes podem escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Observa-se, assim, que o conceito de ordem pública – não obstante a sua inerente fluidez – foi alçado, por escolha do legislador, à condição de baliza a ser considerada no momento da aplicação do Direito no âmbito da arbitragem.

O conceito “engloba as normas e princípios que, em determinado momento histórico, refletem os valores essenciais de uma sociedade e que, por isso, merecem especial proteção do ordenamento jurídico”⁷⁶.

Nessa ordem de ideias, conviver com a absoluta desvinculação dos árbitros aos precedentes significaria, em última instância, admitir a existência de conflitos entre prestações jurisdicionais, em prejuízo da segurança jurídica e da integridade do Ordenamento.

Repugna aos valores essenciais que sustentam a sociedade brasileira tal cenário de flagrante insegurança e violação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como o princípio da isonomia, o que caracteriza, por si só, ofensa à ordem pública nacional.

Nesse sentido, Márcio Bellocchi, em estudo específico sobre o tema, assevera que entendimento diverso “afrontaria, de modo inadmissível, a ideia de unidade ou de

74. TUCCI, José Rogério Cruz e. O árbitro e a observância do precedente judicial. **Consultor Jurídico**. Nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em: 23/2/2023.

75. FICHTNER, José Antonio. A atualidade do princípio *iura novit curia* no CPC e na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 53, ano 14, p. 257, São Paulo: RT, abr.-jun. 2017.

76. MUNIZ, Joaquim de Paiva. A escolha de regras de Direito em Arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coords.). **Arbitragem: temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 227.

universalidade do direito, transformando a jurisdição em um verdadeiro jogo de loteria, o que, definitivamente, não é o intuito da jurisdição, qualquer que seja a sua natureza”⁷⁷.

Desse modo, sendo os árbitros, nos termos do art. 18 da Lei de Arbitragem, juízes de fato e de direito, devem considerar os precedentes jurisprudenciais como importante subsídio para fundamentar suas decisões.

De fato, “se resposta diferente fosse dada, ou seja, se fosse reconhecida a completa autonomia da jurisdição arbitral em relação ao sistema de precedentes, criar-se-ia tenebroso cenário de manifestações jurisdicionais contraditórias apenas pela escolha do procedimento”⁷⁸.

A aplicação *ad hoc*, sem qualquer parâmetro ou baliza, dos precedentes jurisprudenciais, mesmo em matérias já amplamente debatidas e apreciadas no âmbito do Poder Judiciário, além de produzir decisões conflitantes, conduz à incerteza na aplicação do Direito, em flagrante prejuízo à pacificação social⁷⁹.

Pode-se conjecturar que, na medida em que arbitragem passar a ser o meio preferencial de solução de litígios, a completa desvinculação dos árbitros aos precedentes estatais – e a ausência de um sistema de precedentes arbitrais – pode conduzir à falta de orientação sobre a correta interpretação do próprio direito positivo, conduzindo a um empobrecimento da própria Ciência do Direito⁸⁰.

É certo, no entanto, que, assim como ocorre com os juízes estatais, é possível vislumbrar, em princípio, diferentes graus de vinculação dos árbitros.

Com efeito, tratando-se de precedentes meramente persuasivos, é possível que os árbitros justifiquem a sua não aplicação à luz das circunstâncias de cada hipótese concreta, sem que isso configure desrespeito à convenção de arbitragem pactuada.

No entanto, em se tratando de precedentes vinculantes, deve-se reconhecer um grau de vinculação mais elevado, impondo-se aos árbitros a sua observância, sob pena de macular a sentença arbitral. Nesse cenário, há quem sustente o cabimento excepcional da própria ação anulatória, com fundamento no § 1º, do art. 2º, da Lei n. 9.307/1996⁸¹.

Digno de nota é observar que, nessa hipótese, a vinculação dos árbitros não decorre, ao menos diretamente, das disposições do Código de Processo Civil, mas, sim, da própria

77. BELLOCCHI, Márcio. Apontamentos sobre os precedentes obrigatórios e o controle difuso da inconstitucionalidade no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 70, ano 18, p. 187, São Paulo: RT, jul.-set. 2021.

78. FUX, Rodrigo; SALOMÃO, Luis Felipe. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista de arbitragem e Mediação*, vol. 66, ano 17, p. 156, São Paulo: RT, jul.-set. 2020.

79. KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 36, ano 10, p. 296, São Paulo: RT, jan.-mar. 2013.

80. KUYVEN, Luiz Fernando Martins. O necessário precedente arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 36, ano 10, p. 297, São Paulo: RT, jan.-mar. 2013.

81. Cf. FICHTNER, José Antonio. A atualidade do princípio *iura novit curia* no CPC e na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 53, ano 14, p. 257, São Paulo: RT, abr.-jun. 2017; FUX, Rodrigo; SALOMÃO, Luis Felipe. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista de arbitragem e Mediação*, vol. 66, ano 17, p. 156, São Paulo: RT, jul.-set. 2020.

manifestação de vontade das partes que pactuaram a convenção de arbitragem e escolheram o Direito a ser aplicado.

Conforme destaca Guilherme Rizzo Amaral, “o árbitro vincula-se aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem arbitragem de direito e que os precedentes judiciais vinculantes integram o Direito brasileiro”⁸².

A tese da absoluta desvinculação dos árbitros aos precedentes no contexto de uma arbitragem de direito em que não se tenha estabelecido qualquer ressalva possui a potencialidade de conduzir a decisões que afrontam diretamente teses jurídicas já consolidadas, o que configuraria típica violação do direito brasileiro e da própria convenção arbitral.

Em tal cenário, vislumbra-se inegável prejuízo à concepção da arbitragem como instrumento de pacificação social, na medida em que a parte prejudicada pela aplicação incorreta do Direito, além de suportar as consequências jurídicas e econômicas da decisão, remanesce com uma legítima frustração diante da solução imposta, colocando em risco a própria credibilidade do processo arbitral⁸³.

Em síntese, seja em respeito à autonomia privada das partes consubstanciada na convenção de arbitragem, seja em virtude da tutela da própria ordem pública, não parece se adequar ao Estado Democrático de Direito e aos ditames constitucionais um sistema de absoluta desvinculação dos árbitros aos precedentes jurisprudenciais.

4.4.2. *Conflito de competência entre tribunais arbitrais vinculados à mesma Câmara de Arbitragem*

Outro importante aspecto que merece maiores reflexões no âmbito da arbitragem é a determinação da competência para dirimir conflito de competência entre tribunais arbitrais vinculados à mesma Câmara de Arbitragem.

Como é de conhecimento ordinário, é pacífico o entendimento no âmbito da jurisprudência do STJ no sentido de que aquela Corte Superior é competente para dirimir conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral, notadamente, em virtude da natureza jurisdicional da arbitragem.

No entanto, em se tratando de conflito interno a uma mesma Câmara Arbitral, o debate ganha em complexidade.

De fato, deve-se examinar *cum grano salis* esta peculiar espécie de conflito, não apenas em razão da previsão constitucional da competência do STJ, mas também tendo em vista questões de política judiciária.

82. AMARAL, Guilherme Rizzo. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. Conj. Out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>. Acesso em: 24/2/2023.

83. PRADO, Mauricio Almeida. Reflexões sobre sentenças incorretas no mérito no âmbito da arbitragem comercial internacional. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro... [et al.] (Coords.). *Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik*. São Paulo: Quartier Latim, 2020, p. 360.

Nesse sentido, é de todo conveniente que haja previsão, no próprio Regulamento da Câmara de Arbitragem, de regras aptas a solucionar o conflito de competência *interna corporis* eventualmente instaurado, em prestígio à autonomia da vontade, que é o fundamento último de todo e qualquer procedimento arbitral.

Assim, ao elegerem determinado tribunal arbitral, as próprias partes, no exercício de sua autonomia, estariam a aderir às regras estabelecidas pela Câmara Arbitral para dirimir eventual e futuro conflito de competência *interna corporis*.

No entanto, inexistindo previsão nesse sentido no referido Regulamento, impõe-se a reflexão acerca da necessidade de o ordenador administrativo responsável pela Câmara de Arbitragem ou o órgão equivalente aplicar, de forma subsidiária e excepcional, as normas do Código de Processo Civil para fixar o juízo arbitral competente, uma vez não instituídas regras próprias para esse mister.

De fato, a Lei de Arbitragem estabelece um verdadeiro sistema de vasos comunicantes com o processo estatal que deve ser considerado, ainda que com parcimônia, ao prever em seu art. 21 que é impositiva a observância dos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento: “a arbitragem não pode ser tratada como uma bolha, um elemento à parte do direito. Não é pelo fato de ser uma jurisdição contratada entre as partes que não estará jungida aos princípios constitucionais aplicáveis aos processos”⁸⁴.

Aponta a doutrina que “por conta da natureza publicística (ou, no mínimo, mista) da arbitragem, bem como da inerente possibilidade de cumprimento forçado das decisões proferidas na sede arbitral, em vez de socorrer-se a parte ao Poder Judiciário, não se pode conceber, sempre *cum grano salis*, que tal meio de solução alternativa de controvérsias desvincule-se do sistema macro que rege os processos que tramitam no Poder Judiciário”⁸⁵.

Nesse contexto, Cândido Rangel Dinamarco assevera que “essa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do direito processual constitucional, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição da República aos institutos processuais”⁸⁶.

A aplicação subsidiária das normas do CPC à arbitragem já é prevista, expressamente, no art. 14 da Lei n. 9.307/1996, no que diz respeito às hipóteses de impedimento e suspeição dos árbitros, nada impedindo, em princípio, que, no silêncio do Regulamento das Câmaras Arbitrais, se faça uso excepcional do Diploma Processual para dirimir outras questões procedimentais.

84. BELLOCCHI, Márcio. Apontamentos sobre os precedentes obrigatórios e o controle difuso da inconstitucionalidade no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 70, ano 18, p. 180, São Paulo: RT, jul.-set. 2021.

85. GARCIA, Mário Sérgio Duarte. Os deveres do árbitro decorrentes da inserção do processo arbitral no sistema processual brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, ano 13, p. 329, São Paulo: RT, jul.-set. 2016.

86. DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 327.

4.4.3. A indispensável e tardia democratização da arbitragem

Como já mencionado, um dos principais obstáculos à utilização da arbitragem é o elevado custo para as partes, o que restringe o seu emprego, de maneira geral, a um pequeno círculo de agentes econômicos.

Para que esse método de resolução de conflitos possa, de fato, representar verdadeiro instrumento de acesso à justiça, é imprescindível que sejam desenvolvidos mecanismos capazes de garantir a sua difusão, máxime tendo em vista a garantia da inafastabilidade da jurisdição constitucionalmente assegurada⁸⁷.

Digno de nota, nesse contexto, são os recentes estudos, no Brasil, acerca do financiamento do procedimento arbitral por terceiros, como forma de se garantir o acesso à justiça na hipótese de hipossuficiência econômica das partes.

Trata-se da adoção do denominado *Third-party Funding* (Financiamento por Terceiros), instrumento bastante corriqueiro na prática da arbitragem internacional, por meio do qual possibilita-se que “pessoas que não fazem parte da convenção de arbitragem, financiem o procedimento por meio do pagamento das custas arbitrais”⁸⁸.

Por meio desse instrumento, terceiro financiador passa a arcar com as custas da arbitragem, o que inclui as taxas de administração, os honorários dos árbitros, eventuais custos com advogados, peritos e assistentes técnicos.

Os fundos, em regra, “são representados por instituições financeiras que financiam o litígio sob a perspectiva de recebimento de uma porcentagem ao final, em caso de sentença arbitral favorável. Contudo, em caso de improcedência da demanda, o *litigation funding* arcará com os custos já despendidos, além de eventuais verbas sucumbenciais”⁸⁹.

Outro instrumento que tem sido desenvolvido para enfrentar a hipossuficiência das partes é a adesão a contratos de seguro vinculados à arbitragem. Diferentemente do que ocorre no financiamento por terceiros, a seguradora faz jus a uma bonificação ou prêmio independentemente do resultado da arbitragem, ficando responsável por eventual condenação do segurado.

87. Na França, tanto a doutrina quanto os tribunais, liderados pela Corte de Cassação, reconhecem a existência de um verdadeiro direito do cidadão à arbitragem. Cf. WALD, Arnaldo. Alguns aspectos positivos e negativos do financiamento da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 49, ano 13, p. 36, São Paulo: RT, abr.-jun. 2016.

88. HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro. A hipossuficiência econômica da parte na arbitragem: o acesso à justiça por meio do financiamento do procedimento arbitral por terceiros. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: RT, 2021, p. 129.

89. HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro. A hipossuficiência econômica da parte na arbitragem: o acesso à justiça por meio do financiamento do procedimento arbitral por terceiros. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: RT, 2021, p. 129-130.

Ademais, “no financiamento por seguradoras o provento de custos é total, desde as taxas da Câmara Arbitral, custos de peritos, até os honorários do árbitro e dos advogados que acompanharão o procedimento”⁹⁰.

Merecem ser mencionados, ainda, como mecanismo inovador para fomentar a utilização da arbitragem e, como corolário, o próprio acesso à justiça, a adoção da chamada “arbitragem expedita” (*fast track arbitration*), já adotada em cinco das onze Câmaras arbitrais com sede no Brasil recomendadas pelo *Ranking 2020 da Leaders League* e que consiste, em síntese, na simplificação do procedimento arbitral tradicional, normalmente envolvendo limite para o valor da causa, redução do número de árbitros, redução de prazos, limitação das provas que podem ser produzidas e restrição do número de audiências⁹¹. Com a simplificação, é possível reduzir os custos da arbitragem, fator que representa grande entrave para a sua utilização.

Da forma como tem sido desenvolvida, a arbitragem expedita é indicada para conflitos de baixa complexidade e valor, sendo recomendada, ainda, para momentos de crise e para as hipóteses em que a celeridade da solução é relevante para a própria manutenção da relação estabelecida entre as partes⁹².

Conforme ressalta Arnaldo Wald, trata-se de um novo instrumento a ser aprimorado, “tendo em relação às formas clássicas hoje consagradas o mesmo papel que os juizados de pequenas causas, os juizados especiais, tiveram, com muito sucesso, no campo judiciário, em relação ao processo tradicional e à justiça comum”⁹³.

A partir destas premissas, pode-se imaginar o desenvolvimento de um procedimento arbitral específico para causas de pequeno valor, como já existe, por exemplo, na Irlanda, através do *Small Claims Arbitration System*, que disponibiliza painéis arbitrais para causas cujo valor não ultrapasse 7.500 libras esterlinas⁹⁴.

A depender dos contornos desse novo sistema e das formas de implementação, pode-se vislumbrar uma alternativa viável inclusive para as partes assistidas pela própria Defensoria Pública.

Aliás, há que se refletir, até mesmo, sobre a possibilidade e os benefícios de esta instituição estabelecer câmaras arbitrais dedicadas a litígios de pequeno valor e de menor complexidade como forma de garantir aos hipossuficientes acesso a esse método de resolução

90. HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro. A hipossuficiência econômica da parte na arbitragem: o acesso à justiça por meio do financiamento do procedimento arbitral por terceiros. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: RT, 2021, p. 134.

91. ERNLUND, Daniela Ballão; ERNLUND, Felipe Ballão. Acesso à arbitragem para produtores rurais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (Coord.). *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: RT, 2021, p. 804.

92. CAVALCANTE, Andressa Murta Rocha. Arbitragem expedita: solução em tempos de crise? *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 71, ano 19, p. 78, São Paulo: RT, out.-dez. 2021.

93. WALD, Arnaldo. Arbitragem: passado, presente e futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, ano 13, p. 76, São Paulo: RT, jul.-set. 2016.

94. DINIZ, Gustavo Saad; SIQUEIRA, Caio Henrique Carvalho de. Arbitragem como alternativa para solução de litígios de micro e pequenas empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, ano 14, p. 159, São Paulo: RT, jul.-set. 2017.

de conflitos, sempre na medida do seu interesse e resguardadas as garantias indispensáveis previstas na legislação.

Nesse contexto, digno de nota, a título de exemplo, é a iniciativa da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco da criação, por meio de convênio de cooperação com o Tribunal de Justiça daquele de estado, da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem como forma de ofertar àqueles que procuram a assistência jurídica da Defensoria Pública outros métodos de resolução de conflitos para além do Poder Judiciário.

Noticia-se, ainda, a instituição de arbitragem no âmbito da Defensoria Pública de Minas Gerais através da pactuação de compromisso arbitral em hipótese de conflito envolvendo contrato de compra e venda de automóvel, em que se discutia o adimplemento da obrigação de pagar, o dever de transferência do veículo e a obrigação de arcar com as multas lançadas em nome do vendedor. Na oportunidade, os contendores optaram pela instauração da arbitragem e um defensor público, atuando como árbitro escolhido pelas partes, homologou, por meio de sentença arbitral, o acordo celebrado⁹⁵.

Não se pode deixar de mencionar, ademais, a Solução Online de Conflitos (*Online Dispute Resolution* – ODR), termo amplo que abarca formas de solução de litígios através da internet e que pode ser aplicado à arbitragem.

O instrumento consiste em utilizar meio digitais para instaurar a arbitragem com o objetivo de incrementar a celeridade, promover a redução dos custos e aumentar a segurança do procedimento.

De fato, “o processo leva menos tempo, pois etapas como viajar ou ir até o fórum e a necessidade de diligências presenciais são eliminadas; facilita o entendimento do terceiro imparcial que julgará o caso, devido à possibilidade de utilização de ferramentas digitais, gráficos, figuras, escalas, tabelas e diagramas; permite também ao árbitro o uso da tecnologia para fazer buscas por palavras-chave ou frases e fazer ligações entre documentos”⁹⁶.

Outro mecanismo viável para se aprimorar o acesso à justiça por meio da arbitragem é a adoção – que já ocorre na Europa e nos EUA – da chamada “arbitragem para litígios em grupo” ou “arbitragem coletiva”, alternativa adequada para solucionar, de maneira mais célere e especializada, conflitos que envolvam grande números de pessoas e digam respeito a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos⁹⁷.

Trata-se de mecanismo inspirado na *class action* do direito norte-americano e que, por isso, tem recebido o nome de *class arbitration*.

Aponta a doutrina que o referido instrumento “poderia ser utilizado com sucesso em várias arbitragens, no campo societário, nas relações entre concedentes e concessionários nos contratos de concessão comercial e, até, em certos casos de conflitos decorrentes de

95. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-14/defensoria-publica-mg-primeira-sentenca-arbitral>. Acesso em: 28/2/2023.

96. DINIZ, Gustavo Saad; SIQUEIRA, Caio Henrique Carvalho de. Arbitragem como alternativa para solução de litígios de micro e pequenas empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, ano 14, p. 168, São Paulo: RT, jul.-set. 2017.

97. SUASSUNA, Marcela Melichar. Una introducción al Arbitraje Colectivo en Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 65, ano 17, p. 181, São Paulo: RT, abr.-jun. 2020.

relações trabalhistas e/ou de consumo, desde que mantidas as garantias de amplo direito de defesa”⁹⁸.

No Brasil, a arbitragem coletiva foi utilizada pela primeira vez no ano de 2019, envolvendo a Associação dos Investidores Minoritários e a Petrobras perante a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), vinculada à Bolsa de Valores do Brasil.

Deve-se ressaltar, ainda, o desenvolvendo de projetos voltados à adoção de processos arbitrais gratuitos, o que pode ocorrer seja como forma de inserir novos profissionais na função de árbitros – em geral, jovens iniciantes na área que dispensam o recebimento de honorários como forma de obter visibilidade no concorrido mercado arbitral –, seja como forma de instituições de arbitragem expandirem suas atividades para novas áreas de atuação – nessa hipótese, a isenção das custas serve como atrativo para as partes.

Em suma, sob a ótica da moderna concepção de acesso à justiça, urge o desenvolvimento de instrumentos capazes de garantir a todo o cidadão, na medida de sua vontade, a utilização da arbitragem, que, somente através de sua verdadeira democratização, poderá, verdadeiramente, representar mecanismo de acesso à ordem jurídica justa.

5. Conclusão

William Shakespeare, na sentença final de Hamlet, vaticinou: “Se tiver que ser agora, não está para vir; se não estiver para vir, será agora; e se não for agora, mesmo assim virá. Estar preparado é tudo”.

Na esteira dos influxos do Movimento de Acesso à Justiça, impõe-se a adoção de um novo olhar para o fenômeno jurídico em geral e para a jurisdição em particular, conferindo primazia não aos instrumentos utilizados para se enfrentar os litígios, mas, sim, ao objetivo de pacificação social.

O verdadeiro acesso à justiça, desse modo, não se contenta com o simples ingresso formal do cidadão no Poder Judiciário, tampouco revelou-se suficiente o desenvolvimento de mecanismos para superar os obstáculos econômicos e as dificuldades para a tutela de interesses transindividuais.

O litígio, invariavelmente, é dor, sofrimento, emoção negativa, perda e ressentimento. Nem sempre, a jurisdição estatal, sobretudo quando o acesso do cidadão é meramente formal, pacificará os ânimos dos contendores que têm sede de justiça.

Rememora-se, nesse passo, O Mercador de Veneza, obra-prima do inigualável dramaturgo inglês, e a frustração de Shylock com a sentença do Duque, que aceitara como válido o contrato firmado com Antonio, mas condicionara a retirada de uma libra de carne do devedor em caso de descumprimento e que não fosse derramada uma gota de sangue sequer. Sob a ótica de Shylock, foi inútil lutar pelo seu direito e, por que não, pela lei de Veneza, às barras do tribunal.

O moderno Direito Processual enxerga no direito fundamental de acesso à justiça a garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, célere e segura.

98. WALD, Arnaldo. Arbitragem: passado, presente e futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, ano 13, p. 76, São Paulo: RT, jul.-set. 2016.

A arbitragem, nesse contexto, cujo fortalecimento ocorre em conjunto com os demais métodos adequados de solução de conflitos (MASCs) no âmbito da terceira onda renovatória do processo, exsurge como importante instrumento posto à disposição da sociedade para contribuir com o efetivo acesso à justiça, desde que respeitadas as garantias básicas de índole legal e constitucional inerentes ao ordenamento jurídico.

Muito embora ainda existam desafios a serem superados para sua maior difusão, não se pode olvidar os benefícios da arbitragem, não só para as partes que a ela recorrem, mas também para a própria sociedade, que vê nesse método de solução de disputas mais uma ferramenta predisposta para se alcançar a almejada pacificação social.

Desse modo, é fundamental que os sistemas jurídicos e os operadores do Direito em geral estejam preparados para as mudanças que assolam o processo. Não se trata, como já destacado, de cancelar a superação do processo tradicional. Muito pelo contrário. A jurisdição estatal remanesce como via indispensável para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária.

No entanto, o estudo do Direito – tanto em nível nacional quanto internacional – ganha em complexidade e dinamismo, revelando-se indispensável o estudo dos MASCs, sobretudo da arbitragem, para a adequada compreensão do fenômeno jurídico moderno.

O Direito, conforme leciona Pontes de Miranda, deve ser compreendido como um “processo de adaptação social”. Nesse sentido, a arbitragem, muito embora de origem remota, ganha, na contemporaneidade, posição de destaque para, ao lado da jurisdição estatal, contribuir para o efetivo acesso à ordem jurídica justa. O novo sempre vem. Estar preparado é tudo.

Bibliografia



O ÁRBITRO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL DA IMPARCIALIDADE

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON¹

RAUL LONGO ZOCAL²

1. Introdução

Este artigo propõe a análise da figura do árbitro à luz do direito constitucional. Evidentemente, diversos são os enfoques possíveis sobre a arbitragem à luz dos princípios e das garantias do direito constitucional, referidos, de modo geral, no artigo 21, § 2º, da Lei nº 9.307/96: contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento. Porém, é a *imparcialidade* o atributo constitucional mais característico à figura *pessoal* do árbitro. Demais preceitos constitucionais geralmente admitidos na arbitragem dizem mais sobre a condução do processo arbitral e sobre a higidez da sentença arbitral proferida do que, propriamente, à pessoa do julgador – muito embora a parcialidade do árbitro também redunde em invalidade da sentença arbitral.

1. Professor Associado de Direito Processual Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. Mestre, Doutor e Livre-Docente pela mesma instituição. Vice-Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Vice-Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, instituição da qual foi Presidente de 2016 a 2022. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, instituição da qual foi Vice-Presidente. Vice-Presidente e Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual Civil. Membro da International Association of Procedural Law. Integrou a Comissão Especial do Código de Processo Civil de 2015 da Câmara dos Deputados. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo. Especializou-se em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Estatal de Milão. Foi Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo de 2004 a 2011 na Classe Jurista (substituto e efetivo). Conselheiro (2018-2021) e Presidente (2019-2020) da Comissão de Ética da Presidência da República. Sócio de Lucon Advogados. Advogado inscrito em São Paulo e Brasília.
2. Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

Assim, o presente ensaio busca identificar (i) as bases constitucionais para tal previsão, (ii) sua aplicabilidade à arbitragem e (iii) as particularidades derivadas da aplicação desse preceito constitucional ao processo arbitral.

2. Fundamento constitucional da imparcialidade dos julgadores

A imparcialidade do julgador – seja ele estatal ou privado, no caso da arbitragem – possui fontes constitucionais diversas, ainda que a Constituição Federal não diga expressamente em imparcialidade do juiz ou do árbitro.³

Já se afirmou que “o caráter da imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição”.⁴ A afirmação é correta, na medida em que não se pode conceber um órgão julgador – e, no caso do juiz estatal, também adjudicador – que não esteja em situação de equidistância em relação às partes. A condição de imparcialidade é intrínseca à função de julgar.⁵

Nesse sentido, reconhecendo a centralidade dessa garantia, a doutrina qualifica a imparcialidade como condição *sine qua non* do juiz e do legítimo exercício da função jurisdicional:⁶ “[a] palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial. Um juiz parcial é uma contradição em termos”.⁷

Nesse sentido, a imparcialidade do juiz, interpretada como originária do princípio e da garantia do juiz natural, deve ser considerada não apenas como um atributo do julgador, mas como verdadeiro pressuposto para sua própria existência, constituindo núcleo essencial da função jurisdicional.⁸ A imparcialidade do julgador é um pressuposto para a igualdade e o tratamento paritário das partes no processo.⁹

A Constituição Federal não tem referência expressa ao termo “imparcialidade”. De todo modo, há caminhos diversos para que esta garantia ganhe *status* constitucional.

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 28.
4. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58.
5. “A ideia de imparcialidade do julgador é tão cara à experiência jurídica e à administração da justiça que é considerada elemento fundamental tanto pela praxis antiga quanto pelas correntes metodológicas modernas do Direito Processual” (ELIAS, Carlos Eduardo Stufen. *Imparcialidade dos árbitros*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 25).
6. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: *Temas de direito processual*: sétima série. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023, p. 33.
7. BADARÓ, Gustavo. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 112, p. 165-188, jan./fev. 2015.
8. GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983. Em sentido similar: MORAES, Alexandre de. Improbidade administrativa e a questão do princípio do juiz natural como garantia constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 822, p. 52-60, abr. 2004.
9. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 109.

Uma das referências constitucionais geralmente relacionadas com a imparcialidade do julgador é a do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).¹⁰ O devido processo legal é um “princípio-síntese”, congregando as diversas garantias necessárias para o exercício da jurisdição.¹¹ São diversos os precedentes do Supremo Tribunal Federal estabelecendo a relação entre a imparcialidade do julgador e o devido processo legal.¹²

Outra referência normativa comumente invocada são os tratados internacionais em direitos humanos. O primeiro é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 1992,¹³ cujo artigo 14.1 prescreve que:

“[t]oda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”.

Referência similar consta da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 1992, cujo artigo 8º prescreve que:

“[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

10. ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Imparcialidade dos árbitros**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 25.
11. “Entende-se, com essa fórmula [do devido processo legal], o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdade e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88). Ainda: “A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases das garantias do devido processo legal. Embora não prevista expressamente na Constituição Federal, afirma-se que ‘a imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, sendo, pois, uma garantia constitucional implícita’” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 529).
12. “A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases das garantias do devido processo legal” (STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 164.493/PR, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 23/03/2021, v.u., voto do Min. Gilmar Mendes). Nesse sentido: STF, Plenário, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.498/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Teori Zavascki, j. 14/04/2016, v.u.; STF, 1ª Turma, Embargos de Declaração na Reclamação 47.034/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23/08/2021, v.u.).
13. ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Imparcialidade dos árbitros**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 25-26.

Cabe registrar que os tratados internacionais mencionados acima não foram recepcionados como norma constitucional no Brasil; com a Emenda Constitucional nº 45/2004, passou-se a atribuir *status* constitucional aos tratados e às convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional em dois turnos e por três quintos dos votos de seus integrantes (artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal). Porém, referidas disposições possuem caráter supralegal, isto é, *status* intermediário entre a legislação ordinária e a lei constitucional, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento ocorrido em 2008.¹⁴

Finalmente, outra origem constitucional geralmente vinculada à imparcialidade é a do juiz natural. Embora as expressões “juiz natural” ou “imparcialidade” não constem do texto constitucional, esse princípio se encontra inscrito nas previsões de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (artigo 5º, inciso LIII) e de que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (artigo 5º, inciso XXXVII), a partir do qual erige o princípio cuja dimensão é trabalhada pela doutrina. Embora o direito a um juiz imparcial não conste expressamente do texto constitucional, a própria Constituição Federal estabelece instrumentos para assegurá-lo.¹⁵

A relação entre juiz natural, imparcialidade do juiz e o devido processo legal é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual:

“As garantias fundamentais ao Devido Processo Legal e ao Juiz Natural, diferentemente do que ocorria nos textos constitucionais anteriores, foram incorporadas ao texto da Constituição brasileira de 1988. a imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no Devido Processo Legal e no princípio do Juiz Natural, proclamadas nos incisos LV, XXXVII e LIII do art. 5º, da Constituição Federal, uma de suas garantias indispensáveis.”¹⁶

14. “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.” (STF, Pleno, Recurso Extraordinário 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, v.u., voto do Min. Gilmar Mendes).

15. BADARÓ, Gustavo. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 112, p. 165-188, jan./fev. 2015.

16. STF, 1ª Turma, Embargos de Declaração na Reclamação 47.034/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23/08/2021, v.u.

O princípio do juiz natural possui duplo significado: apenas o juiz é o órgão investido de jurisdição e é vedada a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção para causas civis e criminais.¹⁷

O princípio do juiz natural é estritamente conectado ao acesso à justiça e é inerente ao devido processo legal.¹⁸ O princípio do juiz natural é geralmente referido – e assim ocorre no Brasil desde a Constituição de 1946 – sob uma ótica de dupla garantia, na proibição de juízos extraordinários e na proibição do juiz constitucionalmente competente.¹⁹

Para além dessa dupla garantia, a interpretação suficiente do princípio do juiz natural abrange “não só proibir a criação de tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, *para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador*”,²⁰ servindo de substrato para a previsão das hipóteses de impedimento e suspeição dos julgadores.²¹

A garantia da imparcialidade do julgador (árbitro ou juiz estatal) constitui uma das facetas do princípio constitucional do juiz natural para assegurar a higidez do processo, definindo que a controvérsia será decidida por um julgador imparcial.²² Evidentemente, o juiz (estatal ou árbitro) atuar com imparcialidade não significa que ele deva atuar com neutralidade, “no sentido de indiferente ao êxito do pleito”: a imparcialidade impõe dar às partes oportunidades amplas e iguais, mas conduzir o processo para que chegue a um desfecho justo.²³

Identificado o fundamento (ou fundamentos) da imparcialidade do juiz – estatal ou árbitro – na Constituição Federal, convém analisar como essa garantia fundamental se revela no processo arbitral, tendo em vista que ele assimila elementos privados (por sua origem contratual) e públicos (por se tratar de exercício de poder jurisdicional).

17. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58.
18. TUCCI, Rogério Lauria. Juiz natural, competência recursal, preclusão *pro iudicato*, violação de literal disposição de lei e ação rescisória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 838, p. 133-148, ago. 2005.
19. GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983.
20. MORAES, Alexandre de. Improbidade administrativa e a questão do princípio do juiz natural como garantia constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 822, p. 52-60, abr. 2004 (destaques nossos).
21. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 245-247.
22. ABBOUD, Georges; VAUGHN, Gustavo Favero. Princípios constitucionais do processo arbitral. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 327, p. 453-490, maio 2022.
23. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: **Temas de direito processual: sétima série**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023, p. 44.

3. Reflexos da garantia constitucional da imparcialidade sobre o árbitro

O princípio da imparcialidade é expressamente albergado pela Lei nº 9.307/96 (artigo 21, § 2º).²⁴ Na opinião de Cândido Rangel Dinamarco, a disposição do artigo 21, § 2º, é dispensável e incompleta, pois todos os princípios e garantias constitucionais do processo se aplicam imediatamente à arbitragem.²⁵

Filiamo-nos à opinião de Carlos Alberto Carmona, no sentido de que a legislação brasileira, na linha de outros ordenamentos, procurou identificar um conteúdo mínimo para o devido processo legal por meio da escolha de alguns princípios gerais de processo “capazes de prestar às partes razoável garantia de um julgamento justo”.²⁶

Convém lembrar que a igualdade das partes também é um dos princípios eleitos pelo legislador para compor o artigo 21, § 2º, da Lei nº 9.307/96, sendo a igualdade expressamente referenciada no texto constitucional (artigo 5º, *caput*) e que, no processo, revela-se na preocupação a que as partes litiguem em “paridade em armas”, inclusive adotando-se medidas que garantam o reequilíbrio entre as partes, a fim de se atingir a igualdade substancial.²⁷ Nesse sentido, a imparcialidade é um meio para obtenção de um processo equitativo, com árbitros independentes e desimpedidos.²⁸

24. Essa previsão colocou a legislação brasileira em linha com os demais ordenamentos no que tange à independência e à imparcialidade dos árbitros. Sobre referida previsão em países diversos, antes da promulgação da lei brasileira em 1996, ver: LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 686, p. 73-89, dez. 1992.

25. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25.

26. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 293.

27. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 59-60.

28. Essa mesma conclusão é obtida por Miguel Galvão Teles à luz da legislação portuguesa, cujo raciocínio é em tudo aplicável à situação no Brasil: “Se a independência e a imparcialidade dos árbitros são impostas pela Constituição e se uma e outra requerem garantias, a existência destas corresponde a exigência constitucional. Tais garantias traduzem-se, antes de mais, em impedimentos e fundamentos de recusa dos árbitros. A lei portuguesa só prevê como impedimentos e fundamentos de recusa aqueles que se encontram estabelecidos para os juízes em processo civil. Todavia, os juízes apenas exercem a actividade de julgar, de modo que os impedimentos e os fundamentos de recusa quase se reduzem a imediatos interesses patrimoniais próprios ou de familiares. Os árbitros têm por regra uma profissão, que se encontra para além de o serem. Quanto a eles, os problemas principais respeitam às relações profissionais com as partes ou pessoas ligadas às partes, incluindo os mandatários destas. A lei não impede que as partes, directamente ou por via de adesão a regulamento institucional, criem outros impedimentos ou fundamentos de recusa além dos nela contemplados e estabeleçam mecanismos de controlo. É sabido que as instituições de arbitragem tendem a fazê-lo – em Portugal, menos do que seria desejável. De qualquer modo, a situação encontra-se a descoberto, pelo menos em arbitragens *ad hoc*. A insuficiência da lei ordinária vigente em matéria de impedimentos e fundamentos de recusa ofende a Constituição. Pode perguntar-se se não se trata de

Rafael Francisco Alves observa que a imparcialidade do árbitro é considerada, na lei brasileira, sob um conjunto de regras no campo da autonomia da vontade e no campo vinculado aos princípios atinentes ao devido processo legal, que reforça a necessidade de se observar a igualdade e o contraditório. Se, por um lado, o campo da autonomia da vontade na lei estabelece regras para resguardar a equidistância do julgador, como as direcionadas à escolha e eventual recusa de árbitro – passíveis de disposição à luz da autonomia privada –, por outro lado, há um conjunto de normas direcionadas à tutela do processo arbitral para garantir o devido processo legal e que não estão do âmbito de disposição das partes, acarretando invalidades na forma dos artigos 21, § 2º, e 32, inciso VIII, da Lei nº 9.307/1996.²⁹

O inciso VIII do art. 32 da Lei nº 9.307/96 é amplo o suficiente para abarcar qualquer questão que possa comprometer a imparcialidade do árbitro.³⁰ Não poderia ser diferente, visto que as situações de verificação de parcialidade do julgador podem ser variadas e de difícil previsão. Ainda que a doutrina e a própria Lei nº 9.307/96 criem algumas categorias para facilitar a identificação, o estudo das circunstâncias de imparcialidade deve ser feito sempre considerando o objetivo maior de garantir que o árbitro atenda aos predicados de imparcialidade exigido pela Constituição Federal, seja como decorrência do princípio do devido processo legal, seja como decorrência do princípio do juiz natural.

A independência diz respeito à situação de fato ou de direito verificáveis sob uma ótica objetiva, caracterizada pela ausência de vínculo profissional com as partes ou de interesses financeiros no resultado da disputa, de modo que o árbitro “no cumprimento de seu mister não ceda a pressões nem de terceiros nem das partes”.³¹ Já a imparcialidade se verifica sob a ótica subjetiva atinente ao estado de mente ou de espírito do julgador³² e remete a ausência de propensão do julgador a qualquer das partes.³³

mera violação da Constituição por omissão, relevante apenas no plano do dever de legislar e susceptível de ser objecto de um processo com efeitos apenas declarativos. O ponto está em que se encontra em jogo um direito fundamental: o direito à tutela jurisdicional através de processo equitativo” (TELES, Miguel Galvão. Processo equitativo e imposição constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 24, p. 127-134, jan./mar. 2010).

29. ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 7, p. 109-126, out./dez. 2005.
30. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 46, p. 265-276, jul./set. 2015.
31. LEMES, Selma Maria Ferreira. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1.º, da Lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 36, p. 231-251, jan./mar. 2013.
32. BAPTISTA, Luiz Olavo. Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de infração. Impossibilidade de anulação da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 36, p. 199-218, jan./mar. 2013.
33. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 39, p. 39-51, out./dez. 2015.

O dever de revelação abrange a divulgação de fatos que geram dúvida justificável sobre a atuação do árbitro e que seriam suficientes a uma possível recusa do árbitro no processo. É importante que esse parâmetro não seja indiscriminadamente aberto, sob o risco de que os possíveis árbitros, para evitar futuras alegações de imparcialidade, incorram em *overdisclosure* e relevem mais fatos do que seriam necessários e deem margem a impugnações infundadas.³⁴ Com efeito, a impugnação de árbitros com base em circunstâncias que não tenham sido anteriormente reveladas, ainda que não acarretem qualquer causa de parcialidade, constitui expediente comum das partes para desafiar o tribunal arbitral em uma arbitragem desfavorável.³⁵

Apesar disso, há um incentivo para que os árbitros revelem quaisquer circunstâncias que possam ser relevantes às partes, ainda que *per se* insuficientes para eventual recusa à sua atuação.³⁶ De modo a cumprir, de forma segura, o dever de revelação e não alimentem futuras discussões – por mais infundadas que sejam – com relação a sua atuação em determinada causa. De todo modo, o papel do Poder Judiciário (que acaba tendo a palavra final sobre o assunto diante da possibilidade de anulação da sentença arbitral com fundamento na parcialidade do julgador) é fundamental para que se confira segurança a esse tema, definindo a extensão do dever de revelar e fixando o entendimento já desenvolvido pela doutrina de que a falha no dever de revelar não acarreta, automaticamente, violação ao princípio da imparcialidade.³⁷

34. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade na arbitragem e impugnação aos árbitros. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 39, p. 39-51, out./dez. 2015.

35. “Uma tática guerrilheira que vem se propagando entre nós é a impugnação frívola de algum dos componentes do painel arbitral: a parte que percebe o iminente naufrágio da causa põe-se a atacar algum julgador com argumentos inconsistentes, mas violentos; o árbitro injustamente impugnado reage, despejando sobre o impugnante sua santa ira. O resultado da batalha é a rejeição da impugnação e a subsequente renúncia do árbitro que, ofendido (e encolerizado), desqualifica-se como julgador sereno e imparcial. Dito de outro modo, graças ao furor do julgador na defesa de sua honra, a parte maliciosa alcança seu intento de procrastinar a arbitragem, causando considerável dano ao processo (com a necessidade de substituir o árbitro renunciante)” (CARMONA, Carlos Alberto. Os sete pecados capitais do árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 52, p. 391-406, jan./mar. 2017).

36. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 224; ZOCAL, Raul Longo. Comentário: Tribunal de Justiça de São Paulo. Anulação de sentença arbitral. Dever de revelação. Dúvida justificada. Imparcialidade. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 67, p. 343, out. 2020.

37. A falha no dever de revelar já substanciou diversos julgamentos de repercussão, entre os quais destacamos o caso Abengoa (STJ, Corte Especial, Sentença Estrangeira Contestada 9.412/US, Rel. Min. Felix Fischer, Relator para acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.04.2017, m.v.) e o julgamento da Apelação nº 1056400-47.2019.8.26.0100 pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo (j. 11.08.2020, v.u.). Para a crítica desta última decisão, que considerou a falha no dever de revelar um motivo suficiente para configurar parcialidade do árbitro, ver: ZOCAL, Raul Longo. Comentário: Tribunal de Justiça de São Paulo. Anulação de sentença arbitral. Dever de revelação. Dúvida justificada. Imparcialidade. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 67, p. 343, out. 2020.

O dever de revelação atende a uma finalidade social objetivada pela Lei nº 9.307/96³⁸ em prol da imparcialidade do árbitro como princípio basilar do devido processo legal arbitral. Contudo, mesmo o não atendimento desse dever não é suficiente para configurar parcialidade e acarretar um vício à sentença arbitral.³⁹ as demandas anulatórias fundadas em parcialidade do árbitro não se limitam a discutir se houve ou não violação do dever de revelação, e sim se a imparcialidade foi violada, sendo insuficiente discutir apenas se o árbitro deveria ou não ter revelado determinada informação.⁴⁰

O artigo 14, § 1º, define o dever de o árbitro revelar “qualquer fato que denote *dúvida justificada* quanto à sua imparcialidade e independência”. Há extenso material produzido em doutrina e documentos de suporte à arbitragem (sobretudo internacionais) quanto ao que se deve revelar e possíveis consequências, com destaque para as IBA *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, material de *soft law* que auxilia na identificação das situações que podem gerar, ainda que em tese, vícios em uma futura decisão eventualmente proferida por árbitro impedido de atuar como tal.

Todos esses parâmetros buscam refletir no âmbito da arbitragem (lei infraconstitucional) os predicados da imparcialidade do julgador oriundos da lei constitucional (devido processo legal e juiz natural) e da lei supralegal (tratados internacionais de direitos humanos mencionados acima). Evidentemente, o princípio da imparcialidade na arbitragem deve considerar alguns elementos adicionais: na qualidade de julgadores escolhidos pelas partes, estabelecendo com elas uma relação de *confiança*,⁴¹ os árbitros estão sujeitos a regras mais específicas de avaliação da sua imparcialidade, em razão de possíveis – e comuns – relações prévias com as partes, o que justifica a criação de um ambiente distinto para aferição das situações de *dúvida justificada* (por exemplo, materiais de *soft law*). Como explica Tercio Sampaio Ferraz Junior, a confiança atribuída ao juiz togado está baseada em uma presunção de neutralidade da instituição estatal, na figura de um terceiro institucionalizado mediante

38. BAPTISTA, Luiz Olavo. Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de infração. Impossibilidade de anulação da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 36, p. 199-218, jan./mar. 2013.

39. ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 219.

40. ZOCAL, Raul Longo. Comentário: Tribunal de Justiça de São Paulo. Anulação de sentença arbitral. Dever de revelação. *Dúvida justificada*. Imparcialidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 67, p. 343, out. 2020.

41. Conforme preconizado pelo artigo 13 da Lei nº 9.307/96: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a *confiança* das partes” (destaques nossos). A lei ainda estabelece mecanismos de reforçar a confiança das partes no árbitro indicado, como a equiparação do árbitro a funcionário público para fins de aplicação da lei penal (artigo 17): “O mesmo pode ser dito do art. 17 da Lei 9.307/1996, que em certa medida evoca o que dispunha o art. 1.083 do CPC (revogado pela Lei 9.307/1996). A ideia do legislador certamente foi a de robustecer a confiança das partes no árbitro escolhido para resolver-lhes o litígio, pois o Estado ameaça e pune aquele que agir de modo temerário no exercício da função jurisdicional. A punição só alcançará aquele que estiver exercendo a função jurisdicional (enquanto a estiver exercendo): cessada a investidura, a equiparação aos funcionários públicos deixa de ter sentido” (CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 28, p. 47-63, jan./mar. 2011).

processos legitimadores que conferem presunção de credibilidade (comprovação da experiência jurídica, aprovação em concurso público e, acrescentamos, ocupação prévia do cargo público), enquanto a confiança atribuída ao árbitro está baseada em um consenso presumido daqueles que o indicam.⁴² Assim, os modelos de avaliação da imparcialidade do árbitro vêm reforçar o procedimento de legitimação e, com isso, de reconhecimento da confiança sobre sua atuação em uma disputa específica.

4. Conclusão

A imparcialidade é um preceito derivado de fontes diversas no direito constitucional e que já foi considerada como constitutiva da própria qualidade de julgador. O árbitro – juiz de fato e de direito⁴³ – está igualmente vinculado a este preceito, seja pela sujeição do processo arbitral aos princípios gerais do processo civil (muitos deles com fonte na Constituição Federal), seja pela expressa escolha do legislador ao indicar a parcialidade do árbitro como uma das hipóteses de anulação da sentença arbitral (artigos 21, § 2º, e 32, inciso VIII, da Lei nº 9.307/96). Como analisado ao longo do texto, as particularidades da arbitragem no seu fundamento (na qualidade de jurisdição baseada na autonomia da vontade e na escolha dos julgadores pelas partes) trazem outras variáveis para o preenchimento do conteúdo do conceito de imparcialidade, tais como a dúvida justificada no dever de revelação (artigo 14, *caput*, e § 1º) e os materiais de *soft law* para auxiliar na avaliação de causas de impedimento dos árbitros. Toda essa articulação visa a satisfazer o preceito constitucional da imparcialidade do julgador adaptada ao ambiente da arbitragem, constituindo pedra angular na construção dessa via de solução de controvérsias.

Bibliografia



42. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Suspeição e impedimento em arbitragem: sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 28, p. 65-82, jan./mar. 2011.
43. Conforme artigo 18 da Lei nº 9.307/96: “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”. Esse dispositivo legal “significa atribuir ao árbitro cognição plena, exauriente e definitiva” para questões de fato e de direito a ele submetidas (HUCK, Hermes Marcelo; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 40, p. 181, jan. 2014).

AS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA: UMA JANELA PARA A ARBITRAGEM ENTRE FISCO E CONTRIBUINTE

PRISCILA FARICELLI DE MENDONÇA¹

SERGIO ANDRÉ ROCHA²

Introdução

A obra na qual se insere este artigo propõe uma reflexão sobre a arbitragem no arcabouço constitucional brasileiro. Desnecessárias, a esta altura, maiores reflexões sobre a constitucionalidade da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, a qual foi decretada pelo Supremo Tribunal Federal em 2001, ao analisar processo de homologação de sentença estrangeira (SE 5.206),³ o que não somente validou, como ampliou de maneira bastante relevante o desenvolvimento do procedimento introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.307/96.

Embora desde a introdução da arbitragem no sistema multiportas que se forma no Brasil⁴ a prática desse método envolvendo o poder público já fosse relevante e efetiva (para exemplificar, vale trazer o Caso Lage⁵, julgado pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo

-
1. Mestre em Direito Processual pela FDUSP. Advogada.
 2. Professor de Direito Financeiro e Tributário da UERJ. Livre-Docente em Direito Tributário pela USP. Diretor Vice-Presidente da ABDF. Advogado e parecerista.
 3. Sobre o julgamento, vale examinar a primorosa análise de MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 29.
 4. Sobre o sistema multiportas, vale citar MASCITTO, Andrea; CARVALHO, João Rafael L. Gândara; GALVÃO, Mario Capanema. 'Adeus às armas': Resolvendo conflitos tributários fora do Judiciário, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adeus-as-armas-resolvendo-conflitos-tributarios-fora-do-judiciario-02052022>.
 5. Confira-se a ementa do histórico julgado do Supremo Tribunal Federal:
“INCORPORAÇÃO – BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE – JUÍZO ARBITRAL – CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE – JUROS DA MORA – CORREÇÃO MONETÁRIA.

do advento da Lei nº 9.307/96), a prática se consolidou sobremaneira com as alterações promovidas pela Lei nº 13.129/2015 na Lei da Arbitragem, eis que formalizada autorização legislativa para que o poder público possa utilizar a arbitragem “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

O presente artigo, nesse contexto, debruça-se sobre potencial utilização de arbitragem no contexto das alterações promovidas pela Lei nº 14.596, de 14 de junho de 2023, que altera as regras de preços de transferência para fins de apuração do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (“IRPJ”) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”).

Importante frisar que adotamos a perspectiva de que relações jurídico-tributárias são patrimoniais e não representam direito indisponível sob o ponto de vista do poder público, o que, *a priori*, legitima a adoção de arbitragem para solução de conflitos.⁶

Afinal, os *mecanismos adequados de solução de controvérsia* (sistema anteriormente qualificado como *métodos alternativos de solução de conflitos*, por abarcar métodos alternativos ao judicial) são válidos, precisam ser incentivados, devem abrir portas para outras iniciativas. Não parece haver, na legislação brasileira, qualquer elemento ou critério a afastar dessa perspectiva os conflitos tributários, parcela relevante das demandas atualmente em andamento.⁷

Muito pelo contrário. O Código de Processo Civil (“CPC”) de 2015 tem como um dos seus pilares o incentivo à adoção de meios alternativos de solução de controvérsias, tais como mediação, conciliação e arbitragem.

Ainda na parte geral, em seu artigo 3º, o CPC prescreve que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos (parágrafo 2º), havendo estímulo à solução de conflitos por mediação, conciliação e outros métodos de solução consensual de conflitos no parágrafo 3º do dispositivo, o que deve ser estimulado por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

1 – Legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

2 – Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.

3 – Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma de lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei nº 4.414, de 1964.

4 – Correção monetária concedida, pelo Tribunal *a quo*, a partir da publicação da Lei nº 4.686, de 21.6.65. Decisão correta.

5 – Agravo de instrumento a que se negou provimento” (STF Ag 52.181. Tribunal Pleno. DJ de 15/02/1974).

6. Para maior desenvolvimento desse tema, ver: MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem e Transação Tributárias*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014. p. 74-86; ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 484-488.

7. Cf. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem e Transação Tributárias*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014. p. 30-37; ROCHA, Sergio André. Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário Brasileiro. In: _____. *Estudos de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 207-211.

No mais, a Constituição Federal não traz óbice ou ressalva à instauração de métodos adequados para solução de controvérsias tributárias, que no atual arcabouço normativo ficam restritas às medidas judiciais e processos administrativos,⁸ bem como a leis que introduzem transação,⁹ mediação¹⁰ e conciliação, o que nos permite com tranquilidade pensar no desenho de solução arbitral no campo tributário.

Não se olvida, no entanto, que tais medidas demandam iniciativas legislativas próprias. Vale mencionar, nesse contexto, a existência do Projeto de Lei nº 4.468/2020, de iniciativa da Senadora Daniella Ribeiro, que trata da arbitragem tributária como método disponível à solução de conflitos, bem como o Projeto de Lei nº 4.257/2019, de iniciativa do Senador Antonio Anastasia, que, entre outros aspectos, altera a Lei de Execuções Fiscais para prever a arbitragem tributária.

Posteriormente à apresentação das iniciativas legislativas citadas, no contexto dos Projetos de Reforma do Contencioso Tributário (Comissão de Juristas do Conselho Nacional de Justiça) presidido pela Ministra Regina Helena Costa, há previsão da introdução de arbitragem tributária não somente no Projeto de Lei Complementar que promove alterações no Código Tributário Nacional, mas também há um projeto de lei específico sobre a matéria (Projeto de Lei nº 2.486/2022 e PLP nº 125/2022).

Considerando todo o avanço no debate sobre a utilização da arbitragem como mecanismo para a solução de controvérsias tributárias, parece-nos que a recente alteração nas regras de controle de preços de transferência apresenta particular oportunidade para avançarmos no debate dessa matéria.

Com efeito, como demonstraremos adiante, na transição do padrão brasileiro anterior de controle dos preços de transferência, para o modelo recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, inspirado nos *guidelines* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), temos a passagem de um regime estatutário, baseado

8. Heleno Taveira Torres manifesta-se exatamente nesse sentido, ao salientar que a existência de métodos alternativos para solução de conflitos tributários não encontra óbice na Constituição Federal na medida em que não há dispositivo constitucional vedando a sua instituição. Mais adiante, o Professor ensina que os métodos alternativos poderão ser utilizados tanto preventivamente quanto para solução das lides já pendentes (In: Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários, In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário. Homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: São Paulo: ed. Fórum, 2008, p. 299-330.

9. A regulamentação da transação tributária, por meio da Lei nº 13.988/2020, tornou-se o marco regulatório da transação tributária no âmbito federal e impulsionou diferentes propostas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para adesão pelos contribuintes interessados, bem como iniciativas legislativas estaduais e municipais. Por exemplo, no Município de São Paulo, a Procuradoria regulamentou, por meio da Portaria nº 128, de 24 de outubro de 2019, a realização de negócios jurídicos processuais com contribuintes no âmbito de execuções fiscais. Pelo Estado de São Paulo, foi publicada a Resolução nº PGE-27/2020, que disciplina a transação terminativa de litígios relacionados à dívida ativa inscrita.

10. Por exemplo, a Lei nº 13.028, de 11 de março de 2022, do Município de Porto Alegre, que instaurou a mediação tributária.

em regras e presunções estabelecidas em lei, para um modelo baseado em princípios e *standards*, que trará uma inevitável fluidez para a interpretação e aplicação do subsistema normativo em questão.

Ademais, passa-se de um padrão construído de premissas essencialmente jurídicas para outro em que modelagens e análises de fundo econômico e negocial passarão a ter papel central.

Fica claro, desde já, que as novas regras de preços de transferência, veiculadas pela Lei nº 14.596/2023, colocarão em xeque ou submeterão a grande estresse os órgãos típicos de solução de controvérsias tributárias no Brasil. Portanto, o objeto deste estudo será comentar a respeito da possibilidade da utilização da arbitragem tributária nesse campo.

1. Preços de transferência e o novo regramento

A Lei nº 14.596/23, produto da conversão da Medida Provisória nº 1.152/2022, entrará em vigor a partir de 1º de janeiro de 2024, com opção facultativa a partir de 2023. Podemos afirmar, sem receios, que a nova lei busca adequar as regras aplicáveis à metodologia de preços de transferência no Brasil às práticas internacionais, especialmente aos *Transfer Pricing Guidelines* da OCDE.

De modo geral, as regras de preços de transferência estabelecem valores mínimos de receita tributável e máximos de despesas dedutíveis para fins de apuração do IRPJ e da CSLL em relações envolvendo partes relacionadas e partes que se beneficiam de tratamento tributário mais benéfico – localizadas em jurisdições com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado –, com vistas a evitar manobras que representem transferências de lucros por empresas brasileiras a empresas localizadas no exterior.

Mas as questões práticas desse mecanismo são deveras complexas e possuem íntima relação com a imagem do Brasil no contexto do comércio internacional.

Em 2017, o Brasil enviou à OCDE um pedido para ingresso em seu quadro de países-membros. Ao que tudo indica, essa decisão da equipe econômica do então presidente Michel Temer não foi precedida de grandes debates com as áreas impactadas pela eventual entrada do Brasil na OCDE, as quais tiveram que lidar com os reflexos dessa iniciativa sem terem participado da tomada de decisão original ou terem tido a chance de alertar sobre as suas possíveis consequências.

Logo no início dessa aproximação entre o Brasil e a OCDE ficou muito claro qual seria a questão central, do ponto de vista tributário, no caminho da possível entrada do país na Organização: as regras brasileiras de preços de transferência e sua característica mais marcante, as margens fixas, que resultam em um desalinhamento importante com o padrão da OCDE.

A Lei nº 9.430, que introduziu as regras de controle de preços de transferência no Brasil, foi editada em 1996. Entendo que, naquele momento, o Brasil não possuía infraestrutura para adotar um sistema muito sofisticado e aberto de controle de preços de transferência. Mesmo o regime simplificado que adotamos não foi incorporado à prática das autoridades fiscais durante um bom tempo. Portanto, bastante justificável a opção por um modelo mais simples, redutor da complexidade para as empresas e para a própria fiscalização, mesmo que gerador de externalidades negativas: bitributação e dupla não tributação.

Com o passar do tempo, contudo, a situação se modificou. O estudo da tributação internacional no Brasil deu um enorme salto, quantitativo e qualitativo. Em 1996 podíamos contar os livros sobre a matéria usando os dedos das mãos. Talvez os dedos de apenas uma das mãos. Atualmente, só sobre preços de transferência temos incontáveis livros, artigos, monografias, dissertações e teses.

A compreensão da matéria internacional pelas autoridades fiscais também deu um grande salto qualitativo, para o qual a participação mais intensa nos grupos de trabalho da OCDE teve um papel fundamental. Sem perder contato com os pontos de partida históricos da política fiscal internacional brasileira,¹¹ percebe-se uma nítida evolução nos(as) auditores(as) da Receita Federal do Brasil – notadamente aqueles que integram a equipe que representa o Brasil nessas discussões com a OCDE.

Não foi só o estágio dos debates sobre tributação internacional no Brasil que mudou. A economia mudou drasticamente de 1996 para 2023. Durante todo esse período a legislação não foi alterada para se adaptar à digitalização da economia. Pelo contrário, as regras brasileiras que regem transações com intangíveis entre partes vinculadas data das décadas de 1950 e 1960. A mudança parecia inevitável.

Foi nesse contexto que, nos dias 28 de fevereiro e 01 de março de 2018, foi dado início ao trabalho conjunto entre a Receita Federal do Brasil e a OCDE para a revisão das regras brasileiras de preços de transferência.

Em 11 de julho de 2019, a Receita Federal e a OCDE apresentaram um resultado parcial desse trabalho conjunto. Em verdade, o objetivo desse encontro era divulgar conclusões preliminares sobre os *gaps* da legislação brasileira, considerando como pano de fundo os *Transfer Pricing Guidelines* da OCDE. Anunciaram, em um concorrido evento em Brasília, que havia sido decidida a migração do modelo brasileiro para algo mais próximo ao padrão da OCDE.

Em dezembro de 2019, foi lançado em Brasília o relatório “Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard: A joint assessment of the similarities and differences between the Brazilian and OECD frameworks”.¹² Junto com o relatório completo em inglês, foi disponibilizado um sumário com os principais destaques do estudo conjunto desenvolvido pelo Brasil e a OCDE, do qual extraímos os trechos a seguir, que dão boa ideia acerca do resultado dos trabalhos até então desenvolvidos:

“A análise identificou um número de questões que resultam em lacunas e divergências no sistema brasileiro de preços de transferência quando comparado ao padrão da OCDE.

A avaliação dessas questões no que diz respeito à consecução dos objetivos políticos das regras de preços de transferência revela que existem fragilidades na estrutura

11. Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André. *Política Fiscal Internacional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

12. OECD; Receita Federal do Brasil. *Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard: A joint assessment of the similarities and differences between the Brazilian and OECD frameworks*. Paris: OECD, 2019.

Brasileira que levam à BEPS (erosão de bases tributáveis e transferência de lucros) e à dupla tributação.

Esta revisão também reconheceu os pontos fortes da abordagem brasileira em termos de simplicidade no cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes e a simplicidade da administração tributária, que também são objetivos importantes. Entretanto esses objetivos não devem prejudicar a consecução do objetivo duplo das regras de preços de transferência de garantir a base tributária adequada em cada jurisdição e evitar a dupla tributação. Simplicidade e administrabilidade não devem comprometer a proteção da base tributária contra a BEPS, ou criar insegurança jurídica em matéria tributária para transações internacionais por meio da dupla tributação. Facilidade da administração e conformidade tributária, são, não obstante, metas importantes para o Brasil e para qualquer sistema de preços de transferência em geral, e elas podem ser alcançadas por meio de medidas que podem ser consistentes com o princípio *arm's length* e prática internacionalmente aceita.

No contexto do alinhamento do sistema do Brasil com o padrão de preços de transferência da OCDE, o objetivo de quaisquer esforços futuros é estabelecer as condições para a implementação de um sistema moderno, simples e eficiente de preços de transferência que esteja alinhado com o padrão da OCDE. Tal sistema deve alcançar o objetivo duplo de garantir a base tributária apropriada ao Brasil e em outras jurisdições envolvidas, além de evitar a dupla tributação, mas que também preserve a simplicidade para as administrações e contribuintes, em um ambiente que promova a segurança jurídica em matéria tributária no âmbito nacional e internacional.

As opções para um maior alinhamento com as Diretrizes da OCDE sobre preços de transferência foram exploradas à luz dos resultados da análise técnica e duas opções possíveis de alinhamento foram identificadas – ambas levando ao alinhamento completo com o padrão da OCDE, com uma das opções que contemplam um alinhamento imediato, enquanto a outra opção contempla um processo de alinhamento gradual.”¹³

Esse relatório, portanto, apresentou uma detalhada radiografia sobre o padrão brasileiro de controle de preços de transferência, em comparação aos *standards* da OCDE, sendo o ponto de partida para uma nova etapa de trabalho, em que se iniciará a elaboração das novas regras. Os principais problemas apontados pelo relatório foram os seguintes:

1. Um número grande de lacunas e divergências leva a casos de dupla tributação;
2. Um número grande de lacunas cria riscos de BEPS, levando a uma perda de receita tributária;

13. OECD; Receita Federal do Brasil. *Preços de Transferência no Brasil Convergência para o Padrão OCDE*. Brasília: Receita Federal, 2019. p. 3.

3. O sistema existente favorece algumas categorias de contribuintes em detrimento de outros e oferece oportunidades de planejamento tributário;
4. Aspectos da administração tributária e de conformidade tributária do sistema brasileiro geralmente favorecem a administração tributária e o cumprimento das obrigações tributárias;
5. A segurança jurídica em matéria tributária é geralmente encontrada apenas sob uma perspectiva doméstica; uma incerteza jurídica significativa é observada no âmbito internacional; e
6. Mais incertezas tributárias, mesmo no âmbito doméstico, são resultado da ausência de considerações especiais ou orientações muito limitadas para questões relacionadas a transações específicas.¹⁴

O resultado dos trabalhos desenvolvidos pela Receita Federal e pela OCDE foi materializado na Medida Provisória nº 1.152/2022, que trouxe nova disciplina para “a legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoa Jurídicas – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL para dispor sobre as regras de preços de transferência”. Essa medida provisória foi posteriormente convertida na Lei nº 14.596/2023, que passou a regulamentar a matéria.

Há uma nítida percepção de que a mudança de regime não pode vir desacompanhada de maciços investimentos em capacitação do pessoal da Receita Federal do Brasil. Uma mudança de modelo, sem o devido investimento em treinamento e sistemas, terá impactos dramáticos sobre a segurança jurídica dos contribuintes. Especialmente neste período de transição, é importante que a Receita Federal seja muito rápida na resposta a consultas formuladas pelos contribuintes e que se antecipe dando transparência a suas interpretações por meio de pareceres normativos e outros atos administrativos.

Nada obstante, não é só no campo da Administração Fazendária que investimentos serão necessários. A solução de disputas será uma área fundamental. Desde o evento de lançamento do projeto conjunto Receita Federal/OCDE, há uma percepção de que não temos órgãos julgadores, administrativos ou judiciais capacitados para rever autos de infração de preços de transferência baseados nos *standards* da OCDE.

As regras brasileiras de preços de transferência estabelecidas pela Lei nº 9.430/1996 diferem das práticas recomendadas pela OCDE e adotadas por outros países desde a sua introdução. Como salienta Luís Eduardo Schoueri, “quando confrontado com as práticas internacionais, o recurso às margens predeterminadas revela-se a nota de destaque da disciplina brasileira dos preços de transferência inaugurada pela Lei nº 9.430/96. Ao contrário da sistemática que propõe a OCDE, houve por bem o legislador nacional buscar, ele

14. OECD; Receita Federal do Brasil. *Preços de Transferência no Brasil Convergência para o Padrão OCDE*. Brasília: Receita Federal, 2019. p. 6-7. Ver: OECD; Receita Federal do Brasil. *Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard: A joint assessment of the similarities and differences between the Brazilian and OECD frameworks*. Paris: OECD, 2019. p. 18-19.

próprio, na experiência, quais seriam as margens de lucro praticadas em transações entre partes não relacionadas, presumindo-as, em lei, a partir dos indícios que encontrou na realidade de mercado”.¹⁵

Esse modelo baseado na praticabilidade gerava uma reduzida pressão sobre os órgãos de solução de controvérsias tributárias. Tanto assim que não são muitas as questões em aberto relativas a essa matéria.

O novo modelo, contudo, permeado que é por regras de textura aberta e demonstrações de fundo econômico, representará uma revolução copernicana na matéria, sendo um campo fértil para a utilização da arbitragem.

2. As previsões legais no tocante aos conflitos na determinação dos parâmetros para fins de preços de transferência

A Lei nº 14.596/2023 trouxe algumas inovações no tocante à solução de controvérsias decorrentes da aplicação das regras preços de transferência:

- Regramentos a serem editados pelas autoridades para disciplinar parâmetros e condições a partir de negociações entre partes não relacionadas, o que implicará (ou não) na necessidade de ajustes haja vista os preços praticados pelas empresas brasileiras em operações com partes relacionadas;
- Procedimento especial de consulta; e
- Procedimento amigável para casos de resultados acordados em mecanismo de solução de disputa previstos no âmbito de acordo ou de convenção internacional para eliminar a dupla tributação dos quais o Brasil seja signatário.

A complexidade técnica das discussões envolvendo preços de transferência, prática que vem sendo observada desde a implementação do instituto pela Lei 9.430/96, mostra-nos que julgar conflitos decorrentes de diferença de interpretação entre fisco e contribuinte quanto aos critérios para ajustes das bases do IRPJ e da CSLL demanda não somente conhecimento do sistema tributário, mas conhecimento técnico específico nos processos industriais das operações afetadas, bem como em aspectos contábeis e econômicos.

Para exemplificar, uma empresa fabricante nacional de veículos, que importa peças e partes dos veículos de partes relacionadas para utilização na fabricação dos veículos, precisa calcular critérios de precificação para cada um dos componentes utilizados na

15. SCHOUERI, Luís Eduardo. Presunções Jurídicas, *Arm's Length* e o Conceito de Custo para Fins de Preços de Transferência. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 31, 2014, p. 106. Do mesmo autor, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 143-144. No mesmo sentido, ver: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 386-388; ROCHA, Sergio André. *Política Fiscal Internacional do Brasil*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 163-170.

industrialização. É necessário compartilhamento sistêmico de todas as empresas do grupo (mundialmente), bem como planilhas e cálculos que não raro geram arquivos com milhares de linhas.

E não é só a partir de divergências e ajustes nos valores e preços que os conflitos surgem. A própria regulamentação da legislação de preços de transferência pela Receita Federal do Brasil gerará conflitos de alta complexidade, que demandam uma análise por parte dos julgadores administrativos (notadamente o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF) e do Poder Judiciário, que por vezes extrapola a formação teórica dos agentes responsáveis por solucionar as controvérsias.

Citemos a controvérsia travada com o advento da Instrução Normativa SRF 243/2002, que revogou norma anterior (Instrução Normativa 32/2001) no tocante aos critérios de cálculos para ajuste de preços de transferência pelo método PRL60. Em resumo, os contribuintes entendiam que os critérios da norma regulamentar desbordaram dos parâmetros legais (Lei 9.430/96), ao passo que o Fisco alegava que somente houve uma adequação dos critérios aos termos da lei.

Desde então, inúmeras disputas judiciais e administrativas foram travadas sobre o tema¹⁶ em análise, demandando extenso trabalho de peritos contábeis e auditores fiscais altamente especializados.

É nesse contexto que, em linha com as possíveis soluções de conflitos decorrentes da aplicação e da implementação dos parâmetros de preços de transferência ora trazidas

16. A matéria foi recentemente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), depois de muitos anos de controvérsia. Veja-se, a seguir, a ementa do acórdão do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AOS ARTIGOS 165, 458 E 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE PARTES VINCULADAS. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. MÉTODO DO PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO – PRL60. CÁLCULO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 243/2002. ILEGALIDADE. ART. 18, II, DA LEI 9430/96.

1. Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9/3/2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 1973.

2. Não há violação aos artigos 165, 458 e 535 do CPC/1973, quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, abordando todos os pontos essenciais à solução da controvérsia apresentada.

3. O controle de preços de transferência tem como fundamento a necessidade de prevenir a erosão das bases tributáveis através da manipulação de preços nas operações transnacionais praticadas entre partes vinculadas, e para isso estabelece métodos para estimar um preço-parâmetro para tais operações.

4. O art. 12, § 11, da IN SRF 243/02 desbordou da mera interpretação do art. 18, II, da Lei 9.430/96, na medida em que criou novos conceitos e métricas a serem considerados no cálculo do preço-parâmetro, não previstos, sequer de forma implícita, no texto legal então vigente.

5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial” (AREsp n. 511.736/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 27/10/2022).

pela Lei nº 14.596/2023, vislumbra-se a adoção de arbitragem entre fisco e contribuintes para solução de controvérsias.

3. A arbitragem tributária: possível utilização nas controvérsias sobre preços de transferência

O debate sobre a viabilidade de adoção da arbitragem, um meio heterocompositivo de solução de controvérsias (pois as partes não *chegam* a um acordo, mas têm a solução do conflito *imposta pelo árbitro* ou *tribunal arbitral*), para a solução de controvérsias tributárias vem sendo travado há bastante tempo e, atualmente, há relevantes iniciativas legislativas para implementar a arbitragem tributária.

Embora a Lei nº 9.307/96 não traga restrição a sua aplicabilidade à arbitragem tributária, a adoção do método de conflitos entre fisco e contribuinte, para boa parte da doutrina, depende de regulamentação legal específica.¹⁷

Nesse contexto, o mais antigo dos projetos de lei sobre a matéria (Projeto de Lei nº 4.257/2019, de autoria do Senador Antonio Anastasia) prevê a arbitragem depois de constituída dívida ativa. Além de tratar de arbitragem tributária, o projeto trata de execução administrativa (mesmo equívoco cometido, em 2009, pelo Projeto de Lei nº 5.082/2009, que não avançou no Congresso Nacional). O texto, no tocante à arbitragem, “desjudicializa” a disputa, sendo que a decisão judicial retornaria ao Judiciário para homologação, estabelecendo uma real confusão entre os métodos judicial e arbitral na solução do mesmo conflito. E o faz estabelecendo que a arbitragem será regulamentada pela Lei nº 9.307/96.

O Projeto de Lei nº 4.468/2020,¹⁸ de autoria da senadora Daniella Ribeiro, estabelece a arbitragem desvinculada da Lei nº 9.307/96 (justamente por essa razão estabelece sobre a *arbitragem especial tributária*). A arbitragem seria usada para, por exemplo, resolver indefinições de classificação fiscal: Crocs é sandália ou sapato? H2O é água ou refrigerante? O mesmo, no contexto do presente artigo, poderia funcionar para solucionar conflitos no âmbito da legislação de preços de transferência. Nesses casos, as análises seriam feitas com a ajuda de especialistas técnicos, como contadores, economistas ou engenheiros.

Diferentemente da jurisdição estatal, a arbitragem é adotada por opção das partes envolvidas no conflito e somente será instituída mediante expressa manifestação de ambos os envolvidos (justamente por isso, se não estiver prevista em contrato – como não ocorreria

17. Pela necessidade de autorização legislativa, vale mencionar a obra *Arbitragem e Transação Tributárias*, de Priscila Faricelli de Mendonça, p. 96. Na mesma linha é a opinião de Maurício Dalri Timm do Vale e Ana Paula Pasinato, “Arbitragem tributária no Brasil e o interesse público: um novo mito da caverna?”, in *Justiça Tributária: um novo roteiro*. DOMINGOS, Francisco Niculau (org.). Rei dos Livros, Lisboa, 2018, p. 283.

Pela desnecessidade de autorização legal específica, vale mencionar ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem Tributária no Brasil*, São Paulo: Almedina, 2017.

18. Priscila Faricelli de Mendonça, juntamente com Heleno Torres e Selma Ferreira Lemes, colaboraram com a redação do anteprojeto resultante dessa iniciativa legislativa.

nas relações tributárias –, seria necessária a formalização de compromisso arbitral para sua instauração).¹⁹

Ora, como bem ressaltou a saudosa Ada Pellegrini Grinover,²⁰ os métodos hetero-compositivos e autocompositivos de solução de controvérsias, tradicionalmente adotados por sociedades primitivas, vêm ganhando espaço no Brasil devido à crise no Judiciário, e a tendência é de que a busca por solução diversa da jurisdicional se acentue. Especialmente no tocante à arbitragem, suas vantagens seriam bastante oportunas no contexto da solução de conflitos no âmbito dos preços de transferência. Citando as palavras da citada professora:

“Na mais remota antiguidade, a humanidade sempre buscou caminhos que não fossem morosos ou serpenteados de fórmulas rebuscadas, visto que os negócios, sejam civis, sejam comerciais, exigem respostas rápidas, sob pena de, quando solucionados, perderem o objeto e ficarem desprovidos de eficácia, com prejuízos incalculáveis para as partes interessadas. Isso se aplica também à arbitragem no direito público”.²¹

Entre as vantagens da arbitragem,²² podemos destacar a celeridade, a preponderância da autonomia da vontade (na medida em que as partes são livres para escolha dos árbitros e da legislação aplicável quer no âmbito material, quer no processual), a especialidade e neutralidade dos árbitros e a confidencialidade.

Selma Lemes²³ relaciona a celeridade à especialidade dos árbitros, na medida em que tal atributo acaba por agilizar o julgamento da controvérsia, e Paulo Osternack Amaral²⁴ afirma que, “sem dúvida, o principal atrativo da arbitragem consiste na ampla autonomia da vontade que permeia esse método de solução de controvérsias. Como se verá adiante, todas as vantagens que a arbitragem assume em relação ao processo estatal derivam da liberdade conferida às partes, não só em relação à escolha dos árbitros e da legislação (material e procedimental) aplicável, mas também no que concerne ao poder do árbitro de flexibilizar a condução do procedimento”.

Tais vantagens, por certo, amoldam-se perfeitamente aos anseios da realidade das soluções de controvérsias decorrentes da implementação dos preços de transferência, e a celeridade do procedimento (se comparada ao atual modelo de contencioso tributário federal que se inicia com discussão em âmbito administrativo e depois segue ao judiciário, o que não raramente implica em discussão que atravessa mais de uma década para ser solucionada) seria não só fundamental, mas também recomendável.

19. MENDONÇA, Priscila Faricelli. Arbitragem e Transação Tributárias, p. 125.

20. Os fundamentos da Justiça conciliativa, *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 4, n. 14, jul.-set. 2007.

21. SZKLAROWSKY, Leon Fredja. A arbitragem – uma visão crítica, *Revista de Processo*, vol. 212, set. 2012, p. 203.

22. Sobre o tema, MENDONÇA, Priscila Faricelli. *Arbitragem e Transação tributárias*, p. 104.

23. *In Arbitragem na administração pública...*, p. 175-176.

24. *Arbitragem e administração pública – aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos*, p. 35.

Quanto à especialidade, em se tratando de solução por arbitragem, as partes têm a opção de escolha dos árbitros ou, alternativamente, podem apontar a forma de eleição daqueles que imporão a solução da controvérsia. Parece bastante apropriado que especialistas em preços de transferência, certamente imparciais às partes, possam analisar a situação e proferir uma decisão técnica e própria ao conflito.

Diante do cenário atual, mostra-se, portanto, recomendável avançar com a regulamentação de adoção de arbitragem tributária no contexto das novas regras de preços de transferência.

Afinal, essa é uma tendência mundial, incentivada pela própria OCDE, que tem como uma de suas diretrizes, formalizada na Ação 14 do BEPS,²⁵ o oferecimento de meios de solução de controvérsias adequados aos envolvidos em disputas que tratam de tributação internacional e doméstica, entre os quais se inserem o uso da arbitragem tributária e outros meios consensuais.²⁶ E é medida absolutamente relacionada à construção de uma relação menos combativa e mais colaborativa entre fiscos e contribuintes.

4. Conclusões

Embora a arbitragem, como mecanismo de solução de controvérsias, tenha se tornado uma realidade no âmbito dos conflitos de interesses contratuais, ainda há um longo caminho para que seja efetivamente utilizada no contexto dos litígios entre o Fisco e os contribuintes. Mesmo que as resistências doutrinárias tenham sido vencidas com o passar dos anos, e haja várias iniciativas legislativas que buscam regulamentar a matéria, ainda falta para que a arbitragem tributária se torne uma realidade.

Nesse contexto, a adoção dos padrões da OCDE de preços de transferência, com suas características abertas e principiológicas, abre espaço para que se discuta uma arbitragem especial a ser utilizada nesse campo. As especificidades do modelo de controle de preços de transferência estabelecido pela Lei nº 14.596/2023 pode dar o impulso que faltava à utilização da arbitragem para a solução de controvérsias entre os contribuintes e as autoridades fiscais, o que poderia ser solucionado em conjunto com o avanço dos Projetos de Lei sobre arbitragem tributária que atualmente tramitam no Congresso Nacional.

25. Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André. *Política Fiscal Internacional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 283-292.

26. Especificamente sobre a viabilidade da arbitragem tributária no Brasil e sua adequação aos parâmetros da OCDE, vale mencionar LESSA, Donovan Mazza; e FRANCO, Fernando Raposo, A arbitragem como método de solução de conflitos dos tratados contra a dupla tributação, in *A tributação na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. GOMES, Marcus Lívio/ SCHOUERI, Luís Eduardo (ORG), Vol. III, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 183.

PROTEÇÃO DE DADOS E ARBITRAGEM: REFLEXÕES À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL

RODRIGO L. CANALLI¹

1. Introdução

Proteção de dados pessoais designa tanto um regime jurídico quanto a adoção de medidas decorrentes desse regime com o objetivo de assegurar que a coleta, o processamento e o armazenamento de informações sobre pessoas naturais se deem de maneira a respeitar direitos de personalidade assegurados ao titular dos dados. Tais informações incluem elementos como nome, registro civil, localização geográfica, endereço, número de telefone, *e-mail*, informações financeiras, registros médicos e qualquer outra informação que permita a identificação de um indivíduo.

Profundamente relacionada à garantia dos direitos fundamentais à liberdade, à intimidade e à privacidade, a proteção de dados pessoais adquire crescente relevância em um mundo cada vez mais interconectado, em que intensos fluxos de informação facilitam a coleta, o processamento e o armazenamento de dados pessoais em escala massiva por empresas e organizações. Nesse cenário, que já foi chamado de economia da informação (CASTELLS, 1996) e hoje tem sido descrito como capitalismo de vigilância (ZUBOFF, 2019) ou comodificação dos dados pessoais (Niemeyer; Keightley, 2020), a existência de um regime jurídico de proteção de dados pessoais torna-se fundamental para garantir que os indivíduos retenham controle sobre seus próprios dados e, assim, tenham condições de tomar decisões autônomas e informadas sobre como e quando permitir seu uso por terceiros.

A disciplina normativa de proteção de dados pessoais tem dupla repercussão e impacto significativo no campo da arbitragem: de um lado, (i) a necessária observância das leis de proteção de dados para o tratamento de dados pessoais coletados no curso dos procedimentos arbitrais, inclusive, no tocante à arbitragem internacional, das regras relativas à transferência internacional de dados; e de outro, (ii) a potencial submissão, a juízo arbitral,

1. Assessor-Chefe da Assessoria de Inteligência Artificial do Supremo Tribunal Federal, membro do Comitê Executivo de Proteção de Dados do STF, Mestre em *Competition, Innovation and Information Law* pela *New York University School of Law*, Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. E-mail: rodrigo.canalli@nyu.edu.

da solução de litígios relacionados à proteção de dados. Embora as leis de proteção de dados prevejam regras jurídicas aplicáveis sempre que dados pessoais são processados, elas não abordam como essa aplicação deve se dar em contextos específicos, como na arbitragem.

As normas de proteção de dados pessoais têm o propósito de conferir densidade e efetividade a direitos fundamentais previstos na Constituição, notadamente aqueles decorrentes da proteção assegurada à privacidade, à intimidade e à liberdade individual. Por essa razão, compreender a natureza e a extensão dos princípios e valores subjacentes à proteção de dados, a partir dos influxos do direito constitucional, é crucial para garantir que a prática da arbitragem respeite e promova a proteção de dados pessoais, sem comprometer a sua eficiência na resolução de conflitos. Por se tratar de atividade de natureza jurisdicional, aliás, pode-se afirmar que “o modelo constitucional do processo aplicável à arbitragem impõe a obediência dos sujeitos do processo arbitral às normas constitucionais” (VAUGHN, 2022, p. 51). Assim, não apenas as partes devem reverenciar os ditames da Constituição ao pactuarem as regras procedimentais da arbitragem, mas a decisão do juízo arbitral deve ser materialmente informada pela ordem de direitos nela assegurados.

2. Do direito à privacidade à proteção de dados pessoais

Do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, o direito à proteção dos dados pessoais emerge da proteção constitucional conferida ao direito à privacidade, do qual sofreu um processo de gradativa diferenciação, como se verá a seguir. Tal como a liberdade de manifestação do pensamento – e seus desdobramentos, como a liberdade de expressão intelectual, artística e científica e a liberdade de imprensa –, o chamado direito à privacidade (*right to privacy*) – e os seus consectários direito à intimidade, à honra e à imagem – também emana do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações. Privacidade que, todavia, não se confunde com isolamento, como já observara o poeta John Donne, nos célebres versos: “nenhum homem é uma ilha, completo em si mesmo; todo homem é um pedaço do continente, uma parte do todo.”

No Brasil, a Constituição da República confere especial proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas ao qualificar tais atributos, no seu artigo 5º, X, como invioláveis, na condição de direitos fundamentais da personalidade, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A fim de instrumentalizar tais direitos, a Constituição prevê, ainda, no artigo 5º, XII, a inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal”.

No plano internacional, o direito à proteção da lei contra interferências indevidas na privacidade é proclamado por diversos instrumentos multilaterais de direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (artigo 12), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 17), a Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 16), adotada em 1989, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigo 14), adotada em 1990, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San

José da Costa Rica, artigo 11), a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (artigo 8º), a Carta Árabe sobre Direitos Humanos (artigo 21), a Declaração de Direitos Humanos da Associação das Nações do Sudeste Asiático (artigo 21) e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação em África (Princípio 40), adotada em 2019 pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

A amplitude do seu reconhecimento, todavia, contrasta com a dificuldade em se delinear com precisão o seu objeto. As definições acadêmicas de privacidade vão desde um direito da personalidade ao controle sobre a informação pessoal, passando por conceitos como intimidade, sigilo e acesso limitado ao “eu” (SOLOVE; SCHWARTZ, 2021). No clássico *The Right to Privacy* (1890), escrito a quatro mãos por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, já se aludia a uma certa imprecisão inerente ao direito à privacidade, sugerindo-se que a dificuldade na sua delimitação conceitual estaria relacionada à incessante demanda pelo reconhecimento de novos conteúdos para esse direito, em face de mudanças políticas, sociais e econômicas. Por esse motivo, a exata natureza e extensão da proteção à privacidade dos indivíduos careceria de redefinição de tempos em tempos. Apesar de muita tinta já ter sido gasta na busca de se clarificar seu significado, nas palavras de Richard Posner (1977), o conceito de privacidade permaneceria, ainda no último quarto do século XX, elusivo e mal definido. Para Robert Post (2021), a privacidade é um valor extremamente complexo, entrelaçado por dimensões concorrentes e contraditórias, e carregado de significados distintos. Em uma abordagem contemporânea e integradora, porém, pode-se dizer que o direito à privacidade visa proteger “a subjetividade emergente, dinâmica, dos esforços de atores comerciais e governamentais para tornar indivíduos e comunidades fixos, transparentes e predizíveis. Ela protege as práticas (...) através das quais a capacidade de autodeterminação se desenvolve” (COHEN, 2013, p. 1905).

Apesar da fluidez conceitual, é seguro afirmar que o direito à privacidade se projeta como anteparo da personalidade humana em suas relações sociais, assumindo, sua proteção, caráter estrutural indispensável das sociedades democráticas. Na história do constitucionalismo moderno, o próprio reconhecimento de uma esfera de privacidade imune à ingerência externa surge como fator de limitação do poder das autoridades constituídas sobre os cidadãos: se a eles não fosse assegurada uma esfera de intimidade privada, livre de interferência externa, um espaço onde o pensamento independente e novo pudesse ser gestado com segurança, de nada serviria a liberdade individual, aí incluída a própria liberdade de expressão.

Já em 1968, Alan Westing caracterizava a estrutura do direito à privacidade como controle sobre os usos da informação pessoal. Nesse sentido, a privacidade seria “a pretensão de indivíduos, grupos ou instituições de determinarem para si quando, como e em que extensão a informação sobre eles será comunicada a outros” (WESTING, 1968, p. 7). Essa concepção do direito à privacidade alinha-se ao reconhecimento do seu papel social na própria preservação da personalidade e no desenvolvimento da autonomia individual. A existência de uma esfera de privacidade permite que, por exemplo, determinados conflitos pessoais ou erros da juventude, desde que sem consequência significativa para a sociedade, não tenham projeção exacerbada sobre as possibilidades de vida de um indivíduo. A privacidade produz um ambiente seguro para que pensamentos, ideias e opiniões sejam compartilhados em círculos limitados e testados antes de serem publicamente expostos.

Permite, dito de outro modo, o espaço de liberdade onde se processa a experimentação necessária ao progresso social.

Nesse sentido, ainda em 1967, no julgamento do caso *Katz v. United States*, a Suprema Corte dos EUA superou a sua jurisprudência até então prevalecente para assentar que a escuta e a gravação de comunicações telefônicas equivalem aos procedimentos de busca e apreensão, sujeitando-se, como tais, aos limites definidos pela Quarta Emenda à Constituição daquele país, que essencialmente assegura o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do domicílio contra certas modalidades de ações estatais arbitrárias. Sob a liderança do *Chief Justice* Earl Warren, a proteção constitucional contra a invasão estatal arbitrária foi estendida, na redefinição empreendida pela Corte, a qualquer “expectativa razoável de privacidade”.

Em 2018, no julgamento de *Carpenter v. United States*, aquela Corte decidiu que a mesma cláusula da Constituição também protege o sigilo dos registros referentes às informações de localização de telefones móveis, mantidos pelas operadoras do serviço, condicionada a sua disponibilização à existência de ordem judicial de busca e apreensão proferida no curso de procedimento criminal. O histórico dos registros de localização de telefones móveis, constatou-se, permite que o Estado instaure uma “vigilância quase perfeita” e que “viaje de volta no tempo para refazer o itinerário de uma pessoa”, levantando preocupações relacionadas à privacidade ainda maiores do que aquelas apresentadas pelo monitoramento por meio da tecnologia GPS (*Global Positioning System* ou Sistema de Posicionamento Global).

Independentemente do seu conteúdo, mutável com a evolução tecnológica e social, no entanto, é possível afirmar que permanece, como denominador comum da privacidade e suas derivações mais recentes – da autodeterminação informativa à proteção dos dados pessoais –, o entendimento de que a privacidade somente pode ceder diante de justificativa consistente e legítima. No dizer de Warren e Brandeis (1890), “a invasão injustificada da privacidade individual deve ser repreendida e, tanto quanto possível, prevenida”. Helen Nissenbaum (2004) defende que determinar se uma ação é considerada violação de privacidade depende do equacionamento de diversas variáveis, incluindo o contexto da ação, a natureza da informação em relação ao contexto, os papéis dos agentes que recebem informações, suas relações com os titulares da informação e o modo como a informação é compartilhada ou disseminada.

Hoje, os maiores desafios contemporâneos à proteção da privacidade estão relacionados a supostos imperativos de segurança nacional e de eficiência do Estado, à proliferação de sistemas de vigilância em massa e à emergência das mídias sociais, juntamente com a manipulação de dados pessoais em redes computacionais por inúmeros, e frequentemente desconhecidos, agentes públicos e privados. À medida em que evoluem as tecnologias da informação e da comunicação, também a facilidade com que a privacidade é protegida ou exposta se transforma. Se, de um lado, sucedem-se ou alternam-se tecnologias de comunicação – carta, telégrafo, telefone, telefone móvel, redes sociais, aplicativos de mensagens – de outro, adaptam-se e apuram-se as tecnologias voltadas à vigilância – interceptação, raios-x, acesso furtivo a sistemas, descriptação etc.

A hermenêutica constitucional e o desenvolvimento legislativo não podem ficar alheios a essas transformações, tendo em vista a manutenção do equilíbrio entre proteção

da privacidade e os limites da atuação do Estado. É que, assim como o patamar de desenvolvimento tecnológico, a Constituição institui, ela mesma, um conjunto de restrições à interferência do Estado nas vidas dos indivíduos. Como analisa Lawrence Lessig, em ensaio seminal acerca das implicações do desenvolvimento das tecnologias de comunicação em rede para a interpretação constitucional (1996), é a combinação de constrangimentos tecnológicos e constrangimentos legais que define, em um dado momento, as restrições efetivamente enfrentadas pelo Estado, caso este deseje intervir em determinado aspecto do domínio privado de um cidadão.

A Constituição escrita no mundo analógico há de ser traduzida para o mundo digital, de modo a preservar, neste, os interesses, os direitos e as liberdades que originalmente preservava. Desse modo, longe de ser usurpado, o sentido das palavras da Constituição, o alcance da proteção constitucional, é preservado em face da mudança do contexto. A cada estágio do desenvolvimento tecnológico, em que se torna materialmente possível a imposição de níveis de controle cada vez maiores sobre diferentes aspectos das vidas das pessoas, renova-se a questão a ser respondida pelas Cortes quanto a permitir que esses espaços sejam preenchidos com incremento do poder estatal ou com o incremento das proteções à privacidade individual (LESSIG, 1996).

Essa compreensão norteou o Supremo Tribunal Federal ao referendar, em 07 de maio de 2020, a medida cautelar deferida pela Ministra Rosa Weber, relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387, para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, que determinava às empresas de telefonia o compartilhamento dos dados de seus usuários com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Assentou a relatora, na decisão referendada, que as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade.

No julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que as informações relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural configuram dados pessoais, integrando, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (artigo 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (artigo 5º, X e XII), razão pela qual sua manipulação e tratamento devem observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. O tribunal também assentou que o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa (dimensão da privacidade atinente ao controle do indivíduo sobre os próprios dados), positivados no artigo 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais, traduzem decorrências dos direitos da personalidade.

A teor da jurisprudência do STF firmada no julgamento da ADI 6.387, as cláusulas constitucionais relativas à proteção da intimidade e da vida privada (artigo 5º, X, da Constituição da República) e à inviolabilidade do sigilo de dados (artigo 5º, XII, da Constituição da República) amparam a instituição de um regime de proteção de dados pessoais.

Mais recentemente, foi acrescentado o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição da República, por meio da Emenda Constitucional nº 115/2022, a fim de tornar textualmente explícita a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, entre os direitos e garantias fundamentais. A emenda fixou, ainda, a competência privativa da União para legislar

sobre proteção e tratamento de dados pessoais e para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais.

Ao julgar a ADI 6.649 e a ADPF 695, em 15 de setembro de 2022, já sob a égide do novo texto constitucional, o Plenário do STF assentou que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais possui ao menos duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva, resultando em duas ordens de garantias: (i) aquelas que conformam o chamado devido processo informacional e (ii) as relativas ao dever de proteção, o qual se desdobra, por sua vez, em salvaguardas traduzidas em normas de organização e procedimento e normas de proteção. Normas conformadoras dessas duas ordens de garantias integram a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), e ambas refletem na arbitragem: as garantias subjetivas impõem aos procedimentos arbitrais a observância da disciplina normativa relativa à coleta e ao tratamento de dados, ao passo que as garantias objetivas se projetam como balizas cognitivas a serem necessariamente observadas pelo juízo arbitral ao apreciar litígio eventualmente decorrente do regime normativo de proteção de dados pessoais.

3. GDPR e o efeito Bruxelas na proteção de dados pessoais

A adoção, pela União Europeia (UE), do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (Regulamento UE 2016/679), em 14 de abril de 2016, é considerada um verdadeiro marco global da disciplina jurídica do processamento de dados pessoais, em grande parte devido ao seu efeito sistêmico. Em vigor desde maio de 2018 e conhecido pela sigla GDPR (do inglês *General Data Protection Regulation*), o pioneiro regulamento europeu serviu de modelo para legislação análoga adotada por diferentes países, entre os quais a África do Sul, a Argentina, o Japão e o Brasil. Evidencia-se, assim, na proteção de dados pessoais, um exemplo do chamado “efeito Bruxelas”, termo cunhado por Anu Bradford (2019) para descrever o poder geopolítico que permite à União Europeia influenciar unilateralmente os padrões regulatórios internacionais em diferentes setores econômicos, como níveis de emissões de poluentes, segurança de dispositivos eletrônicos de consumo, antitruste e proteção de dados pessoais. Ao combinar um mercado relevante e de tamanho expressivo com uma cultura de regulação rigorosa, a União Europeia define regras que adquirem alcance global, uma vez que, para terem acesso aos mercados europeus, as empresas estrangeiras devem se adequar aos seus padrões.

Nesse contexto, o GDPR tem impulsionado a adoção de leis e práticas de proteção de dados pessoais em todo o mundo, notadamente por exigir que as empresas que lidam com dados pessoais de cidadãos da UE cumpram seus padrões independentemente de onde os dados sejam processados ou estejam armazenados. A Microsoft, por exemplo, anunciou aderência global de seus produtos e serviços aos padrões do GDPR, assegurada por instrumentos contratuais, tão logo o regulamento europeu entrou em vigor (BRILL, 2018).

Além dos fatores geoeconômicos mencionados, o GDPR prevê amplo escopo jurisdicional e aplicação extraterritorial. No que diz com o seu âmbito de aplicação territorial, vale destacar que o regulamento é aplicável ao tratamento de dados pessoais (i) efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento situado na EU, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora do respectivo território (artigo 3.1); ou (ii) quando

as atividades de tratamento estiverem relacionadas à oferta de bens ou serviços, ainda que sem a exigência de pagamento, a titulares de dados fisicamente presentes na UE (independentemente de residência ou cidadania) (artigo 3.2.a).

Nos termos do GDPR, dado pessoal é a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados). Uma pessoa identificável é aquela que pode ser identificada, direta ou indiretamente, por referência a um identificador, como um nome, um número de identificação, dados de localização, ou até mesmo por elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular (artigo 4.1). Tratamento refere-se a qualquer operação sobre dados pessoais, por meios automatizados ou não, incluindo a coleta, o registro, a organização, a estruturação, o armazenamento, a alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação e a destruição dos dados (artigo 4.2). No regime do GDPR, o tratamento de dados pessoais somente será lícito quando verificada alguma das hipóteses autorizadoras nele previstas (artigo 43).

A arbitragem não figura de modo expresso, no GDPR, entre as hipóteses autorizadoras do tratamento de dados. Dessa forma, a base legal do tratamento de dados pessoais em processo arbitral dependerá do propósito específico do tratamento e da relação do controlador com o titular do dado. Na maioria dos casos, deverá envolver as hipóteses de consentimento do titular dos dados (artigo 6.1.a), de tratamento necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte (artigo 6.1.b) ou de tratamento necessário para exercício de interesse legítimo do controlador ou de terceiros (artigo 6.1.f).

4. LGPD: o novo regime jurídico de proteção de dados pessoais no Brasil

Em setembro de 2020, vinte e cinco meses após a sua publicação, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Com forte inspiração no regime instituído pelo GDPR, o diploma legal, que tem como principal objetivo proteger os dados pessoais de indivíduos, define direitos e deveres relacionados ao tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, notadamente nos meios digitais. Ao estabelecer regras sobre como essas informações devem ser coletadas, armazenadas, utilizadas e compartilhadas, a LGPD efetiva direitos fundamentais previstos na Constituição da República e é tida como complementar ao Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

Assim como o GDPR, a LGPD se aplica não apenas a qualquer tratamento ou coleta de dados que ocorra no Brasil, mas também quando o tratamento se destina à oferta de bens ou serviços a pessoas localizadas no Brasil (SOLOVE; SCHWARTZ, 2021). Na medida em que institui novo e abrangente regime jurídico de proteção de dados pessoais, a LGPD, presumivelmente, adiciona um flanco de litigiosidade às relações interpessoais. Se, por um lado, os novos direitos aumentam a pressão sobre o Poder Judiciário, por outro, podem revelar a adequação de métodos alternativos de resolução de litígios, em especial no tocante aos litígios entre titular e controlador de dados (BOTTINO *et al.*, 2020).

Na dicção da LGPD, dado pessoal é toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (artigo 5º, I). Por sua vez, o dado pessoal relacionado à origem

racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou à organização de caráter religioso, filosófico ou político, à saúde ou à vida sexual, bem como o dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, é classificado pela legislação como dado pessoal sensível (artigo 5º, II).

A disciplina da proteção de dados pessoais tem como pilares, na LGDP, a teor do seu artigo 2º, (i) o respeito à privacidade, (ii) a autodeterminação informativa, (iii) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, (iv) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, (v) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, (vi) a livre-iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, e (vii) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A exemplo do GDPR (artigo 6º), as hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais ou de dados pessoais sensíveis são enumeradas, respectivamente, nos artigos 7º e 11 da LGDP. Toda operação que envolva o tratamento de dados pessoais ou de dados pessoais sensíveis deve estar fundamentada em uma base legal válida e pertinente. Entre as hipóteses em que autorizado, respectivamente, o tratamento de dados pessoais e o tratamento de dados pessoais sensíveis, os artigos 7º e 11 da LGPD incluem o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, observada, quanto a este último, a disciplina da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem). O dispositivo visa a assegurar a utilização de dados pessoais como prova no processo arbitral. No âmbito do procedimento arbitral, portanto, o tratamento de dados pessoais rege-se pelas disposições da LGPD em conjunto com a Lei nº 9.307/1996.

A dispensa da exigência de consentimento do titular para o tratamento de dados pessoais não desobriga os agentes de tratamento da observância das demais obrigações previstas na LGPD, notadamente os princípios gerais do tratamento de dados pessoais e os direitos do titular dos dados. O tratamento de dados pessoais no âmbito do procedimento arbitral deve ser feito de forma transparente, de modo que o indivíduo cujos dados forem utilizados em processo arbitral tem o direito de ser informado sobre como esses dados serão tratados e qual a finalidade dessa utilização. Além disso, o compartilhamento desses dados com terceiros só é autorizado em casos específicos previstos em lei, como o para cumprimento de obrigação legal ou regulatória (artigos 7º, II, e 11, II, “a”, da LGPD).

A LGPD estabelece 10 (dez) princípios (artigo 6º) que devem ser observados durante o tratamento de dados pessoais. São eles: (i) finalidade – realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; (ii) adequação – compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; (iii) necessidade – limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; (iv) livre acesso – garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; (v) qualidade dos dados – garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; (vi) transparência – garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do

tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; (vii) segurança – utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; (viii) prevenção – adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; (ix) não discriminação – impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e (x) responsabilização e prestação de contas – demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais, e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

De modo geral, os princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais, nos termos da LGPD, guardam estreita correspondência com princípios ou direitos congêneres assegurados no GDPR (artigos 5 e 15).

5. Arbitragem e proteção de dados pessoais

Método alternativo de resolução de conflitos amplamente utilizado internacionalmente, e cada vez mais no Brasil, a arbitragem consiste no deslocamento de uma disputa para ser solucionada por um árbitro ou tribunal arbitral privado, ao invés de recorrer ao Poder Judiciário. A natureza privada da arbitragem a torna especialmente atrativa para a solução de disputas relacionadas a relações empresariais e comerciais marcadas pela confidencialidade. Esse traço sugere haver uma certa afinidade vocacional entre a arbitragem e a proteção de dados pessoais, bem como uma elevada expectativa das partes no que se refere à segurança das informações apresentadas, notadamente em disputas envolvendo segredos industriais, dados financeiros e informações relacionadas a pessoas identificadas ou identificáveis (PASTORE, 2017).

De acordo com pesquisa publicada pela *School of International Arbitration* (SIA) da *Queen Mary University of London*, é possível notar, a partir de 2020, uma intensificação do uso, por instituições arbitrais, de tecnologias digitais, como videoconferência, armazenamento de dados em nuvem e sala de audiência virtual. Impulsionada pela necessidade de adaptação da prática da arbitragem ao contexto da pandemia de Covid-19, essa tendência coloca novos desafios para a proteção da privacidade e aponta para a relevância crescente da proteção de dados pessoais e da cibersegurança no contexto da arbitragem (QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, 2021).

Em geral, a aplicação das regras de proteção de dados não depende do tipo de arbitragem (se doméstica ou internacional, se comercial ou Estado-investidor), e sim de o tratamento de dados pessoais durante a arbitragem, por qualquer um dos seus participantes, enquadrar-se no escopo material e jurisdicional da legislação pertinente.

5.1. Protegendo dados pessoais na arbitragem

Tal qual ocorre no processo judicial, a coleta e o tratamento de dados pessoais são inescapáveis no procedimento arbitral, cujos atos devem, por esse motivo, atentar para a observância do direito incidente sobre a proteção de dados pessoais das partes, seus advogados,

árbitros, *experts* e testemunhas (FERREIRA & ALMEIDA, 2021). Fração substancial da informação circulante durante uma típica arbitragem comercial, internacional ou não, provavelmente conterá informações qualificadas como dados pessoais (INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, 2022). Sendo frequente a utilização de documentos e informações confidenciais para a solução de um conflito, é essencial que as partes envolvidas no processo arbitral estejam cientes das obrigações previstas na LGPD, garantindo assim a proteção dos dados pessoais de todos os envolvidos e a integridade do processo arbitral. Ressalte-se que, por instituírem normas de ordem pública relativamente ao tratamento de dados pessoais, a incidência das regras da LGPD não pode ser afastada por convenção de arbitragem, e a violação de direito assegurado na LGPD, durante o processo arbitral, dá ensejo a que o indivíduo prejudicado busque medidas legais para reparação dos danos causados. Para que, no procedimento arbitral, as informações pessoais sejam tratadas de acordo com as regras estabelecidas na lei, árbitros e tribunais arbitrais devem adotar medidas para garantir conformidade à LGPD.

Na arbitragem, há tratamento de dados pessoais desde a qualificação das partes, no compromisso arbitral (FERREIRA & ALMEIDA, 2021). Não apenas contratos comerciais e outros documentos apresentados ao tribunal arbitral tipicamente contêm dados e informações pessoais, mas os próprios documentos constituídos durante o procedimento – inclusive a própria sentença arbitral. O processamento de todos esses documentos deve observar as normas de proteção aplicáveis. Assim, a coleta de dados deve ser transparente em relação aos titulares (GDPR, artigo 5.1.a; LGPD, artigo 6º, VI) e limitada aos estritamente necessários à realização do procedimento arbitral (GDPR, artigo 5.1.c; LGPD, artigo 6º, III). No caso da LGPD, ainda, diante da regra inscrita no seu artigo 7º, VI, a estipulação de cláusula compromissória em contrato dispensa o consentimento expresso do contratante para o tratamento dos seus dados pessoais no procedimento arbitral correspondente.

Todos os envolvidos na arbitragem devem adotar políticas de proteção de dados que incluam (i) o estabelecimento de protocolos de segurança para o armazenamento e a transferência de informações sensíveis, (ii) a imposição de restrições e controles de acesso a essas informações, e (iii) um procedimento para notificação das pessoas afetadas, para mitigação de possíveis danos, em caso de vazamento ou acessos não autorizados (PASTORE, 2017). Ademais, a necessidade de proteção dos dados custodiados por tribunais arbitrais contra acessos indevidos e usos não autorizados estende-se para além do âmbito do processo arbitral, abrangendo todas as informações pessoais armazenadas (FERREIRA & ALMEIDA, 2021).

Na esteira do GDPR (artigo 4.7 e 4.8), a LGPD (artigo 5º, VI e VII) define como controlador dos dados, ou responsável pelo tratamento, a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Por sua vez, operador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Controlador e operador são os entes responsáveis pela reparação de eventual dano patrimonial, moral, individual ou coletivo causado ao titular dos dados em decorrência de violação à legislação de proteção. Da forma como definido no GDPR e na LGPD, o conceito de controlador inclui praticamente todos os atores envolvidos em uma arbitragem, situação com elevado potencial para a criação de obrigações e responsabilidades conflitantes (PAISLEY, 2018).

5.2. Arbitrando sobre proteção de dados pessoais

A LGPD tem como principal objetivo (artigo 1º) a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Na medida em que indisponíveis, os direitos da personalidade não podem ser submetidos à arbitragem (BOTTINO et al., 2020). Assim, naquilo em que protegem os direitos fundamentais da privacidade, da autodeterminação informativa, da liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, controvérsias decorrentes das normas de proteção de dados pessoais não podem ser objeto de arbitragem.

De toda sorte, ainda que circunscrito, segundo o artigo 1º da Lei de Arbitragem, à composição de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, há cenários em que o processo arbitral pode envolver o tratamento de dados pessoais. Relações jurídicas estabelecidas a respeito da guarda e transferência de dados pessoais entre agentes de tratamento, por exemplo, revestem-se de consequências patrimoniais que não se confundem com os direitos de personalidade do titular dos dados. O mesmo se pode dizer de disputas entre agentes de tratamento acerca de disposição contratual versando sobre direito de regresso em razão de responsabilização perante o titular dos dados (BOTTINO et al., 2020). Conflitos entre titulares de dados e agentes de tratamento, por outro lado, não poderiam ser submetidos à arbitragem.

5.3. Fluxo transfronteiriço de dados pessoais no contexto da arbitragem internacional

À medida em que parcela cada vez maior das nossas relações privadas ocorre em meio digital, e em plataformas cuja arquitetura é global, o acesso a dados situados além de fronteiras se torna cada vez mais comum e presente até mesmo em transações comerciais corriqueiras. Porém, enquanto a internet se apresenta como uma estrutura de alcance global, as jurisdições nacionais são estruturadas localmente. Nesse contexto, a exigência de conformação a padrões de proteção à privacidade, no que se refere à transferência internacional de dados pessoais, traduz verdadeiro imperativo da proteção global dos direitos humanos na era digital.

Por transferência internacional de dados pessoais, entende-se a transmissão de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro. A disciplina normativa da transferência internacional de dados pessoais é de particular relevância no contexto da arbitragem internacional, amplamente empregada para resolver disputas transfronteiriças. Além disso, a produção probatória na arbitragem internacional tipicamente envolve fluxos transfronteiriços de dados.

A imposição de requisitos para a transferência de dados para outras jurisdições é uma das principais maneiras pelas quais tanto o GDPR quanto a LGPD se aplicam à arbitragem internacional. Pela sua própria natureza, é frequente que uma arbitragem internacional envolva participantes sujeitos a diferentes jurisdições e, conseqüentemente, diferentes regimes de proteção de dados pessoais. Por exemplo, no caso de uma arbitragem entre uma

empresa brasileira e uma empresa espanhola realizada no âmbito de instituição arbitral da União Europeia, e com árbitros do Brasil, dos EUA e da UE, por exemplo, tanto a instituição arbitral quanto o árbitro residente na UE deverão satisfazer as condições exigidas pelo GDPR para transferência de dados pessoais aos árbitros baseados no Brasil e nos EUA. Como a UE não considera que nem os EUA nem o Brasil oferecem níveis adequados de proteção, garantias contratuais deverão ser acionadas. Ao mesmo tempo, o árbitro situado no Brasil terá que cumprir com as exigências da LGPD para transferir dados pessoais para os demais participantes da arbitragem (INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, 2022).

Os artigos 44 a 55 do GDPR estabelecem as condições para a transferência de dados pessoais a países não membros da União Europeia. No Brasil, o tema é regulado, de forma similar, nos artigos 33 a 36 da LGPD, que permite a transferência internacional de dados pessoais nas seguintes hipóteses: (i) para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao nela previsto; (ii) quando o controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados; (iii) quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional; (iv) quando a transferência for necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (v) quando a autoridade nacional autorizar a transferência; (vi) quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional; (vii) quando a transferência for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público; (viii) quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação; ou (ix) quando a transferência for necessária para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados, ou para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.

A autorização categórica conferida pelo artigo 33, IX, da LGPD, no tocante à transferência internacional de dados pessoais para o exercício regular de direitos em processo arbitral, parece sugerir que a hipótese independe de o país de destino desses dados proporcionar grau de proteção de dados pessoais equivalente ao da LGPD, ou do oferecimento, pelo controlador, de garantia de cumprimento dos princípios, dos direitos e do regime de proteção de dados pessoais nela previstos. Tal leitura mostra-se coerente com a sua finalidade de salvaguardar o direito de produção de provas no processo arbitral, evitando o cerceamento de defesa (ZAPPELINI, 2020).

Por outro lado, ao autorizar a comprovação do cumprimento do regime de proteção de dados nela previsto por meio de cláusulas contratuais específicas, a hipótese do artigo 33, II, da LGPD sugere, ainda, a possibilidade de concatenamento do compromisso arbitral ou a cláusula compromissória com as cláusulas contratuais enunciativas de garantias de proteção dos dados, de modo a se conferir maior legitimidade e segurança à transferência dos dados em arbitragens internacionais.

6. Conclusão

Como visto, a proteção de dados pessoais nasce da proteção constitucional conferida à privacidade e, na sua forma atual, repercute na arbitragem sob dois ângulos distintos. De um lado, a necessidade de observância das leis de proteção de dados pessoais no curso do processo arbitral (proteger os dados pessoais na arbitragem) e, de outro, a possibilidade de submissão, ao juízo arbitral, de disputas fundadas sobre determinados aspectos do regime de proteção de dados pessoais (arbitragem sobre proteção de dados pessoais). Além disso, o tema do fluxo transfronteiriço de dados pessoais assume especial relevo no contexto da arbitragem internacional. Em qualquer caso, para garantir que a prática da arbitragem respeite e promova a proteção de dados pessoais, sem comprometimento da sua eficiência na resolução de litígios, é essencial compreender o regime de proteção de dados pessoais à luz dos princípios e valores constitucionais que o norteiam, bem como das consequências práticas do efeito Bruxelas.

Referências



Doutrina estrangeira

1.

ARBITRAJE COMERCIAL Y CONSTITUCIÓN FEDERAL: MÉXICO

ANA MARÍA CASTRO DOSAL¹

CECILIA AZAR MANZUR²

Introducción

Al hablar de constitucionalismo mexicano debe tenerse en cuenta su estructura orgánica y la división de poderes que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la “Constitución Federal”) prevé, entendida tradicionalmente como el poder legislativo, judicial y ejecutivo. Asimismo, debe considerarse los derechos sustantivos que la Constitución consagra.

El presente artículo analiza cuál ha sido el papel y pronunciamiento del poder legislativo, judicial y ejecutivo en el desarrollo del arbitraje comercial en México. Asimismo, qué han mencionado dichos poderes sobre la relación entre el arbitraje comercial y la Constitución Federal.

La tesis del presente artículo es que el poder legislativo federal, al regular el arbitraje comercial en el Código de Comercio y al reconocer constitucionalmente los mecanismos alternativos de solución de controversias, escasamente analizó la relación entre el arbitraje comercial con la Constitución Federal. Ello ha generado que la discusión en torno a la constitucionalidad del arbitraje, en lugar de superarse, sea recurrente.

Por su parte, el poder judicial activamente ha emitido criterios en los que analiza la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos del Título Cuarto Libro Quinto del Código de Comercio que regula el arbitraje comercial, consistentemente emitiendo criterios favorables y refrendando su legalidad. Sin embargo, es cuestionable

1. Es asociada en el área de Litigio y Arbitraje Comercial en Galicia Abogados desde el año 2020. Ana María se especializa en litigio civil y mercantil y arbitraje comercial. Ana María está autorizada para ejercer en México y en Nueva York.

2. Es Socia del área de Litigio y Arbitraje Comercial en Galicia Abogados desde el año 2020. Cecilia se especializa en mediación y procedimientos judiciales relacionados con medios alternativos de solución de controversias con más de 25 años de experiencia.

si criterios emitidos por el poder judicial en realidad debieron ser realizados por el poder legislativo mediante precisiones a la legislación. Asimismo, la falta de guía por parte del legislativo respecto de la caracterización del arbitraje comercial puede traer consecuencias peligrosas como considerar que el arbitraje se encuentra en el mismo plano constitucional que la función jurisdiccional.

Finalmente, se analiza el escaso pronunciamiento y, en ocasiones, el desconocimiento del poder ejecutivo en cuanto a qué debe entenderse por arbitraje comercial.

A. Pronunciamiento del Poder Legislativo sobre la relación entre el Arbitraje Comercial y la Constitución Federal

El Código de Comercio, cuyo objeto es regular las relaciones mercantiles a nivel federal, fue reformado el 4 de enero de 1989 a efecto de adicionar el Título Cuarto del Libro Quinto “Del Procedimiento Arbitral”; por virtud de este título se adoptaron algunas disposiciones (pero no su totalidad) de la Ley Modelo de Arbitraje elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL” por sus siglas en inglés), así como disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.³

Durante dicho proceso legislativo, poco se dijo sobre la necesidad de incluir dicho capítulo y mucho menos su relación con la Constitución Federal. Dentro de la exposición de motivos para la incorporación, los legisladores destacaron la necesidad de “*dar las normas básicas sobre el acuerdo arbitral y su procedimiento, los cuales reflejan criterios dominantes en la materia contenidos en la legislación nacional*”⁴ o bien, “*para regular este instrumento de gran difusión para la solución de conflictos, tanto a nivel nacional como internacional*”.⁵

Poco tiempo después de la inclusión de dicho capítulo al Código de Comercio, al estimar la conveniencia de contar con una legislación moderna sobre el arbitraje internacional, conocida universalmente y de amplia aceptación en los medios comerciales internacionales, dicho título fue reformado en 1993 en su conjunto a efecto de incorporar en su totalidad la Ley Modelo de Arbitraje elaborada por la CNUDMI.

Los legisladores estimaron que la incorporación de la Ley Modelo de Arbitraje - la cual es el resultado de una negociación universal realizada en el seno de las Naciones Unidas - constituiría una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales, al regular todas las etapas del procedimiento arbitral y refleja el consenso mundial sobre los principios y prácticas del arbitraje internacional.⁶

3. C. Treviño, La nueva legislación mexicana sobre arbitraje comercial, adopción de la ley modelo de UNCITRAL, Revistas Colaboración Jurídicas, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/download/20183/18110>

4. Proceso legislativo a la reforma del Código de Comercio, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1989, Exposición de Motivos, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=HpCAHl9wwarDa35+atpLYXN-QFR5YdLI5rsvBLwAlptzY67be6wxytyyrLoVxBFS>

5. *Ídem*.

6. Proceso legislativo a la reforma del Código de Comercio, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1993, Exposición de Motivos, disponible en: <https://legislacion.>

En consiguiente, el 22 de julio de 1993, el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, “Del Procedimiento Arbitral” fue completamente sustituido y renombrado como de “Arbitraje Comercial”. La exposición de motivos de dicha reforma justificó la modificación del capítulo en cuestión con base en lo siguiente:⁷

La figura del arbitraje da respuesta a la intensa red de relaciones comerciales entre distintos países. El arbitraje es un instrumento práctico y expedito de solución de controversias, destacando entre las ventajas la celeridad, el costo económico definido y la acentuada especialización, beneficios acordes con una sociedad en pleno desarrollo.

Las lagunas legales en materia mercantil pueden convertirse en obstáculos al comercio cuando impiden o dilatan su desarrollo. Por ello, siempre y cuando exista un respeto irrestricto del orden público, es indispensable adecuar la legislación mercantil a las necesidades de la época.

La inclusión de cláusulas de arbitraje en contratos comerciales se ha multiplicado en las últimas décadas.

La tarea natural de los tribunales domésticos es la de aplicar las leyes nacionales a casos de derecho interno. Cuando un tribunal mexicano debe aplicar derecho extranjero se encuentra con problemas insuperables, como la dificultad de probar conocer e interpretar el derecho extranjero. Los legisladores estimaron que dichos problemas se obvian en el arbitraje, ya que los tribunales arbitrales se conforman por personas altamente calificadas, especialistas en las ramas de derecho comercial que requiera el procedimiento.

Estimaron que la ejecución de laudos arbitrales extranjeros sería más sencilla que el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras, al no ser producto de la actividad judicial de un tribunal extranjero, aunado a que la experiencia ha demostrado que *“la mayoría de las veces las partes dan cumplimiento voluntario a los laudos arbitrales”*.⁸

En consecuencia, mediante la reforma de 1993, el Código de Comercio adoptó en esencia el lenguaje de la Ley Modelo de CNUDMI. Desde su incorporación, disposiciones que forman parte del capítulo de “Arbitraje Comercial” han sido reformadas o adicionadas en tres ocasiones; el 27 de enero de 2011, el 6 de junio de 2011, y el 9 de enero de 2012, como se señala a continuación;

Reforma del 27 de enero de 2011

scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=HpCAHl9wwar-Da35+atpLYXNQFR5YdLI5rsvBLwAlptwJzEgMMRUxptly+XhBKhORgf3UYPx5W6FeaFO-3G6xLjg==

7. *Ídem.*

8. *Ídem.*

Se adicionaron los artículos 1464 a 1480 del Código de Comercio que comprenden el Capítulo X, “De la Intervención Judicial en la Transacción Comercial y el Arbitraje”, con la intención de reglamentar puntualmente la intervención judicial al procedimiento arbitral. En la exposición de motivos de dicha reforma se justificó el cambio dado el “*particular interés en los medios de solución de controversias y, dada la relevancia del arbitraje en este sentido para la materia comercial*”.⁹

Entre otras cuestiones se incluyó el procedimiento para la remisión al arbitraje por el juez, previendo que la solicitud deberá hacerse en el primer escrito sobre la sustancia del asunto que presente el solicitante.¹⁰ Asimismo, que se tramitaría bajo la figura de jurisdicción voluntaria: (i) la designación de árbitros; (ii) la adopción de medidas por el juez (cuando una de las partes no actué conforme al procedimiento acordado, no exista un acuerdo de las partes o de los árbitros en el procedimiento o bien, que un tercero -por ejemplo, la institución administradora del arbitraje – no cumpla alguna función conferida)¹¹; (iii) y la consulta sobre honorarios del tribunal. Finalmente, para hacer más ágil el reconocimiento y la ejecución de los laudos, se estableció que no se requiere homologación del laudo, salvo que así se solicite como defensa en un juicio y otro procedimiento.¹²

Reforma del 6 de junio de 2011

Se adicionó un párrafo al artículo 1424 del Código de Comercio. Dicho artículo prevé, desde 1993, que el juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.¹³

9. Proceso legislativo a la reforma del Código de Comercio, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011, Exposición de Motivos, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=HpCAH19wwar-Da35+atplyXNQFR5YdLI5rsvBLwAlptwBzWJM4UMRvvGFhbu0dMDiq3CH9h1HdW3U-c5yK+N3L6A==>

10. Al respecto, toda vez que el artículo 1424 del Código de Comercio prevé que: “El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”, existe un criterio de tesis aislada que establece que ambos preceptos (1424 y 1464, fracción I) se contradicen. Por tanto, que ante una duda razonable sobre la actualización de la competencia del tribunal arbitral, no debe preferirse fallar en favor de la jurisdicción del Estado, pues lo que se busca con la reforma constitucional es la optimización de los derechos de naturaleza constitucional: de acceso a la justicia y a los medios alternativos de solución de controversias cuando la legislación lo permita, para lograr que la voluntad contractual de las partes, de solucionar sus controversias por medios alternativos, cobre vigencia material. Ver tesis con rubro: REMISIÓN AL ARBITRAJE. PUEDE SOLICITARSE EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCEDIMIENTO, HASTA ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA (ALCANCE DE LAS TESIS AISLADAS I.3o.C.503 C Y I.3o.C.504 C), Registro Digital 2021586, febrero 2020.

11. Código de Comercio, artículo 1427.

12. Código de Comercio, artículo 1464-1480.

13. Código de Comercio, Artículo 1424, primer párrafo.

La adición incluyó que, sin menoscabo a lo manifestado en el párrafo anterior, cuando un residente en el extranjero se hubiese sujetado expresamente al arbitraje e intentara un litigio en México, el juez remitirá a las partes al arbitraje,¹⁴ de modo que mediante dicha adición, “si las partes ya tenían un acuerdo de arbitraje previamente pactado, la autoridad jurisdiccional tendrá la obligación legal de remitir inmediatamente a las partes al arbitraje y no podrá pronunciarse previamente sobre la nulidad, ineficacia o la ejecución imposible de dicho acuerdo de arbitraje, otorgándole certeza jurídica al extranjero que su litigio se resolverá con legislación conforme al derecho internacional y tratados internacionales, es decir con reglas ampliamente conocidas y adoptadas en ese ámbito.”¹⁵

Como parte de la discusión entre los legisladores para la adición mencionada, los legisladores se pronunciaron de la interrelación entre el arbitraje y la Constitución Federal: “De acuerdo a nuestra carta magna, el Estado mexicano tiene el monopolio de la jurisdicción, pero esto no impide a los particulares que sustituyan dicha actividad a través de procedimientos de carácter privado como lo es el arbitraje, cuando estos últimos sean admitidos de forma voluntaria, incluso con fuerza de cosa juzgada. El ejercicio del arbitraje no es en ningún momento alguna usurpación de las funciones jurisdiccionales del Estado, o un desentendimiento por parte de éste de su función jurisdiccional, inherente a su soberanía.”¹⁶

Como se advierte, en dicha reforma el legislador consideró necesario explicar los motivos por los cuales el arbitraje no usurpa las funciones del Estado, y que éste retiene el monopolio de la jurisdicción. De las modificaciones al Título Cuarto Libro Quinto del Código de Comercio, la reforma del 6 de junio de 2022 es la única en la que el legislador federal se ha pronunciado respecto de la interrelación entre la Constitución Federal y el arbitraje comercial.

Reforma del 9 de enero de 2012

Los legisladores estimaron necesario modificar el artículo 1467 del Código de Comercio que regula, entre otras cuestiones, el escenario en el que sea un juez quien designe al árbitro o a los árbitros. Previo a la mencionada reforma, el artículo señalaba que, antes de llevar a cabo la designación, el juez debía consultar con una o varias instituciones arbitrales, cámaras de comercio o industria designadas a su criterio. Mediante la reforma en cuestión, los legisladores precisaron necesario incluir dentro de las instituciones que deberá consultar el juzgador, a los corredores públicos, ya que éstos en términos de la Ley Federal de Correduría Pública, también pueden fungir como árbitros.¹⁷ Como se advierte, la reforma del 9 de enero de 2012 no presentó ningún tinte constitucional.

14. Código de Comercio, Artículo 1,424, tercer párrafo.

15. Proceso legislativo a la reforma del Código de Comercio, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, Exposición de Motivos, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=HpCAHl9wwarDa35+atplYXNQFR5YdLI5rsvBLwAlptydXlxBntY+3aC8zS16QEsgJlgVJC4llabvNmy0Hfqog==>

16. *Ídem*.

17. Proceso legislativo a la reforma del Código de Comercio, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2012, Exposición de Motivos, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto>.

Así, durante la historia y evolución del capítulo de “Arbitraje Comercial” del Código de Comercio, el legislador correctamente hizo énfasis en la naturaleza mercantil del arbitraje comercial, enfatizando que éste no consiste en una función jurisdiccional y que ello no pretende usurpar las funciones del Estado. Lo anterior se realizó sin incorporar disposición alguna a la Constitución Federal relativa al arbitraje; únicamente precisando la naturaleza de este mecanismo de solución de controversias en las correspondientes exposiciones de motivos de las reformas al Código de Comercio.

B. Pronunciamiento del Poder Constituyente sobre la relación entre el Arbitraje Comercial y la Constitución Federal

El poder constituyente, esto es, el mismo Congreso de la Unión que tiene la facultad de modificar el Código de Comercio en su carácter de poder legislativo pero ejerciendo sus atribuciones para modificar la Constitución Federal principalmente, se ha referido a cuestiones que atañen arbitraje comercial mediante las reformas al artículo 17 de la Constitución Federal.

El artículo 17 de la Constitución Federal prevé, entre otras cuestiones, que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Asimismo, el derecho de las personas a que se le administre justicia por tribunales que emitan sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, servicio que será gratuito.¹⁸

aspx?q=HpCAHl9wwarDa35+atpLYXNQFR5YdLI5rsvBLwAlptzm/8lu1YdAuJL4FLkKS-P5PXoA8VVjLzhdIizcCFbxcag==

18. Constitución Federal, artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos. Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público. Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil.

El 29 de julio de 2010, el poder constituyente reformó el artículo 17 de la Constitución Federal, con el ánimo de incluir las acciones colectivas y facultar al Congreso de la Unión a emitir leyes que las regulen.¹⁹ No obstante, mediante dicha reforma también se incluyó en el artículo 17 que “[l]as leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”.²⁰

Es importante destacar que durante el proceso de dicha reforma constitucional nada se dijo respecto de la importancia de incluir la citada porción constitucional, ni si el arbitraje comercial debía considerarse como un mecanismo alternativo de solución de controversias a ser regulado por las leyes secundarias.

La porción normativa en cuestión no fue sugerida en el proyecto de reforma al artículo 17 de la Constitución Federal, sino que fue incluida por la cámara revisora (Cámara de Senadores) durante el proceso, concretamente, en la minuta, una vez llevada a cabo la discusión ante dicha cámara. Dicha porción no fue discutida ni comentada, sino que fue aprobada, sin más. Se sabe que su inclusión obedecía a la reforma en materia de juicios orales y mediación penal que estaba teniendo lugar. Su propósito no era impulsar al arbitraje comercial ni zanjar la discusión en torno a su constitucionalidad; sin embargo, indirectamente, se consiguió tal beneficio.²¹

A la par de ello, la Constitución Federal fue reformada el 5 de febrero de 2017 para facultar al Congreso de la Unión a expedir una ley general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal (al haberse promulgado ya una ley específica para dicha materia). Acorde a los transitorios de dicha reforma, el Congreso de la Unión contaba con 180 días a partir de la publicación de la reforma para expedir la citada legislación.²²

A pesar de haberse discutido cinco proyectos distintos, el Congreso de la Unión aún o ha promulgado una ley general de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal. La última iniciativa fue presentada el 24 de enero de 2023. Mediante dicha iniciativa, entre otras cuestiones, se propone la creación de centros de mecanismos alternativos de solución de controversias, prevé el “arbitraje público” (que no debe confundirse con el arbitraje comercial previsto por el Código de Comercio), e incluso una escuela federal de formación judicial. A la fecha del presente artículo, esta iniciativa no se ha discutido.

19. Proceso de reforma a la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2010, Exposición de Motivos, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPs-NLFqe0s7fey1FqridjVBilY0GYkzrVSkRd2Pi7y5Cev2B/AJNY92weOWd70g==>

20. Constitución Federal, artículo 17. Ver nota 15.

21. A partir de dicha reforma se promulgó la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Ver. La iniciativa de expedición de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal se justificó la creación de dicha normativa en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución Federal. Proceso legislativo disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=pwUhdNvCSySjs8D73SRJEHcDOTqBy5ws22oBvm13X-wEP16Sy28zCUBVZtH4XM4t6>

22. Constitución Federal, artículo 73, XXIX-A y régimen transitorio.

El artículo 17 de la Constitución Federal fue nuevamente reformado el 15 de septiembre de 2017 a efecto de modificar el párrafo segundo para reconocer que “[s]iempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.”²³

La reforma obedeció a la necesidad de flexibilizar el sistema judicial dado que, a juicio de los legisladores “se confunde la aplicación de normas con la impartición de justicia. Esto causa insatisfacción y frustración en las personas, y convierte al sistema de impartición de justicia en un sistema que genera injusticias”.²⁴

Con la reforma al artículo 17 de la Constitución Federal en cuestión, los tribunales judiciales han considerado que el arbitraje comercial es un medio alternativo de solución de controversias que encuentra sustento constitucional, implicaciones que serán analizadas en la §C de este artículo.

C. Pronunciamiento del Poder Judicial sobre la relación entre el Arbitraje Comercial y la Constitución Federal

Previo a la incorporación de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, los tribunales judiciales se pronunciaron intensamente con relación al arbitraje. Entre otras cuestiones, (i) se reconoció la validez del arbitraje, cuya naturaleza contractual implica una renuncia a que una autoridad judicial conozca la controversia,²⁵ incluida la renuncia a la apelación,²⁶ así como (ii) la validez de una cláusula arbitral pactada dentro de un contrato de arrendamiento.²⁷

Una vez incorporada la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI al Código de Comercio, los tribunales judiciales se han pronunciado en diversas ocasiones en relación con el arbitraje. Entre otras cuestiones, han emitido criterios relativos al procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos,²⁸ así como a la posibilidad de reconvenir la solicitud de ejecución de un laudo con una acción de nulidad o la demanda de nulidad de laudos con

23. Constitución Federal, artículo 17. Ver nota 15.

24. Proceso de reforma al artículo 17 de la Constitución Federal, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 2017, Exposición de Motivos, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPsNLFqe0s7fey1Fqrieq87fDooUZBWecJ9FT3/UoVI6rpgf4keGer4KrZ9i65w==>

25. Tesis con rubro: ARBITRAJE, Registro Digital 361915, mayo de 1933.

26. Tesis con rubro: JUICIOS ARBITRALES, RENUNCIA AL DERECHO DE APELACIÓN EN LOS, Registro Digital 346780, septiembre de 1947.

27. Tesis con rubro: ARRENDAMIENTO, ARBITRAJE EN EL. CELEBRACIÓN VÁLIDA DEL COMPROMISO, Registro Digital 246573, agosto de 1987.

28. Por ejemplo, la tesis con rubro: ARBITRAJE COMERCIAL. NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN SON PROCEDIMIENTOS JUDICIALES RELACIONADOS CON LOS LAUDOS ARBITRALES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1422, 1457 A 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO), Registro Digital 166508, septiembre de 2009.

una solicitud de reconocimiento y ejecución,²⁹ o bien, a aspectos relevantes y principios que rigen el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.³⁰

El presente capítulo analiza tres criterios en los que el poder judicial se ha pronunciado respecto del arbitraje y su relación con la Constitución Federal. El primero de ellos se refiere a si el arbitraje contraviene lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Federal; el segundo, si ciertos requisitos del Título Cuarto Libro Quinto del Código de Comercio pueden vulnerar el derecho de acceso a la justicia; y el tercero, si el arbitraje es un derecho humano en términos de la Constitución Federal.

¿Es un tribunal arbitral un tribunal especial en términos del artículo 13 de la Constitución Federal?

De las primeras discusiones que correspondió a los tribunales nacionales resolver en materia de arbitraje fue si este procedimiento de resolución de controversias violaba lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Federal, que señala lo siguiente:

“Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.”

Es relevante destacar que desde 1917, año en que la Constitución Federal fue promulgada, dicho artículo jamás ha sido reformado, adicionado o modificado de forma alguna. Ello es algo sumamente raro en el constitucionalismo mexicano, tomando en cuenta que la Constitución Federal ha sido reformada en más de 700 ocasiones.³¹

El artículo 13 de la Constitución Federal fue copiado del texto constitucional anterior, esto es, de la Constitución Federal de 1857. En consecuencia, cuando los tribunales judiciales tuvieron que interpretar cuál fue la intención del constituyente con la inclusión de dicho artículo, han regresado al texto constitucional promulgado en 1857 a efecto de resolver que con dicha disposición se pretendió:

29. Por ejemplo, la tesis con rubro: RECONVENCIÓN DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL INCIDENTE DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. SU TRÁMITE NO ESTÁ PROHIBIDO POR EL CÓDIGO DE COMERCIO Y ES ACORDE CON LA FINALIDAD DE LA INSTITUCIÓN, Registro Digital 167398, abril de 2009.

30. Por ejemplo, la tesis con rubro: ARBITRAJE COMERCIAL. ASPECTOS RELEVANTES Y PRINCIPIOS QUE RIGEN EL TÍTULO CUARTO DEL LIBRO QUINTO DEL CÓDIGO DE COMERCIO, Registro Digital 166510, septiembre de 2009.

31. “La Constitución Política de México es una de las más reformadas en el mundo”, señala el IBD, disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/42439-la-constitucion-politica-de-mexico-es-una-de-las-mas-reformadas-en-el-mundo-senala-elibd.html>

“Consagrar la plena igualdad ante la ley, eliminando las manifestaciones más evidentes que atentan contra ella, como son las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros; de lo que se sigue que la igualdad que consagra el citado precepto se refiere a un aspecto específico: el de la jurisdicción. Así, el artículo 13 constitucional proscrib[e] la aplicación de “leyes” que no sean generales, abstractas y permanentes; de tribunales distintos a los ordinarios creados por la ley con competencia genérica y jurisdicción diferente para las personas, en función de su situación social.”³²

Se menciona lo anterior para destacar la falta de uso y actualización del artículo 13 de la Constitución Federal y como, a pesar de ello, originó que los tribunales judiciales tuvieran que pronunciarse respecto de si el arbitraje viola dicha disposición constitucional, como será explicado a continuación.

En un procedimiento de ejecución de un laudo iniciado en el año 2003, el demandado manifestó que los artículos 1415 a 1463 del Código de Comercio que regulan el arbitraje comercial son inconstitucionales. Lo afirmó así, entre otras cuestiones, porque consideró que el tribunal arbitral que resolvió la controversia es, en términos del artículo 13 de la Constitución Federal, un “tribunal especial” ya que se constituyó únicamente para conocer una determinada controversia, sin tener un carácter permanente y sin la facultad de conocer un número indeterminado de juicios de la misma materia.³³

El caso fue resuelto en definitiva por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien determinó que el arbitraje comercial no vulnera lo previsto en el artículo 13 de la Constitución Federal en atención a lo siguiente:³⁴

El artículo 13 de la Constitución Federal consagra la garantía de igualdad en el marco jurisdiccional, prohibiendo las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros.

32. Tesis Aislada Emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con rubro: “IGUALDAD. LAS GARANTÍAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL LA CONSAGRAN, EN EL ASPECTO JURISDICCIONAL, PROHIBIENDO LAS LEYES PRIVATIVAS, LOS TRIBUNALES ESPECIALES Y LOS FUEROS.”, Registro digital: 197676, derivada del amparo directo en revisión 698/96, emitida el 25 de agosto de 1997.

33. Al respecto, criterios jurisprudenciales han destacado que los tribunales especiales son entendidos bajo la legislación mexicana como aquellos tribunales creados *ad-hoc* para conocer y resolver ciertos delitos. Ver. Tesis de la Primera Sala con rubro “TRIBUNALES ESPECIALES. CONCEPTO DE”, derivada del amparo en revisión 7165/36, emitida el 26 de febrero de 1937.

34. Amparo en revisión 237/2004, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del cual derivaron las siguientes tesis:

ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL., Registro digital 179667, publicada en enero de 2005.

Los tribunales especiales son órganos jurisdiccionales creados por el Estado para conocer exclusivamente de determinados hechos y personas y que se extinguen una vez que emiten su decisión.³⁵

El Código de Comercio establece la posibilidad de que los particulares resuelvan sus controversias mediante el arbitraje comercial, respetando con ello la libertad comercial y el principio de autonomía de la voluntad, en el sentido de que el procedimiento mercantil preferentemente es el que libremente convengan las partes, con las limitaciones que la ley establece.

El procedimiento arbitral se tramita ante personas que no son jueces del Estado, sino particulares elegidos por las partes para resolver una controversia. Asimismo, llegado el momento de la ejecución del laudo debe intervenir la autoridad jurisdiccional. Por ende, el Código de Comercio no otorga a los tribunales arbitrales la calidad de tribunales especiales.

Con ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el arbitraje comercial no vulnera el artículo 13 de la Constitución Federal. Destaca que dicho asunto fue resuelto en abril de 2004 y su sustento precisamente se basa en que el Estado no renuncia a su función jurisdiccional con la posibilidad de prever el arbitraje comercial, argumento que como ya ha sido analizado [§A] fue también utilizado por el poder legislativo en la reforma al Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio del 6 de junio de 2011.³⁶

¿Pueden ciertos requisitos del arbitraje comercial, previstos en el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio vulnerar el derecho de acceso a la justicia?

Como se ha analizado [§A], el artículo 17 de la Constitución Federal fue reformado el 15 de septiembre de 2017 con el ánimo de flexibilizar el sistema judicial y privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos judiciales.³⁷

A partir de dicha reforma constitucional, los tribunales han emitido diversos criterios jurisprudenciales en favor del arbitraje comercial, incluso resolviendo que ciertos criterios previstos en la legislación deben flexibilizarse con el ánimo de fortalecer el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio.³⁸

35. *Idem.* Amparo en revisión 237/2004: “Son Tribunales que no son creados por la ley con carácter permanente y que no han sido establecidos previamente a que ocurran los hechos materia de su competencia; es decir, son los llamados Tribunales por comisión, extraordinarios o ex post factum.”

36. Mediante la cual se estableció que cuando un residente en el extranjero se hubiese sometido expresamente al arbitraje e intentara un litigio, el juez remitirá a las partes al arbitraje. Si bien no se puede afirmar con certeza, dada la cronología entre el criterio jurisprudencial (2005) y la reforma al Código de Comercio (2011), puede presumirse que el legislador usó como base el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a efecto de justificar el procedimiento de reforma en cuestión.

37. Constitución Federal, artículo 17.

38. Por ejemplo, recientemente desaplicaron una porción de la Ley de Justicia Administrativa para el Estado de Nuevo León que prevé el sobreseimiento por caducidad de la instancia, por constituir un obstáculo para el goce del derecho a una justicia pronta y expedita. Ver tesis con

En lo que interesa, recientemente se emitió un criterio judicial en el que prevé que el artículo 1461, párrafo segundo, del Código de Comercio, al establecer como requisito la presentación del original del laudo “debidamente autenticado” o copia del mismo, vulnera el derecho de acceso a la justicia,³⁹ ello en atención a lo siguiente:

Una persona moral promovió en la vía especial sobre transacciones comerciales y arbitraje el reconocimiento y ejecución de un laudo.⁴⁰ Para ello, exhibió con su demanda copia certificada por notario público del laudo original. El juez que conoció el procedimiento dictó sentencia reconociendo el laudo y ordenando su ejecución.

En contra de dicha resolución, la demandada argumentó que no se cumplió con el requisito previsto por el artículo 1461 del Código de Comercio⁴¹ pues no exhibió el laudo arbitral “debidamente autenticado” o copia certificada de éste, al no haberse hecho constar por fedatario público que las firmas puestas en el laudo original efectivamente correspondían a los árbitros.

El argumento de la demandada fue desestimado y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien conoció en definitiva el asunto resolvió que el artículo 1461 en cuestión, al prever como requisito que deba presentarse el original del laudo “debidamente autenticado” viola el artículo 17 de la Constitución Federal pues se trata de un requisito innecesario que condiciona el ejercicio de la acción y es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

rubro: CADUCIDAD. EN UN EJERCICIO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SE DEBE DESAPLICAR EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN V, DE LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, YA QUE CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PARA EL GOCE DEL DERECHO A UNA JUSTICIA PRONTA Y EXPEDITA, ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL, registro digital 2025480, noviembre de 2022.

39. Ver tesis con rubro: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1461, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL PREVER COMO REQUISITO PRESENTAR EL ORIGINAL DEL LAUDO “DEBIDAMENTE AUTENTICADO” O COPIA CERTIFICADA DEL MISMO, VULNERA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA TUTELADO POR EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. registro digital 2025614, diciembre de 2022.

40. *Idem*. Se destaca que dicho laudo fue dictado por consentimiento, dado que éste recogió un convenio de transacción celebrado por las partes para dar por terminada la controversia.

41. Código de Comercio, artículo 1461. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial.

A efecto de justificar su decisión, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó un test de proporcionalidad a efecto de analizar si el requisito de presentar el laudo arbitral “debidamente autenticado” o copia certificada de éste, previsto por el artículo 1461 del Código de Comercio, tiene una finalidad constitucionalmente válida.

Al respecto, resolvió que el requisito en cuestión es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, al derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 de la Constitución Federal, pues se trata de un requisito innecesario que condiciona el ejercicio de la acción.

Como se advierte, el criterio jurisprudencial antes explicado tiene una clara intención de flexibilizar el procedimiento al resolver que es inconstitucional el requisito que el laudo deba presentarse “debidamente autenticado” o copia certificado del mismo.

Sin embargo, se hace notar que si bien el requisito mencionado proviene de la Ley Modelo de la CNUDMI, dicha disposición sufrió una actualización en la citada Ley Modelo en el año 2006, cambio que no ha sido replicado en el Código de Comercio, como será analizado a continuación:

El segundo párrafo del artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI originalmente señalaba que *“La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo.”*⁴²

Dicha redacción fue incorporada, en sus términos, al Código de Comercio dentro del artículo 1461.⁴³

En el año 2006, la Ley Modelo de la CNUDMI fue modificada. Entre otras cuestiones, el segundo párrafo del artículo 35 por lo que ahora éste prevé que *“[l]a parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia del mismo.”*⁴⁴ Como se desprende de la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, ello obedeció a la necesidad de liberalizar los requisitos formales.⁴⁵ Esta modificación no ha sido reflejada en el artículo 1461 del Código de Comercio.

Por lo anteriormente expuesto, la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llegó a la misma conclusión que la Secretaría de la CNUDMI al

42. Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional, versión original 1985.

43. Código de Comercio, artículo 1461. Ver nota 34.

44. Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional, versión original 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006.

45. *Ídem*.

considerar que se debía eliminar el requisito de que el laudo se presente “debidamente autenticado”.

No obstante, es menester preguntarse: ¿era la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien debió realizar todo un análisis constitucional a efecto de llegar a esta determinación o le correspondía más bien al poder legislativo incorporar los cambios de la Ley Modelo de la CNUDMI si precisamente el motivo por el cual se decidió adoptarla fue que dicha ley era una base sólida al reflejar el consenso mundial sobre los principios y prácticas del arbitraje internacional?

¿Debe situarse al arbitraje comercial en el mismo plano que la función jurisdiccional del Estado?

En el año 2003, un criterio aislado, cuya naturaleza no es obligatoria, concluyó que los mecanismos alternos de solución de controversias se establecen en un mismo plano constitucional y con el mismo objeto de resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano. Así, que el acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias es un derecho humano y goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del Estado.⁴⁶

En dicha decisión, el tribunal señaló que “[l]os medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (auto composición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición), en los que el poder de las partes puede ser mayor o menor, en términos de la decisión”.⁴⁷

Así, el tribunal resolvió que la Constitución Federal prevé dos mecanismos de solución de conflictos.⁴⁸

Acudir a los tribunales previamente establecidos que constituyen autoridades encargadas de la impartición de justicia y que tienen la facultad monopólica de determinar en forma definitiva situaciones jurídicas concretas en torno a la libertad, propiedades, posesiones o derechos de los gobernados.

Acudir a los medios alternativos de solución de controversias, cuya regulación remite a la ley secundaria que al efecto establezca el legislador, como una forma auxiliar al acceso efectivo a la tutela judicial, en la que se privilegia el reconocimiento de la responsabilidad personal, la negociación y la comunicación a la sociedad.

46. Ver tesis con rubro: ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. Registro digital: 2004630, octubre de 2013.

47. Ver Amparo en revisión 278/2012.

En este punto, si bien no es materia de análisis en el presente artículo, consideramos importante señalar que también discrepamos del criterio del juzgado en el amparo en revisión 278/2012 sobre la mediación y la conciliación. Como se advierte, el juzgador estima que la mediación y la conciliación son métodos heterocompositivos de solución de controversias. A nuestro juicio, estos métodos de resolución de controversias son autocompositivos porque son las partes quien, con la asistencia de terceros, resuelven el conflicto.

48. Ídem.

Así, “tanto la tutela judicial, como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad, y tienen como objeto idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la Ley en el Estado Mexicano.”

Si bien dicha sentencia continúa siendo un criterio no obligatorio y parece no haber tenido mayor impacto dentro del poder judicial desde su pronunciamiento en 2012, es relevante destacar sus potenciales defectos e implicaciones en el futuro.⁴⁹

Como se ha expuesto, a diferencia de lo señalado en el criterio en análisis, el ejercicio del arbitraje no debe entenderse como una usurpación de las funciones jurisdiccionales del Estado. El Estado tiene el monopolio de la jurisdicción, pero esto no impide a los particulares que sustituyan dicha actividad a través de un procedimiento de carácter privado como lo es el arbitraje. Sin embargo, ello no quiere decir que ambos procedimientos se establezcan en un mismo plano constitucional.

Situar al arbitraje en el mismo plano constitucional que las funciones jurisdiccionales del Estado y como un derecho humano podría implicar que los tribunales arbitrales tienen el mismo deber que las autoridades en términos del artículo 1º de la Constitución Federal,⁵⁰ e incluso, llevado al extremo, que podrían llegar a ser considerados autoridad para efectos del amparo.⁵¹

Vale la pena cuestionarse si este criterio hubiera sido emitido si los legisladores hubieran dado mayor claridad al incorporar la Ley Modelo de la CNUDMI al Código de Comercio o al reconocer constitucionalmente a los medios alternativos de solución de controversias en el artículo 17 de la Constitución Federal.

En este punto, no debe perderse de vista que el arbitraje comercial deriva de una relación contractual, es una *creature of contract*. Desde la existencia de una obligación de arbitraje, el alcance de los asuntos que deben arbitrase, así como el procedimiento por virtud del cual debe resolverse la controversia, surge y deriva de un acuerdo.⁵²

49. *Ídem*.

50. Ver artículo 1º de la Constitución Federal. A partir de una conocida reforma constitucional en el año 2011, conocida como la reforma en materia de derechos humanos, se reconoció el deber del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y, en consecuencia, prevenir, sancionar, investigar y reparar las violaciones a cualquier derecho humano con el fin de permitir que los gobernados puedan disfrutar dichas prerrogativas de manera plena.

51. Tesis con rubro “DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN”, Registro digital 166676, agosto de 2009.

52. George E Lieberman, “Discovery In An Arbitration Proceeding And Appealing An Award Under The Federal Arbitration Act”.

D. Postura del Poder Ejecutivo sobre la interrelación entre el Arbitraje y la Constitución Federal

En el año 2020 se expidió el Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (“T-MEC”). En el T-MEC figura el nuevo régimen de solución de controversias y actualizaciones a las disposiciones que, entre otras cuestiones, regulan las posibilidades de recurrir al arbitraje de inversión.⁵³

No obstante, en relación con el arbitraje comercial, el poder ejecutivo actual ha emitido ciertas manifestaciones que muestran el desconocimiento respecto de su figura. Incluso, el interés notorio de desvirtuar al arbitraje y considerarlo ajena a los intereses del Estado.

Por ejemplo, el presidente Andrés Manuel López Obrador, al referirse a un procedimiento arbitral iniciado por un consorcio de empresas en contra de la Comisión Federal de Electricidad (“CFE”) ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (“LCIA” por sus siglas en inglés), cuyo laudo fue en contra de los intereses de la CFE, manifestó *“la falta de objetividad en los tribunales internacionales, pues aseguró que en este tipo de juicios el gobierno siempre lleva la desventaja”*,⁵⁴ alegando que ello se debe a que *“todo el aparato judicial lo construyeron para favorecer a las empresas, es muy difícil que gane el gobierno (...)”*.⁵⁵ Con ello, además del descontento del representante del ejecutivo al laudo dictado en contra de la CFE, muestra el desconocimiento de la institución, al referir al arbitraje comercial como un tribunal internacional.

Por otro lado, el 16 de septiembre de 2022, el Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) hizo pública la orden procesal en donde resolvió que son procedentes las solicitudes de Vulcan Material Company, que opera en México a través de su filial Sac-Tun (antes Calica) para, entre otras cuestiones, detener señalamientos del gobierno. En la resolución *“el tribunal encontró fundada la solicitud de la empresa al considerar los ataques públicos por parte del gobierno de México en conferencias de prensa, incluyendo afirmaciones específicas sobre el arbitraje mismo, como un esfuerzo de presionar a Calica para que claudique sus derechos y transforme su operación en un proyecto turístico”*.⁵⁶

El desconocimiento o falta de interés por parte del ejecutivo federal en relación con el arbitraje puede desincentivar su uso.

53. Textos finales del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), publicado el 3 de junio de 2019, disponible en: <https://www.gob.mx/t-mec/acciones-y-programas/textos-finales-del-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec-202730?state=published>

54. Gobierno perdió litigio sobre ampliación de hidroeléctrica en Chiapas: AMLO, publicado el 14 de julio de 2021, disponible en: <https://www.milenio.com/politica/amlo-perdio-litigio-ampliacion-hidroelectrica-chiapas>

55. *Ídem*.

56. Tribunal Internacional ordena a AMLO abstenerse de lanzar ataques contra Calica, publicado el 20 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/empresas/2022/09/20/tribunal-internacional-ordena-a-amlo-abstenerse-de-lanzar-ataques-contra-calica/>

Conclusiones

El poder legislativo incorporó al Código de Comercio la Ley Modelo de la CNUDMI al considerar que el arbitraje da respuesta a la intensa red de relaciones comerciales entre distintos países. No obstante, se ha abstenido de adaptar dicho capítulo conforme a las modificaciones de dicha Ley Modelo, derivando en que sea el poder judicial quien actualice dicha legislación por vía de la interpretación de sus disposiciones.

Al reconocer a los medios alternativos de solución de controversias dentro del artículo 17 de la Constitución Federal, poco se dijo respecto de la caracterización del arbitraje comercial, emanado del acuerdo entre las partes. Ello puede crear confusiones en torno a la naturaleza privada del arbitraje comercial. Una disposición constitucional más clara, aunque no indispensable, podría resultar conveniente para zanjar discusiones sobre la constitucionalidad del arbitraje en México que, en ocasiones, reaparecen.

2.

ARBITRAJE Y DERECHO CONSTITUCIONAL EN ECUADOR¹

DANIELA PÁEZ-SALGADO²

JAVIER JARAMILLO-TROYA³

1. Introducción

El arbitraje en el Ecuador tuvo reconocimiento legislativo desde 1963 con la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial⁴. Sin embargo, ganó reconocimiento constitucional en la Constitución Política de la República del Ecuador promulgada en 1998⁵. La Constitución de la República del Ecuador promulgada en 2008 (“Constitución”) mantuvo el reconocimiento constitucional del arbitraje adicionando la necesidad de que la materia objeto del arbitraje sea transigible y de que se cuente con el dictamen favorable del Procurador General del Estado en los casos de arbitraje en contratación pública de conformidad con los requisitos establecidos en la ley.

Este artículo realiza un análisis de la evolución del arbitraje y su interacción con la Constitución en los últimos años enfocándose, en mayor medida, en los avances en pro

1. Los autores agradecen la gran ayuda y colaboración de Felipe Castro Zurita y Santiago Cisneros Bejarano en la investigación y preparación para este artículo.
2. Asociada en la práctica internacional de arbitraje del despacho Herbert Smith Freehills New York LLP. Abogada *suma cum laude* por la Universidad San Francisco de Quito y Máster en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.
3. Director del área de Resolución de Disputas en Pérez Bustamante & Ponce en Quito. Profesor de pregrado y posgrado en la Universidad San Francisco de Quito en materias relacionadas con arbitraje, derecho civil y litigación. Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje y representante para Latinoamérica del ICC-YAAF de la Cámara de Comercio Internacional. Abogado *suma cum laude* por la Universidad San Francisco de Quito y Máster en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.
4. CARMIGNIANI, E. et al. Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la ley modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Quito, n. 8, p. 356, 2016.
5. MARCHÁN, J.M. El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana. Retrospectiva histórica y necesidades. *Revista IURIS DICTIO*, Quito, Año 12, vol. 14, p. 204, 2010.

de la institución arbitral que han surgido desde el año 2019. Para este fin, este documento analiza, en primer lugar, el marco constitucional y legal aplicable al arbitraje en el Ecuador. Para ello, se enfoca en las particularidades históricas del reconocimiento del arbitraje en la Constitución, Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) y el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (“Reglamento”) y luego pasa a analizar la limitada interacción que, bajo derecho ecuatoriano, tiene el arbitraje con las cortes ordinarias, enfocándose en las acciones ordinarias —como la de nulidad de laudo arbitral— y las constitucionales que están disponibles para las partes contendientes en un proceso arbitral.

El artículo, a este respecto, determina las limitaciones constitucionales y legales aplicables a estas acciones disponibles y refiere brevemente cómo la jurisprudencia ha obrado en favor del respeto a los laudos arbitrales. Sobre esta base, este artículo incluye un análisis particularizado de la jurisprudencia constitucional relacionada al control constitucional de laudos arbitrales por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana desde el año 2019 hasta la fecha de preparación de este artículo⁶.

Finalmente, este artículo concluye que la posibilidad de revisión judicial de un laudo arbitral se limita a la acción de nulidad en relación con las causales taxativas establecidas en la LAM, y, de manera también limitada, a la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional que solo procede cuando existe vulneración de derechos constitucionales y el accionante cumple con rígidos requisitos de admisibilidad y procedencia.

2. Marco constitucional y legal aplicable al arbitraje en Ecuador

A continuación, analizamos el reconocimiento constitucional que tiene el arbitraje en el Ecuador, así como las regulaciones complementarias que existen en la LAM y el Reglamento. Esta sección expone, también, la relación que, sobre la base de esa normativa y la jurisprudencia reciente, tienen las cortes ordinarias con el arbitraje, con especial énfasis el alcance limitado que tiene la justicia ordinaria con la arbitral. Esta sección explica, también, que, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el medio impugnatorio por excelencia es la acción de nulidad y hace especial énfasis en los principios que la regulan y el tratamiento que han tenido en la jurisprudencia.

2.1. Reconocimiento constitucional del arbitraje, la LAM y su Reglamento

El artículo 190 de la Constitución reconoce expresamente al “*arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos*”⁷. Esta norma dispone, también, que son arbitrables las materias en las que se puede transigir. Es decir, el criterio de arbitrabilidad objetiva en Ecuador es la transigibilidad de la materia objeto de la disputa.

6. Para un análisis similar véase, BARRAZUETA L. Una revisión del sistema arbitral desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los últimos tres años. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Quito, no. 13, 2022.

7. Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 377 de 25 de enero de 2021.

No obstante, no contiene mayores regulaciones en arbitraje, pues se remite de forma directa a la LAM y el Reglamento en cuanto a la regulación especial de este método de resolución de disputas.

La LAM fue expedida el 4 de septiembre de 1997 como una reforma total a la Ley de Arbitraje Comercial promulgada en octubre de 1963⁸ que tuvo muy poca eficacia en la realidad arbitral ecuatoriana. La LAM, inspirada en Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 regula, en general, los principios generales que rigen al arbitraje en el Ecuador; y, en particular, los requisitos de validez del convenio arbitral, el principio *kompetenz-kompetenz*, el principio *favor arbitralis*, el principio de separabilidad del convenio arbitral, la posibilidad de los árbitros de ordenar medidas cautelares, la forma de designación y la constitución del tribunal arbitral, la inapelabilidad de los laudos, la acción de nulidad, la ejecución de los laudos arbitrales, el arbitraje internacional, entre otros⁹. Algo particular de la LAM es que propone un procedimiento específico para la tramitación de los procesos arbitrales en los casos en los que no existe un pacto de las partes en contrario.

Como se analizará de forma particularizada en ese artículo, muchos de estos principios han sido reconocidos por la Corte Constitucional, el intérprete oficial de la Constitución¹⁰. Por ejemplo, en la sentencia no. 1737-26-EP/21, la Corte Constitucional reconoció que la competencia de los árbitros nace de las partes y debe ser analizada en primera instancia por el tribunal arbitral, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*. Para la Corte, de este principio se deriva la competencia de los árbitros para decidir acerca de la validez, alcance y patología del convenio arbitral, y no a la justicia ordinaria¹¹.

Con respecto al reconocimiento constitucional del arbitraje, la Corte Constitucional, en la sentencia no. 323-13-EP/19 señaló que implica “*un pleno reconocimiento de un sistema ‘alternativo’ con normas y procedimientos propios*”¹². Así, el arbitraje en el Ecuador es un sistema convencional, alternativo e independiente a la justicia ordinaria¹³. Adicionalmente, la Corte también ha sostenido que, de los principios y normas ya citados, se fundamenta la mínima intervención judicial, que se traduce en “*la inapelabilidad de los laudos y la posibilidad de impugnarlo de forma limitada (...)*”¹⁴.

8. CARMIGNIANI, E. et al. Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la ley modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Quito, n. 8, p. 356, 2016.

9. JIJÓN-LETORT, R. et al. International Commercial Arbitration in Ecuador. En: ASTIGARRAGA, J. (Ed). *The Guide to International Arbitration in Latin America*, 2022, p. 241.

10. Artículo 429, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 377 de 25 de enero de 2021: “[l]a Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”.

11. Corte Constitucional, sentencia no. 1737-26-EP/21 de 21 de julio de 2021, párr. 40.

12. Corte Constitucional, sentencia no. 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, párr. 33.

13. Corte Constitucional, sentencia no. 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, párr. 34.

14. Corte Constitucional, sentencia no. 31-14-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, párr. 47.

Como norma complementaria a la LAM, el 26 de agosto de 2021, el Presidente de la República del Ecuador expidió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. Este Reglamento recoge las prácticas más relevantes en materia de arbitraje que se han desarrollado desde la expedición de la LAM en 1997. Esta norma es enfática en cuanto a los principios que deben observarse en un arbitraje, destacando la flexibilidad en el procedimiento y la mínima intervención de los jueces ordinarios. En general, estos principios buscan “*ratificar al arbitraje como un método alternativo para la solución de controversias afirmando la independencia y autonomía de las instituciones y tribunales arbitrales y aclarando que no están bajo el ámbito del poder judicial*”¹⁵. Sin duda, el Reglamento fortalece al arbitraje en Ecuador.

2.2. *El alcance limitado de la interacción entre el arbitraje y las cortes bajo el derecho ecuatoriano*

En Ecuador, el arbitraje es un sistema independiente al de administración de justicia por parte del Estado a través de su función judicial¹⁶. Sobre esta base, la interacción entre el arbitraje y las cortes locales está limitado a aquellas circunstancias en las que la ley exige que exista el auxilio de las cortes locales al sistema arbitral. En ese sentido, por ejemplo, la legislación ecuatoriana establece que los procedimientos de nulidad de laudo¹⁷ y su ejecución¹⁸ deben hacerse antes las cortes locales. Sin embargo, de otro lado, la legislación

15. JIJÓN-LETORT, R. et al. Arbitration revamped in Ecuador. **Global Arbitration Review**. Disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/article/arbitration-revamped-in-ecuador>. Acceso en 2 de marzo de 2022.

16. Artículo 19.3, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 309 de 21 de agosto de 2018: “Los centros de arbitraje y mediación tendrán plena autonomía para dictar sus normas reglamentarias, tarifas de servicios, honorarios, designar y conformar listas de árbitros y mediadores. Ninguno de estos actos o instrumentos requerirá aprobación o registro alguno. Se prohíbe expresamente cualquier actuación que pretenda menoscabar la alternabilidad que constitucionalmente se proclama para el sistema arbitral ni la autonomía administrativa de los centros de arbitraje y mediación”.

17. Artículo 31, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 309 de 21 de agosto de 2018: “[...] Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió [...]”.

18. Artículo 32, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 309 de 21 de agosto de 2018: “Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada. Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que

ecuatoriana permite a los árbitros ordenar la ejecución de medidas cautelares de forma directa sin recurrir a juez ordinario cuando las partes así lo hayan pactado¹⁹.

De lo anterior se desprende que la posibilidad de revisar judicialmente un laudo es muy limitada. Como se explicará en detalle más adelante, la acción de nulidad es el único medio para impugnar un laudo. La LAM prevé que los laudos son inapelables²⁰. La posibilidad de que la Corte ejerza un control constitucional también es muy excepcional.

2.3. *La acción de nulidad como único medio impugnatorio contra el laudo*

De acuerdo con el artículo 31 de la LAM, las partes de un arbitraje pueden intentar una acción de nulidad de laudo arbitral. Se trata del único medio de impugnación contra un laudo en Ecuador. Esta acción debe ser presentada ante el árbitro o tribunal que lo dictó, en el término de 10 días desde la fecha en que esté ejecutoriado. La autoridad jurisdiccional encargada de resolver esta acción es el presidente de la Corte Provincial del lugar donde fue dictado el laudo. El tribunal arbitral debe verificar que la acción fue presentada dentro del término y remitir el proceso al Presidente de dicha Corte en el término de 3 días. El Presidente de la Corte Provincial debe resolver la acción de nulidad en el término de 30 días desde que avoca conocimiento de la causa²¹ después de cumplir con el procedimiento establecido en Resolución No. 08-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia²².

El artículo 31 de la LAM prevé también que, quien interponga una acción de nulidad, puede solicitar que se suspenda la ejecución del laudo. Para ello, debe “*rendir una caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar*

el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo”.

19. Artículo 9, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 309 de 21 de agosto de 2018: “(...) Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas (...)”.
20. Artículo 30, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 309 de 21 de agosto de 2018: “Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación. Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley”.
21. Artículo 31, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 309 de 21 de agosto de 2018.
22. Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 08-17 de 22 de marzo de 2017.

a la otra parte". Es el tribunal arbitral ante quien se presente la acción de nulidad quien determina el monto de la garantía, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La sentencia de acción de nulidad de laudo arbitral es inapelable. La Resolución No. 08-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que establece las reglas para el trámite de la acción de nulidad de laudo arbitral, dejó en claro que no cabe recurso vertical alguno ante la sentencia que emita el Presidente de la Corte Provincial. Por lo tanto, no se puede intentar recurso de apelación ni casación ante la sentencia de acción de nulidad de laudo. Los únicos recursos disponibles para las partes respecto de la sentencia que resuelve la acción de nulidad son los horizontales de aclaración y ampliación²³.

Uno de los temas relevantes respecto de la acción de nulidad son las causales que permiten intentarla. El artículo 31 de la LAM prescribe cinco causales:

No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;

No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Aunque nada en la norma transcrita permite concluir que los supuestos establecidos en el artículo 31 de la LAM no son taxativos, desde su promulgación hasta el 2019, existieron sentencias por parte de diversos Presidentes de Cortes Provinciales que, violentando la taxatividad de las causales referidas, anularon laudos arbitrales al considerar, por ejemplo, errores de derecho referentes a la arbitrabilidad de la disputa, la motivación, o errores en la valoración de la prueba²⁴.

Ventajosamente, esta línea jurisprudencial ha quedado atrás, y, actualmente, no existe duda de que la acción de nulidad está estrictamente limitada a las cinco causales establecidas en el artículo 31 de la LAM, por lo que temas relacionados con la competencia

23. Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 08-17 de 22 de marzo de 2017.

24. ANDRADE, X. et al. Veinticuatro años de la acción de nulidad de laudos: un análisis empírico. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Quito, n. 12, p. 143-144, 2021. Véase, también, SANTOS, O. La acción de nulidad de laudos arbitrales. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito, n. 8, p. 401-440, 2016.

del tribunal, motivación del laudo y valoración probatoria no pueden ser alegados como causal para lograr la nulidad de un laudo arbitral.

Esto fue afirmado por la Corte Constitucional en 2019 y ratificado en una uniforme línea jurisprudencial desde entonces. En la sentencia no. 323-13-EP/19, la Corte indicó que “la acción de nulidad constituye un mecanismo adecuado y eficaz para la tutela del debido proceso arbitral que, necesariamente debe ser agotada cuando la supuesta vulneración se enmarque en una de las causales taxativas del artículo 31 de la LAM.”²⁵. Asimismo, en la sentencia no. 31-14-EP/19, la Corte Constitucional recalcó la importancia de respetar la taxatividad de las causales de nulidad previstas en el artículo 31 de la LAM, considerando que dicha taxatividad consolida la figura del arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos, fuera de la justicia ordinaria. De esta manera, la Corte explicó que la taxatividad se fundamenta en varias razones, como el derecho de las partes procesales del arbitraje a la seguridad jurídica; al ser la nulidad del laudo una sanción, ésta debe estar expresamente prevista en la ley; así como en la inapelabilidad de los laudos (dado que un laudo no es impugnado de la misma forma que las sentencias de la justicia ordinaria)²⁶.

La promulgación del Reglamento ha aunado a estos esfuerzos jurisprudenciales de reforzar el sistema arbitral y aclarar el alcance limitado de la acción de nulidad. En lo principal, el Reglamento regula los principios que deben regir a la acción de nulidad establecida en el artículo 31 de la LAM. Entre ellos, el Reglamento establece la obligatoriedad que tienen los Presidentes de las Cortes Provinciales de observar los principios de alternabilidad del arbitraje, mínima intervención, especificidad, conservación, convalidación, preclusión y trascendencia²⁷.

Al respecto, se destaca el principio de mínima intervención, pues la norma “busca que la declaratoria de nulidad del laudo arbitral sea de ultima ratio, garantizando así no solo la decisión tomada por los árbitros, pero, además, el sistema arbitral en su conjunto”²⁸. En específico, el Reglamento establece que, al decidir sobre una acción de nulidad, deberá tomarse en cuenta: (i) si la parte afectada ha reclamado de manera inequívoca y oportuna al tribunal al momento de la ocurrencia del hecho o actuación que genera el reclamo; (ii) la posibilidad de una anulación parcial; (iii) que en caso de duda, deberá preferirse la validez del laudo; (iv) que la mera existencia de una causal sin que exista perjuicio cierto e irreparable no genera nulidad; y, (v) que no procede la anulación si la causal que se invoca ha podido ser subsanada en el proceso y la parte interesada no lo solicitó²⁹.

25. Corte Constitucional, sentencia no. 323-13-EP/19, 19 de noviembre de 2019, párr. 30.

26. Corte Constitucional, sentencia no. 31-14-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, párr. 42-47.

27. Artículo 13, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. R.O. Suplemento 524 de 26 de agosto de 2021.

28. GARCÍA, H.; MURIEL, B. Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Quito, n. 12, p. 249, 2021.

29. Artículo 13, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. R.O. Suplemento 524 de 26 de agosto de 2021.

3. Acciones constitucionales relevantes

En esta sección, se abordan las acciones constitucionales disponibles en el Ecuador y se demuestra que, a diferencia de otras legislaciones de la región, la acción de protección o de amparo no cabe frente al laudo arbitral, y se estudia a la acción extraordinaria de protección como método excepcional para ejercer un control constitucional sobre los laudos arbitrales con base a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional desde el año 2019.

3.1. La indisponibilidad de acciones constitucionales de “tutela” o protección frente a laudos arbitrales

La Constitución contiene una serie de garantías jurisdiccionales que están reguladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”). Una de estas garantías es la denominada *acción de protección*, que tiene como objeto “*el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos*”³⁰. Esta acción puede ser presentada cuando exista una vulneración a un derecho constitucional debido a la acción u omisión de autoridad pública o de un particular, y no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado³¹.

Sin embargo, uno de los requisitos de procedencia de esta garantía, de acuerdo al artículo 88 de la Constitución, es que la acción u omisión impugnada provenga de una “*autoridad pública no judicial*”³². En Ecuador, de acuerdo con el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales³³. Por lo tanto, un laudo arbitral, al ser la decisión de un árbitro y tener efecto jurisdiccional de

30. Artículo 39, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, Reformado por última vez R.O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023.

31. Artículo 40, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, Reformado por última vez R.O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023: “La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.

32. Artículo 88, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008, Reformado por última vez R.O. Suplemento No. 377 de 25 de enero de 2021. En el mismo sentido, véase, artículo 41, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, Reformado por última vez R.O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023: “La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio (...)”.

33. Artículo 7, Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009, Reformado por última vez en R.O. Suplemento 146 de 21 de diciembre de 2022: “Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”.

sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, no puede ser objeto de esta garantía contenida en la Constitución.

Ello ha sido confirmado por la Corte Constitucional. En la sentencia no. 308-14-EP, que llegó al conocimiento de la Corte por haberse presentado una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia derivada de una acción de nulidad, la Corte se pronunció de oficio sobre la improcedencia de la *acción de protección* como un recurso que puede interponerse en contra de un laudo arbitral. La Corte aclaró que cuando se interpone una acción de protección contra un laudo arbitral, “*la justicia constitucional se interrelaciona indebidamente con el sistema arbitral, como ha sucedido en este caso, trastocando el principio de intervención judicial mínima que garantiza la eficacia del arbitraje*”³⁴.

De igual forma, en la sentencia no. 481-14-EP/20, la Corte Constitucional condenó el proceder de los jueces de instancia que aceptaron una acción de protección presentada en contra de un laudo arbitral indicando que “*los juzgadores que emitieron la decisión jurisdiccional impugnada [inobservaron] e irrespetar[on] el marco normativo y constitucional, hasta el punto de desnaturalizar la garantía que les correspondía sustanciar vigente, y al alterar una situación jurídica consolidada de forma arbitraria e injustificada en favor de la entidad accionante y de las partes del proceso arbitral, han vulnerado el derecho al debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y a la seguridad jurídica del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de la Construcción de Santo Domingo*”³⁵. La Corte ordenó dejar sin efecto la sentencia de primera y segunda instancia que admitieron la acción de protección y llamó la atención a los jueces que emitieron dichas sentencias en contra del artículo 88 de la Constitución.³⁶

3.2. *La acción extraordinaria de protección y el reconocimiento limitado que ha hecho la Corte Constitucional respecto de su admisibilidad en relación con laudos arbitrales*

Como ya se revisó anteriormente, el único medio para impugnar un laudo es la acción de nulidad, que responde a causales taxativas. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que la Corte Constitucional revise, excepcionalmente y nunca de oficio, la constitucionalidad de un laudo doméstico, siempre que se verifiquen cuestiones extraordinarias establecidas en la LOGJCC. El artículo 58 de la LOGJCC permite entablar una acción extraordinaria de protección en contra de laudos para proteger derechos constitucionales vulnerados.

Es importante notar que la acción extraordinaria de protección no puede, bajo ninguna circunstancia, revisar el fondo de la disputa ni, como es el caso de la Corte Nacional de Justicia como corte de casación, transformarse en tribunal de instancia para resolver sobre los méritos de la controversia. En definitiva, la acción extraordinaria de protección es una de *ultima ratio*. Adicionalmente, es importante notar que la simple presentación de

34. Corte Constitucional, sentencia no. 308-14-EP/20 de 19 de agosto de 2020, párr. 35.

35. Corte Constitucional, sentencia no. 481-14-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 38.

36. Corte Constitucional, sentencia no. 481-14-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, p. 8. Decisión núm. 4.

una acción extraordinaria de protección no afecta a los efectos del laudo³⁷. En ese sentido, incluso si una de las partes presenta esta acción, la otra puede acudir a la justicia ordinaria para continuar con el proceso de ejecución del laudo.

A continuación, este artículo revisa los principales requisitos de admisibilidad y procedencia que confirman que su interposición respecto de un laudo arbitral es limitada por naturaleza.

3.2.1. *Requisitos rígidos de admisibilidad*

La presentación de una acción extraordinaria de protección puede ser realizada por quienes fueron partes en el arbitraje, o quienes debieron haberlo sido³⁸, dentro de los 20 días de haber sido notificados del laudo³⁹. Una vez presentada la acción extraordinaria de protección, comienza la fase de admisibilidad.

Para ser admitida a trámite y pasar a la fase de sustanciación, la sala de admisión de la Corte Constitucional debe revisar que consten los requisitos de la demanda, y los de admisibilidad. Con respecto a los requisitos de la demanda, entre otros, debe contener (i) la calidad en la que comparece quien la presenta, (ii) constancia de que la decisión se encuentra ejecutoriada, (iii) demostrar que se han agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios, (iv) señalar el tribunal del que emana el laudo impugnado, (v) identificación del derecho constitucional violado; e, (vi) indicar del momento de la violación si fue dentro del procedimiento⁴⁰.

Lo anterior deja ver un tema preliminar importante: la acción extraordinaria de protección no cabe frente a cualquier decisión que tome el tribunal arbitral, pues debe ser una decisión que ponga fin al proceso. Así, por ejemplo, no se puede presentar esta acción ante la decisión que acepta o rechaza la competencia del tribunal arbitral, porque no pone fin al arbitraje⁴¹. Se puede, sin embargo, proponer una acción extraordinaria de protección frente a un laudo arbitral que resuelve el fondo de la controversia. Asimismo, dicha acción

37. Artículo 62, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, Reformado por última vez R.O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023: “La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción”.

38. Artículo 59, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, Reformado por última vez R.O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023.

39. Artículo 60, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, Reformado por última vez R.O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023.

40. Artículo 61, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, Reformado por última vez R.O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023.

41. En este sentido, en la sentencia no. 638-17-EP/21, la Corte Constitucional rechazó la acción extraordinaria de protección propuesta en contra de un auto donde el árbitro único aceptó la excepción de incompetencia presentada por el demandado pues este no es un auto definitivo

ha sido rechazada por la Corte Constitucional cuando ha sido presentada contra autos emitidos en la tramitación de la acción de anulación o, procesos ejecución de un laudo arbitral pues éstos no constituyen decisiones definitivas.⁴²

Con respecto a los requisitos de admisibilidad, la Corte Constitucional debe verificar principalmente los siguientes:

Clara argumentación sobre el derecho violado, y relación directa e inmediata con la decisión de los árbitros.

Justificación de la relevancia constitucional del problema jurídico y la pretensión.

Que la acción no solo se fundamente apelando a lo injusto o equivocado del laudo.

Que no se sustente en la errónea aplicación de la ley.

La fundamentación no puede referirse a la apreciación de los medios probatorios por parte del árbitro.

Que se haya presentado en el término establecido.

Que el admitir esta demanda permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional⁴³.

A diferencia de otras garantías jurisdiccionales, como la acción de protección, deben verificarse rígidos requisitos de admisibilidad para que la acción sea admitida a trámite. En ese sentido, no cualquier persona puede presentarla, no basta con argumentar violación a cualquier derecho y no es admisible apelar a lo injusto o equivocado de la decisión ni referirse a la práctica probatoria o incumplimiento de normas infraconstitucionales.

que se haya pronunciado sobre el fondo de las pretensiones. Véase, Corte Constitucional, sentencia no. 638-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021.

42. En efecto, la Corte Constitucional ha rechazado acciones de protección presentadas contra: (1) el auto que inadmite el recurso de casación en contra de la sentencia que resuelve la acción de nulidad (véase sentencias nos. 1703-11-EP/19, 521-16-EP/21, 160-16-EP/21, 2813-17-EP/21, 1403-16-EP/21); (2) el auto de mandamiento de pago en un proceso de ejecución de un laudo arbitral (sentencia no. 695-15-EP/21); (3) el auto que niega el recurso de apelación contra el auto que a su vez negó el abandono de la causa en el juicio de ejecución de laudo arbitral (sentencia no. 2373-16-EP/21).
43. Artículo 62, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, Reformado por última vez R.O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023.

3.2.2. Requisitos de Procedencia

Para que una parte pueda presentar una acción extraordinaria de protección, debe agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios. Esto se traduce en el marco de un arbitraje, en que debe haber presentado previamente una acción de nulidad, de verificarse una de las causales. La Corte Constitucional ha sido enfática en sostener que, de verificarse una de las causales, se debe agotar la acción de nulidad previo a acudir a la vía constitucional⁴⁴.

En este sentido, en el caso resuelto en la sentencia no. 323-13-EP/19, el demandado interpuso directamente contra el laudo arbitral la acción extraordinaria de protección por una alegada violación al derecho a la defensa por falta de citación con la solicitud de arbitraje, a pesar de existir una casual expresa bajo el artículo 31(a) de la LAM para alegar este tipo de violaciones. La Corte aclaró que *“las causales establecidas expresamente en el artículo 31 de la LAM deben ser agotadas cuando la vulneración que se pretende alegar en la acción extraordinaria de protección se enmarque en una de ellas. Sin que ello signifique que otras vulneraciones que no encuentren sustento en la acción de nulidad puedan ser presentadas de forma directa ante esta Corte a fin de que estas tengan una tutela constitucional que las garantice”*⁴⁵. Dado que, en ese caso, el demandante no cumplió con el requisito constitucional de agotamiento de los medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Corte se inhibió de resolver la acción.

Es decir que solo ante violaciones de derechos constitucionales que no se encuentren reconocidas expresamente como causales de nulidad, se puede presentar directamente una acción extraordinaria de protección, sin tener que agotar la vía de nulidad del laudo. En los últimos años, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre vulneraciones al derecho al debido proceso en la garantía de la motivación como casos en los que no es necesario agotar la vía de la acción de nulidad antes de presentar la acción extraordinaria de protección.

Por ejemplo, en la sentencia no. 2590-16-EP/21, la Corte negó la acción extraordinaria de protección donde se alegaba que la corte que resolvió la acción de nulidad en contra del laudo arbitral no se pronunció sobre la suficiencia de la motivación del laudo, a pesar de no haberse alegado dicho vicio en la tramitación de la acción de nulidad. La Corte señaló que la corte *“no tenía la obligación jurídica de pronunciarse de oficio sobre una eventual falta de motivación del laudo arbitral, porque la insuficiencia de la motivación no constituía una causal de nulidad”*⁴⁶. Sin embargo, ello no impide que sea la Corte Constitucional la que analice la falta de motivación del laudo arbitral a través de una acción extraordinaria de protección⁴⁷.

En la sentencia no. 31-14-EP/19, la Corte Constitucional justamente conoció alegaciones sobre la falta de competencia del tribunal arbitral y una alegada falta de motivación en el laudo, y determinó que éstas no se enmarcaban dentro de las causales del artículo 31 de la LAM, sino que constituían presuntas vulneraciones del derecho al debido proceso

44. Corte Constitucional, sentencia no. 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, sentencia no. 31-14-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, sentencia no. 1703-11-EP de 18 de diciembre de 2019.

45. Corte Constitucional, sentencia no. 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, párr. 38.

46. Corte Constitucional, sentencia no. 2590-16-EP/21 de 11 de agosto de 2021, párr. 33.

47. Corte Constitucional, sentencia no. 2590-16-EP/21 de 11 de agosto de 2021, párr. 34.

como garantía constitucional⁴⁸. Sin embargo, al analizar las alegaciones de las supuestas violaciones, la Corte Constitucional negó la acción pues el laudo como tal no contenía la decisión del tribunal arbitral de declararse competente para resolver la controversia, sino que dicha decisión estaba contenida en el auto de sustanciación emitido por el tribunal arbitral al inicio del proceso⁴⁹.

De forma similar, en la sentencia no. 1338-13-EP/20, la Corte Constitucional resolvió una acción extraordinaria de protección presentada contra un laudo arbitral donde se alegaba que el laudo carecía de motivación, en violación de los derechos a la seguridad jurídica y el debido proceso. La Corte procedió a analizar los cargos alegados por el accionante y concluyó que no existía vulneración a la motivación ya que el accionante efectivamente pretendía que la Corte Constitucional actúe como tribunal de alzada y se pronuncie sobre el fondo del arbitraje⁵⁰. En ese caso, la accionante cuestionó las fuentes de derecho aplicadas por el tribunal arbitral y solicitó la revisión de la prueba aportada en el proceso⁵¹, cuestiones que la Corte Constitucional consideró excedían su jurisdicción de control constitucional del laudo y hubiera sido contrario al principio de mínima intervención (que se discute abajo).

Por otro lado, en el caso resuelto en la sentencia no. 1573-15-EP/21, la Corte Constitucional admitió la acción extraordinaria de protección presentada en contra de un laudo arbitral y declaró que existía una vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación dado que el tribunal arbitral no motivó la condena en costas procesales a la parte demandada que era una entidad estatal⁵². No obstante, la Corte Constitucional evitó dejar sin efecto la totalidad del laudo declarando nula únicamente la sección pertinente en el laudo relacionada a la condena en costas contra la parte demandada⁵³.

3.2.3. *El principio de mínima intervención reconocido por la Corte Constitucional y estándares altos para la determinación de vulneración de derechos*

La Corte Constitucional se ha referido al principio de mínima intervención, garantizando así la independencia del arbitraje frente a la justicia ordinaria. En el marco de una acción extraordinaria de protección, este principio se ve reflejado en, al menos, dos formas.

Primero, la Corte no se puede referir al fondo de la materia discutida en el arbitraje. En sentencias como la no. 751-15-EP/21 y 1162-12-EP/19, la Corte constitucional sostuvo que solo cuando las acciones extraordinarias de protección tuvieron como antecedente una garantía jurisdiccional, la Corte puede analizar de forma íntegra el proceso y referirse al fondo del proceso. Como en este caso las acciones tienen como antecedente un arbitraje,

48. Corte Constitucional, sentencia no. 2590-16-EP/21 de 11 de agosto de 2021, párr. 56.

49. Corte Constitucional, sentencia no. 2590-16-EP/21 de 11 de agosto de 2021, párr. 57-60.

50. Corte Constitucional, sentencia no. 31-14-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, párr. 42.

51. Corte Constitucional, sentencia no. 31-14-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, párr. 43-45.

52. Corte Constitucional, sentencia no. 1573-15-EP/21 de 15 de diciembre de 2021, párr. 30-40.

53. Corte Constitucional, sentencia no. 1573-15-EP/21 de 15 de diciembre de 2021, párr. 41.

la Corte únicamente puede revisar si se han vulnerado derechos constitucionales, pero no determinar qué parte tenía la razón en cuanto al fondo de la controversia.

Segundo, no puede ser cualquier vulneración a derechos constitucionales. Debe ser una violación grave de derechos que cause un gravamen irreparable, que no pueda “*ser reparada a través de otro mecanismo procesal*”⁵⁴, como lo sería a través de la acción de nulidad. En este sentido, la Corte Constitucional ha admitido a trámite acciones extraordinarias de protección donde se han alegado violaciones al derecho a la defensa, pero luego de realizar el control constitucional del proceso arbitral en cuestión, la Corte concluyó que no existía tal violación. Este es el caso de las sentencias nos. 177-15-EP/20 y 2573-17-EP/21 donde se alegó vulneración del derecho a la defensa.

En el primer caso (sentencia no. 177-15-EP/20), el accionante basó su acción en la falta de convocatoria a la audiencia de estrados. La Corte estableció que, considerando el artículo 24 de la LAM, en un arbitraje la audiencia de estrados no constituye un momento procesal rígido y sustancial para garantizar el debido proceso arbitral, pues depende de cada caso en concreto, de la solicitud de las partes procesales y del tribunal arbitral que tiene la facultad de dirección del proceso. La LAM reconoce que el arbitraje constituye un proceso flexible en el que, efectivamente, es posible que la controversia sea resuelta sin la audiencia de estrados. En tal sentido, para garantizar el derecho a la defensa, el legislador ha previsto en la LAM únicamente a la audiencia de sustanciación y las diligencias probatorias que el tribunal arbitral señale para la práctica y contradicción de pruebas, como fases orales obligatorias del proceso arbitral que garantizan que las partes puedan defenderse adecuadamente y en igualdad de condiciones. Consecuentemente, la Corte concluyó que la falta de realización de la audiencia de estrados no implica, por sí sola, una vulneración al derecho a la defensa⁵⁵.

En el segundo caso (sentencia no. 2573-17-EP/21), dentro del proceso arbitral, las compañías actoras solicitaron que se cite a la demandada por prensa, ya que no fue posible citar a la demandada en el domicilio contractual convenido por las partes. El centro de arbitraje ordenó la citación por prensa y el proceso continuó en rebeldía, con un laudo en favor para las actoras. Subsecuentemente, la parte demandada presentó una acción extraordinaria de protección en contra del laudo arbitral y de la sentencia que rechazó la acción de nulidad de dicho laudo alegando que se habría vulnerado su derecho a la defensa pues no se le había citado en legal y debida forma. La Corte determinó que, ante la existencia de un domicilio contractual, no correspondía a las compañías actoras del arbitraje realizar gestiones o averiguaciones adicionales para pretender determinar un domicilio distinto. En el ámbito del arbitraje, aquello atentaría directamente contra la voluntad de las partes, se contrapondría a su libre consentimiento y se apartaría de la naturaleza propia de este mecanismo que debe tender a la flexibilidad, eficacia y celeridad. La Corte concluyó que no existía violación al derecho a la defensa al haberse citado al demandando por la prensa conforme a la regulación vigente⁵⁶.

54. Corte Constitucional, sentencia no. 154-12-EP/19 de 20 de agosto de 2019, párr. 45.

55. Corte Constitucional, sentencia no. 177-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 24-25.

56. Corte Constitucional, sentencia no. 2573-17-EP/21 de 25 de agosto de 2021, párr. 64-78.

Todo lo anterior asegura que el laudo arbitral no pueda ser apelado mediante una acción extraordinaria de protección pues, como lo ha señalado la Corte en la sentencia 313-23-EP/19, la acción extraordinaria de protección no es una instancia más que tiene la parte vencida en un procedimiento jurisdiccional⁵⁷.

3.2.4. *Corrección de actuaciones judiciales contrarias al principio kompetenz-kompetenz a través del control constitucional*

Además de ser un medio para reparar vulneraciones de derechos constitucionales durante el proceso arbitral a través del control constitucional directo de un laudo arbitral, la Corte Constitucional también ha corregido violaciones a los principios básicos del arbitraje en su resolución de acciones extraordinarias de protección. Dado que existen casos donde jueces han confundido o en ocasiones ignoran la correcta tramitación de un proceso judicial cuando existe un convenio arbitral, las partes afectadas han recurrido a la acción extraordinaria de protección para remediar dichas faltas.

Este es el caso en procesos judiciales donde, a pesar de existir un convenio arbitral que aplica a la resolución de la controversia, el juez ordena la tramitación del juicio, incluso a pesar de que la parte demanda ha interpuesto la excepción de existencia de convenio arbitral. En esos casos, las partes perjudicadas han acudido a la jurisdicción constitucional buscando reparación de su derecho al debido proceso y tutela efectiva.

Por ejemplo, en la sentencia no. 1758-15-EP/20, la Corte Constitucional declaró procedente la acción extraordinaria de protección presentada en contra de una sentencia que declaró nulo el convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión a un fideicomiso de garantía de vehículos por considerarlo una cláusula prohibida. La Corte declaró la vulneración del “derecho al debido proceso en la garantía de observancia del trámite propio de cada procedimiento”⁵⁸ por no haberse terminado el proceso. Adicionalmente, la Corte aprovechó para condenar la conducta de los jueces que declararon la nulidad del convenio arbitral pues “ésta es una potestad que no tienen bajo la ley”, y, por lo tanto, existió también una violación del derecho a la seguridad jurídica⁵⁹.

En la sentencia no. 707-16-EP/21, que trató de un caso donde también existió un pronunciamiento de los jueces de primera instancia sobre el alcance y eficacia del convenio arbitral incluido en las condiciones generales de una póliza de seguro, la Corte determinó que existió una violación del derecho al debido proceso en la garantía de juzgado por el juez competente⁶⁰.

Finalmente, en la sentencia no. 1737-16-EP/21, los jueces de instancia se negaron a aceptar la excepción de existencia de convenio arbitral con base en su apreciación de que el

57. Corte Constitucional, sentencia no. 323-13-EP/19 de 19 de noviembre de 2019, párr. 33.

58. Corte Constitucional, sentencia no. 1758-15-EP/20 de 25 de noviembre de 2020, párr. 32.

59. Corte Constitucional, sentencia no. 1758-15-EP/20 de 25 de noviembre de 2020, párr. 44.

60. Corte Constitucional, sentencia no. 707-16-EP/21 de 8 de diciembre de 2021, párr. 43-49.

convenio arbitral era patológico, y, por lo tanto, impedía a las partes someterse a arbitraje⁶¹. La Corte Constitucional aclaró que en base al principio *kompetenz-kompetenz* los jueces no podían haber llegado a dicha determinación y al “*haberse atribuido una competencia que no tenían, los jueces del Tribunal ad quem vulneraron el derecho al debido proceso en su garantía de ser juzgado por una o un juez independiente, imparcial y competente*”⁶².

4. Conclusión

La posibilidad de revisar judicialmente un laudo arbitral en Ecuador es muy limitada. Ello, pues la acción de nulidad es el único medio para impugnar un laudo, cuya resolución es a la vez inapelable. Adicionalmente, las causales legales para presentar una acción de nulidad son taxativas.

La única excepción a estas reglas es la acción extraordinaria de protección. Esta puede interponerse directamente en contra de un laudo arbitral, así como contra la sentencia que decide la acción de nulidad. Sin embargo, esta acción solo procede cuando existe vulneración de derechos constitucionales y el accionante cumple con rígidos requisitos de admisibilidad y procedencia.

La acción extraordinaria de protección también constituye una excepción a la taxatividad de las causales para presentar una acción de nulidad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que vulneraciones constitucionales como la falta de motivación de un laudo – no contemplada por el artículo 31 de la LAM – puede constituir una causal para ejercer el control constitucional de un laudo sin que deba agotarse la acción de nulidad. No obstante, la jurisprudencia constitucional de los últimos años (analizada en este artículo), muestra que son muy pocos los casos en los que la Corte Constitucional efectivamente ha llegado a aceptarla. Como se señaló arriba, solo en un caso específico la Corte declaró la nulidad parcial de un laudo por falta de motivación en la decisión de condenar en costas a la entidad estatal demandada.

Ello confirma que el control constitucional de laudos en Ecuador es respetuoso del principio de mínima intervención al que están sujetas el resto de los órganos judiciales en el país. Asimismo, la jurisprudencia constitucional que hemos revisado confirma una clara aceptación general del principio *kompetenz-kompetenz* y su defensa en la vía constitucional cuando los órganos judiciales lo han infringido o ignorado.

61. Corte Constitucional, sentencia no. 1737-16-EP/21 de 21 de julio de 2021, párr. 35.

62. Corte Constitucional, sentencia no. 1737-16-EP/21 de 21 de julio de 2021, párr. 41.

3.

INTERNATIONAL ARBITRATION AND THE CONSTITUTION – BACK TO BASICS

EDUARDO ZULETA¹

ANGÉLICA MARÍA PERDOMO²

Introduction

The constituents of the Yucatán Constitution of 1841 and of the Mexican Federal Constitution of 1857 could have not imagined that, after more than a century, the institution conceived to protect the fundamental rights of individuals was to become a nightmare for international arbitration not only in Mexico but in other jurisdictions in the Americas, particularly in Colombia and Peru. The use and abuse of *amparo* (or *tutela*, as it is known in Colombia) have evolved –degenerated may be a better term– into a judicial and academic

1. Independent Arbitrator, member of Arbitration Chambers. He has served as arbitrator in multiple international commercial arbitrations under the major institutional rules in arbitrations seated in Latin America, the United States, Europe and the Middle East and in investment cases under ICSID – including arbitrations and annulment committees- UNCITRAL and ICC Rules. He is past Vice President of the ICC Court, past chair of the IBA Arbitration Committee, past member of the LCIA Court, member of the Advisory Counsel of ICCA and member of the Sanctions Board of the World Bank. He is Adjunct Professor at Georgetown Law School and was part of the drafting committee of the Colombian arbitration statute.
2. Works as secretary to commercial and investment tribunals from Zuleta Beyond Borders. She has acted as secretary to tribunals under the UNCITRAL, CCB and ICC rules. Prior to joining Zuleta Beyond Borders, Angélica served as Senior Counsel of the International Arbitration Section of the Bogotá Chamber of Commerce Arbitration Center. She has also worked as counsel in arbitrations, domestic litigations, insolvency proceedings, and administrative procedures related to agro-industries during her practice as associate lawyer at Garrigues Colombia. Angélica began her practice as an intern at the National Agency for the Legal Defense of the State in the investment arbitration department, and at the Ministry of Trade, at the National Contact Point for the OECD Guidelines. She is a lawyer from Universidad del Rosario, where she has also worked as an assistant professor of Public International Law. Angélica also holds a post-graduate diploma in International Business Law from Universidad de Los Andes and is an ITAFOR Contributor.

debate on the interaction between the constitution and arbitration, particularly, as to what are the limits of the *amparo* when it comes to international arbitration.

In Colombia, in a landmark decision, the Constitutional Court affirmed that an award issued in an international arbitration seated in Colombia could be the subject matter of a *tutela*, allowing the constitutional judge to review even the merits of the case if Colombian law is applicable to the merits. But then, the Court issued a word of comfort: not to worry, the *tutela* against an award in international arbitration is “*excepcionalísima*” (very exceptional as opposed to exceptional).

Practitioners and scholars, and even the Colombian Constitutional Court itself,³ have attempted to reduce the negative impact of the decision by signaling that the grounds to access the *tutela* are subject to strict limits (an attempt to define *excepcionalísima*) or by suggesting that even though international arbitration derives from the Colombian Constitution, its fundamental difference with domestic arbitration is that in the former the arbitrators do not derive their powers directly from the Constitution but are “habilitated” by the Constitution to perform their duties.⁴

But the fundamental questions remain unanswered: Is the *tutela* necessary? What are the fundamental constitutional rights that may be violated in an arbitration? The right to due process? The right to present one’s case? The right to resort to arbitration? Is there a fundamental right to have the law interpreted in a certain manner? What are the fundamental rights that are not protected under the UNCITRAL Model Law and the New York Convention and that, therefore, require a separate constitutional protection? There are two basic approaches to the debate. One is to continue in the search for “good” and “bad” standards as regards *tutela* in international arbitration. The other is to go back to the basics of arbitration and its contractual nature and to the protections granted by laws, international treaties, and principles of due process and determine whether they provide for mechanisms to protect the fundamental right of the parties in arbitration. In sum, whether *tutela* is part of an inevitable need of “constitutionalizing” international arbitration or merely the use of the constitution to have a second bite at the apple.

This article will explore the state of the evolution of the relationship between arbitration and the Constitution in Colombia and suggest a return to the basics of arbitration to avoid the ineluctable decision that users of arbitration make sooner than later: If *tutela* against the award is a permissible remedy (not to mention *tutela* that includes a review of the merits) the Colombia is not a reliable seat for international arbitration.

A. The constitutional framework

The current Colombian constitution was enacted in 1991 (the “Constitution”). Until then, Colombia had one of America’s oldest and longest-standing constitutions, the

3. Constitutional Court, judgment SU-103 of 2022.

4. Santiago Talero Rueda, “Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en el arbitraje local e internacional”, *Anuario de Derecho Privado* 03, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

one issued in 1886.⁵ The 1991 constitutional reform was conceived during complex and turbulent times,⁶ when Colombia was simultaneously experiencing violence from drug trafficking and armed groups, at every social, economic, and political level, both in urban and rural areas. After the assassination of the leading presidential candidate in 1989, Luis Carlos Galán, a student movement known as the “Seventh Ballot” promoted an informal and parallel vote to the March 1990 national elections, demanding a constitutional assembly to reform the constitution of 1886, to “*determine political, social and economic changes in benefit of the people*”. The Seventh Ballot obtained almost two million votes, which caused the then president Virgilio Barco to initiate the process to reform the constitution of 1886, with the aim of restoring public order and the rule of law, through democracy.⁷ This process continued during the mandate of former president Cesar Gaviria, who once elected issued Decree 1926 of 1990, regulating the creation of a national constituent assembly (the “National Constituent Assembly”).⁸

The National Constituent Assembly, integrated by 70 democratically elected members from diverse backgrounds—indigenous peoples, members of former guerilla groups, traditional political parties, religious groups—⁹ optimistically attempted to update the standards of a constitution that had been in place for over 100 years, as a first step in the path to rebuilding a country severely disrupted by violence. There is a general consensus that the 1991 Constitution succeeded in enhancing the protection of human rights and modernizing the Colombian legal system in multiple areas. The constitution of 1886 emerged to counter federalism and reinforce centralism, with a reduced bill of rights and scarce scenarios for democratic participation.¹⁰

5. William C. Banks & Edgar Alvarez, *The New Colombian Constitution: Democratic Victory or Popular Surrender*, 23 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 39 (1991), p. 40.
6. Rodrigo Uprimny, *The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia*, in Siri Glippen, Roberto Gargarella & Elin Skaar (Eds), *Democratization and the Judiciary*, London, Frank Cass, 2003, P. 8. Available at: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_26.pdf
7. Donald T. Fox and Anne Stetson, *The 1991 Constitutional Reform: Prospects for Democracy and the Rule of Law in Colombia*, 24 Case W. Res. J. Int'l L. 139 (1992) Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol24/iss2/1>
8. Law Faculty of the Universidad del Rosario, *La Séptima Papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas. Con ocasión de los 20 años del Movimiento Estudiantil de la Séptima Papeleta*, María Lucía Torres Villarreal (Ed), Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, 126 p., p. 93.
9. Rodrigo Uprimny, *The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia*, in Siri Glippen, Roberto Gargarella & Elin Skaar (Eds), *Democratization and the Judiciary*, London, Frank Cass, 2003, p. 8. Available at: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_26.pdf
10. Law Faculty of the Universidad del Rosario, *La Séptima Papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas. Con ocasión de los 20 años del Movimiento Estudiantil de la Séptima Papeleta*, María Lucía Torres Villarreal (Ed), Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, 126 p., pp. 99-89. Rodrigo Uprimny Yepes, *Judicialization of Politics in Colombia: Cases, Merits and Risks*, 4 SUR - INT'L J. oN HUM Rts. 49 (2007), p. 52.

The 1991 Constitution was groundbreaking at the time, in almost every aspect, including dispute resolution and access to justice. First, it created the Constitutional Court as an independent organ from the Supreme Court of Justice. The Constitutional Court of the Republic of Colombia (the “Constitutional Court” or the “Court”) is in charge of safeguarding the integrity and supremacy of the Constitution. For this purpose, the Court has extensive powers to control the constitutionality of the State’s domestic laws and international treaties signed by Colombia pending ratification and to review judicial decisions connected with the protection of constitutional rights.¹¹

The Constitutional Court exercises this constitutional control through three types of rulings. First, it issues constitutionality judgments to determine whether laws approved by Congress conform with the Constitution. The Court may declare that a law is unconstitutional and unenforceable, and expel it from the legal system. Constitutionality judgments, which are labeled as “C” judgments have *res judicata* and *erga omnes* effects under Article 243 of the 1991 Constitution, and set a precedent that is binding in general, including for the legislator and the judiciary.

Second, the Court issues unification judgments labeled as “SU”, in which the Court addresses specific claims, as the “tutela” injunctions that will be explained in detail below, but at the same time, given the relevance of the underlying issue, it unifies the position it has adopted in its jurisprudence regarding the given matter, establishing a binding precedent. Unification and constitutionality judgments are adopted by the Plenary Chamber of the Constitutional Court.¹²

Third, the Court issues “tutela” judgments. The 1991 Constitution established a remedy known as the “*acción de tutela*” (the “Tutela”) to guarantee the efficacy and supremacy of the constitution. The Tutela is a constitutional injunction set forth in Article 86 of the 1991 Constitution, which can be brought by any person before Colombian courts to protect fundamental constitutional rights against actions or omissions of “*any public authority*”.¹³ The Tutela has a simplified and preferential procedure, which requires that the decision is rendered in no more than 10 days by the court having jurisdiction, and may be challenged before the corresponding appellate court which must issue a decision in 20 days. The final judgment can be latter subject to review by the Constitutional Court, at its discretion.¹⁴

As per Article 241.9 of the Constitution, the Constitutional Court acts as a review body for all the Tutela judgments issued by Colombian courts at all levels, including the Council of State and the Supreme Court of Justice. These revision judgments, identified with the letter “T”, are issued by a revision chamber of the Constitutional Court, not the plenary, and, in principle, only have *inter partes* effects since they decide specific claims.

11. 1996 Constitution, Article 241. Available at constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=en

12. Decree 2067 of 1991, Article 14, Decree 2951 of 1991, Article 34.

13. 1996 Constitution, Article 86. Available at constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=en

14. Rodrigo Uprimny Yepes, *Judicialization of Politics in Colombia: Cases, Merits and Risks*, 4 SUR - INT’L J. oN HUM Rts. 49 (2007), p. 58-59.

However, the Constitutional Court may also assign *inter comunis* and *inter pares* effects to Tutela judgments. The *inter comunis* effect implies that the judgment is also applicable for a group of people who share the same right or interest protected by the decision, but who were third parties to the proceedings. Correspondingly, these effects are also extended to those third parties who have opposed interests, and will be affected by the “T” judgment. In Tutela judgments with *inter pares* effects, the Constitutional Court establishes a “jurisprudential rule” that must be applied without exceptions to any other similar case, and not just to a specific group of individuals as in the *inter comunis* effects. The Constitutional Court has justified this expansion of the effects of Tutela judgments on the grounds of the constitutional principles of the prevalence of substance over form, equality, and procedural efficiency.¹⁵

B. Incorporation of arbitration in the 1991 Constitution

The 1991 Constitution was the first Colombian constitution to incorporate the right to due process as a fundamental constitutional right,¹⁶ and the first to recognize arbitration at a constitutional level. In the previous constitutions that had been enacted in Colombia,¹⁷ there were only vague references to the right to due process,¹⁸ and virtually none to arbitration, which was regulated only through laws and codes.

The first law regulating arbitration in Colombia was the 1890 Judicial Code, which provided the possibility of resorting to a “*trial by arbitration*”.¹⁹ During the following 100 years, arbitration was further regulated through multiple laws and codes, including the 1931 Civil Code of Procedure.²⁰ Arbitration was purely ad-hoc until the enactment of Law 2 of 1938, which also introduced the arbitration clause in contracts, in addition to the arbitration agreement or *compromis*. Afterwards, Law 4 of 1964 allowed arbitration for controversies specifically deriving from State contracts, and, in general, arbitration continued to be regulated by laws, not by the Constitution, in the 1970 Civil Code of Procedure, the 1970 Code of Commerce, which is still in force,²¹ and later, Decree 2279 of 1989.

With the 1991 reform, arbitration was incorporated for the first time in a Colombian constitution. Article 116 of the 1991 Constitution provides as follows:

15. Constitutional Court, judgment SU-037 of 2019.

16. Chaves-Villada, Jaime Eduardo, El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales, 130 Vniversitas, 91-134 (2015), p. 101. Available at: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.ddpa>

17. <https://www.archivogeneral.gov.co/Constituciones-de-Colombia>

18. Chaves-Villada, Jaime Eduardo, El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales, 130 Vniversitas, 91-134 (2015), p. 100. Available at: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.ddpa>

19. Law 105 of 1890, Article 307 and ff.

20. Law 105 of 1931.

21. “100 años de arbitraje”, Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, año XX, No. 76, septiembre 1990, ISSN 0120-4289, Cámara de Comercio de Bogotá, pp. 9-31, p. 23. Available at: <http://hdl.handle.net/11520/20983>

“The Constitutional Court, the Supreme Court of Justice, the Council of State, the National Commission of Judicial Discipline, the Office of Attorney General of the Nation, the tribunals and the judges administer justice. So does the Military Criminal Justice System.

Congress shall exercise specific judicial functions. Exceptionally, an Act may assign jurisdictional functions in specific subject areas to specified administrative authorities. However, they shall not be allowed to hold summary proceedings or to judge crimes. Individuals may be entrusted temporarily with the function of administering justice as juries in criminal proceedings, as mediators or as arbitrators authorized by the parties to issue verdicts in law or in equity in the terms defined by an Act.”

Unlike other Latin American jurisdictions, where arbitration was incorporated in the constitution as a self-standing right of the parties,²² as a right derived from the freedom of contract,²³ or merely recognized as a dispute settlement procedure,²⁴ Article 116 defines arbitration as a mechanism to administer justice, without explicitly differentiating between domestic and international proceedings, in the context of a dualist system.

The constitutionalizing of arbitration in these terms together with the creation of Tutela as a new constitutional injunction, the establishment of a powerful Constitutional Court, and the recognition of due process as a fundamental right have unfolded in unexpected ways through the decisions of the Constitutional Court, the Supreme Court of Justice, and the Council of State. The consequences of for international arbitration were probably unintended by the drafters of the 1991 Constitution.

C. The context prior to the enactment of the 1991 Constitution

Domestic and international arbitration in Colombia have been and continue to be essentially different in terms of their legal basis, their purpose, and their regulation. Currently, domestic arbitration is regulated in detail by the domestic arbitral statute, *i.e.* section I of Law 1563 of 2012, and shares multiple similarities with judicial proceedings. International arbitration, regulated in section III of Law 1563 of 2012, has followed the UNCITRAL Model Law.

Before the 1991 Constitution and Law 1563 of 2012, both proceedings co-existed on separate grounds for several years: international arbitration on the basis of a few norms, principles of freedom of contract and treaties ratified by Colombia. Domestic arbitration was heavily regulated in laws and codes. The records of the sessions of the National Constituent Assembly do not suggest in any way that the understanding of the drafters of the Constitution was that international and domestic arbitration were to be regulated as one, and even less, that international arbitration stemmed from the 1991 Constitution and its Article 116.

22. Constitution of Costa Rica, Article 43.

23. Constitution of Peru, Article 62.

24. Constitution of Ecuador, Article 190.

During the debates of the National Constituent Assembly, there were virtually no references to international arbitration which, despite not being specifically regulated in domestic laws at the time, existed and was recognized by Colombia, which was already a State party to the New York Convention.²⁵ The few discussions that occurred within the National Constituent Assembly regarding the inclusion of arbitration in Article 116, had the following primary concerns: 1) whether arbitral tribunals could render decisions without motivation, 2) whether administrative and investigative authorities could also administer justice,²⁶ and 3) whether individuals could judge crimes.

There were no specific debates related to international arbitration, and the few debates pertaining the nature and function of arbitrators in general, in no manner referred to international arbitrators. Members of the National Constituent Assembly held that *“there are a series of non-judicial operators who administer justice, as for instance is the case of conciliation and arbitration tribunals already provided in the law, which administer justice under the authority of the law.”*²⁷ In the sessions it was further agreed that arbitrators were *“individuals who intervene in the administration of justice by the authority of the law and can issue decisions in equity”*.²⁸ Moreover, in the discussion referring to the creation of certain categories of judges and juries through the constitution it was argued that *“the individuals that by the authority of the law intervene in the administration of justice [...] some are constitutionally created, and they are there, and others will by the law”*,²⁹ the “others” created by law, referring to arbitral tribunals.

At the time, the only type of arbitration *“already provided in the law”* or *“by the authority of the law”* was domestic arbitration. Scarce provisions referred to international arbitration and the first attempt to have a specific statute came with the enactment of Law 315 of 1996, almost six years after the enactment of the 1991 Constitution. Moreover, the National Constituent Assembly conceived Article 116 as a mechanism allowing democratic participation of the people in the administration of justice.³⁰ This purpose that can hardly be fulfilled by international arbitration, and appears more aligned with domestic arbitration.

Domestic arbitrators must be Colombian nationals qualified to practice law in Colombia, a requirement that has been present in Colombian legislation even before the

25. Colombia incorporated the New York Convention in its legal system through Law 39 of 1990. See also United Nations Commission on International Trade Law, Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the “New York Convention”). Available at: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

26. Library of the Bank of the Republic of Colombia, National Constituent Assembly, Fourth Commission, Report from the 14 May 1991 session, pp. 70-72. Available at <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/182>.

27. Ibid., p. 76.

28. Ibid., p. 76.

29. Ibid., p. 85.

30. Ibid., p. 86: *“if we want a true participative democracy, if we really want the people to participate in the decisions of the administration of justice, and the best way to do it is, well, through the peace judges, the conscience judges, in sum, the arbitrations, the conciliations and all of that we have wanted for a new justice.”*

enactment of the 1991 Constitution, and that remains in force in the current domestic arbitral statute. Section I of Law 1563 of 2012 requires domestic arbitrators to meet the qualifications required to be a Justice in a High District Court, when appointed to decide in law.³¹ By contrast, these legal conditions have never been applicable in international arbitrations,³² insofar as it was never conceived as a democratic participation mechanism in Colombia that required constitutional recognition, which was one of the grounds for including arbitration in the 1991 Constitution.

Against this background, the Constitutional Court has failed to establish a clear difference between the sources, purposes and applicable principles of domestic and international arbitration and has applied Article 116 of the Constitution to both indistinctively, creating uncertainty and lack of predictability on the remedies available against an award issued in an international arbitration seated in Colombia.

1. *After the enactment of the 1991 Constitution*

Less than five years after the 1991 constitutional reform, the Constitutional Court analyzed the constitutionality of Decree 2651 of 1991 (regulating domestic arbitration) and concluded that arbitration proceedings have a jurisdictional nature resulting from the type of function attributed to the arbitrators under Article 116. According to the Constitutional Court, pursuant to the 1991 Constitution, arbitrators “*administer justice, in the terms provided by the law*” and “*perform a public function*”; yet, it clarified that the parties are “*who habilitate arbitrators to decide*” and that “*the laws that regulate arbitration must be based on the assumption that it is the will of the parties in conflict, whether potential or actual, that enables the arbitrators to act.*”³³ The latter clarification was a response to the position held by the Supreme Court of Justice before the enactment of the 1991 Constitution, in a judgment concerning Decree 2279 of 1989 (regulating domestic arbitration), where it considered that the powers of arbitrators were attributed by law and not by the will of the parties.³⁴ The Constitutional Court further interpreted that arbitral awards are materially equivalent to judicial decisions because both have *res judicata* effects, and arbitrators are temporarily vested with the function

31. Article 1 of Decree 2279 of 1989, and Article 111 of Law 446 of 1998, repealed by Article 118 of Law 1563 of 2012. Article 7 of Law 1563 of 2012, establishes the minimum requirements to be a domestic arbitrator in Colombia.

32. Article 8 of Law 23 of 1991, provided that arbitrators will be Colombian citizens, notwithstanding the provisions of the treaties in force regarding international arbitration. Article 2 of Law 315 of 1996, provided that the parties were free to choose the nationality and qualifications of the international arbitrator. These laws were repealed by Law 1563 of 2012, which provides in Article 73 that the parties have the freedom to choose the nationality and even the profession of the international arbitration, who may not even be a lawyer.

33. Constitutional Court, judgment C-294 of 1995, and C-431 of 1995.

34. Constitutional Court, judgment C-294 of 1995, and C-347 of 1997, referring to judgment No. 42 of the Supreme Court of Justice of 21 March 1991, Justice Pedro Escobar Trujillo.

of administering justice.³⁵ This conclusion was based on the interpretation of domestic arbitration rules, yet, it refers in general to arbitration under Article 116, in the context of a dualist system. As outlined below, this lack of precision in Article 116 and in the language of the Constitutional Court, affects international arbitration.

The first ruling in which the Constitutional Court specifically addressed international arbitration under the 1991 Constitution, was in judgment C-347 of 1997 when deciding a constitutional challenge against Law 315 of 1996, which regulated international arbitration before the enactment of Law 1563 of 2012. In judgment C-347/97, the Constitutional Court ruled that under Article 116 “*arbitration, both domestic and international, has its grounds on free will, as expressly recognizes the Constitution*” and that “[i]f arbitrators can be authorized by the parties to rule in conscience, or in equity, as stated in the Constitution, the law may as well provide that the same parties submit their controversies to an international arbitral tribunal, in the terms provided by the same law”.³⁶

This decision may be read as an acknowledgement by the Constitutional Court that Article 116 was a mere “recognition” rule rather than a “habilitation” rule for the purposes of international arbitration, and thus, an approach more akin to the contractual than to the procedural theory of the nature of arbitration. After all, international arbitration could not be deemed to originate in the 1991 Constitution if the Constitutional Court had to clarify in a judgment that “*it is legally possible to submit controversies to an international arbitral tribunal without violating the law and the Constitution*”.³⁷ Nevertheless, in this judgment that exclusively pertained international arbitration, the Constitutional Court chose to recall a rule settled in past judgments for domestic arbitration, which is that arbitrators –without specifying if domestic or international– “*administer justice, in the terms provided by the law*” and “*perform a public function, established in the fourth paragraph of Article 116 of the Constitution*”.³⁸

The next wave of relevant rulings in the analysis of the nature of international arbitration and arbitrators in Colombia under the 1991 Constitution, came with the enactment of the current arbitral statute, Law 1563 of 2012.

First, in a 2013 judgment concerning a constitutionality challenge against the provisions in Law 1563 of 2012 (Sections I and II) that establish the requirements that must be met by domestic arbitrators and secretaries in Colombia, the Constitutional Court held that “*It is not enough, then, to credit personal or professional merit as the only requirement, without further limits, to perform the tasks of arbitration, because the nature of the public function, inherent to the administration of justice that arbitrators and secretaries of arbitration tribunals perform, imposes other constitutional limits, in addition to those corresponding to the rights of those involved in the dispute that the arbitrators will solve, through a decision ‘which, like the decisions of the judges of the Republic, becomes res judicata’*”.³⁹

35. Constitutional Court, judgment SU 033/18, 3 May 2018.

36. Constitutional Court, judgment C-347 of 1997.

37. Constitutional Court, judgment C-347 of 1997.

38. Constitutional Court, judgment C-347 of 1997.

39. Constitutional Court, judgment C-305 of 2013.

Interestingly, the Constitutional Court upheld the constitutionality of the requirements to act as arbitrator in domestic cases on the grounds that arbitrators administer justice and perform a public function under Article 116 of the 1991 Constitution. However, such rules do not exist in Section III of Law 1563 of 2012 for international arbitrators. Until this decision, it appeared as if the Constitutional Court still differentiated domestic from international arbitration for the purposes of Article 116, interpreting the former under the procedural theory, and the latter under the contractual theory.

However, in a 2014 judgment concerning the constitutionality of a treaty between Colombia and Turkey that included an international arbitration clause, the Constitutional Court clarified that while “arbitration” was initially defined under the procedural theory by the Supreme Court of Justice,⁴⁰ Article 116 of the 1991 Constitution adopted an “eclectic” interpretation of arbitration. According to the Court, Article 116 is a mixture between the contractual and the jurisdictional theories, since it recognizes the contractual origin of arbitration, but also defines it as a process that must offer minimum procedural guarantees for the parties. In addition, the enforceability of the award is granted by law. The Constitutional Court concluded –in the context of the treaty it was analyzing– that international arbitration agreements “*must safeguard the principles of access to the administration of justice, legal security, due process and the rights of defense and contradiction*”.⁴¹ This judgment asserting the jurisdictional nature of international arbitration, though under a “mixed” approach, was later recalled by the Constitutional Court in a decision concerning the constitutionality of a domestic arbitration provision in Law 1563 of 2012.⁴²

As will be further elaborated in the following sections, the main consequence of characterizing international arbitration as a jurisdictional proceeding stemming from the 1991 Constitution, is that it exposed international arbitrations seated in Colombia to permanent jurisdictional control, at almost every stage of the proceedings, through the Tutela injunction.

D. Tutela and international arbitration

1. *Applicable rules*

As explained earlier, the 1991 Constitution not only elevated arbitration to a constitutional level, but also recognized due process as a fundamental right in Article 229, and introduced the Tutela in Article 86.

As already anticipated, the Tutela is a constitutional injunction for the protection of constitutional fundamental rights before domestic courts with a preferential and summary proceeding. The decision of the constitutional judge may order the pertinent authority to act or to refrain from acting. The decision must be implemented within the term provided for by the judge. This constitutional injunction was conceived as an exceptional remedy,

40. Supreme Court of Justice, judgment of 26 May 1969, judicial gazette No. CXXXCII, justice Luis Sarmiento Buitrago.

41. Constitutional Court, judgment C-947 of 2014, ¶¶ 68-69.

42. Constitutional Court, judgment C-538 of 2016, ¶¶ 17 ff.

available only when the affected party lacks any other means of judicial defense or when temporary protection is urgently required to avoid irreparable harm.

Article 86 provides that Tutela is admissible against the actions and omissions of “any public authority” that affect or may affect fundamental rights. This constitutional injunction was regulated through Decree 2591 of 1991, to proceed against the decisions of judges as public authorities. However, the Constitutional Court clarified that Tutela against judicial decisions was an exception to the constitutional principle of legal certainty, and therefore it could proceed only if there is a “*vía de hecho*”, i.e. a decision issued by a judge that is manifestly arbitrary and contrary to the Constitution.⁴³ In time, the “*vía de hecho*” or “arbitrary judgment” doctrine evolved through the judgments of the Constitutional Court to become the general and specific admissibility requirements for Tutela against judicial decisions.⁴⁴

The Constitutional Court has further interpreted that, given the jurisdictional nature of arbitration proceedings, the “public function” performed by arbitrators, and the equivalence of awards to judicial decisions, Tutela is also admissible against arbitral awards, almost on the same grounds applicable to judicial decisions.⁴⁵ In this sense, the Constitutional Court has expressly considered that an award can constitute a “*vía de hecho*” or an arbitrary judgment “that implies a direct violation of a fundamental right”⁴⁶ as the right to due process, thus, justifying the “exceptional” admissibility of Tutela.

The general requirements of admissibility to bring Tutela actions against arbitral awards are almost identical to those applicable to judicial decisions,⁴⁷ with some variations to set an arguably stricter admissibility standard, particularly, with regard to awards in international arbitrations. The Constitutional Court outlined the following admissibility requirements for Tutelas against arbitral awards, which must be met cumulatively:

1) **Constitutional relevance:** of the issue constituting the subject matter of the dispute.⁴⁸ When analyzing this requirement, Tutela judges must (a) identify whether the award directly violates or threatens a fundamental right of the party, which is usually the right to due process, and (b) keep due regard for the discretion of the arbitrator by refraining from ruling on the merits of the case submitted to arbitration.⁴⁹

2) **Subsidiarity of Tutela:** the plaintiff must prove the exhaustion of all means of judicial defense available or the necessity of urgent protection to avoid irreparable harm to the fundamental right of the parties. Regarding arbitral awards, the subsidiarity requirement is met after the exhaustion of annulment proceedings.⁵⁰ However, the Constitutional Court clarified that, given the restrictiveness of the grounds

43. Constitutional Court, judgment C-543 of 1992.

44. Constitutional Court, judgment C-590 of 2005.

45. Constitutional Court, judgment T-466 of 2011.

46. Constitutional Court, judgment SU-174 of 2007.

47. Constitutional Court, judgment SU-033 of 2018.

48. Constitutional Court, judgment SU-128 of 2021.

49. Constitutional Court, judgment SU-174 of 2007.

50. Constitutional Court, judgment SU-033 of 2018.ta

for annulment, subsidiarity must be analyzed on a case by case basis to determine whether annulment is an adequate remedy, and if answered in the negative, Tutela may proceed against an arbitral award before the exhaustion of this remedy.⁵¹

3) **The promptness of Tutela:** the constitutional injunction proceedings must be initiated within a reasonable and proportionate timeframe after the event that originated the violation, to protect the principle of *res judicata* and legal certainty.

4) **The decisive or determining effect of the procedural irregularity in the outcome of the award:** The irregularity must directly affect the fundamental rights of the plaintiff.

In addition to these general requirements, the Constitutional Court has defined specific grounds under which arbitral awards can be considered “arbitrary judgments” or “*vías de hecho*” justifying the admissibility of Tutela. These specific admissibility grounds were also extracted from those applicable to judicial decisions⁵² and refined in an attempt to make of Tutela a “truly exceptional” remedy against arbitral awards.

The existence of at least one specific admissibility ground is sufficient for a constitutional injunction to be successfully invoked against a judicial decision or an arbitral award. The following chart illustrates the narrowing of the specific admissibility grounds:

Judicial decisions C-590 of 2005 SU-128 of 2021	Awards in domestic arbitrations SU-174 of 2007 SU-817 of 2010 SU-033 of 2018 T-466 of 2011	Awards in international arbitration SU-500 of 2015 T-354 of 2019
Organic breach: when the decision subject to the Tutela is issued by a judicial authority that absolutely lacks jurisdiction.	Organic Breach: when the arbitrators absolutely lack jurisdiction because they have acted manifestly outside the scope defined by the parties, exceeding the limitations established in the arbitration agreement, or by ruling on non-arbitrable matters.	
Absolute procedural breach: when the judge acted completely outside of the established procedure.	Absolute procedural breach: when the award is rendered through a procedure completely contrary to that established by law or by contract, directly violating the right to defense or the right to due process. The violation of fundamental rights must have had a direct incidence in the decision, to the extent that absent the procedural breach, the outcome would have been different.	

51. Constitutional Court, judgment SU-174 of 2007; see also Constitutional Court judgment T-359 of 2019, citing ruling 051 of 2012.

52. Constitutional Court, judgments C-590 of 2005 and SU-128 of 2021.

Judicial decisions C-590 of 2005 SU-128 of 2021	Awards in domestic arbitrations SU-174 of 2007 SU-817 of 2010 SU-033 of 2018 T-466 of 2011	Awards in international arbitration SU-500 of 2015 T-354 of 2019
Factual breach: which occurs when the judge lacks the evidentiary support that allows the application of the legal assumption on which the decision is based.	Factual breach: when the arbitrators i) admit evidence that should not have been assessed, because it was improperly collected in direct disregard of constitutional fundamental rights, or (ii) arbitrarily reject evidence, admit evidence but completely omit its assessment, or conduct a manifestly unreasonable assessment of evidence. The faulty evidentiary assessment must be relevant and determinant for the decision taken by the tribunal which violates the party's fundamental rights.	
Substantive breach: when the decision is based on non-existent or unconstitutional norms or when there is a gross contradiction between the grounds and the decision.	Substantive breach: When the award (i) is based on a rule that is clearly inapplicable to the specific case, directly violating a fundamental right; (ii) when the award lacks motivation or the motivation is manifestly unreasonable, (iii) when the tribunal's interpretation of a rule disregards <i>erga omnes</i> judgments, (iv) when a rule is interpreted disregarding other applicable rules necessary to ensure a systematic interpretation. Interpretative discrepancies or argumentative errors are not sufficient to constitute an arbitrary decision by a substantive breach.	
Induced error: when the judge or court was the victim of deception by third parties and this deception led him to make a decision that affects fundamental rights.	N/A	
Decision without motivation: which implies the omission of judicial officers to provide factual and legal grounds for their decisions in the understanding that it is precisely in this motivation that the legitimacy of their functional orbit lies.	Encompassed in the Substantive breach.	

Judicial decisions C-590 of 2005 SU-128 of 2021	Awards in domestic arbitrations SU-174 of 2007 SU-817 of 2010 SU-033 of 2018 T-466 of 2011	Awards in international arbitration SU-500 of 2015 T-354 of 2019
Disregard of Constitutional precedent: the judge applies the law in a way that disregards the scope of a fundamental right as defined by the Constitutional Court.	Encompassed in the Substantive breach.	

Both the general and specific admissibility requirements outlined above are applicable to domestic and international arbitral awards, with certain variations. The Constitutional Court has decided only twice on Tutelas against international arbitral awards in judgments SU-500 of 2015 and T-354 of 2019. Initially, the Constitutional Court gave an indistinct treatment to international and domestic awards in judgment SU-500 of 2015. Nevertheless, this position changed in judgment T-354 of 2019 with the Constitutional Court acknowledging the existence of differences in the admissibility of Tutela against awards rendered in domestic and international arbitrations.

2. *Judgment T-354 of 2019*

Gecelca S.A E.S.P. (“Gecelca”) and its subsidiary Gecelca 3 S.A.S E.S.P. (“Gecelca 3”), initiated an international arbitration proceeding against the CUC-DTC Consortium, integrated by China United Engineering Corporation and Dongfang Turbine Co. LTD. (the “Consortium”), before an arbitral tribunal constituted under the rules of the Bogotá Chamber of Commerce. Gecelca and Gecelca 3 filed a Tutela against the final award alleging that the tribunal violated their fundamental rights to due process and access to justice. In parallel, Gecelca 3 had initiated annulment proceedings before the Third Section of the Council of State to set aside the final award, among others, on the grounds that it violated Colombia’s international public order.

On July 26, 2018, the Fourth Section of the Council of State declared that the Tutela was inadmissible considering that this mechanism could not be used to re-open a legal debate addressed during the arbitral proceedings. On September 12, 2018, the Fifth Section of the Council of State confirmed the first instance judgment on appeal and added that, since constitutional injunctions are subsidiary mechanisms, the Tutela was not admissible because the decision to set aside the final award was still pending.

Following the first level and the appeals judgment, the request filed by Gecelca 3 for revision before the Constitutional Court was admitted and assigned to the Fifth Revision Chamber. The Chamber ruled that, while it is possible to obtain constitutional injunctions against international arbitral awards, in the specific case, the requested relief was not

admissible because the subsidiarity requirement had not been met, given that annulment proceedings were still pending before the Council of State. In other words, the Court dismissed the Tutela on grounds of admissibility, but undertook a complete review of the availability of Tutela against awards issued in international arbitrations seated in Colombia.

In judgment T-354 of 2019 the Constitutional Court acknowledged that, up to that moment, “*the jurisprudence of this Corporation has not specifically addressed this particularity when it comes to studying the applicability of the tutela action against international arbitral decisions*” since the only precedent on this matter, i.e. judgment SU-500 of 2015 “*analyzed the validity of a tutela action against an international award, limiting its study to the criteria established in relation to national awards and referring, even, to the national grounds for annulment*”.

Accordingly, the Constitutional Court performed an analysis of the three elements that elevate the admissibility standard of the Tutela against domestic arbitral awards, from an “exceptional” (*excepcional*) to a “highly exceptional” (*excepcionalísima*) remedy when brought against international arbitral awards.

a. *The express prohibition of judicial intervention*

The Constitutional Court referred to Articles 67 and 107 of Law 1563 of 2012, which prohibit judicial intervention in international arbitration proceedings, with specific exceptions that do not include the Tutela injunction. According to the Court, such prohibition is not applicable to the Tutela, a constitutional remedy protected under Article 86 of the Constitution which scope cannot be limited or modified through an ordinary law. The Court reaffirmed that Tutela can be brought against arbitral awards issued in international arbitration insofar as they can affect the fundamental rights of the parties.⁵³

Nevertheless, considering the express prohibition of judicial intervention established in Law 1563 of 2012 for international arbitration –which is not provided for domestic arbitration–, and the choice of the parties to withdraw their disputes from the state jurisdiction and resort to international arbitration, the Court clarified that the admissibility requirement in the case of awards issued in international arbitration is “highly exceptional” (*excepcionalísima*) and demanded a strict and rigorous assessment.⁵⁴

53. A decision of the Supreme Court of Panama of 12 April 2023 takes a completely different approach in connection with a similar provision and concludes that the provision conforms to the Constitution because the action to set aside the award adequately protects the constitutional rights that may be affected in an arbitration.

54. The Court, like some scholars in Colombia, refers to “international awards”, a term that encompasses a much broader category than the awards subject matter of the decisions at stake which are the awards issued in international arbitrations seated in Colombia.

b. The freedom to choose the applicable rules of law

In addition to the higher admissibility standard, the Court referred to Article 101 of Law 1562 of 2012, which allows the parties to choose any applicable law, a possibility not provided for domestic arbitrations. According to the Court, when the substantive law applicable to the arbitration is a foreign law, the Tutela injunction is only admissible to analyze if the award complies with Colombia's international public order as a parameter for constitutional control. Therefore, the specific admissibility requirements are only applicable when the award is "*partially governed by Colombian law*".⁵⁵

c. The grounds for annulment in international arbitration

The Court likewise referred to Articles 107 and 108 of Law 1563 of 2012, which prohibit the intervention of the annulment judge in the merits of the controversy and establish the annulment grounds for international arbitral awards. The Court, referring to previous decisions, concluded that "*also regarding international awards, most annulment grounds are related to the right to due process due to possible in procedendo breaches*".⁵⁶ However, the Court considered that the annulment ground in Article 108.2 (b) applicable to violations of the international public order of Colombia, could transcend strictly procedural or "*in procedendo*" breaches, allowing the submission of new facts and evidence, thus, offering additional protection to the parties who can invoke any and procedural breach, insofar as it violates the international public order. On the basis of this additional guarantee, the Court concluded that the subsidiarity requirement for Tutelas against international arbitral awards is "*reinforced*" and "*stricter*".⁵⁷ Yet, the Court did not entirely dispense with the possibility of bringing a Tutela against an arbitral award if the annulment proceedings have not been exhausted.

3. The unanswered questions after judgment T-354

Judgment T-354 of 2019 may be considered a step forward in that the Constitutional Court acknowledged the existence of differences between awards issued in domestic and international arbitrations and the relevance of such differences for the purpose of determining the admissibility of Tutela against an award rendered in an international arbitration seated in Colombia. However, the Court grounded its analysis on its previous decisions on the nature of domestic awards, their assimilation to judicial decisions, the role of arbitrators in domestic arbitration, the availability of Tutela against awards issued in domestic arbitrations and Article 116 of the Constitution as the source of arbitration and the powers

55. Constitutional Court, judgment T-354 of 2019.

56. Constitutional Court, judgment T-354 of 2019.

57. Constitutional Court, judgment T-354 of 2019.

of arbitrators. It conducted a case-precedent-focused analysis but failed to undertake an independent analysis of international arbitration detached from the particularities of domestic arbitration. This approach creates confusion and leaves questions on the admissibility of Tutela against awards in international arbitration unanswered.

First, the Court concluded that the prohibition of judicial intervention provided for in Law 1563 of 2012 cannot apply to the admissibility of Tutela against awards in international arbitration because a law cannot modify the scope of Article 86 of the Constitution. But Article 86 of the Constitution refers to the decisions of “public authorities” and the Court failed to explain how or why international arbitrators qualify as “public authorities”. The Court dodged this question by affirming that “*international arbitral decisions can breach or put at risk fundamental rights of the parties*”.⁵⁸ What the Court did was to “reverse-engineering” the admissibility analysis that it applied to Tutelas against judicial decisions and domestic arbitral awards.

The Tutela was deemed admissible against judicial decisions on the basis that they are issued by judges who are “public authorities” exercising the State function, which is administering justice, as required in Article 86 of the Constitution. Likewise, Tutela against domestic arbitral awards is admissible because arbitrators are understood to be temporarily endowed with the function of administering justice as judges, according to the Court’s interpretation of Article 116 of the Constitution, and therefore are deemed “public authorities”.⁵⁹ However, the Constitutional Court justified the admissibility of Tutela against awards in international arbitration on the basis of their effect, i.e. *res judicata*, not of the nature and origin of the powers of international arbitrators. The question of whether international arbitrators are materially equivalent to judges remains unanswered.

Second, the Court acknowledged that the annulment of awards issued in international arbitration for violations of the international public order of Colombia provided for in Article 108.2 (b), encompassed the protection against *in procedendo* and *in iudicando* breaches. But it then timidly concluded that the Tutela’s subsidiarity requirement was only “*stricter*” than that applicable to domestic awards and that the duty to exhaust the annulment proceedings before resorting to the Tutela was “*reinforced*”.

The Court failed to examine the substantial differences that exist between the grounds for annulment in domestic arbitration and international arbitration. The Constitutional Court has admitted the Tutela in domestic arbitrations only because the domestic grounds for annulment have a casuistic approach and do not include violation of public order as a ground for annulment. Therefore, the Constitutional Court has concluded that the grounds for annulment in domestic arbitration do not provide a remedy against matters “*which, in principle, are subject to the final and irrevocable decision of the tribunal*”.⁶⁰

In judgment T-354 of 2019, the Court first stated that, as in domestic arbitration, “*most of the grounds for annulment*” in international arbitration only protect the right to due process against *in procedendo* breaches. The Court then recognized that the ground

58. Constitutional Court, judgment T-354 of 2019.

59. Constitutional Court, judgment SU-033 of 2018.

60. Constitutional Court, judgment SU-500 of 2015.

for annulment envisaged in Article 108.2 (b), *i.e.* violations of the international public order of Colombia, affords a wider scope of protection of the fundamental rights of the parties, beyond mere *in procedendo* breaches. Despite this analysis, the Court concluded that the Tutela can still be admissible against awards in international arbitrations when the annulment is “ineffective” or if there is a risk of “irremediable harm”. The Court did not even attempt to explain which rights of the parties would be left unprotected if the Tutela is not admitted against arbitral awards issued in international arbitrations. If the Constitutional Court considered that, despite the wide protection granted under Article 108.2 (b) there could be matters “*which, in principle, are subject to the final and irrevocable decision of the tribunal*”,⁶¹ it could have at least provided examples of the rights that would remain unprotected despite the wide scope of the grounds for annulment in international arbitration, including the ground related to violations of public order.

Third, in the most surprising turn in the decision, the Court indicated that Tutela is admissible against an award in an international arbitration seated in if the applicable substantive law is partially the law of Colombia. If the law applicable to the merits is a foreign law the admissibility of the Tutela is only subject to cases of violation of Colombia’s international public order. This differentiated treatment, which seems to suggest that Tutela judges lack jurisdiction to analyze the proper application of a foreign law, would only make sense if what the Court had in mind was the admissibility of the Tutela for substantive defects. Otherwise, the difference in the substantive applicable laws would be inane. Therefore, if the substantive law applicable to the merits is Colombian law, the Tutela judge may review, *inter alia*, (i) whether the award is based on a rule that is clearly inapplicable to the specific case, directly violating a fundamental right; (ii) if the award lacks motivation or the motivation is manifestly unreasonable, (iii) if the tribunal’s interpretation of a rule disregards *erga omnes* judgments, and (iv) whether a rule has been interpreted disregarding other applicable rules necessary to ensure a systematic interpretation. An appeal to review the merits under the disguise of a constitutional protection of fundamental rights.

Fourth, despite opening the door for a review of the merits, the Court seems to contradict itself by affirming that that Tutela cannot become an appeal and by attempting to limit the function of the Tutela judges to “determining if the right to due process was protected in the annulment decision, maintaining distance from the concrete aspects of the award”.⁶²

The Court has materially created an appeal in international arbitrations seated in Colombia. This course of action plainly ignores the authority of Colombian annulment and enforcement judges, disregards the *res judicata* value of their decisions, and even creates a conflict with Colombia’s international obligations as a State party to the 1958 New York Convention, according to which, the recognition and enforcement of an award may only be refused if, *inter alia*, the “award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which

61. Constitutional Court, judgment T-354 of 2019.

62. Constitutional Court, judgment T-354 of 2019.

that award was made.”⁶³ The annulment is the only recourse recognized by the New York Convention against an award.

Lastly, as already mentioned, the possible differences in the application of the specific admissibility grounds, *i.e.* organic, procedural, factual, and substantial breaches, between awards in domestic and international arbitrations, were never addressed. The Constitutional Court took the same approach it had taken in judgment SU-500 of 2015, and referred to previous constitutional case law in relation to domestic awards, citing *verbatim* judgment T-466 of 2011. The Court generally concluded that the specific admissibility grounds applicable to Tutelas against awards issued in national arbitrations are the same for awards issued in international arbitrations, only “stricter” and with one variation: the exclusion of the specific admissibility grounds for international awards that are not governed by Colombian law.

E. Redefining the relationship between the Tutela and international arbitration

The interpretation of the Constitutional Court that the Tutela is admissible against international arbitral awards seated in Colombia, has opened the door to multiple questions, particularly as to whether Colombia is a reliable seat for international arbitration. However, we consider that it is still possible for the Constitutional Court to take a different approach and to create a favorable environment to international arbitration while preserving the object and purpose of the Tutela.

To date, only the two mentioned judgments from the Constitutional Court have specifically addressed the admissibility of Tutela against international awards (SU-500 of 2015 and T-354 of 2019). Both decisions are founded on the parallel between international arbitral awards and judicial decisions, and, while they also appear to point toward characterizing international arbitrators as domestic judges, they have not expressly done so. Moreover, the “T” decisions, in principle, lack the permanent and *erga omnes* effects of “C” or constitutionality judgments. Additionally, judgment T-354 clarified that judgment SU-500 had not addressed the impact of the differences between domestic and international arbitration on the admissibility of Tutela.

Within this gap the Constitutional Court has an extraordinary opportunity to reformulate its argument through a solid and holistic analysis of international arbitration –in light of its *sui generis* features– and to reposition Colombia as an attractive venue for international arbitrations.

63. United Nations Commission on International Trade Law, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958).

1. *The nature of international arbitration proceedings, the arbitrators, and the award*

Reformulating the current interpretation of the Constitutional Court demands rethinking the nature of Article 116 of the 1991 Constitution. Even though Article 116 may have authorized domestic arbitration and “habilitated” domestic arbitrators, in the case of international arbitration it merely recognized its existence in accordance with the international obligations of Colombia at the time (and at present). Article 116 never intended to habilitate international arbitration nor to envisage international arbitrators as judges administering justice. Accordingly, international arbitration proceedings should not be characterized as a display of the jurisdiction of a State, nor awards in international arbitration as judicial decisions.

As noted earlier, the working papers of the 1991 Constitution suggest that international arbitration was never envisaged in the drafting of Article 116, despite the fact that it was already an institution recognized by Colombia as a party to the New York Convention. The “habilitation” in Article 116 was conceived as a mechanism to democratize the administration of justice in Colombia. However, international arbitration could have hardly been considered a mechanism to fulfill that “democratic” purpose. International arbitration does not ensure the participation of Colombian citizens in the administration of justice as judges, and it does not necessarily solve disputes between Colombians or even parties associated with Colombia. Indeed, international arbitrators can be foreign citizens, and usually are when they are appointed to solve disputes that involve at least one Colombian party, to ensure neutrality. International arbitrators were never envisaged as judges requiring a “habilitation” to conduct a jurisdictional proceeding.

One of the problems – that we may call *biases*- in the analyses of international arbitration in Colombia seems to be that in all the scenarios it is assumed that at least one of the parties is Colombian. But, on the one hand, nationality is not a criterion to determine whether an arbitration seated in Colombia is international. On the other, if all the parties, the arbitrators, the law governing the arbitration clause, the law applicable to the merits and the rules are foreign, and the only connection to Colombia is the seat, it is unclear why the arbitrators require to be “habilitated” by the Colombian constitution or Colombian law to perform their functions in Colombia.

The conclusion that Article 116 does not “habilitate” international arbitration and that international arbitrators are not equivalent to national judges that ensure the participation of Colombians in the administration of justice, is followed by the necessity of rethinking the nature of international arbitration proceedings. Until 2014, the Constitutional Court appeared to share the understanding that international arbitration was different from domestic arbitration and that they do not share the same jurisdictional nature. However, in judgment C-936 of 2014, the Court decided to take a clear stance in support of characterizing international arbitration as a jurisdictional proceeding. This interpretation was adopted in the context of a ruling on the constitutionality of a treaty, not in connection with Law 1563 of 2012 or a specific international arbitration proceeding seated in Colombia. Also, no analysis was performed on the nature of awards in international arbitration. Nevertheless, on the basis of this judgment, the Court characterized international arbitration as a

jurisdictional proceeding, and correspondingly, awards as judicial decisions, in judgment SU-500 of 2015.

No grounds existed to unequivocally and automatically assign to international arbitration, the jurisdictional nature attributed to domestic arbitration. The lack of explicit differentiation in Article 116, almost unconsciously replicated by the Court, should not be sufficient to reach such a conclusion, and even less, to allow it to endure in time.

The point of departure in the analysis of the nature of international arbitration and the awards resulting therefrom should be the nature of the underlying relationship. Arbitration itself is a procedure which is not per se national or international. What is national or international is the underlying relationship. A review of the criterion provided for in the UNCITRAL Model Law and replicated in article 62 of Law 1563 of 2011 leads to the conclusion that the internationality of arbitration is determined by the international nature of the underlying relationship. The analysis based on Article 116 of the Constitution may be adequate for a relationship between Colombian nationals, but not to international relationships. The point of departure should be the principles of international law and treaties ratified by Colombia. And what about fundamental rights? The question in an international relationship should be which are the rights that may be violated in an arbitration and that have been recognized in international principles and international treaties and by the work of scholars, not the procedural rights that each court in each jurisdiction may capriciously consider as fundamental in international relationships. The New York Convention, the UNCITRAL Model Law and the joint work of States in different forums have established a series of protections in case of violation of the rights of the parties in an arbitration seeking to create a uniform set of rules that make arbitration predictable. But if a jurisdiction creates additional procedures to attack awards resulting from an international relationship by treating them like domestic cases, the end result would be simple: such jurisdiction cannot, and will not, be recommended as a reliable venue for arbitration. The mere fact of allowing an additional recourse cannot be solved merely naming the recourse “very exceptional”.

2. *A first step to reconcile Tutela with the true nature of international arbitration*

There are sound grounds to fine-tune the definition of the nature of international arbitration awards and arbitral proceedings to international standards, which requires reconsidering the admissibility of the Tutela. It is debatable whether Tutela should be allowed against judicial decisions related to the annulment of an award. But, in the case of Colombia, a starting point to allow the Tutela to fulfill its constitutional purpose without distorting the nature of international arbitration is to restrict its admissibility to instances that do involve “*the action or omission of any public authority*”. Judicial decisions on the recourse of annulment would qualify as such type of actions or omissions.

First, as mentioned earlier in connection with judgment T-354, there is no evidence that the grounds for annulment set forth in Law 1563 of 2012, do not encompass the protection of the fundamental rights of the parties in an international arbitration against the acts of the arbitrator(s), particularly, the award. On the one hand, the right to due process

is clearly afforded solid protection at a substantial and procedural level, as acknowledged by the Constitutional Court, under the *ex officio* ground prohibiting violations of international public policy. On the other hand, it is unclear in which scenario could the acts of the arbitrator(s) violate other fundamental rights listed in Title 2, Chapter 1 of the 1991 Constitution, in the course of international arbitration proceedings. This also entails an unjustified assumption that the annulment grounds for awards in international arbitration afford no protection against such hypothetical violations of fundamental rights other than due process.

Second, the decision of the annulment judgment is an act of a judge, as a public authority, that could be subject to Tutela as per Article 86 of the Constitution. So far, there is no presumption that international arbitrators are public authorities and that consequently, all their “acts”, not only the awards, could be subject to Tutela. On the contrary, the lack of clarity on the nature of international arbitrators has been interpreted in the negative. In a 2022 judgment, the Council of State rejected a Tutela against two procedural orders issued by an ICDR tribunal in an international arbitration seated in Colombia, for considering that this injunction only proceeds against international awards “*that put an end to the international arbitration proceeding*”. The Council of State concluded that the admissibility of the Tutela against international awards, as defined by the Constitutional Court in judgment T-354, was an exception to the general restriction of judicial intervention in proceedings seated in Colombia, as mandated in Article 67 of Law 1563 of 2012, and therefore, should not be extended to other decisions of the tribunal.

It is worth highlighting that in this judgment, the Council of State appears to have limited the scope of the Tutela beyond the Constitutional Court’s “highly exceptional” or “*excepcionalísima*” standard, by restricting its admissibility to awards that terminate the proceedings, not just any award. It could therefore be interpreted that the Tutela is not admissible against awards on interim measures. From this judgment could also be interpreted that the Tutela is not admissible in scenarios where the proceeding is terminated with a procedural order or even an administrative decision from the administering arbitral institution, for instance, due to the lack of payment of the advance on costs. Precisely, the Tutela decided by the Council of State pertained to two procedural orders that ordered the withdrawal of the counterclaim submitted by the respondent in the arbitration, due to the lack of payment of the advance on costs. Nonetheless, these possible interpretations have not been tested in other cases before the Council of State, and it remains to be seen if the Constitutional Court would have a different approach on the same matter.⁶⁴

Third, restricting the admissibility of Tutela against judicial decisions related to international arbitration is a proven formula in other civil law jurisdictions with similar constitutional injunctions to the Tutela, such as Mexico, Spain, and Argentina.⁶⁵ In Mexico

64. Council of State, case file no. 11001-03-15-000-2022-02205-00, interlocutory decision, 26 April 2022.

65. Santiago Talero Rueda, “Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en el arbitraje local e internacional”, Anuario de Derecho Privado 03, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, pp. 9-50, p.17, footnote 24.

the “*amparo*” as the equivalent of Tutela can only be filed against the decision of a judge in the annulment proceedings. In 2015 the Eighth Collegiate Tribunal in Civil Matters of the First Circuit issued a “jurisprudential thesis” establishing that “*the function of the arbitrators is private and so are all the activities tending to solve the controversy, therefore, they are not State officials nor do they have a self-standing or delegated jurisdiction, insofar as their powers do not derive from a general rule, but from the will of the contracting parties in the agreement recognized by the law*” “*logically the functions of those arbitrators are not public but private (...) thus, those arbitrators cannot be considered State authorities and their acts are not equivalent to those of the authorities, making inadmissible the amparo proceedings against them*”.⁶⁶ The Mexican case is a valuable benchmark considering that the admissibility of the *amparo* against arbitral awards was restricted on the grounds that international arbitrators are not public authorities or individuals performing a public or State function, which is precisely the dilemma that Colombian courts are yet to solve.

Excluding the admissibility of Tutela against international awards, and restricting it to situations where there is an act of a public authority with no judicial remedies available is a feasible approach that harmonizes these mechanisms. As disruptive as this proposition may appear in the face of the current interpretation of the Constitutional Court, it is in fact no different from going back to basics. Indeed, it is worth recalling that the first Tutela ever decided in connection with international arbitration proceedings was not filed against an arbitral award, but against an act of an entity that at the time was deemed to exercise public authority, where no remedies were available, and a threat against the right to due process and access to justice was imminent.

The first Tutela was filed by Frosst Laboratories Inc, Merck & Co Inc., and Merck Frosst Canada Inc. (the “Merck Companies”) against a decision of the Bogotá Chamber of Commerce. The arbitral institution registered a domestic arbitration case at the request of Tecnoquímicas S.A., despite that the arbitration clause expressly referred to the ICC Arbitration Rules and provided for arbitration seated in New Jersey under New Jersey law, and also despite that an international arbitration had been initiated under the same clause by the Merck Companies. The Merck Companies appealed the registry of the case, but the Bogotá Chamber of Commerce refused to rule on the appeal considering that it entailed the exercise of judicial authority, exceeding its powers and that the decision had to be made by arbitrators appointed by the Bogota Chamber of Commerce. Consequently, the Merck Companies filed a Tutela claiming a violation of their right to due process and equal treatment. The first instance court granted the Tutela in favor of the Merck Companies, however, in the second instance, the Supreme Court of Justice reversed the decision reasoning that the Tutela was not the appropriate recourse to solve a dispute on the powers of the institution. Upon review, the Constitutional Court revoked the decision of the Supreme Court of Justice, and confirmed the decision of the first instance court, the Civil Chamber of the Bogotá District Court, finding that the Bogota Chamber of Commerce was competent to

66. Thesis I.8o.C.23 C (10a.) of the Eighth Collegiate Tribunal in Civil Matters of the First Circuit, published in the Weekly Gazette of the Federal Judiciary, Book 18, Part I, 15 May 2015, pp. 2107-2108. Available at https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/gaceta/documentos/2016-12/18_MAY.pdf.

admit a request for arbitration, and accordingly, to decide a request for reconsideration on such admission, while distinguishing between the duties of an arbitral institution in the pre-arbitral stage of the proceedings and the function of an arbitral tribunal to decide on its own jurisdiction under the *kompetenz-kompetenz* principle.⁶⁷

This decision adequately clarified the role of arbitral institutions in international arbitrations in line with the pro-arbitration principle, and, while admissibility was not at the core of the debate, it provides an example of a desired interaction between Tutela and international arbitration. It is worth noting that the admissibility of Tutela was not highly debated in this case because it was filed against a decision of an “arbitration center” in the context of domestic arbitration. Domestic arbitral institutions have been understood as supporters of a jurisdictional function, and therefore, as authorities that require special operation permits, and their rules of procedures are subject to the approval of the Ministry of Justice.⁶⁸

However, admissibility could be a tipping point in the case of Tutelas against the decisions of national institutions that administer international arbitrations, and especially of foreign arbitral institutions that administer proceedings seated in Colombia. The nature of arbitral institutions in international arbitration and their decisions for the purposes of Article 86, has not been specifically addressed.

3. *How to implement the first step?*

Under the current constitutional case law, there is a procedural opportunity to reconsider the admissibility of the Tutela against arbitral awards in international arbitration. There are solid arguments in favor of reclaiming the true nature of international arbitration, and a proven formula to preserve that nature while ensuring the efficacy of the Tutela. Naturally, the next question is how can Colombian courts implement this formula in practice.

So far, the possible path to this first step has been suggested in dissenting opinions, which, despite their non-binding nature, have served to open the debate towards a discussion in favor of reconsidering the admissibility of Tutela against international arbitral awards.

An enlightening example of this approach is found in a 2022 dissenting opinion of Justice Guillermo Sánchez-Luque to a judgment of the Third Section of the Council of State that decided an appeal against a first instance Tutela judgment of the Fourth Section of the Council of State. The Tutela was filed by the claimant in the *Colpensiones v. Axa Colpatria Seguros S.A* case against the domestic award and the annulment decision for alleged breaches of due process, access to justice, and equality, due to a blatant disregard of Colombian laws. The fourth section dismissed the Tutela in the first instance. The third section also dismissed the claims on appeal, but it reiterated the admissibility of constitutional injunctions against arbitral awards for being “materially equivalent” to judicial decisions.⁶⁹

67. Constitutional Court, judgment SU-600 of 1999.

68. Decree 1829 of 2013

69. Council of State of Colombia, Third Section, Subsection C, judgment of 2 September 2022, case No. 2022-00772-01.

In his dissenting opinion to the appeal judgment, Justice Guillermo Sánchez-Luque rejected the admissibility of constitutional injunctions against arbitral awards, even in exceptional cases. According to Justice Sánchez-Luque, the Tutela should only be admissible against the judgment that decides the annulment of the award, since it is the only circumstance in which a constitutional injunction could truly be considered exceptional or the *ultima ratio* to protect the procedural rights of the parties.

Despite the fact that the dissenting opinion concerned a domestic award, it went back to the roots of arbitration in general and emphasized the need to reclaim its contractual and private origin, and accordingly, to restrict judicial intervention to a minimum. When recalling the origin of arbitration in general, Justice Sánchez-Luque proposed two arguments that are worth highlighting in connection with the necessity of reevaluating the admissibility of Tutela against international awards.

First, Justice Sánchez-Luque referring to the Hispanic roots of Colombian institutions, considered that Colombian courts should take as reference the evolution of the Spanish Constitutional Court case law with regard to constitutional injunctions against arbitral awards. In particular, the rectification adopted in Judgment STC 17 of 15 February 2021, where the Spanish Constitutional Court clarified that judicial decisions and arbitral awards are only equivalent in their *res judicata* effects, thus, they cannot be subject to the same judicial control. In the case of arbitral awards, judicial intervention should be limited and respect the free decision of the parties to submit their controversy to an arbitral tribunal. As Justice Sánchez-Luque correctly argues “*an example of rectification and amendment will always be worthy of imitation*”.⁷⁰

Second, the inclusion of arbitration in Article 116 of the Constitution does not mean that it stems from the Constitution as part of the State’s sovereignty or as a result of “*democratic consent*”. Instead, Justice Sánchez-Luque accurately notes that the origin of arbitration is in the agreement of the parties exercising their free will as protected in Article 333 of the Constitution.

Dissenting opinions as that rendered by Justice Sánchez-Luque can begin to pave the way towards the much-needed transformation of the interpretation of the admissibility of constitutional injunctions in international arbitration. Although this is a practical and feasible first step, transformation cannot succeed in isolation, especially in the Colombian context.

The existence of objective grounds for determining the international or domestic nature of a proceeding can easily expose courts to analyzing international arbitration elements in an initially domestic case. This circumstance in an extremely dualist system, such as Colombia, can facilitate an undesired exchange between domestic and international arbitration elements. Moreover, the existence of three independent high courts, all with the power of interpreting the concepts of international arbitration, can lead to contradictory positions. Thus, a coordinated discussion involving the three high courts, and a common understanding of the *sui generis* nature of international arbitration, will sooner or later be

70. Justice Guillermo Sánchez-Luque, Dissenting Opinion, Council of State of Colombia, Third Section, Subsection C, case No. 2022-00772-01.

required in the process of reconsidering the admissibility of Tutela against international arbitral awards.

Conclusion

As discussed throughout this paper, in light of the historical and current Colombian constitutional framework, the question of whether Tutela should be an admissible remedy against awards in international arbitration can only be answered in the negative. Not only is the *sui generis* nature of international arbitration incompatible with the Tutela but also, there is no evidence of this remedy being necessary to protect the fundamental rights of the parties in international arbitration proceedings. Sufficient protection is already afforded to the parties through the annulment grounds set forth in Law 1563 of 2012. Thus, admitting the Tutela is nothing different from disguising an additional instance in international arbitration proceedings as a constitutional protection mechanism, while actually undermining another constitutional foundation: legal certainty.

A jurisdiction ruled by courts with the power to reopen debates on the merits of a case is doomed to fail as a venue for international arbitration. Likewise, the understanding that national courts have about their own powers in connection with international arbitration is a determinant element for a jurisdiction to be an attractive seat. As noted earlier, the Constitutional Court has at its disposal all the tools to solidly conclude that the Tutela is not an admissible remedy within international arbitration proceedings. Accordingly, we believe that there is still a realistic opportunity for Colombia to retake its position as an attractive seat for arbitration.

4.

CONTROL CONSTITUCIONAL Y DE CONVENCIONALIDAD DE LAUDOS ARBITRALES EN CHILE

ELISA ZAVALA ACHURRA¹

I. Introducción

En Europa, los efectos de la decisión en el caso *Achmea* se han sentido con fuerza. A comienzos del 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“Tribunal de Justicia de la UE”) decidió que las cláusulas arbitrales suscritas entre dos o más países que son parte de la Unión Europea (conocidas como cláusulas arbitrales intra-UE) son contrarias al Derecho de la Unión Europea.² Y lo son porque ellas excluyen del mecanismo de revisión judicial de la Unión Europea a los laudos arbitrales; y esto es un problema para el Tribunal de Justicia de la UE porque ella pierde el control de esos laudos, a pesar que ellos en algunos casos interpretan o aplican el Derecho de la Unión Europea.³ A menos de un año de la decisión en *Achmea*, a comienzos de 2019, la Unión Europea acordó que a partir de ese momento los Estados miembros pondrían fin a todos los tratados de inversión entre países de la Unión, y

1. Es asociada de Cleary Gottlieb en su oficina de Nueva York. Su práctica se centra en litigios y arbitrajes internacionales, con énfasis en América Latina. Ha publicado varios artículos académicos sobre derecho internacional y resolución de conflictos.

Elisa se incorporó a Cleary Gottlieb en 2020. Antes de incorporarse a Cleary, Elisa trabajó en Chile, también en resolución de conflictos. Al mismo tiempo fue profesora en el Departamento de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Elisa obtuvo su Licenciatura en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile, y después completó su Masters of Laws (LL.M.) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *República Eslovaca c. Achmea BV*, TJEU, Caso C 284/16, Sentencia del 6 de marzo de 2018. Ver LAVRANOS, N.; SINGLA, T., *Achmea: Groundbreaking or Overrated?*, en JÖRG RISSE, J.; PICKRAHN, G. et al. (eds), *SchiedsVZ*, German Arbitration Journal, pp. 348 – 357.

3. Ver LAVRANOS, N.; SINGLA, T., *Achmea: Groundbreaking or Overrated?*, en JÖRG RISSE, J.; PICKRAHN, G. et al. (eds), *SchiedsVZ*, German Arbitration Journal, pp. 348 – 357.

que ya no iniciarán nuevos arbitrajes de inversión bajo los tratados existentes a esa fecha.⁴ Dicha decisión se implementó sólo meses después.⁵

Si bien el efecto de *Achmea* y las consecuencias desencadenadas tras su dictación plantean una cuestión que es propia del derecho de la Unión Europea, me parece que tras esa problemática se vislumbra escepticismo o desconfianza hacia el arbitraje. En esencia, el Tribunal de Justicia de la UE identificó que existían otros órganos judiciales (tribunales arbitrales conociendo reclamos de inversión) que estaban decidiendo disputas legales sobre temas que también eran de su competencia (aquellas relativas al derecho de la Unión Europea) pero sobre los cuales no podía ejercer control o revisión. Entonces, el Tribunal de Justicia decidió que dado que los Estados miembros le habían otorgado competencia exclusiva sobre el derecho de la Unión Europea, que entonces dichos tribunales arbitrales no podían conocer de esas mismas materias si no podrían someterse a su jurisdicción.

En Latinoamérica no existe una institución equivalente al Tribunal de Justicia de la UE, ni existe un sistema legal y jurídico equivalente al de dicha organización. Sin embargo, esta zona del mundo podría ser terreno fértil para acoger el escepticismo o desconfianza hacia el derecho internacional y sus instituciones. La acogida que tuvo la doctrina Calvo en Latinoamérica, en virtud de la cual se impedía que extranjeros invirtiendo en un país pudieran sujetar sus disputas con ese estado a mecanismos internacionales alternativos de resolución de conflictos, como lo sería un arbitraje internacional,⁶ confirma esta idea. En Chile, desde fines del 2019 comenzó un proceso de reforma constitucional. Durante la primera etapa de ese proceso existieron corrientes opuestas al arbitraje, o a las libertades y ventajas propias del arbitraje. Por ejemplo, en una etapa inicial del proceso constituyente se aprobó una norma (que no llegó al borrador final) que prohibía todos los casos de arbitraje forzoso, y que además impedía arbitrar cualquier controversia que por su naturaleza debiera conocerse por tribunales administrativos; y otra que prohibía el arbitraje de inversión, salvo que fuera ante un tribunal permanente de arbitraje.⁷

En este contexto, el presente trabajo analiza los vínculos del arbitraje en Chile con dos instituciones que, a ojos de algunos, se ubicarían jerárquicamente por sobre los tribunales arbitrales. Específicamente, examinaré la relación del arbitraje en Chile con, por una

4. Ver COMISIÓN EUROPEA, Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the *Achmea* judgment and on investment protection, de 17 de enero de 2019, en https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-member-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment_en. Acceso: el 28 de febrero de 2023.

5. Ver COMISIÓN EUROPEA, Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea”, 29 de mayo de 2020, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0529%2801%29>. Acceso: el 28 de febrero de 2023. (De acuerdo a éste, 23 Estados miembros de la Unión Europea confirmaron que las cláusulas de arbitraje de los TBI intra-UE “son contrarias a los Tratados de la UE y, por tanto, inaplicables”).

6. CONEJERO, C. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje? *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 7, diciembre, 2006, pp. 235-260, 236.

7. CIAR Global. Nueva Constitución En Chile: Cambios En Arbitraje Y Protección De Inversiones”, 29 de marzo de 2022, en <https://ciarglobal.com/nueva-constitucion-en-chile-cambios-en-arbitraje-y-proteccion-de-inversiones/>. Acceso: 28 de febrero de 2023.

parte, la Constitución Política y los tribunales chilenos que la aplican, y por otra, con la Convención Americana de Derechos Humanos (“Convención Americana de DD.HH.”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”). Si bien el foco está en los arbitrajes internacionales en Chile, parte del razonamiento que se presenta es aplicable de forma similar a los arbitrajes nacionales en Chile y a los arbitrajes internacionales en otros países.

La relación que existe entre el derecho constitucional y el arbitraje, en Chile, es un tema que no ha sido suficientemente estudiado. Si bien existen artículos que se refieren al reconocimiento constitucional y legal del arbitraje en Chile,⁸ y otros que incluso se enfocan en las relaciones entre las constituciones latinoamericanas (incluyendo la chilena) y el arbitraje,⁹ no he encontrado trabajos que estudien específicamente la problemática que el presente busca explorar. Sí existen algunos trabajos que estudian el control de convencionalidad de laudos arbitrales, incluyendo uno con énfasis en Colombia,¹⁰ y otro en Venezuela,¹¹ con los cuales interactuamos en este trabajo. Durante la preparación de este trabajo, como en Chile se gesta una reforma constitucional, he intentado proporcionar análisis que se basa sólo en parte en el texto vigente de la Constitución Política, y que busca proporcionar análisis relevante para discusiones constitucionales y futuros textos también.

Primero, voy a analizar el lugar que ocupa el arbitraje en Chile, con el objeto de sentar las bases necesarias para abordar las preguntas específicas que se quiere abordar (Sección II); luego, me centro en la relación entre el arbitraje y el Tribunal Constitucional chileno, y abordo la problemática sobre un potencial control constitucional de los laudos arbitrales (Sección III); a continuación, hago un análisis similar, pero respecto del control que podría ejercer la Corte Interamericana respecto de los laudos arbitrales (Sección IV); y termino con algunas conclusiones (Sección V). Como se explica en dichas secciones, si bien el control de los laudos arbitrales no es necesariamente negativo, el presente trabajo mira con aprensión un posible control de los laudos arbitrales tanto por el Tribunal Constitucional de Chile como por la Corte Interamericana. La razón principal es que un control de laudos arbitrales por dichas instituciones afectaría la voluntad de las partes que deciden someter sus conflictos a un mecanismo alternativo de disputas, entre otros efectos potencialmente perniciosos.

8. Ver FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución*; OSSA, F.; DE MARINIS, F.; ÁLVAREZ, M. International Commercial Arbitration in Chile en GAR (Ed.) *The Guide to Arbitration in Latin America*, 2022; JEQUIER, E., Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable en *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 2, 2015, pp. 199 – 224.
9. CONEJERO, C. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje? *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 7, diciembre, 2006, pp. 235-260, 236.
10. REYES, C. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no ha sido contada, *Revista Derecho del Estado* n. 43, mayo-agosto de 2019, pp. 159-190
11. ESCALONA, V. el control de la convencionalidad en el laudo arbitral en *Revista de la Facultad de Derecho* n. 75, pp. 623– 666, 2020-2021.

II. El lugar que ocupa el arbitraje en el ordenamiento jurídico chileno y el régimen de recursos que procede contra los laudos arbitrales

En Chile se reconocen y existe regulación sobre arbitrajes nacionales y comerciales internacionales. La regulación se encuentra repartida en distintos cuerpos legales. El arbitraje nacional se rige principalmente por el Código de Procedimiento Civil¹² y el Código Orgánico de Tribunales.¹³ Los arbitrajes comerciales internacionales,¹⁴ en cambio, se rigen por la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, “LACI”),¹⁵ promulgada en 2004. Como explican Juan Eduardo Figueroa y Macarena Letelier, antes de la promulgación de la LACI, los arbitrajes internacionales se regían por las normas aplicables a los arbitrajes nacionales.¹⁶ La llegada de la LACI modernizó los arbitrajes internacionales en Chile, especialmente porque dicha ley es un reflejo bastante cercano de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Ley Modelo CNUDMI”).¹⁷ Los arbitrajes internacionales de inversión, en cambio, se rigen por el respectivo tratado bilateral de inversión (en adelante, “TBI”) bajo el cual se inician.¹⁸ Sin embargo, la LACI sí es relevante si se busca ejecutar en Chile un laudo dictado en un arbitraje de inversión. Como explica Santiago Montt, en la de mayoría de los TBI la ejecución de los laudos que se dicten se rige por la ley doméstica del lugar en que se quiera aplicar,¹⁹ y en Chile la ley que se aplicaría sería la LACI.²⁰

12. Código de Procedimiento Civil, artículos 628 a 644.

13. Código Orgánico de Tribunales, artículos 222 a 243.

14. Ver Ley N° 19.97 de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 1.3

15. Ley N° 19.97 de Arbitraje Comercial Internacional,

16. FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución*.

17. CONEJERO, C. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje? *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 7, diciembre, 2006, pp. 235-260, 246 (“la ley de Arbitraje Chilena, la cual copia literalmente las disposiciones de la ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI”). La LACI, sin embargo, no ha incorporado la enmienda a la Ley Modelo CNUDMI de 2006. Ver SSA, F; DE MARINIS, F; ÁLVAREZ, M. *International Commercial Arbitration in Chile* en GAR (Ed.) *The Guide to Arbitration in Latin America*, 2022.

18. Ver RIEGLER, S.; VALINČIĆ, D.; DEJANOVIĆ, B. *Applicable Law in Investment Treaty Arbitration* en GAR, *The Guide to Investment Treaty Protection and Enforcement*, 14 de enero de 2022.

19. MONTT, S. Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por Tribunales Chilenos – Responsabilidad del Estado y Expropiaciones Regulatorias en Un Mundo Crecientemente Globalizado en *Revista Chilena de Derecho*, n. 32, 1, pp. 19-78, 2005, 64 (el autor cita como ejemplos los siguientes tratados: Tratado de Libre Comercio Chile-EE. UU., artículo 10.25.7; TBI Chile-Ecuador, artículo X.5; TBI Chile-Peru, artículo 8.5; TBI Chile-España, artículo 10.5; TBI Chile-Francia, artículo 9.6; TBI Chile-Croacia, artículo 8.5; TBI Chile-UK, artículo 7.5).

Los laudos arbitrales internacionales en Chile están sujetos a una revisión judicial muy limitada, a diferencia de los laudos arbitrales nacionales.²¹ Siguiendo la Ley Modelo CNUDMI, el principio que rige la revisión del primer tipo de laudos es el de la limitación de la intervención judicial.²² Específicamente, el único recurso que la LACI admite contra los laudos arbitrales es el de nulidad.²³

El artículo 34 de la LACI, cuyo encabezado lee “[l]a petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”, regula en detalle la presentación y procedencia de este recurso.²⁴ El tribunal competente para conocer la nulidad es la respectiva Corte de Apelaciones.²⁵ Las causales para declarar la nulidad incluyen la incapacidad de alguna de las partes; la invalidez del acuerdo bajo el cual se inició el arbitraje; no haberse realizado de forma debida la notificación de ciertas decisiones; que la decisión se extienda a asuntos que no forma parte de la cláusula arbitral; problemas relativos a la composición del tribunal arbitral; que el asunto no sea arbitrable en Chile; o que el laudo sea contrario al orden público de Chile.²⁶ Como se observa, dichas causales son muy similares a las establecidas en la Convención de Nueva York.²⁷ La Corte de Apelaciones, fiel al principio de intervención

20. Ver MONTT, S. Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por Tribunales Chilenos - Responsabilidad del Estado y Expropiaciones Regulatorias en Un Mundo Crecientemente Globalizado en *Revista Chilena de Derecho*, n. 32, 1, pp. 19-78, 2005, 64 (“En Chile, desde la dictación de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, parece ser que ya no es necesario recurrir a los tratados internacionales celebrados por Chile en la materia, Aunque algunos puedan disputar que estos casos relativos a responsabilidad del Estado sean calificados como “comerciales”, la verdad es que desde la perspectiva del inversionista privado sí lo son y de hecho la existencia misma de los TBIs se debe a que el acento está puesto precisamente en este aspecto comercial en sentido amplio: se trata de proteger “inversiones”. Esto es consistente además con el artículo 2 letra g) de la citada ley, que define comercial en sentido amplio, incluyendo específicamente el concepto “inversión” como un caso de “comercial”.”).
21. Contra estos laudos procede, por regla general, la casación y apelación. Ver FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución* 15; OSSA, F.; DE MARINIS, F.; ÁLVAREZ, M. International Commercial Arbitration in Chile en GAR (Ed.) *The Guide to Arbitration in Latin America*, 2022, pp. 6-7.
22. Ver FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución* 16.
23. Ley de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 34.
24. Ley de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 34.
25. Ley de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 34 (“El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones”).
26. Ley de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 34.
27. Ver Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958); BINDER, P. *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. Kluwer Law International, 2019, p. 447 (donde el autor explica que “si se examinan con más detenimiento, se observa que los motivos enumerados en esta disposición se parecen mucho, por una parte, a los motivos

mínima, ha sido deferente con los laudos arbitrales que ha conocido por vía de nulidad. De hecho, a la fecha de hoy ningún tribunal chileno ha anulado un laudo arbitral.²⁸

III. Arbitraje, control difuso de constitucionalidad y acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

No existe consenso en la doctrina chilena sobre quién detenta el poder máximo o superior para interpretar la Constitución Política. Una opción lógica es el Tribunal Constitucional quien se ha llamado a sí mismo el “supremo guardián de la Constitución.”²⁹ Alejandro Silva Bascuñán explica que “el Tribunal Constitucional es comúnmente señalado como el intérprete definitivo de la Constitución.”³⁰ De acuerdo a ese rol, el Tribunal Constitucional tiene ciertas atribuciones exclusivas, incluyendo la de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.³¹ Sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que el Tribunal Constitucional no tiene una competencia exclusiva en la interpretación y aplicación de la Constitución. En cambio, se dice que el control constitucional no es concentrado³² porque está en manos de diversas entidades y no sólo de una.³³ Este control desconcentrado es el que realizan todos los tribunales de justicia (así como otras entidades del Estado),³⁴ quienes pueden aplicar la Constitución Política de forma directa.³⁵ De esta forma, las Cortes de Apelaciones

de denegación del reconocimiento y ejecución que figuran en el art. 36(1)(a) y, por otra, con el art. V del Convenio de Nueva York. De hecho, la similitud no es una coincidencia; al contrario...”). Traducción libre del original en inglés: “Upon closer scrutiny, it becomes apparent that the grounds listed in this provision bear great resemblance, on the one hand, to the grounds for refusing recognition and enforcement given in art. 36(1)(a) and, on the other hand, to art. V of the New York Convention. The similarity is indeed no coincidence; on the contrary...”.

28. OSSA, F; DE MARINIS, F; ÁLVAREZ, M. International Commercial Arbitration in Chile en GAR (Ed.) *The Guide to Arbitration in Latin America*, 2022 p. 7.
29. Tribunal Constitucional, causa Rol N° 472, el 31 de mayo de 2006, Vigésimo Cuarto.
30. SILVA, L. La supremacía constitucional: Fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. Silva en *Anuario de Derecho Público UDP*, 2011, pp. 615-629.
31. SILVA, L. La supremacía constitucional: Fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. Silva en *Anuario de Derecho Público UDP*, 2011, pp. 615-629.
32. Silva explica que aquello no quiere decir que el control sea difuso, “sino que el poder último para aplicar la Constitución está atribuido a más de un órgano.” SILVA, L. La supremacía constitucional: Fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. Silva en *Anuario de Derecho Público UDP*, 2011, pp. 615-629, 619.
33. SILVA, L. La supremacía constitucional: Fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. Silva en *Anuario de Derecho Público UDP*, 2011, pp. 615-629, 619.
34. Ver Constitución Política de la República de Chile, artículos 6 y 7 (dichos artículos son la base del principio de juridicidad, y establecen los requisitos que deben cumplir los órganos del Estado para actuar válidamente).
35. Ver PICA, R. El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el derecho chileno. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 16, n. 2, 2009, pp. 101-136.

y la Corte Suprema, quienes revisan sentencias dictadas por tribunales inferiores, también hacen un control de constitucionalidad de lo decidido en dichas sentencias toda vez que se hayan aplicado normas constitucionales para la decisión de un conflicto.

El Tribunal Constitucional, de todas formas, sí tiene atribuciones exclusivas de control constitucional. Tras una importante reforma en 2005, a dicho tribunal se le confirió el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que es un control en un caso concreto, y del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, que es un control que se realiza en abstracto.³⁶ El primero de aquellos recursos es relevante para la pregunta que aquí se estudia. Dicho recurso busca que el Tribunal Constitucional decida declarar inaplicable un precepto legal porque su aplicación en un caso concreto (en “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial,” dice la Constitución Política) resulte contraria a la Constitución.³⁷

En el marco de la reforma constitucional existen voces que se oponen a la existencia del Tribunal Constitucional.³⁸ Sin embargo, más allá de la regulación actual de dicho recurso (que podría pronto cambiar si se aprueba una reforma constitucional en Chile) nos interesa enfocarnos en los recursos de inaplicabilidad en un caso concreto. El proceso de reforma constitucional en Chile ha tomado una gran relevancia a nivel no sólo legal, sino que también ciudadano,³⁹ por lo que me parece lógico esperar que la nueva constitución incluya mecanismos similares al recurso de inaplicabilidad. Por ejemplo, si efectivamente se elimina el Tribunal Constitucional, no sería extraño que el conocimiento de las acciones de inaplicabilidad en caso concreto vuelvan a la Corte Suprema, quien detentaba la competencia para conocerlas antes de la reforma de 2005.⁴⁰ Dicho eso, la pregunta que se plantea es si las partes que litigan en un arbitraje internacional en que se aplique la ley chilena podrían o deberían poder presentar recursos de inaplicabilidad.

36. Ver artículo 93.1, Nos. 6° y 7° de la Constitución Política; ver también CEA 131, 427. Sobre la diferencia entre el control concreto y el control difuso que realiza el Tribunal Constitucional, ver PICA, R. El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el derecho chileno. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 16, n. 2, 2009, pp. 101-136.

37. Constitución Política de la República de Chile, artículo 93.1, No. 6°.

38. Ver CNN CHILE, Convencionales presentan iniciativa para eliminar el TC: El control de revisión lo tomaría la Corte Suprema, 30 de diciembre de 2021, disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/convencionales-presentan-iniciativa-eliminar-tribunal-constitucional_20211230/. Acceso: 28 de febrero de 2023; LA TERCERA, ¿Reformar o eliminar el Tribunal Constitucional? Las posturas que asoman en la Convención?, disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/reformar-o-eliminar-el-tribunal-constitucional-las-posturas-que-asoman-en-la-convencion-constitucional/2NCK6TIVBBBLJM7PDZQ3ROYFII/>. Acceso: 28 de febrero de 2023.

39. Ver NEW YORK TIMES, Chile Votes on Constitution That Would Enshrine Record Number of Rights, 3 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/09/03/world/americas/chile-constitution-vote.html>. Acceso: 28 de febrero de 2023.

40. Ver PICA, R. El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el derecho chileno en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n. 16- 2, 2009, pp. 101-136.

El texto actual del artículo 93 de la Constitución Política no admite esta posibilidad porque indica expresamente que este recurso está disponible para los tribunales ordinarios y especiales, y el arbitraje no es un tipo de tribunal ordinario o especial.⁴¹ Existe jurisprudencia de tribunales superiores chilenos que entienden que los árbitros ejercen “jurisdicción extraordinaria de carácter público.”⁴² El punto, sin embargo, es si debiera admitirse esa posibilidad en futuros textos constitucionales.

Elina Mereminskaya explica que en Chile se ha entendido que al “arbitraje como una jurisdicción análoga a la de los tribunales ordinarios.”⁴³ Ella explica que los tribunales también lo han entendido de esta forma, y cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que indica que “los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan, por consiguiente, una función pública, toda vez que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y solo los órganos por él autorizados pueden ejercerla.”⁴⁴ Esta forma de entender el arbitraje permitiría sostener que las partes que litigan en un arbitraje deberían poder recurrir de inaplicabilidad cuando les parezca que la aplicación de una norma en un caso concreto podría producir una situación de inconstitucionalidad. Podría argumentarse que dado que los árbitros ejercen función pública, y que podrían estar aplicando derecho chileno – incluyendo la Constitución que forma parte del ordenamiento jurídico y que todos los tribunales pueden aplicar ejerciendo control difuso de la misma – entonces debería existir algún mecanismo para evitar situaciones de inconstitucionalidades en caso concreto.

Me parece que la anterior posibilidad no debería permitirse. Que los árbitros ejercen función pública no quita o niega el resto de las características distintivas del arbitraje. Específicamente, el arbitraje es una jurisdicción extraordinaria.⁴⁵ El Código Orgánico de Tribunales, al clasificar a los tribunales en ordinarios y especiales, no incluyen a los jueces árbitros dentro de ninguna de aquellas categorías.⁴⁶ Esta diferencia entre la juris-

41. Ver, en general, MATURANA, C., Capítulo VIII. De los juicios especiales seguidos ante árbitros, en las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los Asuntos judiciales no contenciosos (2019) en <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2022/02/2015-2019-Cristian-Maturana-Arbitraje-Nacional-UChile.pdf>. Acceso: 28 de febrero de 2023.

42. Corte de Apelaciones de Santiago, “De Bonis, Domingo con Zugadi, María Nieves”, 30.11.1983, pp. 77-79 citado en MEREMINSKAYA, E. Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía, en https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/61_1_97-114.pdf. Acceso: 28 de febrero de 2023, p. 105.

43. MEREMINSKAYA, E. Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía, en https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/61_1_97-114.pdf. Acceso: 28 de febrero de 2023, p. 105.

44. Corte de Apelaciones de Santiago, “Urrutia con de la Maza”, sentencia de 29 de agosto de 1986, pp. 80-82, citado en MEREMINSKAYA, E. Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía, en https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/61_1_97-114.pdf. Acceso: 28 de febrero de 2023, p. 105.

45. FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución* 131.

46. Código Orgánico de Tribunales, artículo 5.

dicción que ejercen los tribunales ordinarios y especiales y la que ejercen los árbitros es incluso mayor en los arbitrajes internacionales. De hecho, la regulación del arbitraje en el Código Orgánico de Tribunales, es antigua y no está pensada ni aplica a los arbitrajes internacionales.⁴⁷ Comparto lo que indica Mereminskaya sobre este punto, quien explica que la concepción del arbitraje como una función pública parece ni siquiera ser aplicable a los arbitrajes internacionales, dadas las diferencias entre ambos tipos de procedimientos, incluyendo los objetivos buscados por las partes que eligen someter una disputa a un arbitraje internacional.⁴⁸

Como explicaba en el capítulo anterior, uno de los principios rectores del arbitraje es el de intervención mínima. De acuerdo a este principio, el arbitraje se concibe como una institución autónoma, y los órganos del estado, incluyendo los tribunales, intervienen en casos mínimos o excepcionales.⁴⁹ Este principio está consagrado en el artículo 5 de la LACI, que es equivalente al artículo 5 de la Ley Modelo CNUDMI.⁵⁰ Como explica Peter Bidner al analizar las legislaciones domésticas que se basan en dicho modelo, la mínima intervención es valiosa, además, porque evita retardos innecesarios en el proceso arbitral.⁵¹ Admitir recursos de inaplicabilidad en el marco de un arbitraje, primero, pasaría a llevar la intención de las partes, quienes han buscado una intervención mínima estatal. Además, por la naturaleza de esta acción, si ella se presenta en el marco de un arbitraje probablemente se suspendería el arbitraje mientras el recurso está ante el Tribunal Constitucional, lo que generaría demoras indeseadas.

Por eso mismo, la LACI, siguiendo a la Ley Modelo CNUDMI, estableció al recurso de nulidad como el único que procede contra sentencias arbitrales internacionales en casos comerciales.⁵² La jurisprudencia de las cortes chilenas, conociendo recursos de nulidad, reconoce que dicha petición “es un medio de impugnación extraordinario, de derecho estricto, donde la actuación del tribunal se limita a verificar la concurrencia de las causales

47. Ver FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución*, citando a VÁSQUEZ, M. *Tratado de Arbitraje en Chile*, 1era ed., Chile, Legal Publishing Chile, 2018, pp. 46-47.

48. MEREMINSKAYA, E. Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía, en https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/61_1_97-114.pdf. Acceso: 28 de febrero de 2023, pp. 105-106.

49. FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución*, p. 140.

50. Comparar Ley de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 5, y Ley Modelo CNUDMI, artículo 5.

51. BINDER, P. *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. Kluwer Law International, 2019, p. 82 (donde explica que “el art. 5 también funciona para acelerar el proceso arbitral al permitir que haya menos posibilidades de que se produzcan retrasos causados por procedimientos judiciales intencionados y dilatorios.”). Traducción libre del original en inglés: “art. 5 also functions to accelerate the arbitral process in allowing less of a chance for the delay caused by intentional and dilatory court proceedings.”.

52. Ley de Arbitraje Internacional Comercial, artículo 34.

invocadas en relación con los hechos que las fundamentan.”⁵³ Lo que se pone en juego si no se protege esta regulación es la certeza y estabilidad de las decisiones arbitrales.⁵⁴

Finalmente, es interesante notar que cuando el Tribunal Constitucional revisó la constitucionalidad de la LACI hizo una reserva precisamente sobre el artículo 5, indicando que dicha norma es constitucional siempre bajo el entendido que se “dej[en] a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema” y “al Tribunal Constitucional, [quien] hoy tiene el monopolio del control represivo de constitucionalidad de las leyes”.⁵⁵ Si bien en ese pasaje se hace referencia al control abstracto de las leyes, y no a la inaplicabilidad en el caso concreto, el razonamiento del Tribunal Constitucional refleja la preocupación que aquí he planteado: que el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema entiendan que ellos están por sobre las decisiones arbitrales siempre que identifiquen un bien superior que sólo ellos pueden resguardar, como lo serían las garantías constitucionales.

Cristián Conejero advierte de este riesgo, y explica que en Latinoamérica hay una tendencia a una mayor intervención por parte de las autoridades estatales en los arbitrajes.⁵⁶ Esto se produce en el marco de lo que él llama la “constitucionalización,” mediante la cual los estados intervienen en el arbitraje al declarar la nulidad de ciertos laudos por ser contrarios al orden público nacional, causal que se invoca para cualquier decisión que sea supuestamente contraria a la constitución aplicable.⁵⁷ Comparto el argumento que el autor da en contra de esta tendencia. Siguiendo lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los estados no pueden invocar su derecho interno para incumplir el derecho internacional.⁵⁸ Esto es un argumento adicional a favor de la posición que aquí sostengo. Bajo dicho tratado, del cual Chile es parte,⁵⁹ no es admisible que un tribunal nacional, aún cuando esté en la cúspide de nuestro sistema judicial, pueda invocar la Constitución o la protección de las garantías allí contempladas para violar, por

53. FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución*, p. 149.

54. Ver FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución*, citando a OSSA, F.; ZAMORA, R. *El Arbitraje Internacional en la Jurisprudencia*, Chile, Editorial LegalPublishing, 2014, pp. 71-72.

55. Tribunal Constitucional, causa Rol N. 244, sentencia del 25 de agosto de 2004, considerando décimo séptimo.

56. CONEJERO, C. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje? *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 7, diciembre, 2006, pp. 235-260, 236.

57. CONEJERO, C. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje? *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 7, diciembre, 2006, pp. 235-260, 242, 245.

58. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), artículo 27. Ver CONEJERO, C. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje? *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 7, diciembre, 2006, pp. 235-260, 245.

59. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Decreto No. 381, Promulga la Convención sobre el derecho de los tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969, 22 de junio de 1981.

ejemplo, la Convención de Nueva York sobre reconocimiento de sentencias, también ratificada por Chile.⁶⁰ Este punto, sin embargo, toca la problemática sobre el valor de los tratados en el derecho interno chileno, discusión que escapa del alcance del presente, por lo que me quedo, por ahora, con el texto de la Convención de Viena en vez.⁶¹

IV. El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos y el arbitraje

La Corte Interamericana ha desarrollado la doctrina del control de convencionalidad mediante el cual se expande la aplicación e influencia de la Convención Americana de DD.HH. Se suele entender que los orígenes de esta doctrina se encuentran en la decisión de la Corte Interamericana en *Almonacid Arellano v. Chile*, en 2006.⁶² De acuerdo a dicha doctrina, los órganos de los Estados miembros de la Convención Americana de DD.HH., incluyendo a los jueces, al aplicar la ley de dichos Estados deben evaluar si ella se ajusta a dicha convención y a la interpretación de ella que realiza la Corte Interamericana; de no serlo, los órganos estarían obligados a no aplicar dichas leyes internas.⁶³ Este control que se le exige a los órganos de los Estados miembros se llama control difuso de convencionalidad, mientras que la Corte Interamericana también realiza un control directo del cumplimiento

60. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Decreto No. 1096, Aprueba Convención de las Naciones Unidas de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencia Arbitrales Extranjeras, 31 de julio de 1975.

61. Ver CAMPUSANO, R.; CARVAJAL, I. Derecho Internacional y Constitución, en **Universidad del Desarrollo, Actualidad Jurídica**, n. 43, enero 2021; CONEJERO, C. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje? **Revista Chilena de Derecho Privado**, n. 7, diciembre, 2006, pp. 235-260, 253 (donde el autor explica que en Chile se entiende que los tratados internacionales tienen una jerarquía inferior a la de la Constitución); PÉREZ, E. Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, 2018, disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151648/Valor-jur%C3%ADdico-y-jerarqu%C3%ADa-en-el-derecho-chileno-de-los-derechos-humanos-contenidos-en-tratados-internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso: 28 de febrero de 2023.

62. Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N°154, párrs. 123-125 (donde se explica que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”). Como explica Paul, sin embargo, algunos conocidos autores, como Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ven los orígenes de esta doctrina en otras sentencias. Ver Paul 51, nota al pie no. 3.

63. PAUL, A. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina en **Revista de Derecho** n. 246, 2019, pp. 49-82, pp. 52-53.

e interpretación de la Convención Americana de DD.HH..⁶⁴ Como explica Álvaro Paúl, “esta doctrina es algo similar a la idea de control de constitucionalidad.”⁶⁵ Como veíamos, el control constitucional, en Chile, también se realiza, de forma directa, por el Tribunal Constitucional, y de forma no concentrada por todos los tribunales nacionales. Precisamente por estas similitudes, el control de convencionalidad en el sistema interamericano es relevante para la problemática que se plantea aquí.

En doctrina que explica que el control de convencionalidad que la Corte Interamericana exige a los Estados miembros aplicar es similar al control que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque en ambos casos se exigiría “a los jueces nacionales un amplio, fuerte y apremiante control de convencionalidad.”⁶⁶ Si la Corte Interamericana ejerce un control de ese tipo, entonces ella podría también adoptar una decisión similar a la del Tribunal de Justicia de la UE en el caso *Achmea*. Como adelantábamos en la introducción, en *Achmea*, el Tribunal de Justicia de la UE decidió que las cláusulas de arbitraje suscritas entre dos o más países que son parte de la Unión Europea son contrarias al derecho de la Unión Europea,⁶⁷ porque generan el efecto de excluir del mecanismo de revisión judicial de la Unión Europea decisiones arbitrales que pueden contener interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea.⁶⁸

Bajo esa misma lógica, la Corte Interamericana podría argumentar, en un primer término, que los tribunales arbitrales están también sujetos al control de convencionalidad difuso, debiendo aplicar la Convención Americana de DD.HH. y las interpretaciones que de ella hace dicha corte. En un segundo término, la Corte Interamericana podría considerarse competente para controlar directamente los laudos arbitrales que yerren en la aplicación de dicha convención. Esta situación podría presentarse en un arbitraje de inversión donde una de las partes, típicamente el estado demandado, alegue que han existido violaciones de derechos humanos por parte del inversor. Así lo hizo, por ejemplo, Perú en el caso contra

64. Cavallo, G. Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile en *ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 9, 113-166, 126 (“La Corte Interamericana ha establecido el criterio sobre la tipología del control convencional, esto es, el control convencional concentrado²⁷, atribuido a ella de forma exclusiva y excluyente, y el control difuso de la convencionalidad, el cual vincula a todos los jueces y demás funcionarios del Poder Público de los países firmantes del pacto.”); REYES, C. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no ha sido contada, *Revista Derecho del Estado* n.º 43, mayo-agosto de 2019, pp. 159-190, 163.

65. PAUL, A. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina en *Revista de Derecho* n. 246, 2019, pp. 49-82, p. 51.

66. REYES, C. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no ha sido contada, *Revista Derecho del Estado* n.º 43, mayo-agosto de 2019, pp. 159-190, 163.

67. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *República Eslovaca c. Achmea BV*, TJEU, Caso C 284/16, Sentencia del 6 de marzo de 2018. Ver LAVRANOS, N.; SINGLA, T., *Achmea: Groundbreaking or Overrated?*, en JÖRG RISSE, J.; PICKRAHN, G. et al. (eds), *SchiedsVZ*, German Arbitration Journal, pp. 348 – 357.

68. Ver LAVRANOS, N.; SINGLA, T., *Achmea: Groundbreaking or Overrated?*, en JÖRG RISSE, J.; PICKRAHN, G. et al. (eds), *SchiedsVZ*, German Arbitration Journal, pp. 348 – 357.

Bear Creek Mining Corp,⁶⁹ donde argumentó que el inversor operó el proyecto Santa Ana sin un permiso requerido, lo que en parte causó problemas sociales en dicho lote que llevaron a la adopción del decreto objetado por el inversor.⁷⁰ Existe parte de la doctrina internacional que favorece la revisión de los laudos arbitrales por la Corte Interamericana, y que directamente argumentan que la Corte Interamericana debería poder revisar laudos arbitrales que apliquen la Convención Americana de DD.HH.⁷¹ Otros, adoptan una posición intermedia, favoreciendo el control difuso por los tribunales arbitrales, pero no así el control directo por parte de la corte.⁷²

En línea con lo argumentado en la sección anterior, nos parece problemático que la Corte Interamericana revise laudos arbitrales internacionales, sean comerciales o de inversión. En ambos casos, la naturaleza propia de los arbitrajes implica que, en la mayoría de los casos, las partes que en ellos litigan decidieron someter sus disputas a un arbitraje, sustrayéndolo de la jurisdicción ordinaria. Las partes, además, tienen libertad para regular los recursos que procederán contra los laudos que se dicten. Si ellas quisieran, podrían admitir que sus decisiones sean revisadas por la Corte Interamericana, de ser el caso, pero en ausencia de dicho consentimiento, la voluntad de las partes ha sido precisamente no contar con los recursos u acciones que estarían disponibles si se recurriera a tribunales domésticos.

Compartiendo esta concepción, Víctor Jiménez, en un trabajo que analiza una problemática similar a la del presente pero enfocada en Venezuela, argumenta que los tribunales arbitrales debieran estar de todos modos sujetos al control difuso de convencionalidad, lo que aseguraría una adecuada protección de las garantías de las partes que intervienen en el proceso.⁷³ Me parece que esta visión no es adecuada. Por una parte, porque admitir que los tribunales arbitrales están sujetos al control difuso es abrir la puerta para que sus decisiones sean objeto de control directo. Si los tribunales arbitrales están obligados a aplicar la Convención Americana de DD.HH. y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicho texto, no sería extraño que la Corte Interamericana – a quien los Estados miembro le han otorgado la competencia para interpretar y aplicar esa convención – quiera abocarse poderes de revisión de laudos arbitrales. Y no sería extraño que esto ocurriera, ya que, como explica Pául, la Corte Interamericana creó ella misma la doctrina del control de convencionalidad (la doctrina no se encuentra en la Convención Americana de DD.HH.

69. Ver *Bear Creek Mining Corp v Republic of Peru* (CIADI Caso No. ARB/14/21).

70. Ver *Bear Creek Mining Corp v Republic of Peru* (CIADI Caso No. ARB/14/21); PÁEZ-SALGADO, D, Four Key Takeaways of the Decision in *Bear Creek Mining Corp v Republic of Peru*, 16 de diciembre de 2017, en <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/16/bear-creek-mining-v-peru/>. Acceso: 28 de febrero de 2023.

71. Ver REYES, C. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no ha sido contada, *Revista Derecho del Estado* n.º 43, mayo-agosto de 2019, pp. 159-190.

72. JIMENEZ, V. El control de convencionalidad en el laudo arbitral, *Revista de la Facultad de Derecho* n. 75. 2020-2021, pp. 621-644.

73. JIMENEZ, V. El control de convencionalidad en el laudo arbitral, *Revista de la Facultad de Derecho* n. 75. 2020-2021, pp. 621-644, pp. 654-655.

ni en otros textos legales aplicables a dicha corte) y además la Corte Interamericana ha ido expandiendo el alcance de esta doctrina a través de sus decisiones.⁷⁴

En segundo lugar, el sistema interamericano de derechos humanos no se rigen por un sistema de precedente, como el del derecho norteamericano.⁷⁵ Como explico en otro artículo, ni los textos legales que regulan el funcionamiento de la Corte Interamericana, ni la forma en que la misma corte valora sus precedentes, permiten concluir que el sistema interamericano sea de precedente.⁷⁶ Por tanto, no existe una base sólida para argumentar que los tribunales arbitrales estén vinculados, en su potencial aplicación de la Convención Americana de DD.HH., por la jurisprudencia de la Corte Interamericana que la interpreta.

V. Conclusión

Como reconocen otros en doctrina, el control que se ejerce sobre los laudos arbitrales no es necesariamente negativo, y asegura a las partes que sus garantías básicas estarán protegidas.⁷⁷ Sin embargo, las garantías y derechos de las partes que se someten a un arbitraje sólo se resguardan si la voluntad de las partes se respeta, y si el sistema otorga suficientes garantías de certeza y estabilidad.

Este trabajo presenta una posición que es contraria a la revisión de los laudos arbitrales mediante recursos y entidades jurisdiccionales no contemplados en el acuerdo de arbitraje. Específicamente, y alertada por la tendencia que se sigue actualmente en Europa tras la dictación de *Achmea*, sumado al proceso de constitucionalización que se gesta en Latinoamérica, expliqué por qué no sería adecuado que los laudos arbitrales se revisaran, primero, por el Tribunal Constitucional chileno, por la vía de la inaplicabilidad. Las principales razones para oponerse incluyen la autonomía de la voluntad de las partes que someten una controversia al arbitraje, y el principio de intervención mínima en los arbitrajes. En los arbitrajes

74. PAUL, A. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina en *Revista de Derecho* n. 246, 2019, pp. 49-82, pp. 56-57 ("La Corte también ha extendido el control de convencionalidad a áreas que sobrepasan el propósito original de dicha doctrina [...] El control de convencionalidad es creado mediante un obiter dicta de la Corte Interamericana y pretende ser vinculante para los Estados. Esto es desconcertante, pues los obiter dicta de la Corte solo puede tener autoridad vinculante si los Estados se los otorgan"); ver PAUL, A. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. *Revista de Derecho (Concepción)* n. 87, 2019, 246, pp.49-82.

75. Ver GOODHART, A. Case Law in England and America. *Cornell Law Quarterly*, 15(2), 1930, 173-193; GREENAWALT, K. (2012). *Statutory and Common Law Interpretation*. Nueva York: Oxford Press University, 2012; ITURRALDE, V. *El precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, 1995.

76. Ver ZAVALA, M. Atrapada entre sistemas legales: valor del precedente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista de la Facultad de Derecho* n. 48, ene-jun, 2020.

77. Ver FIGUEROA, J. E.; LETELIER, M. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia en ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (Ed.) *Arbitraje y Constitución*, p. 137 a VÁSQUEZ, M. *Tratado de Arbitraje en Chile*, 1era ed., Chile, Legal Publishing Chile, 2018, p. 31.

internacionales las partes han específicamente optado por solamente someter los laudos arbitrales a la nulidad, que solamente procede en casos muy limitados. Por argumentos similares, tampoco me parece procedente la revisión de los laudos por la Corte Interamericana mediante el control directo. Ni siquiera me parecía procedente exigir el control difuso a los tribunales arbitrales. El riesgo aquí es mayor en casos de inversión, donde es usual que se invoquen las garantías y derechos de los nacionales o de ciertas comunidades del país en que se realiza una inversión, para justificar un potencial incumplimiento de un tratado bilateral de inversión. Si esto ocurriera se podrían afectar o paralizar inversiones en Latinoamérica, que dependen en gran medida en la inversión extranjera.⁷⁸ Me parece que esta es una razón más para oponerse a esta opción.

La etapa constitucional que se vive en Chile hace relevante esta discusión. En un primer momento, donde se discute cuál será el texto de la nueva constitución, me parece relevante oponerse a visiones que sean contrarias al arbitraje, sea doméstico o internacional, porque se eliminan opciones y alternativas válidas para que las personas puedan elegir, autónomamente, someterse al régimen que mejor se ajuste a sus necesidades. Un desafío similar va a existir al implementarse el nuevo texto, porque el Tribunal Constitucional (u otra corte con una función similar) podría intentar “constitucionalizar” los laudos arbitrales, avocándose facultades de revisión por ser ella la intérprete máxima de la Constitución, en una forma similar a la lógica del Tribunal de Justicia de la UE en *Achmea*, afectando la autonomía de la voluntad de las personas.

78. Ver CEPAL, La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe, 2022, disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/48520-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe-2022>. Acceso: 28 de febrero de 2023, p. 38.

5.

IS THERE A CONSTITUTIONAL RIGHT TO RESOLVE DISPUTES BY ARBITRATION IN BRITAIN?

FREDERICO SINGARAJAH¹

Introduction

1. The precise status of arbitration as a constitutional right, has been a matter of growing discussion. This discussion has been sparked by cases such as *Achmea*², where the arbitral landscape has been severely impacted the European Union's approach to what may be termed as their "constitutional" order. Of course, having now exited the European Union, this case is of little importance to this writing, but it illustrates the bigger question. Other developments include the emergence of the so-called international commercial courts, such as those in Singapore, Paris, Dubai and China.

2. The right to arbitrate has been recorded in several constitutional documents. These include the French constitutions of 1791³ and 1795⁴, the Spanish constitution of 1812⁵ and the Greek constitution of 1827⁶. The Spanish influenced the constitution of many Latin American countries, who also codified their right to arbitrate. These include the constitutions of Costa Rica⁷, El Salvador⁸, Guatemala⁹, Honduras¹⁰, Mexico¹¹, Nicaragua¹², Panama¹³, Peru¹⁴, and Venezuela¹⁵.

-
1. BARRISTER & ARBITRATOR
 2. *Slovak Republic v Achmea* (Case C-284/16)
 3. Title III, chapter V, article 5
 4. Articles 210 and 211
 5. Articles 280 and 281
 6. Article 139
 7. Article 158 of the Constitution of Costa Rica of 1844
 8. Article 58 of the Constitution of El Salvador of 1824
 9. Article 179 of the Constitution of Guatemala of 1825
 10. Article 67 of the Constitution of Honduras of 1825
 11. Article 156 of the Constitution of Mexico of 1824
 12. Article 120 of the Constitution of Nicaragua of 1826

3. The Court of Justice of the European Union (CJEU) held that the Charter of Fundamental Rights of the European Union confers on private individuals, certain rights which they may rely upon, in a dispute with another individual.¹⁶ In this context, the idea that there is a basic right to arbitration strikes a constitutional chord. The right could be associated to a more general right to private autonomy and freedom of goods and services, that is part of the constitutional language. I am not aware of this argument being raised in any of the *Achmea* related cases or decisions, however, I would be interested to know how they may have fared.

4. However, these are all civil (or quasi-civil) law jurisdictions. There are notable differences in civil law systems. Two generalised examples which civil law jurisdictions embrace, differently to common law jurisdictions, come to mind. First, the codification of positive rights afforded to their citizens, and specifically, written, and consolidated constitutional documents. Secondly, a preponderance of constitutional issues to the extent that it justifies the presence of a court of last instance dedicated to constitutional matters, a supreme court, and distinct from the court of last instance which concerns itself with purely legal issues. Although it must be stated that there is no single civil law model or even a prevailing civil law approach, and these examples are used to illustrate points of divergence typically found between civil and common law systems and of relevance to our topic.

5. Perhaps the most prominent common law constitution, an “arbitration friendly” country, the United States, has not gone as far as to constitutionally protect the right to arbitrate. What of the British constitution then?

The British Constitution

6. As an English lawyer, the title of this work is not a topic I had come across previously. The British constitution can be a difficult subject and the intersection with arbitration is a subject which has had little practical or academic attention. This may be for many reasons. Although it is said the United Kingdom does not have a written constitution, this is misleading. It does not have a consolidated constitutional document, that is not to say that its constitution is not contained in several written documents.

7. Before I begin it may be worth clarifying some basic points about the United Kingdom. The country, the United Kingdom is itself a union of 4 modern kingdoms – England, Scotland, Wales and Northern Ireland. I say modern, because the United Kingdom, like all European history, has always been subject to many conflicts and conquests, and therefore the union of the 4 kingdoms is considered relatively modern. In the United Kingdom there are 3 jurisdictions with different systems, legislation, and professionals. First there is English law, the best known, then Scottish law, or “Scots law”; and third the

13. Article 156 of the Constitution of Panama of 1841

14. Article 164 of the Constitution of Peru of 1839

15. Article 190 of the Constitution of Venezuela of 1830

16. Judgment of 6 November 2018, C-569/16, Bauer case, para. 89

law of Northern Ireland. Great Britain refers to an island where the kingdoms of England, Wales and Scotland meet. Although the term “British” is often used to mean pertaining to the United Kingdom. Northern Ireland lies on another island, Ireland, which is referred to as the island itself, and colloquially as the Republic of Ireland, which gained independence from the United Kingdom in 1921.

8. Constitutions reflect a nations’ history, traditions, and circumstances. In France, the constitution was borne of the French Revolution, protecting the values of “liberty, equality and fraternity”. The Swiss constitution provides an elevated level of autonomy to its cantons and contains features of direct democracy reflecting its diverse population and democratic culture. The German constitution from 1949, drafted following World War II, the *Grundgesetz* or Basic Law, sought to create a constitution that would safeguard against the emergence of the Third Reich’s authoritarianism. The post-apartheid South African constitution has human rights at its heart, intending to protect against abuses it saw in its past. Similarly, the Brazilian 1988 constitution, reflects its post-military dictatorship sentiment.

9. Constitutions exist in many different forms. They can include ordinary legislation, unwritten rules, or both. For example, Austria has a written, consolidated, constitution which is augmented by supplementary constitutional laws. This allowed the insertion of acts before the 1920 federal constitution the 1867 bill of rights, for example, and was used more recently by executive seeking to protect legislation from judicial review.

10. The word constitution has 2 ordinary meanings, though they are both descriptive of the way power is used within a given state and of its relationship with individuals. First, the meaning of the word is more suitably used in the context of those countries, such as the United States and Australia, where a written document exists. In this instance, the word constitutional refers to those concepts and laws that adhere to the “constitution”. Similarly, the word unconstitutional is equivalent to the principles and actions, which violate the “constitution”. In these countries, the executive power must conform to the constitution, and often there are courts specifically devised for this jurisdiction. Internationally, a constitution often consists of a written document and a form of prime constitutional law to which all other laws must be subordinate. The law with ultimate primacy. Not to be made and unmade as easily as other laws but protected with safeguarding mechanisms from meddling of future governments.

11. Secondly, the meaning is more general and, as already discussed, encompasses the constitutional law of countries such as the United Kingdom, New Zealand and Israel. Therefore, constitutional law is the study of “...all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the state”.¹⁷ In essence, a constitution is how power is legitimised in each state. However, the expression constitutional law can also be misleading. This is because not all that is studied in constitutional law is actual law. Furthermore, even where there is a written constitution, the document alone is not all that can be the constitution.

17. Dicey, AV (1985) *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th Edition (Introduction by ESC Wade)

12. There are 2 dominant theories explaining the purpose of a constitution. First, to place limits on the power of the sovereign and protect citizens from arbitrary exercise of power, protect individual rights and liberties and prevent democratic systems from descending into autocracy.¹⁸ Secondly, to empower the sovereign to act on behalf of citizens. Accordingly, a good constitution needs to enable an effective executive and be capable of bringing about the common good.¹⁹

13. The United Kingdom is a constitutional monarchy. The role of the monarchy has evolved, and the nature of the monarch's constitutional role is, purposely unclear. The monarch's constitutional powers are, at least theoretically, an important check on the executive. However, such power is limited by the (a) need to remain devoid of politics and (b) convention that most powers are exercised on the advice of ministers or founded on the will of parliament.

14. The British constitution, it is composed of doctrines, conventions, Acts of Parliament and judicial decisions. The Magna Carta 1215, is for example an English constitutional document, amounting to a bill of rights. Even though the United States constitution is sometimes regarded as the "mother" of all constitutions, there are many more statutory laws passed by the houses of congress and senate that have constitutional significance. Consequently, the constitution is not a single thing that can be identified and referred to easily, but a collection of different rules, practices and procedures that govern how a state's power is used by the ruling bodies, what the ruling bodies are, and how they should interact both amongst themselves and with their citizens.

15. Constitutional documents that guide practice, including Erskine May²⁰, the guide to parliamentary practice, parliamentary standing orders and the ministerial code, comprise of rules, conventions and views on acceptable practice.

16. Parliament is at the heart of the British constitution, but it is the executive, government, which directs and delivers policy, with the judiciary ensuring compliance with the law. The monarch enjoys constitutional powers over both parliament and the executive, however, exercises these behalf of the executive, itself. The main role of citizens in the British constitution is to vote in elections and, occasionally, in referenda. A further method of involvement is through organisations surrounding representative institutions, including political parties, pressure groups and civil society groups, which allow citizens influence over policy makers.

17. Compared to other constitutions, internationally, changes to the British constitution can be made relatively easily. The hurdles are predominantly political rather than legal. Consequently, it can be difficult to entrench constitutional principles, as they can be amended by any executive with a majority, which is not uncommon in the British parliament. Constitutions are usually deliberately prescriptive on the process by which they can be changed. Many constitutions have special processes for amendment, which may

18. Barber NW (2015) Constitutionalism: negative and positive (Dublin University Law Journal, vol. 38(22))

19. Waldron, J. (2016) Constitutionalism: A Skeptical View (Harvard University Press)

20. May, TE (1844) Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament

involve the requirement for special majorities in their respective parliaments, referenda or sometimes elections.

18. The British constitution may be changed in several ways, whether that be by creating or violating political conventions. Precedents can be overruled by the judiciary, and changes to parliament's standing orders may also change the constitution. Where features of the British constitution are given effect in statute, change is sanctioned in the same way as any other ordinary legislation. A bill is introduced in parliament, debated and passed in the 2 houses before receiving royal assent and becoming law. It requires only a simple majority, making it easy for the executive to introduce and effect change.

19. Such rights can be enforced by the judiciary, and laws may be declared "unconstitutional" if deemed contrary to these rights. There are 2 key sources for the protection of fundamental or constitutional rights within the British constitution. First, the common law, dating back to the 12th century. The judiciary may quash or declare unlawful acts of the executive on the basis that they deny citizens of their fundamental freedoms without legal authority. The judiciary must take account of constitutional rights, giving them primacy, when interpreting legislation. Secondly, acts of parliament, including the Bill of Rights 1689 and the Human Rights Act 1998, ratified international of the European Convention on Human Rights into domestic, constitutional law.

Arbitration in England

20. Lord Mustill, Lord Justice of Appeal in England & Wales, stated: "*Commercial arbitration must have existed since the dawn of commerce. All trade potentially involves disputes, and successful trade must have a means of dispute resolution other than force. From the start, it must have involved a neutral determination, and an agreement, tacit or otherwise, to abide by the result, backed by some kind of sanction. The story is now lost forever*".²¹

21. Not all stories have been lost. The Stannary Courts were tribunals in Devon and Cornwall, England, formed by convention and recognised by King John some 14 years before the Magna Carta, in 1201. They resolved commercial disputes between the tin-mining community and were not abolished until 1896.²² The English Piepowder Courts date to the ancient French courts of "Pie Poudre" formed by boroughs to settle disputes between merchants on market days. The last court, in Bristol, was formally abolished in 1971.²³

22. As can be seen, the various medieval guilds, which are often said to be responsible for the institution and development of the *lex mercatoria* in England, survive today as "livery" companies, of which 110 have survived. Most of these were established in the 13th and 14th centuries. Ancient guilds referred matters for resolution to an arbitrator who was well versed in commercial customs and conventions. Such referrals took place after the dispute had arisen but were based on an implied consensus between members of the guilds that disputes, as and when they arose, would be referred to an arbitrator. By

21. Mustill, MJ (1989) Arbitration: History and Background (Journal of International Arbitration Vol. 43)

22. Stannaries Court (Abolition) Act 1896

23. Courts Act 1971

becoming a member of a guild, individuals effectively gave their consent for disputes to be submitted to arbitration, which consent was often reinforced by a form of submission agreement after a particular dispute had arisen.

23. However, these arbitral courts did not possess any real means of enforcement of their decisions. Obedience was reached by ostracizing individuals who failed to adhere to a decision. For the system to work in the modern age of international trade there must be an effective system, there must be proper legal infrastructure. States and international institutions must cooperate to agree a set of universal rules that recognise and enforce arbitral agreements and awards.

24. Arbitration first appeared in the English statute books in 1697. It was drafted by John Locke, by assignment of the Board of Trade, of which he was a member, under the reign of William III. The statute was intended for the “*Determination of Controversies referred to them [by] Merchants and Traders or others*”.²⁴ Such a legal provision at that time was visionary. It gave effect to an arbitration agreement, as opposed to a submission agreement. The former being prospective of future disputes or controversies, as opposed to the latter, which was retrospective, in relation of disputes that had already arisen. This is in stark contrast to the rest of the world. The French Civil Code of 1806 and the Napoleonic Code,²⁵ for example, only recognised submission agreements, where in the Napoleonic Code, submission agreements had to define the subject matter of the dispute and name the arbitrators to be valid.²⁶ This is one of the reasons the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC), a Parisian institution, retains its “Terms of Reference”, a legacy of the required submission agreement, required at the time of its inception, in 1923.

25. Development of arbitration continued with bilateral agreements between countries, such as the Jay Treaty²⁷, between the US and the UK. Modern international arbitration can, arguably, be traced to the Geneva Protocol of 1923. Signatories included Brazil, India, Japan, Thailand, New Zealand and some European states including the UK. It introduced two important measures: enforcement of (a) arbitration clauses, internationally and (b) awards in the territory they were made. The Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards 1927 increased the scope of the protocol but remained deficient.

26. In terms of commercial arbitration, the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (NYC) was introduced in 1958. The UK acceded to the NYC in 1975. It currently ratifies it in England, Wales and Northern Ireland through the Arbitration Act 1996 and in Scotland via the Arbitration Act (Scotland) 2010. The convention, in addition to making arbitral awards enforceable, requires courts of contracting states to stay, upon request, any action brought in breach of a valid arbitration agreement. It not only resolved the deficiencies of the Geneva Convention but became and remains the cornerstone of international arbitration.

24. An Act for Determining Differences by Arbitration, 9, William III, c.15, 1697

25. Articles 1005 to 1028

26. Article 1006

27. Treaty of Amity, Commerce, and Navigation, Between His Britannic Majesty and the United States of America 1794

27. Lord Mustill said “*This Convention has been the most successful international instrument in the field of arbitration, and perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law*”.²⁸

28. In terms of investor-state arbitration, the first bilateral investment treaty (BIT) was signed between Germany and Pakistan in 1959. The UK ratified the Washington Convention 19th December 1966, ratifying the Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966. It is a signatory to over 90 BITs, currently in force. The UK has not been a respondent to any known investor-state dispute settlement (ISDS) cases, but investors have brought 101 cases²⁹ against counter-signatory states to UK BITs.

Analysis

29. In the context of this work, the relevant constitutional notions are the doctrines of “separation of powers”, “independence of the judiciary”, “parliamentary sovereignty” and “fundamental freedoms”. These are all inter-related and cannot be treated separately. The lack of codification and the principle of parliamentary sovereignty mean that constitutional norms and conventions take primacy in ensuring proper limits on the exercise of power by the sovereign within the UK. I shall discuss them further below.

30. Constitutions tend to express how constitutional authority, sovereignty, is derived. The US constitution of 1789 begins “We the people”, while the preamble to the French constitution of 1958 states that “national sovereignty shall vest in the people, who shall exercise it through their representatives and by means of referendum”. In these documents, the authority of citizens is higher to that of the political institutions they establish, creating a supreme framework under which these institutions must operate.

31. The British constitutional system can be described as “crown-in-parliament”. Power is derived from the King or Queen, the monarch, but exercised by parliament. Parliamentary sovereignty, described by Dicey as the parliament’s “*right to make or unmake any law*”, is the UK’s fundamental constitutional principle. Power can be said to be conferred by the electorate during elections, however, outside those times the legislature, parliament, is the primary constitutional authority to which other constitutional architecture is subordinate. In some ways, this is similar to the way that the parties confer jurisdiction to an arbitral tribunal, who then exercise powers on the parties, during proceedings. The United Kingdom is unusual in that constitutional change can be achieved by a simple parliamentary majority. Other countries tend to require special, higher, thresholds, sometimes referred to as “entrenchment”.

32. The first question to examine is, therefore, whether arbitration’s long-standing presence in the English statute books, deem it to have constitutional value. If constitutional laws can be made or unmade by a simple majority in parliament, then which laws are constitutional, and which are not. Laws that are often cited as having constitutional value in

28. Mustill, MJ (1989) Arbitration: History and Background (Journal of International Arbitration Vol. 43)

29. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/221/united-kingdom/investor>

England are the Bill of Rights 1689, Acts of Union 1707 and 1800, Act of Settlement 1701, Parliament Acts 1911 and 1949, Human Rights Act 1998, and the Scotland Act, Northern Ireland Act and Government of Wales Act 1998. All of these statutes have an effect on the powers of the state. The state in this case embodying the monarch and parliament, effectively sovereign power.

33. The various arbitration statutes, dating back from 1697 to the current Arbitration Act 1996, do not, per se, affect sovereign power, save that they may be said to defer judicial power to a private arbitral tribunal, upon election of the parties, by way of a valid arbitration agreement. The fact that an arbitration agreement has a dual nature both jurisdictional and contractual, and is neither exclusively one nor the other, is not settled law in England. If the former were true, and the tribunal's authority is derived from a solely jurisdictional basis of the arbitration agreement, it could be said that an arbitration statute, that ratifies the provisions of the NYC and requires a court to stay proceedings in favour of arbitration, does in fact encroach on sovereignty. It would affect one of the fundamental 3 powers, that of the judiciary. Conversely, if the tribunal's jurisdiction, conferred to it by the arbitration agreement, is purely contractual, then any constitutional right, if it exists, would lie within a fundamental freedom. The freedom to contract. However, citizens elect court or arbitration by way of party autonomy. Where the latter were true, there is no deference to arbitration by the court, but the exercise of a positive right to elect a forum. Any displacement of the court arises only upon the exercise of the positive right, to contract out of dispute resolution by the courts.

34. In addition to the above, it is often said that arbitration does not exist in a vacuum. This means that it is not a totally independent procedure. It relies on cooperation with the state courts. Whether this be for "assistance" in the form of the appointment or removal of an arbitrator or the grant of interim relief or by way of "supervision" by way of review of any award. In either case, the court has a dual role in (a) maintaining the integrity of the arbitration system and (b) maintaining the state's sovereign judicial power. The latter being inconsistent with the election of arbitration impinging on the sovereign power of the judiciary.

35. Finally, on this point, a right to arbitrate is not absolute. There are limits to what is capable of resolution by way of arbitration. This concept is termed "arbitrability". Whether or not a dispute is arbitrable is ultimately determined by the courts, or where there is provision, by statute. This concept can be found, in broad terms in the English Arbitration Act 1996,³⁰ and was also affirmed by the English Court of Appeal, which stated a dispute which "*attracts a degree of state intervention and public interest such as to make it inappropriate for disposal by anything other than judicial process*".³¹

36. It follows that the existence of arbitration laws do not limit the sovereignty of the UK. I conclude therefore that the presence of an arbitration statute, even if long-standing, does not in itself give constitutional effect to arbitration, as it does not regulate the state directly, or indeed, one of its powers, the judiciary.

30. Section 1(b)

31. Fulham Football Club (1987) Ltd v Richards [2011] EWCA Civ 855, para 50

37. All of this occurs in the context of commercial arbitration. If we turn to the second question, that of investor-state arbitration, then different issues arise. ISDS is polemic due to view that it is “undermining democratic accountability”.³² Unlike commercial arbitration which relies on an arbitration agreement, ISDS operates via an international treaty. Under the British constitution, an international treaty can be entered into by the government of the day, the executive power, by way of exercise of the royal prerogative, as was recently confirmed by the UK Supreme Court.³³ However, consistent with the doctrine of parliamentary sovereignty, only parliament may ratify that treaty into domestic law, giving it effect, and equally rescind it. Such treaties may be bilateral (BITs) or multilateral (MITs).

38. From an international perspective, once an investment treaty is ratified, it prevails over any domestic constitutional provision, in the event of a conflict.³⁴ The effect of this principle, is that where a sovereign amends its laws, in accordance with its constitution, it may still violate the investment treaty, creating a liability in favour of the investor. A domestic state court, a sovereign power, may have to give primacy to a constitutional provision, but an international tribunal will not. It will be duty bound to give primacy to international obligations. Therein lies the heart of the polemic.

39. As stated, the first ISDS mechanism was borne from the Germany Pakistan BIT of 1959. Before this, investor would a foreign investor would have to resort to the local courts. If the decisions made by those courts failed to secure compliance with the applicable international laws, the only further recourse was to engage diplomatic channels through the home state of the foreign investor. This would result in the foreign investor (though its home state) and the host state engaging in negotiations, as the method of dispute resolution. No direct legal recourse was available to the investor, against the state. The creation of such a mechanism is a direct result of the host state’s motivation to attract foreign direct investment. The *quid pro quo* is the exposure to potential legal action, even in the exercise of its sovereign power.

40. The UK’s special circumstance of being a country which is an exporter or capital, rather than importer, is reflected by the fact it has not been a respondent in ISDS proceedings, but has homed 101 claimants. The review of the constitutionality vis-à-vis international illegality, by way of breach of a BIT or MIT, is another matter at the heart of the controversy of ISDS. It could be argued that the review, interpretation and ruling on the constitution of any sovereign state is the exclusive reserve of the courts of that sovereign state. The corollary of that notion is that the carrying out of that exercise by an arbitral tribunal, or indeed, latterly, of an international commercial court³⁵, is an offence against sovereignty. This notion, coined by Carlos Calvo, who stated that a sovereign state without rights “*would be*,

32. Waibel, M, Kaushal, A, Chung K, and Balchin, C (2010) *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer Law International)

33. *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5

34. Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969: “*A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty*”

35. Alcolea, LC (2022) *The Rise of the International Commercial Court: A Threat to the Rule of Law?* (Oxford Journal of International Dispute Settlement, Issue 13)

in a word, completely moribund, from the point of view of the law of nations”, became known as the “Calvo doctrine”.³⁶

41. The primacy of any other law, but the constitution, cannot therefore be, on any view, itself constitutional. I therefore conclude that the British constitution could not hold investor-state arbitration as a constitutional right, but that the contrary is theoretically true. Of course, any offence to a constitution only come into existence on the host state, upon it becoming a respondent. Where any instrument affords the right to its citizens to protect their assets and investments, it could be argued that such rights are consistent with British constitutional rights and freedoms.

Conclusion

42. The British Constitution, does not, in my opinion provide a right to resolve disputes by way of arbitration. It provides a right to resolve disputes by way of litigation. However, that right is deferred by an autonomous choice and a fundamental freedom to elect arbitration, in the sphere of commercial arbitration.

43. With regard to ISDS, its international nature falls outside the scope of constitutionality. However, it could be argued that a right to enforce international legal rights against third country host nations, is consistent with British constitutional rights and freedoms. What may well be inconsistent with such rights would be to afford foreign nationals rights, which may be found to be contrary to the exercise of sovereign power, in accordance with the British constitution. Whether or not I am right, remains to be tested.

References



36. Calvo, C (1868) Derecho Internacional teorico y practico de Europa y America (D'Amyot)

6.

ARBITRATION AND THE U.S. CONSTITUTION: THE IMPACT OF FEDERALISM AND DUE PROCESS ON THE ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS IN THE UNITED STATES

JEFFREY A. ROSENTHAL¹

KATIE L. GONZALEZ²

Introduction

When thinking of issues relating to arbitration, questions of constitutional law are not the first that come to mind. However, a more careful review of arbitration practice spanning the last century in the United States reveals that the topics have always been intermingled. Beginning with the enactment with the Federal Arbitration Act in 1925, which “declared a national policy favoring arbitration”³ and was intended by Congress to affirm courts’ ability to honor parties’ decision to resolve disputes through arbitration,⁴ U.S. courts and practitioners alike have clearly been grappling with how arbitration, as a separate dispute resolution process that operates outside of a national court proceeding,

1. Jeffrey A. Rosenthal is a Partner in the Litigation and Arbitration practice group at Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP in New York.

2. Katie L. Gonzalez is an Associate in the Litigation and Arbitration practice group at Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP in New York.

The authors are indebted to Associate Stanislaw Krawiecki for his invaluable research assistance.

The opinions expressed are those of the authors and do not necessarily reflect the views of Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, its clients, or any of its or their respective affiliates. This article is for general information purposes and is not intended to be and should not be taken as legal advice.

3. *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 2 (1984).

4. *See Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 510-11 (1974) (noting that the enactment of the FAA “revers[ed] centuries of judicial hostility to arbitration agreements, [and] was designed to allow parties to avoid ‘the costliness and delays of litigation,’ and to place arbitration agreements ‘upon the same footing as other contracts’”) (citation omitted).

is compatible with some of the most fundamental tents of the U.S. Constitution, including – for example – Article III’s Supremacy Clause, which vests judicial power in the courts.⁵

While the enactment of the FAA may have ended the practice, prior to the 20th Century, of U.S. courts refusing to enforce arbitration agreements (as arbitration was considered to be an inappropriate overstep of the jurisdiction of Constitutionally-granted jurisdiction of Article III courts), it has not ended the conversation about arbitration’s compatibility with various U.S. Constitutional norms and concepts, and the impact that such U.S. Constitutional norms and concepts have on arbitration practice and U.S. courts’ interpretation of arbitration agreements and awards.⁶

This article does not focus on this first issue, but the latter. For more insights into the first issue of how arbitration is compatible with various provisions of the U.S. Constitution, Professor Peter Rutledge provides a comprehensive overview of the topic in *Arbitration and the Constitution*.⁷ While Professor Rutledge analyzes the constitutional principles that underlie and inform arbitration, this article seeks to focus on how these constitutional principles are applied in practice, as demonstrated by a review of recent cases interpreting arbitration provisions and enforcing arbitration awards. Therefore, while by no means an exhaustive overview as to how the U.S. Constitution has informed arbitration practice for arbitrations seated, or subject to enforcement, in the United States (and not intended as such), this article provides a snapshot of how two topics – federalism and due process – impact arbitration proceedings more generally, and the enforcement of arbitration agreements and awards in the United States.

Section I discusses the Supremacy Clause of the U.S. Constitution, and how the system of federalism can lead to questions of conflict and preemption between the FAA, as federal arbitration law, and state arbitration law. Section I explores a potential growing rift between New York state courts and New York federal courts considering when and how parties may elect for their arbitrations to be governed by New York’s arbitration law to the exclusion of the FAA, and cautions that forum-shopping among counsel may increase as a result of recent decisions.

Section II explains how the Due Process Clause contained in the Fifth Amendment and Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution has had a growing impact on arbitration procedures and the enforcement of arbitration awards in U.S. courts. Section II catalogues the minimum due process standards that are incorporated into arbitration procedure, and describes the phenomenon of parties seeking to organize their proceedings to account for potential due process challenges, and the chilling effect this can have on arbitrator conduct. This section also explores how due process may serve as a grounds for vacatur or the refusal of the recognition or enforcement of arbitration awards under the FAA or the New York

5. Article III of the U.S. Constitution states in relevant part: “The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish.” U.S. CONST. Art. III, § 1.

6. “Over the past half century, constitutional norms increasingly have worked their way into arbitration law and, to a lesser extent, arbitration law has influenced the development of constitutional norms.” Peter B. Rutledge, *Arbitration and the Constitution* (2013) at 5.

7. See generally Peter B. Rutledge, *Arbitration and the Constitution* (2013).

Convention (defined below), respectively. Finally, Section II also discusses how different due process standards as applied to foreign states and foreign state-owned entities can lead to difficulties with enforcing arbitration awards.

I. Federalism and Arbitration

Arbitration has been impacted by issues arising out of the United States's system of federalism, memorialized, *inter alia*, in Article VI, Section 2 of the U.S. Constitution, otherwise known as the Supremacy Clause, which states that:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.⁸

As an integral part of federalism, the Supremacy Clause makes clear that the Constitution, federal laws and regulations, and international treaties supersede conflicting or inconsistent state law. Because “arbitration law” stems from many sources in the United States—including federal statute (the FAA), international treaties (the New York Convention and Panama Convention),⁹ and various state arbitration laws – Constitutional concerns regarding the preeminence of federal law can arise.

According to the U.S. Supreme Court, “[a] fundamental principle of the Constitution is that Congress has the power to preempt state law,” which is typically demonstrated where there is (1) an express provision for preemption manifested in the law; or (2) an implied intention for federal law to “occupy the field” to the exclusion of state law or where state law conflicts with prevailing federal law.¹⁰ The U.S. Supreme Court confronted the preemption question in the context of arbitration in *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford, Jr.*¹¹ There, the California Court of Appeals had determined that a contract

8. U.S. CONST. Art. VI, § 2.

9. The “New York Convention” refers to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, which was opened for signature in 1958 and adopted by the United States and incorporated into law through Chapter 2 of the FAA. *See* 21 U.S.T. 2517; 9 U.S.C. §§ 201-208. The “Panama Convention” refers to the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration of 1975, which has been adopted by the United States and incorporated into law through Chapter 3 of the FAA. *See* 101 Stat. 448, 1438 U.N.T.S. 245; 9 U.S.C. §§ 301-307.

The focus of this article pertains to commercial arbitration, and therefore does not discuss arbitrations administered pursuant to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) or ICSID awards, which are enforceable in the United States under the 1966 ICSID Convention, adopted and implemented into law in the United States through the Convention on the Settlement of Investment Disputes Act of 1966.

10. *Crosby v. National Foreign Trade Council*, 530 U.S. 363, 373 (2009).

11. *Volt Info. Scis., Inc. v. Bd. of Trs. of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U.S. 468 (1989).

with an arbitration provision and a governing law clause providing for the application of California law adopted California law not only as the substantive law under which to construe the parties' contract, but also adopted the state's arbitration law.¹² The application of California's arbitration law to the dispute would have led to the parties' arbitration to be stayed pending resolution of certain litigation; under the FAA, no stay would be available and the parties would have to proceed to arbitration.¹³ Because the application of either California arbitration law or federal arbitration law (in the form of the FAA) would result in a different outcome, the question in *Volt* was whether state arbitral rules may coexist with the FAA or are preempted by the federal statute.

The Supreme Court in *Volt* found that there was no preemption, explaining instead that the "FAA contains no express pre-emptive provision, nor does it reflect a congressional intent to occupy the entire field of arbitration."¹⁴ Rather, Congress' intent in adopting the FAA was to have courts "enforce privately negotiated agreements to arbitrate, like other contracts, in accordance with their terms."¹⁵ Because the FAA requires that "arbitration proceed in the manner provided for in [the parties'] agreement,"¹⁶ parties to an arbitration may "specify by contract the rules under which that arbitration will be conducted," including "state rules of arbitration."¹⁷ The Supreme Court accordingly found that while the FAA preempted state laws limiting agreed-upon arbitrability,¹⁸ the FAA did not "prevent[] the enforcement of agreements to arbitrate under different rules than those set forth in the [FAA] itself,"¹⁹ and, therefore, parties remained free to contract for the application of state arbitral rules that differ from the parameters set forth in the FAA.²⁰

The *Volt* decision "promote[s] federalism values" by allowing state courts to "liberally constru[e] general choice-of-law clauses to encompass an implied choice to subject the arbitration clause to state law," therefore strengthening "state power to regulate arbitration."²¹ While paving the way for the incorporation of state law into both domestic and international arbitration, the Supreme Court's decision in *Volt* did not answer the fundamental questions that have since preoccupied state and federal courts regarding

12. *Id.* at 470.

13. *Id.* at 479.

14. *Id.* at 470.

15. *Id.* at 478.

16. *Id.* at 475 (quoting 9 U.S.C. § 4).

17. *Id.* at 472, 479.

18. See *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 15-16 (1984) (holding the FAA preempted a California state law that barred arbitration of certain claims); *Doctor's Assocs., Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681, 686-89 (1996) (Montana law that mandated arbitration agreements to comply with requirements that were "not applicable to contracts generally" was preempted by FAA).

19. *Id.* at 479.

20. See *Hall St. Assocs. LLC v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576, 590-92 (2008) (noting that while the FAA provides the exclusive grounds for vacatur or enforcement of an arbitral award that parties cannot change by contractual agreement, parties may "contemplate enforcement under state statutory or common law . . . where judicial review of different scope is arguable").

21. Peter B. Rutledge, *Arbitration and the Constitution* (2013) at 109.

what language in choice-of-law clauses is sufficient to demonstrate the “implied choice to subject the arbitration clause to state law,” and what role – if any – remains for federal law in such scenarios.

Following *Volt*, in which the Supreme Court found that language that the agreement “shall be governed by [California law]” was sufficient to adopt California’s arbitration law and displace the FAA,²² New York state and federal courts have grappled with what role, if any, New York state arbitration law – embodied in C.P.L.R. 75 (“Article 75”) – may also play, either to the exclusion of federal law by explicit or implicit agreement (as was the case in *Volt*), or in a more gap-filling role on the more discrete topics where the FAA may otherwise be silent.²³ The New York Court of Appeals in *In re Smith Barney, Harris Upham & Co. v. Luckie*, relying on *Volt*, held that a governing law clause that stated that “[t]his agreement and its enforcement shall be governed by the laws of the State of New York,” indicated that New York law was intended not only to provide the substantive law under which the contract would be interpreted, but also “that the parties intended that New York law” – that is, Article 75 – “govern the arbitration.”²⁴ The Court further found that Article 75’s rule delegating statute of limitations questions to a court in the first instance (rather than requiring resolution by the arbitrator, as provided in the FAA) was not preempted by the FAA because the application of “this State’s body of arbitration law . . . is not inimical to the policies of the FAA.”²⁵

Shortly after *Luckie* was decided by the New York Court of Appeals, the U.S. Supreme Court clarified its position with respect to preemption and the application of state arbitration law in light of the FAA. In *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, the Supreme Court considered whether to apply the FAA – which presents no restrictions on arbitrators’ ability to award punitive damages – or New York arbitration law, which (as interpreted through the *Garrity* rule) generally found that arbitrators may not award punitive damages.²⁶ The Supreme Court determined that the choice-of-law provision, without more, did not “constitute evidence of an intent to exclude punitive damages claims” and apply Article 75 to the exclusion of the otherwise-applicable FAA.²⁷

Thus, while some have interpreted *Mastrobuono* “as part of an effort to trim back the state power granted by *Volt*,”²⁸ it is not in conflict with *Luckie*, since the language of

22. *Volt*, 489 U.S. at 470.

23. For a more detailed overview on the interplay between the FAA and Article 75, see B. Morag and K. Gonzalez, *CPLR Article 75 or the Federal Arbitration Act: Which One Applies to Arbitrations in New York and Why It Matters*, *The International Lawyer* (Vol. 52, No. 2).

24. *In re Smith Barney, Harris Upham & Co. v. Luckie*, 85 N.Y.2d 1293, 197-98, 202-03 (N.Y. 1995), cert. denied sub nom., 516 U.S. 811 (1995).

25. *Id.* at 205.

26. See *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. 52, 57 (1995).

27. *Id.* at 59. See also *id.* at 64 (noting that “the best way to harmonize the choice-of-law provision with the arbitration provision is to read ‘the laws of the State of New York’ to encompass substantive principles that New York courts would apply, but not to include special rules limiting the authority of arbitrators”).

28. Peter B. Rutledge, *Arbitration and the Constitution* (2013) at 110.

the choice-of-law provisions at issue in both cases are, importantly, different: While the *Luckie* language averred that “[t]his agreement *and its enforcement* shall be governed by the laws of the State of New York,”²⁹ the provision in *Mastrobuono* simply specified that the contract “shall be governed by the laws of the State of New York.”³⁰ New York state courts have largely adopted this distinction between the two cases, and found that a party’s inclusion of the “enforcement” or “enforced under” language in a choice-of-law agreement containing New York law provides sufficient evidence of a party’s intent to apply Article 75, to the exclusion of the FAA. After *Mastrobuono*, for example, the New York Court of Appeals found in *Diamond Waterproofing Sys., Inc. v. 55 Liberty Owners Corp.* that a choice-of-law clause stating that the agreement “shall be governed by the law of [New York]” did not indicate an attempt to be bound by Article 75, “because the contract’s choice-of-law provision does not provide that New York law shall govern the enforcement of the parties’ agreement.”³¹ Not all New York state courts, however, are in accord – in a 3-2 decision by the First Department (one of four intermediate appellate courts in New York) in *Matter of Flintlock Constr. Servs. LLC v. Weiss*, the court ruled that a choice-of-law provision stating that the agreement was to be “construed and enforced” in accordance with New York law “did not unequivocally demonstrate an intent” to be bound by Article 75.³²

Regardless, New York federal courts contemplating the application of the FAA or Article 75 have recently declined to follow the New York Court of Appeals’ guidance, and have instead relied on the U.S. Supreme Court precedent to hold that New York state arbitration law cannot supplant the FAA without more evidence. Although earlier New York district court decisions agreed that “[i]n the absence of ‘critical language concerning enforcement,’ . . . the FAA’s vacatur’s rules apply,”³³ shortly after *Mastrobuono*, the Second Circuit held that *Luckie* was no longer good law and rejected the argument that the parties

29. *Luckie*, 85 N.Y.2d at 198 (emphasis added). The words “enforced under” when included in a New York choice-of-law provision to a contract with an arbitration clause demonstrates parties’ implicit intent to adopt Article 75 where the FAA may otherwise. See, e.g., B. Morag and K. Gonzalez, *CPLR Article 75 or the Federal Arbitration Act: Which One Applies to Arbitrations in New York and Why It Matters*, *The International Lawyer* (Vol. 52, No. 2) at 285-86.

30. *Mastrobuono*, 514 U.S. at 53.

31. *Diamond Waterproofing Sys., Inc. v. 55 Liberty Owners Corp.*, 4 N.Y.3d 247, 250 (N.Y. 2005). See *N.J.R. Assocs. v. Tausend (N.J.R. Assocs.)*, 19 N.Y.3d 597, 602 (N.Y. 2012) (finding that where clause “does not include the critical ‘enforcement’ language,” “the agreement fails to unequivocally invoke the New York standard” for incorporating Article 75).

32. *In re Flintlock Constr. Servs., LLC v. Weiss*, 122 A.D.3d 51, 54 (N.Y. App. Div. 2014). For reasons why the *Flintlock* majority decision may have been wrongly decided, see B. Morag and K. Gonzalez, *CPLR Article 75 or the Federal Arbitration Act: Which One Applies to Arbitrations in New York and Why It Matters*, *The International Lawyer* (Vol. 52, No. 2) at 287-89.

33. *CRC Inc. v. Comput. Scis. Corp.*, No. 10 Civ. 4981(HB), 2010 WL 4058152, at *2 (S.D.N.Y. Oct. 14, 2010). See *Penrod Mgmt. Grp. v. Stewart’s Mobile Concepts, Ltd.*, No. 07 Civ. 10649(JGK), 2008 WL 463720, at *2 (S.D.N.Y. Feb. 19, 2008) (“In this case, the choice of law provision states only that the Agreement ‘shall be construed in accordance with New York law.’ . . . This language is insufficient to find that the parties intended Section 7503(b) [rather than the FAA] to govern the issue of waiver” of jurisdictional objections to arbitration).

had implicitly selected Article 75.³⁴ There, the Second Circuit found that a choice-of-law provision which simply stated that “the Agreement . . . and its enforcement ‘shall be governed by the laws of the State of New York’” did not “clearly identif[y]” a desire to replace the FAA, and therefore could not “be construed to impose substantive restrictions on the parties’ rights under the [FAA].”³⁵ The Second Circuit’s general unwillingness to find that a choice-of-law provision electing New York law—even where it includes the “enforcement” language that the New York Court of Appeals has repeatedly found to incorporate Article 75—has been twice affirmed. In *Bechtel do Brasil Construções Ltda. v. UEG Araucária Ltda.*, the Second Circuit contemplated whether Article 75 applied to allow a court to resolve a dispute regarding the statute of limitations, or if such an issue was for the arbitrator to decide, pursuant to the FAA.³⁶ While acknowledging that “the question is a close one,”³⁷ the Second Circuit nevertheless determined that the “holding in *Bybyk* compels us to conclude that the contracts in this case are at least ambiguous” with respect to whether the parties intended for Article 75 to govern,³⁸ and finding no clear and unmistakable intent to apply Article 75, the FAA’s election for arbitrators to resolve timeliness disputes took precedence.³⁹ Most recently in a 2022 summary order, the Second Circuit further confirmed its reliance on precedent in *Bybyk* and *Bechtel*, and rejected the New York Court of Appeals’ position.⁴⁰ In *Empire Asset Management Company v. Best*, the Second Circuit acknowledged that the choice-of-law provision stating that “the interpretation and enforcement of the rights and duties of the parties will be governed by the laws of the State of New York,” would result in New York state courts applying New York arbitration law, but declined to do so, finding that this position “is conclusively foreclosed by our holdings in *Bybyk* and *Bechtel*, under *Mastrobuono Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. 52, 63-64 (1995).”⁴¹

The developing and sometimes differing case law among New York state and federal courts on the interplay between state arbitration law and federal arbitration law highlight

34. See *Painewebber Inc. v. Bybyk*, 81 F.3d 1193, 1200 (2d Cir. 1996).

35. *Id.*

36. See *Bechtel do Brasil Construções Ltda. v. UEG Araucária Ltda.*, 638 F.3d 150, 154-55 (2d Cir. 2011). The choice-of-law provision in *Bechtel* stated that “this agreement to arbitrate shall be governed by the laws of the state of New York,” and also contained another provision that “[t]he law governing the procedure and administration of any arbitration . . . is the law of the State of New York.” See *Bechtel*, 638 F.3d at 152. See also *id.* at 158 (noting that “the contracts at issue here do not, in fact, state that their ‘enforcement’ shall be governed by New York law. While *Bechtel* may be correct that a New York court might find the ‘effect’ language synonymous with this ‘enforcement’ language, the fact that the parties did not use the particular ‘enforcement’ language referenced in *Diamond Waterproofing* weakens *Bechtel*’s argument that this language indicates the parties’ clear intent to permit a court to decide timeliness issues pursuant to C.P.L.R. 7502(b)).

37. *Bechtel*, 638 F.3d at 154.

38. *Id.* at 156.

39. *Id.* at 158.

40. See generally *Empire Asset Management Co. v. Best*, No. 21-1798-cv, 2022 WL 893402 (2d Cir. Mar. 28, 2022).

41. *Id.* at *1.

the uncertainties and unintended consequences that can arise in determining the impact of choice-of-law provisions on an arbitration, even in light of U.S. Supreme Court jurisprudence on the subject. The tension between New York state courts' and New York federal courts' interpretation of choice-of-law provisions and the arbitration law that will be applied creates a "perplexing state of affairs for the relationship between private choice and federalism."⁴² While reminiscent of the seemingly contrasting holdings of *Volt* and *Mastrobuono*, where "the *exact* same clause could have very different consequences depending solely on the court through which it percolated,"⁴³ this divide between state and federal is likely to have practical consequences for arbitrations, since the different application of the FAA or Article 75 can directly impact a party's ability to compel arbitration or enforce an award,⁴⁴ and may also encourage forum shopping by counsel (who may be more inclined to bring matters before a state court versus federal court, depending on the language of the agreement and which arbitration law counsel wishes to see applied).

II. Due Process and Arbitration

The Constitutional right to due process has similarly had an important impact on the enforcement of arbitration awards in the United States, which oftentimes informs how parties choose to structure and conduct their arbitration proceedings (whether seated in the United States or in a foreign, non-U.S. jurisdiction). In the United States, due process of law is guaranteed by the Due Process Clause in the Fifth and Fourteenth Amendments, each of which states as follows:

No person shall be . . . deprived of life, liberty, or property, without due process of law.⁴⁵

No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.⁴⁶

The earliest impacts of the U.S. due process guarantees are often experienced in the arbitration proceeding itself. Whether the arbitration is seated in the United States or

42. Peter B. Rutledge, *Arbitration and the Constitution* (2013) at 111.

43. *Id.* (emphasis in original).

44. See Boaz Morag and Katie Gonzalez, *NY Ruling Underscores Federal, State Arbitration Law Conflict*, Law360 (Nov. 6, 2020), available at <https://www.law360.com/articles/1326628/ny-ruling-underscores-federal-state-arbitration-law-conflict> (describing how a New York state court's decision to apply Article 75 to the exclusion of the FAA was determinative because Article 75 foreclosed a post-award challenge to the arbitrators' jurisdiction that would have been permissible under the FAA).

45. U.S. CONST. Fifth Amend.

46. U.S. CONST. Fifth Amend.

elsewhere, international arbitration practice generally requires arbitration to comport with basic requirements of equality and fairness, which are considered to be congruent with the general due process of law requirements.⁴⁷ As explained in a leading international arbitration treatise, while “most national arbitration regimes do not impose significant mandatory limitations” on the manner in which parties can agree to conduct their arbitration, “legislation and/or judicial decisions in most developed jurisdictions require that arbitral proceedings seated on local territory satisfy minimal standards of procedural fairness and equality. These standards are variously referred to as requiring ‘equality of treatment,’ ‘due process,’ ‘natural justice,’ ‘procedural regularity,’ or ‘fair and equitable treatment.’”⁴⁸ As a result, while the FAA does not expressly mandate certain due process requirements, U.S. courts have interpreted the FAA as compelling the tribunal to meet “‘the minimal requirements of fairness’ – adequate notice, a hearing on the evidence, and an impartial decision by the arbitrator.”⁴⁹ U.S. courts have been careful to note, in this regard, that arbitration need not incorporate the same, “complete set of procedural rights guaranteed by the Federal Rules of Civil Procedure,”⁵⁰ as parties who have agreed to resolve their disputes through arbitration have expressly opted out of specific national litigation, and any attendant procedures.⁵¹

The popularity of the United States as a forum for enforcement proceedings, coupled with the potential impact that arguments of due process violations during an arbitration itself can have on a party’s ability to seek to confirm or vacate an award,⁵² oftentimes lead parties and tribunals to make certain arguments or preserve their objections to an outcome in the arbitration proceeding, so as to lay the foundation for a potential basis for the set aside of an arbitration award, should such award not be in the party’s favor.⁵³ While purported

47. See, e.g., UNCITRAL *Notes of Organizing Arbitral Proceedings* (2016) ¶ 8 (“[d]iscretion and flexibility are useful as they enable the arbitral tribunal to make decisions on the organization of arbitral proceedings that take into account the circumstances of the case and the expectations of the parties, while complying with due process requirements”) (emphasis added); Gary Born, *International Commercial Arbitration* (3d ed. 2022) § 15.03[B] (explaining the “most national legal systems provide the arbitral tribunal with substantial discretion to establish the arbitral procedures in the absence of agreement between the parties, *subject only to general due process requirements*”) (emphasis added).

48. Gary Born, *International Commercial Arbitration* (3d ed. 2022) § 15.04[B]

49. *Abu Dhabi Inv. Auth. v. Citigroup, Inc.*, No. 12 Civ. 283(GBD), 2013 WL 789642, at *7 n.4 (S.D.N.Y. March 4, 2013), *aff’d* 557 F. App’x 66 (2014), *cert. denied*, 135 S.Ct. 137 (2014).

50. *Id.* See also *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 299 (5th Cir. 2004).

51. See *Parsons & Whittlemore Overseas Co., Inc. v. Generale de l’Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 976 (2d Cir. 1974) (“By agreeing to submit disputes to arbitration, a party relinquishes his courtroom rights . . . in favor of arbitration ‘with all of its well known advantages and drawbacks.’”) (citation omitted).

52. See *infra* at 11-12.

53. See Gary Born, *International Commercial Arbitration* (3d ed. 2022) § 15.01[B] (noting that arbitrators can “suffer from ‘due process paranoia,’” “characterized by acceding to parties’ unreasonable applications and requests in order to minimize the risk that an award will be challenged or annulled”); *id.* (finding that “[p]articular attention is devoted to issues of

due process violations remain one of the animating purposes behind U.S. courts' refusal to enforce both domestic and international arbitration awards, a party's ability to avoid compliance with an arbitration award based on due process arguments is quite remote.

Indeed, both Chapter 1 of the FAA and the New York Convention (which was adopted by the United States and incorporated into law through Chapter 2 of the FAA)⁵⁴ provide grounds for vacatur or set aside of an arbitration award based on the constitutional norm of due process, although due process is not expressly mentioned in either instrument. As relevant here, Chapter 1 of the FAA provides that an arbitration award may be vacated "where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced."⁵⁵ The New York Convention similarly states that a court may refuse the recognition and enforcement of an award where "[t]he party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case."⁵⁶ Therefore, while neither the FAA nor the New York Convention explicitly refer to principles of due process, the references to the parties' right to have an award issued on the basis of "evidence pertinent and material to the controversy" and the ability to "present his case," demonstrates that "both laws provide that an award can be denied enforcement (or vacated under the FAA) in cases where a party lacked proper notice of the arbitral proceedings. To evaluate these claims, courts applying these standards generally have imported due process norms."⁵⁷

As a result, in cases where the FAA standards for vacatur or the New York Convention grounds for refusing enforcement apply, U.S. courts have recognized the important role of due process. As interpreted, U.S. courts have found that the FAA requires vacatur where the tribunal's conduct amounts to "fundamental unfairness" that violates a party's due process rights.⁵⁸ Fundamental fairness requires that each party has an opportunity to present its evidence and argument, and as such an arbitral award may be overturned where

procedural fairness in international arbitration because international arbitration conventions, national arbitration legislation and institutional arbitration rules guarantee the parties' right to due process").

54. Where both the New York Convention and the Panama Convention would apply to an arbitration that is seated outside of the United States, the Panama Convention takes precedence when "a majority of the parties to the arbitration agreement are citizens of a State or States that have ratified or acceded to the Inter-American Convention and are member States of the Organization of American States." 9 U.S.C. § 305. That said, the Panama Convention and New York Convention enforcement provisions are "substantively identical." *PDV Sweeny, Inc. v. ConocoPhillips Co.*, No. 14-CV-5183(AJN), 2015 WL 5144023, at *4 (S.D.N.Y. Sept. 1, 2015), *aff'd* 670 F. App'x 23 (2d Cir. 2016).

55. 9 U.S.C. § 10(a)(3).

56. N.Y. CONV., Art. V(1)(b).

57. Peter B. Rutledge, *Arbitration and the Constitution* (2013) at 47.

58. *Tempo Shain Corp. v. Bertek, Inc.*, 120 F3d 16, 18 (2d Cir. 1997).

an arbitrator excludes evidence without any “reasonable basis.”⁵⁹ In determining whether a party has been denied “fundamental fairness,” the key issue is whether the arbitral tribunal “allow[ed] each party an adequate opportunity to present its evidence and argument.”⁶⁰ Vacatur is warranted on this ground where a party identifies pertinent and material evidence that the tribunal refused to hear and demonstrates that there was no “reasonable basis” for the arbitrator not to consider such evidence.⁶¹ Vacatur is also warranted under the FAA where an arbitral tribunal “bar[s] a party from defending itself by precluding discovery of files central and dispositive to the dispute before it.”⁶² U.S. courts applying the New York Convention have considered similar rationales in assessing whether to refuse enforcement or recognition of an award on the basis that a party was given improper notice or otherwise unable to present its case, which is “essentially sanctions the application of the forum state’s standards of due process.”⁶³

Regardless of the *availability* of these due process grounds to vacate or deny enforcement to arbitration awards, this defense is usually construed narrowly, as arbitrators have broad latitude in managing arbitration proceedings. Indeed, while courts have acknowledged that while due process rights are protected and generally must be adhered to in arbitration proceedings, as noted above, they also recognize that “the full panoply of rights associated with judicial proceedings are not available during arbitration,”⁶⁴ and the tribunal’s unwillingness to consider certain documents or refusal to hear cross-examination of a witness or expert will only amount to a due process violation sufficient to justify the vacatur or refusal to enforce an arbitration award where such conduct “prejudices [the parties’] rights” to a fair hearing.⁶⁵

59. *Id.* at 20 (citing *Hotelese Condado Beach v. Union De Tronquistas Local 901*, 763 D.2d 34, 39 (1st Cir. 1985)).

60. *Companion Prop. & Cas Ins. Co. v. Allied Provident Ins., Inc.*, No. 13 Civ. 7865, 2014 WL 4804466, at *10 (S.D.N.Y. Sept. 26, 2014).

61. *See Kellner v. Amazon*, 1:20-CV-06322 (AMD)(PK), 2022 WL 1085418, at *5 (E.D.N.Y. Mar. 1, 2022).

62. *Home Indem. Co. v. Affiliated Food Distributors, Inc.*, No. 96 Civ. 9707(RO), 1997 WL 773712, at *5 (S.D.N.Y. Dec. 12, 1997).

63. *Tianjin Port Free Trade Zone Int’l Trade Serv. Co. v. Tiancheng Chempharm, Inc. USA*, 771 F. App’x 36, 37 (2d Cir. 2019) (“We have recognized that the defense provided for in that subsection of the Convention ‘essentially sanctions the application of the forum state’s standards of due process’”) (quoting *Generica Ltd v. Pharm. Basics, Inc.*, 125 F.3d 1123, 1129-30 (7th Cir. 1997)).

64. *LaPine v. Kyosera Corp.*, No. C 07-06132 MHP, at *8 n.5 (N.D. Calif. May 23, 2008) (citing cases). *See Howard Univ. v. Metro. Campus Police Officer’s Union*, 512 F.3d 716, 721 (D.C. Cir. 2008) (due process protections in arbitration proceedings does not require arbitration tribunal to follow U.S. evidentiary procedures; a “fundamentally fair hearing” will suffice); *Sheldon v. Vermonty*, 269 F.3d 1202, 1207 (10th Cir. 2001) (“a fundamentally fair [arbitration] hearing requires only notice, opportunity to be heard and to present relevant and material evidence and argument before the decision makers”).

65. *OJSC Ukrnafta v. Carpathy Petroleum Corp.*, 957 F.3d 487, 499 (5th Cir. 2020) (failure to admit certain evidence did not rise to due process violation); *Generica Ltd. v. Pharm. Basics, Inc.*, 125 F.3d 1123, 1130-31 (7th Cir. 1997) (tribunal narrowing the scope or refusing

The U.S. Constitutional due process requirements have also led to the potential for a disparity among a party's ability to enforce an arbitration award against a state-owned entity that was a signatory to the arbitration agreement and a party to the arbitration, versus as against a foreign state, who was neither a signatory nor a party. In the United States more generally, a party's ability to bring a lawsuit against a party in a particular forum is limited by personal jurisdiction, which the U.S. Supreme Court has held requires "minimum contacts" with the forum state "such that the maintenance of the suit does not offend 'traditional notions of fair play and substantial justice.'"⁶⁶ As it relates to the enforcement of arbitration award, in an action against a foreign state to enforce an arbitration award, U.S. courts have found that there is no need to undertake a "minimum contacts" analysis as required by the due process clause in the Fifth Amendment to demonstrate personal jurisdiction over the sovereign, because a sovereign is not considered a "person" entitled to Constitutional protections.⁶⁷ This conclusion is based, among other things, on a strict textualist interpretation of the Fifth Amendment, which states that "[n]o person shall be . . . deprived of life, liberty, or property, without due process of law."⁶⁸ Courts have reasoned that because a sovereign is not a "person," they are not afforded Fifth Amendment rights, but instead are protected by "principles of comity and international law," which "recognizes the reality that foreign nations are external to the constitutional compact" and "preserves the flexibility and discretion of the political branches in conducting this country's relations with other nations."⁶⁹ This conclusion, courts have found, is reinforced by the practical realities underpinning the personal jurisdiction requirement, which "recognizes and protects an individual liberty interest" enshrined in the Due Process Clause.⁷⁰

While this means that a U.S. court can exercise jurisdiction and the action can proceed against a foreign state even if the sovereign has no presence in the jurisdiction, courts have found that the same principles do not apply with respect to state-owned entities, which are legal persons afforded due process protections. In *TMR Energy Ltd. v. State Property*

cross-examination of a witness because it does not pertain to what the tribunal views as the main issue in the case does not deny due process, even if a party considers such testimony to be key); *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 304 (5th Cir. 2004) (no due process violation where tribunal refused additional discovery in response to additional arguments because the parties already had sufficient opportunity to present their cases).

66. *International Shoe Co. v. State of Wash., Office of Unemployment Compensation and Placement*, 326 U.S. 310, 316 (1945) (citation omitted). See *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 471-72 (1985) (noting that the Due Process Clause shields the defendant from litigating in a forum with which it does not have minimum contacts).

67. See, e.g., *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamajiriya*, 294 F.3d 82, 95-96, 99 (D.C. Cir. 2002) (holding "that foreign states are not 'persons' protected by the Fifth Amendment," and, therefore, "[t]he constitutional limits that have been placed on the exercise of personal jurisdiction do not limit the prerogative of our nation to authorize legal action against another sovereign").

68. U.S. CONST., Fifth Amend.

69. *Price*, 294 F.3d at 97.

70. *Id.* at 98 (citing *Ins. Corp. of Ire. v. Compagnie de Bauxites de Guinee*, 456 U.S. 694, 702 (1982)).

Fund of Ukraine, for example, the D.C. Circuit Court considered “whether an agency or instrumentality of a foreign state is entitled to the protection of the due process clause,”⁷¹ and concluded that such state-owned entities were entitled to such protections, to the extent they had a separate “constitutional status different from that of the” foreign state.⁷²

As a result, parties attempting to initiate an action against a state-owned entity in the United States—including an action to enforce an arbitration award—will need to demonstrate personal jurisdiction through “minimum contacts.” Since many state-owned entities may not have sufficient “minimum contacts” in the United States to support a finding of personal jurisdiction over them, parties that seek to enforce an award against a state-owned entity in a U.S. court have sought to avoid this Constitutional requirement through an application of the state common law theory of “alter ego” liability, arguing that the state-owned entity is an “alter ego” of the foreign state. As a consequence, foreign states that were not a party to an arbitration award may find themselves named as a defendant in a U.S. court proceeding to enforce against them an award issued against one of their state-owned entities.

As a practical matter, proving alter ego liability is a very high bar, and of the cases surveyed in which a party argued personal jurisdiction was proper because a state-owned entity was the alter ego of the sovereign (as a non-party to the arbitration agreement, proceedings and award), this argument has been met with reluctance by courts and very little—if any—success. For example, in *Gater Assets Limited v. AO Moldovagaz*, the United State Court of Appeals for the Second Circuit considered whether it could enforce an arbitration award against the Republic of Moldova, even though it “was not a party to the arbitration agreement,” because the party against whom the arbitration award was rendered—Moldovan gas company AO Moldovagaz (“Moldovagaz”)—was alleged to be an alter ego of a foreign sovereign.⁷³ Recognizing that Moldovagaz “has no contacts with the United States” that would ordinarily result in the district court “lack[ing] personal jurisdiction over Moldovagaz,” the Second Circuit acknowledged that “we have recognized an exception to the minimum contacts requirement when a sovereign state is the defendant,” and set out to determine whether Moldovagaz was an “alter ego[] of [a] foreign sovereign[],” and therefore could not “claim the protection of the Fifth Amendment’s Due Process Clause.”⁷⁴ To make this assessment, the Second Circuit “use[d] the framework set out in the Supreme Court’s decision” in *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611 (1983) (“*Bancec*”),⁷⁵ in which the Supreme Court found that while “governmental instrumentalities established as juridical entities distinct and independent from their sovereign” enjoy a presumption of separateness from the sovereign, such presumption could be overcome in one of two ways: (i) where viewing the instrumentality as a separate entity “would work fraud or injustice,” or (ii) “where a corporate entity is so extensively

71. *TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, 411 F.3d 296, 302 (D.C. Cir. 2005).

72. *Id.* at 301.

73. *Gater Assets Limited v. AO Moldovagaz*, 2 F.4th 42, 53-54 (2d Cir. 2021).

74. *Id.* at 55.

75. See generally *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 629-31 (1983). This case was superseded by statute on other grounds, as stated in *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 138 S.Ct. 816 (2018).

controlled by its owner that a relationship of a principal and agent is created.”⁷⁶ Noting that “[a]n alter ego relationship is not easily established,” the Second Circuit ultimately found that Moldovagaz was not an alter ego of Moldova because the plaintiff failed to “show that [Moldova] ‘exercises significant and repeated control over [Moldovagaz’s] day-to-day operations,’” nor had plaintiff demonstrated that fraud or injustice would result from maintaining the presumption of separateness.⁷⁷ Consequently, “[b]ecause we do not equate Moldovagaz with a foreign sovereign” and therefore “due process requires that it have minimum contacts with the United States before an American court may exercise jurisdiction over it,” the Second Circuit found personal jurisdiction lacking and concluded that the district court correctly dismissed the action.⁷⁸

The *Gater* case aligns with others, including in the D.C. Circuit, which have found that arbitration awards cannot be enforced against state-owned entities in courts where personal jurisdiction was lacking, where the plaintiff could not demonstrate that the state-owned entity met the *Bancec* test required to defeat the presumption of separateness between the state-owned entity and the sovereign.⁷⁹

III. Conclusion

While issues of the U.S. Constitution may seem, on first glance, of distant relevance to arbitration practitioners, Constitutional principles like federalism and due process play a very important role in the conduct of the arbitration and the rules and standards that may govern the enforcement of arbitration agreements and arbitration awards. Far from an exercise in academia, understanding the role of Constitutional principles and norms in arbitration is essential to the practice of arbitration, particularly in the United States, and counsel should be prepared to understand these issues and consider the potential impacts on their cases.

76. *Id.* at 629. While most alter ego cases under *Bancec* have historically been brought under the “fraud or injustice” prong, the five factors to consider in conducting the “extensive control” analysis under *Bancec* include: “(1) the level of economic control by the government; (2) whether the entity’s profits go to the government; (3) the degree to which government officials manage the entity or otherwise have a hand in its daily affairs; (4) whether the government is the real beneficiary of the entity’s conduct; and (5) whether adherence to separate identities would entitle the foreign state to benefits in United States courts while avoiding its obligations.” *Rubin*, 138 S.Ct. at 823.

77. *Id.* at 61.

78. *Id.* at 65-66.

79. *See, e.g., GSS Group Ltd v. National Port Authority*, 680 F3d 805, 817 (D.C. Cir. 2012) (affirming district court’s dismissal of a petition to confirm an arbitration award against the National Port Authority of Liberia after concluding that the Port Authority did not have sufficient contacts with the United States); *UAB Skyroad Leasing Inc. v. OJSC Tajik Air*, 20-cv-0763, 2022 WL 2189300, at *2 (D.D.C. Jan. 26, 2021) (“[G]iven that Skyroad concedes that Tajik Air lacks minimum contacts with the United States, the district court did not err in finding that it could not exercise personal jurisdiction over Tajik Air consistent with the Due Process Clause.”).

7.

ARBITRATION IN INDIA: THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK AND DECISIONS OF THE SUPREME COURT OF INDIA

KABIR DUGGAL¹

PRANAV V. KAMNANI²⁻³

I. Historical Overview of Arbitration in India and the constitution of india, 1950

Arbitration has a long history as a means to resolve disputes⁴ and has been an acknowledged technique in the quest for justice.⁵ In India, arbitration can be traced to the Vedic period (1500 to 600 BC).⁶ Furthermore, in ancient India, different grades of arbitrators allowed for an appeal mechanism from an arbitrator to another arbitrator of higher

-
1. Kabir Duggal is a Lecturer-in-Law at Columbia Law School and the Managing Editor of The American Review of International Arbitration. He can be reached at kduggal@law.columbia.edu
 2. Pranav V. Kamnani is a LL.M. candidate at Columbia Law School (Class of 2023) and a Submissions Editor for The American Review of International Arbitration. He can be reached at pranav.k@columbia.edu.
 3. The authors reserve the right to change the positions stated herein.
 4. Daniel Centner and Megan Ford, *A Brief Primer on the History of Arbitration*, available at: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba-cms-dotorg/products/inv/book/399836364/chap1-5190560.pdf>, p. 1 (“Arbitration has been used as a dispute resolution tool for thousands of years.”).
 5. Frances Kellor, *American arbitration: ITS HISTORY, FUNCTIONS AND ACHIEVEMENTS* (1948), p. 262 at 3 (“OF ALL mankind’s adventure in search of peace and justice, arbitration is among the earliest. Long before law was established, or courts were organized, or judges had formulated principles of law, men had resorted to arbitration for the resolving of discord, the adjustment of differences, and the settlement of disputes”).
 6. Indian Dispute Resolution Centre, “What is History of Arbitration in India”, available at: <https://theidrc.com/content/adr-faqs/what-is-history-of-arbitration-in-india>

grade.⁷ Historical jurisprudence indicates that ancient India recognized two methods of dispute resolution amongst citizens: the first was resolution by the King (or his appointed judges) and the second was resolution by arbitration.⁸ The courts described in the ancient legal texts and digests, such as ancient lawgivers like Yājñavalkya and Nārada, were akin to arbitral tribunals that resembled the “panchayat” system of settling disputes.⁹ The panchayat system encourages members of the community to voluntarily submit their disputes and/or differences to leaders of the community, whose decision(s) would be final and binding on the parties-- an idea akin to arbitration.¹⁰ The Privy Council in 1934 in *Vytla Sitanna v. Marivada Viranna*¹¹ recognized the adjudicatory nature and advantages of the panchayat system in complicated succession disputes and observed that it was easier for members of independent tribunals like the panchayat, to ascertain true facts, which helps avoids litigation.¹²

Before diving into the interplay between arbitration and the 1950 Constitution of India (“**Constitution of India**”), in this introduction, we explore: (i) enactment of laws

7. 76th Report of the Law Commission of India (“76th Law Commission Report”), ¶ 1.10 available at: <https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s3ca0daec69b5adc880fb464895726dbdf/uploads/2022/08/2022080559-1.pdf>; see also Nripendra Sircar, *The Law of Arbitration in British India* (1942), p. 5 (“Even in such remote times as Hindu India there were different grades of arbitrators, e.g., the *Puga*, or a board of persons belonging to different sects and tribes, but residents of the same locality, the *Sreni*, or assemblies and meetings of tradesman and artisans belonging to different tribes, but having some kind of connection with one another through the profession practices by them, and the *Kula*, or meeting of persons connected by family ties. According to Colebrooke these three assemblies were different degrees of *Panchayet*, which was not in the nature of a jury or village tribunal, but a system of arbitration, subordinate to and under control of the regular Courts of Justice. It is not within the scope of these lectures to enquire into the correctness of this conclusion.”).
8. 76th Law Commission Report, ¶ 1.11, available at: <https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s3ca0daec69b5adc880fb464895726dbdf/uploads/2022/08/2022080559-1.pdf>; see also Dr. P. Address to the Fifth International Arbitration Congress Proceedings of the Fifth International Arbitration Congress (7-10 Jan. 1975), pp. BI-3 to BI-4.
9. Pāṇḍuraṅga Vāmana Kāṇḍe, *History of dharmaśāstra (Ancient and medieval Religious and Civil law)* (1st ed. 1953), p. 280, available at: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.291330/page/279/mode/2up?view=theater> (“The court so far described (i.e. where the king or the chief justice appointed by him presided) was the highest court. But other tribunals were recognized in the smritis and digests Yāj. I.30 and Nār. (I.7) state that law-suits may be decided by village councils..., corporations..., assemblies..., the judges appointed by the king himself, each later one being superior to each preceding one. The first three were practically arbitration tribunals like modern *panchayats*.”).
10. Gary Born, *International Commercial Arbitration* (2014b), p. 250 (“In particular, arbitration requires (i) a consensual agreement (ii) to submit disputes to (iii) a non-governmental decision-maker, chosen by or for them, to (iv) render a binding resolution of a dispute, (v) in accordance with adjudicatory procedures affording the parties an opportunity to be heard.”).
11. *Vytla Sitanna v. Marivada Viranna*, (1933-34) 61 IA 200.
12. *Id.*, p.207 (“Reference to village panchayat is a time-honored method of deciding disputes of this kind, and has these advantages, it is generally comparatively easy for the *panchayatdars* to ascertain true facts, and that as in this case, it avoids protracted litigation.”).

relating to arbitration in India under the British Raj (1858-1947); (ii) the Constitution of India; and (iii) laws relating to arbitration enacted by independent India.

A. *An Overview of Pre-Independence Laws Relating to Arbitration in India*

The East India Company introduced the Bengal Regulations in 1772, 1780, 1781, and 1793,¹³ which provided parties in the Bengal province an option to refer their disputes to arbitration. These regulations were aimed at encouraging arbitration and did not try to abolish the panchayat system.¹⁴ The introduction of the Madras¹⁵ Regulations of 1816 were aimed at empowering the Panchayats to settle certain disputes and included provisions for mandatory panchayat service.¹⁶ In Bombay,¹⁷ regulations were introduced in 1827 that recognized arbitration as a method of resolution through intervention of the court.¹⁸

Prior to 1859, India did not have a uniform civil procedure code, which resulted in an uncoordinated approach because there were multiple systems of procedure.¹⁹ For example, the state of Bengal alone had nine systems of procedure that were simultaneously in force.²⁰ The Civil Procedure Code of 1859 not only codified India's procedural laws but also contained the first set of codified arbitral laws in India.²¹ Chapter VI of the Civil Procedure Code,

13. 76th Law Commission Report, ¶ 1.15.

14. 76th Law Commission Report, ¶ 1.14; *see also* Nripendra Sircar, *The Law of Arbitration in British India* (1942), p. 6 ("The Bengal Regulations, even before the time of Lord Cornwallis, did not try to exterminate the system of *Panchayets* then prevailing in the country, and, on the other hand, in connection with certain matters like accounts, the Regulations of 1772 expressly recommend the parties to submit the decision of their disputes "to arbitration, the award of which shall become a decree of Court.").

15. Presently known as Chennai.

16. 76th Law Commission Report, ¶ 1.15 ("Madras Regulation 4 of 1816 gave certain powers for calling in Panchayats for settling disputes; Madras regulation 5 of 1816 was intended to encourage awards by village panchayats and provided machinery for working out the scheme. The scheme contemplated awards by village panchayats with compulsory service for a villager on a panchayat and was administered through the village Munsiff,-- later by the District Munsif.").

17. Presently known as Mumbai.

18. 76th Law Commission Report, ¶ 1.16.

19. 27th Report of the Law Commission of India, ¶ 2, *available at*: <https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s3ca0daec69b5adc880fb464895726dbdf/uploads/2022/09/2022092317.pdf> ("The history of civil procedure in this country really begins with the year 1859, the law of Civil Procedure was in a chaotic condition. Not only was there no uniform law of Civil Procedure applicable to the whole of the country but in the same area different systems of civil procedure prevailed. For example, in Bengal alone, there were as many as nine systems of procedure simultaneously in force.").

20. *Id.*

21. CV Nagarjuna Reddy, "Role of Arbitration in the Wake of CPC (Amendment) Act, 1999," *The Indian Council of Arbitration*, *available at*: <https://www.icaindia.co.in/icanet/quterli/>

1859 dealt exclusively with arbitration,²² and included provisions relating to: reference to arbitration on application to court,²³ the manner of such application,²⁴ nominations and appointments of arbitrators,²⁵ an order by court for reference to arbitration,²⁶ the power of arbitrators to summon witnesses and punishment for contempt,²⁷ the extension of time limit(s) for making of an award,²⁸ death or incapacity of an arbitrator,²⁹ the manner of a submission of an award to court,³⁰ a modification or correction of an award by the court,³¹ the remittance of an award to the tribunal,³² and setting aside (annulment) of an award,³³ amongst others.

By 1899, laws relating to arbitration were found across different statutes including the Code of Civil Procedure of 1859, the Specific Relief Act, 1877, and the Indian Companies Act.³⁴ In an attempt to streamline arbitration law and expedite arbitration by agreement without any court intervention,³⁵ the Indian Arbitration Act of 1899 (the “1899 Act”) was

apr-june2002/ica5.html (“Arbitration became a part of legislation in India with the advent of the Civil Procedure Code, 1859.”).

22. *Raipur Development Authority v. Chokhamal Contractors*, (1989) 2 SCC 721, ¶ 7 (“An instructive survey of the Indian Law of Arbitration is to be found in the learned lecture delivered by Nripendra Nath Sircar in the *Tagore Law Lectures* series of the Calcutta University entitled ‘Law of Arbitration in British India’. After referring to the provisions of the Bengal Regulation Act and the Madras Regulation Act, the learned lecturer traces the history of the Law of Arbitration in India in detail commencing with Act 8 of 1859 which codified the procedure of civil courts. Sections 312 to 325 of Act 8 of 1859 [Civil Procedure Code, 1859] dealt with arbitration between parties to a suit while Sections 326 and 327 dealt with arbitration without the intervention of a court. These provisions were in operation when the Indian Contract Act, 1872, which permitted settlement of disputes by arbitration under Section 28 thereof as stated at the commencement of this judgment came into force.”).
23. Broughton, L. P. Delves, *THE CODE OF CIVIL PROCEDURE: BEING ACT VII OF 1959 AND THE ACTS AMENDING IT AND EXTENDING IT (1871)*, Section 312, *available at*: https://books.google.com/books?id=C_EZAAAAYAAJ&source=gbp_navlinks_s.
24. *Id*, Section 313.
25. *Id*, Section 314.
26. *Id*, Section 315.
27. *Id*, Section 317.
28. *Id*, Section 318.
29. *Id*, Section 319.
30. *Id*, Section 320.
31. *Id*, Section 322.
32. *Id*, Section 323.
33. *Id*, Section 324.
34. The Indian Arbitration Act of 1899 (“1899 Arbitration Act”), *available at*: http://jkarchives.nic.in/Record_Holdings_PDF/Acc.%20No.%201149.pdf.
35. See Nripendra Nath Sircar, *The Law of Arbitration in British India* (1942), p. 12 (“Up to 1899 arbitration was limited to disputes which had arisen, but Act IX of 1899 defined “submission” as meaning ‘a written agreement to submit present or future differences to arbitration.’”).

enacted by the Governor General of India in Council.³⁶ The 1899 Act came into force on 1 July 1899³⁷ and though the 1899 Act was in force throughout the territory of India,³⁸ its actual application was limited to presidency towns of Calcutta (presently known as Kolkata), Bombay, and Madras, while local governments were empowered to extend the 1899 Act to other areas.³⁹ Thereafter, the Civil Procedure Code of 1908 was enacted, which applied to all other parts of British India and included provisions relating to arbitration in its Second Schedule.⁴⁰

A 1927 report by the Civil Justice Committee recommended amendments to the law of arbitration in India, and was followed by the enactment of the English Arbitration Act of 1934, which paved the way for new arbitration procedures in India through the enactment of the Arbitration Act of 1940.⁴¹ Similarly, the Arbitration (Protocol and Convention) Act of 1937 enabled the recognition and enforcement of foreign awards in British Indian courts.⁴²

The Arbitration Act of 1940 served to consolidate and amend the arbitration laws in India, re-enacting the relevant arbitration provisions of the 1899 Act and the Civil Procedure Code of 1908, while drawing upon the English Arbitration Act of 1934.⁴³ The Arbitration Act of 1940 aimed to harmonize the existing laws relating to arbitration in India, repealing earlier arbitration laws — including the laws contained in the Second Schedule of the Civil Procedure Code of 1908 and the 1899 Act. The Arbitration Act of 1940 was enacted on 11 March 1940,⁴⁴ entered into force on 1 July 1940⁴⁵ and applied to the whole of India.⁴⁶ The Arbitration Act of 1940 includes provisions relating to arbitration agreements,⁴⁷ insolvency,⁴⁸

36. See generally, 1899 Arbitration Act.

37. *Id.*, Section 1(3) (“It shall come into force on the first day of July, 1899”).

38. *Id.*, Section 1(2) (“It extends to the whole of British India; and”).

39. *Id.*, Section 2 (“Subject to the provisions of section 23, this Act shall apply only in cases where if the subject-matter submitted to arbitration were the subject of a suit, the suit could, whether with leave or otherwise, be instituted in a Presidency-town: Provided that the Local Government, with the previous sanction of the Governor-General in Council, may, by notification in the local official Gazette, declare this Act applicable in other local area as if it were a Presidency-town.”).

40. 76th Law Commission Report, ¶ 1.19.

41. *Id.*, ¶ 1.22.

42. The Arbitration (Protocol and Convention) Act of 1937, Section 4, available at: https://www.indiacode.nic.in/repealed-act/repealed_act_documents/A1937-6.pdf.

43. 76th Law Commission Report, ¶¶ 1.23–1.24.

44. The Arbitration Act of 1940 was passed by the Indian Legislature and received the assent of the Governor General on 11 March 1940.

45. Arbitration Act of 1940, Section 1(3), available at: https://www.indiacode.nic.in/repealed-act/repealed_act_documents/A1940-10.pdf.

46. *Id.*, Section 1(2).

47. *Id.*, Section 3.

48. *Id.*, Section 7.

appointment of arbitrators or umpires by court,⁴⁹ removal of arbitrators or umpires,⁵⁰ the power of a court to modify⁵¹ or remit an award,⁵² and post-award interim measures,⁵³ to name a few. The Arbitration Act of 1940 served as the primary legislation governing arbitration in India until the enactment of the Arbitration and Conciliation Act of 1996.⁵⁴

B. *The Constitution of India*

1. *Formation of the Constitution of India*

The British Raj was a period of British rule over India, lasting from 1858 to 1947.⁵⁵ During this time, India was governed as a colony of the British Empire and was subjected to the laws and policies of the British government.⁵⁶ The end of British rule in India came after years of political and social unrest, including nationwide independence movements. This eventually led to India gaining independence from the British Empire in 1947 and becoming a republic in 1950 with the adoption of the Constitution of India. The transition from British rule to a sovereign, democratic republic⁵⁷ marked a significant turning point in India's history and paved the way for the country's continued development and growth.

49. *Id.*, Section 8.

50. *Id.*, Section 11.

51. *Id.*, Section 15.

52. *Id.*, Section 16.

53. *Id.*, Section 18.

54. 76th Law Commission Report, ¶ 1.24.

55. Tirthankar Roy, *Origins of British India*, OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIA OF ASIAN HISTORY (29 March 2017), p. 1, available at: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190277727.013.121> ("The British Indian territories were transformed into a colony of the British Crown in 1858. Crown rule ended in August 1947 with the Partition of India into two independent nations, India and Pakistan.").

56. UK Parliament, *Government of the Raj 1858-1914*, available at: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/legislativescrutiny/parliament-and-empire/parliament-and-the-american-colonies-before-1765/government-of-the-raj-1858-1914/> ("As the Crown took over rule in India in 1858, so Parliament's involvement in Indian affairs increased. The governance of India was often reviewed and the British Parliament passed a total of 196 Acts concerning the continent between 1858 and 1947.").

57. The preamble of the Constitution of India was amended on December 18, 1976 and the words "SOVEREIGN DEMOCRATIC REPUBLIC" was substituted to "SOVEREIGN SOCIALIST SECULAR DEMOCRATIC REPUBLIC" with effect from January 3, 1977. *see* Section 2(a) of the Constitution (Forty-second Amendment) Act, 1976, available at: <https://legislative.gov.in/constitution-forty-second-amendment-act-1976>.

At the end of the Second World War (1939–45), the British Raj realized that the colonial rule in India was not sustainable,⁵⁸ and Indian nationalists revolted against its continuation.⁵⁹ On 20 February 1947, Prime Minister Atlee declared His Majesty's Government's intention to "take necessary steps to effect the transference of power to responsible Indian hands."⁶⁰

Elections were held for setting up of a Constituent Assembly,⁶¹ which ultimately was set up in July 1946, and initially consisted of 389 representatives from undivided India.⁶² After developments relating to the partition of India,⁶³ a separate constituent assembly was set up for Pakistan, and the membership of the Constituent Assembly of India was reduced to 299 representatives.⁶⁴ The framing of a constitution was a matter to be decided by the people of India.⁶⁵

The British Parliament enacted the Indian Independence Act of 1947 which came into effect on 15 August 1947 and gave legality to the status of the Constituent Assembly,

58. Bidyut Chakrabarty, *India's Constitutional Identity* (2020), p. 37 ("At the end of the Second World War (1939–45), the British politicians realized that the colonial rule in India could no longer be sustained. The Indian nationalists were deadly against its continuation.").

59. *Id.*

60. Prime Minister Atlee's statement in the House of Commons – reproduced in Vapal Pangunni Menon, *Transfer of Power in India* (1957), Appendix IX, p. 507 ("His Majesty's Government wish to make it clear that it is their definitive intention to take necessary steps to effect the transference of power to responsible Indian hands by a date not later than June 1948.").

61. Uma Narayan, *The Constituent Assembly of India: Recollecting Contributions of Sir Benegal Narsing Rau, the Constitutional Adviser*, *International Journal of Legal Information*, 225 Vol. 44, No. 3, pp. 225–226 (November 2016), available at: <https://doi.org/10.1017/jli.2016.40> ("The term 'Constituent Assembly' signifies a representative body chosen for the purpose of either considering and adopting or proposing a new Constitution or changes in the existing Constitution. It is called for the sole purpose of establishing the fundamental organic law of the State. It has nothing to do with ordinary legislature and the normal functions of the Government. Almost all the written Constitutions of the world have been framed by the Constituent Assemblies or Conventions.").

62. *Id.*, p. 226.

63. Vapal Pangunni Menon, *Transfer of Power in India* (1957), pp. 404–416.

64. Uma Narayan, *The Constituent Assembly of India: Recollecting Contributions of Sir Benegal Narsing Rau, the Constitutional Adviser*, *International Journal of Legal Information*, 225 Vol. 44, No. 3, p. 227 (November 2016).

65. Prime Minister Atlee's Speech: *India (Transfer of Power)* (Hansard, 3 June 1947), available at: <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1947/jun/03/india-transfer-of-power> ("His Majesty's Government wish to make it clear that they have no intention of attempting to frame any ultimate Constitution for India; this is a matter for the Indians themselves. Nor is there anything in this plan to preclude negotiations between communities for an united India."); see also *The British Proposals for India, Chronology of International Events and Documents*, Vol. 3, No. 11, p. 5 (1947), available at: <https://www.jstor.org/stable/40545046> ("They wished to make it clear that they had no intention of attempting to frame any ultimate Constitution for India, and there was nothing in the plan to preclude negotiations between communities for a united India.").

formally transferring power to the people of India.⁶⁶ The Constituent Assembly reassembled in the Constitution Hall, New Delhi as the Sovereign Constituent Assembly for India, and commenced the task of drafting the Constitution of India,⁶⁷ which took almost three years to complete.⁶⁸ The Constitution of India was adopted on 26 November 1949 and came into force on 26 January 1950.⁶⁹

At the time of its adoption, the Constitution of India contained 395 articles and eight schedules, and the original text of the Constitution was about 145,000 words long;⁷⁰ it is often referred to as the world's longest written constitution.⁷¹ The Constitution of India is the charter that governs the world's largest democracy and expresses the socioeconomic and political values, norms, and structures that the people of India adopted as an independent nation. It is a charter through which an ancient civilization paved the path for modern socioeconomic reform.⁷²

2. Overview of Constitutional Law Principles

Our aim in this paper is to examine the relationship between arbitration and certain fundamental features and principles of the Constitution of India. To achieve this objective, we provide a brief overview of key fundamental features and/or principles of the Constitution of India that are relevant to this study.

66. Uma Narayan, *The Constituent Assembly of India: Recollecting Contributions of Sir Benegal Narsing Rau, the Constitutional Adviser*, *International Journal of Legal Information*, 225 Vol. 44, No. 3, p. 227 (November 2016).

67. *Id.*

68. *Id.*

69. "Constitution of India", NATIONAL PORTAL OF INDIA, available at: <https://www.india.gov.in/my-government/constitution-india#:~:text=The%20Republic%20is%20governed%20in,force%20on%2026th%20January%2C%201950>.

70. *Constitution of India (1950)*, CENTRE FOR LAW AND RESEARCH POLICY, AVAILABLE AT: https://www.constitutionofindia.net/constitution_of_india ("Constitution of India").

71. *Speech by Jawaharlal Nehru in the Constituent Assembly of India* (13 December 1946), CONSTITUENT ASSEMBLY DEBATES, 12 vols. (2009 [1950]), p. 64; see also: Madhav Khosla, *India's Founding Moment, The Constitution of a Most Surprising Democracy* (2020), Ch.1 *The Grammar of Constitutionalism*, available at: <https://doi.org/10.4159/9780674245709>. ("The original text contained 395 articles and eight appendixes. Over time, the word count has only grown, and the document is often referred to as the world's longest written constitution.").

72. Sujit Choudhry, Madhav Khosla, Pratap Bhanu Mehta, *Chapter 1 Locating Indian Constitutionalism*, THE OXFORD HANDBOOK OF THE INDIAN CONSTITUTION (1st ed. 2017, 2016 online version), p. 1 available at: <https://doi.org/10.1093/law/9780198704898.003.0001> ("It was the charter through which an ancient civilization was set on the road to modernity and radical social reform.").

i. *Fundamental Rights*

Fundamental rights “are those rights of citizens or those negative obligations of the State which do not permit encroachment on individual liberties.”⁷³ Further, the purpose of fundamental rights “is to foster the social revolution by creating a society egalitarian to the extent that all citizens are to be equally free from coercion or restriction by the State.”⁷⁴ “Fundamental rights enshrined in Part III [of the Constitution of India] were added to the Constitution [of India] as a check on the State power, particularly the legislative power. Through Article 13 [of the Constitution of India], it is provided that the State cannot make any laws that are contrary to Part III [of the Constitution of India].”⁷⁵

ii. *Directive Principles of State Policy*

The Directive Principles of State Policy are contained in Part IV of the Constitution of India and are the positive obligations of the State.⁷⁶ “The significant thing to note about Part IV [Directive Principles of State Policy] is that, although its provisions are **expressly made unenforceable**, that does not affect its fundamental character. From a juridical point of view, it makes sense to say that Directive Principles do form part of the Constitution Law of India and they are in no way subordinate to Fundamental Rights.”⁷⁷ (Emphasis added).

While “the object of the fundamental rights is to ensure the ideal of political democracy and prevent authoritarian rule,”⁷⁸ the object of the Directive Principles of State Policy is to “establish a welfare State where there is economic and social freedom without which political democracy has no meaning.”⁷⁹

iii. *Writ Jurisdiction of the Supreme Court of India*

Article 32 under Part III of the Constitution of India is a fundamental right that “guarantees the right to move the Supreme Court by appropriate proceedings for the enforcement of the rights conferred by this Part [Part III of the Constitution of India].”⁸⁰ Article 32(2) of the Constitution vests the Supreme Court “with the power to issue directions, orders or writs, including writs in the nature of *habeas corpus*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto*

73. *I.R. Coelho v. State of T.N.*, (2007) 2 SCC 1, ¶ 101.

74. *Id.*

75. *Id.*

76. *Id.*

77. *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, (1973) 4 SCC 225, ¶ 1701, p. 876.

78. *Id.* ¶ 1161, p. 638.

79. *Id.*

80. *Rupa Ashok Hurra v. Ashok Hurra*, (2002) 4 SCC 388, ¶ 5, p. 397.

and *certiorari*, whichever may be appropriate for the enforcement of the rights conferred in Part III [of the Constitution of India].”⁸¹

iv. *Special Leave to Appeal before the Supreme Court of India*

Article 136(1) confers on the Supreme Court of India “overriding and extensive powers of granting special leave to appeal”⁸² from “any judgment, decree, determination, sentence or order in any cause or matter passed or made by any court or tribunal in the territory of India.”⁸³ Article 136 of the Constitution of India “does not confer a right to appeal, it confers a right to apply for special leave to appeal which is in the discretion of this Court [the Supreme Court of India].”⁸⁴

v. *Writ jurisdiction of the High Courts in India*

Article 226⁸⁵ confers High Courts in India with the equitable and discretionary power to issue writs,⁸⁶ “and consequently, the jurisdiction to entertain actions for the issuance of writs.”⁸⁷ The High Courts are conferred with this power for the enforcement of the fundamental rights in Part III of the Constitution of India, or “for any other purpose,”⁸⁸ which means that “a citizen may seek out the writ jurisdiction of the High Court not only in cases where her fundamental right may be infringed, but a much wider array of situations.”⁸⁹

81. *Id.*

82. *Laxman Marotrao Navakhare v. Keshavrao*, (1993) 2 SCC 270, ¶ 12, p. 276.

83. Constitution of India, Article 136(1) (“136. Special leave to appeal by the Supreme Court.— (1) Notwithstanding anything in this Chapter, the Supreme Court may, in its discretion, grant special leave to appeal from any judgment, decree, determination, sentence or order in any cause or matter passed or made by any court or tribunal in the territory of India.”).

84. *Laxman Marotrao Navakhare v. Keshavrao*, (1993) 2 SCC 270, ¶ 12, p. 276.

85. Constitution of India, Article 226 (“226. Power of High Courts to issue certain writs.— (1) Notwithstanding anything in article 32, every High Court shall have power, throughout the territories in relation to which it exercises jurisdiction, to issue to any person or authority, including in appropriate cases, any Government, within those territories directions, orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, or any of them, for the enforcement of any of the rights conferred by Part III and for any other purpose. (2) The power conferred by clause (1) to issue directions, orders or writs to any Government, authority or person may also be exercised by any High Court exercising jurisdiction in relation to the territories within which the cause of action, wholly or in part, arises for the exercise of such power, notwithstanding that the seat of such Government or authority or the residence of such person is not within those territories.”).

86. *U.P. State Sugar Corpn. Ltd. v. Kamal Swaroop Tondon*, (2008) 2 SCC 41, ¶ 35, p. 53.

87. *Maharashtra Chess Association v. Union of India*, (2020) 13 SCC 285, ¶ 11, p. 292.

88. *Id.*

89. *Id.*

vi. *Power of superintendence of the High Courts in India*

“Superintendence connotes supervision which implies a hierarchy viz. supervisor and the one supervised. It would, therefore, mean keeping a check, watch over the work of another who may be a subordinate in a hierarchy of authority.”⁹⁰

Article 227⁹¹ confers the High Courts with the extraordinary power of “superintendence” over all subordinate courts and tribunals within its territorial jurisdiction. This power is of “both administrative and judicial nature and it could be exercised suo motu.”⁹² This power of superintendence is “to be exercised most sparingly and only in appropriate cases in order to keep the subordinate courts within the bounds of their authority and not for correcting mere errors.”⁹³

vii. *Federalism and Distribution of Legislative Powers*

Federalism is “a concept which unites separate States into a Union without sacrificing their own fundamental political integrity”⁹⁴ and is a basic feature of the Constitution of India.⁹⁵ Federalism demonstrates the intention and desire of separate states “to unite so that all the member-States may share in formulation of the basic policies applicable to all and participate in the execution of decisions made in pursuance of such basic policies.”⁹⁶ The essential feature of federalism “is the existence of the Union and the States and the distribution of powers between them”⁹⁷ with “demarcation of powers in a federal compact.”⁹⁸

The object of federalism under the Indian Constitution “is to place the nation as a whole under control of a national Government, while the States are allowed to exercise their sovereign power within their legislative and coextensive executive and administrative sphere.”⁹⁹ This object is achieved through a mechanism of distribution of power between the Union and the States.¹⁰⁰

The Parliament of India and the legislature(s) of any state derives their powers from Article 246 of the Constitution of India, which empowers:

90. *State of Bihar v. J.A.C. Saldanha*, (1980) 1 SCC 554, ¶ 16, p. 565.

91. Constitution of India, Article 227 (“227. Power of superintendence over all courts by the High Court.— (1) Every High Court shall have superintendence over all courts and tribunals throughout the territories in relation to which it exercises jurisdiction.”).

92. *Jasbir Singh v. State of Punjab*, (2006) 8 SCC 294, ¶ 10, p. 299.

93. *Id*; see also *Dalmia Jain Airways Ltd. v. Sukumar Mukherjee*, 2 AIR 1951 Cal 193 (SB).

94. *S.R. Bommai v. Union of India*, (1994) 3 SCC 1, ¶ 14, p. 68.

95. *Id*, ¶ 274.

96. *Id*, ¶ 14.

97. *Id*.

98. *Id*.

99. *Id*, ¶ 169.

100. *Id*.

(a) the Parliament of India to exclusively enact laws on the matters contained in List I;

(b) the Parliament of India and the Legislature of any state to enact laws on the matters contained in List II; and

(c) the Legislature of any state to exclusively enact laws on the matters contained in List III.¹⁰¹

These three lists are contained in the Seventh Schedule of the Constitution of India and list down entries. These entries in the Seventh Schedule are not powers but fields of legislation.¹⁰²

viii. The doctrine of separation of powers

The Constitution of India does not have an express provision incorporating the doctrine of separation of powers and “does not envisage a rigid separation of powers.”¹⁰³ However, the Supreme Court of India has held that “the doctrine of separation of powers is an entrenched principle in the Constitution of India”¹⁰⁴ and “an essential constituent of rule of law.”¹⁰⁵ The constitutional scheme of India demarcates “without drawing formal lines between the three organs—legislature, executive and judiciary.”¹⁰⁶ This demarcation “exclude[s] the possibility of encroachment on the field earmarked for one wing [organ of the State] by the other or others.”¹⁰⁷ “Independence of courts from the executive and legislature is fundamental to the rule of law and one of the basic tenets of Indian Constitution. Separation of judicial power is a significant constitutional principle under the Constitution of India.”¹⁰⁸

Interestingly, some authors have doubted whether the doctrine of separation of powers is envisaged under the Constitution of India and have asserted that separation of powers is a mere “functional overlap in the Indian constitutional context.”¹⁰⁹

101. See Constitution of India, Article 246.

102. *TMA Pai Foundation v. State of Karnataka*, (2002) 8 SCC 481, ¶ 183.

103. *State of Kerala v. A. Lakshmikutty*, (1986) 4 SCC 632, ¶ 38, p. 656.

104. *State of T.N. v. State of Kerala*, (2014) 12 SCC 696, ¶ 126.1, p. 771.

105. *Id.*

106. *Id.*

107. *State of Kerala v. A. Lakshmikutty*, (1986) 4 SCC 632, ¶ 38, p. 656.

108. *State of T.N. v. State of Kerala*, (2014) 12 SCC 696, ¶ 126.2, p. 771.

109. See generally, Sujit Choudhry, Madhav Khosla, Pratap Bhanu Mehta, *Chapter 15 Separation of Powers*, THE OXFORD HANDBOOK OF THE INDIAN CONSTITUTION (1st ed. 2017), pp. 244–256 (“The present chapter is limited to expounding this lack of separation and the functional overlap in the Indian constitutional context. The issue of separation of powers has received a somewhat erratic interpretation by courts in India.”).

C. *Arbitration laws post-adoption of the Constitution of India*

1. *Constitution of India and International Law*

India was among the founding members that signed the Declaration by United Nations at Washington on 1 January 1942 and participated in the historic UN Conference of International Organisation in San Francisco from April–June 1945,¹¹⁰ about two years before India gained independence from the British Raj on August 15, 1947.

Article 51 of the Constitution of India¹¹¹ casts a non-enforceable obligation on the State to, *inter-alia*, “promote international peace and security”¹¹² and “foster respect for international law and treaty obligations.”¹¹³ However, India is a dualist state¹¹⁴ and requires international law to be ratified through legislation.¹¹⁵ Article 51 is not an enforceable obligation and was intended to form the basis of India’s foreign relations and guide its policy.¹¹⁶ The parliament of India is vested with the power to make laws for implementing any treaty, agreement, or convention.¹¹⁷

110. United Nations, *Preparatory Years: UN Charter History* available at: <https://www.un.org/en/about-us/history-of-the-un/preparatory-years>.

111. Constitution of India, Article 51 (“51. Promotion of international peace and security.—The State shall endeavour to— (a) promote international peace and security; (b) maintain just and honourable relations between nations; (c) foster respect for international law and treaty obligations in the dealings of organised peoples with one another; and (d) encourage settlement of international disputes by arbitration.”).

112. Constitution of India, Article 51(a).

113. Constitution of India, Article 51(c).

114. See, e.g., *Bhavesh Jayanti Lakhani v State of Maharashtra*, (2009) 9 SCC 551, ¶¶ 45–46 (“India follows the doctrine of dualism and not monoism. We may, however, hasten to add that this Court, however, at times for the purpose of interpretation of statute has taken into consideration not only the treaties in which India is a party but also declarations, covenants and resolutions passed in different International Conferences. ...Whenever, it is well known, a conflict arises between a treaty and the domestic law or a municipal law, the latter shall prevail”); *State of West Bengal v Kesoram Industries Ltd*, (2004) 10 SCC 201, ¶ 490 (“[T]he doctrine of ‘Monism’ as prevailing in the European countries does not prevail in India. The doctrine of ‘Dualism’ is applicable.”).

115. *Maganbhai Ishwarbhai Patel v Union of India*, (1970) 3 SCC 400. See also *State of West Bengal v Kesoram Industries Ltd*, (2004) 10 SCC 201, ¶ 491 (“A treaty entered into by India cannot become law of the land and it cannot be implemented unless Parliament passes a law as required under Article 253.”).

116. Rao B. Shiva, *The framing of India’s Constitution*. (1966), p. 150; see also: Aparna Chandra, *India and international law: formal dualism, functional monism*, INDIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 57, No. 1-2, pp. 25-45 (June 2017), available at: <https://doi.org/10.1007/s40901-017-0069-0>.

117. Constitution of India, Article 253 (“253. Legislation for giving effect to international agreements.— Notwithstanding anything in the foregoing provisions of this Chapter, Parliament has power to make any law for the whole or any part of the territory of India for implementing

2. *Ratification of the New York Convention*

In June 1959, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (“**New York Convention**”) was adopted and India was an early signatory.¹¹⁸ India ratified the New York Convention through the enactment of its Foreign Awards (Recognition and Enforcement) Act of 1961,¹¹⁹ which provided that foreign award(s) would be enforceable akin to domestic award(s)¹²⁰ upon fulfilment of certain conditions.¹²¹

3. *UNCITRAL Model Law and the Arbitration and Conciliation Act, 1996*

The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 (“**UNCITRAL Model Law**”) was designed to assist states in reforming and modernizing their laws on arbitral procedure and reflected a worldwide consensus on the practice of arbitration.¹²² The UNCITRAL Model Law led to the enactment of India’s Arbitration and Conciliation Act of 1996 (“**Arbitration Act**”), which consolidated India’s laws of arbitration and replaced the outdated Arbitration Act of 1940, the Arbitration (Protocol and Convention) Act of 1937 and the Foreign Awards (Recognition and Enforcement) Act of 1961.¹²³

The Arbitration Act brought necessary reform to India’s law on arbitration; this is evident from the Supreme Court of India’s criticism of the Arbitration Act of 1940, where the Supreme Court of India observed that the practice of arbitration was “clothed with ‘legalese’ of unforeseeable complexity,”¹²⁴ which defeated the purpose of resorting to a less formal and effective means of resolving a dispute. The Supreme Court of India went further and stated that “the way in which the proceedings under the Act [the Arbitration Act of 1940] are conducted and without an exception challenged in Courts, has made lawyers laugh and legal philosophers weep.”¹²⁵ As India focused on economic reform and liberalizing its markets in the 1990s, the Statement of Objects and Reasons of the Arbitration

any treaty, agreement or convention with any other country or countries or any decision made at any international conference, association or other body.”).

118. *India – Jurisdictions*, NEW YORK CONVENTION 1958, available at: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=11&menu=581&opac_view=-1.

119. *Id.*

120. Foreign Awards (Recognition and Enforcement) Act of 1961, Section 4(1).

121. *Id.*, Section 7.

122. See UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, available at: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration.

123. Arbitration and Conciliation Act of 1996 (hereinafter the “Arbitration Act”), Section 85; see also *Fuerst Day Lawson Limited v. Jindal Exports Limited*, (2001) 6 SCC 356, ¶ 31.

124. *Guru Nanak Foundation v Rattan Singh*, (1981) 4 SCC 634, ¶ 1.

125. *Id.*

Act acknowledged that such economic reforms may not be effective if its laws relating to settlement of international and domestic disputes “remains out of tune.”¹²⁶

4. *The 2015 Amendment of the Arbitration Act*

The Arbitration Act was amended in 2015,¹²⁷ 2019,¹²⁸ and 2021.¹²⁹ The Arbitration and Conciliation (Amendment) Act of 2015 (“**2015 Amendment**”) brought in significant changes to the law of arbitration in India and aimed to minimize court intervention in arbitration matters by, *inter-alia*: (a) amending provisions relating to interim measures of protection;¹³⁰ (b) amending the law relating to appointment of arbitrators;¹³¹ (c) introducing time limits for rendering the arbitral award;¹³² (d) introducing the option of fast-track procedures;¹³³ (e) introducing principles for awarding costs of arbitration;¹³⁴ (f) amending the law for annulment and enforcement of an arbitral award;¹³⁵ (g) defining public policy for the purposes of annulment and enforcement of an arbitral award;¹³⁶ (h) introducing a model schedule for fees of the arbitrator;¹³⁷ (i) introducing grounds of conflict that give rise to justifiable doubts as to the independence and impartiality of arbitrators;¹³⁸ (j) introducing arbitrator(s) duty to disclose circumstances that are likely to affect the arbitrators

126. Statement of Objects and Reasons of the Arbitration Act ¶ 1 (“It is also recognised that our economic reforms may not become fully effective if the law dealing with the settlement of both domestic and international commercial disputes remain out of tune with such reforms”); see also Sumeet Kachwaha, *The Arbitration Law of India: A Critical Analysis*, *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 1, Issue 2, pp. 105–126 (1 November 2005), available at: <https://doi.org/10.54648/aij2005008>.

127. The Arbitration and Conciliation (Amendment) Act of 2015 (hereinafter the “2015 Amendment Act”), available at: <https://lawmin.gov.in/sites/default/files/ArbitrationandConciliation.pdf>.

128. The Arbitration and Conciliation (Amendment) Act of 2019, available at: <https://egazette.nic.in/WriteReadData/2019/210414.pdf>; see also Gazette Notification No. S.O. 3154(E), Regarding Enforcement of Various Provisions of the Arbitration and Conciliation (Amendment) Act of 2019 (30 August 2019), available at: <https://legalaffairs.gov.in/sites/default/files/notificaion%20arbit.pdf> (this amendment is not a part of the scope of this study considering that various provisions of the Arbitration and Conciliation (Amendment) Act, 2019 have not been entered into force).

129. The Arbitration and Conciliation (Amendment) Act of 2021, available at: <https://egazette.nic.in/WriteReadData/2021/225832.pdf>.

130. 2015 Amendment Act, Sections 5 and 10.

131. 2015 Amendment Act, Section 6.

132. 2015 Amendment Act, Section 15.

133. *Id.*

134. 2015 Amendment Act, Section 17.

135. 2015 Amendment Act, Sections 18 and 19.

136. *Id.*

137. 2015 Amendment Act, Section 25; see also The Fourth Schedule of the Arbitration Act.

138. 2015 Amendment Act, Section 25; see also The Fifth and Seventh Schedules of the Arbitration Act.

ability to devote sufficient time to the arbitration;¹³⁹ and (k) introducing arbitrator(s) duty to disclose circumstances that are likely to give rise to justifiable doubts regarding the arbitrators independence and impartiality.¹⁴⁰

II. Interplay between Constitutional Law and the Law of Arbitration

In this section, we explore the interplay between the Constitution of India and the law of arbitration that are essential to the practice of arbitration in India including: (i) the nature of the Court's function while appointing an arbitrator and the consequence of this nature on constitutional litigation; (ii) the availability of constitutional remedies while contracting with the State and the consequence of the existence of an arbitration agreement on these remedies; (iii) The 'power of superintendence' of all High Courts over subordinate courts and tribunals within its territorial jurisdiction; and (iv) the Supreme Court of India's experience with the unruly horse of public policy, in the context of arbitration.

A. *Appointment of an Arbitrator by Court: An administrative or judicial function of the Court? What difference does it make?*

The purpose of this section is to illuminate how constitutional litigation around a seemingly simple question (whether a Court order¹⁴¹ appointing or refusing to appoint an arbitration is an administrative or judicial order?) had significant consequences on constitutional litigation and the law of arbitration in India.

Prior to the 2015 Amendment, the power to appoint an arbitrator was vested with the "Chief Justice [of the concerned High Court or the Supreme Court of India] or any person or institution designated by him."¹⁴² At present, the power to appoint arbitrators in international commercial arbitrations is vested with the Supreme Court of India¹⁴³ and the power to appoint arbitrators in domestic arbitrations is vested with the High Courts in India.¹⁴⁴ The first decade of the Arbitration Act witnessed protracted constitutional litigation around the question of whether an order of a Chief Justice (of the 25 High Courts in India¹⁴⁵ or the Supreme Court of India) or his designate was an "administrative order"

139. Arbitration Act (as amended by the 2015 Amendment Act), Section 12(1)(b); *see also* The Sixth Schedule of the Arbitration Act.

140. Arbitration Act (as amended by the 2015 Amendment Act), Section 12(1)(a); *see also* The Sixth Schedule of the Arbitration Act.

141. A court order that is passed by the Chief Justice of the concerned High Court or Supreme Court of India (as the case maybe), or any person or institution designated by her/him.

142. *See* 2015 Amendment Act, Section 6.

143. *See* Section 11(12) of the Arbitration Act.

144. *See* Section 11(11) of the Arbitration Act.

145. *See List of High Courts on the website of E-Court services of India*, available at: https://ecourts.gov.in/ecourts_home/static/highcourts.php.

or a “judicial order.” An administrative order is an order that does not affect the merits or decide any issues in controversy between the disputing parties.¹⁴⁶

This question of law was of great significance to the law and practice of arbitration in India as administrative orders are not subject to jurisdiction of the Supreme Court under Article 136 of the Constitution of India.¹⁴⁷ Article 136 of the Constitution of India vests discretionary power to the Supreme Court of India to allow special leaves to appeal and is not to be construed as a right to appeal.¹⁴⁸ As a result, under Article 136 of the Constitution of India, if an order of a Court appointing an arbitrator is considered as an administrative order, it would not be amenable to a Special Leave to Appeal before the Supreme Court of India.¹⁴⁹

Additionally, under Article 226 of the Constitution of India, if an order appointing an arbitrator is considered as an administrative order, it can be amenable to the writ jurisdiction of the concerned High Court,¹⁵⁰ which opens the doors for three rounds of litigation (this is discussed further below).¹⁵¹ Conversely, if the function of appointing an arbitrator is considered as adjudicatory in nature (resulting in a judicial order), it would be final and binding on the parties, especially if such appointment is made by the Supreme Court of India in international commercial arbitrations.¹⁵² Similarly, if the High Courts’ function of appointing an arbitrator in a domestic arbitration is considered as a judicial order, this function would be final and binding, subject to the special-leave jurisdiction of the Supreme Court of India under Article 136 of the Constitution of India.¹⁵³

The Supreme Court of India in *Adore Samia Private Ltd. v. Peekay Holdings Limited and Others*,¹⁵⁴ ruled that an order appointing an arbitrator under Section 11 of the Arbitration Act is an administrative order and no special leave to appeal could be filed under Article 136 of the Constitution of India.¹⁵⁵ Thereafter, a three-judge bench of the Supreme Court in *Konkan Railway Corpn. Ltd. and Ors. vs. Mehul Construction Co.*¹⁵⁶ (“**Konkan Railways**

146. *Tola Ram Singh vs. Fazal Ahmad*, AIR 1936 Lah 785, ¶ 6.

147. *Indo-China Steam Navigation Co. Ltd. v. Jasjit Singh*, (1964) 6 SCR 594, ¶ 12 (“It is clear that before an appeal can be entertained in this Court under Article 136, two conditions have to be satisfied; the order impugned must be an order of a judicial or quasi-judicial character and should not be purely an administrative or executive order.”).

148. *Shivanand Gaurishankar Baswanti v. Laxmi Vishnu Textile Mills and Others*, (2008) 13 SCC 323, ¶ 68.

149. *Indo-China Steam Navigation Co. Ltd. v. Jasjit Singh*, (1964) 6 SCR 594, ¶ 12.

150. 176th Law Commission Report of the Law Commission of India on the Arbitration and Conciliation (Amendment) Bill, 2001 (“176th Law Commission Report”), ¶ 2.8.7, p. 74, available at: <https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s3ca0daec69b5adc880fb464895726dbdf/uploads/2022/08/2022081036.pdf>.

151. See 176th Law Commission Report, ¶ 2.8.7, p. 74.

152. See 176th Law Commission Report, ¶ 2.8.7, p. 74.

153. Constitution of India, Article 136.

154. *Adore Samia Private Ltd. v. Peekay Holdings Limited and Others*, AIR 1999 SC 3246.

155. *Id.*, ¶¶ 3–7.

156. *Konkan Railway Corpn. Ltd. and Ors. vs. Mehul Construction Co.*, (2000) 7 SCC 201.

I”) confirmed this view and observed that (i) the function performed by the Chief Justice aided the constitution of an arbitral tribunal, and (ii) the legislature intentionally chose to confer the power on the Chief Justice (or his nominee) and not the Court, which makes the order passed by the Chief Justice or his nominee an administrative order.¹⁵⁷ Consequently, an order by the Chief Justice or his designate appointing an arbitrator was held not to be subject to the jurisdiction of the Supreme Court under Article 136 of the Constitution of India.¹⁵⁸ The Supreme Court also observed that an order refusing to appoint an arbitrator would be non-performance of duty, for which a writ of mandamus could be sought under Article 226 of the Constitution of India.¹⁵⁹ The judgment of the Supreme Court in *Konkan Railways I* was affirmed by a five-judge constitutional bench in *Konkan Railway Corpn. Ltd. v. Rani Construction (P) Ltd*¹⁶⁰ (“**Konkan Railways II**”).

We now turn to the Law Commission of India’s¹⁶¹ 176th Law Commission Report on the Arbitration and Conciliation (Amendment) Bill of 2001 (“**176th Law Commission Report**”), which reviewed the functioning of the Arbitration Act. The 176th Law Commission Report observed that recognizing orders appointing or refusing to appoint an arbitrator as judicial orders was a better alternative than recognizing such orders as an administrative order.¹⁶² The 176th Law Commission Report highlighted that after *Konkan Railways I*, several writ petitions were filed under Article 226 of the Constitution of India challenging court orders appointing an arbitrator.¹⁶³ The Law Commission of India expressed concern at this practice, as an order passed by a single judge of a High Court under Article 226 of the Constitution of India could first be challenged before a bench of two judges (referred to as a division bench) and then finally decided by the Supreme Court under Article 136 of the Constitution of India.¹⁶⁴ The Law Commission’s concern was premised on the basis that recognizing an order appointing or refusing to appoint an arbitrator as an administrative order opened the door for three rounds of litigation, which could be avoided if the order (either appointing or refusing to appoint an arbitrator) was instead recognized as a judicial order.¹⁶⁵

157. *Id.*, ¶ 6.

158. *Id.*

159. *Id.*

160. *Konkan Railway Corpn. Ltd. v. Rani Construction (P) Ltd.*, (2002) 2 SCC 388, ¶ 23.

161. The Central Government of India established the First Law Commission in 1955 with the then Attorney-General of India, Mr. M. C. Setalvad, as its Chairman. The vision of the Law Commission of India is to recommend law reforms for maximizing justice in society and promoting good governance under the rule of law. see “*Post-Independence Developments*”, LAW COMMISSION OF INDIA, available at: <https://lawcommissionofindia.nic.in/post-independence-developments/>; see also “*Vision & Mission*”, LAW COMMISSION OF INDIA, available at: <https://lawcommissionofindia.nic.in/about-department/vision-mission/>

162. 176th Law Commission Report, ¶ 2.8.7, p. 75.

163. 176th Law Commission Report, ¶ 2.8.6, p. 73.

164. 176th Law Commission Report, ¶ 2.8.7, p. 74.

165. *Id.*

A seven-judge constitutional bench of the Supreme Court in *SBP & Co. v. Patel Engineering Ltd. And Another*¹⁶⁶ (“SBP”) overruled the decision in *Konkan Railways II*. The decision in SBP recognized orders appointing or refusing to appoint an arbitrator as judicial in nature, which closed the doors for three rounds of litigation. The Supreme Court in SBP ruled that applications for appointment of an arbitrator are adjudicatory in nature as the Court has to decide on various preliminary questions,¹⁶⁷ such as: (i) the jurisdiction of the Court; (ii) the validity and existence of the arbitration agreement; (iii) whether the requesting party is a party to the arbitration agreement; (iv) whether the claims were stale and time barred; and (v) whether the parties have concluded the transaction by recording satisfaction of their rights and obligations.¹⁶⁸ The Supreme Court also clarified that both (i) the question as to whether a claim falls under the arbitration clause; and (ii) the merits of the claims; should be left for the exclusive determination of the arbitral tribunal.¹⁶⁹ Ultimately, the Court overruled *Konkan Railways II*¹⁷⁰ and concluded that the power of the “Chief Justice or any person or institution designated by him”¹⁷¹ to appoint an arbitrator under Section 11 of the Arbitration Act “is not an administrative power. It is a judicial power.”¹⁷²

SBP closed the doors for unnecessary litigation and enabled litigants to initiate special leave petitions before the Supreme Court against orders appointing or refusing to appoint an arbitrator. Subsequently, the 2015 Amendment restricted the scope of inquiry by Courts at the stage of constitution of an arbitral tribunal to the “validity and existence of the arbitration agreement.”¹⁷³ The 2015 Amendment also amended the Arbitration Act to confer powers of appointment on the High Court or the Supreme Court (as the case may be) and no longer vested such power with the “Chief Justice or any person or institution designated by him.”¹⁷⁴

B. Contracting with the State: A Constitutional Twist

To determine the rights and obligations between contracting parties, it is necessary to examine the applicable contractual arrangement and any other laws governing the relationship between the parties. One of the features of the Constitution of India is that it

166. *SBP & Co. v. Patel Engineering Ltd. And Another*, (2005) 8 SCC 618.

167. *Id.*, ¶ 47(iv).

168. *Id.*, ¶ 36.

169. *Id.*, ¶ 39.

170. *Id.*, ¶ 47(xii).

171. See 2015 Amendment Act, Section 6(i).

172. *Id.*, ¶ 47(i).

173. See 2015 Amendment Act, Section 6, which inserted Section 11(6A) to the Arbitration Act; see also *Vidya Drolia v. Durga Trading Corpn.*, (2021) 2 SCC 1, ¶¶ 134–138 (the extent and scope of judicial interference at the stage of constitution of an arbitral tribunal is not the scope of inquiry of this paper).

174. See 2015 Amendment Act, Section 6(i).

defines the State broadly enough to include “all local or other authorities”¹⁷⁵ (emphasis added). The Supreme Court of India has interpreted the definition of State to, *inter alia*, include bodies like corporations that are financially, functionally, and administratively dominated by or under the control of the central government.¹⁷⁶ This necessarily implies that constitutional provisions also govern the rights and obligations of two contracting parties if one of the parties is the State (or an instrumentality) and adds a constitutional flavor to the contractual relationship between the parties. In this next section, we explore the implication of constitutional articles on arbitration in India.

1. *The inter-play between public law duties and contractual obligations*

State instrumentalities in India are obligated to guarantee protection of fundamental rights including Article 14 of the Constitution of India.¹⁷⁷ Article 14 of the Constitution of India casts a negative obligation on the State to “not deny to any person equality before the law or the equal protection of laws within the territory of India.”¹⁷⁸ A significant facet of Article 14 is reasonableness and non-arbitrariness.¹⁷⁹ In a contract between the State (or an agency of the State) with any private party, the Constitution mandates that the State (or its agency) act in a just, fair and reasonable manner.¹⁸⁰ State action even within the con-

175. See Constitution of India, Article 12 (“12. Definition.—In this Part, unless the context otherwise requires, ‘the State’ includes the Government and Parliament of India and the Government and the Legislature of each of the States and all local or other authorities within the territory of India or under the control of the Government of India.”).

176. *Pradeep Kumar Biswas v. Indian Institute of Chemical Biology and Others*, (2002) 5 SCC 111, ¶ 40 (“The picture that ultimately emerges is that the tests formulated in *Ajay Hasia* [*Ajay Hasia v. Khalid Mujib Sehravadi*, (1981) 1 SCC 722 : 1981 SCC (L&S) 258] are not a rigid set of principles so that if a body falls within any one of them it must, *ex hypothesi*, be considered to be a State within the meaning of Article 12. The question in each case would be — whether in the light of the cumulative facts as established, the body is financially, functionally and administratively dominated by or under the control of the Government. Such control must be particular to the body in question and must be pervasive. If this is found then the body is a State within Article 12. On the other hand, when the control is merely regulatory whether under statute or otherwise, it would not serve to make the body a State.”); see also *Sukhdev Singh v. Bhagatram Sardar Singh Raghuvanshi*, (1975) 1 SCC 421; *Ramana Dayaram Shetty v. International Airport Authority of India*, (1979) 3 SCC 489; *Ajay Hasia v. Khalid Mujib Sehravadi*, (1981) 1 SCC 722; Chinnappa O. Reddy, “*The State, its Instrumentalities and Agencies*,” *The Court and the Constitution of India: Summit and Shallows* (2010), pp. 216–220.

177. Chinnappa O. Reddy, “*The State, its Instrumentalities and Agencies*,” *The Court and the Constitution of India: Summit and Shallows* (2010), p. 216.

178. Constitution of India, Article 14.

179. *MGR Educational and Research Institute v. Union of India*, 2012 SCC OnLine Mad 4434, ¶ 20.

180. *Meghal R. Thakkar v. State of Gujarat*, 2010 SCC OnLine Guj 1044, ¶ 6 (“The law on the subject is by now well settled. It is true that the relationship of the petitioner and the respondent Corporation are governed by the agreement and also governed by the terms and conditions

tractual sphere has to conform to the standard of non-arbitrariness, which imposes a duty to act in a fair and reasonable manner.¹⁸¹ Accordingly, a party may resort to constitutional litigation to enforce such fundamental rights: (i) under Article 226¹⁸² of the Constitution of India before the High Court of competent jurisdiction; or (ii) under Article 32¹⁸³ of the Constitution of India before the Supreme Court of India. In these constitutional proceedings, judicial scrutiny shall be available and the State action would be tested on the touchstone of arbitrariness or unreasonableness.¹⁸⁴

2. *Constitutional Litigation or Arbitration?: Analyzing the implications of an arbitration agreement on the writ jurisdiction of courts*

To illustrate how constitutional law could play out in a complex commercial dispute with a state-owned-enterprise, we discuss two decisions where disputes arose out of a dealership agreement (containing arbitration agreements) entered into by private parties

of the agreement. But, at the same time, it is also undisputed position that the the respondent Corporation is a 'State' within the meaning of Article 12 of the Constitution on account of the deep and pervasive control as well as the financial stake involved of the Government of India. If the State or any other agency of the State enters into contract with any private citizen, it would be expected for the State or such agency to act in a just, fair and reasonable manner. If the citizen who is party to the agreement is to invoke the right as per the agreement, the remedy may be available to such citizen to approach before the competent civil Court or to the proceedings of the arbitration as per the agreement. However, if the action is to be assailed of the State or such agency under Article 226 of the Constitution, as a public law remedy, the judicial scrutiny shall be available to the extent of testing the action on the touchstone of arbitrariness or unreasonableness.”).

181. *Food Corporation of India v. Kamdhenu Cattle Feed Industries*, (1993) 1 SCC 71, ¶ 7 (“In contractual sphere as in all other State actions, the State and all its instrumentalities have to conform to Article 14 of the Constitution of which non-arbitrariness is a significant facet. There is no unfettered discretion in public law : A public authority possesses powers only to use them for public good. This imposes the duty to act fairly and to adopt a procedure which is ‘fairplay in action’”).

182. *Supra* note 84.

183. Constitution of India, Article 32 (“32. Remedies for enforcement of rights conferred by this Part.—(1) The right to move the Supreme Court by appropriate proceedings for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed. (2) The Supreme Court shall have power to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, whichever may be appropriate, for the enforcement of any of the rights conferred by this Part. (3) Without prejudice to the powers conferred on the Supreme Court by clauses (1) and (2), Parliament may by law empower any other court to exercise within the local limits of its jurisdiction all or any of the powers exercisable by the Supreme Court under clause (2). (4) The right guaranteed by this article shall not be suspended except as otherwise provided for by this Constitution.”).

184. *Tata Cellular v. Union of India*, (1994) 6 SCC 651, ¶ 18.

with Hindustan Petroleum, a state-owned-enterprise. Through these decisions, we illustrate how High Courts have been reluctant to exercise their jurisdiction under Article 226 of the Constitution of India — owing to the existence of an arbitration agreement between the parties. We contrast these decisions with a decision of the Supreme Court that resolved any possible doubts by holding that the existence of an arbitration agreement does not oust the jurisdiction of the High Court under Article 226 of the Constitution of India, if the State instrumentality acts in an arbitrary or capricious manner.

The decision of the High Court of Andhra Pradesh in *Choday Sanyasi Rao v. Hindustan Petroleum Corporation Limited*,¹⁸⁵ arises out of a dealership agreement containing an arbitration agreement and executed between the respondent petrol corporation, a state-owned enterprise (“SOE”), and the petitioner dealer.¹⁸⁶ The SOE conducted inspections at the premises of the dealer and revealed that the dealer failed to meet the qualitative standards.¹⁸⁷ Consequently, the SOE issued a show-cause-notice demanding the dealer to explain why the dealership should not be terminated.¹⁸⁸ The dealer filed a writ petition under Article 226 before the High Court of Andhra Pradesh against the show-cause-notice.¹⁸⁹ Pursuant to an order of the Court, the dealer submitted its response to the show-cause-notice,¹⁹⁰ and the SOE terminated the dealership subsequent to the dealer’s response.¹⁹¹ The dealer challenged both the termination notice and show-cause-notice before the High Court.¹⁹² A single judge of the High Court stayed the termination of the dealership during the pendency of the petition and directed the SOE to continue supplying to the dealer subject to deposit of a tentative penalty.¹⁹³ Aggrieved by the order, the SOE filed an appeal before a division bench (two judges) of the High Court.¹⁹⁴ The division bench referred the parties to arbitration in accordance with the arbitration agreement and continued the interim order passed by the single judge, with the liberty to seek orders from the arbitrator.¹⁹⁵ Although the writ petition was dismissed and the parties were ultimately referred to arbitration, it is pertinent to point out that adopting constitutional litigation as a matter of strategy favored the interests of the dealer in this case, as the dealer obtained an interim protection and was referred to arbitration in the same proceedings.

In *India Trading Oil Corporation v. Hindustan Petroleum Corporation*,¹⁹⁶ disputes arose between the parties after inspection of facilities and the respondent SOE terminated the

185. *Choday Sanyasi Rao v. Hindustan Petroleum Corporation Limited*, 2002 SCC OnLine AP 1067.

186. *Id.*, ¶ 5.

187. *Id.*, ¶ 3.

188. *Id.*

189. *Id.*, ¶ 2.

190. *Id.*, ¶ 4.

191. *Id.*

192. *Id.*

193. *Id.*, ¶ 5.

194. *Id.*

195. *Id.*, ¶¶ 18–19.

196. *India Trading Oil Company and Ors. vs. Hindustan Petroleum Corporation Limited and Ors.*, 2007 SCC OnLine Cal 562.

dealership agreement.¹⁹⁷ The petitioner, an Indian Oil Corporation (which was also a SOE), filed a writ petition before the Calcutta High Court, *inter-alia*, alleging breach of principles of natural justice and denial of an opportunity to fair hearing.¹⁹⁸ The writ petition was dismissed by a single judge. The court concluded that the dispute was purely a commercial contract issue. Consequently, the petitioner filed an appeal before the division bench (two judges) of the High Court. In this decision, the division bench of the Calcutta High Court dismissed the petition,¹⁹⁹ held that the single judge had rightly dismissed the writ petition, and concluded that the dealer's contractual obligations are "not of public character."²⁰⁰

As discussed above, the Supreme Court of India resolved any potential tension by re-affirming that the existence of an arbitration agreement does not oust the writ jurisdiction of Courts under Article 226 of the Constitution of India, provided that a State instrumentality acts unreasonably.²⁰¹ The Supreme Court of India's decision in *UNITECH Ltd. v. Telangana State Industrial Infrastructure*,²⁰² involved a dispute between a developer, Unitech Limited, and the State of Telangana, as well as, its SOE named Telangana State Industrial Infrastructure, over an aerospace park project. Pursuant to the Letter of Award,²⁰³ the parties executed a Development Agreement that contained an arbitration agreement.²⁰⁴

The SOE failed to hand over the project site to the developer in accordance with the agreement. The failure of the SOE to hand over the project site to the developer was a consequence of a title-dispute initiated by a third-party and the Supreme Court concluded that the third-party was the absolute owner of the project-site and that the Respondent SOE did not have proper title (of ownership) over the project site.²⁰⁵

As a result, the developer filed a writ petition before the Supreme Court of India pursuant to Article 32 of the Constitution of India²⁰⁶ and sought a refund of the amounts paid under the Letter of Award for the project land and development expenses.²⁰⁷ This petition was dismissed by the Supreme Court with an express clarification that "[the Supreme Court of India] ha[s] not expressed any opinion on the merits of the case" and observed that the developer "may approach the High Court under Article 226 of the Constitution."²⁰⁸

The developer then invoked the jurisdiction of the Telangana High Court under Article 226 of the Constitution of India.²⁰⁹ A single judge of the High Court directed a refund of

197. *Id.* ¶ 1.

198. *Id.*

199. *Id.* ¶ 23.

200. *Id.* ¶ 18.

201. *UNITECH Ltd. v. Telangana State Industrial Infrastructure*, 2021 SCC OnLine SC 99, ¶¶ 40-41.

202. *UNITECH Ltd. v. Telangana State Industrial Infrastructure*, 2021 SCC OnLine SC 99.

203. *Id.* ¶ 3.

204. *Id.* ¶ 6.

205. *Govt. of Andhra Pradesh v. Pratap Karan*, (2016) 2 SCC 82; see also *Pratap Karan v. Govt. of Andhra Pradesh*, Appeal Suit No. 274 of 2007 (Andhra Pradesh High Court).

206. *UNITECH Ltd. v. Telangana State Industrial Infrastructure*, 2021 SCC OnLine SC 99, ¶ 14.

207. *Id.* ¶ 12.

208. Writ Petition (Civil) No. 302 of 2017 (Supreme Court of India).

209. *UNITECH Ltd. v. Telangana State Industrial Infrastructure*, 2021 SCC OnLine SC 99, ¶ 14.

the amounts paid with interest²¹⁰ and this decision was upheld by a division bench of the High Court, with a slight modification on the cut-off date for the purposes of interest.²¹¹ This led to the developer and the respondents (State) to challenge the decision before the Supreme Court of India.²¹²

In the proceeding before the Supreme Court, the respondent State, *inter-alia*, contended that the writ petition could not have been entertained by the High Court, as the Development Agreement executed between the parties contained an arbitration agreement.²¹³ The Supreme Court acknowledged that the plenary powers²¹⁴ under Article 226 of the Constitution of India should be exercised with circumvention when other remedies are available under contract²¹⁵ and re-affirmed the principle that the existence of an arbitration agreement is not a bar to the exercise of jurisdiction under Article 226 of the Constitution of India, if the State instrumentality violates its constitutional duty to act in a fair, reasonable, and non-arbitrary manner.²¹⁶ The Supreme Court reasoned that jurisdiction under Article 226 of the Constitution of India is an important constitutional right that acts as a check-and-balance against any arbitrary exercise of state power and that State instrumentalities are not exempted from their duty to act fairly in the realm of contract.²¹⁷ Ultimately, it was held that the High Court was correct in exercising powers under Article 226 of the Constitution of India.²¹⁸

The key takeaway from the above decisions is that if the underlying dispute is characterized as breach of public law duties (including the State's duty to act fairly), the existence of an arbitration agreement in a commercial contract with State does not abrogate

210. *Id.*

211. *Id.*, ¶¶ 15–16.

212. *Id.*, ¶ 1.

213. *Id.*, ¶ 37.

214. “Power,” BLACK’S LAW DICTIONARY (10th ed. 2014) (“**plenary power** (plee-n<-ree or plen-<-ree) (16c) Power that is broadly construed; esp., a court’s power to dispose of any matter properly before it.”).

215. *UNITECH Ltd. v. Telangana State Industrial Infrastructure*, 2021 SCC OnLine SC 99, ¶ 40.

216. *Id.*, ¶ 40–41.

217. *Id.*, ¶ 41 (“Therefore, while exercising its jurisdiction under Article 226, the Court is entitled to enquire into whether the action of the State or its instrumentalities is arbitrary or unfair and in consequence, in violation of Article 14. The jurisdiction under Article 226 is a valuable constitutional safeguard against an arbitrary exercise of state power or a misuse of authority. In determining as to whether the jurisdiction should be exercised in a contractual dispute, the Court must, undoubtedly eschew, disputed questions of fact which would depend upon an evidentiary determination requiring a trial. But equally, it is well-settled that the jurisdiction under Article 226 cannot be ousted only on the basis that the dispute pertains to the contractual arena. This is for the simple reason that the State and its instrumentalities are not exempt from the duty to act fairly merely because in their business dealings they have entered into the realm of contract. Similarly, the presence of an arbitration clause does oust the jurisdiction under Article 226 in all cases though, it still needs to be decided from case to case as to whether recourse to a public law remedy can justifiably be invoked.”).

218. *Id.*, ¶ 46.

the possibility of constitutional litigation under Article 226 of the Constitution of India or Article 32 of the Constitution of India.

C. *Power of superintendence of High Courts over arbitral tribunals: the exceptional circumstance test*

While Article 226 of the Constitution of India confers original writ jurisdiction on every High Court in India, Article 227 of the Constitution of India confers discretionary “power of superintendence” on High Courts.²¹⁹ The “power of superintendence” bestows authority on any High Court to supervise all courts and tribunals across the territory over which it exercises jurisdiction.²²⁰ This competence extends to judicial supervision of all subordinate courts under its jurisdiction, in addition to administrative supervision.²²¹ The High Court’s “power of superintendence” cannot be curtailed by statute²²² and such powers are to be exercised sparingly to keep subordinate judicial authorities within the bounds of their authority and not for correcting mere errors.²²³

Arbitration as a mechanism has been recognized in India as a quasi-judicial proceeding, and courts have observed that powers of an ordinary civil court are transferred or entrusted to arbitral tribunals by statute.²²⁴ With arbitral tribunals being considered as quasi-judicial authorities that resolve disputes in the interest of society, courts have not doubted that arbitral tribunals fall within the purview of the “power of superintendence” of High Courts.²²⁵ In this section, we explore the threshold for the invocation of a High Court’s “power of superintendence.”

In *Bhaven Construction v. Executive Engineer, Sardar Sarovar Narmada Nigam*,²²⁶ a dispute arose between the respondent-employer (an instrumentality of the State) and

219. *State of West Bengal v. Samar Kumar Sarkar*, (2009) 15 SCC 444, ¶ 12 (“Under Article 227, the High Court has been given the power of superintendence both in judicial as well as administrative matters over all courts and tribunals throughout the territories in relation to which it exercises jurisdiction. It is in order to indicate the plentitude of the power conferred upon the High Court with respect to courts and the tribunals of every kind that the Constitution conferred the power of superintendence on the High Court. The power of superintendence conferred upon the High Court is not as extensive as the power conferred upon it by Article 226 of the Constitution. Thus, ordinarily it will be open to the High Court, in exercise of the power of superintendence only to consider whether there is an error of jurisdiction in the decision of the court or the tribunal subject to its superintendence.”).

220. Constitution of India, Article 227(1); see also *State of Gujarat v. Vakshatsinghji Vajesinghji Vaghela*, AIR 1968 SC 1481, ¶ 14.

221. *D.N. Banerjee vs. P.R. Mukherjee*, AIR 1953 SC 58.

222. *Narmada Clean Tech v. Indian Council of Arbitration*, MANU/GJ/1442/2020, ¶ 49(i).

223. *Id.*, ¶ 49(h); see also *Waryam Singh and Another v. Amarnath and Another*, 1954 SCR 656, ¶ 10.

224. *Narmada Clean Tech v. Indian Council of Arbitration*, MANU/GJ/1442/2020, ¶ 14.

225. *Id.*

226. *Bhaven Construction v. Executive Engineer, Sardar Sarovar Narmada Nigam*, (2022) 1 SCC 75.

the appellant-contractor.²²⁷ The contractor invoked arbitration and the employer filed an application before the arbitral tribunal contesting the tribunal's jurisdiction; the arbitral tribunal dismissed this application.²²⁸ The employer then filed a petition under Article 227 of the Constitution of India — against the tribunal's order that dismissing the employer's application on jurisdiction — alleging that the tribunal acted in excess of its jurisdiction.²²⁹ The question for determination before the Supreme Court of India was whether High Courts could interfere with the arbitral process by exercising the power under Article 227 of the Constitution of India.²³⁰ In the ordinary course, the remedy available to a party that is aggrieved of an arbitral tribunal's order (which affirms the tribunal's jurisdiction) is to await the award and subsequently initiate proceedings for setting aside (annulment of) the award under the mechanism available under Section 34 of the Arbitration Act.²³¹

The Supreme Court stated that the Arbitration Act is an entire code in itself, entailing definite legal consequences and comprising of a procedural framework with available forums.²³² While acknowledging that the hierarchy in Indian legal framework mandates that a legislative enactment cannot curtail a constitutional right, the Court relied on its earlier decision²³³ and articulated that such a discretion to allow judicial interference should not be exercised beyond the procedure established under the Arbitration Act.²³⁴ Ultimately, the Court held that although the ambit of Article 227 of the Constitution of India is broad and pervasive, in order to invoke the Court's jurisdiction under Article 227 of the Constitution of India, it is subject to the test of exceptional circumstance or bad faith.²³⁵ The Supreme Court, while applying this test of “exceptional circumstance or bad faith,” expressed that if courts are allowed to interfere with the arbitral process beyond the scope and ambit of the Arbitration Act, then a reduction in the efficiency of the arbitral process would follow.²³⁶

Ultimately, although High Courts are conferred with the constitutional “power of superintendence” over arbitral tribunals, the threshold for invocation of this power is heightened and can only be exercised in situations of exceptional circumstances or bad faith.

227. *Id.*, ¶ 2.

228. *Id.*, ¶ 16.

229. *Id.*, ¶¶ 5–6.

230. *Id.*, ¶ 11.

231. *Id.*, ¶ 17.

232. *Id.*

233. *Nivedita Sharma v. Cellular Operators Association of India*, (2011) 14 SCC 337.

234. *Bhaven Construction v. Executive Engineer, Sardar Sarovar Narmada Nigam*, (2022) 1 SCC 75, ¶ 18.

235. *Id.*, ¶ 20.

236. *Id.*, ¶ 21.

D. *Public Policy: Taming the unruly horse?*

If a Court finds that the arbitral award is in conflict with the “public policy of India,” an arbitral award could be annulled or the enforcement of a foreign award could be denied.²³⁷ The Supreme Court of India has ruled that the term “public policy” is incapable of precise definition and that public policy is capable of expansion and modification as public policy changes with time.²³⁸ Practices which were considered perfectly normal at one time could become obnoxious and oppressive to public conscience in the future.²³⁹ Public policy has also been referred to as an unruly horse in the realm of contracts.²⁴⁰ Prior to the 2015 Amendment, the Arbitration Act only clarified that an award would be contrary to public policy if: (a) it was induced or affected by fraud or corruption; or (b) if the arbitral award was rendered with disregard to the confidentiality protections afforded to conciliation proceedings.²⁴¹ In this section, we examine the Supreme Court’s evolving and expanding interpretation of “public policy” before the introduction of the 2015 Amendment (discussed below) that defined the contours of public policy and the subsequent interpretation of the Supreme Court of India of the amended statute *vis-à-vis* public policy.

1. *The Renusagar Approach: A Tripartite Test to Public Policy*

In *Renusagar Power Co. Ltd. v. General Electric Co.*,²⁴² (“**Renusagar**”) the Supreme Court—while construing the expression “public policy” in the context of enforcement of a foreign award—held that an award would be contrary to “public policy” if it contravenes:²⁴³

- i. The fundamental policy of Indian law;
- ii. The interest of India; and
- iii. Justice or morality.

The Court also clarified that disregarding orders or binding judgements of superior courts would violate the fundamental policy of India;²⁴⁴ however, if an award is contrary to

237. See Arbitration Act, Section 34(2)(b)(ii) and Section 48(2)(b).

238. *Central Inland Water Transport Corporation Limited v. Brojo Nath Ganguly and Anr.*, (1986) SCC 156, ¶ 92.

239. *Id.*

240. *Richardson v. Mellish*, (1824) 2 Bing 229, 252.

241. See Explanation to Section 34(2)(b) of the Arbitration and Conciliation Act, 1996 prior to the 2015 Amendment Act. see also *Venture Global Engineering v. Satyam Computer Services Limited and Another*, (2010) 8 SCC 660, ¶ 28.

242. *Renusagar Power Co. Ltd. v. General Electric Co.*, 1994 Supp (1) SCC 644.

243. *Id.*, ¶ 66.

244. *Id.*, ¶ 85.

statute that does not necessarily mean that the award violates the public policy of India.²⁴⁵ The Court held that the award in question in the *Renusagar* case was contrary to India's Foreign Exchange Regulation Act, which in turn violated public policy as it is a statute enacted to safeguard the economic interest of the nation.²⁴⁶

2. *The Saw Pipes Expansion: Patent Illegality on Public Policy*

*ONGC v. Saw Pipes*²⁴⁷ (“**Saw Pipes**”) expanded the *Renusagar* interpretation of public policy by including a fourth head of “patent illegality”²⁴⁸ to the tri-partite test above. As a result of this expansion, an award could be considered to violate public policy provided that the illegality goes to the root of the matter and shocks the conscience of the court.²⁴⁹ Illegality of trivial nature would not be considered as a violation of public policy.²⁵⁰

3. *Western Geco: Opening the doors for applicability of public law principles*

As discussed above, non-arbitrariness and reasonableness are essential facets of Article 14 of the Constitution of India. The applicable public law principle for determining perversity or irrationality is guided by the *Wednesbury* principles of reasonableness.²⁵¹ In *ONGC v. Western Geco*²⁵² (“**Western Geco**”), the Supreme Court extended the scope of applicability of administrative law principles by holding that perversity or irrationality of arbitral awards would be tested on the touchstone of the *Wednesbury* principle.²⁵³ The Court also noted that public policy encompasses all fundamental principles that provide a basis for administration of justice and enforcement of law in India.²⁵⁴ The understanding of public policy was thus expanded to include:

245. *Id.*

246. *Id.*

247. *ONGC v. Saw Pipes*, (2003) 5 SCC 705.

248. *Id.*, ¶ 31.

249. *Id.*

250. *Id.*; see also *Hindustan Zinc Ltd. v. Friends Coal Carbonisation*, (2006) 4 SCC 445; *Delhi Development Authority vs. R.S. Sharma and Co.*, New Delhi, (2008) 13 SCC 80.

251. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corpn.*, (1948) 1 KB 223 (CA); see also *Delhi Science Forum v. Union of India*, (1996) 2 SCC 405, p. 415 (“The aforesaid principle is attracted where it is shown that an authority exercising the discretion has taken a decision which is devoid of any plausible justification and any authority having reasonable persons could not have taken the said decision.”).

252. *ONGC v. Western Geco*, (2014) 9 SCC 263.

253. *Id.*, ¶ 39.

254. *Id.*, ¶ 35.

- i. Judicial Approach: The arbitral tribunal has a duty to be fair, reasonable and objective.²⁵⁵ The tribunal cannot act in an arbitrary, capricious, or whimsical manner.
- ii. The principle of “audi alteram partem.” This is an essential facet of the principles of natural justice.²⁵⁶ While this is a public law principle, it stands incorporated in the Arbitration Act as Section 18 of the Arbitration Act mandates that the parties shall be treated equally and each party shall be given full opportunity to present their case;²⁵⁷ and
- iii. The juristic principle of perversity:²⁵⁸ This opened the door for applicability of the Wednesbury test to arbitral awards.²⁵⁹

Unsurprisingly, the unbridled expansion of the term public policy by the Supreme Court in *Saw Pipes* and *Western Geco* widened the scope for interference and review of arbitral awards.

4. *The 2015 Amendment Act and Ssangyong Engineering: Re-defining Public Policy*

The 2015 Amendment, recognized that courts’ interpretation of the provisions of the Arbitration Act resulted in the delay of arbitration proceedings and an increase in interference by courts in arbitration matters, which defeats the purpose of arbitration.²⁶⁰ The 2015 Amendment substantially amended the provisions relating to setting aside (annulment)²⁶¹ of an arbitral award and enforcement of foreign awards,²⁶² and also clarified the understanding of the term “public policy” as below:²⁶³

- i. Making of an arbitral award induced by fraud or corruption;
- ii. Making of an arbitral award in contravention of the confidentiality protections afforded to conciliation proceedings;
- iii. Contravention of the fundamental policy of Indian law; and
- iv. Contravention of the most basic notions of morality and justice.

255. *Id.*

256. *Id.*, ¶ 38.

257. *Id.*

258. *Id.*, ¶ 39.

259. *Id.*

260. 2015 Amendment Act, Object and Purpose, ¶ 2.

261. 2015 Amendment Act, Section 18.

262. 2015 Amendment Act, Section 22.

263. See Arbitration Act, Explanation 1 to Section 34(2)(b).

The 2015 Amendment further clarified that determining whether an arbitral award was in conflict with public policy would not entail a review on the merits of the dispute.²⁶⁴ With the 2015 Amendment expressly laying down various heads of public policy, the understanding of the term “public policy” as laid down in *Western Geco* and *Saw Pipes* was diluted and the position was relegated back to the *Renusagar* understanding of public policy.²⁶⁵ The Supreme Court in *Ssangyong Engineering v. National Highway Authority of India*²⁶⁶ (“*Ssangyong*”) interpreted the 2015 Amendment as an elimination of judicial approach²⁶⁷ and perversity from the heads of “public policy.”²⁶⁸ Accordingly, judicial approach is no longer a ground for considering an award as offending public policy. The Supreme Court has also clarified that perversity is no longer a head under public policy but an essential facet of patent illegality.²⁶⁹

The 2015 Amendment also introduced heightened clarity to the effect that “patent illegality” is not a ground for setting aside (annulment) of awards arising out of international commercial arbitrations, while domestic awards could be assailed on the ground of patent illegality.²⁷⁰ The consequence of this is that perversity (now a facet of patent illegality) is no longer a ground for Court interference in relation to foreign awards or domestic awards arising out of international commercial arbitrations.²⁷¹ The principle of “audi alterem partem” being a fundamental policy of Indian law continues to be at the forefront of Indian public policy.²⁷²

The key takeaway is that public law principles of “judicial approach” as understood by the Supreme Court in *Western Geco* is no longer a head under public policy, but this clarity was unavailable in Indian law up until *Ssangyong* was delivered in 2019. Additionally, public policy of India no longer entails review of an award on the administrative law principle of *Wednesbury* test — this door has been closed for now. Lastly, contravention of the administrative law principle of “audi alterem partem” continues to be a ground

264. See Arbitration Act, Explanation 2 to Section 34(2)(b).

265. *Ssangyong Engineering v. National Highway Authority of India*, (2019) 15 SCC 131, ¶ 34.

266. *Ssangyong Engineering v. National Highway Authority of India*, (2019) 15 SCC 131.

267. *Id.*, ¶ 34 (“In short..., *Western Geco*, would no longer obtain, as under the guise of interfering with an award on the ground that the arbitrator has not adopted a judicial approach, the Court’s intervention would be on the merits of the award, which cannot be permitted post amendment. However, insofar as principles of natural justice are concerned, as contained in Sections 18 and 34(2)(a)(iii) of the 1996 Act, these continue to be grounds of challenge of an award.”).

268. *Id.*

269. *Id.*, ¶ 41.

270. See Arbitration Act, Section 34(2A).

271. *Ssangyong Engineering v. National Highway Authority of India*, (2019) 15 SCC 131, ¶ 41 (“What is important to note is that a decision which is perverse, ... while no longer being a ground for challenge under “public policy of India”, would certainly amount to a patent illegality appearing on the face of the award. Thus, a finding based on no evidence at all or an award which ignores vital evidence in arriving at its decision would be perverse and liable to be set aside on the ground of patent illegality.”).

272. *Id.*, ¶ 34.

for setting aside (annulment of) an award and for resisting enforcement of awards, as the principle is expressly incorporated in the Arbitration Act.

The Supreme Court has faced challenges in defining the concept of “public policy” in the context of arbitration. However, the interplay between arbitration and public law principles is shaped by the Supreme Court’s evolving understanding of the term “public policy,” which is subject to interpretation and may change over time. In conclusion, the unruly horse of public policy seems to have been tamed for now.

III. Kerala Revocation of Arbitration Clauses and Reopening of the Awards Act, 1998: Beyond Legislative Powers or Excessive Judicial Interference?

The decision of the Supreme Court of India in *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*²⁷³ serves as an instructive indicator of the intersection between arbitration, federalism,²⁷⁴ and the doctrine of separation of powers.²⁷⁵ In this section we discuss the decision in *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*²⁷⁶, and focus on (i) the facts and background of the decision; (ii) legislative competence of a state in relation to arbitration; (iii) separation of powers and interference with judicial process; and (iv) the key takeaways from this decision.

A. Facts and Background of the Decision

The facts involved in this decision relate to construction of an irrigation project initiated by the Indian state of Kerala in 1961 with financial assistance from the International Bank for Reconstruction and Development (“IBRD”), a global development cooperative owned by 189 member countries of the World Bank that supports the mission of the World Bank.²⁷⁷ The IBRD required the State of Kerala to include certain special conditions in their agreements with contractors and these special conditions were referred to as the Local

273. *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*, (2022) 9 SCC 593.

274. Chinnappa O. Reddy, “Each for All, All for Each: Federalism, the Union, and the States,” *The Court and the Constitution of India: Summit and Shallows* (2010), pp. 221–228; see also Sujit Choudhry, Madhav Khosla, Pratap Bhanu Mehta, *THE OXFORD HANDBOOK OF THE INDIAN CONSTITUTION* (1st ed. 2017, 2016 online version), Part IV.

275. See generally, Sujit Choudhry, Madhav Khosla, Pratap Bhanu Mehta, *Chapter 15 Separation of Powers*, *THE OXFORD HANDBOOK OF THE INDIAN CONSTITUTION* (1st ed. 2017, 2016 online version), pp. 244–256 (“The present chapter is limited to expounding this lack of separation and the functional overlap in the Indian constitutional context. The issue of separation of powers has received a somewhat erratic interpretation by courts in India.”); see also *State of Tamil Nadu v. State of Kerala*, (2014) 12 SCC 696, ¶ 126.

276. (2022) 9 SCC 593.

277. *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*, (2022) 9 SCC 593.

Competitive Bidding Specification (“LCBS”).²⁷⁸ Pursuant to the LCBS, the State of Kerala included arbitration agreements in its contractor-agreements with the object of speedy resolution of disputes in a fair and equitable manner.²⁷⁹ The State of Kerala argued that the arbitration agreements did not have the desired effects,²⁸⁰ and its position was based on its alleged findings that the arbitral tribunals’ had (on various instances) awarded excessive and arbitrary amounts to the claimant-contractors’ without sufficient material on record.²⁸¹ The State of Kerala even went on to allege that the arbitrators had colluded with the claimant-contractors and officials of the department, which caused heavy losses to the State.²⁸²

In these circumstances, the government of Kerala deemed it necessary to cancel the arbitration agreements entered into with its contractor and revoke the authority of the arbitrators²⁸³ by enacting the Kerala Revocation of Arbitration Clauses and Reopening of the Awards Act of 1998 (“**Revocation Act**”), which applied to all agreements executed in terms of the LCBS.²⁸⁴ The Revocation Act effectively: (i) cancelled arbitration clauses contained in every agreement; (ii) revoked the authority of the arbitrators;²⁸⁵ and (iii) deemed that the arbitration agreements shall cease to have effect.²⁸⁶

The objectives of this Revocation Act were two-fold: (i) it intended to reopen the disputes already adjudicated under the arbitration agreements and compel contractors to initiate litigation for their claims before courts, as if the arbitration agreements were never included in the agreement (it was also clarified that the Indian Civil Procedure Code of 1908 would apply to these proceedings);²⁸⁷ and (ii) it enabled the State to challenge awards within 90 days of passing of the Revocation Act, notwithstanding the relevant statute of limitations and arbitration statutes.²⁸⁸

The Respondents’ had challenged the constitutional validity of the Revocation Act before the High Court of Kerala. The High Court of Kerala declared the Revocation Act to be unconstitutional and beyond the legislative competence of the State of Kerala²⁸⁹. As a result, the State of Kerala approached the Supreme Court of India.

278. *Id.*, ¶ 3.

279. *Id.*

280. *Id.*, ¶ 4.

281. *Id.*

282. *Id.*

283. Kerala Revocation of Arbitration Clauses and Reopening of the Awards Act, 1998 (“**Revocation Act**”), Section 3(i).

284. *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*, (2022) 9 SCC 593, ¶ 4.

285. Revocation Act, Section 3(ii).

286. Revocation Act, Section 3(iii).

287. Revocation Act, Section 4.

288. Revocation Act, Section 5.

289. *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*, (2022) 9 SCC 593 at ¶4.

B. *Legislative Competence of the State of Kerala*

In relation to the legislative competence of the State of Kerala to pass the Revocation Act, the Respondents' alleged that the Revocation Act was repugnant to the central government's legislations on Arbitration Act of 1940, the Arbitration Act and the Commercial Courts Act, 2015.²⁹⁰ Article 254(2)²⁹¹ of the Constitution of India requires a statute that is repugnant to central laws to be considered and assented to by the President of India. Accordingly, the Revocation Act was reserved for consideration by the President of India.²⁹² While the respondents' contended that the Revocation Act was repugnant to the Central Acts, such as the Arbitration Act of 1940, the Arbitration Act, and the Limitation Act,²⁹³ the Supreme Court held that the contention of repugnancy was futile and need not be considered pursuant to the presidential assent that was received in accordance with Article 254(2) of the Constitution of India.²⁹⁴

The respondents' also contended that the Revocation Act fell within the legislative domain of the Union²⁹⁵ as Schedule I of the Union List provided the Central Government the exclusive legislative competence to legislate on these matters.²⁹⁶ The respondent further asserted that the Arbitration Act was enacted by the Parliament pursuant to its legislative power under Article 253 of the Constitution of India to give effect to the UNCITRAL Model Law and the Resolution passed by the U.N. General Assembly on December 11, 1985.²⁹⁷ As a result, according to the respondent, legislating on the field of arbitration fell under the exclusive domain of the Centre and the state of Kerala was not entitled to legislate on this matter.²⁹⁸ The Supreme Court rejected this submission while relying upon the statement of objects and reasons of the Arbitration Act, concluding that the U.N. General Assembly

290. *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*, (2022) 9 SCC 593, ¶¶ 33, 41, 48.

291. Constitution of India, Article 254(2) ("254. Inconsistency between laws made by Parliament and laws made by the Legislatures of States.—(1) ... (2) Where a law made by the Legislature of a State with respect to one of the matters enumerated in the Concurrent List contains any provision repugnant to the provisions of an earlier law made by Parliament or an existing law with respect to that matter, then, the law so made by the Legislature of such State shall, if it has been reserved for the consideration of the President and has received his assent, prevail in that State.").

292. *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*, (2022) 9 SCC 593, ¶ 63.

293. *Id.*, ¶ 33.

294. *Id.*, ¶ 69 ("As such, once the State Act was reserved for consideration and received the assent of the President of India, it would prevail. Once that is the position, any endeavour to find out any repugnancy between the two, would be futile.").

295. *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*, (2022) 9 SCC 593, ¶ 58.

296. Constitution of India, Seventh Schedule, List I, Entries 12–14, 37.

297. *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*, (2022) 9 SCC 593, ¶ 14.3.

298. *Id.*

merely recommended that states consider the UNCITRAL Model Law to ensure “uniformity of the law of arbitral procedures and the specific needs of international commercial arbitration practice.”²⁹⁹ The Court also observed that the U.N. General Assembly’s resolution does not oblige states to adopt the model law without any modifications.³⁰⁰

Ultimately, the Supreme Court dismissed the contentions regarding the legislative competence of the state of Kerala and held that Entry 13 of List III of the Seventh Schedule of the Constitution of India³⁰¹ confers legislative competence on the state of Kerala to pass the Revocation Act.³⁰²

C. *Separation of Powers: Interference with Judicial Process?*

Although, the Supreme Court concluded that the State of Kerala has the legislative competence to pass the Revocation Act, the court observed that the critical question for its consideration was whether the Revocation Act was an attempt to interfere with the judicial process and a violation of the doctrine of separation of powers.³⁰³ To determine this critical question, the Supreme Court relied³⁰⁴ on the tri-partite test laid down by the constitutional bench of the Supreme Court in *State of Tamil Nadu v. State of Kerala and Anr.*³⁰⁵ The tri-partite test requires inquiry³⁰⁶ into three questions, which are:

- i. Does the legislative prescription of legislative direction interfere with judicial functions?
- ii. Is the legislation targeted at the decided case or whether impugned law requires its application to a case already finally decided?; and

299. *Id.*, ¶¶ 78–79 (“It could thus be seen that there is no binding decision at the General Assembly of the United Nations to implement the UNCITRAL Model Law. In any case, that recommendation is with regard to only international commercial arbitration practices. No doubt that the Parliament, with certain modifications, has given due consideration to the UNCITRAL Model Law for legislation on the domestic arbitration. However, that cannot by itself be said to be binding on the Parliament to enact the law in accordance with UNCITRAL Model Law.”).

300. *Id.*, ¶¶ 80–82.

301. Constitution of India, Seventh Schedule, List III, Entry 13 (“13. Civil procedure, including all matters included in the Code of Civil Procedure at the commencement of this Constitution, limitation and arbitration.”).

302. *Id.*, ¶ 87.

303. *Id.*, ¶ 88.

304. *Id.*, ¶ 122.

305. *State of Tamil Nadu v. State of Kerala and Anr* (2014) 12 SCC 696, ¶ 126.7.

306. *Id.* (“If the answer to Questions (i) and (ii) is in the affirmative and the consideration of aspects noted in Question (iii) sufficiently establishes that the impugned law interferes with the judicial functions, the Court may declare the law unconstitutional.”).

- iii. What are the terms of law; the issues with which it deals and the nature of the judgment that has attained finality?

The Supreme Court answered questions (i) and (ii) above in the affirmative and was of the view that since most of the awards in question were made “Rules of Court” prior to 1993 based on exercise of judicial powers, and therefore, the Revocation Act undoubtedly interfered with the judicial functions of the State.³⁰⁷ It held that the Revocation Act has the effect of annulling the awards (that have become Rule of Court) and is a violation of the doctrine of separation of powers.³⁰⁸ As a result, the Supreme Court struck down the Revocation Act and declared it as unconstitutional.³⁰⁹

D. Key Highlights

The key highlights from this decision on the intersection between federalism, separation of powers, and arbitration in the context of the Constitution of India are:

- a) Enactment of laws relating to arbitration, procedure, and limitation relates to Entry 13 of List III (concurrent list) of the Seventh Schedule of the Constitution of India and does not fall under the exclusive legislative domain of the Central Government;³¹⁰
- b) States are empowered to enact laws that are **not** repugnant to the Arbitration Act so long as the pith and substance³¹¹ of the laws relates to Entry 13 of List III (concurrent list) of Seventh Schedule of the Constitution of India;³¹²
- c) States are empowered to enact laws that are repugnant to the Arbitration Act provided the pith and substance of the laws relates to Entry 13 of List III (concurrent

307. *The Secretary to Govt. of Kerala, Irrigation Department v. James Varghese*, (2022) 9 SCC 593, ¶¶ 125–129.

308. *Id.*, ¶ 126 (“We are therefore of the considered view that the State Act, which has the effect of annulling the awards which have become “Rules of Court”, is a transgression on the judicial functions of the State and therefore, violative of doctrine of “separation of powers”. As such, the State Act is liable to be declared unconstitutional on this count.”).

309. *Id.*, ¶ 131.3.

310. *Id.*, ¶ 88.

311. *See generally, Dwarkadas Shrinivas v. Sholapur Spg. And Wvg. Co.*, 1954 SCR 674, ¶ 9 (“[I]t is necessary to examine with some strictness the substance of the legislation for the purpose of determining what it is that the legislature has really done; the Court, when such questions arise, is not overpersuaded by the mere appearance of the legislation. In relation to constitutional prohibitions binding a legislature it is clear that the legislature cannot disobey the prohibitions merely by employing indirect method of achieving exactly the same result. Therefore, in all such cases the court has to look behind the names, forms and appearances to discover the true character and nature of the legislation.”).

312. *Id.*, ¶¶ 63, 131.1.

list) of Seventh Schedule of the Constitution of India, but these laws would require presidential assent under Article 254(2) of the Constitution of India,³¹³ and

- d) Legislations that affect the validity of arbitral awards already recognized as a “Rule of Court” interfere with judicial functions and are a violation of the doctrine of separation of powers.³¹⁴

IV. Conclusion

Despite the internationalization of arbitration, it is clear that the constitutional values and norms of a jurisdiction have a significant influence on its arbitration law and practice. The relationship between arbitration and the Constitution of India is intricate and multi-faceted. Our research and the decisions discussed in this paper has shown that the constitutional framework of India has had a significant impact and influence on its arbitration law and practice.

Through exploring various cases and rulings in this paper, we (i) illustrated that the Supreme Court of India’s has in recent years, attempted to balance the demands of constitutional litigation and the practice of arbitration, while aiming to limit the scope of intervention by courts in the realm of arbitration; (ii) illuminated over the Supreme Court of India’s experience in taming the unruly horse of public policy; and (iii) highlighted the relevance of federalism and separation of powers, in the context of arbitration.

India has come a full circle in its approach to arbitration. Historically, India embraced arbitration as a means of resolving disputes, but over time, the country lost its way. Today, India is once again embracing arbitration, and the legal community is working hard to ensure that the country becomes an attractive place for international arbitration. Although there appears to be a long road ahead, the future of arbitration in India is promising as the Indian government and the legal community are striving towards making India an international arbitration hub. As India continues to move forward in its quest to become an international arbitration hub, the role of the Supreme Court in fostering the growth of arbitration in the country will become increasingly important and the court’s commitment to ensuring access to justice through streamlined arbitration processes will undoubtedly play a key role in this endeavor.

313. *Id.*

314. *Id.*, ¶¶ 125–129.

8.

EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA INTERNA EN URUGUAY BAJO LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN: ANÁLISIS DEL SINUOSO CAMINO (DES)DIBUJADO POR LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1997

MATEO VERDÍAS MEZZERA¹⁻²

I. Introducción

La República Oriental del Uruguay (“Uruguay” o la “República”), ha sido un país históricamente proclive al arbitraje³. *Primero*, las cortes uruguayas han generalmente reconocido la validez y eficacia de las cláusulas arbitrales y han asistido a la eficiencia de los procesos arbitrales, sea como jurisdicción de auxilio (cuando Uruguay es sede) o como jurisdicción de ejecución de laudos. *Segundo*, la comunidad arbitral uruguaya es cada día más sofisticada, en la medida en que las relaciones contractuales y la inversión extranjera en el país al amparo de tratados de inversión, han derivado en varias ocasiones en disputas arbitrales de complejidad –lo que ha significado una oportunidad de especialización para los abogados locales. Y *tercero*, a nivel regulatorio, mediante la aprobación de leyes, tratados y reglamentos institucionales, Uruguay se ha colocado a la par de jurisdicciones con tradiciones arbitrales sólidas y de larga data. Y todo ello con, y gracias a, la Constitución como base.

La Constitución uruguaya ha sido objeto de varias reformas. La primera Constitución de 1830, rigió hasta la reforma de 1918. La segunda Constitución de 1918, fue modificada en 1934, que a su vez fue modificada en 1942, luego en 1952, y luego en 1967. La sexta

-
1. Abogado Internacional en el grupo de arbitraje internacional y litigación de Sullivan & Cromwell LLP (Nueva York). Abogado graduado de la Universidad de Montevideo, Uruguay, y LL.M. obtenido en la Universidad de Columbia Law School, Estados Unidos.
 2. Las ideas aquí expresadas corresponden exclusivamente al autor y de ninguna forma representan a la firma Sullivan & Cromwell LLP.
 3. Esta noción la hemos desarrollado más en profundidad en Verdías Mezzera, M., “*The Uruguayan ‘Pro-Arbitration’ Notion*”, en Farias, Rivas, Vaughn, Verdías y Duggal, “*Pro-Arbitration Revisited: A Tribute To Professor George Bermann From His Students Over The Years*”, ed. Juris, 2023, Capítulo 65, págs. 367 a 372.

Constitución, de 1967, fue objeto de enmiendas en 1997 y en 2004 (hay quienes la refieren simplemente como la Constitución de 1997, por la entidad de las reformas de las que fue objeto en ese año). Puntualmente, en la reforma de 1934⁴, se dispuso que Uruguay tendría el derecho (y hasta podría entenderse, la *obligación*) de proponer (esto es, como mínimo, de negociar) la inclusión de cláusulas en todos los tratados internacionales celebrados por la República, que velaran por la resolución de diferencias entre las partes contratantes por medio de arbitraje u otros medios pacíficos de resolución de controversias⁵. En concreto, el Art. 6 de la Constitución dispuso: “[e]n los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”.

Así, en 1990 Uruguay ratificó su primer tratado bilateral de fomento y protección recíproca de inversiones (“TBI”) con Alemania⁶, y sobre la base del Art. 6 de la Constitución de 1934, la República estuvo jurídicamente habilitada a negociar la inclusión de una cláusula arbitral, según la cual todos los diferendos surgidos entre los Estados contratantes bajo el tratado, serían resueltos por arbitraje. Además, dispuso que las controversias surgidas entre inversores alemanes y el Estado uruguayo, y viceversa, serían resueltas—una vez cumplidos una serie de requisitos procesales previos— por un tribunal arbitral.

Sin perjuicio de las muchas oposiciones que tuvo esta primera prórroga de jurisdicción hecha por el Estado uruguayo en un tratado de inversión⁷, la República ha suscrito hasta el 2023 un total de 34 TBIs⁸ (sin contar los protocolos modificativos)⁹. De esos 34 TBIs (que no todos están vigentes, pero igualmente denotan la voluntad de Uruguay al acordar tratados), 33 establecen la *posibilidad* de una prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales¹⁰.

4. Ver Fernández Reyes, J. “La cuestión constitucional en el Uruguay con relación al MERCOSUR”, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, 2018.

5. Ver Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, Art. 6.

6. Ver Ley 16.110, Art. 1.

7. Ver, por ejemplo, Debate Parlamentario, Senado, versión taquigráfica de la sesión de la Comisión de Asuntos Internacionales, Carpeta número 869 de 1987, Distribuido número 763 de 1988, 21 de noviembre de 1988, págs. 6 a 19.

8. Ver Sistema de Información sobre Comercio Exterior, Información sobre Uruguay, Tratados Bilaterales de Inversión. No todos los Tratados y sus respectivos Protocolos, se encuentran vigentes. Consultado por última vez el 30 de abril de 2023.

9. No todos los 34 tratados de inversión suscritos por Uruguay se encuentran actualmente vigentes. Los tratados suscritos son con: Alemania, Suiza, Países Bajos, Hungría, Italia, Rumania, Polonia, Reino Unido, Bélgica-Luxemburgo, España, Francia, China, Malasia, República Checa, Venezuela, Suecia, Portugal, Canadá, Panamá, Israel, México, El Salvador, Australia, Finlandia, Arabia Saudita, Armenia, Estados Unidos, India, Corea, Vietnam, Chile, Japón, Emiratos Árabes Unidos, Turquía.

10. La excepción es Arabia Saudita (con quien el tratado no contiene una cláusula de resolución de disputas). Asimismo, de los 33 tratados que ofrecen prórroga de jurisdicción, 32 permiten el acceso al CIADI (siendo China la excepción, con quien el tratado establece que el

El tratado bilateral de inversiones firmado entre Uruguay y Alemania, se ratificó por medio de la Ley 16.110. Esta norma tuvo, además, otra función de gran importancia: establecer el proceso especial de agotamiento de la vía interna en Uruguay que deben seguir todos los inversores para dirimir todas las contiendas que se susciten entre inversores y el Estado uruguayo al amparo de tratados de promoción de inversiones¹¹.

En las siguientes secciones, se analiza el procedimiento previsto por la Ley 16.110 para el agotamiento de la vía interna en Uruguay para las disputas de inversión, y las distintas interpretaciones que existen sobre la vigencia o no del mismo a consecuencia de cambios introducidos por la reforma constitucional de 1997.

II. La ley 16.110 y la reforma constitucional de 1997

i. La Ley 16.110

La Ley 16.110 sobre “[r]atificación del Tratado del fomento y recíproca protección de inversiones de capital suscrito con Alemania” se promulgó el 25 de abril de 1990, con un total de diez artículos. En su Art. 3, dispuso que las todas las contiendas entre inversores extranjeros y la República, que tengan como base jurídica un tratado bilateral de inversiones del que Uruguay es parte, están sujetas a un procedimiento especial, abreviado, de única instancia (no apelable)¹². Dependiendo de la pretensión incoada (*anulatoria, reparatoria, otras*), la norma dispone cuál es el tribunal competente para ese proceso especial. Así, establece dos categorías:

- 1) *Primero*, el Art. 4 dispone genéricamente que la competencia para resolver las disputas objeto de la Ley 16.110, la tienen los Tribunales de Apelaciones en lo Civil (“TAC”). En la demanda, debe hacerse referencia a que la acción ejercida tiene base en un tratado bilateral de inversiones, debidamente identificado¹³. No establece concretamente qué disputas quedan amparadas por este régimen. La idea, tal como la han interpretado tribunales internacionales, es que una vez que el tribunal

procedimiento podrá estar simplemente “inspirado” en el proceso de arbitraje dispuesto por el Reglamento del CIADI).

11. Ver Pereira Campos, Santiago, Barrios, Andrea, Jiménez de Aréchaga, Eduardo, y Pérez, Alejandra, “*Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Uruguay*”, en Esplugues Mota, Carlos, “*Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 672.
12. Ver Ley 16.110, Art. 3.
13. Ver Ley 16.110, Art. 4 (“El procedimiento a seguir será el que a continuación se establece: A) Serán competentes para entender en estos juicios los Tribunales de Apelaciones en lo Civil [...]. C) En la demanda el actor deberá expresar con precisión que promueve la acción al amparo de las normas de un Tratado Bilateral de fomento y protección de inversiones, que deberá individualizar y de conformidad con las disposiciones de la presente ley”); ver también, Pereira Campos, et., al., *op. cit.*, pág. 673.

local haya emitido una decisión, no podrá apelarse la decisión, “y cualquier recurso secundario deberá someterse a arbitraje internacional”¹⁴.

- 2) Segundo, el Art. 9 otorga al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”) competencia para entender en las acciones anulatorias y reparatorias que sean de naturaleza contencioso-administrativa y que se promuevan al amparo de (tengan su base jurídica en) un tratado bilateral de inversiones. La norma dispone que, en este caso, el TCA deberá seguir el proceso abreviado dispuesto por los “artículos anteriores” (esto es, Art. 4 y ss.)¹⁵.

Se hace evidente que existe una distinción, bajo esta norma, entre dos tipos de procesos cuya competencia recae en dos cortes distintas.

Por un lado, el Art. 4 de la ley regula el procedimiento a seguir para las “[l]as contiendas, no resueltas amigablemente, que surgieran entre inversores extranjeros y el Estado, al amparo de Tratados bilaterales de fomento y protección de inversiones, ratificados por la República” (tal como lo define el Art. 3). Dado que la norma no define expresamente cuáles son esas disputas, parte de la doctrina (no toda) las caracteriza como de “naturaleza residual”¹⁶, entendiendo que refiere a los procesos de “cobro de pesos, repetición [...], acciones posesorias, reivindicatorias, declarativas, la acción de cumplimiento, etc”¹⁷—que se promuevan al amparo de un TBI. La competencia para entender en estos procesos recae, bajo esta norma, en el Poder Judicial—concretamente, en los Tribunales de Apelaciones en lo Civil.

Por otro lado, encontramos claramente identificado el proceso anulatorio y contencioso-administrativo de reparación (Art. 9). Este proceso, indica la Ley 16.110, es competencia del TCA—que es un órgano ajeno al Poder Judicial y que, como bien explica la doctrina, fue creado con la “específica finalidad de entender en las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, dictados por cualquier órgano del Estado que actúe en ejercicio de la función administrativa y que hayan sido dictados con desviación, abuso o exceso de poder o violando la ‘regla de derecho’ [...]”¹⁸. Además, como viene de mencionarse, el Art. 9 dispone que los procesos a iniciarse bajo la Ley 16.110 frente al TCA para las acciones anulatorias y reparatorias de naturaleza contencioso-administrativa que se promuevan al amparo de

14. Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay, Laudo Final, 8 de julio de 2016, párr. 41.

15. Ver Ley 16.110, Art. 9 (“Las acciones anulatorias y reparatorias de naturaleza contencioso-administrativa promovidas al amparo de los Tratados a que se refiere la presente ley, se someterán a la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo siguiéndose el procedimiento previsto por los artículos anteriores”).

16. Ver Mantero Mauri, E., Santi, A., “Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). Definiciones de la Suprema Corte de Justicia sobre el agotamiento de la vía nacional previa al arbitraje CIADI”, Tribuna del Abogado, Colegio de Abogados del Uruguay, número 209, octubre / diciembre 2018, pág. 19.

17. Mantero Mauri, E., Santi, A., *op. cit.*, pág. 19, citando a Frugone Schiavone, H., “El fuero de los inversores extranjeros”, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Tomo VII, junio-julio, 1990, N° 37, Montevideo, pág. 3.

18. Ver Pereira Campos, et., al., *op. cit.*, pág. 671.

un tratado bilateral de inversiones, seguirán el procedimiento de los “artículos anteriores” (esto es, Art. 4 y ss.); es decir, un proceso de instancia única, inapelable.

Esta norma, que parecía clara al momento de su aprobación, ha estado posteriormente sujeta a repetidas controversias. Puntualmente, porque las reformas constitucionales han afectado (dicen algunos) la viabilidad práctica que solía tener esta norma. Pasamos a explicar las alteraciones que, se dice, ha sufrido esta norma por la vía constitucional.

ii. La reforma constitucional de 1997

Cuando se aprobó la Ley 16.110, regía en Uruguay la Constitución de 1967, cuyo Art. 312 disponía –en lo relevante– que:

“[d]eclarada la anulación o reservada la acción de reparación, en su caso, se podrá promover el contencioso de reparación ante la justicia ordinaria para la determinación del daño causado. La Ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá ampliar la competencia del Tribunal atribuyéndole conocimiento del contencioso de reparación”.

Lo que establecía esta norma, es que el TCA también podría tener competencia para entender en materia *reparatoria*, si así se lo disponía legislativamente. Sin embargo, en el año 1997, Uruguay aprobó una reforma constitucional que afectó puntualmente el Art. 312, entre otros. El nuevo texto constitucional pasó a disponer que:

“[l]a acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el art. 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare. El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado. En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede Correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declarara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación”.

Naturalmente, esta modificación, que ya no incluye ninguna referencia expresa a la potestad parlamentaria de ampliar la competencia del TCA a las acciones reparatorias, ha generado dos visiones respecto a su repercusión sobre la Ley 16.110.

III. El debate doctrinario respecto a la reforma constitucional de 1997 y su impacto sobre la ley 16.110

Considerando los cambios introducidos al Art. 312 de la Constitución en 1997, la doctrina se ha dividido en cuanto a dos grandes puntos. El primero, es (i) si la reforma

constitucional derogó parcialmente la Ley 16.110 (esto es, la competencia del Art. 9). Y el segundo, es (ii) si considerándola efectivamente derogada en forma parcial, cuál tribunal es competente para entender en acciones reparatorias de naturaleza contencioso-administrativas iniciadas al amparo de un tratado bilateral de inversiones.

Adelantamos lo esencial de las dos posiciones desarrolladas en doctrina. Una posición, sostiene que la competencia del TCA bajo la Ley 16.110 no quedó derogada, pero que aún si así fuera, esa competencia del TCA para entender en acciones reparatorias bajo el Art. 9 de la Ley 16.110, pasa a los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, bajo la estructura abreviada del Art. 4. La segunda posición, considera que la competencia reparatoria del TCA quedó efectivamente derogada y que, en consecuencia, esa competencia debe reasignarse al Poder Judicial en tanto régimen general, y dentro de éste, particularmente a los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo (que supone un proceso ordinario de dos instancias).

i. Derogación o no de la Ley 16.110

Se encuentran, por una parte, quienes entienden que la nueva redacción del Art. 312 de la Constitución no excluye (no deroga) el otorgamiento de competencia reparatoria al Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁹. Se basan en que la nueva referencia del Art. 312 a “*la jurisdicción que la ley determine*”, evitó específicamente la utilización del término “*justicia ordinaria*” (que estaba incluido en la versión original de la reforma) y, en su lugar, se optó por el término “*jurisdicción*”, a modo de incluir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁰.

19. Ver Durán Martínez, A., “*Contencioso Administrativo*”, FCU, Montevideo, 2015, págs. 418, 419, donde cita a Baldi Martínez, J., “*El control jurisdiccional de la administración en los países del cono sur. El caso del Uruguay*”, La Revue Administrative, 52, N° 9, 1999, pág. 97, donde sostiene: “[e]l artículo 312 de la Constitución dejó librado a la ley, determinar ante qué jurisdicción se debería promover la acción reparatoria. En el régimen anterior a la modificación introducida por la reforma constitucional del año 1997, si bien se establecía que se podía promover el contencioso de reparación ante la justicia ordinaria para la determinación del daño causado, también se dejaba a la ley la facultad de ampliar la competencia del tribunal, atribuyéndole conocimiento del contencioso de reparación. Pero a razón de la modificación introducida, fue necesario adecuar la redacción para evitar equívocos. Y de los antecedentes parlamentarios de la Comisión Especial que estudió el proyecto, surge que suprimió de la redacción proyectada la expresión ‘se interpondrá ante la justicia ordinaria’ porque de mantenerla, podría dar lugar a interpretarse que se había derogado la posibilidad de que la ley le asignara al tribunal de lo contencioso administrativo el contencioso de reparación”. Ver, también, Aguirre, G., “*Derecho Legislativo – Teoría General de la Ley*”, Tomo I, FCU, Montevideo, 1997, pág. 57. Ver referencias en Pereira Campos, et., al., *op. cit.*, pág. 675.

20. Ver explicación en Pereira Campos, et., al., *op. cit.*, pág. 675. Esta fue también la posición adoptada por el Dr. Hugo Martins en su declaración como experto en el caso Philip Morris c. Uruguay. Ver Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7 (en adelante “*Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay*”), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013, párr. 126. (“*En su informe pericial, el Dr. Martins, el experto de la Demandada, opina*

En la posición contraria, parte de la doctrina ha explicado que bajo este nuevo texto, se eliminó la potestad parlamentaria de ampliar por 3/5 la competencia del TCA a los procesos contenciosos de reparación²¹. Eliminada dicha potestad parlamentaria, entienden que la reforma constitucional derogó tácitamente la competencia de reparación que el Art. 9 de la Ley 16.110 había otorgado al TCA²². Además, esta posición analiza la elección del término “jurisdicción” en lugar de “justicia”, y sostiene que ello no podría ser una referencia al TCA porque (i) la competencia del TCA es limitada y fijada taxativamente (expresamente) por la Constitución para ciertas situaciones, y porque (ii) el Poder Judicial es quien tiene la función jurisdiccional de principio, y por ende el nuevo Art. 312 de la Constitución estaría refiriendo, de regla, al Poder Judicial, no al TCA.²³

ii. Tribunal competente para entender en acciones reparatorias, asumiendo la derogación del Art. 9 de la Ley 16.110

La interrogante que se plantea entonces dentro de esta segunda cuestión es: si se entiende que la reforma constitucional de 1997 derogó tácitamente el Art. 9 de la Ley 16.110 en cuanto a la competencia reparatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ¿qué tribunal asume esa competencia? Al respecto, se han planteado dos posibilidades.

Considerando derogada tácitamente la competencia del TCA bajo el Art. 9, de la Ley 16.110, en la práctica ha sucedido (aunque sin adentrarse en el análisis teórico de por qué) que la sede apropiada dentro del Poder Judicial para asumir esa competencia, han sido -en Montevideo, para los asuntos mayores a \$500.000 (*pesos uruguayos quinientos*

que las disposiciones de la Ley n.º 16.110 que contemplan la posibilidad de acumular ante el TCA las acciones anulatorias y reparatorias son compatibles con el nuevo texto constitucional, porque la referencia del artículo 312 a ‘la jurisdicción que la ley determine’ es una referencia al TCA”).

21. Ver análisis en Pereira Campos, et., al., *op. cit.*, pág. 675, donde dando cuenta de esta segunda postura mencionan, por ejemplo, a Gómez Haedo, A., “La modificación del art. 312 de la Constitución de la República”, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo VI, Montevideo, 1998, pág. 30 (“[l]a nueva redacción del art. 312 ha suprimido la autorización de la anterior para que la Ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara amplie la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, atribuyéndole el conocimiento del contencioso de reparación”).
22. Ver análisis en, por ejemplo, Mantero Mauri, E., Santi, A., *op. cit.*, pág. 19.
23. Ver Durán Martínez, A., *op. cit.*, págs. 418, 419. El Dr. Hugo Martins también sostuvo esta posición. Sin embargo, los autores Pereira Campos, et., al., *op. cit.*, pág. 675, nota al pie n.º 97, dan cuenta del cambio de posición del Dr. Martins “luego de advertido del cambio de lenguaje de ‘Justicia Ordinaria’ a ‘Jurisdicción’”. Este cambio también fue advertido por el tribunal arbitral en el caso Philip Morris c. Uruguay. Ver Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay, Decisión sobre Jurisdicción, *op. cit.*, párr. 74 (“Según el experto de la Demandada, el Dr. Daniel Hugo Martins, el cambio constitucional “no supone la derogación de la Ley n.º 16.110”. No obstante, esta posición es directamente opuesta a la publicación anterior del Dr. Daniel Hugo Martins, la cual sostenía que las acciones de reparación “deberá[n] recurrirse a la jurisdicción que determine la ley”, que en su opinión no era más el TCA”).

mil)- los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo²⁴. Una explicación, ha sido que dado que la Ley 16.110 supone un régimen de especialidad, eliminada por reforma constitucional la posibilidad de esa especialidad, se volvería (o al menos, se volvió en un caso) al régimen general del Poder Judicial²⁵. Y dentro del Poder Judicial, la Ley 15.881 del 26 de agosto de 1987 dispone que los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo tienen competencia reparatoria patrimonial para los reclamos de naturaleza contencioso-administrativa²⁶.

La posición opuesta, sostiene que incluso si efectivamente hubiera una derogación tácita, ésta sólo afecta a la competencia otorgada bajo el Art. 9, más no a aquella otorgada bajo el Art. 4 a los Tribunales de Apelaciones en lo Civil. Quienes adhieren a esta posición entienden que, bajo la Ley 16.110, la competencia para las disputas de inversión fue dada a los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, “y *supletoriamente, al TCA*”²⁷. En esta parte de la doctrina se encuentran algunos expertos como Santiago Pereira Campos, Andrea Barrios, Eduardo Jiménez de Aréchaga, y Alejandra Pérez²⁸. Algunos autores notan que la solución de otorgar competencia a los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo sería contraria a la *ratio legis* de la Ley 16.110, cuyo objetivo habría sido otorgar competencia sobre cuestiones de importancia como el agotamiento de la vía interna, a tribunales de mayor jerarquía institucional²⁹. Esta segunda posición sustentada por Pereira Campos *et. al.*, entiende que en cualquier caso (sea que la Constitución derogó o no la facultad legislativa de ampliar la competencia del TCA a las acciones reparatorias) el procedimiento

24. La participación del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 2º Turno como tribunal competente en primera instancia en el caso “*Poliedra Sanita Spa c/ República Oriental Del Uruguay - Reparatorio Patrimonial Por Responsabilidad Adm. Por Acto, Reparatorio Patrimonial Por Responsabilidad Adm. Por Hecho, Reparatorio Patrimonial Por Responsabilidad Jurisd. Por Acto, Reparatorio Patrimonial Por Responsabilidad Adm. Por Omisión*”, IUE No. 0002-054805/2014, se verifica por sentencia N° 1.546/2018 de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 27 de septiembre de 2018, ficha 2-54805/2014.

25. Ver análisis en, por ejemplo, Mantero Mauri, E., Santi, A., *op. cit.*, pág. 20.

26. Notar que los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo suponen una primera instancia, no una *única* instancia. Las acciones frente a esta sede, admiten recurso de apelación frente a un Tribunal de Apelaciones en lo Civil.

27. Ver Pereira Campos, *et. al.*, *op. cit.*, pág. 677.

28. Ver Pereira Campos, *et. al.*, *op. cit.*, pág. 676 (“*Aun en el caso de que se entienda que la reforma Constitucional ha derogado la facultad del legislador de otorgarle competencia reparatoria al TCA, consideramos que la ley sigue vigente*”).

29. Ver análisis en, por ejemplo, Mantero Mauri, E., Santi, A., *op. cit.*, pág. 19. En la página 20, sostienen que “*el art. 9 aunque se considerara derogado en cuanto atribuye competencia al TCA, debe considerarse vigente en cuanto ordena seguir para las acciones reparatorias el mismo procedimiento abreviado de los arts. 4 a 8, en única instancia*”. En la página 19 de su publicación, los autores mencionan, sin embargo, que “[l]a doctrina ha identificado que los casos de competencia de los Tribunales de Apelaciones son los relativos a reclamos no indemnizatorios [...]” (énfasis agregado). Los autores no mencionan la posibilidad de que los TAC tengan competencia sobre reclamos *indemnizatorios* –omisión que el presente artículo, en la medida en que es simplemente descriptivo, no necesariamente interpreta como una afirmación concluyente de una posición ni la otra.

a seguirse para el agotamiento de la vía interna debe igualmente mantenerse bajo la Ley 16.110 (esto es, debe ser frente a Tribunales de Apelaciones en lo Civil según dispone el Art. 4³⁰), puesto que:

- i. La eventual derogación tácita alcanzaría exclusivamente al Art. 9 referido a la competencia reparatoria del TCA. Así, entienden que “la ley 16.110 otorga competencia en todas las controversias de inversiones a los TAC, y supletoriamente, al TCA”³¹.
- ii. En consecuencia, incluso entendiendo que un proceso un contencioso de reparación puede sólo ser resuelto frente al Poder Judicial y no frente al TCA (por la eventual derogación tácita del Art. 9 de la Ley 16.110), “es constitucionalmente válido el otorgamiento de competencia de la ley 16.110 a los TAC [Tribunales de Apelación] para todas las controversias con inversores, salvo para aquellas que la propia Constitución otorga competencia exclusiva al TCA”³².

IV. Jurisprudencia: sentencias y laudos

Se han emitido en Uruguay algunas sentencias sobre las cuales parte de la doctrina se basa para sostener que la competencia del TCA bajo el Art. 9 de la Ley 16.110 ya no se encuentra vigente (aunque de momento la jurisprudencia no se ha pronunciado con claridad respecto a cuál, si no el TCA, es el tribunal competente dentro del Poder Judicial para entender de forma originaria y por qué). Notoriamente, todas las decisiones se emitieron en el marco de un mismo proceso (el proceso *Poliedra Sanita SPA c/ República Oriental del Uruguay*). En ese proceso, y en resumen, un inversionista italiano inició en 2014 dos acciones paralelas de reparación: una frente al TCA, y otra frente al Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo. Esto derivó en que, primero, el Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo declinó jurisdicción en junio de 2015, sosteniendo que la jurisdicción correspondía al TCA. Esa sentencia fue apelada por el inversionista frente al Tribunal de Apelaciones en lo Civil, que el 11 de noviembre de 2015 revocó la sentencia indicando que debía estarse a lo que estableciera el TCA. Este último, el TCA, declinó jurisdicción sosteniendo que bajo la Ley 16.110 ya no tenía competencia para entender en la acción reparatoria a consecuencia de la reforma constitucional de 1997. Así, el Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 2º Turno volvió a asumir competencia y analizar la disputa, esta vez en los méritos, y desestimó la demanda del inversionista, entendiendo que no habían existido violaciones al trato justo y equitativo. Acto seguido, el inversionista llevó la decisión al Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, que confirmó la sentencia en octubre de 2017. Por consiguiente, el inversionista interpuso un recurso de casación frente a la Suprema Corte de Justicia. Desafortunadamente, al desestimar el recurso de casación

30. Ver Pereira Campos, et., al., op. cit., pág. 676.

31. Ver Pereira Campos, et., al., op. cit., pág. 677.

32. Ver Pereira Campos, et., al., op. cit., pág. 677.

(en 2018) por no considerar que había existido violación a la obligación de asegurar un trato justo y equitativo al inversionista, la Suprema Corte de Justicia no se pronunció respecto a qué tribunal tenía competencia originaria para entender en acciones reparatorias al amparo de un tratado de inversiones.

Debajo analizamos brevemente cada decisión.

Primero, el Juzgado Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 2° Turno emitió el 10 de junio de 2015 las sentencias interlocutorias N° 32 y 33, por las que declaró la incompetencia de la sede para entender en la causa, pero a la vez, declaró la existencia de litispendencia y clausuró el proceso. Esas sentencias fueron apeladas frente al Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno³³.

Segundo, el 11 de noviembre de 2015 se expresó el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° turno. El TAC, en oportunidad de analizar la sentencia del Juez Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 2do Turno que –por litispendencia– declinaba competencia para entender en acciones de agotamiento de la vía interna en virtud del TBI Uruguay-Italia, sostuvo que debía estarse a la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para determinar quién tiene competencia reparatoria en procesos de agotamiento de la vía interna (esa decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo había sido emitida un día antes, el 10 de noviembre de 2015 –y desconocemos cuando fue notificada–, por lo que es entendible que la decisión del TAC se emitiera con desconocimiento de la posición ya expresada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo). En concreto, la disyuntiva que enfrentó el TAC fue la siguiente:

*“coexisten dos procesos: uno, radicado ante la Justicia Ordinaria y, otro, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Se trata, pues, de establecer en qué órgano radica la jurisdicción, lo que concita la atención sobre un tema de vigencia de ciertas normas involucradas y, consecuentemente, sobre la jurisdicción que será una sola, resultando innecesario abordar el punto relativo a la litispendencia, porque, o bien la Ley N° 16.110 del 7.5.90 torna competente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo –deviniendo naturalmente excluidas la Sede a quo y este Tribunal–, o bien la reforma constitucional de 1997 abrogó la Ley N° 16.110 y, por ende, la Justicia Ordinaria es la única con jurisdicción en el tema de obrados”.*³⁴

La conclusión del TAC, fue que “*corresponde aguardar la decisión del órgano de rango institucional superior, puesto que si el TCA se declara competente, dado su rango institucional, corresponderá que la Sede a quo declare su falta de jurisdicción. En cambio, si el TCA se declara*

33. Ver sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, DFA 0006-000637/2015 – SEI 0006-000086/2015 de 11 de noviembre de 2015, donde constan las sentencias interlocutorias del Juzgado Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 2° Turno, y los motivos de su apelación.

34. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, DFA 0006-000637/2015 – SEI 0006-000086/2015 de 11 de noviembre de 2015. Notar que el tribunal no se pronunció expresamente sobre la vigencia o derogación del Art. 9 en cuestión. Ver comentario en Mantero Mauri, E., Santi, A., *op. cit.*, pág. 20.

incompetente, la Justicia Ordinaria será la que deberá pronunciarse, por ostentar la jurisdicción en el tema involucrado.” Y, en consecuencia, revocó la decisión del Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo que había declinado jurisdicción en favor del TCA, y determinó que debía esperarse a las “*resultancias del proceso tramitado ante el TCA, puesto que diversa habrá de ser la solución si dicho Tribunal declara su jurisdicción para entender en el proceso instaurado ante sí o si declara su falta de jurisdicción. En esta segunda hipótesis, tanto el órgano de primera instancia como esta Sala habrán de tramitar el presente proceso*”. En conclusión, decidió “*revocar la recurrida y, en su mérito, suspender el presente proceso hasta que el TCA dicte sentencia sobre el tema concerniente a la jurisdicción para entender en la pretensión reparatoria deducida contra el Estado uruguayo*”.

Tercero, el 10 de noviembre de 2015 (un día antes de la sentencia del TAC), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo emitió la sentencia N° 850 (en el marco del caso “*Poliedra Sanita SPA c/ República Oriental del Uruguay - Demanda de Reparación patrimonial por trato injusto, inequitativo y discriminatorio*”). En ella, declinando jurisdicción, sostuvo que la competencia reparatoria en materia de agotamiento de la vía interna bajo la Ley 16.110 no le corresponde dado que la misma fue derogada tácitamente por la reforma constitucional de 1997³⁵. Al respecto, los autores Mantero y Santi comentan que la sentencia “*sostuvo expresamente la derogación del art. 9 de la Ley N° 16.110 que atribuyó competencia reparatoria al TCA para entender en casos de protección de la inversión extranjera*”³⁶. En concreto, el TCA expresó que “*aquella disposición legal [en referencia al Art. 9] resultó derogada de forma tácita*” y que, en consecuencia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no puede entender sobre reclamos de naturaleza reparatoria patrimonial³⁷. Esta sentencia, en cualquier caso, no aclara qué tribunal tiene competencia originaria: esto es, si la competencia se mantiene dentro del régimen especial de la Ley 16.110 (ergo, pasa a los Tribunales de Apelaciones en lo Civil) o si pasa al régimen general del Poder Judicial (ergo, Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo).

Cuarto, y como se adelantó, luego de que el Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo volviera a asumir jurisdicción y fallara en contra del inversionista, y luego de que esa sentencia fuera confirmada en apelación por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, el inversionista interpuso un recurso de casación (que fue decidido por la Suprema Corte de Justicia el 27 de septiembre de 2018). En su decisión, la SCJ se limitó a evaluar los méritos del recurso de apelación (que atendían, tanto como la demanda frente al Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo, a un supuesto error “grosero” del Juzgado Letrado de Concursos de 2° Turno), y concluyó que “*[t]al razonamiento del juzgador no perfila, un supuesto de error grosero, protuberante e inexcusable, como para constituirse en la causa detonadora de una responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional. Y no lo constituye, ya sea que el caso se juzgue desde la óptica del Derecho interno o desde el del Derecho*

35. Ver Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 850 de 10 de noviembre de 2015.

36. Mantero Mauri, E., Santi, A., *op. cit.*, pág. 20.

37. Ver Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 850 de 10 de noviembre de 2015.

Internacional Público.³⁸ Sin embargo, como se indicó, la SCJ no se pronunció respecto a la competencia para entender en acciones reparatorias al amparo de tratados de inversión.

El debate sobre los efectos de la reforma constitucional de 1997 sobre la Ley 16.110, se hizo también presente en el caso CIADI “*Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. la República Oriental del Uruguay*” (en adelante, “*Philip Morris c. Uruguay*”).

En ese caso, el tratado relevante (entre Uruguay y Suiza) establecía que la vía interna debía agotarse persiguiendo una decisión judicial dictada en un procedimiento de una sola instancia, inapelable, y en el plazo de 18 meses³⁹. Este requisito, exige la existencia de una sede judicial que pueda entender sobre *todas* las pretensiones incoadas por el inversor, y en una única instancia no apelable y que dure más de 18 meses desde que se presenta hasta que se emite la sentencia final. A los efectos de esa disputa, se requería que existiera un tribunal que pudiera entender tanto sobre pretensiones anulatorias como reparatorias, y en una única instancia.

Philip Morris argumentaba que la reforma constitucional de 1997 había derogado tácitamente la potestad reparatoria del TCA, y por ende esa “doble competencia” anulatoria y reparatoria ya no existía bajo la Ley 16.110; y, en consecuencia, esa ley ya no regía el agotamiento de la vía interna en los términos requeridos por el TBI entre Uruguay y Suiza. Al respecto, la Decisión sobre Jurisdicción resume que “[*las demandantes sostuvieron que*] la reforma constitucional de Uruguay de 1997 derogó implícitamente la Ley n° 16.110 mediante la prohibición de presentaciones simultáneas de acciones de nulidad y de resarcimiento de daños, objetivo de la Ley n° 16.110”⁴⁰. La Decisión sobre Jurisdicción señala, además, que el experto de las demandantes explicó:

“[e]l art. 312 prevé una opción entre la acción reparatoria y la acción de nulidad que excluye la posibilidad de tramitar ambas acciones en simultáneo. En consecuencia, cualquier disposición que estableciera la posibilidad de tramitar ambos procesos en simultáneo resultaría contraria a la Constitución [...] Quiere decir que dicha disposición [de la Ley n° 16.110], por un lado le otorga al TCA competencia en materia de reparación patrimonial y por otro, permite la acumulación de las pretensiones anulatorias y reparatorias en un mismo proceso, lo cual resulta manifiestamente incompatible con la superviniente reforma constitucional”⁴¹.

Uruguay, por su parte, sostuvo que el TCA mantiene competencia para entender acumulativamente en acciones anulatorias y reparatorias, en la medida en que el nuevo texto del Art. 312 de la Constitución (“[l]a acción de reparación de los daños causados por

38. Sentencia N° 1.546/2018 de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 27 de septiembre de 2018, ficha 2-54805/2014.

39. Ver Tratado Bilateral de Inversiones entre Uruguay y Suiza, Art. 10.2.

40. Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay, Decisión sobre Jurisdicción, *op. cit.*, párr. 74.

41. Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay, Decisión sobre Jurisdicción, *op. cit.*, párr. 127.

los actos administrativos [...] se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine”), lo designa (por el término “jurisdicción” en lugar de “justicia ordinaria”). Así, el laudo final nota que, según el argumento esgrimido por Uruguay:

“[e]l cambio constitucional ‘no supone la derogación de la Ley n° 16.110’⁴² sino que “[a]nte los Tribunales de Apelaciones en lo Civil deberán presentarse todas las demandas contra el Estado – salvo ‘las acciones anulatorias y reparatorias de naturaleza contencioso administrativa’ que lo serán ante el TCA, según lo dispone el artículo 9 de la Ley n° 16.110”⁴³ [y que, en opinión de Uruguay], “[l]as disposiciones de la Ley n° 16.110 que contemplan la posibilidad de acumular ante el TCA las acciones anulatorias y reparatorias son compatibles con el nuevo texto constitucional, porque la referencia del artículo 312 a ‘la jurisdicción que la ley determine’ es una referencia al TCA”⁴⁴.

Analizando ambas posiciones (y en ocasión de analizar si era posible la acumulación de pretensiones anulatorias y reparatorias en el mismo TCA), el tribunal arbitral finalmente concluyó que la competencia reparatoria patrimonial de naturaleza contencioso-administrativa no le corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“[l]a nueva disposición establece que declarada la anulación por el TCA ‘podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente’. La palabra ‘luego’ del contencioso de reparación ‘ante la sede correspondiente’ denota un procedimiento separado ante un tribunal ajeno al TCA”⁴⁵ [y que] “[d]ebido a los cambios en la Constitución de Uruguay, las partes críticas de la Ley n.º 16.110 ya no son operativas de manera que no se permite una decisión única e inapelable para la nulidad y la reparación. Esto es

42. Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay, Decisión sobre Jurisdicción, *op. cit.*, párr. 75.

43. Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay, Decisión sobre Jurisdicción, *op. cit.*, párr. 121, citando al “Informe de experto del Dr. Hugo Martins, anexo a la Réplica”, párr. 22.

44. Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay, *op. cit.*, párr. 126. Es de notar que, en el marco del procedimiento arbitral, las Demandantes pusieron en evidencia una previa publicación del Dr. Martins donde sostuvo que “el art. 312 reformado dice que deberá interponerse la acción de reparación ante la jurisdicción que la ley determine, y aquí la ley parecería que puede otorgarle al Poder Judicial, pero no podría otorgarle al Tribunal de lo Contencioso [TCA] porque para mí el Tribunal de lo Contencioso tiene competencia cerrada, es decir es la que a texto expreso está establecida en la Constitución... parecería que podemos deducir que cuando dice ‘deberá recurrirse a la jurisdicción que determine la ley’ no está comprendido el [TCA]” (Hugo Martins, D., “Algunos Aspectos del Repatorio Patrimonial”, Reflexiones sobre la Reforma Constitucional del 1996, párrs. 130 y 134). Como se ha visto previamente, los autores Pereira Campos, *et. al.*, *op. cit.*, pág. 675, explican que el cambio en la posición del Dr. Martins se debió a que “[advirtió el] cambio de lenguaje de ‘Justicia Ordinaria’ a ‘Jurisdicción’”.

45. Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay, Decisión sobre Jurisdicción, *op. cit.*, párr. 121, citando al “Informe de experto del Dr. Hugo Martins, anexo a la Réplica”, párr. 128.

contrario al requisito del TBI de que el inversor persiga una ‘decisión judicial dictada en un procedimiento de una sola instancia’⁴⁶.

Entendiendo que el Art. 9 de la Ley 16.110 no era de aplicación, el tribunal concluyó que “*en consideración de lo antedicho, es evidente que no es posible presentar reclamos bajo el Tratado en un proceso legal único e inapelable en Uruguay en virtud de la Ley n.o 16.110, o de otra manera*”.

V. Conclusión

Al inicio de este breve artículo de análisis, señalábamos que Uruguay es un país proclive al arbitraje, dado que, entre otras razones, su legislación y práctica judicial son estables y generan seguridad jurídica. Y esto sigue siendo cierto. Pero hay puntos a mejorar. Que el debate respecto a los efectos de la reforma constitucional de 1997 sobre la Ley 16.110 siga aún vigente, supone una inseguridad adicional para los inversionistas extranjeros en cuanto al acceso a uno de sus principales derechos (el derecho a acudir al arbitraje). Sea por decisiones judiciales o por normativa, se hace imperativo que la cuestión quede esclarecida.

En cualquier caso, al iniciar procedimientos de agotamiento de la vía interna en Uruguay, los inversionistas deberán tomar en consideración qué condiciones de agotamiento de la vía interna exige el tratado de inversión en cuestión, qué pretensiones puntuales tiene el inversionista (de qué naturaleza), y qué estructuras procesales disponibles (sobre las que, repetimos, no hay unanimidad) le permitirían al inversionista agotar apropiadamente sus recursos internos en Uruguay para, posteriormente, poder acudir a un tribunal arbitral de inversiones.

46. Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay, Decisión sobre Jurisdicción, *op. cit.*, párr. 73.

9.

CONSENT TO ARBITRATION AND THE GERMAN CONSTITUTION: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION IN THE PECHSTEIN CASE

MESUT AKBABA¹

Arbitration and constitutional law are not very often discussed together. While, admittedly, this changes with the rising (constitutional) criticism of investment arbitration and developments in sports arbitration, the relationship between arbitration and constitutional law still seems to be a sparsely touched issue, at least in German scholarship. This is somewhat surprising. Not only is access to justice and proper dispute resolution guaranteed by the German Constitution, the requirement of consent for arbitration, according to many the very “foundation stone”² of arbitration, is, in essence, a constitutional requirement.

That important constitutional questions to the very fundamental issues of arbitration still can arise today is shown by a recent decision of the German Federal Constitutional Court,³ which also seems to be the first decision of the German Federal Constitutional Court dealing with arbitration between private parties.⁴ By example of this decision, the Chapter will show the relation between consent to arbitration and constitutional guarantees and how the quality of consent given can impact the requirements that have to be met in an arbitral procedure. It will do so by, first, introducing to the constitutional framework of dispute resolution in Germany (A.) before answering the question why consent is traditionally regarded as the “foundation stone” of arbitration (B.). Then it will outline the myriad of decisions leading to the recent decision of the German Federal Constitutional Court and the decision of the Court itself (C.), before outlining the learnings of the decision and what they mean for arbitration in Germany in general (D.).

-
1. Legal Trainee at the Higher Regional Court of Celle, Tribunal Secretary to Stefan Kröll, and Doctoral Candidate at Bucerius Law School.
 2. Nigel Blackaby and others, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (7th edn, OUP 2023) para 2.01.
 3. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, *SchiedsVZ* 2022, 296.
 4. Heiner Kahlert, ‘Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit’ (2023) 21 *SchiedsVZ* 2, 2.

A. Constitutional Framework of Dispute Resolution

The German Constitution (“**Basic Law**”, “**GG**” (Grundgesetz)) offers a variety of provisions regulating the resolution of disputes.⁵ The most important ones to consider regarding the resolution of private disputes and arbitration are Art. 92 (I.) and Art. 101 of the Basic Law (II.) as well as the Basic Law’s general access to justice guarantee (Justizgewährungsanspruch) (III.). Other regulations are important to mention to understand the Basic Law’s approach or rather image of proper dispute resolution (IV.).

I. Art. 92 GG

Art. 92 of the Basic Law, i.a., states that the “judicial power shall be vested in the judges”⁶ and “shall be exercised by the Federal Constitutional Court, by the federal courts provided for in this Basic Law and by the courts of the Länder”, the federal states of Germany. Neither are arbitral tribunals considered courts in the sense of Art. 92 GG, nor are arbitrators considered judges in the sense of the Article.⁷ Art. 92 GG establishes (primarily)⁸ a principle of state structure,⁹ so it is not at the disposition of the individual.¹⁰ Yet, Art. 92 GG is not an obstacle for arbitration. This was also confirmed by the German Constitutional Court in its Pechstein decision, which will be discussed in more detail in this chapter.¹¹ Rather Art. 92 GG has to be read in its historic and systematic context: the *judicial* power (as opposed to the executive and legislative powers) of the state shall be exercised by judges (instead of, e.g., state executives).¹²

5. See especially Part IX “The Judiciary” of the Basic Law, ranging from Art. 92 to 104 of the Basic Law.
6. Translation by Professor Christian Tomuschat, Professor David P. Currie, Professor Donald P. Kommers and Raymond Kerr, in cooperation with the Language Service of the German Bundestag. This translation will be used throughout the entire Chapter.
7. Kaspar Henrik Möller, *Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht: eine Studie zu Rechtsrahmen und Kontrolle nichtstaatlicher Streitentscheidung im Verwaltungsrecht* (Duncker & Humblot 2014) 76.
8. For a subjective right based on Art. 92 Basic Law in combination with other provisions of the Basic Law, see Christian Hillgruber, ‘Art. 92 GG’ in Günter Dürig and others (eds), *Grundgesetz Kommentar* (99th supplementary delivery, CH Beck, September 2022) para 17.
9. Martin Kment, ‘Art. 92 GG’ in Hans D Jarass, Bodo Pieroth and Martin Kment, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar* (17th edn, CH Beck 2022) para 1; Christian Hillgruber, ‘Art. 92 GG’ in Günter Dürig and others (eds), *Grundgesetz Kommentar* (99th supplementary delivery, CH Beck, September 2022) para 17.
10. For the relevance of waiver for the interplay between arbitration and the constitution, see below B.
11. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, *SchiedsVZ* 2022, 296, para 39.
12. Heiner Kahlert, ‘Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit’ (2023) 21 *SchiedsVZ* 2, 3; Rolf Stober, ‘Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit’ (1979) 32 *NJW* 2001, 2003-2004.

Arbitrators do not exercise any state authority, meaning also not any judicial power of the state. Hence, arbitration does not interfere with Art. 92 GG.

II. Art. 101 GG

Article 101 GG is relevant in two regards. First, Art. 101(1) Sentence 1 GG states that “[e]xtraordinary courts shall not be allowed.” There is consensus that this provision does not prohibit arbitration. First, arbitral tribunals are not courts in the sense of the Basic Law, as already stated above.¹³ Second, this provision, too, must be understood in its historic context: the role of Article 101(1) Sentence 1 GG is intended to prohibit the *state* from arbitrarily establishing courts for individual cases.¹⁴ This is not a scenario encountered with in arbitration between two private parties.

Second, and more importantly, Article 101(1) Sentence 2 GG states that “[n]o one may be removed from the jurisdiction of his lawful judge.” Judge in the sense of Article 101(1) Sentence 2 GG is any official appointed as judge by state act, insofar as they perform specific judicial duties.¹⁵ Judicial duties cover especially the act of deciding legal disputes.¹⁶ Besides that, also state courts themselves as organizational units and as decision-making bodies are considered judges in the meaning of Article 101(1) Sentence 2 GG.¹⁷

The *lawfulness* of a judge has formal and material aspects. Formally a lawful judge is a judge whose competences are determined by a statutory provision in an abstract-general manner.¹⁸ The reason behind this is that it shall not be possible to determine the competent judge or court individually on a case-by-case basis to diminish every possibility of influence on the outcome of the dispute by choosing a judge of one’s liking.¹⁹ In a material

13. Reinhold Geimer, ‘Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht)’ in Peter Schlosser (ed), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz: die Organisation der Rechtsberatung: Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht* (Giesecking Verlag 1994, 113, 121; Heiner Kahlert, ‘Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit’ (2023) 21 *SchiedsVZ* 2, 5; Wolfram Distler, *Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung* (Peter Lang 2000) 71-72.
14. Reinhold Geimer, ‘Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht)’ in Peter Schlosser (ed), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz: die Organisation der Rechtsberatung: Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht* (Giesecking Verlag 1994, 113, 121; Heiner Kahlert, ‘Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit’ (2023) 21 *SchiedsVZ* 2, 5; Wolfram Distler, *Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung* (Peter Lang 2000) 72.
15. Monika Jachmann-Michel, ‘Art. 100 GG’ in Roman Herzog and others (eds), *Maunz Dürig Grundgesetz Kommentar*, (90th supplement, Beck 2020) para 30.
16. Monika Jachmann-Michel, ‘Art. 100 GG’ in Roman Herzog and others (eds), *Maunz Dürig Grundgesetz Kommentar*, (90th supplement, Beck 2020) para 31.
17. Cf Helmuth Schulze-Fielitz ‘Art. 101 GG’ in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz-Kommentar* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018) para 27.
18. Helmuth Schulze-Fielitz ‘Art. 101 GG’ in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz-Kommentar* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018) para 18.
19. Cf Helmuth Schulze-Fielitz ‘Art. 101 GG’ in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz-Kommentar* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018) para 18.

respect a lawful judge is a judge or court that fulfills in each regard the requirements of the Basic Law. These requirements are, for example, that courts are courts of the state (Article 92 GG),²⁰ that only judges execute state justice (Article 92 GG),²¹ and that courts have an organizational independence (Article 2(2) Sentence 2 GG).²²

Arbitral tribunals and arbitrators do not fulfill many of the requirements above. For example, arbitrators are not appointed by state act as state officials and it is regarded as one of the great advantages of arbitration that arbitrators are appointed according to the specific needs of a case.²³ There are multiple ways the conflict between arbitration and Art. 101(1) Sentence 2 GG is solved. Notwithstanding that arbitrator do not fulfill many of the criteria above, one view qualifies them as lawful judges in the sense of Art. 101 GG.²⁴ Others argue that Art. 101(1) Sentence 2 Basic Law is only applicable in the judicial system of the state.²⁵ This means that if jurisdiction is lawfully shifted to an arbitral tribunal the requirements of Art. 101(1) 2 GG are not applicable directly. Finally, a third group emphasizes the aspect of “removal” of the lawful judge.²⁶ This means that as long as the person is not removed of his lawful judge, i.e., because they have waived this right, there is no conflict between arbitration and this constitutional guarantee.

III. Access to Justice

The German constitution guarantees access to (state court) justice expressly and impliedly. In Art. 19(4) Sentence 1 GG it states that “[s]hould any person’s rights be violated by public authority, he may have recourse to the courts.” As recourse to courts in Art. 19(4) is only granted in cases of violation by public authority, the relevance of this protection in arbitration between private parties is rather narrow at best. Impliedly, however, the Basic Law has a general access to justice guarantee (allgemeiner Justizgewährungsanspruch) as well. This general access to justice guarantee is considered to be part of the rule of law in

20. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 17 December 1969 – 2 BvR 271/68, 2 BvR 342/68, BVerfGE 27, 312, 320.

21. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 6 June 1967 – 2 BvR 375/60, 2 BvR 53/60, 2 BvR 18/65, BVerfGE 22, 49, 73.

22. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 17 November 1959 – 1 BvR 88/56, 1 BvR 59/57, 1 BvR 212/59, BVerfGE 10, 200, 213ff; 17 December 1969 – 2 BvR 271/68, 2 BvR 342/68, BVerfGE 27, 312, 321.

23. See below C.I.

24. Rolf A Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren* (7th edn, CH Beck 2021) 2 para 6.

25. Tim Hulsötter, *Die Unwirksamkeit von Schiedsvereinbarungen im Berufssport* (Duncker & Humblot 2019) 81; Hans-Jürgen Papier, ‘§ 176 Justizgewähranspruch’ in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (3rd edn, CF Müller 2010) para 2.

26. Peter Schlosser, *Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit* (Goldmann 1972) 114; Wolfram Distler, *Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung* (Peter Lang 2000) 59-62; on the issue of waiver see below B.

connection with the fundamental rights of the Basic Law, especially with Article 2(1)²⁷ Basic Law.²⁸

The general access to justice guarantee is the flipside of the state monopoly on legitimate use of force.²⁹ Since a person claiming to have been violated in his or her individual right or claiming that such a right is not recognized by others is generally not allowed to exercise self-administered justice, the constitution guarantees that the person can seek help from the state to have the violation of his or her right lifted or the right enforced.³⁰ In such scenarios the state not only guarantees the existence of and the access to a state court system, but in principle also a comprehensive factual and legal examination of the subject matter and a binding decision through a judge—a state official.³¹

As already stated above, arbitral tribunals are not organs of the judicial system of the Federal Republic of Germany and arbitrators are not officials of the state. As the competence of an arbitral tribunal to decide a particular dispute leads to the incompetence of a state court to decide that dispute,³² declaring an arbitral tribunal competent also means limiting a person's access to justice rights. The justification for this limitation is found in interpreting one's consent to arbitration as a waiver of their right, as will be elaborated below.³³

27. Article 2(1) Basic Law reads: „Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.”

28. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 20 June 1995 – 1 BvR 166/93, BVerfGE 93, 99, 107; 29 April 2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 401; 23 October 2007 – 1 BvR 782/07, BVerfGE 119, 292, 296–297; 15 January 2009 – 2 BvR 2044/07, 122, 248, 271.

29. Helmuth Schulze-Fielitz ‘Art. 20 GG (Rechtsstaat)’ in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz-Kommentar* (3rd edn, Mohr Siebeck 2015) para 211; Stefan Huster and Johannes Rux, ‘Art. 20 GG’ in Volker Epping and Christian Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz* (45th edn, CH Beck 2020) para 199.

30. Hans-Joachim Musielak ‘Zivilprozessordnung: Einleitung’ in Hans-Joachim Musielak and Wolfgang Voit (eds) *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (17th edn, Vahlen 2020) para 6.

31. Helmuth Schulze-Fielitz ‘Art. 19 Abs. 4 GG’ in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz-Kommentar* (3rd edn, Mohr Siebeck 2013) para 84; Hans-Joachim Musielak, ‘Zivilprozessordnung: Einleitung’ in Hans-Joachim Musielak and Wolfgang Voit (eds) *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (17th edn, Vahlen 2020) para 6.

32. See also Section 1026 German Code of Civil Procedure (“ZPO”, (*Zivilprozessordnung*)) which reads: “In matters governed by sections 1025 to 1061 [which encompass the following division: general provisions, arbitration agreement, formation of the arbitral tribunal, jurisdiction of the arbitral tribunal, conduct of the arbitral proceedings, arbitral award and termination of the proceedings, legal remedies against the arbitral award set aside, prerequisites for the recognition and enforcement of arbitral awards] a court may intervene only insofar as provided for by the present Book.” (Translation looked after by Samson Übersetzungen GmbH, Dr Carmen von Schöning).

33. See below B.

IV. *Further Important Regulations*

In addition to the provisions explained in more detail above and their relation to arbitration between private parties, the Basic Law is also rich of explicit or implicit provisions that show how dispute resolution mechanisms were generally envisaged by the drafters of the constitution. They may not directly have an impact on the question of arbitral jurisdiction but can affect the arbitral procedure as will be shown below.³⁴

Some of the material requirements of a “lawful judge” in the sense of Article 101(1) Sentence 2 GG were already pointed out above.³⁵ In addition, the lawful judge must be neutral and distant to all parties to the proceedings and impartial.³⁶ In addition, Art. 97(1) GG states that judges “shall be independent and subject only to the law.” Art. 103(1) GG guarantees that “[i]n the courts every person shall be entitled to a hearing in accordance with law”, in other words it grants a right to be heard.

These regulations, as can be seen from their wording, are primarily directed to state courts and state judges. Yet, as will be shown, arbitral proceedings must meet certain requirements deriving from the rule of law,³⁷ making it important to consider these regulations also in the context of arbitration.³⁸

B. *The Constitutional Role of Consent*

As shown above, many provisions of the Basic Law do not affect arbitral jurisdiction directly. Yet, – at least according to the traditional understanding – the access to justice guarantee requires a waiver so that arbitral jurisdiction does not infringe it. The right to a lawful judge requires the same, depending on which view one follows.

Such a waiver is read into the parties’ agreement to arbitrate their dispute, i.e., the arbitration agreement.³⁹ Read this way, it is very much understandable why the arbitration

34. See below especially C.II.2 and D.I.

35. See above A.II.

36. See eg, German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, *SchiedsVZ* 2022, 296, para 53 with further references; Gerd Morgenthaler, ‘Art. 101 GG’ in Volker Epping and Christian Hillgruber (eds), *BeckOK Grundgesetz* Beck’sche Online (54th edn, CH Beck 2023) para 14 with further references.

37. See below especially C.II.2 and D.I.

38. If one views arbitrators as „lawful judges“ in the sense of Art 101(1) Basic Law, these provisions would presumably be directly applicable.

39. Christian Wolf and Nassim Eslami, ‘§ 1025 ZPO’ in Volkert Vorwerk and Christian Wolf (eds), *BeckOK ZPO* (48th edn, CH Beck 2023) para 2; Joachim Münch ‘Vorbemerkungen zu § 1025 ZPO’ in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (6th edn CH Beck 2022) para 7; comp German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 3 April 1980 – III ZR 47/79, *NJW* 1980, 2136, 2136 regarding a waiver of the right to a lawful judge in Art. 101(1) Basic Law.

agreement or the consent of the parties is understood as “foundation stone”⁴⁰ of very arbitration. In addition, beyond the waiver alone, the ability itself to conclude an arbitration agreement is rooted in the constitution, especially, the protection of party autonomy and freedom of contract (both Art. 2(1) GG).⁴¹

Since arbitration is, therefore, based on party *autonomy* and *freedom* of contract and especially because of German constitutional law theory on waivers, the waiver, and thus the process of consent to arbitration, i.e., the arbitration agreement, must include an element of voluntariness.⁴² Two questions emerge from this: First, what level of voluntariness is required to waive one’s rights as much as possible?⁴³ Second, what – if any – are the consequences of waiver and, accordingly, consent with lower levels of voluntariness than that?

The first question has not been conclusively settled in German jurisprudence and scholarship.⁴⁴ Regarding the second question, the BVerfG’s decision in Pechstein delivers interesting insights and shall therefore be analyzed further.

C. The Pechstein Saga and the Constitutional Court’s Decision

I. History of the Pechstein Case and Previous Decisions

The whole saga around Claudia Pechstein, a German speed skater, holder of nine Olympic medals, and record holder for most winter Olympic participations for a female athlete, leading up to the decision of the German Federal Constitutional Court started back in 2009. In 2009 Pechstein was suspended for two years from international competitions by the International Skating Union (“ISU”) based on a doping test at the World Allround Speed Skating Championship in Hamar, Norway. Her doping test showed results

40. Nigel Blackaby and others, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (7th edn, OUP 2023) para 2.01.

41. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, *SchiedsVZ* 2022, 296, para 39 with further references; Heiner Kahlert, ‘Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit’ (2023) 21 *SchiedsVZ* 2, 3-4.

42. Reinhold Geimer, ‘Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht)’ in Peter Schlosser (ed), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz: die Organisation der Rechtsberatung; Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht* (Gieseking Verlag 1994, 113, 119-120. 163; Joachim Münch ‘Vorbemerkungen zu § 1025 ZPO” in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (6th edn CH Beck 2022) para 7; Christian Hillgruber, ‘Art. 92 GG’ in Günter Dürig and others (eds), *Grundgesetz Kommentar* (99th supplementary delivery, CH Beck, September 2022) para 91.

43. It is important to note that, as the German Federal Constitutional Court has held, there will remain limitations to the extent of a waiver of the access to justice guarantee, German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, *SchiedsVZ* 2022, 296, para 40.

44. See below D.IV.1.

that could be proof for blood doping.⁴⁵ According to Pechstein, the results were due to an inherited blood disease.⁴⁶ Hence, she contested her suspension at the CAS. Important for the following decisions, she also requested a public hearing, something the CAS statutes did not provide for at that time.⁴⁷ Neither her claim, nor her request for a public hearing were successful. Her subsequent attempt to have the CAS award set aside by Swiss courts was also unsuccessful.⁴⁸ Pechstein then went on and brought proceedings in Germany in front of the Regional Court of Munich I (*Landgericht München I*, LG München I),⁴⁹ suing the ICU and the German speed skating and short track association (“DESG” (*Deutsche Eisschnelllauf- und Shorttrack-Gemeinschaft e.V.*)), for declaratory relief that the doping suspension was unlawful and for damages. The Regional Court considered the matter on the merits, thus rejecting the Respondents’ motion that Pechstein’s claim was inadmissible based on Section 1032(1) ZPO due to the arbitration agreement she had concluded with the ICU. This was possible as the Regional Court held that the arbitration agreements with the ICU and the DESG both were invalid as they were concluded involuntarily by Pechstein. However, the court rejected the claim on the merits due to the existing arbitral award which was upheld by the Swiss courts.⁵⁰ Especially, as, according to the Regional Court, Pechstein did not raise the invalidity of the arbitration agreement during the arbitral proceedings, recognition could not be refused based on Section 1061(1)(1) ZPO, Art. V(1) (a) NY Convention.⁵¹

This led to an appeal by Pechstein at the Higher Regional Court of Munich (*Oberlandesgericht München*, OLG München).⁵² The Higher Regional Court agreed with the Regional Court regarding the invalidity of the arbitration agreement concluded between Pechstein and the ISU.⁵³ The arguments leading up to the Higher Regional Court’s decision were, however, different than those of the Regional Court. While the latter focused on the lack of voluntariness of Pechstein when concluding the arbitration agreement, the former focused more on the exploitation of a monopoly position using a provision of the German

45. Regional Court of Munich I (*Landgericht München I*), 26 February 2014 – 37 O 28331/12, BeckRS 2014, 4323, para 28.

46. Regional Court of Munich I (*Landgericht München I*), 26 February 2014 – 37 O 28331/12, BeckRS 2014, 4323, para 32, 39.

47. Regional Court of Munich I (*Landgericht München I*), 26 February 2014 – 37 O 28331/12, BeckRS 2014, 4323, para 28; this has changed, see below D.II.

48. Federal Supreme Court of Switzerland (*Bundesgericht*), 10 February 2010 – 4A_612/2009 and 28 September 2010 – 4A_144/2010.

49. Regional Court of Munich I (*Landgericht München I*), 26 February 2014 – 37 O 28331/12, BeckRS 2014, 4323.

50. Regional Court of Munich I (*Landgericht München I*), 26 February 2014 – 37 O 28331/12, BeckRS 2014, 4323, para 120 et seq and 169 et seq.

51. Regional Court of Munich I (*Landgericht München I*), 26 February 2014 – 37 O 28331/12, BeckRS 2014, 4323, para 131 et seq.

52. Higher Regional Court of Munich (*Oberlandesgericht München*), 15 January 2015 – U 1110/14 Kart, BeckRS 2015, 2086.

53. Higher Regional Court of Munich (*Oberlandesgericht München*), 15 January 2015 – U 1110/14 Kart, BeckRS 2015, 2086, para 53 et seq.

Competition Act.⁵⁴ As the Higher Regional Court considered the provisions in the German Competition Act as part of the German *ordre public*, the Court could refuse recognition of the arbitral award too based on Section 1061(1)(1) ZPO, Art. V(2)(b) NY Convention and decide on the merits as well.⁵⁵

This decision was then appealed by the ISU at the German Federal Court of Justice (“BGH” (Bundesgerichtshof)) who overturned the Higher Regional Court’s ruling with its decision of 7 June 2016.⁵⁶ Similar to the German Federal Constitutional Court, as will be discussed below,⁵⁷ the BGH when assessing the validity of the arbitration agreement weighed against each other the parties’ constitutional rights and also Pechstein’s Art. 6 ECHR rights.⁵⁸ According to the BGH, at the outset Pechstein’s interest was to have an independent and neutral adjudicator, while the ICU’s interest was the existence of a functioning global adjudication in the field of sport.⁵⁹ Yet, as the Federal Court stressed, these interests were not opposing each other and especially regarding doping related issues, athletes and federations would follow generally the same goals, the creation of a level playing field by fair and effective global enforcement of doping violations.⁶⁰ Importantly, the court held that Pechstein *voluntarily* agreed to arbitrate her disputes.⁶¹ According to the court, it would be irrelevant if Pechstein did not want the arbitration agreement to be included in the registration contract as long as she was not unlawfully threatened, deceived, or physically coerced to do so.⁶² It would be usual in contract negotiations that one of the parties gives up their position and agrees to conditions the other party wants to have included in the contract.⁶³ A correction would be necessary in cases one of the parties has such a strong bargaining power that it could factually dictate the contract and such a one-sidedly dictated contract would affect the other parties’ constitutional rights.⁶⁴ The court recognized that this was true

54. Higher Regional Court of Munich (*Oberlandesgericht München*), 15 January 2015 – U 1110/14 Kart, BeckRS 2015, 2086, para 74 et seq.

55. Higher Regional Court of Munich (*Oberlandesgericht München*), 15 January 2015 – U 1110/14 Kart, BeckRS 2015, 2086, para 109 et seq.

56. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974.

57. See below C.II.2.

58. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 49 et seq.

59. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 48.

60. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 49.

61. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 53.

62. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 55.

63. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 55.

64. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 55.

in Pechstein's case as she had to accept the arbitration clause to be able to earn her living as a professional athlete.⁶⁵ Yet, the court did not see a need for correction.⁶⁶ It acknowledged the constitutional rights affected by the arbitration agreement. On Pechstein's end those were her general access to justice right and her right of freedom of occupation (Art. 12 Basic Law).⁶⁷ In addition, also her rights in Art. 6 ECHR were affected.⁶⁸ On the side of the ICU affected were especially their Article 9 right of freedom of association.⁶⁹ Weighing those affected rights and interests, the court stressed especially three aspects in its finding why a correction is not necessary: (i) that a global adjudication through arbitration also benefits the athletes,⁷⁰ (ii) that the CAS and its listed arbitrators are sufficiently independent and neutral and that there are mechanism in the CAS rules should that not be the case for a specific proceeding, and (iii) that CAS awards are under the jurisdiction of Swiss courts for annulment proceedings.⁷¹

Interestingly, the decision did not address the issue of a public hearing at all which was, as will be shown, the reason the Federal Constitutional Court and the ECtHR held the arbitration clause as invalid. Additionally noteworthy is that the decision of the BGH was rendered before the decision of the ECtHR in the case of Pechstein, so the court, unlike the Constitutional Court, could only rely on prior decisions of the ECtHR.

Parallely to her German proceedings, Pechstein had also initiated proceedings before the European Court of Human Rights ("ECtHR")⁷² against Switzerland, claiming that the Swiss decisions upholding the CAS award would violate her rights to an independent and impartial adjudication and a public hearing as guaranteed in Art. 6(1) of the European Charta of Human Rights ("ECHR"). Her actions were partly successful. In its decision of 2 October 2018, the ECtHR, confirming its previous decisions, ruled that the protections of Art. 6 ECHR can be waived.⁷³ This waiver can be found in an arbitration agreement.⁷⁴ Such a

65. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 56.

66. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 61, 65.

67. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 58.

68. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 64, 65.

69. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 59.

70. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 62.

71. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 62.

72. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10.

73. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 96.

74. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 96.

waiver and thus the arbitration agreement must be established in a free, lawful, and unequivocal manner.⁷⁵ If those requirements are not met, the arbitration is regarded as compulsory, irrespective of the existence of an arbitration agreement.⁷⁶ Compulsory arbitration must fulfil all requirements of Art. 6 ECHR.⁷⁷ According to the ECtHR, Pechstein's options when signing the ISU regulations containing the arbitration agreement were either "accepting the arbitration clause and thus earning her living by practising her sport professionally, or not accepting it and being obliged to refrain completely from earning a living from her sport at that level."⁷⁸ Given the consequences of non-acceptance, the ECtHR ruled that Pechstein has not accepted the clause – and thus waived her Art 6 ECHR rights – freely and unequivocally. Therefore, the CAS proceedings had to fulfill the protections of Art. 6(1) ECHR. The ECtHR then went on and held that the CAS tribunal was an "independent and impartial tribunal established by law" as required by Art. 6(1) ECHR.⁷⁹ Pechstein was however, as the ECtHR held in its decision, violated in her Art. 6(1) right to a public hearing she had requested.⁸⁰ According to the ECtHR, courts are allowed to decide, given the specific features of a particular case, that a public hearing is not required.⁸¹ These are, e.g., scenarios as enumerated in Art. 6(1) Sentence 2 ECHR⁸² but also go beyond those.⁸³ When deciding whether to have a public hearing, courts must consider, e.g., "the right to trial within a

75. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 96.
76. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 95, 114.
77. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 95.
78. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 113.
79. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 149, 159. As the German Federal Constitutional Court explicitly left the question of independence and impartiality unanswered (see below C.II.2), the issue shall not be assessed in more detail here.
80. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 183.
81. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 176.
82. Art. 6(1) Sentence 2 ECHR lists the exclusion of the press and public from all or part of the trial "in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice."
83. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 177; as an example for deciding only based on the submissions of the parties without a hearing, the ECtHR refers to cases "where there are no issues of credibility or contested facts which necessitate a hearing and the courts may fairly and reasonably decide the case on the basis of the parties' submissions and other written material."

reasonable time and the related need for expeditious handling of the courts' caseload.⁸⁴ As the ECtHR points out, in previous decisions it held that proceedings exclusively dealing with legal or highly technical questions may be held in private. Such exceptions did not exist in Claudia Pechstein's case, according to the ECtHR, as it required the testimony of numerous experts, the facts were disputed, and any sanctions would carry a certain level of stigma and possibly negatively affect her professional honor and reputation.⁸⁵ In coming to this conclusion, the ECtHR also took into consideration that Claudia Pechstein expressly requested and was denied a public hearing.⁸⁶ It is inconclusive, however, how decisive this request was for the decision of the ECtHR or whether the ECtHR would have found a violation of Art. 6(1) ECHR even without Pechstein's request.

Summarizing the various decisions, the BVerfG was confronted with the following scenario: The Swiss courts and the German Federal Court of Justice, Germany's supreme court in civil and criminal matters, upheld the arbitral award and agreement, while the ECtHR saw a violation of Art. 6(1) ECHR as the arbitration agreement was not agreed upon freely and unequivocally requiring the CAS proceeding to be public, which they were not. Now, with the decision of the BVerfG the next chapter in this line of cases which has started in 2009 has been written.

II. *The Decision of the German Federal Constitutional Court*

1. *Scope of Review, Effects of Constitutional Rights between Private Parties, and Role of the ECHR*

Before further analyzing the decision of the BVerfG, three short remarks shall be made to the scope of review of the BVerfG, how the question on whether two private parties have lawfully agreed to arbitrate their dispute is one of constitutional law, and what role the ECHR and the ECtHR play for the decisions of the BVerfG.

First, the BVerfG is not a regular appellate court for, e.g. civil matters.⁸⁷ It only examines whether there has been a violation of constitutional law, i.e., the German Basic Law.⁸⁸ In the Pechstein proceeding the BVerfG had to answer the question whether the German Federal Court of Justice had violated the athlete's constitutional right of having her dispute heard by a state court and her right of freedom of occupation by upholding that state court

84. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 177.

85. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 182.

86. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 181.

87. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 15 January 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 207.

88. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 15 January 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 207.

proceedings are inadmissible in accordance with Section 1032 ZPO due to the arbitration clause she had signed.

Second, unlike in some other legal orders, German constitutional rights are not limited to protections against the state. To make it brief, they are also understood as a constitutional system of values affecting the relation between private parties.⁸⁹ Those values and corresponding value decisions are used in interpreting, e.g., civil law provisions, especially blanket clauses.⁹⁰ The state through its courts is mandated to protect the constitutional rights of the respective legal persons through proper, i.e. constitutionally correct, interpretation and application of those private law provisions.⁹¹ Should a court interpret those provisions either arbitrarily or should its interpretation reveal errors based on a fundamentally incorrect view on the constitutional rights involved and such misinterpretation have some significance for the concrete case, the error becomes constitutionally relevant and must be corrected by the constitutional court.⁹² As stated above, the constitutional court therefore remains only examining whether there has been a violation of constitutional law, such a violation can, however, also be found in an ordinary court's misinterpretation of a private law clauses regulating a legal relationship between private parties.

Third, for the proper understanding of the BVerfG's decision, it is important to know what role the ECHR and decisions of the ECtHR play for the BVerfG. In the German legal system, the ECHR has the rank of an ordinary federal law.⁹³ It thus ranks below the constitution. In addition, as it is not considered constitutional law, it would also not fall within the scope of review of the BVerfG as outlined above. Yet, the ECHR is used as a guide to interpret the constitution and the rulings of the ECtHR are given account to, irrespective of whether they concern the same subject matter.⁹⁴ So it was clear that the BVerfG in its Pechstein decision would consider decisions of the ECtHR, of course especially the one concerning the Pechstein case. In addition, as the BVerfG also reiterated in its Pechstein decision,⁹⁵ the BVerfG had already confirmed in a former ruling that the protective standards of Art. 19(4) Basic Law are consistent with the requirements of Article 6(1) ECHR

89. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 33; 23 April 1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261, 269 with further references.

90. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 23 April 1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261, 269 with further references.

91. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 33.

92. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 33.

93. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 45 with further references.

94. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 45.

95. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 46.

and the corresponding case law of the ECtHR.⁹⁶ This is relevant in the Pechstein case as the protective standards of Art. 19(4) Basic Law and the standards of the general access to justice guarantee of the constitution, which was in the heart of the BVerfG decision in Pechstein, overlap.⁹⁷

2. The Ruling

Given this overlap between Art. 6(1) ECHR and the Basic Law's general access to justice guarantee as well as the guidance role of the decisions of the ECtHR for the BVerfG, the outcome in the BVerfG proceedings was not entirely surprising for many. The BVerfG held that the arbitration clause Claudia Pechstein had signed was invalid and that therefore the BGH violated Pechstein's constitutional right to access to (state court) justice by upholding the arbitration agreement and ruling that her claims were impermissible in accordance with Section 1025 ZPO. The key points of the decision are as follows:

First, to understand the decision of the BVerfG it is important to understand the setting the court sees professional athletes in. As the court points out, athletes are de facto compelled to sign arbitration agreements should they want to pursue careers as professional athletes.⁹⁸ This is due to the fact that the organization of international professional sports follows a monopolistic structure,⁹⁹ meaning that it is the rule¹⁰⁰ that there is only one world federation for each sport, which accepts only one national federation as a member and expects these members to continue this monopolistic structure with their own members.¹⁰¹ For an athlete this means that they must be a member of the one national federation responsible for them and accept their regulations in order to participate in professional competitions. The registration for such competitions then requires them to accept certain regulations which often include arbitration clauses.¹⁰² They can therefore either accept the arbitration clause or, alternatively, not participate in the competition, ultimately not continue being a professional athlete.

96. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 24 July 2018 – 2 BvR 1961/09, BVerfGE 149, 346, para 38-39.

97. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 46; they differ, however, in their area of application, s above A.III.

98. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 5.

99. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 5; Bernhard Pfister, 'Einführung' in Jochen Fritzweiler, Bernhard Pfister and Thomas Summerer (eds), *Praxishandbuch Sportrecht* (3rd edn CH Beck 2014) 1, 15 et seq.

100. See for exceptions to this rule Bernhard Pfister, 'Einführung' in Jochen Fritzweiler, Bernhard Pfister and Thomas Summerer (eds), *Praxishandbuch Sportrecht* (3rd edn CH Beck 2014) 1, 16.

101. Bernhard Pfister, 'Einführung' in Jochen Fritzweiler, Bernhard Pfister and Thomas Summerer (eds), *Praxishandbuch Sportrecht* (3rd edn CH Beck 2014) 1, 16.

102. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 5.

Second, the court expressly confirmed that it is compatible with the Basic Law to conclude arbitration agreements and, thus, waive one's right to access to state courts as guaranteed by the general access to justice right of the constitution.¹⁰³ The court also held that the right to conclude agreements to arbitrate is based on the constitutional guarantee of party autonomy.¹⁰⁴ In addition, the court also acknowledged the necessity of arbitration for the functioning of international sports.¹⁰⁵

Third, the court also held, however, that there are constitutional limitations on the conclusion of arbitration agreements and corresponding waivers.¹⁰⁶ These limitations derive from the general access to justice guarantee of the constitution,¹⁰⁷ which, as outlined above,¹⁰⁸ is based on the rule of law and the fundamental rights of the constitution. In order for the state to recognize and enforce an arbitral decision, it must be ensured that the arbitral proceeding guarantees effective legal protection and meets the minimum standards of the rule of law.¹⁰⁹

Fourth, the court set an important – albeit vague¹¹⁰ – parameter in determining the extent of those “minimum” standards. It held that the actual freedom of choice of the parties to sign the respective arbitration agreement must be taken into account.¹¹¹ In other words, should one of the parties have such a bargaining power that it can determine the content of the contract unilaterally, the law has to safeguard the fundamental rights of the other party as well so that its autonomy does not turn into heteronomy.¹¹²

Fifth, the court held that the right to a public hearing is an elementary part of the rule of law and therefore profoundly more important than an ordinary procedural rule.¹¹³ The minimum standards to meet the right to a public hearing in the Basic Law is, as the

103. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 38.

104. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 38.

105. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 40.

106. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 40.

107. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 36.

108. See above A.III.

109. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 40.

110. See in more detail below D.I.

111. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 41.

112. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 41.

113. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 44.

court points out, the standard that is required by Art. 6 ECHR.¹¹⁴ As these standards were not met according to the ECtHR in its Pechstein decision, the requirements of the Basic Law were also not met.¹¹⁵

Sixth, interestingly the Court applied an abstract standard to the question whether the requirements of the Basic Law regarding the right to a public hearing were met.¹¹⁶ As this right is not a mere procedural rule, it was irrelevant for the court whether in Pechstein's case a public hearing was actually required. It was sufficient for the Court that the CAS rules did not provide for a public hearing at all.¹¹⁷

Seventh and last, the Court has not answered whether the CAS rules in the arbitrator selection process violates the constitution's requirements to an independent and impartial adjudication. The ECtHR had ruled that the standards of Art. 6 ECHR were complied with in the CAS statutes.¹¹⁸ Due to the violation of the right to a public hearing, the BVerfG was able to leave this question unanswered. It however stressed the importance of the right and that the standards of the Basic Law can be higher than those of the ECHR.¹¹⁹

D. Learnings from BVerfG

The decision of the BVerfG had been long awaited.¹²⁰ While the Court did not use its chance to address all related constitutional questions regarding arbitration,¹²¹ the decision is, nonetheless, helpful in finding more clarity on some constitutional questions (I.). While the decision's impact on the current state of sports arbitration will be limited (II.), it's potential impact on other areas of arbitration shall not be overlooked (III.). Finally, the decision leaves open the very core question of what actually constitutes "consent" to arbitration. The way of argumentation in the court's decision may nonetheless be a helpful guidance (IV.).

114. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 48.

115. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 47-48.

116. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 49.

117. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 49.

118. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 150 et seq.

119. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 53.

120. The decision was listed in the Federal Constitutional Court's annual preview which lists cases in which the court intends to reach a decision within the year since 2017 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresvorausschau/vs_2017/vorausschau_2017_node.html; last accessed 13 March 2023).

121. See especially below D.IV.1.

I. Key Takeaways

There are three main takeaways of the decision:

First, how the parties have agreed to arbitrate influences how the arbitration proceedings themselves are to be conducted. It is clear from the decision of the BVerfG that both are connected to each other. In the case of Pechstein, the ice skater had not voluntarily agreed to arbitrate which required for the arbitral proceedings to compensate for the lack of voluntariness by meeting higher “minimum standards” required by the rule of law, which was in this case a public hearing. It is, however, unclear from the BVerfG’s decision how the interlocking between the arbitration agreement (in particular, the circumstances around its conclusion) and the arbitral proceeding functions exactly. The decision can be read in a way that consent to arbitration and its implications on the arbitral proceeding “smoothly” move along a spectrum from “bad quality consent” to “less bad quality consent” to “medium quality consent” up to “high quality consent” with corresponding procedural standards that have to be met from very high minimum standards to the lowest minimum standards required by the rule of law. As the decision has not given any general guidance on what qualifies as bad, medium, or good quality of consent and what the corresponding requirements for the arbitral procedure are (besides that involuntary agreements as in the case of Pechstein require public hearings), this interpretation would lead to a lot of legal uncertainty.

The BVerfG’s decision can also be read in a way that it is less of a spectrum the quality of consent is assessed on but that the question is rather whether the parties’ consent meets a certain threshold. If it does not, as in the case of Pechstein for lack of voluntariness, this then triggers either rather high minimum standards that have to be met (those would be especially the guarantees of Art. 6 ECHR) or, if the quality of consent is above the threshold, it lets the parties organize their arbitral proceedings with almost no minimum standards that have to be met. Such an interpretation would be connected with less uncertainty already for the sole fact that the quality of consent and the corresponding minimum standards do not move gradually. In addition, if one places the mentioned threshold that is to be met rather low (as in reserved for extreme cases only, e.g., where a party has agreed to arbitrate involuntarily because otherwise they would not have been able to conduct their profession anymore (as in the Pechstein case)), the number of cases actually affected would decrease significantly.

As mentioned, the former interpretation would lead to a lot more legal uncertainty than the latter and, as one author puts it, open the pandora’s box.¹²² It is questionable whether the BVerfG’s intention was to create that much uncertainty without further explanation, making it, despite the wording of the decision, not unlikely that the decision rather has to be read in accordance with the latter interpretation, which still comes with some but significantly less uncertainty.

122. Gerhard Wagner, ‘Ende auf Raten?’ *Frankfurt Allgemeine Zeitung* (Frankfurt am Main, 11 August 2022) Politik 6.

Second, the decision clearly declares arbitration clauses imposed by a party with much higher bargaining power as constitutionally acceptable.¹²³ Merely the requirement for the actual arbitral proceedings change and compensate the lack of voluntariness.

Third, the Federal Constitutional Court seemingly applies an abstract standard to the minimum requirements that must be met.¹²⁴ For example, if, due to the nature of the consent given, public proceedings are required, then, as stated in the Pechstein decision, it does not matter whether this would also have been required under the specific circumstances of the case. The mere possibility that it was not possible in principle to have a public hearing is sufficient to disregard the minimum standard.

II. *What the Decision Means for Sports Arbitration*

The decision of the BVerfG will likely not have a big impact on sports arbitration.¹²⁵ The Court has chosen the path of least intrusion by finding the arbitration clause invalid for the same reason the ECtHR already did in its Pechstein decision. As reaction to the decision of the ECtHR the CAS, as the leading arbitration institution in sports, had already changed its procedural rules. In today's rules, athletes have a right to a public hearing in certain scenarios.¹²⁶ Yet, admittedly, it is unclear whether the new procedural rules comply with the BVerfG's requirements.¹²⁷ As the Court has also confirmed that imposed arbitration clauses in sports are in principle lawful, the decision can be seen as confirmation of the status quo.

123. Explicitly for sports arbitration, Marie-Christin Bareuther, 'Das Bundesverfassungsgericht zur Zwangsschiedsgerichtsbarkeit und Öffentlichkeit der Verhandlung in CAS-Verfahren' (2022) 2 *SpoPrax* 361, 366.

124. Torsten Kindt, 'Der Pechstein-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts: Eher mahnender Fingerzeig denn schallende Ohrfeige Richtung Lausanne' (2023) 43 *IPRax* 243, 249-250.

125. Torsten Kindt, 'Der Pechstein-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts: Eher mahnender Fingerzeig denn schallende Ohrfeige Richtung Lausanne' (2023) 43 *IPRax* 243, 250.

126. R57(2) of the CAS Code Procedural Rules reads, inter alia, that "at the request of a physical person who is party to the proceedings, a public hearing should be held if the matter is of a disciplinary nature. Such request may however be denied in the interest of morals, public order, national security, where the interests of minors or the protection of the private life of the parties so require, where publicity would prejudice the interests of justice, where the proceedings are exclusively related to questions of law or where a hearing held in first instance was already public." In addition, the newly introduced CAS Anti-Doping Division also states in A19.3(3), inter alia, that "at the request of a physical person who is party to the proceedings, a public hearing should be held. Such request may however be denied in the interest of morality, public order, national security, when the interests of minors or the protection of the parties' private life so require, when publicity would prejudice the interest of justice or when the proceedings are exclusively related to questions of law."

127. Arguing that due to the limitation of a right to a public hearing only for disciplinary and doping related proceedings the changed rules do not comply with the BVerfG's requirements, Marie-Christin Bareuther, 'Das Bundesverfassungsgericht zur Zwangsschiedsgerichtsbarkeit und Öffentlichkeit der Verhandlung in CAS-Verfahren' (2022) 2 *SpoPrax* 361, 365.

III. What it means for other areas of arbitration

While it is correct that international sports are taking place in a unique setting and a dispute resolution mechanism in this sector has to balance very distinct interests, there is nothing in the BVerfG's decision to indicate that its general takeaways are limited to sports arbitration.¹²⁸

Imposed arbitration clauses are not unique to sports. They can be found in other areas where arbitration clauses are used as well. An example for this could be arbitration clauses in consumer contracts.¹²⁹ Of course the Pechstein decision does not mean that a public hearing is automatically required in all cases where there is a bargaining disparity between the parties to an arbitration agreement. Yet, these contracts are often of a "take it or leave it" quality for the consumer, i.e., the arbitration clause included in them is imposed by the opposing company. Applying the rules introduced by the BVerfG this would be a "lower quality" of consent and, therefore, the minimum requirements for the arbitral proceedings that have to be met, in principle, would tend to be on the higher end of the spectrum (if one follows the "spectrum interpretation" or qualifies the consent in such a case as falling below the necessary threshold following the "threshold interpretation").

Notwithstanding which interpretation one follows, the analysis cannot stop at such a surface level, making it difficult to directly apply the decision to other areas of arbitration. Staying with the example of consumer arbitration and comparing it further to sports arbitration, albeit both are placed in a "take it or leave it" setting, it is also important to analyze what "leave it" means in the specific scenario. In sports arbitration "leaving" typically means for the athlete to be excluded from professional sports due to the monopoly of the federations. The situation can be very different in consumer arbitration. The contracting party might not be a monopoly. Even if it is a monopoly, there might still be a difference between both scenarios: Participation in international competitions is part of an athlete's occupational activity. Practicing one's occupation is under constitutional protection of Art. 12 Basic Law. The conclusion of a specific contract with a monopoly can but might not be constitutionally backed on the same level. The assessment of the specific circumstances could therefore from a constitutional point of view result in the athlete's predicament being stronger than that of the consumer. Yet, one would also have to consider, as the BVerfG points out, that for international sports to function properly, a neutral, i.e., non-national adjudication body is necessary, also for the benefit of the athletes and their

128. See Peter Kändler, 'Claudia Pechstein, das Bundesverfassungsgericht und die (internationale) Handelsschiedsgerichtsbarkeit' (2022) 11 ZVertriebsR 273, 274 applying it to distribution law.

129. Through Section 1031(5) ZPO consumer are protected to the extent that the arbitration agreement „must form part of a record personally signed by the parties" or of "electronic form defined by section 126a of the Civil Code. The record or electronic document may not contain agreements other than those relating to the arbitral proceedings." This does not rule out the possibility of imposed arbitration agreements based on unequal bargaining powers.

constitutional rights.¹³⁰ In the case of consumer arbitration the necessity of arbitration to resolve disputes might be questionable in many instances. One could therefore argue that the minimum standards in sports arbitration might be lower than in consumer cases as the wide implementation of arbitration clauses is also in the benefit of the party the arbitration clause was imposed on.

All this is to show that while the general rule (in both interpretative ways) delivers tendencies if the minimum standards that have to be met are rather on the higher or lower end, there are no hard and fast rules which level of heteronomy in the conclusion of an arbitration agreement triggers which minimum standard.

Based on that it is also not possible conclude with certainty that this decision will have no impact on commercial arbitration.¹³¹ This may be true in the majority of cases, especially those in which all parties to a commercial contract have relatively comparable bargaining powers or at least the inclusion of an arbitration clause is desired by both parties. But the commercial world is manifold: Monopolies exist and some contracts are offered by on a take it or leave it basis,¹³² maybe to a party that otherwise has to declare bankruptcy if not agreeing to a contract with an unpreferred arbitration clause. Of course, the impact of the decision on commercial arbitration will be rather modest and proceedings with Germany as place of arbitration or with another link to Germany will suddenly not get more burdensome. The decision is, nonetheless, a good reminder that arbitration does not take place in a legal vacuum and the rule of law and its implications play a role in arbitration proceedings as well.

IV. *What Remains Unanswered*

There remain unanswered issues. Besides the question how to interpret the interlocking between conclusion of the arbitration agreement and its implications on the arbitral process, described above, these unanswered issues are especially the question what constitutes “good quality” consent (1.) and arising out of the findings of the decision, if consent is actually needed to have arbitration (2.)

130. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 49, 59; Comp German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 40.

131. Comp Gerhard Wagner, ‘Ende auf Raten?’ *Frankfurt Allgemeine Zeitung* (Frankfurt am Main, 11 August 2022) Politik 6; of the opposite view Marie-Christin Bareuther, ‘Das Bundesverfassungsgericht zur Zwangsschiedsgerichtsbarkeit und Öffentlichkeit der Verhandlung in CAS-Verfahren’ (2022) 2 *SpoPrax* 361, 365 (while making an exception for German Packaging Act, see on this also below D.IV.2).

132. One example could be franchise agreements.

1. *Determining the Quality of Consent and Voluntariness*

The most pressing question the Court leaves unanswered is what requirements must be met to have “good quality” consent. Much turns around the notion of “voluntariness”. That a party’s voluntariness is a determining factor regarding the quality of a parties’ consent is not new. It is also not something unique to German (constitutional) law as already shown by the discussion of the ECtHR in *Pechstein*.¹³³ There is much less agreement, however, on what exactly constitutes voluntariness. Some of the cases are rather straight-forward: As the German Federal Court of Justice already pointed out, there is no voluntariness in cases of unlawful threat, deception, or physical coercion.¹³⁴ According to the court there is also no voluntariness if the person supposedly consenting to arbitrate does not do so intentionally or knowingly.¹³⁵

Most of the cases are not this obvious, however. This leaves room for concretization by legislative discretion within the framework and the limits of the constitution.¹³⁶ One such example of legislative discretion on the issue at hand is found in Section 1025 ZPO. Until 1998, Section 1025(2) ZPO, i.a., declared arbitration agreements as invalid in cases one of the parties to the agreement had used its economic or social superiority to coerce the other party into concluding it. With the major reform of the arbitration law of the ZPO, which implemented the UNCITRAL Model Law, this aspect of the provision has been deleted without any substitute. Such cases of coercion now have to be assessed based on more general and open norms, such as Section 138 of the German Civil Code.¹³⁷ Arguably, this

133. See above C.I.

134. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 55; comp Jens-Peter Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit* (3rd edn, Verlag Dr. Otto Schmidt 2008) para 241.

135. German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 7 June 2016 – KZR 6/15, BeckRS 2016, 10974, para 54; see also in this regard German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), 3 April 2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146. It is unclear from both decision if voluntariness, intention, and knowledge are different categories or the whether the latter fall under the criterion of voluntariness. In the end, this should not make any practical differences.

136. Comp German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 19 October 1993 – 1 BvR 567/89 and 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214, 231-232; 7 February 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 254-256; Heiner Kahlert, ‘Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit’ (2023) 21 *SchiedsVZ* 2, 7.

137. Section 138 German Civil Code reads „Legal transaction offending common decency; usury (1) A legal transaction that offends common decency is void. (2) In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgment or considerable weakness of will of another, causes a promise to be made to them or to a third party, in exchange for an act of performance, for pecuniary advantages that are clearly disproportionate to the performance, or causes such pecuniary advantages to be granted.“ Of opposite opinion, arguing that Section 138 German Civil Code is in most cases of involuntary conclusion of arbitration agreement not even applicable Franziska Hesselbarth, *Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-) Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrecht* (Harland Media 2004) 203-208.

leads to a much more flexible application, allowing for the assessment of all facts of the case without necessarily finding the arbitration agreement invalid in all instances of coercion.¹³⁸

Nonetheless, it remains unanswered what level of voluntariness has to be reached for “good quality” consent. As has been shown above, the Court uses the ECHR and the ECtHR’s decisions in interpreting the Basic Law. In looking at the ECtHR’s decisions on the question of voluntariness that the ECtHR has also referred to in its Pechstein decision, the case of *Eiffage S.A. and Others v. Switzerland*¹³⁹ is particularly noteworthy.

In *Eiffage*, a group of civil engineering companies had signed a contract with CERN (the European Council for Nuclear Research) after responding to a call for tender. This contract included general terms and conditions, which included an arbitration clause. The ECtHR found that the civil engineering companies had freely decided to enter into the agreement with CERN, including the general terms and conditions and, hence, the arbitration clause.¹⁴⁰

The case is comparable to the Pechstein case as one of the partners to the contract was able to dictate the inclusion of an arbitration clause into the contract, there was never actual bargaining room for the civil engineering companies or Pechstein to agree on a different dispute settlement mechanism. The ECtHR stresses that the situation in *Eiffage* is, however, different as the dependency of the civil engineering companies to sign the contract was a different one than the dependency of Pechstein to sign her contract. As the ECtHR stated, while admittedly rejecting the contract with CERN might have repercussions in terms of turnover for the civil engineering companies, it probably would not affect their capacity to exist and thrive in their area of business in general.¹⁴¹ The situation for Pechstein was different, as has been shown above.¹⁴² She had to sign the arbitration agreement to be able to continue to be a professional athlete.

This shows that for the ECtHR in interpreting Art. 6 ECHR and the requirement of voluntariness for a potential waiver, the consequences of not signing the arbitration agreement must be taken into account and for those consequences to trigger involuntariness they must be of a more severe nature, more than an imbalance in power in simple take-it-or-leave-it scenarios.

While this might be a guidance for the interpretation of the Basic Law and a relief for parties active in the commercial sector where imbalances in the negotiation power are also not uncommon, it is also not more than that, a guidance. The reason for this is that the relation between the ECHR and the Basic Law is that the ECHR’s guidance effect on

138. Also in favor of an approach that takes a broad range of factors into account Heiner Kahlert, ‘(In)voluntary Submission to Arbitration in Germany, Switzerland and Beyond’, (2014) 3 European International Arbitration Review 176, 185-186.

139. European Court of Human Rights, *Eiffage SA and Others v Switzerland*, 15 September 2009 – 1742/05.

140. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10, para 105.

141. European Court of Human Rights, *Mutu and Pechstein v Switzerland*, 2 October 2018 (Final: 4 February 2019) – 40575/10 and 67474/10 para 107.

142. See above C.II.2.

the Basic Law is one of a minimum standard. As the BVerfG even in its Pechstein decision has pointed out,¹⁴³ the protections of the Basic Law can go beyond the protections of the ECHR. In other words, just because a waiver is voluntary under the ECHR it does not automatically mean that it is voluntary under the Basic Law as well.

In this regard it is already up for debate, whether the BVerfG has indicated a broader protection under the Basic Law by assessing the necessity of a public hearing on an abstract level and, unlike the ECtHR, not specifically regarding the hearing of Pechstein.¹⁴⁴

2. *Legality of Arbitration Without Any Consent*

A question that arises from the finding of the BVerfG that arbitration agreements that are agreed upon involuntarily are not automatically invalid as long as the arbitration proceedings compensate the quality of consent by offering sufficient procedural safeguards, is whether this rule can be extended to arbitral proceedings that are not based on party consent at all. This would exist for example in statutory arbitration and can be found in Germany in Section 23 of the German Packaging Act (*Verpackungsgesetz*, “**VerpackG**”), in force since 2019.¹⁴⁵ Naturally, the decision does not touch upon this issue. Yet, if the arbitration agreement lacks its core constitutional component of being agreed upon voluntarily, it is not far to argue that requiring consent but accepting it to be given involuntarily is a rather formalistic approach and, therefore, it should be possible to forgo the requirement of consent altogether granted that there are enough procedural safeguards compensating for that. Considering the guidance role of the ECtHR for the BVerfG it is important to note that under the ECHR statutory arbitration is permitted with the consequence that all safeguards of Art. 6 ECHR have to be met.¹⁴⁶ It is equally important, however, to, first, note that the wording of Art. 6 ECHR is already broad as it requires a “tribunal established by law”

143. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, *SchiedsVZ* 2022, 296, para 53; see also Art. 53 ECHR.

144. Torsten Kindt, ‘Der Pechstein-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts: Eher mahnender Fingerzeig denn schallende Ohrfeige Richtung Lausanne’ (2023) 43 *IPRax* 243, 249-250.

145. The act rules, inter alia, the collection and processing of used packaging and subscribes an obligatory tendering procedure between private entities for the collection of waste. Not only does the *VerpackG* set requirements for the tendering procedure, it also regulates in its paragraph 8 and 9 that a party claiming to be violated in its rights due to the non-compliance with the legal requirements for the tendering procedure as laid out in the *VerpackG* can only have the procedure and the tender award reviewed by an arbitral tribunal. As the law dictates, the proceedings are governed by the Rules of the German Arbitration Institute (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, “DIS”) and its Rules for Expedited Proceedings as well as the German Civil Procedure Code’s sections dealing with arbitral proceedings. The award of the sole arbitrator is final and recourse to the to ordinary courts is excluded. The latter are only competent for damages claims according to § 23(9)(6) *VerpackG*.

146. For an analysis of the ECtHR case law in this regard see Gilles Cuniberti, *Rethinking International Commercial Arbitration: Towards Default Arbitration* (Edward Elgar 2017) 97-101.

and not a state court. And, second, as has been pointed out above already, the protections of the Basic Law can be broader than those of the ECHR.¹⁴⁷

E. Conclusion

The Chapter especially through the analysis of the BVerfG's decision has shown that arbitration between private parties and constitutional law do not exist separate from each other and that arbitration can offer interesting constitutional questions. The BVerfG's decision in Pechstein has answered some of them, left others open, and gave food for thought for new ones. The decision has set a ball rolling and it is desirable and to be expected that the BVerfG will be given another chance to clarify the outstanding issues.

147. German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*), 3 June 2022 – 1 BvR 2103/16, SchiedsVZ 2022, 296, para 53.

10.

ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UN TÁNDEM ABOCADO A ENTENDERSE

PATRICIA SAIZ GONZÁLEZ¹

ALEIX PÉREZ PITARCH²

1. Introducción

La palabra arbitraje no aparece ni una única vez en la Constitución Española de 1978 [“la Constitución”]. No obstante, parece que los términos constitución y arbitraje están destinados a convivir y a entenderse. A pesar de la ausencia explícita de este método alternativo de resolución de disputas en la carta magna española; lo cierto es que, en varias ocasiones, el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, ha intervenido para delimitar y dar respuesta a la panoplia de cuestiones que se estaban suscitando en torno al arbitraje.

Así pues, desde la aprobación de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha determinado, entre otras cuestiones, el encaje del arbitraje en la Constitución y los derechos fundamentales allí consagrados, sus límites y la diferencia entre este y la función jurisdiccional. Sin embargo, no ha sido hasta más recientemente cuando, entre los años 2020 y 2022, el Tribunal Constitucional ha intervenido más profusamente y con clara vocación tuitiva de la función arbitral, como consecuencia de una serie de sentencias dictadas por

-
1. Es árbitro internacional y profesora de arbitraje en Esade Law School, en el MIDS, y en Columbia Law School's U.S. Business Law Academy. Es también miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. La autora es licenciada y máster en Derecho por Esade Law School y LL.M. por Harvard Law School. Está colegiada en España, Nueva York y Washington, D.C.
 2. Es asociado en Armesto & Asociados, boutique especializada en arbitraje internacional. El autor es graduado en Derecho y posee un doble máster de acceso a la profesión de abogado e International Business Law por Esade Law School. Cuenta también con un LL.M. por Harvard Law School y está colegiado en España y en Nueva York.

el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en las que anularon laudos arbitrales bajo el pretexto de una aludida contravención del orden público³.

Lo relevante es que en estas sentencias el Alto Tribunal ha delimitado el alcance de la función revisora de los laudos que van a poder efectuar las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades Autónomas, así como el alcance de la causa de anulación por contravención del orden público⁴. Lo anterior, lejos de tratarse meramente de una cuestión doctrinal, se torna de suma relevancia a los efectos de consagrar España como una plaza relevante y fiable en el arbitraje internacional. Para comprobarlo, basta acudir al reciente informe de la Queen Mary University of London de 2021⁵, en el que los encuestados manifestaron que el atractivo de una sede arbitral viene determinado principalmente por el apoyo que el arbitraje recibe del poder judicial.

El presente artículo comienza con un repaso a los pronunciamientos iniciales más relevantes del Tribunal Constitucional en materia arbitral (Parte I), para posteriormente centrarse, con mayor detalle, en los últimos hitos jurisprudenciales del referido tribunal en la delimitación del control jurisdiccional en la revisión de laudos (Parte II). Esta segunda parte es relevante no solamente por ser novedosa, sino también por la importancia práctica que va a tener al aumentar la seguridad jurídica en la sede arbitral española.

2. Notas del Tribunal Constitucional sobre el encaje constitucional del arbitraje y posterior evolución

Como decíamos, la Constitución no realiza mención alguna a la posibilidad de que las partes puedan resolver sus diferencias mediante arbitraje⁶. Es más, el artículo 24.1 de la Constitución establece el derecho a la tutela judicial efectiva, según el cual “*todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales*”. Además, por su parte, el artículo 117.3 de la Constitución atribuye la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de forma exclusiva a jueces y tribunales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya se pronunció tempranamente sobre la indiscutible compatibilidad entre el arbitraje y la Constitución⁷. En concreto, los pronun-

3. Vid. art. 41.1. letra f) de la Ley de Arbitraje Ley 60/2003, de 23 de diciembre [la “Ley de Arbitraje”].

4. Vid. SALA SÁNCHEZ, P., *El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, y 17/2001, de 15 de febrero*, p. 29, en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, 2021.

5. Vid. 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, p. 8.

6. Lo que sí se preveía especialmente en la antigua Constitución Española de 1812, cuyo artículo 280 establecía que: “*no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes*”; y en su artículo 281 que: “*la sentencia que dieran los árbitros se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar*”.

7. Vid., por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988, de 16 de marzo; 233/1988, de 2 de diciembre; 288/1993, de 4 de octubre; y 174/1995, de 23 de noviembre.

ciamientos se centraron precisamente en los artículos 24.1 y 117.3 de la Carta Magna, de los que a continuación nos pasamos a ocupar en los dos apartados que siguen (2.1 y 2.2).

Antes de ello, advertimos al lector que el análisis aquí efectuado no comprende la totalidad de los pronunciamientos tempranos efectuados por el máximo garante de la Constitución, sino únicamente aquellos más relevantes a efectos de tratar la cuestión que ahora nos ocupa.

2.1. Arbitraje y artículo 24.1 de la Constitución

En primer lugar, el arbitraje y el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución son compatibles porque el arbitraje se fundamenta en la libertad de las partes (artículo 1.1 de la Constitución)⁸ y, en palabras del Alto Tribunal, este “*sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor*”⁹.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional constata que “*quedan extramuros de su ámbito [del arbitraje] aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición*”¹⁰. Con base en este principio, entiende el Tribunal Constitucional que, tratándose de materias de carácter dispositivo, no existe óbice alguno para que las partes renuncien a su derecho al juez predeterminado por ley, incardinado en el artículo 24.1 de la Constitución, y decidan someter el arreglo de sus disputas a un árbitro u órgano arbitral.

En tercer lugar, señala el Tribunal Constitucional que esa renuncia solo tiene un alcance provisional y transitorio, y “*no implica una renuncia general al derecho fundamental [...], sino a su ejercicio en un determinado momento*”¹¹. Por ello, no cabe entender que la sumisión de una cuestión litigiosa a arbitraje menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva

8. Vid., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre, FJ. 4, en la que se decía: “*Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterogéneo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la volunta [sic] de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos*”. En idéntico sentido, GARCÍA PÉREZ, M., *El arbitraje y la Constitución Española de 1978. Una reflexión desde el Derecho Público*. 2012. Disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9170/comunicacions_10_Garcia_Perez_Marta_435-450.pdf?sequence=1 [último acceso: 29 de enero de 2023].

9. Vid. Auto del Tribunal Constitucional 259/1993, de 20 de julio.

10. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre, FJ. 1.

11. Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero, FJ.3, con cita, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre. En idéntico sentido, REMÓN PEÑALVER, J., *El arbitraje en España y su pleno reconocimiento en la doctrina constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 16 de febrero*, en FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *El proceso arbitral en España...*, op. cit., Wolters Kluwer, 2021, pp. 209-210.

reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Lo único que supone es que, una vez escogida la vía del arbitraje, el arreglo de las cuestiones allí sometidas ha de ser dilucidado mediante la decisión del árbitro. El acceso a la jurisdicción legalmente establecido será únicamente el recurso de nulidad y no cualquier otro proceso en el que sea posible volver a plantear el fondo del asunto. Y ello es así a tenor de la naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva, que se trata de un derecho prestacional: únicamente ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal¹².

Por último, como decíamos, ha de tenerse en cuenta que las partes van a poder someter la corrección del procedimiento arbitral en su integridad a control judicial, si bien únicamente por los motivos tasados en la Ley de Arbitraje¹³.

En síntesis, el Tribunal Constitucional concluye que el hecho de que las partes decidan resolver sus conflictos al margen de los tribunales de justicia no vulnera su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva *ex art.* 24.1 de la Constitución.

2.2. Arbitraje y artículo 117.3 de la Constitución

Esta previsión realiza una “*reserva de la función jurisdiccional*”, atribuyendo la misma de forma exclusiva a jueces y tribunales¹⁴. En otras palabras, el “*ius dicere*” se residenciará en jueces y tribunales, sin que quepan injerencias por parte de otros poderes u órganos. A simple vista, podría parecer que la existencia del arbitraje mal se compadecería con el referido artículo. Sin embargo, tampoco ha encontrado el máximo intérprete de la Constitución problemas en la coexistencia entre ambos¹⁵.

Para llegar a esta conclusión, el argumentario dado por el Tribunal Constitucional parte de la distinción existente entre, por una parte, árbitros y jueces; y, por otra, entre las resoluciones dictadas por cada uno de ellos: laudos y sentencias¹⁶, según exponemos a continuación:

- En relación con la primera distinción, entiende el Tribunal Constitucional que los árbitros no pueden ser calificados como jueces, en la acepción dada en la Constitución a dicha palabra. La razón estriba en que el juez está dotado de *imperium*, al ser titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, mientras que el árbitro se encuentra “*desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia*”.

12. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre, FJ. 4, con cita, entre otras, en la Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre.

13. *Ibid.* En cuanto a la referencia al texto legal, *vid.* artículo 41 de la vigente Ley de Arbitraje.

14. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, Editorial Temis. 2ª ed., 2020. p. 24 y ss.

15. Vid. Auto del Tribunal Constitucional 259/1993, de 20 de julio.

16. *Ibid.*

En este sentido, nos dice el Alto Tribunal que el árbitro es un particular que ejerce una función pública¹⁷ de carácter “*parajurisdiccional*” o “*cuasijurisdiccional*”. Precisamente, en ese “casi”, asevera el Tribunal Constitucional, “*está el quid de la cuestión*”: el árbitro carece de jurisdicción en sentido propio, que se traduce en la carencia de *potestas* o poder. La consecuencia inmediata de lo anterior es que los laudos dictados por los árbitros o los órganos arbitrales precisan del auxilio de jueces y tribunales para dotar de eficacia al laudo mediante una decisión que ordene su cumplimiento. Y ello es así porque solo a jueces y tribunales les corresponde hacer ejecutar lo juzgado¹⁸.

- La segunda diferencia que permite al Tribunal Constitucional concluir que el artículo 117.3 de la Constitución no impide el encaje constitucional del arbitraje se refiere a las diferencias entre laudos y sentencias. Es cierto que ambas son resoluciones similares desde el punto de vista material, ya que ponen fin a un conflicto de intereses, proveyendo a los contendientes de una respuesta justa mediante la utilización de ese “*ars*” o técnica denominada Derecho¹⁹.

Pero a ojos del Tribunal Constitucional las similitudes entre laudos y sentencias terminan ahí. Para el Alto Tribunal, desde el punto de vista del objeto, el laudo tiene un alcance limitado, circunscrito a aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados tienen poder de disposición. Lo mismo ocurriría con las diferencias que se plantean desde el punto de vista subjetivo, habida cuenta de las limitaciones con las que cuentan los árbitros frente al poder de jueces y tribunales, en quienes residen, de forma exclusiva, la capacidad para ejecutar lo juzgado²⁰.

17. *Ibid.* En el auto referido el Tribunal Constitucional compara al árbitro con otros particulares que también tienen encomendadas determinadas funciones públicas. En concreto, dispone: “*como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.)*”.

18. *Ibid.* Allí el Tribunal Constitucional concluye, sin ambages: “*la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado*”.

19. Vid. Auto del Tribunal Constitucional 259/1993, de 20 de julio. En idéntico sentido, GARCÍA PÉREZ, M., *El arbitraje y la Constitución Española de 1978...*, op. cit., p. 440.

20. *Ibid.*

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional ha determinado que las diferencias existentes entre árbitros y jueces, como entre laudos y sentencias, permiten concluir que, desde la óptica del artículo 117.3 de la Constitución, el arbitraje tiene encaje constitucional. La existencia de reserva de jurisdicción de rango constitucional ahí consagrada en nada se ve afectada por el arbitraje. Corresponde a los jueces en exclusiva ejercer la función jurisdiccional. El árbitro, por los motivos analizados, se encuentra desprovisto de ella: si bien es cierto que ostenta una función pública de carácter “*parajurisdiccional*” o “*cuasijurisdiccional*”, la misma no alcanza la capacidad de hacer cumplir sus resoluciones²¹.

* * *

Las tempranas notas del Tribunal Constitucional en materia arbitral ponen de relieve que la existencia del arbitraje no altera los principios constitucionales consagrados en los artículos 24 y 117 de la Constitución, y refuerzan la compatibilidad entre este binomio que parece destinado a entenderse.

Una vez hecho este planteamiento general, pasaremos a tratar a continuación los recientes pronunciamientos del Alto Tribunal que tan celebrados han sido por la comunidad arbitral y que, a buen seguro, van a contribuir a afianzar España como sede arbitral.

3. Afianzamiento del arbitraje en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: los límites al control jurisdiccional

El desarrollo del arbitraje precisa, de forma ineludible, el apoyo de la jurisdicción ordinaria. Como hemos visto, al no contar los árbitros con el poder coercitivo del estado, reservado a jueces y tribunales en virtud del artículo 117.3 de la Constitución, tarde o temprano van a precisar de su auxilio en cuestiones de apoyo relacionadas con la actividad probatoria o de aseguramiento de medidas cautelares, por poner algunos ejemplos. De idéntica forma, las partes también acudirán a la jurisdicción cuando, tras el dictado del correspondiente laudo, traten de conseguir su ejecución o, por lo contrario, su anulación.

Precisamente, es en este último supuesto donde las seis sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional²² han venido a afianzar el arbitraje en España, al poner límites al control judicial sobre los laudos arbitrales y delimitar el alcance de la causa de anulación por contravención del orden público prevista en la Ley de Arbitraje, entre otras cuestiones también relevantes que abordamos a continuación.

21. Cfr. PÉREZ, M., *El arbitraje y la Constitución Española de 1978...*, p. 441.

22. Hasta la fecha de la redacción del presente artículo, se trata de las Sentencias del Tribunal Constitucional de 6/2020, de 15 de junio de 2020; 17/2021, de 15 de febrero de 2021; 55/2021, de 15 de marzo de 2021; 65/2021, de 15 de marzo de 2021; 50/2022, de 4 de abril de 2022; y 79/2022, de 27 de junio de 2022.

3.1. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio*

La relevancia de esta primera sentencia del Tribunal Constitucional, en la línea de las otras que la sucedieron, radica en dos motivos. En primer lugar, la resolución viene a delimitar el concepto de “orden público” como motivo de la acción de anulación contra laudos y proscribire que quepa un “ensanchamiento” de dicho concepto, tal y como se venía produciendo en las resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid objeto del recurso de amparo²³. El segundo aspecto que confiere relevancia a la sentencia del Tribunal Constitucional es que establece el alcance de la acción de anulación, en el sentido de que de la misma no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, debiéndose limitar a un control externo sobre la validez del laudo²⁴.

Antecedentes de hecho

En apretada síntesis, y a los meros efectos de ofrecer al lector el suficiente contexto para abordar el análisis que se ofrece a continuación, la sentencia de anulación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid traía causa de un contrato de arrendamiento de vivienda que había sido sometido a arbitraje institucional. Con motivo del impago de varias mensualidades, la parte arrendadora inició el arbitraje y el laudo declaró resuelto el contrato y condenó a los arrendatarios al pago de las rentas más sus intereses, a desalojar la vivienda en el plazo de un mes, al abono del suministro de agua, así como a las costas arbitrales²⁵.

Los arrendatarios interpusieron recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid interesando la anulación del laudo y, a su vez, los arrendadores se opusieron a la referida demanda. Sin embargo, durante la posterior tramitación ambas partes presentaron un escrito conjunto en el que manifestaban al órgano judicial haber alcanzado un acuerdo para la solución del litigio y solicitaban la terminación del procedimiento por satisfacción extrajudicial. Finalmente, la solicitud fue desestimada por el Tribunal, al entender este que el objeto del procedimiento de anulación de laudos, una vez iniciado, no es disponible, habida cuenta de la existencia de un interés general en depurar aquellos laudos que sean contrarios al orden público²⁶. En concreto, a juicio del tribunal de anulación, la razón es-

23. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, FJ. 4. En la doctrina, por todos, HINOJOSA SEGOVIA, R., *El Tribunal Constitucional delimita el concepto de “orden público” en la anulación de los laudos arbitrales*, Revista El Notario del Siglo XXI, número 93, 2020. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93?id=10165:el-tribun%E2%80%A6los-laudos-arbitrales&tmpl=component&print=1&layout=default&page=> [último acceso 29 de enero de 2023].

24. *Ibid.* A pesar de que la afirmación relativa al control externo de la validez del laudo pudiera parecer del todo novedosa, ya en el Auto 259/1993, de 20 de julio, el Tribunal Constitucional advirtió, aunque con las distinciones existentes en la configuración de la acción de anulación entre entonces y ahora, que: “la revisión que opera el recurso de nulidad es un juicio externo”.

25. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, Antecedentes.

26. *Ibid.* Nótese que el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según se extracta en la sentencia del amparo del Tribunal Constitucional, indicaba: “prevalece el interés público asociado a la resolución de la demanda de anulación que la propia ley impone. [...] [Por lo que] no es posible poner fin a un proceso de nulidad del laudo, aunque las partes hayan llegado a un acuerdo. [...] [C]on esta valoración se acentúa claramente el control jurisdiccional sobre el

triba en que no aplica el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷ —que dispone que, si las partes dejan de tener interés en la tutela de sus pretensiones por haber llegado a un acuerdo, el órgano judicial decretará la terminación del proceso—, por cuanto el procedimiento arbitral ya concluyó con el laudo y el objeto del proceso de anulación es distinto al del proceso arbitral²⁸.

A continuación, las partes interpusieron recurso de amparo alegando vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional al apreciar una especial trascendencia constitucional²⁹.

Análisis de los aspectos relevantes de la sentencia

A modo de introducción advertimos que, a efectos de centrarnos en los temas que aquí nos ocupan, relativos al orden público y al alcance de la capacidad de revisión de los laudos por parte de los órganos jurisdiccionales, obviaremos o analizaremos de forma tangencial aquellas cuestiones periféricas de la sentencia del Tribunal Constitucional ahora analizada.

El recurso de amparo interpuesto sostenía que la negativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a terminar el procedimiento de anulación cuando las partes habían llegado a un acuerdo extraprocésal había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente³⁰. Las partes sostenían que no existía norma legal alguna que impidiese la terminación y que, al tratarse de una acción de resolución de contrato de arrendamiento urbano, no trascendía a terceros, por lo que no podía entenderse que hubiese un interés público que pudiera verse afectado por dicha voluntad de terminar el procedimiento de nulidad del laudo arbitral que dirimía la controversia entre los contratantes³¹.

En efecto, afirma la sentencia ahora analizada que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al no atender la petición de archivo del proceso por pérdida sobrevenida del objeto y entrar en el fondo de la demanda de anulación del laudo arbitral, vulneró el derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución),

arbitraje, pero se justifica en la preservación ex officio del orden público, motivo que trasciende a la simple voluntad de las partes y su poder de disposición”.

27. Vid. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [“Ley de Enjuiciamiento Civil”]. El artículo 22 de la meritada ley, sobre a terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto, dispone que: “1. Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvención, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Letrado de la Administración de Justicia la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas”.

28. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, FJ. 4.

29. *Ibid.*, Antecedentes.

30. *Ibid.*, FJ. 1.

31. *Ibid.*

en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incursa en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente³².

Según el Tribunal Constitucional:

- La resolución combatida, al entender que no cabía aplicar el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que ya nos hemos referido, no se basó en norma procesal alguna. A juicio del Tribunal Constitucional, contrariamente a lo establecido por el tribunal de anulación, no existe norma procesal que impida que las partes dispongan del objeto del proceso de anulación del laudo;
- La falta de interés de las partes en proseguir con el litigio, al haber llegado a un acuerdo, hizo decaer el procedimiento en virtud del principio dispositivo –o de justicia rogada– que rige en materia civil. Y ello con independencia de que la causa de pedir afectase al orden público, puesto que la cuestión de fondo era “*jurídico-privada y disponible*”. El Tribunal Constitucional, pues, niega que las partes únicamente tengan la capacidad de desencadenar la acción de anulación. En este sentido, afirmó:

“[C]on independencia de que la causa de pedir de la anulación afecte al orden público o no, lo cierto es que la cuestión de fondo es jurídico-privada y disponible, por lo que, en nuestro sistema procesal civil, para que haya una decisión, se requiere que las partes acrediten un interés en litigar”³³.

- El concepto de orden público no puede ser ensanchado a fin de llevar a cabo una revisión del fondo del litigio en el marco de la acción de anulación. En este sentido, manifiesta que:

“El ensanchamiento del concepto de «orden público» que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso”³⁴.

32. *Ibid.*, FJ. 3. En este sentido, con cita en anteriores sentencias, indica la resolución analizada: “*Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurre en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento*”.

33. *Ibid.*, FJ. 4

34. *Ibid.* Ya hemos referido *supra* que este constituye el primer aspecto relevante de la sentencia; su desarrollo y precisiones se producirán en las sentencias posteriores del Tribunal Constitucional también analizadas en el presente artículo.

Así pues, tras reconocer que el concepto de orden público³⁵ es poco nítido y que, por ello, se multiplica el riesgo de que se convierta en un pretexto para que el tribunal de anulación reexamine las cuestiones debatidas en el arbitraje, el Tribunal Constitucional concluye que al tribunal de anulación le está vedada la posibilidad de hacer interpretación extensiva e injustificada del concepto y bajo esa excusa revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje. El Tribunal Constitucional entronca lo anterior con el alcance de la acción de anulación y establece que:

“[esta] debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”³⁶.

En definitiva, entiende el Tribunal Constitucional que la negativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a proceder al archivo del proceso de anulación del laudo instado por las partes tras alcanzar un acuerdo extrajudicial es irrazonable. Por ello, otorga el amparo a las recurrentes y reconoce que fue lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24 de la Constitución en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente, procediendo anular las decisiones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento anterior al rechazo del archivo del procedimiento³⁷.

* * *

Como se puede apreciar, en esta primera sentencia el Tribunal Constitucional reconoce el derecho de las partes a desistir de la acción de anulación y niega la existencia de un interés público o privado afectado por tal desistimiento. Además, hace hincapié en la necesaria delimitación del orden público y en la prohibición de ensanchar su contenido, y enfatiza que la acción de anulación debe circunscribirse a un proceso de control externo ajeno a una revisión del fondo de la decisión de los árbitros.

35. La sentencia de referencia también define los conceptos de orden público material y procesal, al igual que lo harán más tarde las sentencias 17/2021, de 15 de febrero, así como la 65/2021, de 15 de marzo. No nos referimos a ellos ahora por exceder del alcance de este trabajo, pero basta ahora con dejar apuntado aquí el pasaje de mayor relevancia que se reitera en las diferentes resoluciones. Así el Tribunal Constitucional refiere que: “*por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente*”.

36. *Ibid.*

37. *Ibid. in fine.*

3.2. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero*

Esta segunda sentencia del Tribunal Constitucional ha suscitado un gran interés en la comunidad arbitral, tanto por el número de cuestiones tratadas como por su relevancia. Su importancia radica en³⁸: (i) la delimitación del alcance de la acción de anulación, objeto de discusión en la anterior sentencia discutida *supra* en el apartado 3.1; (ii) la acotación del concepto de “orden público”, tendencia también ya iniciada en la anterior sentencia analizada; (iii) el análisis en relación con el requisito de motivación de los laudos, que se concluye deriva de la Ley de Arbitraje y no del texto constitucional; y (iv) la breve referencia que se hace a la incardinación del arbitraje en el artículo 10 de la Constitución³⁹.

Antecedentes de hecho

La sentencia ahora examinada trae causa del recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se anuló el laudo recaído en un procedimiento arbitral de equidad.

Dicho arbitraje había sido iniciado por tres socios de una sociedad familiar contra el cuarto socio mayoritario, al entender que este había incurrido en un continuo abuso de derecho de su posición de control en la sociedad. El laudo dictado en el seno del procedimiento declaró, entre otras medidas, la disolución de la sociedad, con la consiguiente apertura de la sección de liquidación⁴⁰.

El socio minoritario interpuso recurso de anulación contra el laudo puesto que consideraba que el laudo había decretado la disolución y liquidación de la sociedad sin la concurrencia de causa legal o estatutaria predeterminada. Con dicha decisión, el socio minoritario consideraba que se había infringido el orden público económico y extralimitado el convenio arbitral, así como que se había producido un error en la motivación y la valoración de la prueba del laudo por arbitrariedad y parcialidad del árbitro⁴¹.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló el laudo al considerar que vulneraba el orden público por infracción al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente de derecho a una resolución motivada no

38. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero. En cuanto a la trascendencia doctrinal: HINOJOSA SEGOVIA, R., *El Tribunal Constitucional se pronuncia de nuevo concretando el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales*, Revista El Notario del Siglo XXI, número 96, 2021. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-96?id=10625:el-tribuna%E2%80%A6los-laudos-arbitrales&tmpl=component&print=1&layout=default&page=> [último acceso 29 de enero de 2023].

39. A pesar de incluir este último punto (iv) como relevante, la sentencia se limita a afirmarlo al definir el arbitraje, por ello no nos detendremos sobre la cuestión. En particular, indica: “[L]a institución arbitral –tal como la configura la propia Ley de arbitraje– es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción”.

40. Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero. Antecedentes.

41. *Ibid.*

incurra en arbitrariedad, ya que, a su juicio, el laudo incurría en déficits de valoración probatoria al no haber ponderado toda la prueba practicada – pese a reconocer expresamente la labor desplegada por los tribunales arbitrales en su enjuiciamiento⁴².

En la demanda de amparo, las recurrentes impugnaron la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada del artículo 24.1 de la Constitución. Según su entendimiento, la anulación del laudo por insuficiencia en la motivación se produjo porque el tribunal de anulación había impuesto –erróneamente– a los laudos el canon de control de motivación que le es aplicable a las resoluciones judiciales, sosteniendo que es contrario al orden público el laudo que no lo supere⁴³.

Análisis de los aspectos relevantes de la sentencia⁴⁴

Así pues, el Tribunal Constitucional analiza si la motivación dada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de anular los laudos arbitrales es conforme con el canon de motivación del artículo 24.1 de la Constitución.

La sentencia dedica, en primer lugar, el Fundamento Jurídico 2º a reiterar la doctrina establecida en la primera sentencia analizada *supra* en el apartado 3.1 sobre el alcance del control de los órganos jurisdiccionales respecto a los arbitrajes y del orden público como motivo de anulación. Así, vuelve a recordar que:

“la acción de anulación tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro”, *debiéndose ceñir* “al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje”⁴⁵.

Prosigue destacando que la acción de anulación no puede ser considerada como una segunda instancia y únicamente puede fundarse en los motivos establecidos en la Ley de Arbitraje, sin que la causa relativa al orden público “*pueda ser interpretada de modo que*

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

44. La sentencia también aborda la cuestión del arbitraje como “*equivalente jurisdiccional*”. Con el fin de armonizar la panoplia de cuestiones analizadas por el Tribunal Constitucional, trataremos esta cuestión *infra* en el análisis de la segunda sección del apartado 3.4. Únicamente dejamos señalado aquí que: “la Sentencia del Tribunal Constitucional precisa que la calificación del arbitraje como “equivalente jurisdiccional” en anteriores resoluciones no debe inducir a error: tal equivalencia se proyecta únicamente en los efectos del laudo arbitral, en concreto, el efecto de cosa juzgada que produce el laudo, de manera equivalente a la sentencia judicial, pero en modo alguno permite afirmar que el fundamento constitucional del arbitraje se encuentre en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución”. Vid. IGLESIA GONZÁLEZ, A. y MONTES SARALEGUI, L., *El estándar aplicable al deber de motivación del laudo bajo el art. 37.4º de la Ley de Arbitraje, a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021*, en FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *El proceso arbitral en España...*, op. cit., Wolters Kluwer, 2021, p. 153.

45. *Ibid.*, FJ. 2.

*subvierta esta limitación*⁴⁶. Y en este punto, en relación con el orden público, da un paso más para señalar que: “*si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público*”.

Afirmado lo anterior, se centra en el deber de motivación de los laudos, donde aclara, en lo que aquí interesa, que:

- El deber de motivación de los laudos arbitrales y de las resoluciones judiciales tienen naturalezas distintas porque emanan de previsiones legales diferentes: mientras que los laudos arbitrales encuentran su exigencia motivacional en el artículo 37 de Ley de Arbitraje, las resoluciones judiciales lo hacen en el artículo 24 del texto constitucional.

Lo relevante –y a la vez novedoso– es que el Tribunal Constitucional parece apuntar aquí a la posibilidad de que la exigencia motivacional de los laudos sea modulable por las partes según lo que hayan dispuesto en el convenio arbitral, e incluso, al tratarse de una exigencia *ex lege*⁴⁷, al hecho de que podría ser eliminada por el legislador si así lo decidiese. Lo que no podría predicarse de las resoluciones judiciales, precisamente, por su diferente naturaleza.

- No requiere del análisis de todas las pruebas y argumentos ofrecidos por las partes. Tampoco será necesario que sea exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas, sino que bastará que la resolución contenga la *ratio decidendi* o, en palabras del Tribunal Constitucional:

*“los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios”*⁴⁸.

- Tampoco puede exigirse que la motivación de los laudos sea convincente ni correcta⁴⁹.

Por último, siguiendo con el deber de motivación que venimos analizando, en relación con el arbitraje de equidad se pone de manifiesto que es posible que el árbitro pueda “*prescindir de las normas jurídicas y acudir a un razonamiento diferente al que se desprende*

46. *Ibid.*

47. Vid. FÉRNANDEZ-ARMESTO, J. y BRIONES MARTÍN, A., *Reflexiones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021*, en FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *El proceso arbitral en España...*, op. cit., Wolters Kluwer, 2021, p. 105.

48. Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero, FJ. 2.

49. *Ibid.*

de su aplicación”, siendo posible que la solución por la que se opte sea incompatible con la que pudiera resultar de la aplicación de las normas de derecho material⁵⁰.

Una vez sentado lo anterior, en el Fundamento Jurídico 3º, el Tribunal Constitucional aplica la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado. En este apartado, en lo que aquí interesa respecto a la suficiencia de la motivación del laudo arbitral, el Tribunal Constitucional concluye que este contiene una “suficiente y lógica motivación, no apreciándose algún tipo de quiebra, incoherencia o contradicción”⁵¹.

Por ello, entiende el Alto Tribunal que el órgano judicial que anuló el laudo no debió revisar la prueba valorada por el árbitro ni tampoco la aplicación del derecho sustantivo. Así, al adentrarse en la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión, extendió, de forma impermisible, la noción de orden público como motivo de anulación del laudo, incurriendo en manifiesta irrazonabilidad y vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes, dispuesto en el artículo 24 de la Constitución⁵².

Por consiguiente, determinada la inadecuación de la motivación contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que contravino el canon de razonabilidad de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo y reconoció vulnerado el derecho de las recurrentes a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente, y declaró que las actuaciones debían retrotraerse al momento anterior al que se dictó la sentencia de anulación⁵³.

* * *

Con todo, constatamos que la acción de anulación va a tener un alcance muy limitado⁵⁴ que vendrá determinado por los motivos establecidos en la Ley de Arbitraje y que el motivo consistente en que el laudo sea contrario al orden público⁵⁵ no puede servir en ningún caso como puerta trasera para que el tribunal de anulación efectúe una revisión de la motivación del laudo o de la valoración de la prueba realizada por el árbitro. Excepción hecha de los casos en los que la resolución arbitral pueda tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, en los que, en efecto, cabrá la anulación con base en la infracción del orden público.

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*, FJ. 3.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. Lo que ha sido bautizado como el principio de mínima intervención judicial en el control del arbitraje. En este sentido, vid., SALA SÁNCHEZ, P., *El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, y 17/2021, de 15 de febrero*, en FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *El proceso arbitral en España...*, op. cit., Wolters Kluwer, 2021, p. 35.

55. Cfr. artículo 41.1 f) de la Ley de Arbitraje.

3.3. *Las Sentencias del Tribunal Constitucional 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo*

En 2021, el Tribunal Constitucional pronunció, en un mismo día, las sentencias 55/2021 y la 65/2021, que ahora pasamos a examinar de forma separada.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2021, de 15 de marzo: repetición de doctrina constitucional ya establecida

Como decíamos, la primera resolución analiza un supuesto de hecho muy similar al que fue tratado ya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, donde las partes acordaron desistir de la acción de anulación del laudo y solicitaron de conformidad el archivo del procedimiento judicial⁵⁶.

Al igual que en el primer caso de la saga aquí analizada, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid concluyó que la nulidad o validez de un laudo, una vez promovida la acción de anulación ante el tribunal competente, deviene materia indisponible y, por lo tanto, “no es aceptable la pretensión de poner fin a un proceso de anulación de laudo” cuando se alegue un “motivo [...] de interés general [que] haya de ser examinado de oficio por [el] tribunal”⁵⁷. Por ello, el tribunal de anulación denegó la solicitud de archivo, procediendo a la anulación del laudo por motivos de orden público⁵⁸.

Como consecuencia de la denegación del archivo, una de las partes interpuso demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración, entre otros, de su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad o arbitrariedad, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución⁵⁹.

Así, el Tribunal Constitucional inicia la sentencia recordando que “no puede más que reiterar lo declarado en aquella STC 46/2020”, lo que ya nos advierte que la resolución tenderá a asentar doctrina anterior y no a realizar contribuciones novedosas. Por lo tanto, a efectos de evitar al lector reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo ya expuesto supra en el apartado 3.1.

Basta con señalar ahora que la sentencia considera que la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid consistente en no proceder al archivo de la causa fue contraria al canon de razonabilidad de las resoluciones judiciales. Por ello, otorga el amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 y, en consecuencia,

56. Todo apunta a que la reiteración se debe a que la anterior doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la Sentencia 46/2020 en un supuesto idéntico fue adoptada en un momento posterior al que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ya había dictado la sentencia de anulación en el caso de autos. Por ello, parece que el Tribunal de anulación no pudo aplicar la doctrina constitucional en el supuesto ahora analizado por el Tribunal Constitucional.

57. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2021, de 15 de marzo, Antecedentes.

58. *Ibid.*

59. *Ibid.*, FFJJ. 2 *in fine* y 3. Conviene señalar que, a pesar de las diferentes vulneraciones de derechos constitucionales efectuados por la recurrente, el Tribunal Constitucional, al ya estimar la petición relativa a la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, no entra a valorar el resto de motivos de la demanda de amparo.

acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia de anulación, haciendo hincapié en que:

“[E]l pronunciamiento judicial sobre el desistimiento precede necesariamente al análisis de una posible vulneración del orden público ex art. 41.2 LA, por lo que el órgano judicial no puede ampararse en su deber de velar por el orden público y por el interés general para rechazar una solicitud de archivo”⁶⁰.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo: sobre un supuesto de anulación parcial de un laudo

El supuesto que dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional ahora analizada trae causa de una demanda interpuesta por una mercantil contra un banco en relación con un contrato de un producto financiero sobre el que, según la demandante, no se ofreció suficiente información durante la fase precontractual. En el contrato se disponía que la resolución de cualquier eventual disputa sería sometida arbitraje⁶¹.

El arbitraje concluyó con el dictado del correspondiente laudo en equidad, en el que el tribunal arbitral estimó parcialmente las pretensiones de la demandante. Así, el tribunal arbitral declaró el incumplimiento por parte del banco, pero, sin embargo, rechazó la indemnización por daños y perjuicios al no haberse verificado la existencia de daño alguno y haberse ejercitado la acción de forma tardía. Contra el laudo, la mercantil interpuso recurso de anulación parcial ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El referido Tribunal estimó el recurso y anuló parcialmente el laudo por contravención del orden público, al aplicar *mutatis mutandis* el deber de motivación de las resoluciones judiciales a los arbitrajes⁶².

Frente a dicha resolución el banco interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, solicitando que se declarase la validez y firmeza del laudo⁶³, ya que la exigencia de motivación de los laudos arbitrales no resulta equivalente al deber de motivación propio de la tutela judicial efectiva. Por su parte, la mercantil interesó la desestimación del recurso ya que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, “*de modo tal que las exigencias de motivación propias de las resoluciones judiciales son trasladables a los laudos arbitrales*”⁶⁴.

El Tribunal Constitucional inicia su exposición sobre la infracción del orden público como causa de anulación de los laudos y su incidencia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución recordando los dos pronunciamientos ya analizados *supra* en los apartados 3.1 y 3.2. En síntesis, por no reiterar cuanto se ha dicho, el tribunal se reafirma en la idea de que la causa de anulación consistente en la vulneración

60. *Ibid.* FJ. 3.

61. *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo.

62. *Ibid.* Antecedentes. La sentencia de anulación afirma que el laudo –recordemos, en equidad– es contrario al orden público por la contradicción que encierra reconocer un incumplimiento de una obligación y a la vez negarle toda trascendencia.

63. *Ibid.*

64. *Ibid.* FJ. 1.

del orden público es excepcional y no puede ser tomada como un cajón de sastre o una puerta falsa para controlar la decisión arbitral⁶⁵. Lo interesante es que la sentencia aporta una relación de supuestos en los que sí va a caber la anulación del laudo por contravención del orden público, tales como:

- i. El incumplimiento de las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba;
- ii. La motivación del laudo sea inexistente, arbitraria, ilógica, absurda o irracional⁶⁶;
- iii. La infracción de normas legales imperativas; o
- iv. La vulneración de la intangibilidad de una resolución firme anterior

En segundo lugar, la sentencia arroja luz sobre la idea del arbitraje como “*equivalente jurisdiccional*”⁶⁷. Basta decir que dicha equivalencia, lejos de ser plena, debe limitarse a los efectos de cosa juzgada y a la ejecutividad de ambos tipos de resoluciones. Y ello es así, asevera el Tribunal Constitucional, puesto que ni el arbitraje se trata de un procedimiento judicial, ni tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción⁶⁸. Por lo que, al someterse libre voluntariamente a arbitraje, las partes renuncian a las garantías inherentes al artículo 24 de la Constitución⁶⁹.

Por último, la sentencia se ocupa del deber legal de motivación de los laudos. No repetiremos lo ya expuesto anteriormente en el apartado 3.2 puesto que el Tribunal Constitucional viene a recoger la doctrina allí establecida. No obstante, conviene recordar que vuelve a subrayar ahora que la motivación del laudo no se halla constitucionalmente garantizada, sino que se trata de una obligación de configuración exclusivamente legal (artículo 37 de la Ley de Arbitraje)⁷⁰. De ahí que el Tribunal de amparo concluya nuevamente que: “*la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público*” y que la

65. *Ibid.* FJ. 3.

66. Nótese que, si bien una motivación inexistente, arbitraria, ilógica, absurda o irracional va a permitir la anulación del laudo por contravención del orden público, no ocurrirá lo mismo si la motivación es simplemente errónea, insuficiente o, de haberse sometido a consideración del órgano judicial, este hubiera llegado a otra distinta. *Cfr. Ibid.*, FJ. 3.

67. Sin duda, la expresión no es nueva y ya había sido tratada, por citar solo alguna de ellas, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero, que hemos examinado con anterioridad en el apartado 3.3. Sin embargo, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias y optimizar el examen que aquí se hace de las sentencias, nos ha parecido oportuno a los autores abordar el concepto ahora.

68. Esta cuestión ya ha sido tratada con mayor detalle *supra* en el apartado 2.2 del presente artículo.

69. *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo, FJ. 4

70. *Ibid.*, FJ. 5. En concreto, recogida en el artículo 37.4 de la Ley de Arbitraje.

comprobación por parte del tribunal de anulación debe quedar circunscrita a un control únicamente externo, “*sin entrar a valorar el fondo del asunto*”⁷¹.

La aplicación de la doctrina aquí expuesta aplicada al caso concreto conduce al Tribunal Constitucional a concluir que la sentencia de anulación vulnera el artículo 24.1 de la Constitución debido a que el tribunal de anulación entró en el fondo del debate y sustituyó la motivación dada por los árbitros por aquella que le pareció más correcta; de nuevo, bajo el pretexto de un extensivo –y erróneo– entendimiento del orden público. En este sentido, el Tribunal Constitucional declara que la interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid “*excede del alcance de la acción de anulación, al margen de desconocer el poder de enjuiciamiento de los árbitros y de la autonomía de la voluntad de las partes*”⁷².

Y ello es así puesto que el laudo permitía apreciar los motivos que llevaron a los árbitros a entender por qué no procedía otorgar indemnización, sin que el mismo incurriese en irrazonabilidad o arbitrariedad y sin que existiesen premisas inexistentes o un desarrollo argumental provisto de quiebras lógicas. Por ello, nos dice el Tribunal Constitucional, no cabía entrar en el fondo del asunto, habiéndose debido limitar la actuación del tribunal de anulación a comprobar “*errores in procedendo o la ausencia de motivación*”⁷³. En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluye que la sentencia de anulación vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución de la recurrente y anula la sentencia de la que traía causa, declarando, asimismo, la retroacción de las actuaciones por que se dictase nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental infringido⁷⁴.

3.4. *Las Sentencias del Tribunal Constitucional 50/2022, de 4 de abril, y 79/2022, de 27 de junio*

En este último apartado pasamos a abordar las dos sentencias recaídas en el año 2022 y que se suman al cuarteto de sentencias del Tribunal Constitucional en materia arbitral ya analizadas hasta el momento. Lo cierto es que las dos sentencias que serán objeto de examen en este apartado reiteran en gran medida lo ya previamente establecido⁷⁵, si bien en ellas se trata por vez primera la apreciación del instituto de la prejudicialidad penal en sede arbitral.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2022, de 4 de abril: la incidencia de la prejudicialidad penal en el arbitraje⁷⁶

71. *Ibid.*, FJ. 5.

72. *Ibid.* FJ. 6.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. Es decir, el Tribunal Constitucional vuelve a reiterar, con cita en las sentencias ya examinadas en apartados anteriores, el alcance del control a efectuar por los tribunales de anulación y el motivo de anulación relacionado con la infracción del orden público. A efectos de no incurrir en baldías repeticiones, advertirá el lector que se han omitido aquellas cuestiones tratadas en las sentencias que nada nuevo aportan.

76. La sentencia que ahora se examina incluye un voto concurrente del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, en el que aboga por una mayor precisión del concepto de orden público y, para

La relevancia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2022, de 4 de abril, radica en el hecho de que, como decíamos, se considera la cuestión de la prejudicialidad penal, su valoración en sede arbitral, así como la fiscalización que los órganos jurisdiccionales van a poder realizar de dicha apreciación⁷⁷.

En síntesis y únicamente a los efectos de ofrecer al lector el suficiente contexto, conviene apuntar que la sentencia de anulación traía causa de un contrato de ejecución de obra entre una empresa y una sociedad pública en el que se había incluido una cláusula de sumisión a arbitraje. Una vez formulada la solicitud de arbitraje con el objeto de dirimir la resolución del contrato y el pago de diversos importes por trabajos realizados, la sociedad pública demandada se opuso al arbitraje por falta de competencia del tribunal arbitral y alegó la existencia de una cuestión prejudicial que impedía seguir con el mismo. La demandante se opuso a dicha solicitud y el tribunal arbitral, una vez constituido, desestimó la excepción de falta de competencia alegada⁷⁸, así como la concurrencia de una cuestión de prejudicialidad penal que debiera llevar a la suspensión del procedimiento⁷⁹.

ello, propone un test con tres criterios (i.e., sustancial, cualitativo e instrumental) que a su juicio contribuiría a evitar extensiones indebidas del control del arbitraje por los órganos jurisdiccionales bajo el pretexto del orden público.

77. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2022, de 4 de abril. En la doctrina, por todos, HINOJOSA SEGOVIA, R., *Sentencia del Tribunal Constitucional sobre prejudicialidad penal en el arbitraje excluyendo su existencia*, Revista El Notario del Siglo XXI, número 103, 2022. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-103?id=11402:sentenci%E2%80%A6-yendo-su-existencia&tmpl=component&print=1&layout=default&page=> [último acceso 29 de enero de 2023].
78. El tribunal arbitral indicó al respecto que: “No hay discrepancia alguna entre las litigantes acerca de la existencia y alcance del convenio arbitral [...]. Tampoco parece haber dudas sobre la competencia y capacidad del tribunal para dirimir la excepción planteada por la demandada en su escrito de respuesta a la solicitud. [...]. El objeto del presente arbitraje es la resolución del contrato de obra de 21 de septiembre de 2009 y su liquidación. Cuestión esta de naturaleza indiscutiblemente civil, de plena disposición por las partes y susceptible por tanto de ser arbitrada de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2.1 de la Ley 60/2003; objeto que en modo alguno es el propio del proceso penal que se invoca como fundamento de la indisponibilidad de la materia sometida a arbitraje. En efecto, como consta en el oficio del Juzgado Central de Instrucción [...], en las diligencias previas del procedimiento abreviado [...] seguidas por “malversación de caudales públicos y otros”, el órgano jurisdiccional penal ha requerido información sobre el contrato que se cuestiona en este procedimiento arbitral solo en cuanto al “origen de su financiación”; lo que evidencia que en dicho proceso penal no está en cuestión, al menos por el momento la validez y eficacia del mismo”. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2022, de 4 de abril, Antecedentes.
79. La cuestión de prejudicialidad fue descartada por los motivos que siguen: “ni de los argumentos aportados por la demandada en su escrito de respuesta a la solicitud de arbitraje ni de la documental acompañada, puede inferirse la existencia de una causa criminal que, en poco o en mucho, se solape o interfiera sobre el objeto de este litigio. Se aporta un simple oficio del Juzgado de Instrucción Central núm. 6 que requiere a [la empresa pública] “información precisa sobre el origen de la financiación” de determinados contratos, entre los que se relaciona el objeto de este proceso. Pero eso en nada explica una mínima conexión entre los procesos (la financiación del contrato es absolutamente ajena a nuestro objeto procesal) y desde luego no sustenta la “afectación

En la contestación a la demanda y en el trámite de conclusiones, la sociedad pública insistió en la existencia de la prejudicialidad penal. Tras otorgar el tribunal arbitral un trámite expreso a las partes para que determinasen la conexión entre los procedimientos penal y arbitral y la influencia decisiva del primero sobre el segundo, el tribunal arbitral dictó el correspondiente laudo en el que ratificaba su competencia, declaraba la inexistencia de prejudicialidad penal, así como resolvía el contrato y condenaba a la empresa pública a abonar diversas cuantías⁸⁰.

Contra el referido laudo la sociedad pública interpuso recurso de anulación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que terminó con la anulación del laudo, al entender el tribunal que la motivación dada por los árbitros en cuanto a los requisitos de la prejudicialidad penal del artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil era errónea. En concreto, considera el tribunal de anulación que los árbitros habían contravenido una norma imperativa que, a su vez, conducía a la nulidad de los laudos al ser contrarios al orden público, *ex* artículo 41.1 f) de la Ley de Arbitraje.

Así, contra la sentencia de anulación, la empresa formuló demanda de amparo en la que alegó que el órgano judicial vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución. En este sentido, considera la demandante de amparo que, so pretexto de infracción del orden público, la sentencia incurre en un grave exceso de jurisdicción, cuando lo cierto es que la cuestión prejudicial penal fue debatida en el curso del arbitraje y resuelta en el laudo con profusa motivación⁸¹. Centrado así el debate, el Tribunal Constitucional analiza si la motivación dada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para anular los laudos arbitrales es conforme con el canon de motivación *ex* artículo 24.1 de la Constitución o si, por lo contrario, se extralimitó en su deber de control de los laudos arbitrales.

Según el Tribunal Constitucional:

- Los jueces y tribunales que conocen de una pretensión anulatoria únicamente pueden ejercer un control limitado sobre los laudos. Y recuerda que esa limitación supone que al tribunal de anulación le está vedado entrar en la cuestión de fondo, valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones allí alcanzadas⁸².
- La concurrencia de los presupuestos procesales que llevan a la apreciación de la prejudicialidad penal ha de valorarse por el tribunal arbitral con carácter restrictivo, en tanto ese juicio no excede del ámbito de la legalidad ordinaria, correspondiendo al órgano judicial únicamente controlar si esa decisión es respetuosa con las exigencias del orden público⁸³.

total” del contrato a la causa penal”. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2022, de 4 de abril, Antecedentes.

80. *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2022, de 4 de abril, Antecedentes.

81. *Ibid.* Obviamos el análisis allí contenido puesto que nada nuevo añade y nos remitimos a cuanto ya se ha expuesto con anterioridad.

82. *Ibid.*, FJ. 3.

83. *Ibid.*, FJ. 5.

- La motivación que le es exigible al tribunal arbitral en relación con esta decisión es la establecida en el artículo 37.4 de la Ley de Arbitraje⁸⁴.

En otras palabras, la prejudicialidad penal es una cuestión perteneciente al ámbito de valoración del tribunal arbitral y, por ende, el tribunal de anulación, cuyo ámbito de control tiene un alcance restringido, debería limitarse a comprobar únicamente posibles errores *in procedendo* o la ausencia de motivación.

Sin embargo, en el caso en concreto, nos dice el Tribunal Constitucional que lo que ha hecho el órgano judicial es limitarse a sustituir la motivación del laudo por la suya propia, entrando erróneamente en el fondo del debate. Es decir, según el Tribunal Constitucional, el tribunal de anulación “*aprecia que el laudo está motivado pero la motivación del tribunal arbitral no le resulta convincente o, simplemente, no la comparte y, en virtud de ello, la sustituye por la suya, es decir, por un entendimiento distinto del alcanzado por el tribunal arbitral sobre la concurrencia o no de la prejudicialidad penal*”⁸⁵.

Por ello, el Tribunal Constitucional, concluye que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha incurrido en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de un entendimiento extensivo del concepto de “orden público” del artículo 41.1.f) de la Ley de Arbitraje, que lo ha llevado a imponer una valoración distinta de la realizada por los árbitros acerca de la concurrencia de la alegada prejudicialidad penal.

Como consecuencia de lo anterior, el Alto Tribunal declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución de la empresa demandante de amparo⁸⁶.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2022, de 27 de junio: a vueltas con la prejudicialidad penal

La Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2022, de 27 de junio, constituye el último hito en el que el tribunal de garantías ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones relativas al control de los laudos por parte de los órganos jurisdiccionales, así como sobre el concepto de orden público como motivo de anulación de laudos.

Sin embargo, el comentario de esta resolución será breve por dos motivos: el primero, se debe a que las cuestiones aquí analizadas ya fueron objeto de desarrollo anteriores resoluciones, sin que ahora la sentencia aporte nada novedoso; el segundo, puesto que el presente supuesto es casi idéntico al que recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2022, de 4 de abril, ya comentada.

Así, igual que en el anterior supuesto, el arbitraje traía causa de un contrato de ejecución de obra entre una Unión Temporal de Empresas (en adelante, “UTE”) y una sociedad pública, que incluía una cláusula de sumisión a arbitraje. En sede arbitral, la demandada planteó la existencia de prejudicialidad penal suspensiva, que fue rechazada por el tribunal arbitral hasta en tres ocasiones, declarando no haber lugar a la misma⁸⁷.

84. Ibid., FJ. 3.

85. Ibid., FJ. 5.

86. Ibid., FFJJ. 5 y 6.

87. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2022, de 27 de junio.

Como habrá advertido el lector, y reconoce la sentencia ahora analizada⁸⁸, el supuesto de hecho guarda enormes similitudes con el ya analizado. Basta decir ahora que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid justificó la anulación del laudo en la infracción del orden público ex artículo 41.1 f) de la Ley de Arbitraje, pues, a su juicio, el tribunal arbitral debió haber suspendido el arbitraje. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional, tras repasar el concepto de orden público y el origen legal –y no constitucional– de la motivación de los laudos⁸⁹, viene a insistir en el contenido limitado de la acción de anulación y en la imposibilidad de que el alcance de esta permita entrar en la revisión de la cuestión decidida por el árbitro⁹⁰.

Sobre esta cuestión, declara el Tribunal Constitucional, una vez más, que “*la anulación solo puede referirse a la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral, sin que el juicio revisorio pueda extenderse más allá, y mucho menos entrar en los razonamientos jurídicos del laudo*”⁹¹.

Sin embargo, concluye el tribunal de garantías que, en el supuesto sometido a examen, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entró en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y sustituyó la conclusión del Tribunal Arbitral conforme no apreciaba la concurrencia de prejudicialidad penal por la contraria, valiéndose, para ello, de su presunta capacidad de velar por el orden público⁹².

Pues bien, al hacerlo, el Tribunal Constitucional considera que la sentencia de anulación se excedió en el enjuiciamiento de la decisión arbitral, ya que dicha decisión correspondía solo a los árbitros, e incurrió, como en otras ocasiones, en un “*ensanchamiento del concepto de orden público*” que desbordaba el alcance de la acción de anulación⁹³.

Así pues, como consecuencia de la inadecuación de la motivación contenida en la sentencia de anulación, el Tribunal Constitucional declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución de la empresa recurrente y otorgó el amparo solicitado, declarando la nulidad de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la consiguiente retroacción de las actuaciones⁹⁴.

88. *Ibid.*, FJ. 2.

89. Esta cuestión ya fue discutida *supra* en el apartado 3.3 y allí nos remitimos ahora.

90. *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2022, de 27 de junio, FJ. 2.

91. *Ibid.*, FJ 3.

92. *Ibid.*

93. *Ibid.* Nótese que el Tribunal Constitucional afirma en la sentencia analizada: “*el razonamiento de la sentencia de anulación expresa en realidad tan solo una mera discrepancia en la valoración que el colegio arbitral ha realizado, habiéndose producido un exceso en el enjuiciamiento de la decisión arbitral por parte del órgano judicial que resulta contraria al artículo 24 CE, dado el ensanchamiento del concepto de ‘orden público’ que se realiza en las resoluciones impugnadas para apreciar los requisitos de la prejudicialidad penal, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el principio de la autonomía de la voluntad de las partes que se someten al proceso arbitral (arts. 24 y 10 CE)*”.

94. *Ibid.*

4. Conclusiones

A pesar de que pueda parecer que arbitraje y Constitución se dan la espalda, lo cierto es que ambas instituciones están destinadas a convivir y a entenderse. Ello es así puesto que la jurisdicción está llamada a desempeñar, si así se promueve por las partes, este control *ex ante* y *ex post* en relación con el arbitraje.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, como máximo garante de la Constitución, ya desde una época temprana del periodo democrático español vino a asentar las bases en las que el arbitraje descansaba. En este sentido, afirmó que el arbitraje no menoscababa el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, ni tampoco conculcaba la función jurisdiccional que se residencia de forma exclusiva en jueces y tribunales, tal y como prevé el artículo 117.3 de la Constitución.

Así pues, las notas tempranas del Tribunal Constitucional ya vinieron a poner de relieve la compatibilidad entre ambos sistemas. De nuevo, más recientemente, entre los años 2020 y 2022, y como consecuencia de una línea interpretativa esbozada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Tribunal Constitucional ha venido a despejar incertidumbres que se cernían sobre los procedimientos arbitrales.

En concreto, el tribunal de garantías ha venido a concretar el alcance la acción de anulación, que debe limitarse a un control externo y sin que, en ningún caso, pueda el tribunal de anulación actuar como una segunda instancia revisora.

Además, y en relación con el motivo de anulación consistente en la infracción del orden público, el Tribunal Constitucional ha establecido que se trata de un concepto que no puede ser ensanchado, ni ser tomado como un cajón de sastre o una puerta trasera que permita el control de la decisión arbitral. Por consiguiente, si el laudo no puede tacharse de arbitrario, ilógico, absurdo o irracional, no cabe declarar su nulidad bajo el pretexto de la noción de orden público.

Lo anterior, como decíamos al inicio de este artículo, se torna de suma relevancia a los efectos de consagrar España como una sede arbitral relevante y fiable, a la par de sus homólogos en el orden internacional.

11.

A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCEDIMENTO ARBITRAL: O CASO PECHSTEIN, PRINCÍPIO DO LUGAR ÚNICO, JURISDIÇÃO ARBITRAL E GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS

PAULA COSTA E SILVA¹

I. O acórdão do Bundesverfassungsgericht²

1. Em 6 de Junho de 2022, o Tribunal Constitucional alemão proferiu uma decisão no domínio da arbitragem voluntária que motivou reacções imediatas³. O ponto de partida do acórdão foi a dedução da excepção de preterição de tribunal arbitral suscitada pelas rés em

1. Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, FCI Arb, árbitro independente.
2. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Juni 2022, – 1 BvR 2103/16.
3. A título meramente exemplificativo, a conferência pela *Deutsche Institution für Schiedsgerichtbarkeit*, em 10 de Agosto de 2002 [*Claudia Pechstein, das BVerfG und das Ende der Vertraulichkeit in Schiedsverfahren? Auftaktveranstaltung zur Online-Veranstaltungsreihe DISputes and Sport*]. Entre as publicações, RÜDIGER MORBACH, “The Pechstein Saga Continues: The German Federal Constitutional Court Grants Another Round on the Rink”, in *Kluwer Arbitration Blog*, disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/07/27/the-pechstein-saga-continues-the-german-federal-constitutional-court-grants-another-round-on-the-rink/>, 27.07.2022, consultado em 20.08.2022; JULIA KLEEN, “Sport arbitration and competition law: Long-awaited verdict of the Bundesverfassungsgericht gives Pechstein new hope”, in *Kluwer Competition Law Blog*, disponível em <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/07/26/sport-arbitration-and-competition-law-long-awaited-verdict-of-the-bundesverfassungsgericht-gives-pechstein-new-hope/>, 26.07.2022, consultado em 20.08.2022; ANTOINE DUVAL, “Constitutionalizing the Court of Arbitration for Sport: The Return of Claudia Pechstein”, in *Verfassungsblog, On Matters Constitutional*, disponível em <https://verfassungsblog.de/constitutionalizing-the-court-of-arbitration-for-sport/>, 20.07.2022, consultado em 20.08.2022; JENS ADOLPHSEN, “Zum Pechstein-Urteil des Bundesverfassungsgerichts”, in *Verfassungsblog, On Matters Constitutional*, disponível em <https://verfassungsblog.de/sport-spiel-und-schiedszwang/>, 15.07.2022, consultado em 23.08.2022; THOMAS PFEIFFER, “Gesteigerte rechtsstaatliche Garantien in der Sportschiedsgerichtsbarkeit – Fall Pechstein”, in *LMK*, 7 (2022); MARIE-CHRISTIN BAREUTHER, “Das Bundesverfassungsgericht zur Zwangsschiedsgerichtsbarkeit und

acção de condenação em pedido indemnizatório que contra elas havia sido deduzido pela autora. Se, até aqui, não se compreende o facto determinante do exercício da competência própria pelo *BVerfG*, a identificação do caso começa a indiciar o que poderá ter estado em causa. O *BVerfG* foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade de um conjunto de convenções de arbitragem celebradas por Claudia Pechstein com diversas associações ligadas à realização de campeonatos nacionais e mundiais desta modalidade.

A situação processual que desemboca na decisão do Tribunal Constitucional alemão é bastante complexa porquanto este Tribunal é chamado a pronunciar-se sobre uma questão de constitucionalidade no contexto de uma acção de indemnização instaurada por Claudia Pechstein junto dos tribunais alemães depois de esgotadas todas as vias de impugnação das decisões tomadas pela jurisdição arbitral desportiva competente. Numa descrição brevíssima que, já em seguida, se densificará, depois da aceitação de várias cláusulas arbitrais que a vinculavam a litigar perante a jurisdição arbitral desportiva competente, Claudia Pechstein foi acusada de *doping*, sendo proibida de participar de competições durante dois anos. A decisão, aplicada por uma comissão disciplinar, foi mantida pelas várias instâncias da jurisdição arbitral que sobre ela se pronunciaram.

Esgotadas estas vias, Claudia Pechstein instaura duas acções nos tribunais alemães, ulteriormente apensadas, pedindo a condenação das associações de patinagem que haviam estado envolvidas no seu caso no pagamento de uma indemnização. E é nestes que, seguindo uma longa tradição, os tribunais se vêm a pronunciar acerca da validade das convenções de arbitragem em que, de acordo com a jurisprudência, não há verdadeira liberdade de celebração de uma das partes. Apesar dos muitos aspectos relevantes suscitados pela fundamentação das decisões proferidas pelos tribunais alemães (*Landgericht München, Oberlandesgericht München, Bundesgerichtshof*) e pelos demais tribunais que se pronunciaram no caso (em sequência cronológica, o Tribunal Federal suíço e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos), apenas as questões que decorrem do modo como é exercida a liberdade de celebração nos interessará.

Mais adiante descreveremos a decisão do *BVerfG* em maior detalhe. Por ora, deixemos somente enunciados os seus trechos essenciais.

Se, segundo o *BVerfG*, não é fundamento de invalidade a circunstância de uma parte ser constrangida a submeter-se a uma jurisdição ainda que não seja livre de assinar ou não a convenção, para que essa mesma convenção possa ser considerada válida é fundamental que o processo em que a parte vê decidido o conflito ofereça exactamente as mesmas garantias que oferece o processo tramitado por tribunais estaduais. Porque no concreto processo não estava assegurada a garantia a uma audiência pública, a convenção celebrada é inválida.

2. Com este impulso, regressamos a um tema que já havíamos trabalhado em 2008 e que retomámos, para construir uma analogia valorativa, em 2017⁴, a propósito da arbitragem societária.

Öffentlichkeit der Verhandlung in CAS-Verfahren", in *Spo-Prax. Sportrecht und E-Sportrecht in der Praxis*, 9 (2022), pp. 361-366.

4. "Hot Topics nas Especificidades Processuais da Arbitragem Societária: Disponibilidade do Direito de Nomeação de Árbitro e Objetivação do Contraditório ou do Rigor das Palavras

No texto de 2008, publicado em 2009⁵, afirmávamos que havia um conjunto de casos que, desde cedo considerámos como nebulosos no domínio dos meios extrajudiciais de resolução de controvérsias assentes na autonomia privada. Este respeitava às arbitragens que se fundam em cláusulas que então qualificámos como putativamente voluntárias porquanto uma das partes não tem verdadeira liberdade para as rejeitar⁶. Se alguma doutrina tendia a recusar a respectiva admissibilidade, a jurisprudência considerava-as admissíveis, com a consequente conclusão de ter ocorrido uma renúncia à jurisdição estadual⁷. Este ponto tem relevância extrema quando estão em causa litígios respeitantes a zonas de conflitualidade em que, não só são comuns instâncias de decisão externas ao poder judicial do Estado, como estas exercem uma jurisdição exclusiva. E, exactamente porque exercem jurisdição⁸, devem ser consideradas, pelo menos para os efeitos de exercício de competência de fiscalização concreta de constitucionalidade das normas que aplicam e de recorribilidade das suas decisões para o Tribunal Constitucional, como tribunais⁹.

Como então escrevemos, a questão central que este tipo de cláusulas suscita prende-se exactamente com a autonomia privada enquanto fonte jurígena da competência de um tribunal arbitral¹⁰. Se é certo que ainda pode reconduzir-se à vontade da parte a jurisdição de uma instância arbitral que esta aceita e à qual eventualmente até recorre, certo é que a vontade de assim agir de modo juridicamente vinculante não é livre. A integração da parte em certa categoria ou ordem profissional, a sua adesão a determinado partido político, impõe que aceite a jurisdição própria e exclusiva, criada por essa ordem ou por essa associação. Se a parte quer integrar certa associação, tem de aceitar a renúncia à jurisdição do Estado.

3. A favor da admissibilidade deste tipo de cláusulas, dir-se-á que a parte só renuncia à jurisdição estadual porque manifesta uma vontade de adesão à associação, porque quer integrar a associação. Se assim é, terá de aceitar as cláusulas que regem toda a vida dessa organização. Apesar de a parte não querer aceitar a jurisdição corporativa, tem de a reconhecer como a única competente. Não obstante esta limitação à sua autonomia, seria, ainda, a vontade da parte a fundar a jurisdição arbitral.

Mas não só não é linear que seja admissível uma cláusula através da qual a parte tem de renunciar à jurisdição estadual caso pretenda integrar uma determinada associação, como nem sempre tem a parte verdadeira escolha entre integrar ou não essa associação.

que aprendi com Barbosa Moreira”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. 10, n.º 1 (2017), pp. 16-31.

5. *A nova face da Justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e métodos de ensino*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, § 129 e ss..
6. Compreensivamente sobre esta questão, GERHARD WAGNER, *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Kap. 6, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
7. GERHARD WAGNER, “Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess: Kosten, Nutzen, Alternativen”, in *JZ* 53, Nr. 17 (1998), pp. 836-846 (841).
8. Acórdão do TC 181/07, de 08.03.2007, proc. 343/05 (PAULO MOTA PINTO).
9. Acórdão do TC 181/07, de 08.03.2007, proc. 343/05 (PAULO MOTA PINTO).
10. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Arbitragem como factor de competitividade”, in *VI Conferência Meios alternativos de resolução de litígios*, 1.ª ed., Ministério da Justiça, Gabinete para a resolução alternativa de litígios, 2007, 31-46 (p. 34).

O que dizemos é absolutamente característico das jurisdições desportivas¹¹, *maxime* das jurisdições destinadas a resolver os conflitos que eclodem entre jogadores profissionais de futebol e os clubes ou entre os clubes. Poderá realmente dizer-se que o jogador só renuncia à jurisdição dos tribunais judiciais (com excepção da jurisdição de trabalho) porque quer? Isto porque, se não quiser renunciar a tal jurisdição, poderá não se inscrever na associação que impõe a jurisdição arbitral específica? Que alternativa efectiva tem o jogador? Vai jogar em que clubes?

Estas interrogações vêm determinando que a doutrina se pronuncie contra a admissibilidade de cláusulas que impõem a aceitação de jurisdições arbitrais, com renúncia à jurisdição estadual, como condição para que a parte integre uma determinada associação.

Com efeito, e este argumento parece-nos absolutamente decisivo, para que uma jurisdição arbitral voluntária se possa considerar legítima tem de fundar a sua competência num acto de autonomia das partes. Se uma das partes é constrangida a aceitar essa jurisdição, não pode dizer-se que esta funde a sua competência num acto autónomo daquela.

4. Acerca deste problema se poderia ter pronunciado o Tribunal Constitucional, em acórdão de 12 de Julho de 1989 (acórdão n.º 472/89 [MARTINS DA FONSECA]). Porém e ficando-se pela decisão de questões puramente formais – natureza das normas e competência – o Tribunal Constitucional não toma posição sobre o fundo.

Questionava-se a conformidade constitucional das regras dos Estatutos da Federação Portuguesa de Futebol e do Regulamento Disciplinar da Federação. No recurso, era requerida a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 86.º do Estatuto da Federação Portuguesa de Futebol (na redacção que lhe fora dada por escritura de 26 de Julho de 1985, publicada no *Diário da República*, III Série, n.º 200, de 31 de Agosto de 1985) bem como do artigo 86.º do Regulamento Disciplinar, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária em 18 de Agosto de 1984.

Até certo passo do acórdão, forma-se a ideia de que o Tribunal Constitucional não irá tomar conhecimento do recurso por considerar as regras, cuja apreciação é requerida, como normas com natureza privada atendendo à natureza do emissor de tais comandos: trata-se de uma associação que tem a natureza de sujeito de direito privado. Porém, prossegue a decisão, não obstante a natureza do sujeito emissor das normas, haverá que apreciar a competência do Tribunal Constitucional já que, não obstante estar-se perante a emissão de normas por um sujeito de direito privado, tais normas poderão ter sido emitidas ao abrigo de um poder normativo público, delegado na referida associação. Neste caso, o Tribunal Constitucional seria competente para conhecer da respectiva conformidade constitucional. Apesar da abertura de uma via promissora para a emissão de uma decisão de mérito, depois

11. Sobre este problema, cfr. ANTOINE DUVAL, “Not in my name! Claudia Pechstein and the Post-Consensual Foundations of the Court of Arbitration for Sport”, in *International Judicial Legitimacy*, 1.ª ed., Nomos, 2020, pp. 169-202; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, “Mandatory arbitration as a possible future for sports arbitration: the Portuguese example”, in *The International Sports Law Journal*, 20 (2020), pp. 180-190; Nick DE MARCO, “The Dichotomy and Future of Sports Arbitration – Compelled Consent”, disponível em <https://www.lawinsport.com/topics/features/item/the-dichotomy-and-future-of-sports-arbitration-compelled-consent>, 20.07.2016, consultado em 20.08.2022.

de várias considerações, conclui o Tribunal que não estão em causa normas emanadas ao abrigo de um poder normativo público pelo que se declara incompetente para resolver a questão de mérito.

5. As regras vigentes em matéria de resolução de litígios desportivos foram alteradas entre nós. Fixada a jurisdição necessária do Tribunal Arbitral de Desporto com recurso das suas decisões para o Tribunal Central Administrativo¹², ter-se-á garantido, segundo a posição do Tribunal Constitucional, expressa nos acórdãos n.ºs 230/2013 e 781/2013, a conformidade constitucional da solução¹³.

Não obstante, o problema central permanece imutável, sendo o foco da atenção dos tribunais comuns alemães, do Tribunal Federal suíço, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e, por último, do Tribunal Constitucional alemão que se pronunciaram no caso Pechstein. As decisões proferidas, pela falta de concordância não das soluções, mas das

12. Salvo acordo das partes, que, renunciando ao reexame da causa por tribunal estadual, podem estabelecer como instância de recurso a “câmara de recurso”, que integra a estrutura do Tribunal Arbitral do Desporto (artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 74/2013, de 6 de Setembro).

13. O acórdão do TC 230/2013, de 24.04.2013, proc. 279/2013 (CARLOS FERNANDES CADILHA) declarou a inconstitucionalidade da 2.ª parte do n.º 1 do artigo 8.º (“as decisões proferidas, em única ou última instância, pelo TAD são insuscetíveis de recurso”), conjugada com os artigos 4.º e 5.º do Anexo ao Decreto n.º 128/XII, que criou o Tribunal Arbitral do Desporto e aprovou a respectiva lei, por violação do direito de acesso aos tribunais e por violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva. O Decreto n.º 128/XII procurara instituir a jurisdição arbitral necessária para os “litígios emergentes dos atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direcção e disciplina” (artigo 4.º, n.º 1) e os “recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem” (artigo 5.º), determinando a irrecurribilidade das decisões proferidas para os tribunais estaduais (artigo 8.º, n.º 1). Já o acórdão do TC 781/2013, de 20.11.2013, proc. 916/13 (JOSE DA CUNHA BARBOSA) versou sobre a conjugação entre os artigos 8.º, n.º 1 e n.º 2, 4.º e 5.º do anexo à Lei n.º 74/2013, de 6 de Setembro, que, após a pronúncia de inconstitucionalidade relativamente ao Decreto n.º 128/XII, criou o Tribunal Arbitral do Desporto. Mantendo-se inalterados os anteriores artigos 4.º e 5.º, veio o novo artigo 8.º instituir um regime que conhecia dois tipos de recurso: para a “câmara de recurso”, em certas hipóteses (decisões que sancionassem infracções disciplinares ou estivessem em contradição com outras), por um lado, e das decisões desta câmara, em recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo, mas apenas quando estivesse em causa a apreciação de questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revestisse de importância fundamental ou quando a admissão do recurso fosse necessária para uma melhor aplicação do direito. A par do recurso – para a câmara de recurso ou para o Supremo Tribunal Administrativo –, a Lei n.º 74/2013 permitia, ainda, o acesso à jurisdição estadual por via do recurso para o Tribunal Constitucional e da acção de impugnação da decisão arbitral, com os fundamentos previstos na Lei da Arbitragem Voluntária. Em face destes dados normativos, o Tribunal Constitucional, reiterando a orientação expressa no citado acórdão n.º 230/2013, declara novamente a inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º, quando conjugados com os artigos 4.º e 5.º, uma vez que a solução encontrada ainda não permitia o reexame da causa por um tribunal estadual, garantia essencial porquanto a submissão à jurisdição arbitral resulta não da vontade das partes mas da lei.

razões encontradas pelos diversos tribunais para abrirem o acesso aos tribunais estaduais, apesar da celebração de convenções de arbitragem, são de relevância extrema em todo este debate. No final supomos poder concluir que, seja qual for a via empreendida, todos os decisores se deixaram motivar pela voluntariedade meramente aparente da parte que não tem outra alternativa que não seja a de aceitar a jurisdição arbitral para lhe conferirem o acesso à justiça estadual.

Antecipemos uma conclusão: a solução encontrada, se tem em seu benefício o facto de não identificar em certas clausulas arbitrais uma liberdade que, efectivamente, não se pode dizer presente, abre um caminho perigoso. Na verdade, a concentração da decisão de litígios idênticos e altamente especializados numa jurisdição única, com competência por vezes universal, vai ao encontro de um dos objectivos do Direito: a uniformidade de tratamento de casos semelhantes, o que equivale a dizer, a igualdade de todos perante a lei. Esta universalidade de jurisdição não se consegue se a competência ficar reservada aos tribunais estaduais. Assim, se a solução que faz sobrelevar a autonomia privada é aquela que vai ao encontro do núcleo duro do Estado de Direito, haverá que continuar em busca da *media res* numa situação em que assistimos a uma real colisão de bens jurídicos. Se nem todos terão, segundo as opções ideológicas dos diversos ordenamentos constitucionais, igual dignidade, a tutela com prevalência de um não deverá determinar a absoluta desconsideração dos demais. Também estes e na medida em que compatíveis com a preservação do que for considerado como preponderante hão-de ser integrados na equação.

Feitas estas considerações muito iniciais, é tempo de descrevermos os contornos do caso Pechstein e as decisões que nele foram sendo sucessivamente proferidas. Neste contexto, uma advertência. Os episódios da nossa história ocorrem em ordens jurisdicionais distintas e paralelas. Haverá uma deslocação na apresentação do acórdão do TEDH: se a interposição de recurso da decisão proferida pelo Tribunal Federal suíço para este Tribunal vem referida na ordem cronológica correcta, porque o TEDH decidiu o recurso ao fim de oito anos, interromperemos o fio de uma das linhas da história neste ponto para darmos imediatamente conta das decisões entretanto proferidas na jurisdição alemã.

Vamos, então, aos factos.

II. Cronologia das variações em torno de um problema

II.1. Os factos essenciais

6. Em 31 de Outubro de 2008, Cláudia Pechstein e a associação de patinagem de velocidade alemã celebraram um contrato de atleta, bem como uma convenção de arbitragem relativa, no que nos interessa, à resolução das disputas relacionadas com a prática de *doping*. Para estas previa-se a submissão da decisão que devesse ser tomada às Regras de Arbitragem Desportiva do Instituto Alemão de Arbitragem (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtbarkeit*, abreviadamente, *DIS*).

Nos dias 7 e 8 de Fevereiro de 2009, realizou-se o Campeonato Mundial de Patinagem em que Claudia Pechstein queria participar. Em 2 de Janeiro de 2009, a atleta preencheu e assinou um formulário de participação pré-formulado pela associação mundial de patinagem

de velocidade, sem o qual não teria sido admitida a participar no concurso. O ponto I do aviso do concurso diz:

“Eu/Nós, abaixo-assinado

I) Aceito/aceitamos o [Estatuto da *Deutsche Eisschnellauf-Gemeinschaft*] que estabelece a jurisdição da [Comissão Disciplinar da *Deutsche Eisschnellauf-Gemeinschaft*] (artigo 24.º) e que reconhece o *Court of Arbitration for Sport* (CAS), com sede em Lausanne, Suíça, como o tribunal arbitral competente para proferir decisão arbitral final e vinculante [para a associação e todos os participantes nos eventos desportivos], com exclusão total da jurisdição dos tribunais estaduais (artigos 25.º e 26.º).”

A jurisdição do CAS¹⁴ (*Court of Arbitration for Sport*), vinculativa e excludente de qualquer outra, estende-se a todos os participantes nas suas competições, campeonatos, congressos ou outras actividades, alargando-se, objectivamente, aos pedidos indemnizatórios.

7. Em 6 de Fevereiro de 2009, foram realizados diversos testes à patinadora para detecção de *doping*. Em 7.2.2009, foram determinados valores de 3,54% e 3,38% em mais duas amostras de sangue, mas nenhuma substância proibida pelas Regras Anti-*Doping* foi detectada nas amostras. Em 18 de Fevereiro de 2009, foi medido um valor de reticulócitos de 1,37%. Perante estes resultados, a atleta foi proibida de continuar a competir nos campeonatos mundiais. E veio a ser-lhe vedada a participação em competições realizadas pela associação mundial pelo período de dois anos na sequência de processo que foi decidido pela comissão disciplinar. Neste processo, a comissão declarou não poder excluir a possibilidade de os valores sanguíneos da patinadora serem causados por uma doença sanguínea hereditária; porém, e uma vez que esta possibilidade era muito improvável, não se tendo a própria atleta deixado examinar, a comissão considerou não poder considerar que os valores sanguíneos fossem causados por uma doença.

8. Numa rápida descrição da sequência processual que não releva directamente para o aspecto que nos interessa, a decisão da comissão disciplinar que aplicou à atleta uma pena de afastamento das competições pelo período de dois anos a contar da data dos factos relevantes (Fevereiro de 2009), foi mantida pelo TAS e pelo CAS.

É desta última decisão que Claudia Pechstein recorre para o Tribunal Federal suíço. Detenhamo-nos, um pouco mais, neste acórdão porquanto nele o Tribunal se pronuncia acerca da articulação entre a liberdade da atleta e as finalidades da jurisdição arbitral universal em matéria de repressão do *doping*.

14. Sobre o CAS, a sua história e os seus objectivos, cfr. IAN BLACKSHAW, “The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively “withing the Family of Sport””, in *Entertainment and Sports Law Journal*, vol. 2, issue 2 (2003), pp. 61-83; ANTOINE DUVAL, episódio 9.º do podcast Global Athlete, disponível em <https://podcasts.apple.com/us/podcast/court-of-arbitration-for-sport-with-dr-antoine-duval/id1571569907?i=1000535983639>, 21.09.2021, escutado em 29.08.2022.

II.2. A decisão do Tribunal Federal suíço

9. O Tribunal Federal suíço, em acórdão de 10 de Fevereiro de 2010, manteve a decisão da comissão disciplinar¹⁵.

Junto deste Tribunal, Claudia Pechstein requereu, com fundamento na parcialidade e falta de independência do CAS (concretamente, do seu Presidente), na violação do direito a ser ouvida, do direito a uma audiência pública e em várias violações da ordem pública internacional do estado suíço, a anulação da decisão proferida.

Quanto ao que, para o plano de análise proposto, releva directamente, cumpre destacar que a patinadora fundou a alegação do direito a uma audiência pública junto do CAS, entre outras disposições, no artigo 6.º da CEDH. Neste particular, ocupando-se da questão de saber se, ao concreto procedimento arbitral, seriam aplicáveis as garantias instituídas pela Convenção, o Tribunal suíço, em linha com anterior jurisprudência, responde negativamente. Lê-se, na sua decisão, que as garantias oferecidas pela Convenção não se estendem à arbitragem *voluntária* (ponto 4.1.)¹⁶.

Esta delimitação do âmbito de aplicação da Convenção tem implicações imediatas na decisão do caso. Com efeito, o direito a uma audiência pública não resultava das regras aplicáveis ao processo perante o CAS, nem a sua preterição se conta entre os fundamentos de anulação dispostos nos § 190 (2) do Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht. Assim, o Tribunal declara que o indeferimento do pedido de realização de audiência pública pelo CAS não decorre numa causa de anulação da decisão proferida.

15. Enunciando dois factos não pertinentes para o enfoque que vai interessar-nos, mas que se nos apresentam ter grande relevância para as eventuais saídas para o caso, registe-se que pouco tempo depois da decisão do CAS entraram em vigor novas regras, emitidas pela Agência Mundial Antidoping que alteraram os métodos de deteção de doping; apesar de a proposta de regras ser já conhecida das instâncias que julgaram o caso, elas não foram seguidas. Em segundo lugar, dois anos após o proferimento da decisão pelo CAS, Claudia Pechstein, que sempre alegara serem os seus valores de reticulócitos causados não por doping, mas por uma anomalia sanguínea herdada do seu pai, obteve um relatório pericial que confirmava, com um valor de 100%, esta sua alegação. Este relatório só pôde, porém, ser produzido após demoradas e numerosas análises de sangue adicionais. Ora, devido à morosidade do procedimento de diagnóstico, teria sido inútil examinar a autora dentro do prazo fixado pela Comissão Disciplinar.

16. Ainda que, na decisão sob análise, o Tribunal Federal não se detenha na fundamentação desta afirmação, desenvolvimentos podem ser encontrados, por exemplo, nas decisões proferidas nos processos 4P.105/2006, de 04.08.2006, 4P.176/2021, de 16.10.2001, 4P.64/2001, de 11.06.2001. Cfr, ainda, as decisões sob BGE 112 Ia 166 e BGE 117 Ia 166, entre outras. O argumento central do Tribunal Federal quanto ao âmbito de aplicação do artigo 6.º, n.º 1 da CEDH tem sido o próprio texto da regra, no trecho atinente ao direito ao exame da causa por um tribunal “estabelecido pela lei”. No entender dos tribunais suíços, da renúncia (voluntária) a este direito necessariamente se infere a renúncia às demais garantias procedimentais ali consagradas, já que estas pressupõem que as partes não tenham podido, elas próprias, determinar a jurisdição ou a composição do tribunal a que a causa deva ser submetida. Neste caso, impor-se-ia a “protecção ampla” conferida pela CEDH; caso contrário, as partes apenas beneficiarão das “garantias mínimas” constitucionalmente impostas pelo direito suíço.

O Tribunal não acolhe, igualmente, os demais fundamentos de anulação, considerando que o exame que lhe é pedido corresponde, materialmente, ao realizado em *recurso de uma decisão irrecorrível*. Por outro lado, decide que Claudia Pechstein não demonstrou suficientemente terem sido preteridas garantias conferidas pelo direito aplicável ao processo que corra junto do CAS ou o preenchimento dos estreitos fundamentos de anulação reconhecidos pelo direito suíço.

Em 2010, e na sequência desta decisão, a atleta interpôs recurso para o TEDH. A decisão do TEDH foi proferida em 2018. Adiante se regressará a esta decisão.

II.3. A decisão do *Landgericht München*

10. Interposto o recurso para o TEDH, Claudia Pechstein começou a percorrer uma outra via para tentar obter uma decisão que, em rigor, contrariasse a proferida pelo CAS. Demandou, no Tribunal de primeira instância de Munique, a federação nacional alemã de patinagem de velocidade, com sede em Munique, e a associação profissional internacional de patinagem de velocidade, com sede na Suíça, pedindo fosse declarada a ilegalidade da decisão que lhe impôs uma proibição de participar da competição, por alegado *doping*, e a condenação das rés no pagamento de indemnização no montante de 3.584.126,09 euros, acrescida de indemnização por danos não patrimoniais e por danos futuros.

Num primeiro dado que veio a ser relevante no contexto das diferentes decisões proferidas na jurisdição alemã, ambas as federações estão organizadas de forma monopolística. Isto significa que, de acordo com o chamado “princípio do lugar único”, existe apenas uma federação internacional e apenas uma alemã de patinagem de velocidade que oferecem competições para o desporto da patinagem de velocidade a nível internacional e nacional, respectivamente.

As rés defenderam-se por excepção, invocando, entre outras razões¹⁷, a preterição das convenções de arbitragem a que já acima se fez referência, bem como a pré-existência de decisões finais e vinculantes, proferidas pela jurisdição arbitral a que a autora voluntariamente aceitara submeter-se, com exclusão da jurisdição dos tribunais estaduais.

Atendendo à relação de prejudicialidade entre os pedidos, o Tribunal de Munique declara a acção inadmissível quanto ao pedido de declaração de ilegalidade da decisão proferida pelo CAS e improcedente quanto ao pedido de condenação em indemnização. A inadmissibilidade não é fundada na excepção de preterição de tribunal arbitral, já que as convenções de arbitragem celebradas, são, devido à falta de voluntariedade/liberdade na sua subscrição, inválidas (não estando o Tribunal vinculado às decisões dos tribunais federais suíços, proferidas sobre esta matéria), mas porque foram proferidas decisões de mérito finais e vinculantes, que o Tribunal tem de respeitar.

17. Curiosamente e indo ao encontro da observação que se deixou em anterior nota de rodapé, a primeira ré vem, na sua defesa, afirmar que a decisão arbitral proferida contra a atleta, em 25 de Novembro de 2009, é materialmente errada porquanto não foi feita prova do *doping*, tendo a atleta provado que a causa da alteração dos valores de reticulócitos era uma doença genética. Porém, afirma a primeira ré, a decisão, apesar de errada, é vinculante.

O Tribunal desenvolve, ao longo de vários parágrafos (§ 100 e ss.), a fundamentação da sua decisão de considerar as convenções inválidas. Por ora de um modo muito resumido e sem consideração das regras de direito material que justificam esta decisão, o argumento central sustenta-se na ausência de liberdade da atleta. Afirma o Tribunal que a autora não teve qualquer real opção: caso se recusasse a assinar as convenções de arbitragem, prejudicaria de forma fatal a sua carreira profissional. Com efeito, uma vez que a atleta é uma patinadora profissional, tendo os réus uma posição de monopólio, para que fosse promovida pelo primeiro réu e nomeada para concursos internacionais, tinha de assinar a convenção de arbitragem com este. Sem a assinatura da convenção de arbitragem com o segundo réu, não teria sido possível à atleta participar no campeonato de Fevereiro de 2009. Ora, considerando a posição de monopólio dos réus e a estrutura hierárquica do desporto de competição, a autora e os réus não se enfrentam, como outros parceiros contratuais, em pé de igualdade, mas antes em situação de desequilíbrio estrutural. Sendo a participação em provas a única possibilidade de o atleta exercer adequadamente a sua profissão e de competir com a atleta não teve outra escolha senão assinar as convenções de arbitragem.

Contra esta conclusão, afirma o Tribunal, de nada vale esgrimir que, aquando da assinatura de tais convenções, a atleta não deduziu qualquer oposição, já que a falta de voluntariedade não tem de se manifestar explicitamente, podendo resultar da peculiar situação em que a parte se encontra colocada.

11. O Tribunal de Munique fundou a invalidade da convenção de arbitragem celebrada com a associação alemã no § 138 BGB¹⁸ e a da convenção celebrada com a associação mundial no artigo 27.º, 2 do Código Civil suíço¹⁹. Ambas as regras vão ao encontro da compressão da liberdade da atleta quando esta aceitou a jurisdição arbitral: entre os factos que o Tribunal considerou provados está o de que, se não tivesse aceitado aquela jurisdição, seria excluída das competições. Atendendo à sua circunstância, a atleta não tinha verdadeira liberdade de aceitar ou não um dado acordo; por esta razão, a convenção não se fundando na autonomia privada, não poderá ser considerada válida. A atleta é, assim, livre de recorrer à jurisdição estadual que pode exercer a sua competência própria.

12. Desta decisão foi interposto recurso para o *Oberlandesgericht München*. Isto porque, como dissemos acima, o Tribunal de primeira instância, apesar de se considerar competente na sequência da decisão de improcedência da excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário, julgou a acção inadmissível por verificação da excepção de caso julgado: a jurisdição arbitral tinha-se pronunciado sobre o mérito da causa, decidindo, em

18. “§ 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.”

19. “Art. 27(2): Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.”

termos definitivos e vinculantes, que a atleta estaria afastada das competições²⁰. Não se prosseguirá o fio que nos levaria a questionar o acerto ou desacerto desta decisão. Deixe-se somente uma nota de dúvida: o Tribunal entendeu que não havia como afastar o caso julgado porquanto este afastamento só será possível em situações de intensa colisão entre a decisão e a ideia de Justiça (*Gerechtigkeitsgedanke*). Ora, sempre segundo o Tribunal, não é possível encontrar uma violação desta ideia de Justiça no caso porquanto, apesar da falta da assimetria das partes na celebração da convenção de arbitragem, tal assimetria se não verificou durante o processo arbitral. Este argumento vem a ser alvo de crítica das instâncias subsequentes, que sublinham a existência de uma posição de proeminência na constituição dos concretos tribunais arbitrais. Mas aquela que nos parece ser a mais impressiva falácia argumentativa resulta do ponto de referência tomado pelo tribunal alemão para se considerar vinculado ao caso julgado formado sobre a decisão proferida pelo CAS. Repita-se: o tribunal afirmou não ter ocorrido violação da ideia de Justiça por não verificação de uma posição de preponderância de uma das partes sobre a outra na jurisdição arbitral. Com isto, não teria ocorrido uma violação da ordem pública alemã. Mas a pergunta que se deixa enunciada é a seguinte: como pôde o tribunal considerar, numa mesma decisão e perante os mesmos factos, que a convenção de arbitragem era inválida por aplicação do direito que qualificou como competente para regular esta matéria, e aceitar a produção de efeitos, na sua ordem jurídica, de uma decisão à qual se aplica, nos termos do § 1061 ZPO²¹, o artigo V da Convenção de Nova Iorque? Como se reconhece a decisão na ordem interna se, nos termos do artigo V.1(a) da Convenção, este reconhecimento pode ser recusado se a parte provar que a convenção de arbitragem não é válida segundo a lei que lhe é aplicável?²²

20. Sobre a formação de caso julgado sobre as decisões provenientes da jurisdição do CAS, lê-se no acórdão do TEDH: “la Cour note que, dans des circonstances limitativement énumérées, notamment en ce qui concerne la régularité de la composition de la formation arbitrale, la loi suisse prévoit la compétence du Tribunal fédéral pour connaître de la validité des sentences du TAS (articles 190 et 191 de la LDIP). En outre, dans les présentes causes, cette haute juridiction a rejeté les recours des requérants donnant, de ce fait, force de chose jugée aux sentences arbitrales en question *dans l'ordre juridique Suisse*” (itálico nosso). O *LG München* julgou inadmissíveis os pedidos indemnizatórios deduzidos por Pechstein, qualificando a decisão proferida pelo CAS em 25.11.2009 como decisão arbitral estrangeira, nos termos do § 1061 (1) ZPO, sem que se verificasse qualquer obstáculo ao seu reconhecimento (§§ 134 e 144 da decisão do *Landgericht München*) e, conseqüentemente, à produção irrestrita dos seus efeitos na ordem jurídica alemã. Esta conclusão foi insensível à alegação de invalidez da convenção de arbitragem por parte de Claudia Pechstein ao abrigo do artigo V.1(a) da Convenção de Nova Iorque. Na análise do Tribunal alemão, a invocação da invalidez da convenção como forma de obstar ao reconhecimento dos efeitos da decisão estaria precluída por a questão não ter sido suscitada, pela patinadora, junto do próprio tribunal arbitral.

21. “§ 1061 Ausländische Schiedssprüche

(1) Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche richtet sich nach dem Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche [...]”

22. No texto usamos a expressão “segundo a lei que lhe é aplicável” no contexto do artigo V.1(a) da Convenção. A regra é, porém, mais detalhada, mas, neste momento, são neutras para o equilíbrio do presente texto as concretizações operadas pela regra. Traçando a evolução

II.4. A decisão do *Oberlandesgericht München*

13. Passemos, então, ao acórdão do *OLG München*. No ponto directamente pertinente para a nossa análise, o Tribunal conclui pela invalidade da convenção de arbitragem porque a associação mundial de patinagem é um monopolista no mercado relevante para a admissão em campeonatos mundiais de patinagem rápida e, portanto, como uma empresa que domina o mercado. Estando uma empresa dominante proibida de exigir termos e condições comerciais que se desviem dos que muito provavelmente resultariam de uma concorrência efectiva, ao ter imposto à patinadora a aceitação da convenção abusou de uma posição de domínio²³. Não tendo a associação o direito de exigir que a atleta concordasse com a convenção de arbitragem, datada de 2 de Janeiro de 2009, ao tê-lo feito violou as regras que comprimem a actividade de agentes económicos em situação de preponderância, razão pela qual aquela convenção é inválida. No trecho do dispositivo que nos interessa, o Tribunal, porque considerou a convenção inválida, declarou admissível o pedido de condenação da associação mundial em indemnização²⁴.

Da decisão proferida pelo *Oberlandesgericht* foi interposto recurso pela associação mundial de patinagem. É à análise desta decisão que passaremos de imediato.

II.5. O acórdão do *Bundesgerichtshof*

14. O *BGH* julgou a acção inadmissível, na medida em que a competência internacional dos tribunais alemães é prejudicada pela competência convencional, atribuída pelas partes a tribunais arbitrais. No caso, a atribuição de competência ao CAS não colide com o direito de acesso à justiça e com os limites à renúncia à jurisdição estadual porquanto o CAS é um organismo independente e neutro.

Quanto à invalidade da concreta convenção, sustentada pelo *OLG* na ausência de uma vontade juridicamente relevante da atleta por abuso de posição dominante da sua

na redacção da regra e avançando as razões para a actual redacção, WILSKE/FOX in REINMAR WOLFF (Ed.), *New York Convention. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958. Article-by-Article Commentary*, Beck, Article V, pp. 87, 92-96, 111-120.

23. Esta linha de argumentação serve, igualmente, ao *Oberlandesgericht München* para se afastar da decisão do *Landgericht München* quanto à excepção de caso julgado. Afirmando que o reconhecimento da decisão arbitral contrariaria a ordem pública alemã, já que a *International Skating Union* teria abusado de posição dominante ao impor à patinadora a sujeição à jurisdição arbitral, para mais considerando o “desequilíbrio estrutural” do CAS em favor das federações desportivas, o *OLG München* recusa o reconhecimento da decisão do CAS, tornando possível o reexame de questões já decididas por aquele tribunal. Sobre esta matéria, cfr. XAVIER FAVRE-BULLE, “Pechstein v. Court of Arbitration for Sport: How Can We Break the Ice?”, in CHRISTOPH MÜLLER ET ALII (Eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2015*, pp. 315-355 (p. 322-330).

24. Claudia Pechstein conformara-se com a decisão proferida pela primeira instância contra a associação nacional de patinagem de que era associada pelo que o recurso ficou subjectivamente limitado pela atleta e pela associação mundial.

contraparte, o *BGH* conclui que apesar de a associação ser, em homenagem ao princípio do lugar único, uma monopolista no mercado relevante, não houve abuso de posição dominante, tal como este é parametrizado pelo § 19 GWB. Isto porque, neste contexto, não pode dispensar-se a ponderação das razões que justificam que uma parte imponha um certo conteúdo contratual à sua contraparte. Ora, no caso sob apreciação, afirmou o *BGH* que não há abuso de posição dominante quando se ponderam os interesses de ambas as partes de modo abrangente e olhando às finalidades da convenção: se parece estar em causa, numa apreciação superficial, o interesse das associações desportivas numa arbitragem desportiva mundial eficaz, também os atletas, enquanto classe, têm interesse em que assim ocorra. Só um sistema independente e justo de arbitragem desportiva pode esperar reconhecimento mundial, e todos os atletas que procuram uma competição justa devem estar interessados em que as alegadas violações às regras *antidoping* sejam esclarecidas e sancionadas a nível internacional de acordo com normas uniformes e com igualdade de tratamento dos atletas nos diferentes países. O facto de a luta contra o *doping* ser de importância primordial a nível mundial não é contestado pelas partes; ora, uma jurisdição arbitral única tem a função de fazer cumprir as regras *antidoping* do WADC (*World Anti-Doping Code*) de forma eficaz e uniforme²⁵. Fosse esta tarefa deixada aos tribunais nacionais e, conclui o *BGH*, estaria

25. A recente decisão do CAS, de 14.02.2022, que autorizou Kamila Valieva (patinadora olímpica de 15 anos de idade) a competir nos Jogos Olímpicos de Inverno de 2022, tem suscitado críticas justamente por ter vulnerado a aplicação uniforme daquelas regras. Em 25.12.2021, Valieva foi controlada para o uso de *doping* em competição no Campeonato Nacional Russo de Patinagem Artística de 2022. A amostra de urina fornecida pela atleta revelou a presença da substância proibida trimetazidina. De acordo com as regras do WADC, a sua presença no organismo dos atletas desencadeia suspensão provisória obrigatória, a menos que o atleta demonstre que a presença da substância proibida resulta da contaminação de um produto de consumo autorizado. Valieva foi, de imediato, provisoriamente suspensa pela Agência Russa *antidoping* (RUSADA), tendo esta suspensão sido posteriormente levantada. O Comité Olímpico Internacional, a WADA (*World Anti-Doping Agency*) e a ISU (*International Skating Union*) recorreram da última decisão do painel disciplinar junto do CAS. O Tribunal manteve a decisão de levantamento da suspensão proferida pela RUSADA, considerando que, devido à idade, a patinadora devia ser alvo de protecção especial. Com efeito, prevendo o WADC e as *Russian Anti-doping Rules* sanções mitigadas para os atletas que, em razão da idade e inexperiência, careçam de especial protecção, o Tribunal considerou que a imposição de suspensão provisória pode, no caso concreto, ser mais severa do que a sanção definitiva, frustrando-se o propósito de proteger os competidores especialmente vulneráveis. Identificando uma lacuna quer no WADC, quer nas *Russian Anti-doping Rules*, o CAS afirmou dever integrá-las de modo a evitar incoerências na aplicação das regras *antidoping* e soluções desproporcionais. Manteve, deste modo, a decisão de levantamento da suspensão provisória de Kamila Valieva.

O percurso interpretativo percorrido pelo CAS, centrado na teleologia subjacente ao regime disposto pelo WADC no que diz respeito às sanções aplicáveis a atletas carecidos de especial protecção em razão da sua idade ou inexperiência, tê-lo-á levado a concluir pela existência de uma incongruência valorativa revelada pela análise do sistema formado pelas regras atinentes ao sancionamento dos atletas. Lê-se na decisão do CAS, § 195: “[b]ecause [Kamila Valieva] is a Protected Person, and this is highly relevant in this particular case, Ms Valieva is potentially subject to a minimum possible sanction of a public reprimand [...]. The WADC does not provide an exemption to a mandatory Provisional

seriamente comprometeria a realização destes objectivos. Se assim é, prossegue o BGH, é geralmente reconhecido que, especialmente no domínio do desporto internacional, é necessário que a jurisdição seja atribuída a uma só estrutura de adjudicação que assegure

Suspension for a non-specified substance used by a Protected Person even though the ultimate sanction range for the Protected Person is the same as for other categories of athletes who can avoid a mandatory Provisional Suspension. Put differently, as a Protected Person, Ms Valieva is subject to the same ultimate sanction as other athletes who avoid a mandatory Provisional Suspension. But only Protected Persons can potentially receive a public reprimand and no period of ineligibility and yet be subject to a mandatory Provisional Suspension preventing them from competing for months while their case is being handled. This different and harsher treatment for Protected Persons is inconsistent with the oft-expressed intent of the Code drafters to make the Code apply more leniently and flexibly to Protected Persons in light of their age and inexperience, and their diminished responsibility for rule violations.”

Note-se que a lacuna aqui identificada pelo Tribunal é revelada, num primeiro plano, pelo exame das relações de conexão estabelecidas entre as regras potencialmente aplicáveis. Num segundo patamar de análise, o Tribunal procede à identificação da sua teleologia, concluindo: “[e]xempting older athletes from mandatory Provisional Suspensions in most instances in which they might ultimately be able to establish basis for a short sanction or reprimand but not exempting younger, legally incapable, and immature Protected Persons who might be entitled to a short sanction or reprimand appears clearly to be an unintended gap in the Code.”. Assim, o Tribunal desaplica a regra que imporia a suspensão provisória obrigatória da atleta, afirmando que a aplicação desta sanção é opcional. Confirma, consequentemente, o levantamento da sanção a Valieva.

Este método de construção de uma solução para o caso não é pacífico. Quer se entenda que o Tribunal determinou a solução para o caso através de interpretação abrogante teleológica, quer se entenda que se limitou a identificar uma lacuna oculta revelada por contradição teleológica e valorativa no sistema de regras que foi chamado a aplicar, sempre se perguntará pela validade da decisão em razão da ilegitimidade do decisor para a desaplicação da regra ou para criação de regra jurídica *ad hoc*, ainda que de conteúdo materialmente idêntico a regulação pré-existente. Sobre este problema, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed. (reimp.), Almedina, Coimbra, 2019, §§ 239, 241, 242; KARL ENGISCH, *INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO JURÍDICO*, 11.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008, VII; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 1.^a ed. (27.^a reimp.), Almedina, Coimbra, 2021, p. 196; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, AAFDL Editora, Lisboa, 2021, pp. 291-293; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 381-382, 393-394.

Sobre esta decisão (que pode ser consultada em <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-international-olympic-committee-ioc-world-anti-doping-agency-wada-international-skating-union-isu-v-russian-anti-doping-agency-rusada-kamila-valieva-russian-olympic-committee-roc-award-thursday-17th-february-2022-1>), cfr. o comunicado da WADA publicado em 14 de Fevereiro de 2022, disponível em <https://www.wada-ama.org/en/news/wada-statement-following-cas-decision-not-reinstate-skaters-provisional-suspension> MARCUS MAZZUCCO, “The Court of Arbitration for Sport’s Decision in IOC v. Valieva: An Example of Arbitral Activism or Necessary Arbitral Activity?”, in *Front Sports Act Living*, 4 (2022), pp. 1-5.

uma aplicação uniforme das regras relevantes, sendo este objectivo especialmente de concretização necessária especialmente na área do *doping*²⁶.

A tudo acresce ter-se a patinadora submetido à convenção de arbitragem voluntariamente e, portanto, de forma eficaz. Isto porque, para o BGH, só há renúncia involuntária ao exercício dos direitos fundamentais, entre eles, o direito de acesso aos tribunais, quando é utilizada força física ou psicológica, quando a renúncia é determinada por erro motivado por dolo, ou quando o declarante não tem conhecimento do alcance e significado da sua declaração. Ora, a fim de poder participar no Campeonato Mundial de Patinagem de Velocidade em Hamar (Noruega) a atleta assinou a convenção; porém, nenhum facto permite afirmar que tenha sido induzida a fazê-lo sob ameaça ou engano ilegal. O facto de, segundo a sua declaração, Claudia Pechstein não ter querido a convenção de arbitragem, não a impediu de assinar o contrato voluntariamente já que um contrato “pressupõe que as partes contratantes, pelo menos se representarem interesses opostos, desistam das suas próprias posições e aceitem condições contratuais que não sejam provenientes da sua própria vontade, mas sim da vontade da parte contratante”.

15. A ponderação dos diversos direitos e interesses leva, deste modo, o Tribunal a concluir que não houve abuso de posição dominante por parte da associação, sendo decisivo que as vantagens da arbitragem desportiva beneficiem não apenas as associações, mas também aos atletas, uma vez que dependem de condições de competição justas para a prática (possivelmente profissional) do seu desporto. Isto inclui, em particular, uma aplicação uniforme das regras *antidoping*, que actualmente só pode ser garantida pelo CAS como um tribunal universalmente reconhecido.

Por todas estas razões, a convenção de arbitragem também não é inválida por colisão com o direito de acesso aos tribunais e à justiça, com o direito fundamental ao livre exercício da profissão ou com o direito a um julgamento justo, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Na sequência da decisão do BGH²⁷, a patinadora interpôs recurso de constitucionalidade, invocando a violação do artigo 2.º, em conjugação com o artigo 20.º, ambos da

26. O BGH sustenta, ainda, a adequação de uma jurisdição arbitral única no incremento do desenvolvimento do direito no quadro do direito desportivo internacional, na hiper especialização técnica dos árbitros e na rapidez no proferimento das decisões, o que é particularmente importante no que diz respeito a eventos desportivos com limite de tempo, especialmente para o atleta afectado pelo processo.

27. Sobre esta decisão, cfr. os comentários de HANNES PRÜTING, “Das Pechstein-Urteil des BGH und die Krise der Sport-Schiedsgerichtsbarkeit”, in *SpuRt. Zeitschrift für Sport und Recht*, 4 (2016), pp. 143-148, saudando a decisão do BGH na medida em que claramente afirmou a constitucionalidade da arbitragem desportiva, que, também para o Autor, se afigura fundamental para a credibilidade dos desportos praticado internacionalmente a nível profissional. Porém, as conclusões alcançadas pelo BGH, despertam, no Autor, pensamentos “ambivalentes”, tendo em conta que a decisão foi proferida num momento histórico perpassado por notícias de escândalos e corrupção desportiva “quase semanalmente”. Neste contexto, a que os órgãos jurisdicionais não devem, ainda segundo o Autor, ser alheios, é particularmente relevante a missão dos tribunais estaduais quanto à verificação da imparcialidade e independência dos tribunais arbitrais. Com forte crítica ao acórdão, DANIEL BECKER PAES BARRETO PINTO/JOÃO PEDRO

Constituição, bem como a violação dos seus direitos, tal como afirmados no artigo 6.º da CEDH. O *Bundesverfassungsgericht* profere a sua decisão em Junho de 2022.

Antes de o descrevermos, temos de retomar o trilho que interrompemos: o da pronúncia do TEDH, em 2018, no recurso interposto da decisão do Supremo Tribunal Federal suíço.

II.6. A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

16. A decisão do TEDH vem a ser proferida em 2018. Como vimos, depois da interposição de recurso para este Tribunal e a sua decisão, foram proferidas todas as decisões na jurisdição comum alemã (entre 2010 e 2016); apenas faltava o acórdão do Tribunal Constitucional (proferido em 2022).

Antes de descrevermos o que se extrai do acórdão do TEDH acerca da matéria que nos interessa, permitimo-nos sublinhar um ponto que não pode ser perdido de vista na análise crítica da jurisprudência: os tribunais que têm competências muito especializadas, ainda que objectivamente vastas, decidem o problema posto a partir da sua esfera de competência; ao TEDH, apenas importa verificar a existência de colisão com as regras cuja intangibilidade lhe compete assegurar. No caso Pechstein, esteve em causa a verificação da conformidade da jurisdição do CAS com os parâmetros do artigo 6.º, § 1.º da CEDH. E, neste contexto, o TEDH faz o seguinte percurso: dispondo a regra que “[t]oda a pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada de uma forma justa e equitativa, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial”, haverá que perguntar se a atleta renunciou voluntariamente às garantias conferidas por esta regra quando subscreveu a convenção de arbitragem. Isto porque, na sequência de jurisprudência anterior, se a parte renuncia à jurisdição dos tribunais a que está necessariamente submetida, aceita, em contrapartida, que o processo através do qual o seu litígio é decidido não observe às garantias do artigo 6.º, § 1.º²⁸. Fica já evidente a ligação estabelecida pelo Tribunal entre liberdade e garantias processuais: só em caso de ausência de liberdade²⁹ na submissão a uma jurisdição, será de exigir o respeito por um conjunto de garantias. Consequentemente, a instituição de uma sujeição não determina, na jurisprudência do TEDH, qualquer efeito sobre a validade do título jurídico do qual ela decorre; a única consequência que este estado de coisas desencadeia é, numa lógica de

BRÍGIDO PINHEIRO DA SILVA, “O desfecho do emblemático Caso Pechstein e o seu legado para a arbitragem desportiva”, disponível em <https://cjarbitralistas.wixsite.com/cjarbitralistas/single-post/2016/09/12/o-desfecho-do-emblem%C3%A1tico-caso-pechstein-e-o-seu-legado-para-a-arbitragem-desportiva>, consultado em 26.01.2023.

28. Veja-se, por exemplo, os acórdãos de 16.12.2003, Transportes Fluviais do Sado S.A. c. Portugal, 35943/02, de 15.09.2009, Eiffage S.A. c. Suisse, 1742/05, de 28.10.2010, Suda c. République Tchèque, 1643/06, e de 01.03.2016, Tabbane c. Suisse, 41069/12.

29. Na jurisprudência consolidada do TEDH, na ausência de vontade “libre, licite et sans équivoque”. Cfr. os acórdãos de 15.09.2009, Eiffage S.A. c. Suisse, 1742/05, de 28.10.2010, Suda c. République Tchèque, 1643/06, de 16.12.2003, Transportes Fluviais do Sado S.A. c. Portugal, 35943/02, de 23.02.1999, Suovaniemi et autres c. Finlande, 31737/96 e a decisão da Comissão de 4 de Março de 1987, 10881/84.

total equiparação entre todos os tipos de jurisdição, a submissão de todos os processos às garantias que o Tribunal foi concretizando em aplicação do artigo 6.º, § 1.º da Convenção.

Começando, assim, por se perguntar acerca da vontade da atleta quando esta se submete à jurisdição do CAS para verificar se há, sequer, espaço para discussão acerca da conformidade destes processos com os parâmetros do artigo 6.º da Convenção, retira-se na jurisprudência do Tribunal Federal relativa ao CAS³⁰ que um atleta que deseje participar numa competição organizada sob o controlo de uma federação desportiva cujos regulamentos prevêem o recurso à arbitragem, não terá outra escolha senão aceitar a convenção de arbitragem, nomeadamente quando adere aos estatutos da federação desportiva em questão em que a referida cláusula foi inserida, tanto mais se for um atleta profissional. Ele será confrontado com o seguinte dilema: aceitar a arbitragem ou praticar o seu desporto como mero diletante. A única escolha oferecida à atleta era ou aceitar a cláusula de arbitragem e poder ganhar a vida a praticar a sua disciplina a um nível profissional, ou não a aceitar e ter de desistir de ganhar a vida a praticar a sua disciplina a um nível tão elevado. Ora, tendo esta restrição, conclui o TEDH que não se pode dizer que o requerente tenha aceite a cláusula livre e inequivocamente. Assim sendo, embora não tenha sido imposta por lei, mas pelos regulamentos da associação mundial, a jurisdição do CAS deve ser perspectivada como arbitragem “forçada”³¹. Porque assim é, e aplicando jurisprudência anterior, o TEDH não se aflige com a falta de liberdade da atleta na submissão à arbitragem mas antes, equiparando integralmente tribunais estaduais e tribunais arbitrais, retira desta submissão as consequências que uma inquestionável submissão à jurisdição dos tribunais do Estado significa: a necessidade de o processo arbitral ter exactamente as mesmas garantias que o processo estadual, parametrizado pelo artigo 6º, § 1º da CEDH, oferece³².

30. Sobre o Tribunal Federal suíço enquanto tribunal competente para conhecer de pedidos de anulação de decisões proferidas pelo CAS, cfr. DESPINA MAVROMATI, “The Role Of The Swiss Federal Tribunal and Its Impact on the Court of Arbitration for Sports (CAS)”, in *SSRN Electronic Journal* (2016), disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2845237, consultado em 20.08.2022; MARGARETA BADDELEY, “The extraordinary autonomy of sports bodies under Swiss law: lessons to be drawn”, in *The International Sports Law Journal*, 20 (2020), pp. 3-17; LUCA BEFFA/OLIVIER DUCREY, “Review of the 2014 Case Law of the Swiss Federal Tribunal concerning Sports Arbitration”, in *Causa Sport. Die Sport-Zeitschrift*, 2 (2015), pp. 115-123; THAËIA DIATHESOPOULOU, “The Aftermath of the Pechstein Ruling: Can the Swiss Federal Tribunal Give the Kiss of Life to CAS Arbitration?”, in *SSRN Electronic Journal* (2015), disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2607992, consultado em 19.08.2022.

31. Sobre este ponto, cfr. LLOYD FREEBURN, “Forced Arbitration and Regulatory Power in International Sport – Implications of the Judgment of the European Court of Human Rights in *Pechstein and Mutu v. Switzerland*”, in *Marquette Sports Law Review*, vol. 31, 2 (2021), pp. 287-323. Na doutrina portuguesa, cfr. CARLA GONÇALVES BORGES/MIGUEL LOURENÇO E SILVA, “Confidencialidade fora de pista: consentimento e renúncia a garantias jurisdicionais na arbitragem à luz do caso *Pechstein*”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Arbitragem comercial: estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 143-196 (pp. 177 e segs.).

32. Claudia Pechstein ainda reclamou da decisão sobre a imparcialidade e independência do decisor - o CAS - para a Grande Secção do Tribunal. Esta rejeitou o pedido em 4.2.2019.

Ora, sustenta o Tribunal, há uma garantia que o processo junto das instituições desportivas não assegura: a publicidade das audiências. Como a atleta havia pedido que as audiências fossem públicas e esta sua pretensão foi negada, conclui o TEDH que não foram respeitadas as garantias decorrentes pelo artigo 6º, § 1º, da CEDH. E é este o argumento determinante para a decisão que o *BVerfG* irá proferir, revogando a decisão do *BGH* e remetendo o processo ao *OLG München* para decisão.

II.7. O acórdão do Bundesverfassungsgericht

17. A decisão do *BVerfG*, seguindo de perto o acórdão do TEDH, tem um desfecho surpreendente. Na sua linha principal, o *BVerfG*, que profere a sua decisão em recurso interposto do acórdão do *BGH*, terá de verificar se neste foi adoptada uma interpretação dos artigos 2.º e 20.º da Constituição alemã que seja conforme. E aquilo que o *BVerfG* acaba por concluir é que na concretização das garantias que devem ser respeitadas num processo se integra o direito a uma audiência pública. Como os estatutos da jurisdição arbitral desportiva não prevêm esta garantia, razão pela qual foi indeferido o pedido deduzido pela atleta para a sua realização, diz o Tribunal, a convenção de arbitragem é inválida. O TEDH havia considerado que o *CAS* tinha violado o artigo 6.º da CEDH na medida em que o processo aí conduzido não era público.

A pergunta que surge imediatamente é a seguinte: como pode ser inválida uma convenção quando o vício é do procedimento? O *BVerfG* parece fundamentar a sua resposta nas garantias que há-de oferecer um procedimento para que a renúncia ao acesso aos tribunais estaduais seja válida. Ora, ainda que seja necessário garantir uma jurisdição desportiva internacional única, os requisitos mínimos dos procedimentos arbitrais abrangidos pela convenção de arbitragem específica não podem ser avaliados sem se ter em conta a real liberdade de escolha da parte sujeita àquela convenção. Se uma das duas partes tiver um peso tal que possa de facto determinar unilateralmente o conteúdo do contrato, deverá a lei proteger os direitos fundamentais de ambas as partes a fim de evitar que a autodeterminação se transforme em heterodeterminação. Em aplicação do princípio da concordância prática, o *BVerfG* conclui que, sendo a arbitragem obrigatória, o procedimento terá de respeitar integralmente as garantias do artigo 6.º da CEDH e dos artigos 2.º e 20.º da Constituição alemã, razão pela qual a convenção celebrada por Claudia Pechstein é inválida.

III. O fio de Ariadne

18. A serem levadas até ao fim, as decisões do TEDH e do *BVerfG* têm um resultado de elevado risco. Por ausência da garantia da publicidade das audiências nos casos em que uma das partes se vê confrontada com uma posição de preponderância da outra aquando da assinatura da convenção de arbitragem, a doutrina daquelas decisões fere mortalmente a própria convenção. E porque nem o acórdão do TEDH, nem a decisão do *BVerfG* modelam os seus efeitos, atingindo apenas as convenções celebradas após a sua prolação (aliás, este tipo de modelação contrariaria os objectivos das decisões que, não obstante o muito significativo lapso temporal entre a aplicação da pena disciplinar e a sua prolação, é o de permitir à atleta

o recurso à jurisdição estadual), o potencial expansivo destes arestos é muito significativo. Ainda que as decisões estejam ancoradas na violação do artigo 6.º da CEDH e nos artigos 2.º e 20.º da Constituição alemã, a sua doutrina valerá ainda que para lá das fronteiras da União Europeia; basta recordar que o texto do artigo 6.º da Convenção é, no trecho para nós relevante, absolutamente igual ao da Declaração Universal dos Direitos do Homem³³. Mas esta doutrina também valerá sempre que os textos fundamentais garantam o acesso aos tribunais, apenas admitindo restrições a este direito se os procedimentos arbitrais a que a parte se vincula, sem verdadeira liberdade, oferecerem garantias processuais fundamentais equivalentes àquelas que oferecem os processos que correm perante tribunais estaduais. Por outro lado, e ainda que as decisões comentadas neste texto tenham por referente a jurisdição do CAS, o precedente estará criado para toda e qualquer jurisdição não estadual que a parte não possa deixar de aceitar.

Não valerá a pena esgrimir muitos argumentos para que se anteveja a instabilidade que pode decorrer destas decisões: para além do descrédito lançado sobre as instituições arbitrais que, desde há muito, vêm dizendo o Direito sem observância das garantias processuais fundamentais³⁴, cria-se enorme precariedade em todos os processos pendentes ou cujas decisões possam ainda ser recorridas. Até que as diversas instituições alterem os seus regulamentos, prevendo a possibilidade de realização de audiências públicas sempre que a sua jurisdição seja obrigatória³⁵, a sua jurisprudência será, sob este ângulo, atingida por contradição ao artigo 6.º da CEDH.

19. Que fios podem ser identificados numa tentativa de se equilibrarem os diversos bens jurídicos em colisão sempre que estejam em causa jurisdições não estaduais a que, em homenagem ao princípio do lugar único e da necessidade de garantir uma uniformidade na aplicação dos direitos sectoriais³⁶, os agentes devam submeter-se?

33. Dispõe o artigo 10.º da DUDH que “[t]oda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

34. Não era objecto da presente anotação analisar os restantes argumentos desenvolvidos pelos diversos tribunais acerca de outras circunstâncias que, de uma forma ou de outra, foram sublinhando como sendo, pelo menos potencialmente, questionáveis na jurisdição exercida pelo CAS. Entre elas, a falta de imparcialidade e de independência dos tribunais, atendendo a que o próprio CAS tem o poder de indicar o árbitro presidente.

35. Sobre este ponto, cfr. MARIE-CHRISTIN BAREUTHER, “Das Bundesverfassungsgericht zur Zwangsschiedsgerichtsbarkeit und Öffentlichkeit der Verhandlung in CAS-Verfahren”, in *Spo-Prax. Sportrecht und E-Sportrecht in der Praxis*, 9 (2022), pp. 361-366.

36. Lê-se no acórdão do TEDH que “Le recours à un tribunal arbitral international unique et spécialisé facilite une certaine uniformité procédurale et renforce la sécurité juridique. Cela est d'autant plus vrai lorsque les sentences de ce tribunal peuvent faire l'objet de recours devant la juridiction suprême d'un seul pays, en l'occurrence le Tribunal fédéral suisse, qui statue par voie définitive. [...] Sur ce point, la Cour rejoint donc le Gouvernement et reconnaît qu'un mécanisme non étatique de règlement des conflits en première et/ou deuxième instance, avec une possibilité de recours, bien que limitée, devant un tribunal étatique, en dernière instance, pourrait constituer une solution appropriée en ce domaine”. Para além dos demais benefícios

Um caminho que nos parece pouco frutífero, porquanto não tem aderência à realidade, seria o de se persistir na qualificação das convenções de arbitragem que a parte não tem liberdade para celebrar como convenções fundantes de arbitragem voluntária em sentido próprio. A falta de liberdade não é razão fatal para que toda a jurisdição nelas assente fique mortalmente atingida. Como afirmam o TEDH e o *BVerfG*, a obrigatoriedade da arbitragem não é razão para a invalidade das convenções já que a autonomia privada não é o único bem a tutelar nestas circunstâncias. A falta de liberdade justificou que TEDH e *BVerfG* qualificassem a arbitragem desportiva do CAS como obrigatória. Mas, neste passo, há que ter outra cautela: se a arbitragem fundada em cláusulas como a que assinou Claudia Pechstein não pode efectivamente dizer-se voluntária, também se não poderá reconduzi-la ao que comumente se chama de arbitragem necessária. Isto porque a arbitragem necessária, conforme refere o TEDH, assenta na lei. Ora as arbitragens que nos ocupam não assentam na lei, mas numa convenção, radicando o problema na compressão da liberdade de, pelo menos, uma das partes que a celebra. Assim, se se afirmar que são arbitragens necessárias, usa-se a expressão em sentido impróprio o que, atendendo à nebulosa que já envolve todo este tema, deve ser evitado. Este afastamento não resulta de razões de oportunidade argumentativa – falar em arbitragem necessária, ainda que na sua acepção tradicional de arbitragem imposta pelo legislador, é abrir uma frente de debate no plano da constitucionalidade –, resulta dos dados da equação: a arbitragem não é imposta pelo legislador, por ponderação da sua conveniência num dado sistema interno.

É evidente que seria possível a criação de uma jurisdição arbitral necessária pois nada na natureza dos litígios o impede. Porém, para que esta jurisdição tivesse a eficácia que se reconhece, por exemplo, ao CAS no que respeita à criação de condições para uma aplicação uniforme e célere de um direito sectorial, haveria que conseguir pôr em vigor regras legais com fonte supra-nacional, habilitantes de uma jurisdição arbitral internacional obrigatória. A dificuldade de negociação de uma convenção que envolvesse todos os países sobre cujos atletas, ainda tomando o exemplo do CAS, esta instituição exerce jurisdição é uma utopia. É fácil antever a falência de uma convecção internacional com a abrangência geográfica requerida.

20. E, em rigor, é absolutamente pertinente a afirmação feita pelo TEDH e pelo *BVerfG* segundo a qual, em casos similares àquele que tiveram de apreciar, não pode hipertrofiar-se a tal ponto a vontade das partes de modo a que se desconsidere a tutela dos demais valores em presença e que são, também eles, dignos de protecção. Com efeito, pergunte-se onde se teria chegado se os Tribunais tivessem concluído pela invalidade das convenções, quaisquer que fossem as considerações acerca das garantias dadas pelos procedimentos arbitrais? No fundo, a uma invalidade das convenções que atingiria fatalmente toda a jurisdição arbitral. Supomos que esta conclusão seria absolutamente inconveniente: de um momento para o outro, atingir-se-iam todas as convenções celebradas, com isto se ferindo mortalmente as jurisdições arbitrais. Se esta se intui como solução metodologicamente boa – se o problema está na vontade, se as invalidades são a consequência de vícios na autodeterminação, nos casos em que se considere que a parte se vinculou privada de liberdade, não haverá que

assinalados a estas jurisdições em confronto com a jurisdição dos tribunais estaduais, como sejam a evolução do Direito, a celeridade na decisão e a híper especialização dos decisores.

ponderar circunstâncias externas ao acto para se concluir acerca da sua validade –, os efeitos de ela ser levada adiante seriam devastadores³⁷. Por isso foi tão inteligente a decisão do TEDH: ao invés de uma pronúncia que ditasse, sem mais, a nulidade das convenções arbitrais por ausência de liberdade, havia que reter o elemento relevante – ausência de liberdade – para que, a partir dele, se construísse uma solução que maximizasse a tutela da parte nos casos de arbitragens forçadas. Nestas situações, os processos que correm perante instituições arbitrais deverão respeitar as mesmas garantias processuais que, por irradiação dos artigos 6.º da CEDH e 10.º da DUDH, observam os processos que correm nos tribunais estaduais. O ponto de simetria entre umas e outras instâncias de adjudicação está, exactamente, na ausência de liberdade daquele que a elas se encontra submetido. E, com base nesta simetria, o TEDH e, posteriormente, o BVerfG, ao invés de enveredarem por um caminho que fizesse jus ao lema *fiat iustitia pereat mundus*, olharam para a situação jurídica da parte e não para o seu título.

21. Por este motivo, soluções como a que o § 1025 ZPO previa são menos inadequadas a resolver este conflito.

O § 1025 da ZPO, na versão anterior à reforma de 1997³⁸, dispunha que a convenção de arbitragem seria inválida se uma das partes tivesse exercido a sua superioridade económica ou social para *coagir* a contraparte a concluí-la³⁹. É comum afirmar-se que a revogação do § 1025 foi compensada pelo § 1034. Se, na esteira de SCHWAB/WALTER⁴⁰, esta argumentação não se apresenta como correcta – uma coisa é determinar a invalidade de uma convenção por preponderância de uma das partes sobre a sua contraparte, outra, impedir a preponderância de uma das partes sobre a outra no momento da constituição do tribunal arbitral –, igualmente inadequada nos parece ser a solução que passe pela aplicação do regime do § 138 a casos como aqueles que vimos analisando. Com efeito, para além de a falta de liberdade da parte ter de ser apreciada casuisticamente – acima afirmámos que a falta de liberdade não tem de coincidir com uma falta de vontade já que a parte pode querer a convenção, ainda que nada pudesse fazer caso a não quisesse; agora há que avançar: para que a falta de liberdade pudesse relevar, haveria que provar que, na celebração da concreta convenção, a parte quereria ter exercido a sua liberdade de modo diverso –, será extremamente difícil sustentar que nas situações sob análise a convenção violaria os bons costumes ou que a uma das partes havia explorado a situação de necessidade ou de inexperiência da sua contraparte para tirar para si vantagens não justificadas pela convenção. Como dissemos, e ainda que o CAS tenha interesse na manutenção da sua jurisdição, ela não é justificada por este interesse individual, mas pelos valores que serve e que a transcendem.

37. Em sentido similar, cfr. JENS ADOLPHSEN, “Zum Pechstein-Urteil des Bundesverfassungsgerichts”, cit., pp. 3-5.

38. Operada pelo Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, BGBl.I 1997, p. 3224-3241.

39. Sobre esta regra e o debate aberto pela sua revogação, cfr. PETER SCHLOSSER, “Die internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit vor dem deutschen Bundesgerichtshof”, in *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 3 (2016), pp. 27-58 (30-31).

40. *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar* 7.^a ed., Beck, 2005, Kap. 32.II.3.13.

O mesmo ocorre com uma solução que pudesse ser pensada a partir da norma que se extrai do artigo 190.º do Código de Processo Civil brasileiro. De acordo com esta regra, versando o processo sobre situações jurídicas que admitem autocomposição, as partes podem ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre as suas situações jurídicas processuais. No entanto, a mesma regra dispõe que “o juiz controlará a validade das convenções [...], recusando-lhes aplicação somente nos casos [...] em que alguma parte se encontre em situação de manifesta situação de vulnerabilidade”.

22. A tudo isto acresce que a situação mais próxima daquela que encontramos no modo como são celebradas as convenções de arbitragem em que, afinal, nenhuma das partes tem liberdade de celebração – conforme já acima se afirmou, tal como os atletas, também as suas contrapartes estão submetidas ao mesmo regime de arbitragem obrigatória já que não podem, nos casos por ela objectivamente cobertos, recorrer aos tribunais estaduais – ocorre com a celebração de negócios jurídicos relativos à prestação de serviços essenciais para a vida em sociedade.

Normalmente identificados estes casos com a celebração de contratos através da adesão de uma das partes, tipicamente um consumidor, a um clausulado contratual disposto pela sua contraparte, a similitude, mais do que situar-se na falta de liberdade de estipulação – que, nos casos representados, também não está presente –, localiza-se na falta de liberdade de celebração.

O fenómeno é conhecido. Citando W. FLUME, “[c]ertamente, áreas inteiras [...] estão em grande medida afastadas da autonomia privada e, para a área dos serviços públicos em crescente expansão, a decisão do indivíduo limita-se ao “se” de utilização; e também em relação a esta decisão o indivíduo deixa frequentemente de ser “livre”⁴¹⁻⁴². Em sentido similar e também depois de acentuar as variações que a teoria da vontade, lida como consentimento, foi tendo, escreve OLIVEIRA ASCENSÃO: “[a] sociedade industrial trouxe as grandes concentrações urbanas e profundas desigualdades. Nasce a sociedade de massas. E nesta, é impossível manter a negociação individualizada dos contratos. Grande número de contratos passa a ser predisposto pela parte económico-socialmente mais forte, de modo que aos destinatários só resta aderir ou abster-se. O diálogo particular desaparece. Mas poderá ainda falar-se, nessas circunstâncias, em contrato? A que fica reduzida a autonomia privada? De facto, não há, para o aderente, liberdade de criação de tipos negociais, nem liberdade de estipulação. Nem sequer há na maior parte dos casos liberdade económica de celebração, porque o aderente não pode prescindir de bens ou serviços essenciais. Mas há

41. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. II. Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag, Berlin, 1992, p. 16. No original: “Gewiß, ganze Bereiche [...] sind der Privatautonomie zu einem erheblichen Teil entzogen und für den sich immer mehr ausdehnender Bereich der öffentlichen Leistungen ist die Entscheidung des einzelnen beschränkt auf das „Ob“ der Inanspruchnahme, und auch hinsichtlich dieser Entscheidung ist der einzelne vielfach nicht mehr „frei“”.

42. Identificado e ilustrando o problema no contexto norte-americano, JEAN R. STERNLIGHT, “Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?”, in *Stanford Law Review*, vol. 57, n. 5 (2005), pp. 1631-1675 (pp. 1632 e 1633).

a liberdade jurídica de celebração. Desde que o aderente consentiu, fica vinculado. *Pacta sunt servanda*”⁴³.

Na medida em que o problema central acentuado pela doutrina se situa na palavra *adesão*, o plano da ausência de liberdade de celebração fica na rectaguarda: as garantias do aderente são transferidas para o conteúdo do negócio. Teremos, assim, de regressar ao nosso ponto crítico: haverá ausência de liberdade juridicamente relevante, que possa interferir sobre a validade da vinculação, nos casos em que a parte subscreve uma convenção de arbitragem para evitar uma consequência que lhe pode ser fatal? Será possível afirmar que quem subscreve uma convenção sob pena de ser impedido, por exemplo, de participar num campeonato, *sc.* de exercer a sua profissão, age privado de liberdade? Vale aqui recordar o pensamento de R. JAY WALLACE quando escreve, ainda que a propósito da ligação entre vontade e responsabilidade, que “moral accountability is not in general an all or nothing matter. The capacities for deliberative agency that render us accountable are not only complex, they are also liable to various degrees of development or defect”⁴⁴. Nesta linha, diremos que aquele que age, não obstante comprimido na sua liberdade de decisão, ainda age como age porque faz uma escolha racional entre diferentes possibilidades. Faz esta escolha porque não quer – porque não pode – aceitar as consequências da sua conduta alternativa. Mas o limite da compressão da sua liberdade fica aquém da privação dessa mesma liberdade.

Este resultado permite-nos compreender o equilíbrio estabelecido pelo TEDH e pelo *BVerfG*: se da compressão da liberdade – e, como tal, da sujeição da parte a certa jurisdição, por acto que ainda é justificado pela sua autodeterminação – não decorre uma invalidade da convenção, por ausência de liberdade, esta compressão deverá ser compensada através de uma ampliação das garantias processuais face àquelas que se consideram exigíveis se a parte tem um maior grau de liberdade na aceitação de uma competência que a afasta da jurisdição estadual. Tal como ocorria com a compressão da liberdade do aderente, que era compensada por um controlo do conteúdo do contrato que pode ser ditado por cláusulas contratuais gerais que lhe são predispostas pela contraparte, a adesão da parte, que não pode, numa decisão racional, suportar as consequências críticas da rejeição da jurisdição

43. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil, disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRATUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>, consultado em 16.08.2022.

Próximo, NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* 12.^a ed., C.H. Beck, München, 2020, § 32.1.2, onde escreve que a imputação ao sujeito do *abstracto externo* que é a declaração de vontade pressupõe que este se encontre em condições de poder interrogar-se criticamente acerca daquilo que quer. No original e de forma mais completa: “Die Zurechenbarkeit des äußeren Tatbestandes einer Willenserklärung setzt des weiteren voraus, dass der Erklärende in der Lage ist, das, was er will, auf einer reflexiven Ebene kritisch zu hinterfragen. Er muß um ein hinreichendes Maß an Einsichts- und Steuerungsfähigkeit verfügen, um die Vor- und Nachteile einer Erklärung erfassen, das Für und Wider gegeneinander abwägen und schließlich nach der gewonnenen Einsicht handeln zu können”.

44. *Normativity & Will. Selected Essays on Moral Psychology and Practical Reason*, Clarendon Press, Oxford, 2006, p. 188.

arbitral, será compensada por um nivelamento necessário das garantias do procedimento pelos parâmetros dos artigos 6.º da CEDH e 10.º da DUDH.

23. Como fio quase final, diremos que, se tanto o TEDH, quanto o *BVerfG* proferem decisões que partem de uma equivalência entre jurisdição de tribunais arbitrais e jurisdição de tribunais estaduais sempre que a parte a elas se encontre sujeita, o que prestigia a arbitragem, ao imporem a realização de audiências públicas, pelo menos sempre que requeridas pela parte cuja liberdade foi comprimida aquando da assinatura da convenção e sob pena da respectiva invalidade, criam instabilidade na jurisprudência destas instituições. Só uma alteração das regras que estas aplicam aos processos que correm sob a sua égide permitirá uma mudança neste estado de coisas.

Foi isto que fez o CAS. Ainda antes do proferimento do acórdão pelo *BVerfG* mas já depois de publicado o acórdão do TEDH que, reitere-se, qualificou a arbitragem a que Claudia Pechstein se submeteu como uma *arbitragem forçada*, o CAS mudou as regras aplicáveis aos processos. Dispõe o novo artigo 57.º que “[a] pedido de uma pessoa física que seja parte no processo, deve ser realizada uma audiência pública se o assunto for de natureza disciplinar”. Em consonância com a doutrina das excepções ao princípio da publicidade, desenvolvida pelo TEDH, as mesmas regras prevêm, também, que “[t]al pedido pode no entanto ser indeferido no interesse da moral, da ordem pública, da segurança nacional, quando os interesses dos menores ou a protecção da vida privada das partes o exigirem, quando a publicidade possa prejudicar os interesses da justiça, quando o processo estiver exclusivamente relacionado com questões de direito ou quando uma audiência realizada em primeira instância já tiver sido pública”. O caminho das regras foi encetado; restará aguardar por dados empíricos que permitam verificar a concreta aplicação que delas será feita pelos tribunais. Porém, uma conclusão pode já retirar-se: não é mais possível alegar a invalidade das convenções que remetem a jurisdição ao CAS porquanto as regras previstas para os procedimentos não consentem a realização de audiências públicas⁴⁵.

24. Em todo o debate acerca da arbitragem forçada não valerá a pena argumentar contra a doutrina dos acórdãos do TEDH e do *BVerfG* com a natureza não pública dos processos arbitrais. Esta qualidade permitiria justificar a conformidade das convenções que remetem para jurisdições arbitragem, cujas regras não prevêm a publicidade das audiências. No entanto, a falta de publicidade não é inerente ao instituto, sendo afastada sempre que interesses de terceiros – sejam estes os contribuintes, na arbitragem de direito público, ou os accionistas, na arbitragem societária tendente à declaração de nulidade ou à anulação de deliberações sociais, para citar apenas dois conjuntos de hipóteses – o justifiquem.

Pouco profícuo nos parece igualmente argumentar que todos os casos submetidos às instâncias arbitrais a que este texto se reporta permitem dispensar o controlo público,

45. Por ora, nos processos CAS 2018/A/5746, Trabzonspor Sportif Yatirim v. Futbol Isletmeciligi A.S., Trabzonspor Sportif Yatirim Futbol Isletmeciligi A.S. & Trabzonspor Kulübü Dernegi v. Turkish Football Federation (TFF), Fenerbahçe Futbol A.S., Fenerbahçe Spor Kulübü & Fédération Internationale de Football Association (FIFA) CAS 2019/A/6388 Karim Keramuddin v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), os tribunais recusaram a realização das audiências requeridas, naquele caso com fundamento na natureza técnica das questões em jogo e, neste, na necessidade de protecção de uma testemunha “anónima”.

atendendo ao respectivo âmbito material ou à especificidade das questões ali discutidas⁴⁶. Isto só pode ser verificado perante o caso concreto.

Talvez que a resposta mais simples e que permite que as diversas jurisdições exerçam as suas competências em termos não colidentes, seja aquela que o CAS deu: a de uma alteração das regras aplicáveis aos processos de modo a que passe a prever-se a realização de audiências públicas. Esta antecipação é fundamental para que se evitem reacções preventivas à convenção de arbitragem pela parte. Na verdade, depois do acórdão do TEDH, cuja doutrina sai reforçada com o acórdão do *BVerfG*, não pode descartar-se a procedência da contra-excepção de invalidade da convenção de arbitragem, alegada sobre a excepção de preterição de tribunal arbitral. O risco desta circunstância pode ser prevenido; bastará que nas arbitragens a que a parte não pode deixar de se submeter se preveja a realização de audiências públicas quando por ela requeridas.

25. Haverá alternativa à solução proposta pelo TEDH?

Haverá sempre alternativa. Porém, aquela que estaria mais próxima do problema trazido pela designada *arbitragem forçada* consistiria em sustentar a invalidade das convenções por ausência de liberdade de vinculação, qualquer que fosse a estrutura do procedimento. Mas vimos que esta não seria uma solução adequada: ela atenderia apenas à liberdade de vinculação da parte, desconsiderando os demais bens jurídicos que concorrem nestes casos. É evidente que, também nestas decisões, os Tribunais partem da configuração do real: sem que jamais o enunciem, não podem deixar de conhecer as dificuldades que uma solução pura – aquela que passasse pela criação de órgãos de adjudicação com competência territorial simétrica à que têm as instituições arbitrais organizadas em torno do princípio do lugar único – comporta. Acolhendo-se ao princípio da tutela máxima de todos os direitos e bens em conflito, encontram uma resposta que protege a parte vulnerável sem desconstituir uma face da Justiça sem a qual certos sectores de actividade sofreriam graves consequências, provavelmente irreversíveis.

A doutrina do TEDH e do *BVerfG* indiciam uma solução razoável pelas dificuldades criadas pela arbitragem forçada. Metodologicamente impura, mas pragmaticamente orientada, enquanto não for superada por uma melhor razão, será prudente segui-la, como fez o

46. Referimo-nos aos diferentes tipos de casos em que o TEDH admite a desnecessidade do controlo público da actividade de um tribunal, estadual ou arbitral, através da realização de audiências públicas. De acordo com a própria CEDH, “[...] o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça” (artigo 6.º, n.º 1), cabendo ao TEDH a densificação deste preceito (vejam-se, por exemplo, os acórdãos de 31.08.1995, *Diennet c. France*, 18160/91 (§ 34), de 12.04.2006, *Martinie c. France*, 58675/00 (§ 40), de 08.02.2005, *Miller v. Sweden*, 55853/00 (§ 29) ou de 11.07.2022, *Göç v. Turquie*, 36590/97). Cfr., ainda, CARLA GONÇALVES BORGES/MIGUEL LOURENÇO E SILVA, “*Confidencialidade fora de pista*”, cit., p.177.

CAS, já que é ao juiz que cabe a última palavra⁴⁷. No cômputo entre a potencial invalidade das convenções, com a consequente abertura do acesso à jurisdição dos tribunais estaduais e em prejuízo da jurisdição arbitral, a previsão e eventual realização de audiências públicas será por ventura a saída menos complexa do labirinto e aquela que evitará maiores tensões entre as diferentes jurisdições. Estas não trarão benefícios para os verdadeiros protagonistas em todo e qualquer processo de adjudicação, a saber, as partes em conflito. Se é por elas que a jurisdição primariamente se justifica, haverá que pensá-la nos termos mais eficientes possíveis.

26. A já longa história de Claudia Pechstein terá, ainda, muitos episódios. O *BVerfG* mandou o processo baixar ao *OLG München* para que aí seja proferida uma decisão sobre as pretensões deduzidas pela atleta contra a associação mundial de patinagem de velocidade. Tudo começou em 2009. Provavelmente não poderá ser o *OLG München* a julgar a causa, talvez que fosse o *BGH*, e não *OLG*, o tribunal para o qual deveria ter sido ordenada a baixa. Em 2022, volta tudo ao início já que a decisão relativa à verificação de danos indemnizáveis depende, desde logo, da discussão acerca da conformidade ou desconformidade da decisão da comissão disciplinar que aplicou à atleta a proibição de competir durante o período de dois anos. Mas este modo de descrever o problema que será posto, adultera-o na medida em que o simplifica. Na verdade, temos de recordar o dado central do caso, aquele que pode ser a causa da reversão: segundo o relato do *LG München*, a prova determinante para que a atleta tivesse podido demonstrar, com elevado grau de certeza, que os valores de reticulócitos, detectados nos testes *antidoping*, se deviam a doença hereditária rara, só podia ser produzida muito depois de lhe ter sido aplicada a sanção; o tempo da decisão foi mais curto do que o tempo da arte da prova. A ser demonstrado este facto, a decisão da comissão, quando proferida, correspondia aos dados de que o decisor dispunha. Mas os dados de que o decisor dispunha e a não eram aqueles que correspondiam à realidade. Talvez que o caso Pechstein venha a desembocar num outro já nosso antigo conhecido, o problema da revisibilidade das decisões arbitrais sobre as quais se formou coisa julgada.

47. PAULA COSTA E SILVA/ANA FOUTO, “O discurso indizível, ou o estilo possível pela Lei da Boa Razão”, in GUSTAVO CERQUEIRA/CLAUDIA LIMA MARQUES (org.), *A função modernizadora do Direito Comparado. 250 anos da Lei da Boa Razão. Homenagem à Memória de António Manuel Hespanha e Ruy Rosado de Aguiar Júnior*, YK Editora, 2020, pp. 271-288 [= *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2 (2020), pp. 185-208 (p. 207)]: “[r]esta a lei, iluminada e esclarecida porque vontade de um despota iluminado e esclarecido. Mas de que nos serve a lei, na sua forma muda e estática, se é preciso dizê-la para que se faça Direito?” Retomámos esta ideia em *Processo equitativo e magistratura judicial*, Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Org. Paulo Pinto de Albuquerque, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, II volume, pp. 980-985, onde, a propósito da censura exercida pelo TEDH ao processo que correu contra um magistrado, em Portugal, por, entre outras, não ter sido assegurada a realização de uma audiência pública, escrevemos que “[...] talvez fosse prudente ir ponderando a chamada de atenção deixada no acórdão do TEDH ao legislador nacional [...]. No final do dia, será sempre o juiz a dizer a última palavra”.

ARBITRAGEM E DIREITO CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL

PEDRO METELLO DE NÁPOLES¹

ANA COIMBRA TRIGO²

CAROLINA INVERNO BRANCO³

1. Introdução

Sendo um meio de resolução de litígios de origem já antiga, a arbitragem tal como a conhecemos hoje tem vindo a consolidar-se em Portugal nas últimas décadas. Nesse sentido, a relação entre a arbitragem e o direito constitucional é um tema da maior importância, atenta a legitimidade de que este meio alternativo se arroga proclamar.

Em Portugal, e como veremos, a Constituição da República Portuguesa consagra expressamente os tribunais arbitrais, atribuindo-lhes dignidade constitucional. Desde facto resultam várias consequências relevantes, incluindo determinadas exigências e limites, implicando uma coordenação entre a justiça dentro e fora dos tribunais judiciais.

Neste artigo, iremos explorar de forma geral e com enfoque na interpretação e aplicação das relevantes normas constitucionais e legais, a consagração constitucional da arbitragem (Secção 2.), os pontos de interação entre as garantias processuais constitucionais e os árbitros (Secção 3.), bem como o controlo de constitucionalidade e a arbitragem (Secção 4.).

Não é propósito dos autores efetuar um estudo exaustivo nestas temáticas, mas salientar os desenvolvimentos mais marcantes no panorama português.

2. A constituição e a arbitragem

A génese da discussão é a Constituição da República Portuguesa, norma fundamental portuguesa. Após abordar como este instrumento consagra a arbitragem, trataremos dos

1. Sócio no escritório PLMJ Advogados, SP, RL. Contacto: pedro.metellodenapoles@plmj.pt.

2. Associada no escritório PLMJ Advogados, SP, RL. Professora Convidada e Doutoranda em Direito na NOVA School of Law. Contacto: ana.coimbratrigo@plmj.pt.

3. Associada no escritório PLMJ Advogados, SP, RL. Contacto: carolina.invernobranco@plmj.pt.

desenvolvimentos constitucionais relevantes para a arbitragem voluntária e para a arbitragem necessária.

2.1. A Constituição da República Portuguesa

Importa iniciar a análise jurídica a que nos propomos pela Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”)⁴. Enquanto lei suprema de Portugal, este instrumento compõe-se de normas que, no seu conjunto, legitimam a existência e a implementação dos meios de Resolução Alternativa de Litígios (doravante “RAL”), no âmbito dos quais se inclui a arbitragem, pese embora não exista uma definição constitucional de RAL.

O art. 202.º, n.º 4, da CRP determina que “a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”. O art. 209.º, n.º 2, da CRP concretiza aquela determinação, dispondo-se que “podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”. Confere-se, assim, legitimidade constitucional à possibilidade de existência de tribunais arbitrais. A redação deste último artigo foi introduzida na Primeira Revisão Constitucional, em 1982.

A doutrina nacional aceita e reconhece a arbitragem como um meio de RAL, pelo que as temáticas referentes à arbitragem se encontram já abordadas de forma consensual e consolidada na doutrina. Em suma, entende-se que os tribunais arbitrais estão previstos como uma categoria autónoma de tribunais e encontram-se submetidos a um estatuto funcional similar ao dos tribunais judiciais. Tal significa que as suas decisões têm natureza jurisdicional, apesar de não serem órgãos estaduais, correspondendo a sua atividade a um verdadeiro exercício privado da função jurisdicional.

Neste sentido, alguns autores defendem que, embora a função jurisdicional se encontre reservada aos tribunais judiciais, sendo estes órgãos públicos de soberania, daí não decorre qualquer impossibilidade ou proibição constitucional de “formas de composição alternativa de litígios”⁵. Por outras palavras, considera-se que da leitura conjunta dos referidos arts. 202.º e 209.º da CRP resulta a “recusa [de] um monopólio estadual da função jurisdicional”⁶.

Assim, Gomes Canotilho e Vital Moreira⁷ constatarem que, não obstante, o reconhecimento dos tribunais judiciais como via primária no acesso ao Direito, é inevitável a conclusão acerca da insuficiência destes para garantir uma resposta em tempo útil aos cidadãos, defendendo, nesta medida, a legitimidade da existência dos tribunais arbitrais.

4. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775> (consultado 4 de fevereiro de 2023).

5. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra Editora, 2014, p. 511.

6. Rui Medeiros, “Arbitragem Administrativa e Constituição”, in *Estudos de Homenagem a Agostinho Pereira de Miranda*, Almedina, 2019, p. 448.

7. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra Editora, 2014, p. 511.

A esta legitimidade se acrescenta uma razão de eficiência e celeridade na resolução de litígios, uma vez que, “*a pretensão do Estado chamar a si todas as tarefas da administração da justiça tem-se revelado, progressivamente, não apenas insensata como inexecutável*”⁸.

Por outro lado, importa clarificar que, de acordo com a posição doutrinária reconhecida, a lei consagra a existência de arbitragem, nomeadamente no art. 209.º, n.º 2, da CRP, mas não é diretamente desta lei que os árbitros recebem o poder de arbitrar. Entende-se que o que caracteriza a arbitragem é a escolha, pelas partes, de um terceiro privado que irá atuar como decisor do litígio e a quem a lei confere a função jurisdicional que, originalmente, não lhe caberia⁹.

2.2. Arbitragem voluntária

Para além do referido dispositivo constitucional, ao longo das últimas três décadas, registaram-se desenvolvimentos legislativos relevantes no que diz respeito aos RAL e que importa atentar.

A primeira tentativa ocorreu em 1984, quando o Governo português procurou regular o regime de arbitragem voluntária em diploma próprio, através do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho¹⁰. O esforço não produziu frutos porque o Governo não obteve a devida autorização legislativa por parte da Assembleia da República, pelo que o tal diploma veio a ser considerado inconstitucional pelo Acórdão n.º 230/86¹¹ proferido pelo Tribunal Constitucional (doravante “TC”).

Isto porque a CRP prevê uma alocação de competência legislativa entre Assembleia da República e Governo. Assim, à data de 1984, a alínea q), do n.º 1, do anterior art. 168.º da CRP previa que cabia à Assembleia da República e, eventualmente, ao Governo mediante autorização legislativa, a definição da organização dos “tribunais”. Ou seja, a matéria atinente à regulamentação e enquadramento dos tribunais, compreendida naquela alínea, inseria-se no âmbito da reserva de competência legislativa relativa da Assembleia da República.

No acórdão mencionado, o TC entendeu que este diploma que tentou gerar uma lei arbitral deveria ter sido criado pela Assembleia da República e não por Decreto-Lei do

8. João Álvaro Dias, “*Porquê a Arbitragem? Idoneidade e Eficácia*”, in *Estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1. Cf. ainda Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português de 16.10.2018, processo n.º 2258/16.4T8CBR.C1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/> (consultado em 4 de fevereiro de 2023), “*Os tribunais arbitrais não devem ser olhados com desconfiança, como parece acontecer no acórdão recorrido, pois, face à lei vigente, não têm um estatuto de menoridade ou inferioridade em relação aos tribunais judiciais.*”.
9. António de Magalhães Cardoso e Sara Nazaré, “A Arbitragem Necessária - Natureza e Regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, 2015, p. 43.
10. Disponível em: <https://files.dre.pt/ls/1984/07/16400/21812186.pdf> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).
11. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860230.html> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

Governo, atento o dispositivo constitucional e uma vez que “os tribunais arbitrais não são tribunais como os outros”.

Após a revisão de 1989 à Lei Constitucional esta questão foi ultrapassada pelo adiamento daquela norma constitucional, hoje art. 165.º, n.º 1, al. p), da CRP, e que prevê para além de tribunais, também a expressão “*entidades não jurisdicionais de composição de conflitos*”.

Em 1986, por via da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, foi promulgada a primeira Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa, a qual vigorou durante mais de vinte de cinco anos¹², praticamente sem alterações¹³.

Com o desenrolar do tempo, foi-se sentindo a necessidade de rever este dispositivo legal, que, e nas palavras Pedro Siza Vieira, “*pese embora o seu apuro técnico, se encontrava ultrapassada pela evolução da arbitragem a nível internacional*”¹⁴. No mais, a própria prática arbitral nacional já clamava por um *upgrade* da lei, no sentido de otimizar a resposta sobretudo ao nível da própria constituição e controlo dos tribunais arbitrais, bem como da respetiva atividade.

Em face disto, foi emanada a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro¹⁵ (doravante “LAV”), que veio conferir modernidade, competitividade e atualidade ao regime aplicável à arbitragem em território luso. A LAV é substancialmente baseada na Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, alterada em 2006.

2.3. Arbitragem necessária

A par da arbitragem voluntária, em Portugal existe também o fenómeno da arbitragem necessária. O legislador entende que certas matérias devem ser decididas por arbitragem, e nesse caso, não é uma convenção arbitral redigida e assinada pelas partes que as leva a este meio de RAL, mas sim uma imposição legal no sentido de determinados litígios serem submetidos à apreciação e resolução por um tribunal arbitral.

O mote para a assunção desta posição legislativa baseou-se na “*urgência sentida pelos operadores jurídicos*”¹⁶ em encontrar mecanismos alternativos que pudessem satisfazer as necessidades dos cidadãos no âmbito das disputas em que estes estivessem envolvidos, tendo em vista tornar o processo de acesso à justiça mais célere, atentas as dificuldades sentidas no judiciário.

12. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/31-1986-218957> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

13. Teve apenas uma pequena alteração em 2003, através do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de março.

14. Cf. Pedro Siza Vieira, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Prefácio da 2.ª Edição, 5.ª ed., Almedina, 2021, p. 19.

15. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/63-2011-145578> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

16. Cf. António de Magalhães Cardoso e Sara Nazaré, “A Arbitragem Necessária...”, cit., p. 36.

Ora, o Código de Processo Civil¹⁷ (doravante “CPC”) prevê, nos seus arts. 1082.º a 1085.º um regime para o tribunal arbitral necessário, ou seja, o julgamento arbitral pode ser prescrito por lei arbitral, por oposição àquele que resulte da vontade das partes. Este regime determina ainda que se o julgamento arbitral for prescrito por lei especial, atende-se ao que nesta estiver definido.

Nesta medida, o Tribunal Arbitral do Desporto (doravante “TAD”), configura um tribunal arbitral necessário, imposto pela Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, Lei do TAD¹⁸. Este é competente para dirimir os litígios decorrentes de atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina; e pode ainda conhecer dos recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem, conforme os artigos arts. 4.º, n.º 1, e 5.º da Lei do TAD. O TAD tem competência para ouvir casos quer de arbitragem necessária, quer de arbitragem voluntária, conforme as disposições legais.

Outros exemplos de previsão legal de arbitragem necessária são as que constam no Código do Trabalho¹⁹, arts. 510.º e 511.º, para as relações coletivas de trabalho e no domínio da greve com o objetivo de determinar os serviços mínimos, art. 538.º. Da mesma forma, na Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido²⁰, art. 32.º, n.º 3, se prevê arbitragem necessária em caso de desacordo entre titular dos direitos televisivos e demais operadores interessados na transmissão do evento.

De destacar que até 2018 existia uma imposição legal de recurso à arbitragem necessária, resultante da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro²¹, relativamente ao regime de composição dos litígios emergentes dos direitos de propriedade industrial quando estavam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos. Essa lei foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, que aprovou o Código da Propriedade Industrial²², deixando às partes a opção entre o recurso à arbitragem voluntária ou ao tribunal judicial competente.

Vários acórdãos do TC abordam a constitucionalidade da arbitragem necessária.

17. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

18. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2013-58891121> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

19. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

20. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/27-2007-636409> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

21. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2011-57926024> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

22. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2018-117279941> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

Por um lado, vários acórdãos consolidam a existência destes tribunais arbitrais necessários. São exemplos os Acórdãos n.ºs 781/2013 e 123/2015²³. As duas decisões referidas tratam de dois dos tribunais arbitrais necessários introduzidos no nosso ordenamento jurídico, respetivamente, o Tribunal Arbitral do Desporto e a arbitragem necessária instituída em sede de direitos de propriedade industrial quanto a medicamentos de referência ou genéricos.

Nesta medida, o TC considerou que estes tribunais de arbitragem necessária, a que as partes têm obrigatoriamente de aceder para verem solucionados determinados litígios, são configurados como tribunais à luz da CRP, já que este diploma não circunscreve os órgãos jurisdicionais apenas aos tribunais estaduais ou mesmo aos tribunais arbitrais voluntários, assente no exercício da autonomia da vontade das partes.

No entanto, alguns autores que assumem que, atentas as especificidades da arbitragem necessária, *“o facto de a Constituição incluir os tribunais arbitrais nas categorias de tribunais não assegura a constitucionalidade dos tribunais arbitrais necessários em todos os casos: só é pensável admitir a imposição da composição arbitral quando não se encontre vedado o acesso aos tribunais estaduais, hipótese que só se verifica se não estiver excluída a possibilidade de recurso da decisão arbitral para aqueles tribunais”*²⁴.

Neste sentido, o TC veio igualmente clarificar algumas garantias inerentes à arbitragem necessária.

Em concreto, e por exemplo, no Acórdão n.º 230/2013, relativamente ao TAD, por lhe ser atribuída competência para conhecer litígios que tenham por objeto atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício de poderes regulamentares, disciplinares e outros de natureza pública, entendeu o TC que *“a circunstância de estarem aqui implicados poderes de autoridade que resultam de uma transferência de responsabilidade no exercício de uma certa tarefa pública, (...), justifica que se invoque uma reserva relativa de juiz que proporcione aos tribunais estaduais a última palavra na resolução de litígios que resultem dessa intervenção administrativa delegada.”*²⁵.

Daqui se conclui que também o TC entende que os tribunais arbitrais de arbitragem necessária só serão legítimos à luz da CRP se, todavia, existir um controlo jurisdicional posterior e pleno das suas decisões. Tal controlo encontra-se hoje previsto, no caso do TAD, no art. 8.º da Lei do TAD, alterado pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho²⁶.

23. Disponíveis em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130781.html>; e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150123.html> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

24. Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 573.

25. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130230.html> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

26. O art. 8.º da Lei do TAD tem atualmente a seguinte redação “1 - As decisões dos colégios arbitrais são passíveis de recurso para o Tribunal Central Administrativo, salvo se as partes acordarem recorrer para a câmara de recurso, renunciando expressamente ao recurso da decisão que vier a ser proferida. 2 - Ao recurso para o Tribunal Central Administrativo mencionado no número anterior é aplicável o disposto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos quanto aos processos urgentes, tendo o mesmo efeito meramente devolutivo e devendo ser decidido no prazo de 45 dias. 3 - No caso de arbitragem voluntária, a submissão do litígio ao TAD implica a renúncia aos recursos

Em geral, a posição da maioria dos autores vai no sentido de que a existência da arbitragem voluntária e necessária só favorece o sistema jurídico português, considerando que a arbitragem mantém um “*lugar que lhe é próprio no seio da definição dos contornos do poder judicial*”²⁷, assente nos seus pilares fundamentais da autonomia da vontade das partes, a celeridade e confidencialidade do processo e a identidade própria da arbitragem.

3. A constituição e os árbitros

A CRP, para além de reconhecer a arbitragem como instituto, contém ainda disposições relevantes sobre as garantias processuais que a arbitragem deve reter. Trataremos de seguida do entendimento da arbitragem como uma forma de exercício dos direitos de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, para depois mergulhar no tratamento constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros, e a insuficiência de meios das partes em arbitragem.

3.1. Arbitragem como exercício de direitos de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva

O art. 20.º da CRP consagra o “*acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva*”. Este é composto por vários números, que representam distintas garantias.

Antes de se analisarem as mais relevantes em contexto arbitral, importa primeiro clarificar que a doutrina portuguesa entende a arbitragem como uma forma de exercer o acesso à justiça²⁸. Este entendimento é confirmado pelo TC que, no Acórdão n.º 506/96, expressamente o postula: “*a existência de tribunais arbitrais voluntários é, ela própria, uma concretização do direito de acesso aos tribunais, uma vez que, para a Constituição, não há apenas tribunais estatais*”²⁹.

Neste sentido, entende-se que é essencial que mesmo a arbitragem voluntária tenha um mínimo de garantias processuais, pois só assim poderá o Estado reconhecer as decisões que desse processo resultem³⁰. Para além de direitos, estes princípios processuais

referidos nos números anteriores. 4 - Fica salvaguardada, em todos os casos, a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional e de impugnação da decisão com os fundamentos e nos termos previstos na LAV. (...)”.

27. António de Magalhães Cardoso e Sara Nazaré, “A Arbitragem Necessária...”, cit., p. 39.

28. Miguel Galvão Teles, “A Independência e Imparcialidade dos Árbitros como Imposição Constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Almedina, 2011, pp. 270-271.

29. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960506.html> (consultado em 4 de fevereiro de 2023). Ver ainda António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional”, in *Revista Themis*, ano IX, n.º 16, 2009, pp. 197-199.

30. Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed. (reimpr.), Almedina, 2019, p. 258.

fundamentais como o processo equitativo, a igualdade de armas ou o contraditório, são constitutivos de qualquer ordem processual, sem a qual não se pode falar em “processo”³¹.

Consequentemente, e como veremos, o processo arbitral deve respeitar, as garantias previstas no art. 20.º, n.º 4, da CRP, incluindo a independência e imparcialidade, analisadas *infra*. Outras garantias, tais como as dos princípios da publicidade e do juiz natural não serão já exigidas em contexto arbitral, pois tal, para além de não constituir uma reclamação deste meio de resolução de litígios, poderia até subverter o propósito e utilidade da arbitragem³².

3.2. *Independência e imparcialidade dos árbitros*

O art. 20.º, n.º 4, da CRP prevê que “*todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*”. Este n.º 4 foi acrescentado em 1997, por influência do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A par de outras garantias, a independência e imparcialidade do julgador está incluída neste número, já referido. Os árbitros incluem-se nesta exigência constitucional, sendo transponíveis para os tribunais arbitrais as exigências vertidas na CRP para os tribunais judiciais. Neste âmbito, notamos que também o art. 206.º da CRP impõe que os tribunais sejam independentes e apenas estejam sujeitos à lei.

Assim o art. 20.º, n.º 4, da CRP deverá abarcar igualmente a independência e imparcialidade dos árbitros – seja na arbitragem voluntária seja na arbitragem necessária –, que representa precisamente um mínimo deste processo equitativo, imperativo imposto em qualquer modo de exercício do direito constitucional de acesso ao direito³³.

Também assim entende a jurisprudência constitucional. Veja-se o Acórdão do TC n.º 52/92, em que o TC ressaltou as garantias (orgânicas, estatutárias e processuais) de independência e imparcialidade do julgamento exigidas pelos referidos arts. 20.º, n.º 1, e 206.º da CRP, e postuladas no âmbito da arbitragem necessária. Entendeu o TC que estas normas constitucionais que dão origem a um “*direito ao tribunal enquanto órgão independente e imparcial de resolução de litígios*”³⁴.

No mesmo sentido, a LAV garante a independência e imparcialidade dos tribunais arbitrais através da imposição do dever de revelação dos árbitros, que devem revelar todas as circunstâncias suscetíveis de afetar essa independência e imparcialidade, atribuindo

31. António Pedro Pinto Monteiro, O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem, Coimbra, Almedina, 2017, p. 194.

32. António Pedro Pinto Monteiro, O Princípio da Igualdade..., cit., pp. 216, 220-221. Ver ainda sobre o princípio da publicidade, Paula Costa e Silva, “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Vol. II, 2007, secção 1.

33. Miguel Galvão Teles, “A Independência e Imparcialidade...”, cit., pp. 268-271.

34. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920052.html> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

às partes a faculdade de recusar o árbitro com fundamento na falta daqueles atributos e garantindo o acesso aos tribunais estaduais para apreciar a questão³⁵.

Em suma, um corolário da dignidade constitucional da arbitragem é o dever de independência e imparcialidade dos árbitros relativamente às partes e ao objeto do litígio. Estas questões consideram-se, logo, sistémicas e constitucionais, não meramente contratuais.

3.3. *Insuficiência de meios económicos das partes*

Refere o art. 20.º, n.º 1, da CRP que “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.”. Ou seja, as partes que podem não ter ou deixar de ter meios para suportar os respetivos custos não podem ser privadas daquele acesso.

Num primeiro momento, em várias decisões do Supremo Tribunal de Justiça (“doravante STJ”) português se entendeu que a Constituição poderia surgir como um “obstáculo” à arbitragem em situações de insuficiência económica de uma das partes nos termos do art. 20.º, n.º 1, da CRP. Entendeu este tribunal que a precariedade de uma das partes resultaria na extinção da convenção arbitral por impossibilidade objetiva superveniente não imputável à parte³⁶. A doutrina inclusive foi referindo outros enquadramentos jurídicos como o mecanismo da reposição contratual do art. 437.º do Código Civil português ou a resolução do contrato por alterações das circunstâncias³⁷.

Em 2008 o TC estabeleceu firme doutrina sobre o tema, no mesmo sentido. Assim, o Acórdão do TC n.º 311/08³⁸, pronunciou-se pela inconstitucionalidade de normas do CPC se interpretadas no sentido de a exceção de violação da convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência, justificativa de apoio judiciário nos termos da legislação vigente, – que não estava prevista para tribunais arbitrais.

Este acórdão foi criticado, designadamente por José Miguel Júdice e Pedro Metello de Nápoles³⁹, atenta, em primeiro lugar, a ausência de qualquer ponderação *in casu* de acordo com o regime constitucional consagrado de conflito de direitos (entre a pretensão de uma parte cumprir a convenção arbitral e a outra obter tutela jurisdicional efetiva); em segundo

35. Cf., por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.09.2016, processo n.º 581/16.7YRLSB-1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

36. Acórdão do STJ de 18.01.2000, processo n.º 99A1015, disponível em: <http://www.dgsi.pt/> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

37. Joaquim Shearman de Macedo, “Sobre a qualificação civil da incapacidade suportar os custos do processo arbitral por uma das partes”, in *Revista Themis*, Ano IX, n.º 16, 2009, Almedina, p. 229.

38. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080311.html> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

39. José Miguel Júdice, “Anotação ao Acórdão n.º 311/2008 do Tribunal Constitucional”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2009, Almedina, p. 181; e Pedro Metello de Nápoles, “Efeitos da Insolvência na Convenção de Arbitragem. Insuficiência Económica das Partes em Processo Arbitral”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 152-153.

lugar, os factos em análise e a falta de prova sobre a situação de insuficiência económica da empresa-autora, situação essa alegadamente induzida pela contraparte; e em terceiro lugar, a desconformidade com a lei, dado à altura da apreciação do caso pelo TC a Lei de Acesso ao Direito ter já deixado de conferir apoio judiciário a pessoas coletivas com fins lucrativos (sociedades comerciais).

Outros autores adotaram posição distinta, nomeadamente António Sampaio Caramelo que defendeu que “ninguém seja impedido de recorrer a um tribunal (...) por não ter os meios financeiros para efetuar os pagamentos exigidos como condição para esse tribunal arbitral se pronunciar sobre a sua pretensão”⁴⁰. Apesar desta divergência, a maioria da doutrina concorda que, no caso da arbitragem internacional, deve prevalecer a convenção de arbitragem, por força do princípio *pacta sunt servanda*⁴¹.

Hoje, a doutrina propõe que são dois os pressupostos da ineficácia da convenção de arbitragem por insuficiência económica de uma das partes: primeiro, comprovada situação objetiva e não culposa de insuficiência económica para suportar os encargos com a arbitragem; segundo, que tal situação seja posterior à celebração da convenção de arbitragem⁴². Parece ser esse também o entendimento jurisprudencial atual⁴³.

4. O controlo da constitucionalidade e a arbitragem

Para além do já exposto, a CRP não prevê outras normas sobre os árbitros e a sua relação com as normas e a jurisprudência constitucional. No entanto, a interação entre os tribunais nacionais e os árbitros em questões de constitucionalidade pode tomar várias formas. Nesta secção abordamos a relação entre os tribunais arbitrais e o controlo de constitucionalidade, dividindo a análise por três temas: a fiscalização da constitucionalidade, a revisão de sentenças arbitrais e o dever dos árbitros de conformidade com a CRP.

40. António Sampaio Caramelo, “Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça”, in *Revista de Direito Civil*, 1, n.º 1, 2016, p. 106.

41. Veja-se a título de exemplo Armindo Ribeiro Mendes, “A falta de capacidade económica superveniente para suportar os custos da arbitragem”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, 2019, p. 33.

42. Manuel Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2013, p. 235.

43. Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.11.2019, processo n.º 8927/18.7T8LSB-A.L1.S1 (“A insuficiência económica superveniente, e sem culpa, da parte para custear as despesas com a convenção de arbitragem, fará com que a exceção de preterição de tribunal arbitral não se lhe possa opor, porquanto conduziria a uma situação de denegação de justiça (e de acesso aos tribunais) e à consequente violação do disposto no artigo 20º, nº1, da CRP.”); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05.03.2020, processo n.º 415/18.8T8SNT.L1-2; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.06.2020, processo n.º 3504/19.8T8FNC.L1-6, disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

4.1. Fiscalização da constitucionalidade

Portugal adotou um “sistema misto complexo” de fiscalização da constitucionalidade, que se situa entre o modelo clássico difuso (americano) e o modelo clássico concentrado (austriaco), conforme os arts. 277.º a 283.º da CRP⁴⁴.

Assim, são órgãos de fiscalização da constitucionalidade quer o TC, quer os demais tribunais judiciais, todos e cada um deles.

O TC é o mais alto tribunal do sistema judicial português. Foi criado por via da Revisão Constitucional de 1982, e a sua competência principal é a fiscalização da constitucionalidade das leis e dos decretos-leis, assim como da respetiva interpretação conforme a CRP. Esta fiscalização da constitucionalidade pode ser preventiva, concreta e abstrata.

Sumariamente, o TC efetua fiscalização preventiva de constitucionalidade, quando o Presidente da República ou um quinto dos deputados da Assembleia da República solicitam tal fiscalização em relação a determinada norma, ainda antes da mesma entrar em vigor.

Já na fiscalização concreta, o TC pode avaliar a compatibilidade com a CRP de normas já em vigor. Tal sucederá quando por via de recurso o TC seja chamado a apreciar decisões dos tribunais judiciais portugueses que recusem a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade (decisões positivas de inconstitucionalidade), ou que apliquem uma norma cuja inconstitucionalidade foi suscitada durante o processo (decisões negativas de inconstitucionalidade) e estando esgotadas as vias de recurso ordinárias⁴⁵.

A fiscalização pode também ser abstrata, levada a cabo independentemente de qualquer aplicação concreta da norma objeto de apreciação, quando solicitada por várias entidades (incluindo o Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, entre outros) e quando esta tenha já sido julgada inconstitucional pelo TC em três casos concretos.

Ao lado do TC, compete aos tribunais judiciais desenvolver, portanto, uma fiscalização concreta da constitucionalidade, e assim apreciar da existência ou não de inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a julgamento, havendo a possibilidade de recurso para o TC, como referido, que é a máxima instância de recurso⁴⁶.

Os aspetos processuais destes recursos estão vertidos na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (doravante “LOT”) ⁴⁷. Assim, têm legiti-

44. António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso ...”, cit., p. 191.

45. Cf. art. 70.º, n.º 1, al. b) e n.º 2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, que impõem que só é possível recorrer, no caso de decisões que aplicam normas cuja constitucionalidade for invocada, “*de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam, salvo os destinados a uniformização de jurisprudência*”. Sobre este ponto ver José Carlos Soares Machado e Rita Lynce de Faria, “A definitividade das decisões arbitrais que apliquem normas cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada pelas partes”, in António Menezes Cordeiro (coord.) - *Arbitragem Comercial*, Almedina, 2019, p. 589.

46. António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso...”, cit., pp. 190-191.

47. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/28-82-1982-626985> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

midade para recorrer das decisões referidas os interessados, ou seja, as pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso e ainda o Ministério Público, conforme o art. 72.º, n.º 1, da LOTC⁴⁸.

Nos casos das decisões positivas de inconstitucionalidade relativas a norma que conste de convenção internacional, lei ou decreto regulamentar e nos casos em que os tribunais apliquem uma norma anteriormente julgada inconstitucional pelo TC, o Ministério Público é obrigado a recorrer, conforme os arts. 280.º, n.º 3 e 5, da CRP, e art. 72.º, n.º 3, da LOTC.

O prazo para recorrer é de 10 dias, nos termos do art. 75.º, n.º 1, da LOTC.

Convém salientar que no sistema português, o “*objeto do recurso é sempre a constitucionalidade ou a legalidade de uma norma, não a constitucionalidade ou a legalidade de uma decisão judicial*”⁴⁹.

4.2. Revisão de sentenças arbitrais, inclusive para o Tribunal Constitucional

Em Portugal, o TC não pode rever nem anular sentenças, judiciais ou arbitrais. O TC pode apenas decretar que determinada interpretação de uma norma é inconstitucional ou não, e mandará baixar a decisão ao tribunal que a proferiu para que esse possa proceder à respetiva reforma, conforme o art. 80.º, n.º 2, da LOTC.

Sobre a competência do TC, Jorge Miranda explica que este “*não substitui (...) a decisão recorrida por aquela que deveria ser emitida, e tão-pouco a anula. É um sistema intermédio de recurso o adotado, um sistema em que o Tribunal Constitucional ordena ao tribunal recorrido que profira nova decisão com o conteúdo por ele prefixado; um sistema de cassação mitigado*”⁵⁰.

Acresce que, e em sede infraconstitucional, a revisão de sentenças arbitrais só acontecerá, em arbitragem doméstica, caso as partes expressamente prevejam tal possibilidade na convenção de arbitragem, e desde que a causa não tenha sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável, nos termos do art. 39.º, n.º 4, da LAV. Distinto é o já analisado regime das arbitragens necessárias⁵¹.

No caso de arbitragem internacional, a sentença arbitral é irrecorrível, exceto se as partes previrem recurso para outro tribunal arbitral e regularem estes termos, conforme o disposto no art. 53.º da LAV. Isto porque, seja em sede de anulação, seja em sede de reconhecimento e execução de sentença estrangeira, não há lugar a revisão de mérito de sentenças arbitrais.

No entanto, a maioria da doutrina entende que, não obstante o disposto na LAV quanto à possibilidade de renúncia ao recurso para uma segunda instância, à luz do princípio de equiparação entre sentença arbitral e sentença judicial, as partes têm sempre possibilidade

48. Cf. António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso...”, cit., p. 217.

49. Jorge Miranda, “O Regime de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal”, texto disponível no site do ICJP, p. 10.

50. Jorge Miranda, “O Regime ...”, cit., p. 21.

51. Cfr. 2.3 supra. Em particular, no caso de arbitragem necessária a decisão arbitral é sempre suscetível de recurso para os tribunais estaduais - José Robin de Andrade, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 5.ª ed., Almedina, 2021, p. 153.

de recorrer para o TC⁵² nos termos gerais, ou seja, assim que a sentença arbitral transitar em julgado (isto é, quando não possa ser impugnada através de recurso ordinário)⁵³.

Alguns autores vão mais longe e esclarecem que os recursos de inconstitucionalidade ou ilegalidade reforçada, previstos no art. 280.º, n.º 1 e 2 da CRP, não podem ser nem afastados nem restringidos pela LAV ou por qualquer outra norma⁵⁴. No entanto, há quem defenda que o regime da LOTC, que estabelece um direito irrenunciável de recurso para o TC, deva ser revisto⁵⁵.

4.3. *Dever de conformidade com a Constituição da República Portuguesa*

Aqui chegados importa lembrar que, como dito acima, os tribunais arbitrais são considerados verdadeiros tribunais emissores de decisões jurisdicionais reconhecidos constitucionalmente, apesar de não serem órgãos de soberania do estado, conforme o art. 209.º, n.º 2, da CRP já abordado.

Ora, dispõe o art. 204.º da CRP que “*Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.*”. Tal resulta implícito no regime descrito *supra* pertinente à fiscalização concreta da constitucionalidade pelos tribunais judiciais.

Entende-se, importantemente, que também os tribunais arbitrais têm esse dever de conformidade com a CRP, ou seja, a obrigação de não aplicar normas que infrinjam o disposto na CRP ou os princípios nela consagrados⁵⁶.

Este dever de conformidade com a CRP, acrescido da equiparação entre as sentenças arbitrais e as decisões dos tribunais comuns de primeira instância, suscetíveis de recurso para o TC nos termos aqui referidos⁵⁷, consolidam o entendimento da doutrina e a pro-

52. Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, p. 195; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, pp. 117 e 115.

53. António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso...”, cit., p. 185; Mariana França Gouveia, *Curso...*, cit., p. 297; José Carlos Soares Machado e Rita Lynce de Faria, “A definitividade...”, cit., p. 593; José Robin de Andrade, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 5.ª ed., Almedina, 2021, p. 153 (“da decisão arbitral definitiva cabe recurso extraordinário de revisão, nos mesmos termos em que tal recurso pode ser interposto de sentença de tribunal estadual”).

54. António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, 2016, p. 436; Miguel Galvão Teles, “Recurso para Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, 2010.

55. Miguel Galvão Teles, “Recurso para Tribunal Constitucional...”, cit., p. 655.

56. António Pedro Pinto Monteiro Artur Flamínio da Silva, e Daniela Mirante, *Manual de Direito da Arbitragem*, Almedina 2019, p. 83; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, pp. 117 e 118.

57. José Carlos Soares Machado e Rita Lynce de Faria, “A definitividade...”, cit., p. 585.

posta de que os poderes dos tribunais arbitrais incluem a já referida apreciação da natureza conforme ou contra a CRP das normas a aplicar, bem como a respetiva não aplicação⁵⁸.

Por outras palavras, na prática, os tribunais arbitrais podem, tal como os tribunais judiciais, não aplicar qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (decisões positivas de inconstitucionalidade) ou aplicar qualquer norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (decisões negativas de inconstitucionalidade)⁵⁹.

4.3.1. *Poderes de apreciação de constitucionalidade*

Note-se que nenhuma norma do regime de fiscalização de constitucionalidade descrito *supra* prevê que os árbitros têm a possibilidade de recurso direto para o TC. No entanto, o TC tem admitido o recurso sobre questões de constitucionalidade discutidas e suscitadas em sede arbitral, assim depositando nos árbitros uma função de controle da constitucionalidade, permitindo-lhes a faculdade de participar na fiscalização concreta da constitucionalidade. Tal advém do já referido dever de conformidade constitucional.

Veja-se, neste sentido, o Acórdão n.º 181/2007⁶⁰. Levantaram-se questões de constitucionalidade de várias normas durante de uma arbitragem a decorrer na comissão arbitral da Liga Portuguesa de Futebol Profissional. Foi interposto recurso para o TC, que admitiu tal recurso, clarificando que “os tribunais arbitrais (necessários e voluntários) são também “tribunais”, com o poder e dever de verificar a conformidade constitucional de normas aplicáveis no decurso de um processo judicial e de recusar a aplicação das que considerem inconstitucionais (...)”.

Tal entendimento veio posteriormente a ser codificado na Lei do TAD, que como vimos abrange arbitragem necessária (com possibilidade de recurso) e arbitragem voluntária (sem tal possibilidade), e que desde a sua primeira redação de 2013 prevê expressamente no artigo 8.º, n.º 3 em relação a ambos os tipos referidos de arbitragem, que “Fica salvaguardada, em todos os casos, a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional e de impugnação da decisão com os fundamentos e nos termos previstos na LAV”.

No mesmo sentido se pronunciou o Acórdão n.º 230/2013, já mencionado, no âmbito de um processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade sobre a ausência de uma ampla segunda instância de recurso na arbitragem necessária do TAD comparado com outros regimes de arbitragem administrativa. Na análise do TC, “As decisões proferidas pelo TAD em única ou última instância, consoante o caso, são definitivas, salvo a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional ou pedido de anulação perante um tribunal estadual, nos termos do art. 46º da Lei de Arbitragem Voluntária (art. 8º, n.º 2 e 48º)”.

No entanto, há divergência doutrinária sobre alguns aspetos concretos do regime de recurso para o TC.

58. Jorge Miranda, “O Regime ...”, cit., p. 3

59. António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso...”, cit., p. 202.

60. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070181.html> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

Primeiro, quanto a legitimidade processual. Há autores que defendem que, atento o disposto no regime constitucional de fiscalização, apenas os particulares atingidos pelas decisões dos árbitros têm legitimidade para recorrer, pois que não está previsto que o tribunal espontaneamente coloque questões junto do TC, nem o Ministério Público está presente para acompanhar estes processos arbitrais privados⁶¹. Isto sempre no caso de se aplicar direito português, incluindo quer arbitragem doméstica, quer internacional⁶². No entanto, outros autores defendem que o presidente do tribunal arbitral deverá ordenar que o Ministério Público do tribunal da comarca seja notificado da sentença arbitral, para os efeitos tidos por convenientes⁶³.

Segundo, no que toca ao objeto do recurso. Lima Pinheiro, Jorge Miranda e Rui Medeiros entendem que este recurso para o TC não abrange decisões interlocutórias⁶⁴; sendo que Carvalho Fernandes e Soares Machado e Lynce de Faria entendem em sentido contrário, no contexto de um despacho interlocutório que se pronuncia sobre a constitucionalidade de uma norma⁶⁵.

Podemos, ainda, questionar se os regulamentos arbitrais e convenções de arbitragem também podem ser objeto de recurso.

A fiscalização da constitucionalidade de regulamentos de arbitragem foi admitida pelo próprio TC no Acórdão n.º 150/86⁶⁶. Foi decidido que “os ‘preceitos’ constantes da *questionada determinação processual* não se traduzem na mera aplicação, execução ou simples utilização de ‘normas’, antes contêm verdadeiras regras de conduta para as partes e para a própria comissão arbitral ou fixam critérios de decisão para esta última: aquela determinação, na prática, constitui um autêntico mini-código de processo, aplicável ao caso concreto”. A doutrina procede com a mesma posição, veja-se neste sentido, Carlos Blanco de Moraes, Licínio Lopes Martins, Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶⁷.

Contudo, a fiscalização da constitucionalidade de convenções arbitrais é um tema mais controverso. Alguns autores defendem que, se estas contiverem “*ditames com eficácia normativa que se dirijam aos árbitros, condicionando as decisões dos tribunais*”⁶⁸, podem ser apreciadas pelo TC.

Terceiro, o CPC, prevê que os recursos se interpõem por meio de requerimento dirigido ao tribunal que proferiu a decisão recorrida. Há autores que entendem que os

61. António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso...”, cit., p. 217.

62. António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso...”, cit., p. 218.

63. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 118.

64. Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 176; e Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 765.

65. Luís Carvalho Fernandes, “Dos Recursos em Processo Arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, p. 152; José Carlos Soares Machado e Rita Lynce de Faria, “A definitividade...”, cit., p. 595.

66. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860150.html> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

67. *Apud* in António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso...”, cit., p. 210.

68. António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso...”, cit., p. 212; posição também defendida por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Gomes Canotilho e Vital Moreira.

tribunais arbitrais são assim competentes para proferir decisão sobre o requerimento de interposição do recurso, mantendo-se em funções para esses fins⁶⁹; e quem, diferentemente, defenda que a interposição do recurso deve ser feita na secretaria do tribunal competente para conhecer do recurso⁷⁰.

4.3.2. *Dever de não aplicar normas que o Tribunal Constitucional tenha julgado inconstitucionais*

Decorre ainda do dever de conformidade com a CRP a vinculação dos árbitros às decisões do TC sobre a constitucionalidade de normas jurídicas.

Portugal é um país da *civil law* e não existe um sistema de precedentes judiciais obrigatórios como ele existe em países de *common law*. Porém, as questões de constitucionalidade revelam singularidades.

Convocamos aqui os tipos de fiscalização de constitucionalidade explanadas acima. No caso de fiscalização concreta da constitucionalidade, as decisões que emergem desta apreciação têm eficácia *inter partes* e no processo em causa, conforme o art. 280.º da CRP, e ainda o artigo 80.º, n.º 1, da LOTC, onde se diz que “A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada”.

No entanto, em caso de recurso para o TC, se este tribunal enviar o processo de volta para o tribunal em que a questão foi suscitada, este último fica vinculado a decidir em conformidade com a pronúncia do TC, nos termos do art. 80.º, n.º 2, da LOTC.

Assim, apesar de não existirem precedentes judiciais obrigatórios no nosso sistema jurídico, conclui-se que os árbitros não deixam de estar vinculados à CRP e às decisões do TC. Caso o tribunal inferior não siga a pronúncia do TC no âmbito de recurso em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade, poderá haver recurso, conforme o disposto no art. 280.º, n.º 5 da CRP.

Já no caso da fiscalização abstrata da constitucionalidade, o TC quando é chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de determinada norma pode declará-la inconstitucional com força obrigatória geral e efeitos *erga omnes*, conforme dita o art. 282.º da CRP.

Consequentemente, os tribunais – e aqui também os tribunais arbitrais – não podem aplicar a norma em causa. Neste caso, a decisão do TC produz efeitos retroativos, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, e determina a reposição das normas que eventualmente hajam sido revogadas.

No entanto, o TC tem poderes para fixar efeitos mais restritos, por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público e, note-se, há uma ressalva do caso julgado que garante o respeito pelos direitos reconhecidos pelas decisões dos tribunais já transitadas em julgado (com a exceção da matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social em que o conteúdo é menos favorável ao arguido).

69. António Pedro Pinto Monteiro, “Do Recurso...”, cit., p. 215.

70. Paula Costa e Silva, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in ROA, ano 52, III, dezembro 1992, pp. 996-998, ver também pp. 994 e 995.

Na arbitragem estes elementos podem levantar dificuldades, nomeadamente quanto à validade da convenção arbitral, à caducidade dos prazos, à possibilidade do tribunal já não estar constituído, problema também relevante no que toda à interposição do próprio recurso de constitucionalidade, já mencionado.

Caso os tribunais apliquem uma norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral, tem-se entendido que pode ser apresentada junto do TC uma reclamação (atípica) para que o TC verifique que a sua declaração com força obrigatória geral não foi respeitada e revogue ou ordene a reforma da decisão do tribunal *a quo*⁷¹. Também esta é obrigatória para o Ministério Público, por maioria de razão⁷².

Veja-se jurisprudência que atesta este entendimento: No âmbito de um recurso para o TC sobre tributação de mais-valias provenientes de ações de sociedades, num processo onde o tribunal arbitral não aplicou uma norma fiscal por entender que esta era violadora da CRP, a Autoridade Tributária e Aduaneira recorreu para o TC desse entendimento. Tendo neste Acórdão n.º 275/2016, o TC concluído pela não inconstitucionalidade das normas fiscais em apreciação, o TC determinou “a reformulação da decisão recorrida de harmonia com o precedente juízo de não inconstitucionalidade”⁷³.

Na sequência desta decisão, e considerando a decisão do TC vinculativa, o tribunal arbitral reformulou a sua decisão anterior. A Autoridade Tributária impugnou este segundo acórdão invocando excesso de pronúncia do tribunal arbitral, a que o Tribunal Central Administrativo Sul (doravante “TCAS”) não deu provimento. Este TCAS entendeu que o tribunal arbitral “na sequência do decidido pelo TC e, obviamente, reformulando a sua anterior decisão, teve necessariamente de passar ao conhecimento dos vícios cuja apreciação havia ficado prejudicada em função de um juízo de inconstitucionalidade que o TC não confirmou”⁷⁴, por forma a cumprir o disposto no art. 80.º, n.º 2 da LOTC.

A contrario, clarificou o TCAS, “caso o Tribunal Arbitral não tivesse procedido ao conhecimento dos vícios alegados e cujo conhecimento havia inicialmente ficado prejudicado, o que haveria era – isso sim – uma clara omissão de pronúncia relativamente a parte das questões que o sujeito passivo erigiu como fundamento do pedido de pronúncia arbitral e nas quais fazia assentar a defesa da ilegalidade da liquidação contestada”⁷⁵.

Por outro lado, sempre se entende que estariam à disposição das partes num processo arbitral também os meios de impugnação típicos das sentenças arbitrais, *maxime*, a ação de anulação⁷⁶.

71. Jorge Miranda, “O Regime ...”, cit. p. 10.

72. Jorge Miranda, “O Regime ...”, cit., p. 16.

73. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160275.html> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

74. Acórdão do TCAS de 27.09.2018, processo n.º 9933/16.1BCLSB, disponível em: <http://www.dgsi.pt/> (consultado em 4 de fevereiro de 2023).

75. Acórdão do TCAS de 27.09.2018, processo n.º 9933/16.1BCLSB, cit.

76. José Carlos Soares Machado e Rita Lynce de Faria, “A definitividade...”, cit., p. 594. No entanto, entendem estes autores que caso tenha caducado o direito de recurso para o TC, e, portanto, a decisão que aprecia a questão incidental de constitucionalidade de uma qualquer norma tenha transitado julgado, esta torna-se definitiva, não se admitindo que nenhum outro

5. Conclusão

Em suma, no ordenamento jurídico português, os tribunais arbitrais estão previstos na CRP e são considerados “verdadeiros” tribunais, encontrando-se submetidos a um estatuto funcional similar ao dos tribunais judiciais, apesar de não serem órgãos de soberania.

Decorre, pois, que a escolha da arbitragem constitui o exercício do direito constitucional de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, daqui resultando a exigência de independência e imparcialidade por parte dos árbitros, no que toca à arbitragem voluntária e necessária, bem como a exigência do direito de recurso, no que toca à arbitragem necessária. Já a garantia do acesso ao direito em situação de insuficiência de meios económicos das partes não se retém da mesma forma em sede arbitral como esta existe para os tribunais judiciais.

O controlo da constitucionalidade pelos árbitros emerge como uma decorrência do dever de conformidade com a CRP, que acrescido da equiparação entre as sentenças arbitrais e as decisões dos tribunais comuns de primeira instância, suscetíveis de recurso para o TC, consolidam o entendimento de que os tribunais arbitrais têm poder para apreciar a natureza conforme ou contra a CRP das normas que aplicam, e para as não aplicar.

Urge reconhecer o papel essencial da doutrina e jurisprudência portuguesas na evolução da relação entre direito constitucional e arbitragem. Emerge da nossa análise a importante “dança” entre uma e outra no sentido de consolidar o entendimento mais compatível com a CRP dos vários aspetos da arbitragem, que apresenta particularidades específicas por força da sua natureza privada.

O tema sob análise não se esgota no ora exposto. No entanto, a apresentação a que nos propomos demonstra e confirma a posição de Portugal como um país que favorece a arbitragem e que adotou para este meio de resolução de litígios uma verdadeira solução constitucional.

tribunal (nem o TC em sede de recurso nem qualquer tribunal em sede de anulação) reaprecie esta questão, cf. pp. 595-598.

13.

ARBITRATION AND THE U.S. CONSTITUTION

PETER BOWMAN RUTLEDGE¹

Introduction

At first glance, arbitration law and constitutional law are strange bedfellows. Arbitration involves private conduct, whereas constitutional law generally regulates forms of public conduct. Hence, at first glance, it may seem like these two bodies of law are separated by an impregnable wall. Several important “bricks” have fortified this “wall” against attempts of arbitration to enter the realm of constitutional law.

One such “brick” is a historical hostility of the state judiciary towards arbitration agreements based on the perception that arbitration abridges constitutionally guaranteed access to justice and that arbitration seeks to misappropriate the jurisdiction of the state courts (also known as “jurisdictional ouster claim” or “judicial jealousy”).² This hostility escalated to refusal by state courts to give effect to pre-dispute arbitration agreements.³

1. Dean & Talmadge Chair of Law at the University of Georgia School of Law. A recognized figure in the field of international dispute resolution and an accomplished Supreme Court advocate, Dean Rutledge has published in both the United States and abroad. His articles have appeared in publications such as the *University of Chicago Law Review*, the *Vanderbilt Law Review*, and the *Journal of International Arbitration*. The author would like to thank Cara Musicano, Alexandra Lampe, Olha Kaluizna and Vladyslav Rudzinskyi for world-class research assistance.
2. *Phoenix Ins. Co. v. Zlotky*, 92 N.W. 736, 737 (Neb. 1902) (“enforcement of contracts to arbitrate would “open a leak in the dike of constitutional guaranties which might someday carry all away.”); JONES, S. Historical Development of Commercial Arbitration in the United States. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v.12, n.3, p. 240-262, 1928.
3. See, e.g., *Home Ins. Co. of New York v. Morse*, 87 U.S. 445, 450 (1874) (“Should a citizen of New York enter into an agreement with the State of Wisconsin ... that he would in no case demand a jury to determine any rights of property that might be called in question, but that such rights should in all such cases be submitted to arbitration or to the decision of a single judge, the authorities are clear that he would not thereby be debarred from resorting to the ordinary legal tribunals of the State. *There is no sound principle upon which such agreements can be specifically enforced.* In a civil case, he may submit his particular suit by his own consent to an arbitration, or to the decision of a single judge. [H]e may omit to exercise his right to

The non-arbitrability doctrine was another robust “brick” in the “wall” separating arbitration and constitutional law. This doctrine helped to ensure that arbitration would be available in narrow categories of disputes, largely limited to private commercial disputes between businesspersons.⁴ Finally, unlike interstate arbitration, which primarily involves issues of public international law, legally enforceable predispute arbitration between private actors and states enjoyed relatively limited historical tradition.

Over time, the “wall” separating arbitration from constitutional law developed “fissures”. The demise of non-arbitrability doctrine became one such fissure. The proliferation of arbitration in areas of “public law” traditionally handled by state courts (such as securities, employment, and antitrust) represented another as it prompted calls to incorporate fundamental principles of due process.

Finally, a fundamental shift in the attitude toward arbitration played its role. This process began with adoption of the Federal Arbitration Act (FAA), designed to “reverse the longstanding judicial hostility towards arbitration agreements that had existed at English common law and had been adopted by American courts, and to place arbitration agreements upon the same footing as other contracts.”⁵ Arbitration agreements began to be seen not as a waiver of the fundamental right to justice, but rather as an implementation of a competing value – freedom to contract.⁶ Over time, freedom of contract became a philosophical counterargument to constitutional concerns over the arbitration.⁷

remove his suit to a Federal tribunal, as often as he thinks fit, in each recurring case. In these aspects any citizen may no doubt waive the rights to which he may be entitled. He cannot, however, bind himself in advance by an agreement, which may be specifically enforced, thus, to forfeit his rights at all times and on all occasions, whenever the case may be presented.”) (emphasis added); *Parsons v. Ambos*, 121 Ga. 98, 101 (1904) (“The mere executory agreement to submit is generally revocable, otherwise nothing would be easier than for the more astute party to oust the courts of jurisdiction. A common-law agreement, therefore, to submit the validity and effect of a contract, or to submit all matters in dispute, to arbitration, may be revoked by either party at any time before the award.”); *Wood v. Humphrey*, 114 Mass. 185, 186 (Mass. 1873) (“It has been long settled that agreements to arbitrate which entirely oust the courts of jurisdiction will not be supported either at law or in equity.”).

4. See, e.g., *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427, 438 (1953) (denying enforcement to agreement to arbitrate securities claims); *Am. Safety Equip. Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821, 826-27 (2d Cir. 1968) (refusing to stay litigation pending arbitration in antitrust case); *Allegaert v. Perot*, 548 F.2d 432 (2d Cir. 1977) (asserting non-arbitrability of bankruptcy claims).
5. H.R. Rep. No. 96, 68th Cong. 1st Sess., 1-2 (1924); *Shearson/Am. Exp., Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220, 225 (1987) (“The Act was intended to “revers[e] centuries of judicial hostility to arbitration agreements.”); *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 33 (1991) (“As discussed above, the FAA’s purpose was to place arbitration agreements on the same footing as other contracts.”).
6. BORN, G. B. Arbitration and the Freedom to Associate. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, v. 38, n. 1, p. 7-24, 2009 (“arbitration agreements are expressions of party autonomy and associational freedom.”).
7. ZEKOS, G.I. Constitutionality of Commercial/Maritime Arbitration. *Journal of Maritime Law and Commerce*, Bristol, v. 45, n. 1, p. 35-62, 2014.

The “fissures” in the “wall” between arbitration and the constitution helped arbitration to finally make its way into the realm of constitutional law. Did arbitration settle well there? Not entirely. It is true that arbitration has been perceived as an expression of freedom of contract. But recourse to arbitration inevitably poses the questions about the scope of that freedom? More specifically, does this freedom override the requirements of Article III of the U.S. Constitution, which provides that judicial power of the United States shall be vested in the Supreme Court and in such inferior courts as the Congress may, from time to time, ordain and establish.⁸ If so, on what conditions? Also implicating constitutional concerns is a lack of jury trial guaranteed by the 7th Amendment to the U.S. Constitution. Finally, is the framework for arbitration, established by the FAA and developed by case law consistent with the federalist system in the United States?

Drawing on my prior work, this Chapter addresses the above issues. First, it focuses on the question of whether arbitration comports with the Separation of Powers, especially considering Article III of the U.S. Constitution. If so, on what conditions (if any)? Then, this chapter examines whether the contemporary legal framework for arbitration is compatible with the principle of federalism. Finally, this Chapter will discuss the issue of the lack of a jury trial inherent in arbitration. More specifically, it will address the question whether a jury trial is waivable at all. If so, the question arises when and how such waiver is to be effected.⁹

Arbitration and the separation of powers

“The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish.”¹⁰

The quasi-judicial nature of arbitration implicates constitutional concerns over the principle of separation of powers. More specifically, concerns exist that arbitration is incompatible with Article III of the U.S. Constitution¹¹ insofar as it allows the non-article III actors to make decisions in cases that otherwise would fall within the jurisdiction of the federal courts. Two major theories exist to justify arbitration’s compatibility with Article III.

Waiver theory

Waiver theory rests on the premise that by opting into an arbitration the parties waive their right to an Article III forum,¹² thereby eliminating any Article III concerns. This

8. U.S. Constitution. Art. III, §2.

9. Given space constraints, I put to one side a host of other constitutional issues like due process. These, I have explored elsewhere, including my book *Arbitration and the Constitution*.

10. U.S. Constitution. Art. III, Sec. 2.

11. *Id.*

12. See, e.g., *Belom v. Nat’l Futures Ass’n*, 284 F3d 795, 799 (7th Cir. 2002) (“Where an individual consents to arbitration, he waives the right to an impartial and independent adjudication.”); *Geldermann, Inc. v. FTC*, 836 F2d 310, 317 (7th Cir. 1987) (explaining that, under the Federal

theory was articulated in the U.S. Supreme Court's opinion in *CFTC v. Schor*, where the Court held that the Commodity Futures Trading Commission's ("CFTC's") exercise over a common law counterclaim in a dispute between a customer and a commodities broker did not violate Article III.¹³ Though the case technically did not involve a challenge to a system of private arbitration but, rather, adjudication before an independent federal agency, it has served as the intellectual foundation for decisions rejecting constitutional attacks on arbitral schemes.¹⁴ In arriving at the above conclusion, the court reasoned that Article III had both a personal (and thus waivable) component as well as a nonwaivable component (which would be tested against a multi-factor balancing test).¹⁵ The court explained:

"In such circumstances, separation of powers concerns are diminished, for it seems self-evident that just as Congress may encourage parties to settle a dispute out of court or resort to arbitration without impermissible incursions on the separation of powers, Congress may make available a quasi-judicial mechanism through which willing parties may, at their option, elect to resolve their differences."¹⁶

This approach does not represent the best justification for the compatibility of arbitration with Article III for several reasons. First, it is difficult, if not impossible to infer private (and thus waivable right) in the text of Article III.¹⁷ *Schor* supplies virtually no analysis to support such conclusion.¹⁸ On the contrary, nothing in the text speaks in terms of a "right"

Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act, a "follow-on" registrant "explicitly consents to have his rights determined by arbitration"); *Cremin v. Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith, Inc.*, 957 F. Supp. 1460, 1470 (N.D. Ill. 1997) (explaining that, unless the employee waived her right to an Article III forum, she would be entitled to "her day in court"); *Illyes v. John Nuveen & Co.*, 949 F. Supp. 580, 582-83 (N.D. Ill. 1996) (holding that the Form U-4 the former employee signed incorporated by reference the arbitration provisions later adopted by the NASD and that the plaintiff effectively agreed to arbitrate certain disputes).

13. *CFTC v. Schor*, 478 U.S. 833, 851-53 (1986).

14. RUTLEDGE, P.B. Arbitration and Article III. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 61, n. 4, p. 1189-1234, 2008.

15. *Supra* note 7, at 848. The court then went on to articulate a series of factors to determine whether a particular dispute resolution system overstepped the Article III boundaries: (1) whether the "essential attributes of judicial power" are reserved to Article III courts, (2) what is the origin and importance of the rights to be adjudicated, and (3) what are the concerns that drove Congress to depart from the requirements of Article III.

16. *Id.*, at 855.

17. See Bator, P.M. The Constitution as Architecture: Legislative and Administrative Courts under Article III. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 64, n. 2, p. 233-276, 1990 ("The ideals of separation of powers seem to me structural and political ideals; it is far from clear that they were designed to generate a system of private rights.").

18. See *Schor*, 478 U.S. at 848-49 (describing Article III's role to preserve the structure of tripartite government and to protect litigants' personal rights). The Court's analysis contains nothing other than the assertion that Article III confers a "personal right" along with a citation to a number of disanalogous precedents on criminal rights – dicta from the opinions in *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982) (plurality opinion)

to a decision in a federal forum. Rather, the language speaks in definitional terms defining the “judicial power of the United States.”¹⁹

The history of Article III suggests that this provision was not intended by drafters to confer upon personal rights.²⁰ Rather, vertical and horizontal distribution of power, the necessity for inferior federal courts, the heads of federal jurisdiction, and the scope of Congress’s power to control the jurisdiction of the Supreme Court and lower federal courts were the most debated issues at the time of the drafting of Article III.²¹ This evidences that Article III was intended to have organizational consequences rather than to confer personal rights.

Second, waiver theory mistakenly conflates arbitration with settlement. To start with, most forms of settlement involve greater judicial scrutiny than arbitral awards.²² Generally speaking, settlement agreements are a contract; before they are enforced, they are subject

and earlier decisions that did not confront the “personal rights” question. *Schor* also cites an article by Professor David Currie for the proposition that Article III rights are primarily “personal.” *Schor*, 478 U.S. at 848 (citing CURRIE, D. P. Bankruptcy Judges and the Independent Judiciary. *Creighton Law Review*, Omaha, v. 16, n. 108, p.441-466, 1983).

That citation, however, at best twists Currie’s argument and, at worst, is simply wrong. Sovereign immunity is, by definition, a type of personal privilege that is specific to the litigant (namely, the state); the doctrine’s primary purpose is to protect a private litigant, and, in cases where the litigant, for whatever reason, does not desire that protection, waiver of the right makes sense. Currie argues that the tenure and salary provisions serve an analogous function to the private litigant. But he does not argue that the jurisdictional grants envisioned in Article III are themselves personal rights, as the *Schor* opinion seems to imply. Elsewhere he has acknowledged that “[i]t may be, as several of our most thoughtful judges have argued, that the requirement of independent tribunal serves purposes beyond protection of the immediate parties ...” CURRIE, D.P. The Distribution of Powers after *Bowsher*. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 1986, n. 1, p. 19-40, 1986.

Even if *Schor* reads Currie’s thesis correctly, it is nonetheless clear, that Article III, beyond the tenure and salary provisions, serves additional public purposes that are not confined to the interests of the individual litigants.

19. U.S. CONST. Art. III, § 2.
20. For an exhaustive discussion of the history behind Article III’s development and adoption, see CLINTON, R.N. A Mandatory View of Federal Court Jurisdiction: A Guided Quest for the Original Understanding of Article III. *University of Pennsylvania Law Review*, Pittsburg, v. 132, n. 4, p. 741-866, 1984.
21. See, e.g., The Records of the Federal Convention of 1787, at 37-49, 422-33 (Max Farrand ed., 1911); Warren, C. *The Making of the Constitution*. Boston: Little, Brown, and Company, p. 325-36, 531-48, 1928; HAMILTON, A. The Judicial Department. *The Federalist*, New York, v. 78, 1788 (That inflexible and uniform adherence to the rights of the Constitution, and of individuals, which we perceive to be indispensable in the courts of justice, can certainly not be expected from the judges who hold their officials by a temporary commission.). The reference to the right of individuals is better understood to mean that safeguarding individual rights in one purpose, among many, of an independent judiciary – not that the independent judiciary itself is a personal, waivable right.
22. See generally FISS, O.M. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 93, n. 6, p. 1073-92, 1984.

to the typical judicial review that precedes an enforcement decision.²³ Arbitration awards receive different treatment. The FAA mandates federal courts to give effect to the arbitral award subject to very limited exceptions.²⁴ Federal courts enjoy virtually no power to review the merits of the award but instead are confined to reviewing the procedures followed by the arbitrator. Whatever review of the merits exists is practically toothless.²⁵ Provided that one of the limited grounds for merit review does not apply, the court must give legal effect to the award and treat it as if it were a judicial judgment enforceable by compulsion.

Third, waiver theory fails to grapple with the serious structural problems posed by arbitration. More specifically, waiver theory fails to take into account that judicial enforcement of arbitral awards diminishes the power of the judicial branch. By mandating the enforcement of the award and controlling the scope of Article III review, particularly the extent of review of the merits of federal questions, Congress is effectively stripping federal courts of the power to interpret the meaning of federal law and erecting a system by which others, namely arbitrators, can define it.²⁶

Appellate Review Theory

Compared to waiver theory, appellate review theory represents firmer intellectual foundation upon which to reconcile arbitration with Article III of the Constitution. The core claim of appellate review theory is that “sufficiently searching review of a legislative court’s or administrative agency’s decisions by a constitutional court (i.e., Article III court) will always satisfy the requirements of Article III.”²⁷ Although this approach was originally devised to justify the administrative tribunal’s compatibility with Article III, it applies equally to arbitration. This is so because arbitration and administrative adjudication are

23. See, e.g., WEISBURST, S.I. Judicial Review of Settlements and Consent Decrees: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 28, n. 1, p. 55-100, 1999.

24. 9 U.S.C. §§ 9-11 (2000).

25. Very few cases have set aside awards on grounds of manifest disregard of the law. See RUTLEDGE, P.B. On the Importance of Institutions-Review of Arbitral Awards for Legal Errors. *Journal of International Arbitration*, Alphen van den Rijn, v. 19, n. 2, p. 81-116, 2002; *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys “R” Us, Inc.*, 126 F.3d 15, 20 (2d Cir. 1997), do not even allow manifest disregard review for confirmation of New York Convention awards.

26. RUTLEDGE, P.B. Arbitration and Article III. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 61, n. 4, p. 1189-1234, 2008.

27. FALLON, R.H. Of Legislative Courts, Administrative Agencies and Article III. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 101, n. 5, p. 915-92, 1988.

simply different forms of dispute resolution,²⁸ and both implicate concerns around the diminution of judicial power thereby giving rise to Article III issues.²⁹

According to appellate review theory, the exact scope and character of review, which would pass Article III muster is determined by balancing the values of Article III tribunals and the values which may be offered by non-Article III tribunals. Arbitration as a non-Article III dispute resolution method offers such values as enhanced expertise,³⁰ flexibility,³¹ and fairness.³² These ideals must be balanced against the values underpinning Article III

28. FULLER, L.L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978; WHITE, R.B. Arbitration and the Administrative State. *Wake Forest Law Review*, Winston-Salem, v. 38, n. 4, p. 1283-1326, 2003 (explaining that the two fields also share synergies over the extent to which courts should defer to the extrajudicial decision maker, whether an arbitrator or an agency).
29. RUTLEDGE, P.B. Arbitration and Article III. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 61, n. 4, p. 1189-1234, 2008.
30. BENSON, B.L. An Exploration of the Impact of Modern Arbitration Statutes on the Development of Arbitration in the United States. *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford, v. 11, n. 2, p. 479-501, 1995 (noting that expert arbitrators were a widely perceived benefit of arbitration over litigation); BETHEL, T.A. Wrongful Discharge: Litigation or Arbitration. *Journal of Dispute Resolution*, Columbia, v. 1993, n. 2, p. 289-304, 1993 ("Perhaps, the most heralded advantage of arbitration over ordinary litigation is the special competence of the arbitrator."); BRUNET, E. Replacing Folklore Arbitration with a Contract Model of Arbitration. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 74, n. 1, p. 39-86, 1999 (noting that expertise of arbitrators historically has been regarded as a benefit to arbitration).
31. CIRIELLI, S.E. Arbitration, Financial Markets, and Banking Disputes. *American Review of International Arbitration*, New York, v. 14, n. 3, p. 243-84, 2003 ("One of the major advantages of arbitration, in fact, is that the parties can agree to numerous substantive and procedural aspects, and are entitled to choose an informal and flexible process, which can be specially adapted to fit their dispute."); METZLOFF, T. B. The Unrealized Potential of Malpractice Arbitration. *Wake Forest Law Review*, Winston-Salem, v. 31, n. 1, p. 203-230, 1996; NELSON, S.C. Alternatives to Litigation of International Disputes. *International Lawyer* (ABA), Chicago, v. 23, n. 1, p. 187-206, 1989.
32. Whether arbitration produces fairer results is a hotly debated proposition. A long line of literature criticized arbitration precisely on the ground that its unfair procedures are biased in favor of the party with the stronger bargaining position. More recent empirical evidence, however, cast doubt on this criticism. See, e.g., HILL, E. AAA Employment Arbitration: A Fair Forum at a Low Cost. *Dispute Resolution Journal*, New York, v. 58, n. 2, p. 8-17, 2003 (providing statistical analysis of AAA employment arbitration indicating that they are not systematically biased in favor of the employer as a repeat player); TIDWELL, G. Party Evaluation of Arbitrators: An analysis of Data Collected from NASD Regulation Arbitrations, 1999 (an unpublished manuscript, presented at the National Meeting of the Academy of Legal Studies in Business, on file with author) (finding that parties in NASD arbitrations believe the fora and arbitrators are fair and unbiased); RUTLEDGE, P.B. Whither Arbitration? *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Washington, v. 6, n. 2, p. 549-90, 2008; KAPLINSKY, A.S.; LEVIN, M.J. Consumer Arbitration: If the FAA Ain't Broke, Don't Fix It. *Business Lawyer* (ABA), Chicago, v. 63, n. 3, p. 907-20, 2008; Searle Civil Justice Institute. Consumer Arbitration before the American Arbitration Association. Accessible at http://www.law.northwestern.edu/jep/symposia/documents/JEP_CJ_2009_Drahozal.pdf.

tribunals, such as separation of powers,³³ fairness,³⁴ and judicial integrity.³⁵ The result of balancing these values would determine the exact degree of appellate review which would suffice to validate arbitration in the light of Article III of the Constitution. The “sufficiently searching appellate review,” under this theory, reconciles the above values.³⁶ This begs the question of whether existent mechanisms of review of arbitral awards are adequate in light of appellate review theory as to justify the compatibility of arbitration with Article III of the Constitution. Given organizational and structural distinctions between different types of arbitrations, the answer may vary for private commercial arbitration and investment arbitration.

Begin with private commercial arbitration. In the United States, arbitral awards produced in private commercial arbitration are subject to judicial review under two main frameworks. First, in cases of confirmation (reducing a foreign or non-domestic award

33. Arbitration could present separation of powers problems (though the problem technically is a diminution problem, as opposed to an encroachment one present in the Article I court situation). Specifically, Congress diminishes the power of the Article III courts by vesting their decisionmaking power in another non-Article III institution and requiring federal courts to effectuate those decisions, subject to very limited grounds for review.

34. Depending on the state of the empirical research, arbitration, compared to federal litigation, might run greater risk of unfairness to litigants. This is the case particularly in areas where the litigants are of unequal bargaining positions, and, consequently, the stronger party might prefer a forum or set of rules biased in its favor. Nevertheless, an arbitral practice developed mechanisms by which due process norms have seeped into arbitration. (so-called “private protocols”). See, e.g., National Academy of Arbitrators, Due Process Protocol for Mediation and Arbitration of Statutory Disputes Arising out of Employment Relationship (May 9, 1995); National Consumer Disputes Advisory Committee, Due Process Protocol for Mediation and Arbitration of Consumer Disputes (April 17, 1998); National Consumer Disputes Advisory Committee, Due Process Protocol for Mediation and Arbitration of Health Care Disputes (July 27, 1998). Despite the lack of legal power private protocols nevertheless was used to inform courts about the meaning of fair arbitral procedures. A number of federal and state courts have consulted private protocols as persuasive indicia of the fairness of an arbitration. For example, in *Hooters of America, Inc. v. Phillips*, the protocols were relevant to the two courts’ conclusions not to enforce an arbitration agreement, even though the arbitration agreement at issue was not subject to them. The district court noted that the process of selection of arbitrators differed from those under the protocol, and the Fourth Circuit, in affirming, rested its decision in part on the testimony of the official of the American Arbitration Association, who said that Hooters’ arbitration rules “so deviated from minimum due process standards that [the AAA] would refuse to arbitrate under those rules.” See *Hooters of America, Inc. v. Phillips*, 39 F.2d 582, at 598 (D.S.C. 1998); *Hooters of America, Inc. v. Phillips*, F3d 933, at 939 (4th Cir. 1999). *Green Tree Financial Corp. v. Randolph* is another example. In this case, four justices cited the due process consumer protocol as an example of a fair mechanism by which to allocate costs in arbitration.

35. Arbitration does not present a “judicial integrity” problem as Fallon has conceptualized it, for, unlike administrative agencies, arbitrators do not have a “hybrid and problematic status in our constitutional system.”

36. FALLON, R.H. Of Legislative Courts, Administrative Agencies and Article III. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 101, n. 5, p. 915-92, 1988.

rendered in the United States to judgment) and/or enforcement (reducing an award rendered abroad to judgment), the New York Convention, will set forth the standard of review.³⁷ Article V of the New York Convention provides that an award may be denied recognition or enforcement where:

The parties lacked capacity to enter an arbitration agreement or the arbitration agreement was invalid under applicable law.

The losing party lacked adequate notice of the proceeding or an opportunity to be heard.

The award concerns a matter beyond the parties' submission.

The composition of the tribunal or the arbitral procedure deviated from the parties' agreement or, absent such agreement, the law of the arbitral forum.

The award has been set aside.

The dispute is non-arbitrable in the country where enforcement is sought.

The enforcement of the award violates public policy of the country where enforcement is sought.³⁸

Second, in cases of *vacatur*³⁹ (setting aside an award rendered in the United States) and cases of confirmation and enforcement not falling under a treaty, the FAA sets forth the default framework for judicial review. Section 10 of the FAA provides as follows:

[A district court] may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration:

(1) Where the award was procured by corruption, fraud, or undue means;

37. Less frequently, other conventions may apply. These include the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention), opened for signature Jan. 30, 1975, 104 Stat. 448, 1438 U.N.T.S. 245 (governing awards in certain Latin American arbitrations) and, discussed *infra* text accompanying notes 167-168, the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (Washington Convention), opened for signature Mar. 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159 (governing awards for certain investment arbitrations). The standards of judicial review under the Panama Convention are virtually identical to those under the New York Convention, so the analysis in the text applies equally in these specialized contexts.

38. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 38 [hereinafter *New York Convention*], Art. V.

39. By “*vacatur*” the author means an action by the award-debtor to deprive the award of legal effect. This term may be used interchangeably with such terms as “annulment” or “set aside”.

(2) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrations, or either of them [sic];

(3) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced;

(4) Where the arbitrators exceeded their powers or so imperfectly executed them that a mutual final and definite award upon the subject matter submitted was not made.⁴⁰

It follows that the existent framework authorizes Article III courts to review arbitral awards for due process and procedural irregularities thereby placing due consideration on the values of Article III tribunals discussed above. In the meantime, it does not undermine the values of arbitration.

The question therefore remains whether judicial review alleviates separation-of-powers concerns. It is true that neither Article V of the New York Convention, nor Section 10 of the FAA expressly provides for any Article III court review of the merits of an award, whether on statutory or constitutional grounds.⁴¹ But, despite the absence of any textual authorization for Article III review of legal questions, judicial decisions have partly filled the gap. Courts have constructed a doctrine that at least arguably, attempts to mitigate this harsh conclusion. For several decades, the “manifest disregard of the law” doctrine has enabled federal courts to take a quick look at the merits of the award (even though that doctrine does not find any formal footing in the text of Section 10 of the FAA). Under the generally accepted formulation of the doctrine, a federal court may vacate an award where the arbitrator was aware of the applicable law yet refused to apply it.⁴² The manifest disregard standard does not appear in the FAA (or in any other statute or treaty governing the enforcement of arbitral awards in the United States). Rather, it traces its origins entirely to the Supreme Court’s decisions, almost as a type of federal common law governing the enforcement of awards.⁴³ This judicial pedigree affords courts greater flexibility to shape its contours than if a statute constrained its interpretation. While courts generally have been

40. 9 U.S.C. § 10 (2000).

41. Indeed, nearly a century and a half ago, the Supreme Court seemed to envision this state of affairs. In *Burchell v. Marsh*, the Supreme Court explained: If the award is within the submission, and contains the honest decision of the arbitrators, after a full and fair hearing of the parties, a court of equity will not set it aside for error, either in law or fact. A contrary course would be a substitution of judgment of the chancellor in place of the judges chosen by the parties, and would make an award the commencement, not the end, of litigation.

42. BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*, 3rd ed. Wolters Kluwer, 2021. ISBN 9789403526430. available at <https://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-Born-2021-Ch25>, p. 3590.

43. See *First Options of Chi., Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 942 (1995); *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427, 436-37 (1953) (holding that parties bound by arbitrator’s decision were not in “manifest disregard” of the law), overruled on other grounds by *Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

reluctant to vacate awards (or to decline enforcement) on this ground, several decisions involving federal statutory claims have done so.⁴⁴ This trend suggests that the doctrine is malleable enough to vindicate the Article III values underpinning appellate review theory in this context.⁴⁵

When it comes to constitutional questions, courts can rule at the outset of the arbitration by ruling on a motion to compel arbitration or stay litigation. In other cases, courts can rule on constitutional issues when reviewing the arbitral award: several of the above-mentioned standards under the New York Convention or the FAA incorporate constitutional norms. For example, both laws provide that enforcement of an award (or its vacation) an award can be denied in cases where a party lacked proper notice of the arbitral proceedings. Courts applying these standards generally have imported due process norms to evaluate those claims. Thus, under the modified appellate review theory, the current regime provides Article III courts with sufficient oversight of constitutional questions. Considering the foregoing, commercial arbitration survives an Article III challenge under the modified appellate review theory. The available review under the framework of the FAA and the New York Convention suffices for this purpose.

Now consider investment arbitration. At the outset, it is important to consider its difference from commercial arbitration. First, unlike international commercial arbitration, investment arbitration does not rely on voluntary agreements between the parties to submit their dispute to arbitration. Rather, consent to arbitrate may be found in a pre-existing agreements between the home country of the private investor and the country of investment. Moreover, judicial review is far more circumscribed than in international commercial arbitration.

With respect to questions of constitutional law and findings of fact, the analysis of bilateral investment treaties does not materially differ from the analysis of disputes in commercial arbitration. With respect to legal questions, however, the analysis is markedly different. ICSID awards are subject to no judicial review; other investment awards are likely to be analyzed under treaties like the New York Convention. The absence of privity between the foreign sovereign and the investor suggests that greater scrutiny is required. On the other hand, the presence of sovereign immunity concerns reduces the need for a plenary Article III review (on the theory that the amenability of foreign sovereigns to suit was always a prerogative for the political branches). Given the dominance of the sovereign immunity values here, investment arbitrations, despite the limited review for legal errors, likely pass constitutional muster.

44. See, e.g., *Patten v. Signator Ins. Agency, Inc.*, 441 F.3d 230, 237 (4th Cir. 2006) (vacating award in age discrimination case).

45. The scope and availability of the manifest disregard doctrine remain in some doubt. While the Supreme Court suggested at one time that the doctrine maybe did not exist at all, see [Hall Street], more recent cases suggest it might survive (or simply be a species of a broad reading of Section 10(a)(4) of the Federal Arbitration Act, see [Stolt-Nielsen].

Arbitration and federalism

The federal structure of the U.S. government presents another issue of conflict between arbitration and the U.S. Constitution. In a unitary political system, a single national lawmaker adopts a single law, regulating matters such as the enforceability of arbitration agreements, procedural matters in arbitration, and judicial review of arbitral awards. That single law governs through the judicial system in which the enforceability of the arbitration agreement will be challenged, judicial assistance in aid to arbitration or enforcement of an arbitral award will be sought.

The situation differs in the U.S. Multiple systems of law (federal and state) may regulate the foregoing topics (agreements, judicial assistance, and judicial review of awards). Although Congress has enacted the FAA, virtually all state legislatures have adopted some type of arbitration statutes, some even specialized acts for certain areas such as international arbitration. In such cases, questions as to which rules govern enforceability of arbitration agreements and arbitral awards, and as to the arbitration procedure, and enforcement of arbitral awards arise. This section will address such issues through the lens of the constitutional principle of federalism.

Federalism and the Enforcement of Arbitration Agreements

Section 2 of the FAA sets forth the standard (applicable to arbitration agreements not falling under the New York Convention and, possibly, the Panama Convention⁴⁶) that “[a] written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.”⁴⁷

Examined through the lens of federalism, this provision raises two questions. First, does this standard apply exclusively in federal courts? Second, what exactly does the statute mean by “such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract”?

The answer to first of these questions bears important consequences for federalism. On the one hand, extending Section 2’s standard to both federal and state courts reduces the risk of forum shopping.⁴⁸ Because in each case any court (at least in theory) would

46. Inter-American Convention on International Commercial Arbitration which was incorporated into US law through Sec. 301 to 307 of the FAA. It governs arbitration agreements if (1) the parties expressly agreed to it or if (2) most of the parties to the arbitration agreement are citizens of (a) state(s) that ratified or agreed to the Convention and are members of the Organization of American States.

47. 9 U.S.C. § 2.

48. The FAA’s preemption requirement of an interstate nexus to the contract might have provided an independent basis restraint on the exercise of federal power in this area. The U.S. Supreme

operate under the same standard, this uniform standard eliminates possibility to bring a suit (and challenge enforceability of the arbitration agreement) in the state court, which is hostile to arbitration. Equally true, a party willing to arbitrate instead of litigation, would not be able to enhance the enforceability of an arbitration agreement by seeking to remove or transfer the case to a court or a state that is more receptive to arbitration.

On the other hand, this approach comes at some cost to states' autonomy. The ubiquitous application of Section 2 standard effectively strips the states of some power to regulate arbitration agreements. One state may be interested to increase the use of arbitration to reduce litigation caseload, thereby, relieving its judiciary. Another state may want to limit the use of arbitration clauses to protect its residents against repeat players exploiting arbitration to extract a more favorable position in arbitral proceedings compared to litigation. A universal application of Section 2 inhibits the power of states in the arbitration-enhancing and arbitration-restricting directions. Hence, a well-balanced approach might reconcile uniformity and states' autonomy in regulating the use of arbitration agreements.

The applicability of the FAA in state court was first addressed in *Southland Corp. v. Keating*, almost sixty years after the FAA's enactment. *Southland* concerned several actions by convenience store franchises against a franchisor. The franchisees claimed under California common law and statutory law (California's Franchise Investment Law) and brought such actions in a California state court, notwithstanding arbitration clauses contained in each of the relevant franchise agreements. The franchisees challenged the enforceability of the relevant arbitration clauses on the ground that California franchise law declared void any provision of the contract that purports to waive compliance with any franchise law provisions. The outcome of the case turned on an issue of whether Section 2 of the FAA preempted California franchise law's anti-waiver provision. The California Supreme Court answered in negative.⁴⁹

The U.S. Supreme Court subsequently agreed with California's state supreme court and held that the FAA preempted California's law. In its decision, the Court determined that Section 2 does apply in state courts based on three main premises. First, the court relied on prior precedent – *Prima Paint* (applying Section 2 in a diversity case)⁵⁰ and *Moses Cone* (holding, albeit in dicta, that Section 2 created a body of substantive federal law applicable in both, federal and state courts).⁵¹ Second, the Court inferred from various snippets of the sparse legislative history surrounding the FAA's enactment an intent to apply the FAA in state court.⁵² Third, the Court argued that a federal policy favoring enforcement of ar-

Court, however, has chosen to stretch that nexus to the maximum extent permitted by the Constitution, thereby eroding the opportunity for advancing federalism-based values in this context. See *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001); *Allied-Bruce Terminix Cos., Inc. v. Dobson*, 513 U.S. 265, 271 (1995).

49. *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984).

50. *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 404-05 (1967).

51. *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983).

52. *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 12-13 (1984) ("Although the legislative history is not without ambiguities, there are strong indications that Congress had in mind something more than making arbitration agreements enforceable only in the federal courts.") quoting H. R.

bitration agreements exists, which would be frustrated if Section 2 did not apply in state courts, where the lion's share of civil litigation is filed.⁵³

Southland, thus, can be understood as a decision that elevates uniformity over federalism. By subjecting arbitration agreements to a uniform standard, it reduces the risk of forum shopping. It does so, however, at the expense of state prerogatives to enhance (or contract) the enforceability of arbitration agreements.

This anti-federalism approach has been partially counterbalanced by a more pro-federalist approach to the second question – what does Section 2 mean when it talks about “such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract?” Does it mean federal law or state law?

The Court in *Southland* clarified that federal law does not control the substantive standard (at least in domestic cases).⁵⁴ Subsequent jurisprudence of the Court developed an approach that arbitration agreements are subject to generally applicable state contract-law defenses.⁵⁵ They are not, however, subject to state standards, that that single-out or discriminate against arbitration agreements compared to other contracts.

Several post-*Southland* decisions characterize this approach. In *Perry v. Thomas*, the U.S. Supreme Court overruled a decision of the California Supreme Court, holding that Section 2 of the FAA preempted a provision of California Labor Law at issue, which stated that wage collection actions may be maintained, regardless of whether a private agreement to arbitrate exists.⁵⁶ The Court reasoned that because the congressional intent to enforce arbitration agreement falls within congressional commerce authority, California state law was preempted.⁵⁷ Likewise, in *Doctors Associates, Inc. v. Casarotto*, the Court held that the

Rep. No. 96, 68th Cong., 1st Sess. 1 (“The purpose of this bill is to make valid and enforceable agreements for arbitration contained in contracts involving *interstate commerce* or within the jurisdiction or admiralty, or which may be the subject of litigation in the Federal courts.”).

53. *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 14 (1984) (“To confine the scope of the Act to arbitrations sought to be enforced in federal courts would frustrate what we believe Congress intended to be a broad enactment appropriate in scope to meet the large problems Congress was addressing.”).

54. This principle at least holds true for domestic cases. By contrast, federal common law supplied the substantive standard with respect to the enforceability of international arbitration agreements falling under the New York or Panama Conventions.

55. See *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995) (“stating that courts generally ... should apply ordinary state-law principles that govern the formation of contracts”); *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. 52, 62-63 (1995) (applying state law rule requiring that the court should construe ambiguous language against the interest of the party that drafted it); *Volt Info. Sci., Inc. v. Bd. of Trustees*, 489 U.S. 468, 475-76 (1989).

56. *Perry v. Thomas*, 482 U.S. 483, 483 (1987).

57. *Id.* at 490 (“[b]y contrast, the present appeal addresses the pre-emptive effect of the Federal Arbitration Act, a statute that embodies Congress’ intent to provide for the enforcement of arbitration agreements within full reach of the Commerce Clause ... This clear federal policy places §2 of the Act in unmistakable conflict with California’s § 229 requirement that litigants be provided a judicial forum for resolving wage disputes. Therefore, under the Supremacy Clause, the state statute must give way.”).

FAA preempted Montana statute imposing special notice requirements on arbitration clauses in contracts.⁵⁸

The Supreme Court's decision in *AT&T Mobility v. Concepcion* tipped the scale back to uniformity.⁵⁹ That case involved a challenge to a judicially created rule of California law under which an arbitration clause coupled with a class action waiver was unconscionable. The majority held that Section 2 of the FAA preempted the California rule notwithstanding the fact that such rule was cloaked in the mantle of unconscionability, a state-law contract defense. In the Court's view, the California rule confronted the parties with an unreasonable choice – they could arbitrate only if they agreed to the possibility of class arbitration (a mechanism that the Court had highly criticized in a prior decision).⁶⁰ Viewed through the federalism lens, *Concepcion* can be understood as an opinion that fundamentally restructured the federal-state balance in the governance of arbitration agreements. Prior to *Concepcion*, state contract law was understood to provide a safe harbor for state regulation.⁶¹ As long as a state rule fit within one of the general doctrines, the federal rule did not intrude. After *Concepcion*, the harbor was no longer safe. The mere fact that the anti-arbitration rule falls within a generally applicable state contract doctrine supplies merely a necessary – but no longer a sufficient – condition for the rule to survive the preemption set out in Section 2.⁶²

Federalism and Arbitral Procedure

Arbitral procedures may implicate federalism issues as well. It is important, however, to define the contours of arbitral procedure first. This definition encompasses the nomination of arbitrators, the designation of the forum, discovery and evidence taking, and rendering the award. Although these matters are tightly regulated by the party chosen

58. *Doctors Associates Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681, 687 (1996).

59. *AT&T Mobility v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011); STIPANOWICH, T. J. The Third Arbitration Trilogy: Stolt-Nielsen, Rent-A-Center, *Concepcion* and the Future of American Arbitration. *American Law Review of International Arbitration*, New York, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1919936; SSRN, RUTLEDGE, P.B. Common Ground in the Arbitration Debate. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1392465; SMIT, H. *AT&T Mobility v. Concepcion*: Can Class Actions be Brought in Arbitration? *American Law Review of International Arbitration*, New York, v. 20, p. 469, 2009.

60. See *Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662 (2010).

61. A possible exception is the Supreme Court's decision in *Perry v. Thomas*, 482 U.S. 483 (1987). Building upon *Southland*, it could be understood to hold that state courts may not read statutes as embodying a “public policy” that, under the general public-policy defense to contract enforcement, may supply a basis for invalidating an arbitration clause.

62. See *Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown*, 565 U.S. 530 (2012); *Nitro-Lift Techs., L.L.C. v. Howard*, 568 U.S. 17 (2012); *DIRECTV, Inc. v. Imburgia*, 577 U.S. 47 (2015); *Kindred Nursing Centers Ltd. P'ship v. Clark*, 581 U.S. 246 (2017); *Virginia Uranium, Inc. v. Warren*, 139 S. Ct. 1894 (2019); *Lamps Plus, Inc. v. Varela*, 139 S. Ct. 1407 (2019); *Viking River Cruises, Inc. v. Moriana*, 142 S. Ct. 1906 (2022).

applicable arbitral rules and/or often left to the discretion of arbitrators, national arbitration law plays a subsidiary, often gap-filling, role. For example, while addressing issues of the appointment of arbitrators,⁶³ designation of the forum,⁶⁴ and subpoenas of witnesses,⁶⁵ the FAA remains silent on other matters.

This silence creates conditions for state law to regulate arbitral procedures. Such conditions may be inferred from the structural features of the FAA articulated in Justice O'Connor's dissent in *Southland*. More precisely, many sections of the FAA, except for Section 2, subject arbitral procedures to the U.S. District Courts.⁶⁶ It's implausible to think such language dictates the procedures observed in state courts too. It follows, that the FAA design leaves significant latitude for state law to govern arbitral proceedings, at least where the matter arises in state court.

Constraints on solving the above issue enhance state law to play an important role to govern arbitration procedures. The U.S. Supreme Court has repeatedly made clear that cases involving arbitration, whether concerning the enforceability of an arbitration agreement or a request for judicial assistance, do not arise under federal law merely because they might potentially implicate some provisions of the FAA.⁶⁷ Rather, for the case to wind up in federal court, there must be some other basis to establish subject matter jurisdiction. Such may be the cases arising under the New York or Panama Convention,⁶⁸ under the court's diversity or alienage jurisdiction,⁶⁹ or cases where arbitration involves the federal cause of action.⁷⁰ If an arbitration does not fall under these categories, proceedings related to

63. 9 U.S.C. §§ 5, 206 (2006).

64. 9 U.S.C. §§ 5, 206, 303 (2006).

65. 9 U.S.C. § 7 (2006).

66. For instance, Section 4 provides that "[a] party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States District Court". 9 U.S.C. § 2 (2006). Likewise, Section 7 of the FAA prescribes that "any [subpoenaed] person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court ... may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt". 9 U.S.C. § 7 (2006).

67. See *Vaden v. Discover Bank*, 556 U.S. 49, 59 (2009); *Hall Street Assocs., L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576, 582 (2008); *Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson*, 513 U.S. 265, 271-72 (1995); *Volt Info. Sci., Inc. v. Bd. of Trustees*, 489 U.S. 468, 476-77 (1989); *Moses H. Cone Mem. Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24-27 (1983).

68. 9 U.S.C. §§ 2-3 (2006).

69. See *Republic Fin. v. Cauthen*, 343 F. Supp.2d 529, 532 (N.D. Miss. 2004) (holding "[t]his action is based upon diversity jurisdiction and there is no argument that diversity and the requisite amount in controversy is lacking."); *Rio Grande Underwriters, Inc. v. Pitts Farms, Inc.*, 276 F.3d 683, 685 (5th Cir. 2001) (reasoning "[t]he FAA is not an independent source of jurisdiction. A party may obtain relief in federal court under the FAA only when the underlying civil action would otherwise be subject to the court's federal question or diversity jurisdiction."); *Jumara v. State Farms Ins. Co.*, 55 F.3d 873, 877 (3d Cir. 1995) (stating that "the Jumaras established the complete diversity required by § 1332(a)", the court compelled arbitration).

70. *Vaden v. Discover Bank*, 556 U.S. 49 (2009).

arbitration remain in state court. This residual jurisdiction incentivized states to develop a variety of procedural mechanisms in aid of arbitration such as asset freeze, discovery and subpoena authority, temporary injunctions, ability to appoint arbitrators, and issuance of protective orders.

As a result, some states grant parties to arbitration (agreements) more procedural rights than federal law. For example, under the Uniform Arbitration Act adopted by several states, arbitrators have the power to permit depositions of any witnesses unable to testify at the arbitration hearing to be taken.⁷¹ Another example is Colorado's arbitration legislation allowing arbitrators to issue provisional remedies such as interim orders "as the arbitrator finds necessary to protect the effectiveness of the arbitration proceeding and to promote the fair and expeditious resolution of the controversy."⁷²

Furthermore, in some cases, parties may rely on such mechanisms through parallel state proceedings even if they potentially have the option of bringing the action in federal court. Federal law does not explicitly authorize federal courts to issue asset freezes in support of arbitration, which is further limited by decisions of the Supreme Court.⁷³ State law began to fill that gap, for example, New York's asset freeze statute. In 1985, the New York legislature amended its law to authorize asset freezes. Courts construed the law narrowly to be limited to arbitration seated in New York. The New York legislature amended the statute in 2005 to apply to international arbitrations subject to the New York Convention irrespective of where the arbitration is seated.⁷⁴ Confirming this, New York's appellate courts (held that the rule applies even to arbitrations between two foreign parties). The availability of such remedies, and their compatibility with a significantly different federal regime, exemplify how U.S. arbitration law advances the values of federalism.

Federalism and the Enforcement of Arbitration Awards

The U.S. law governing the enforceability of arbitration awards displays a solicitude for federalism similar to arbitral procedure. In contrast to the rules governing arbitral procedures, the law on the enforcement of arbitration awards leaves space for states that adopt anti-arbitration positions. Similarly to the provisions on arbitral proceedings, Section 10 of the FAA explicitly names the jurisdiction of the U.S. district courts. Therefore,

71. See, e.g., A.R.S. § 12-507; MCA 27-5-215.

72. C.R.S. § 13-2-208.

73. See *Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc.*, 527 U.S. 308 (1999).

74. N.Y. C.P.L.R. §7502(c) (amending the statute to read in relevant part "[t]he supreme court ... may entertain an application for an order of attachment or for a preliminary injunction in connection with an arbitration that is pending or that is to be commenced inside or outside this state, whether or not it is subject to the United Nations convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards ..."); *Sojitz Corp. v. Prithvi Info. Solutions Ltd.*, (affirming the proposition that pre-attachment awards in international arbitration cases are proper).

this provision does not apply to state courts.⁷⁵ Adding to the limits of removing arbitration actions to federal courts, it allows state courts (and state legislatures) to play an important role in enforcement proceedings.

The critical difference between the rules governing award enforcement and arbitration procedure is the opportunity for state law to undermine arbitration. Unlike rules regarding the procedural stage of a case, anti-arbitration standards governing the enforceability of an award lead to more harmful results. In case a party does not like the procedural tools available in one state, it can seek to avail itself of procedural rights in another jurisdiction. By contrast, the losing party naturally has an incentive to seek vacatur of the award in the most arbitration-unfriendly forum possible. If state law supplies that forum, the losing party can exploit the rules of it through a prompt vacatur action. Restrictions may preclude the prevailing party in the arbitration from moving the case to federal court (insofar, as the federal standard might be more favorable). If a state court vacates the award, full faith and credit principles enhance the importance of a state standard. Vacatur of the award in a state court would be given preclusive effect in sister states and federal courts (subject to ordinary limits on a claim and issue preclusion).⁷⁶ Consequently, the law governing the enforcement of awards leaves greater room for state courts and state legislatures, to promote an agenda skeptical of arbitration, through the development of broad standards permitting vacatur of the award.⁷⁷

There are, however, two important exceptions, which allow federal interests to override competing state interests. First, parties can circumvent state courts (and legal regimes) unfavorable to arbitration by designating the forum in the arbitration agreement. Vacatur

75. Although the Court has not expressly ruled on the applicability of Section 10 to state courts, most courts have concluded that it does not apply, leaving only vacatur actions in state courts subject to state law. *See, e.g., Nafta Traders, Inc. v. Quinn*, 339 S.W.3d 84 (Tex. 2011); *Cable Connection, Inc. v. DIRECTV, Inc.*, 190 P.3d 586 (2008).

76. *See, e.g., Blumberg v. Berland*, 678 F.2d 1068 (C.A. Ga. 1982) (holding that New York Supreme Court's judgment to confirm arbitration award was res judicata and entitled to full faith and credit).

77. Although not central to the argument here, it is worth comparing the treatment of these principles in a system such as the United States with the treatment of similar principles on the international stage. Depending on the jurisdiction vacatur in the arbitral forum might not necessarily preclude the possibility to enforce an award elsewhere. *See TermoRio SA v. Electranta SA E.S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007); *Baker Marine Ltd. v. Chevron Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999); *Omnium De Traitement et de Valorisation S.A. v. Hilmarton Ltd.*, XXII Y.B. Comm. Arb. 696 (French Cour de cassation 1997); *Chromaloy Gas Turbine Corp. v. Arab Republic of Egypt*, 939 F.Supp. 907 (D.D.C. 1996); For the commentary on the subject *see* DRAHOZAL, C. R. Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach. *American Review of International Arbitration*, New York, v. 11, p. 451, 2000; PAULSSON, J. The case for disregarding LSAs (Local Standard Annulments) under the New York Convention. *American Review of International Arbitration*, New York, v. 7, p. 99-114, 1996; PAULSSON, J. Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin. *International and Comparative Law Quarterly*, London, v. 3, n. 2, p. 358-387, 1981 (stating that "a country might allow enforcement of an award even though it has been set aside in its country of origin.").

actions are only brought in the arbitral forum⁷⁸ with exception of rare cases when parties subject arbitration to a procedural law other than that of the arbitral forum.

Secondly, a different analysis applies in cases arising under the New York and Panama Conventions. Such actions are easier to remove, thereby reducing the opportunities for state courts (and thus state law) to influence vacatur proceedings. Moreover, these treaties set forth a common enforceability standard for all awards. Thus, even when the case remains in state court, opportunities for variation are diminished.⁷⁹ Furthermore, even where the enforcement standards do not specify the applicable law, the lower courts' construction of those standards stresses the relevance of federal policy in their enforcement.

Jury right

"In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right to jury trial shall be preserved."

Recourse to arbitration inherently implies a waiver of certain important procedural rights, which would otherwise be available in classic litigation. Among such rights is the right to a jury trial which is regarded as a business card of the litigation in the U.S. as well as an important constitutional guarantee. Meanwhile, as was stated above, arbitration is an expression of freedom of contract. This begs the question of limits of such freedom. More specifically, can such freedom override the constitutionally guaranteed right to a jury trial? If so, how and when may such freedom be affected by the parties? The answer to these questions is important as the stakes are high. Indeed, lack of a jury trial is a distinctive feature of arbitration that is valued by some business parties who are generally disadvantaged by jury trials.⁸⁰ The waiver of a jury right is thus a necessary sacrifice to preserve the main perks of arbitration – expertise, expeditiousness, and flexibility. On the other hand, the right to a jury is perceived as an important safeguard against procedural abuses of repeat players against weaker parties. Hence, the answer to the above questions turns on critical propositions. First, it depends on whether the jury right is alienable at all. One could easily imagine a world in which rights, particularly constitutional rights, are inalienable.⁸¹ Second, even if the right is alienable in some circumstances, the right

78. BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*, 3rd ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021. ISBN 9789403526430. Available at: [https://www.kluwerarbitration.com/book-toc?title=International%20Commercial%20Arbitration%20\(Third%20Edition\)](https://www.kluwerarbitration.com/book-toc?title=International%20Commercial%20Arbitration%20(Third%20Edition)), p. 2212-13 ("The national courts in the arbitral seat are usually competent (and exclusively competent) to entertain actions to annul or set aside an arbitral award.").

79. GRAVES, J. M. Arbitration as Contract: The Need for a Fully Developed and Comprehensive Set of Statutory Default Legal Rules. *William & Mary Business Law Review*, Williamsburg, v. 2, n. 2, p. 227-90, 2011.

80. BRUNET, E. Arbitration and Constitutional Rights. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 71, n. 1, p. 81-120 (1992).

81. FENNELL, L.A. Adjusting Alienability. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 122, n. 5, p. 1403-66, 2009; FARBER, D.A. Another View of the Quagmire: Unconstitutional Conditions and Contract Theory. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, v. 33, n. 3, p. 913-52, 2006 (discussing alienability of constitutional rights in exchange for government benefits);

needs to be alienable on a pre-dispute basis, which is to say that parties need not wait for an actual dispute to arise before they can effectively waive their right to a jury trial with respect to claims that fall within the ambit of the arbitration clause. Third, even assuming that parties can prospectively waive their constitutional right to a jury trial on a pre-dispute basis, the argument requires some account of whether the parties have in fact done so. This essentially is a question of contract interpretation: Does a general enforceable commitment to arbitrate effectively waive a constitutional right to a jury trial?

Many debates among scholars and in judicial decisions concern the third proposition. Most courts conclude that parties can waive the right to a jury, especially in the arbitration context (absent some showing that the particular pre-dispute written waiver suffers from some defect such as fraud or duress). But one can well imagine alternative approaches turning on the prior two propositions (whether an arbitration clause suffices to waive the jury right, or whether the jury right is waivable at all!). Perhaps that the arbitration clause should expressly make reference to the waiver of the contracting parties' jury rights in order to be effective as such waiver.

One may fairly assume that the relationship between structural issues, discussed in the first section, and the jury right issues makes the entire analysis of this section futile. Specifically, to the extent the structural analysis turns on considerations of waiver, the question arises whether the discussion of the jury not entirely derivative of that analysis? If we posit that the right to an Article III forum is waivable, and the jury right attaches only upon a determination that litigation should proceed, does it not follow then that the effective waiver of an Article III forum necessarily waives the Seventh Amendment right as well? This is more than a hypothetical concern, as several courts have rejected jury right claims on the ground that they were entirely derivative of the Article III claims (which the court had just rejected).⁸²

This doctrinal point (one might consider it an objection to the entire undertaking in this chapter) deserves to be taken seriously. Surely, there is some overlap - the Seventh Amendment right is the right to a jury in an Article III forum (recall this is one of the few rights that has not been affirmatively incorporated against the states). Yet the underlying considerations are not identical. For one thing, the separation-of-powers considerations drop out in the Seventh Amendment discussion - making the issue less one about the horizontal distribution of power.

For another thing, the answer turns critically on one's theory about the civil jury. One might imagine that the civil jury is essentially an individual right (its placement within the

SULLIVAN, K. M. *Unconstitutional Conditions*. Harvard Law Review, Cambridge, v. 102, n. 7, p. 1413-1506, 1989.

82. *Syncor v. Conseco*, 2001 WL 223243 at 3 (4th Cir. 2001); *Marsh v. First USA Bank, N.A.*, 103 F. Supp. 2d 909, 921 (N.D. Tex. 2000); *Bank One v. Coates*, 125 F. Supp. 2d 819, 824 (S.D. Miss. 2001); *Parsley v. Terminix Intern. Co., L.P.*, 1998 WL 1572764 (S.D. Ohio 1998); *Burlington Northern RR Co. v. Soo Line RR Co.*, 162 B.R. 207, 214 (D. Minn 1993); *National Iranian Oil Co. v. Ashland Oil*, 716 F. Supp. 268, 270 (S.D. Miss. 1989).

Bill of Rights supports this view as a structural matter).⁸³ Alternatively, one might imagine that the civil jury plays a more structural role - as a sort of mini-legislature or even a check on the other branches of government.⁸⁴ Under this view, the debate over the waivability of the jury right carries implications broader than matters of individual liberty. Rather, arbitration, as an effective waiver of the jury right, intrudes upon the third-party interests of those who would serve on juries and, on the societal interest in the healthy functioning of this institution as an instrument of democratic government (here, of course, it should be noted that, under this conception, criticism of the jury-limiting consequence is not limited to arbitration; a host of other instruments in our system of civil procedure, more notably summary judgment and directed verdicts, have a similar effect). The answer to this question informs the justification for an independent inquiry into the relationship between the Seventh Amendment and arbitration law.⁸⁵

Apart from the debate over the role of juries in our constitutional system, separate consideration of the jury right raises a final unique consideration, one that has received virtually no attention in the scholarship or scant case law considering the issue: Assessing the effectiveness of an arbitration clause in terms of the Seventh Amendment jury right provides an opportunity to create a federal standard on the enforceability of arbitration clauses.⁸⁶ Recall from the section on federalism that one unique feature of the analysis under Section 2 of the FAA is that (at least in the context of domestic/non-treaty arbitrations) state contract law, rather than federal law, governed the scope of contract defenses to the enforceability of the arbitration agreement (that is, whether there was a “ground at law or equity for the revocation of any contract”). Although this approach advanced important federalism values, it undermined uniformity in this area of law. The Seventh Amendment theory avoids this difficulty because the contours of the Seventh Amendment right (including the opportunities for waiver) unquestionably present a federal issue. This creates an opportunity for federal courts to articulate a standard for evaluating the enforceability

83. This stands in contrast to the right to a criminal jury which, curiously, appears twice in the Constitution – in Article III and again in the 6th Amendment. For an attempt to synthesize the theory underpinning the jury in the two contexts, see MURPHY, C. P. Integrating the Constitutional Authority of Civil and Criminal Juries. *George Washington Law Review*, Washington, v. 61, n. 3, p. 723-805, 1993.

84. Juries can serve this checking function through their power to determine the verdict without needing to account precisely for the legal analysis leading them to that result.

85. For classic historical examination of the jury right, see HENDERSON, E.G. The Background of the Seventh Amendment. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 80, n. 2, p. 289-337, 1966; WOLFRAM, C. W. The Constitutional History of the Seventh Amendment. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 57, n. 4, p. 639-748, 1973.

86. One decision has drawn these linkages. In *Walker*, the court confronted a plaintiff’s claim that an arbitration clause violated his federal constitutional right to a civil jury. The court held that federal law governed the question of the jury waiver; it cited the Sixth Circuit’s strict standard for the effectiveness of waivers of constitutional/jury rights. See *Walker v. Ryan’s Family Steak Houses, Inc.*, 289 F. Supp. 2d 916, 936 (M.D. Tenn. 2013); *Morrison v. Circuit City Stores, Inc.*, 317 F.3d 646, 668-69 (6th Cir. 2003).

of an arbitration clause without having to look to the eccentricities of the law of the state in which the court happens to sit.

In sum, there are legitimate reasons for analyzing the relationship between arbitration and the jury right as an independent intellectual theme, separate and apart from the structural issues examined in previous sections. With these preliminaries out of the way, we can turn to the tripartite analysis introduced earlier in this section - namely (1) should the jury right be alienable at all; (2) if so, should it be waivable on a pre-dispute basis, and (3) if so, does a general agreement to arbitrate represent an effective waiver?

Alienability of the Jury Right

Should the jury right be alienable at all? If the answer is no, then the implications for arbitration (at least in jurisdictions such as the United States where most civil disputes give rise to a jury right) are fatal. Yet in most respects, the trend in constitutional jurisprudence is to recognize the possibility of waiver. Criminal defendants routinely waive their pre-trial and trial rights such as the right to the presence of counsel during a post-indictment lineup or interrogation. At least in the criminal context, any such waiver must be knowing, voluntary, and intelligent.⁸⁷ Whether that same standard applies with respect to rights in civil proceedings is less clear, a topic that I have explored elsewhere. What is clear is that parties in noncriminal matters likewise can waive their rights. The right to a jury trial has never been construed as extending to all cases litigated in the United States.⁸⁸ Indeed, with respect to the jury right, the civil procedure scholar Fleming James could confidently declare nearly a half-century ago that the jury right “has been uniformly construed as a right which may be waived by the parties.”⁸⁹

Given the universal acceptance of the possibility that the jury right can be waived, one might reasonably ask why it even becomes necessary to contemplate its inalienability. The short answer is that alienation of a constitutional right, even if allowed, is not costless. Recognition of these costs influences the view about how easy it should be to effect the waiver. Considering the possibility of inalienability enables us, thereby, to focus on the costs of alienation, which helps us consider the waiver discussion later in this section.

To begin to focus on the costs of alienation, consider the example of the ultimate inalienable right, the right to be free from involuntary servitude. Even if one entered such a contract freely, of his or her own will and with the procedural protections one could imagine, anyone would be hard-pressed to accept the idea that an individual can voluntarily enter a condition of servitude.

This is so for several reasons. For one thing, we might have serious doubts about the voluntariness of this decision. Who in their right mind would not only agree to work

87. *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 468 (1938).

88. STANFORD, M.J. Odd Man out: A Comparative Critique of the Federal Arbitration Act's Article III Shortcomings. *California Law Review*, Berkeley, v. 105, n. 3, p. 929-984, 2017.

89. FLEMMING, J. Right to a Jury Trial in Civil Actions. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 72, n. 4, p. 655-93, 1963.

for nothing, but actually accede themselves as property to another human being? Apart from the damage to the person, of course, society suffers as well in various ways. The mere acceptance of servitude legitimates a process that society has condemned (and thereby offends that society's norms).

Seen in the light of social norms, the jury right nevertheless plays a significant role in the U.S. society. This certainly was true at the time of the founding.⁹⁰ Even in the twentieth century, scholars and judges have stressed the instrumental and democratic values of the jury. For example, in one famous case, the Supreme Court observed that "The trial by jury is justly dear to the American people. It has always been an object of deep interest and solicitude, and every encroachment upon it has been watched with great jealousy."⁹¹

Consequently, alienation of the jury right entails costs - both to the party alienating the right and to society as a whole. When one waives the jury right, we might worry about whether that decision was truly voluntary (who would give up the right to be judged by his or her peers). We also might worry about the costs borne by third parties. Here, however, the cost entails a reduction in the opportunity for democratic deliberation entailed by the jury right. In other words, a waiver of the jury rights affects those who otherwise would have the opportunity to serve on his or her case and, thereby, in some small way shape the process whereby disputes in our society are resolved (and law is formed).

Thus, we can understand the inalienability argument along the following lines. Rights should be inalienable when the costs of alienation (whether to the individual, to society, or both) are too great. By referring to costs, I do not mean costs in strictly economic terms. The damage to democratic deliberation and other values that are either unmeasurable or incommensurable might justify a strong form argument against alienability, as the argument against slavery demonstrates. Conversely, though, when the costs are not so great, then the argument against inalienability weakens, and the possibility of alienation can be more easily imagined.

At this point in the analysis, it is worth pausing to consider an irony in any argument against alienation. One might reasonably argue that the concept of an inalienable right is an oxymoron (with apologies to the drafters of the Declaration of Independence).⁹² A right is an individual entitlement, a bulwark that protects the individual from intrusion by the state. To alienate that right, far from imposing costs (at least on the individual), is its ultimate manifestation. One has freely chosen to forego an entitlement as to which one holds the absolute discretion about its disposition.

90. HAMILTON, A. The Judiciary Continued in Relation to Trial by Jury. *The Federalist*, New York, v. 83, 1788 ("The friends and adversaries of the plan of the convention, if they agree in nothing else, concur at least in the value they set upon the trial by jury; or if there is any difference between them it consists in this: the former regard it as a valuable safeguard to liberty; the latter represent it as the very palladium of free government.").

91. *Chauffeurs, Teamsters & Helpers Local No. 391 v. Terry*, 494 U.S. 558, 581 (1990) (quoting *Parsons v. Bedford*, 28 U.S. (3 Pet.) 433, 446 (1830)).

92. "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness." The Declaration of Independence para. 2 (U.S. 1776).

Consider, for example, the right to vote. All citizens over eighteen and not laboring under a felony conviction (in most states) enjoy that right.⁹³ But many do not exercise it (especially in elections that do not involve the selection of the U.S. president).⁹⁴ Do we conceive of this “inaction” as a social wrong? If so, then perhaps we should, as some countries have done, require citizens to exercise their right to vote upon penalty of some fine or other legal consequence.⁹⁵ But if that proposal strikes us as anathema (how can someone be forced to exercise a right?), then waiver (at least in some contexts) is something to be celebrated, not abhorred.

The key phrase, then, is “in some contexts.” Several considerations might inform our answer to what “these contexts” are. One key consideration would be the duration of the alienation. For example, a firefighter who agrees to a single drug test is waiving “fewer” rights than one who agrees to stand drug tests over the course of his or her career. A second consideration might be the nature of the right waived (one that entails relatively few third-party costs versus one that entails many). A third consideration would be the quality of information that the individual has before the waiver becomes effective (thus waivers of the right to a criminal jury without the opportunity to consult with counsel are more suspect than counseled waivers). A final consideration might be the revocability of the waiver (thus, someone who renounces his citizenship may not easily undo that decision, as opposed to someone who declines to vote in one election but chooses to do so in the next one).

Applied to waivers of the jury right, the foregoing considerations cut in different directions. Jury waivers, once made, are hard to revoke. At the same time, they only affect a single case (or in case of a contractual jury waiver, a set of disputes). Whether the waiver is informed will, of course, be a fact-specific inquiry. And the social values at stake depend critically on one’s conception of the purposes of the jury right.

Resolving this issue this depends critically on the conception of the jury. If we accept the idea that the jury is a liberty designed to protect the individual, then the arguments about the social value of the jury (and the relative need to police alienability) are weaker. On the other hand, if we view the jury as a structural feature of our society (a bulwark against tyranny, if you will), then the argument for alienability becomes harder to make.⁹⁶

93. U.S. Const. Art. I, § 2; U.S. Const. Amend. XV, XIX, XXVI; The Voting Rights Act of 1965, 42 U.S.C. §§ 1973-73bb-1 (2008); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974).

94. U.S. House of Representatives, Office of the Clerk, Statistics of the Presidential and Congressional Election (“The percentage of the voting age population participating in the selection of the U.S. president was 57.1% in 2008 and 55.7% in 2004. However, the percentage of the voting age population for an election of only U.S. Representatives was 37% in 2010 and 36.1% in 2006.”).

95. See, e.g., HILL, L. Compulsory Voting in Australia: A Basis for a ‘Best Practice’ Regime. *Federal Law Review*, Canberra, v. 32, n. 3, p. 479-98, 2004 (“Australia and Belgium both impose compulsory voting with penalties of small financial amounts, one to three francs in Belgium and twenty to one-hundred dollars in Australia.”). The Case for Compulsory Voting in the United States. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 121, n. 2, p. 591-612, 2007.

96. Justice Nelson makes this argument in his concurring opinion in *Kloss v. Edward D. Jones Co.*, 54 P.3d 1 (Mont.2002). He then wakens the force of this argument by conceding that the parties

So far, we have analyzed the alienation question at a unidimensional level - focusing principally on the Seventh Amendment's jury guarantee. Federalism principles complicate matters.⁹⁷ Although the Seventh Amendment remains one of the few guarantees of the Bill of Rights not incorporated against the states,⁹⁸ state constitutions contain their own jury guarantees. Even if the federal constitutional right is alienable, the state right might not be. Periodically, state courts have made broad pronouncements declaring the jury guarantees in their state constitutions to be unwaivable, and a few have invalidated arbitral schemes (though these tend to be mandatory court-ordered schemes as opposed to the contractual ones examined here).⁹⁹ So how does one think about the alienability question in the context of a two-tier system of government?

FAA preemption might create an escape hatch from this dilemma. By virtue of the Supremacy Clause, the federal standard will almost always prevail over the state standard, even when that state standard is grounded in the state's constitution. Thus, to the extent a state constitutional jury guarantee impedes enforcement of the arbitration agreement, Section 2 and *Southland* would dictate that the state guarantee cannot stand, even in state court.¹⁰⁰

Or do they? That depends critically on whether the state jury right is considered a "generally applicable contract defense" (allowed under Section 2 of the FAA to be used to invalidate an arbitration agreement) or, instead, a doctrine that singles out/discriminates against arbitration agreements. One could plausibly argue that state constitutional guarantees of jury rights do not discriminate against arbitration but equally apply absent the arbitration clause. Put another way, assume that, instead of agreeing to arbitration, the dispute resolution clause simply contains a bilateral waiver of both parties' jury right (thus

of equal bargaining power should be able to waive the jury right. This proposition stands in some tension with his spirited defense of the jury right. If the jury right is so important, then there may be a good reason not to allow its alienability regardless of the sophistication of the parties or their relative bargaining positions. Moreover, it is far from clear whether the key criterion should be equal sophistication as opposed to a minimum threshold of sophistication. One could have sophisticated parties that have unequal bargaining positions (a Harvard-educated investor and a bank with a lot more resources), or one might have two unsophisticated parties with equal bargaining positions (two local joes who sign arbitration agreement because they have heard something about arbitration).

97. STERNLIGHT, J.R. The Rise and Spread of Mandatory Arbitration as a Substitute for the Jury Trial. *University of San Francisco Law Review*, San Francisco, v. 38, n. 1, p. 17-38, 2003.

98. *Minneapolis & St. Louis R.R. v. Bombolis*, 241 U.S. 211, 217 (1916).

99. For example, in *Lisanti v. Alamo Title Ins. Of Texas*, 55 P.3d 962 (N.M. 2002), the New Mexico Supreme Court struck down arbitration mandated by state statutory scheme as violative of jury right. That case involved a statutorily imposed arbitral scheme. Moreover, the court had not agreed to review any question of FAA preemption. In *Bank S., N.A. v. Howard*, 444 S.E.2d 799 (Ga. 1994), the Georgia Supreme Court invalidated all prospective waivers of jury right. Yet, curiously, it did not doubt the enforceability of arbitration agreements even though such agreements unquestionably had precisely the same effect.

100. See, e.g., *Bradley v. Harris Research, Inc.*, 275 F.3d 884, 890 (9th Cir. 2001) (holding that FAA-preempted state law prohibited venue shift in cases in cases even though law did not mention arbitration specifically).

envisioning a bench trial in state court). As a matter of state constitutional law, such an alienation of the parties' jury right might be equally unenforceable even in the non-arbitral context. Consequently, the FAA does not preempt generally applicable state constitutional guarantees that, as a matter of state law, are not alienable. Several courts and scholars have endorsed this argument.¹⁰¹

The problem with this argument, as Steve Ware observed, is that it cannot be reconciled with Section 2 of the FAA. Section 2 preserves only grounds at law or in equity for the revocation of "any" contract. The critical term here is "any." State constitutional requirements involving the alienability of the jury right are not blatant anti-arbitration rules insofar as they do not single out arbitration agreements. Rather, in Ware's terms, these grounds apply only to some contracts, namely only those containing arbitration clauses and contracts containing jury waivers.¹⁰² Consequently, these are not grounds for the revocation of "any" contract and, therefore, do not survive Section 2 analysis. To survive Section 2 analysis, it is not sufficient that the defense only applies to a category of contracts; instead, it must be something akin to universality.¹⁰³ Recent Supreme Court jurisprudence *Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown* and *Viking River Cruises, Inc. v. Moriana* continue to beg this question.

To summarize, this section has sought to evaluate the contours of any argument that the jury right is inalienable. Although virtually all courts and commentators have accepted the possibility of alienability at least in some circumstances, the exercise has proven useful by bringing into relief the fundamental values underpinning the jury right and, consequently, the costs of alienation. Our view turns critically on the extent to which we conceptualize the jury guarantee as simply an individual right or, instead, a more structural feature of democratic government one that enables deliberative democracy and stands between the state and an individual before property or assets can be forcibly repossessed. Moreover, as in other contexts, the federalist feature of our system of government complicates the analysis by introducing the possibility that state values may re-enforce the jury right. All of these considerations, therefore, serve as a backdrop to the real battleground -the circumstances under which waiver is possible. The next sub-section begins to tackle that issue.

Effectiveness of Pre-dispute Waiver

If we accept the premise that the jury right can at least under some conditions be alienated, the focus then turns to identifying those conditions. The most cautious position would be one under which the jury right cannot be waived prior to an actual dispute arising (so-called "no pre-dispute waiver" position.). This is effectively the approach taken by many

101. *Kloss v. Edward D. Jones & Co.*, 54 P.3d 1 (Mont. 2002); STERNLIGHT *supra* note 100, at 17, 37; SCHWARTZ, D. S. State Judges as Guardians of Federalism: Resisting the Federal Arbitration Act's Encroachment on State Law. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 16, p. 129-62, 2004.

102. WARE, S.J. Contractual Arbitration, Mandatory Arbitration, and State Constitutional Jury-Trial Rights. *University of San Francisco Law Review*, San Francisco, v. 38, n. 1, p. 39-48, 2003.

103. *Id.*

European countries that preclude the enforcement of pre-dispute arbitration (and forum selection) clauses in consumer and employment contracts.¹⁰⁴ It is also the approach taken in the United States with respect to certain niche industries (such as contracts between automobile manufacturers and dealers, credit card contracts with military service personnel, poultry wholesale agreements, and certain residential real estate loan contracts).¹⁰⁵

This view of the waiver question exemplifies a classic case of decision making in the face of incomplete information. The argument against pre-dispute waiver rests on the assumption that until parties know the complete contours of a dispute, they lack the necessary information to make a fully informed choice about whether to exercise or waive their right to a jury trial. Pre-dispute arbitration clauses force parties to make a decision about that important right before they have full (or at least adequate) information about the nature of their dispute. Consequently, the argument goes, such clauses should be per se unenforceable. Parties remain free, however, to waive their right to a jury trial after a dispute has arisen, just as they may do so even in the absence of an arbitration clause.

Although this argument has a certain surface appeal, it has received little support from the courts. Generally, courts easily conclude that a jury right can be waived on a pre-dispute basis. Unfortunately, most decisions offer little in the way of analysis to support this conclusion, so it is worth elaborating on the precise theoretical argument behind this judicial rejection of the “no pre-dispute waiver” position.¹⁰⁶

For one thing, the objection ignores the fact that, as a society, we enforce decision making in the face of incomplete information all the time. For example, in employment contexts, employees may be required to make decisions about benefits choices such as insurance or pension plans without fully knowing their future health or retirement needs. Similarly, in the consumer context, consumers can enter into enforceable future commitments in the face of incomplete information. For example, when one rents a car, he or she

104. Zivilprozessordnung [ZPO] German Code of Civil Procedure, §§ 617-18 CCP, english version available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html; European Union Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, Council Directive 93/13/EEC, 1993 O.J. (L. 095) 29; DRAHOZAL, C. R.; FRIEL, R. J. Consumer Arbitration in the European Union and the United States. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, Chapel Hill, v. 28, p. 357, 2002; HOWARD, W. M. Arbitrating Employment Discrimination Claims: Do You Really Have to? Do You Really Want to? *Drake Law Review*, Des Moines, v. 43, n. 2, p. 255-290, 1994.

105. *CompuCredit Corp. v. Greenwood*, 565 U.S. 95, 103-04 (2012) (recognizing the restriction for arbitration in: 7 U.S.C. § 26(n)(2) (2006 for commodity whistleblowers; 15 U.S.C. § 1226(a) (2) (2006) for automobile manufacturers and dealers; and 12 U.S.C. § 5518(b) (2010) for providing authority to the newly created Consumer Financial Protection Bureau to regulate pre-dispute arbitration agreements).

106. *Geldermann v. Commodity Futures Trading Comm'n.*, 836 F.2d 310 (7th Cir. 1987) (concluding that commodities brokerage waived jury right by opting into licensing scheme that entailed arbitration); *Bank One N.A. v. Coates*, 125 F. Supp. 2d 819 (S.D. Miss. 2001); *Marsh v. First USA Bank, N.A.*, 103 F. Supp. 2d 909, 921 (N.D. Tex. 2003) (concluding that agreement to arbitrate waived jury right); *Cremin v. Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith, Inc.*, 957 F. Supp. 1460, 1461 (N.D. Ill. 1997).

must decide whether to purchase the “prepaid fuel” option or to fill the tank themselves before returning the rental car even though they may not know, *ex ante*, how far they plan to travel or how easy it will be to fill the tank during the journey. Of course, these (and many other) examples may be distinguished on the grounds that, compared to the jury right, the individual interests at stake are far lower. But this is not the only flaw with the “no pre-dispute waiver” position.

Even assuming one can distinguish waivers of the jury right from waivers of other rights in the face of incomplete information, problems remain. In some cases, the problems are simple line-drawing ones how do we decide whether a dispute has begun? In other cases, the problems are informational ones - begging the question of whether a particular definition of the dispute actually solves the underlying informational deficit. Yet in other cases, the proposed definition of the commencement of the dispute can undermine the very viability of arbitration.

To begin to flesh this out, consider three possible standards for definition of when the dispute begins:

- When all of the elements of the first claim have ripened?
- After the litigants have had an opportunity to consult with counsel?
- Only after a complaint has been filed?
- Now consider the consequences of these possible standards:
- *When all of the elements of the first claim have ripened?* If that is the standard, the line is incredibly hazy (making it difficult for parties who want to arbitrate to know when precisely they can make a proposal that, if accepted, would be enforceable). That standard also does little to overcome the informational deficit because, even once those elements have ripened, the individual may not even realize that he or she has claim and may not know the contours of his or her rights.
- *After the litigants have had an opportunity to consult with counsel?* This overcomes some of the informational deficits presented by the preceding definition (assuming, of course, a minimally competent counsel). Of course, informational gaps may remain, which can only be filled in during the litigation once discovery has occurred. This definition retains, however, the blurriness because the parties may not know when precisely each other has consulted with counsel. Finally, we must acknowledge that this definition introduces a new cost into the equation, namely that the introduction of counsel may interject principal-agent problems where the agent (i.e., the party’s attorney) may have a self-interest in pushing his or her client to a dispute resolution form (litigation) that enhances the payoff for the lawyer (through higher fees generated through litigation) even if that form, seen from the client’s perspective, may be suboptimal.
- *Only after a complaint has been filed?* Unlike the prior two options, this approach does not suffer from a lack of clarity (except for the extreme hypotheticals about

whether a suit has been properly commenced, matters that typically occupy obscure annals of civil procedure jurisprudence and the creative veins of a law professor's mind). Relative to the initial point when a party has had the opportunity to consult with counsel, the informational deficit may have shrunk further (as the party and his or her counsel do the vetting necessary to test a case). Although relatively clear, however, this approach may well reduce the possibility of arbitration altogether. This may occur for one of two reasons.¹⁰⁷ It may occur because, by the time litigation has commenced, the parties have dug into their positions and, therefore, may be unwilling to agree upon anything (seeing a proposal for arbitration as an attempt by one party to secure some procedural advantage). It may also occur because, ironically, the parties have too much information about their dispute and, therefore, the reduction in their ignorance gives them relatively less reason to bargain.

In other words, of the several possible standards, several involve line-drawing problems. To the extent the line-drawing problems can be overcome, informational deficits may remain. Even when those are overcome, several of these proposals entail independent costs that may affirmatively undermine the efficacy of arbitration. In light of its complications, it is unsurprising that this position has attracted little support except with respect to special-interest legislation. A closer examination of that legislation demonstrates the perils of its underlying logic. As noted above, in a few specialized areas, Congress has taken the exceptional step of declaring pre-dispute arbitration agreements unenforceable. The model for this legislation was a 2002 act that prohibited such agreements in contracts between automobile manufacturers and automobile dealers. The bill passed with much fanfare as an essential protection for the party in the inferior bargaining position (i.e., the automobile dealer). Yet a few years after its passage, the act was used in an unusual situation - namely by an automobile manufacturer who sought to block an arbitration agreement that a dealer tried to enforce.¹⁰⁸ In other words, notwithstanding the dealer's alleged insufficient sophistication to enter into an agreement on a pre-dispute basis, the dealer eventually wanted to enforce the agreement once the dispute arose, only to be thwarted by the manufacturer. As this example demonstrates, it is difficult to anticipate, *ex ante*, the informational deficits of contracting parties and regulate the dispute resolution market in a way that is designed to help overcome those deficits.

To summarize, even if assuming that the jury right is in some instances waivable, it is difficult to defend a position under which pre-dispute waivers are unenforceable. As a theoretical matter, that position is difficult to square with the general tolerance of such decisions, presents line-drawing problems, does not address informational deficits (or

107. RUTLEDGE, P.B. Whither Arbitration? *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Washington, v. 6, n. 2, p. 549-90, 2008; SCHMITZ, A. J. Nonconsensual + Nonbinding = Nonsensical? Reconsidering Court-Connected Arbitration Programs. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, New York, v. 10, n. 2, p. 587-626, 2009; BLAND, P.; PRESTEL, C. Challenging Class Action Bans in Mandatory Arbitration Clauses. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, New York, v. 10, n. 2, p. 369-94, 2009.

108. *Volkswagen of America, Inc. v. Sud's of Peoria, Inc.*, 474 F.3d 966, 969 (2007).

disparities), and ultimately undermines the efficacy of arbitration. As a practical matter, the limited legislative and judicial experience with this approach demonstrates the unforeseen consequences and flimsy analytical justification for the view. It is therefore unsurprising that the most serious debates have turned not on the categorical possibility (or impossibility) of pre-dispute waiver but, instead, on the conditions under which such waiver can be effective. The third and final subsection turns to that issue.

Quality of Waiver – General Language versus Specific Language

The foregoing subsections have shown how the analysis of the jury question cannot easily be disposed of, either at the level of absolute principle (i.e., the inalienability of the jury right) or by means of a categorical rule that precludes all pre-dispute waivers of jury rights. Rather, the analysis at bottom must turn upon an assessment of the quality of the waiver.¹⁰⁹

To sharpen our thinking on this point, consider two variations of an arbitration agreement:

Variation 1: The dispute resolution clause into which the parties enter simply provides that “all disputes arising under this agreement shall be resolved exclusively by arbitration.”

Variation 2: In addition to the foregoing language set forth in Variation 1, the dispute resolution clause also provides that: “THE PARTIES VOLUNTARILY AND KNOWINGLY WAIVE ANY RIGHTS THEY HAVE TO A JURY TRIAL, EITHER PURSUANT TO ARBITRATION UNDER THIS CLAUSE OR PURSUANT TO A COURT ACTION BY EITHER OF THE PARTIES.”¹¹⁰

Intuitively, one might believe that the two fact patterns present an important difference. While the first example simply makes a generic reference to arbitration without any mention of the jury right, the second example expressly informs the parties at the time of contracting that one consequence of arbitration is the surrender of any otherwise available jury right. The juxtaposition of this information in all capital letters, next to an arbitration clause with normal capitalization, also enhances the likelihood that these implications will be drawn to the reader’s attention at the time of contracting.

109. For commentary arguing that arbitration violates the Seventh Amendment, see, e.g., STERNLIGHT, J.; STERNLIGHT, J., Mandatory binding arbitration and the Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, v. 16, n. 3, p. 669-734, 2001 (arguing that arbitration clauses should be subject to a “knowing, voluntary and intelligent” standard that typically governs waiver of constitutional rights in criminal proceedings); For commentary rejecting the Seventh Amendment attack, see, e.g., WARE, S.J. Contractual Arbitration, Mandatory Arbitration, and State Constitutional Jury-Trial Rights. *University of San Francisco Law Review*, San Francisco, v. 38, n. 1, p. 39-48, 2003; WARE, S. J., Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights, *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 67, n. 1, 2, p. 167-206, 2004.

110. See, e.g., 9 C.F.R. § 201.218 (requiring similar language under federal agriculture law in certain poultry contracts).

Several premises are embedded in this intuition. One premise would appear to be that parties actually read the language of contracts before those contracts become effective (either by signature or conduct). Some empirical research suggests that parties (particularly commercially unsophisticated ones) do not read agreements before entering them.¹¹¹ To the extent that empirical assessment is valid, so the argument goes, the two variations actually present no meaningful differences in terms of the quality of the waiver.

Although that premise might be sufficient to support a distinction between the two variations, it is not necessary. Alternatively, one could draw on a normative principle to support a distinction between the two cases. Under the normative principle, even if parties do not in fact read contract terms in detail before entering into the agreement, the law will presume that they do so.¹¹² Such a presumption is necessary for several reasons. For one thing, if the law were otherwise, problems of proof would abound. Proof that a party actually read a contested contractual term would likely boil down to the party's own testimony, and in the case of a dispute, the party contesting the arbitration clause has a natural incentive to claim that he or she did not read the agreement. For another thing, the presumption is necessary in order to facilitate contractual relations. Parties offering goods or services could not have the confidence that they will receive the benefit of their bargain if the written words to which those bargains are reduced lack enforceable effect simply because one cannot prove that the other party read the document. The result would be a remarkable chilling effect on contractual relations, to the general detriment of society.

Even assuming the correctness of this normative proposition, the intuition that the two variations present materially different circumstances turns on a second premise, namely that whatever standard we apply to the effective waivers of the jury right, written words will suffice to satisfy that standard. One could imagine a view under which no written submissions whatsoever suffice to waive the jury right, instead requiring some additional forms of procedural safeguards beyond objective manifestations of assent to written words.

Criminal trials provide a useful analogy here. For example, certain criminal procedural rights, such as the right to presence of counsel at trial, can only be effectively waived upon a colloquy with the judge in open court.¹¹³ By contrast, other rights, such as certain Fourth

111. HORTON, D. The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 57, n. 3, p. 605-68, 2010 ("[S]tudies reveal that a maximum of about five product characteristics will be 'salient' to any given consumer"); STERNLIGHT, J. R. Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just? *Stanford Law Review*, Stanford, v. 57, n. 5, p. 1631-76, 2004.

112. *Upton v. Tribilcock*, 91 U.S. 45, 50 (1875) ("A contractor must stand by the words of his contract; and, if he will not read what he signs, he alone is responsible for his omission"); BEN-SHAHAR, O. The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law. *European Review of Contract Law*, Berlin, v. 5, n. 1, p. 1-28, 2009 (explaining the general duty to read a contract as people are presumed to have read them); WILLISTON, S. A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACT §1577 (rev. ed. 1937) (citing the presumption of knowing the terms of a contract).

113. *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948) (requiring the trial court undertake a "thorough inquiry" to ensure the accused has made an informed decision); *Iowa v. Tovar*, 541 U.S. 77, 81 (2004) ("The constitutional requirement is satisfied when the trial court informs the accused

Amendment rights or the rights to Miranda warnings prior to any custodial interrogation, can be effectively waived through acts of assent to written terms.¹¹⁴ Against this backdrop, the question in this context then becomes: Why should waivers of jury rights in this context be susceptible to effective waiver in written form (such as the pretrial criminal rights) and not be susceptible to waiver only in open court (such as the criminal trial rights)?

To explore this analogy further, it is helpful to imagine how one would transpose the “criminal model” into this context. That is to say, assuming that written words, standing alone, do not affect a pre-dispute waiver of a jury right, what additional procedural protections might be required? Several come to mind:

- *A cooling-off period*: This protection, which finds support in European consumer protection law, would afford the party waiving its jury right the opportunity to reexamine the decision for a period of time after affixing her signature to the waiver. The underlying rationale is that the cooling-off period allows the party an opportunity to examine the implications of her decision without the pressure or stress of the moment of executing the agreement. The problem of course, with the cooling-off period is that its efficacy turns on a psychological assumption, namely a belief that the person entering into the contract will in fact use the cooling-off period for the purpose for which it was intended. This is particularly problematic in situations such as pre-dispute arbitration agreements (as opposed to consumer purchases) where the prospect of a dispute (as opposed to the prospect of a using a new consumer gadget) may not be salient on the individual’s mind (especially so when no dispute arises during the cooling-off period).
- *Witnesses*: Various contracts employ the use of witnesses in order to ensure the accuracy of the contractual undertaking and, in some cases, to ensure the full capacity of the person entering into the commitment. Applying that safeguard in this context, however, raises various problems. For one thing, it simply transposes the problem of the irrational contracting party to the witness himself. Why should we assume that the witness is any more capable than the contracting party of appreciating the impact of the undertaking (particularly where the witness, unlike the contracting party) has no stake in the outcome? For another thing, it adds a transaction cost to the undertaking (locating the witness, ensuring his presence and capacity to be a witness, etc.), which increases the overall price of the transaction. That may be a

of the nature of the charges against him, of his right to be counseled regarding his plea and the range of allowable punishments attendant upon the entry of a guilty plea.”) Although it seems it is generally true that one must waive the right in open court in order to allow the trial court to give the requisite advice, this position is tenuous. See 3 Criminal Procedure § 11.3(a) & (b) (3d ed.).

114. *North Carolina v. Butler*, 441 U.S. 369, 373 (1979) (“An express written or oral statement of waiver in the right to remain silent or of the right to counsel is usually strong proof if the validity of that waiver, but is not inevitably either necessary or sufficient to establish waiver. The question is not one of form, but rather whether the defendant in act knowingly and voluntarily waived the rights delineated in the *Miranda* case.”).

transaction cost worth undertaking (particularly if the aggregate improvements in contracting exceed the aggregate cost increases), but one should nonetheless not be oblivious to those costs.

- *Attorneys*: Various legal acts, whether involving waivers of rights or otherwise, require attorneys. The role of the attorney may vary. Under one approach, the party must have an opportunity to consult with an attorney before a waiver can be effective.¹¹⁵ Under another approach, the waiver must occur in the presence of an attorney. Under yet a third approach, the attorney may serve a function not unlike a witness, affirming through the affixation of her signature the capacity of the individual effecting the waiver. Transposed to the context of civil jury waivers in arbitration agreements, each of these approaches can address some of the perceived shortcomings in relying on written words as a manifestation of a party's informed desire to waive his jury right.¹¹⁶ Yet these approaches also replicate some of the problems precipitated by a witness requirement. They resurrect the agency problem - although admittedly, in contrast to the witness, the attorney may actually have better information and have a more direct interest in ensuring an accurate waiver. They also clearly enhance the transaction costs as no attorney will do this out of his or her own sense of goodwill. And, borrowing on a theme developed in the preceding section, they introduce principal-agent problems as the attorney may have self-interests (which the witness lacks) to discourage the use of a form of dispute resolution that may undermine the attorney's own pecuniary interest.
- *Pendency of the litigation*: In contrast to the preceding two safeguards (but conceptually similar to the "cooling-off" concept), this approach turns on a triggering event rather than the participation of particular individuals. Unlike the cooling-off period, the triggering event is not the passage of time but, rather, the commencement of litigation.¹¹⁷ The underlying theory is that the commencement of litigation signifies a point where the claimant has more information about the nature of her

115. *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625 (1986), overruled by *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009).

116. Notably, the contract in the *Walker* case, discussed above, gave the employees an opportunity to consult with an attorney before signing the arbitration agreement. The court nonetheless found this opportunity to be "unrealistic." *Walker v. Ryan's Family Steak House, Inc.*, 289 F. Supp. 2d 916, 936 (M.D. Tenn. 2003). Although I have disagreed with the analysis of the *Walker* court generally, its conclusion confirms the idea that the introduction of an attorney interjects the transaction cost (which either results in someone not availing themselves or of the right or scuttling the transaction altogether).

117. The Georgia Supreme Court adopted this approach with respect to jury waivers generally, *Bank South, N.A. v. Howard*, 444 S.E.2d 799 (Ga. 1994). Notably, the Court excepted arbitration clauses from this general rule even though such clauses undoubtedly effect a waiver of a jury right in a manner no different from an express waiver of the right. *Id.* at 800 n.5 (cite) The Georgia Supreme Court justified this exception on the ground that the Georgia legislature had enacted an arbitration act (thereby legitimizing arbitration as a form of dispute resolution). Yet the existence of a legislative enactment should not be dispositive with respect to

claim (concretized by virtue of the fact that he or she has filed her complaint). At that point, party has sufficient information to be able to appreciate the full consequences of the waiver. If one chooses to waive at that point, the waiver is more fully informed and, thus, more appropriately enforced. The problem, however, is that this standard essentially guts pre-dispute arbitration agreements altogether. To the extent we believe that arbitration, to be effective, must be committed to on a pre-dispute basis (that is, before irreconcilable antagonisms arise and disputing parties become unable to agree on anything), this approach is no different from the “no pre-dispute waiver” approach - it sounds the death knell for arbitration.

- *Judges:* At the extreme end of the alternatives, we might adopt the criminal model wholesale and require the waiver to occur in the presence of a judge. This presupposes the commencement of litigation and thereby succumbs to the same criticism regarding the preceding list items. To the extent protocols develop to ensure meaningful waivers of the jury right (not unlike meaningful waivers of various criminal trial rights in the context of a guilty plea), our concerns dissipate over whether the individual has full information to effect a decision. Nonetheless, the transaction costs become even more profound when compared to the mere involvement of the attorneys. Moreover, this proposal entails third-party costs as well (namely the backlog in the judicial system as other cases, not subject to arbitration, must wait while courts clear out the “arbitration colloquies”). By contrast, a mechanism of ensuring enforceable agreements without the mandatory need for judicial intervention reduces these third-party costs (albeit at the expense of some of the judicial safeguards that the presence of a judge would offer).

As these increasingly burdensome examples demonstrate, the problem with piling more procedural safeguards onto an essentially private commercial transaction is that, at a certain point, the transaction no longer makes economic sense. In theoretical terms, the contracting costs outstrip the marginal benefits of the transaction to at least one of the parties and, consequently, the transaction is never consummated (at a net cost to society in terms of the benefits to its welfare that come from the exchange). Consequently, we see that either we should conclude that waiver simply is not possible (which takes us back to the absolutist position explored in the preceding section and the attendant social costs of that position) or we admit that a written waiver is possible notwithstanding its imperfections (which carries its own social costs). By upholding written waivers, what we really are saying is that one set of trade-offs between contracting costs and social costs is more tolerable than another. As a normative matter, therefore, the ideal standard of waiver is one that achieves the maximum increase in net social welfare from the transaction at a minimum of contracting costs.

a constitutional issue. A constitutional conclusion about the effectiveness of a jury waiver would, by its very nature, prevail over a conflicting legislative enactment.

Assuming, then, that we can justify the premises on which the distinction between our two variations is based, does it follow that all written references to arbitration suffice to waive effectively the jury right? The majority of courts take this view.¹¹⁸

A few courts and scholars have articulated a competing viewpoint,¹¹⁹ which starts with the assumption, first explored in the “inalienability” section above, that the jury is an important component of our civil justice system.¹²⁰ From this premise, the argument then moves to the proposition that courts ordinarily assess jury waivers using the knowing, voluntary, and intelligent standard.¹²¹ This argument then faults courts for failing to apply this same general standard to arbitration clauses that effectively waive access to a jury.¹²²

Although this competing viewpoint can be credited with exposing the sloppy intellectual development behind the dominant position, it suffers from serious intellectual flaws. Scholars such as Steve Ware have noted that the knowing, voluntary, and intelligent

118. See *Bernhardt v. Polygraphic Co. of Am.*, 350 U.S. 198, 203 (1956) (“Arbitration carries no right to trial by jury that is guaranteed ... by the Seventh Amendment ...”); *Am. Heritage Life Ins. Co. v. Orr*, 294 F.3d 702, 711 (5th Cir. 2002) (“The Seventh Amendment does not confer the right to a trial, but only the right to have a jury hear the case once it is determined that the litigation should proceed before a court. If the claims are properly before an arbitral forum pursuant to an arbitration agreement, the jury trial right vanishes.”); *Sydnor v. Conseco Fin. Servicing Corp.*, 252 F.3d 302, 307 (4th Cir. 2001) (“Thus, the ‘loss of the right to a jury trial is a necessary and fairly obvious consequence of an agreement to arbitrate.’”); *Massey v. Galvan*, 822 S.W.2d 309, 318 (Tex. App. 1992) (“It is clear that when a party agrees to have a dispute resolved through arbitration rather than judicial proceeding, that party has waived its right to a jury trial.”); *Fourakre v. Perry*, 667 S.W.2d 483, 488 (Tenn. Ct. App. 1983) (“The right may be waived by submission of the case to arbitration”); *Williams v. Progressive Ne. Ins. Co.*, 41 A.D.3d 1244, 1245 (2007) (“[J]ury trials are not mandated in all civil trials since the [N.Y.] Constitution provides that such right may be waived ... and ... such waiver is effected by a consent to arbitration”); *Hogan v. Country Villa Health Servs.*, 148 Cal. App. 4th 259, 268 (2007) (“it has always been understood without question that parties could eschew jury trial either by settling the underlying controversy, or by agreeing to a method of resolving that controversy, such as arbitration, which does not invoke a judicial forum.”).

119. The California Court of Appeals in *Badie v. Bank of America*, 79 Cal. Rptr.2d 273 (Cal. Ct. App. 1998) made this point about what an arbitration clause had to contain in order to amount to an effective waiver of the state jury right. In *Walker v. Ryan’s Family Steakhouse*, a federal district judge actually accepted the argument that the enforcement of a pre-dispute arbitration agreement (here in the context of an employment agreement) violated the jury right.

120. This harkens back to the inalienability position discussed in the first section of this chapter. Here, it is hoped that the reader will see how the inalienability position, although not accepted as a dispositive principle, nonetheless influences the debate over what form of waiver will be acceptable.

121. STERNLIGHT, J.R. The Rise and Spread of Mandatory Arbitration as a Substitute for the Jury Trial. *University of San Francisco Law Review*, San Francisco, v. 38, n. 1, p. 17-38, 2003 (citing *Med. Air Tech. Corp v. Marwan, Inc.*, 303 F.3d 11, 18-19 (1st Cir. 2002)).

122. STERNLIGHT, J., Mandatory binding arbitration and the Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, v. 16, n. 3, p. 669-734, 2001.

standard is more familiar in a criminal context than civil context. He then argues that courts frequently use contract analysis for civil law constitutional waivers, and claims that jury waiver cases are an outlier. He then concludes that the Court should jettison the knowing consent requirement for jury waiver clauses.¹²³

The flaw identified by Ware is not the only problem with the counterargument. A deeper flaw is its basic circularity. Even accepting the major premise that waivers of jury rights should be evaluated under the “knowing, voluntary, and intelligent” standard, this proposition simply begs a minor premise that the counterargument never fully addresses. That is, why does a written arbitration agreement not supply sufficient evidence of a knowing, voluntary, and intelligent waiver? If it does, then the counterargument collapses under the weight of its own standard. In other words, if a general arbitration clause were deemed to constitute a knowing, voluntary, and intelligent waiver, then the counterargument’s complaint is misplaced.¹²⁴

So how does one begin to answer the unaddressed premise of the counterargument? This returns us to the idea developed earlier in this chapter that one’s view on the conditions under which a jury waiver will be enforced ultimately boils down to an assessment of costs and trade-offs - namely maximizing the social benefits that come from enforcing agreements while minimizing the costs borne by those who may have agreed to arbitration without fully appreciating the consequences. To unpack this issue, it helps to consider several different types of language that might be used in an arbitration clause:

- At one end of the spectrum might be a clause that expressly included the jury waiver in its description of the arbitration right.¹²⁵ Such formulations contain the clearest evidence that the assent to arbitration includes an assent to the waiver of the jury right.
- An intermediate case would be an arbitration clause that talks about giving up the right to litigate claims “through a court without expressly mentioning a jury.”¹²⁶ Such formulations do not contain clear evidence that assent to arbitration necessitates assent to the waiver of the jury right. Nonetheless, as several courts have found, such formulations are reasonably read to imply assent to the waiver of the jury right, for the jury right only becomes triggered when one invokes judicial process.

123. WARE, supra note 115. The Connecticut Supreme Court appeared to embrace this approach in *L&R Realty v. Connecticut Nat’l Bank*, 715 A.2d 718, 753 (Conn. 1998).

124. Marsh holds that it should not (without proposing clearly an alternative approach – other than a general contract approach). *Marsh v. First USA Bank, N.A.*, 103 F.Supp. 2d 909, 921 (N.D. Tex. 2003).

125. *Kloss v. Edward D. Jones & Co.*, 54 P.3d 1 (Mont. 2002) (precise facts of case were complicated by the fact that Kloss signed a detachable card, not actual contract containing this clause; moreover, there is some suggestion in the record that Kloss did not see agreement before she signed the card).

126. *Marsh v. First USA Bank, N.A.*, 103 F. Supp. At 921; *Bank One, N.A. v. Coates*, 125 F. Supp. 2d 819, 824 (S.D. Miss. 2001).

To the extent one waives the right of judicial access, the jury right is necessarily included in that waiver.¹²⁷

- At the other end of the spectrum might be a case that involves a general commitment to arbitrate (perhaps imposed as a condition of employment) without elaboration on the consequences of the agreement.¹²⁸ These cases require the greatest inference from courts. To be effective, it must be assumed that, when a party was agreeing to arbitration, it understood what arbitration meant. Specifically, it understood that arbitration necessarily implied foregoing access to the court and the procedural entitlements made available in courts, namely juries.

Courts have taken different views on which forms suffice. Some courts have proposed specific formulations for a written waiver to be effective. According to one skeptical court, the waiver must be “clearly apparent in the contract and its language must be unambiguous and unequivocal leaving no room for doubt as to the intention of the parties.”¹²⁹ Another court implicitly requires reference to the jury right.¹³⁰

Other courts have been more reluctant to require a particular formulation.¹³¹ This reluctance is grounded in a concern about second-guessing parties’ commercial expectations. The Fourth Circuit’s decision in *Syndor* illustrates this point.¹³² The plaintiffs signed a document indicating that they knowingly and voluntarily waived their jury right. They claimed, however, that the waiver was ineffective because the counterparties did not affirmatively inform the plaintiffs of the jury waiver. The court rejected this stating that parties have a duty to inform themselves of the contents of an agreement before executing it and, short of fraud or overreaching, will not be allowed to impeach the contents of their commitments by claiming they did not know what they signed.¹³³ Underlying *Syndor* is the idea that there is an important value in the enforceability of written commitments regardless of the content, and courts should be reluctant to peer beneath the content of those commitments to not upset broader commercial expectations and general autonomy principles.

If no single form of magic words can be logically derived,¹³⁴ perhaps a more helpful way to reframe the question is to ask where the burden should lie. Should one party bear

127. *Geldermann, Inc. v. Commodity Futures Trading Com’n.*, 836 F.2d 310, 323-24 (7th Cir. 1987).

128. *Cremin v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner, & Smith, Inc.*, 957 F.Supp. 1460, 1471 (N.D. Ill., 1997).

129. *Badie v. Bank of America*, 79 Cal. Rptr.2d 273, 289 (Cal. Ct. App. 1998).

130. *Walker v. Ryan’s Family Steak House, Inc.*, 189 F. Supp. 2d 916, 934-36 (M.D. Tenn. 2003), rev’d, 400 F.3d 370, 382 (6th Cir. 2005) (“[A]lthough the waiver provision does not refer to relinquishing the right to a jury trial, this Court has held that “a party who enters an arbitration agreement necessarily consents to the clear and obvious consequence: the surrender of his right to go to trial.”).

131. *Badie v. Bank of America*, 79 Cal. Rptr.2d 273, 289 (Cal. Ct. App. 1998).

132. *Syndor v. Conesco Fin. Servicing Corp.*, 2001 WL 223243 1, 3 (4th Cir. 2001).

133. *Id.*

134. Even if a form of magic words could be identified, residual difficulties would arise. One residual problem might be a claim that one party did not know what she was signing. See

the burden of specificity in contracting (thus making only the first example sufficient to constitute a waiver)? Alternatively, should one party bear the burden of knowing the consequences of its commitment even if they are not spelled out explicitly in the contract (thus making all three of the preceding examples equivalent)? This latter view was essentially the one embraced by the appellate court in *Syndor*. Seen through this lens, the proper approach to the “magic words” question comes from a policy-laden debate balancing judicial enforcement of commercial expectations on the one hand against paternalistic oversight of parties’ contractual commitments on the other hand. Regrettably here, as in other contexts such as the federalism discussion, the doctrine has not adequately grappled with the values underlying the constitutional questions.

Perhaps the approach also taken in the context of the due process protocols provides a model to stimulate consideration of the underlying values. Due process protocols as privately developed protocols stimulated a debate between courts and private stakeholders over the degree to which a given model satisfied concerns about procedural due process in arbitration. In some cases, courts singled out particular clauses for praise as models of due process; in others, they criticized a model for riding roughshod over such principles. A similar dialogic approach might be undertaken in the jury waiver context – with private entities developing model clauses designed to ensure complete waiver of the jury right, and courts supplying feedback on the adequacy or inadequacy of those waivers (based upon the underlying policy considerations identified here). Over time, model clauses might provide “safe harbor” language assured to pass judicial muster, whereas more adventurous clauses risk closer judicial examination and scrutiny. In the long run, perhaps this provides the surest model of addressing the values underlying questions about what forms of written words suffice to waive the jury right in an arbitration.

In sum, this section has addressed the relationship between arbitration and the jury right. The extreme position under which the constitutional jury right is inalienable with arbitration is untenable. Equally untenable is the position that the jury right cannot be waived on a pre-dispute basis. Although untenable, these positions are important because the underlying principles inform the main battleground debate, namely the condition under which the jury right can be waived. The majority of courts rightly conclude that general

Walker v. Ryan’s Family Steak Houses, Inc., 289 F. Supp. 2d 916, 936 (M.D. Tenn. 2013). Second, the person signing the agreements might lack the proper capacity to enter into an agreement. This may be due to intelligence limitations or language limitations. Again, the problem here is not specifically with arbitration agreements per se but, rather, is a broader question of how capacity doctrines will be defined in a particular legal system. Third, doubts may arise in particular cases over the lack of assent. The hypotheticals that have driven the argument so far have all concerned bilateral contracts with clear moments of offer and assent. Difficulties arise however where assent is harder to measure. This might occur, for example, where the arbitration agreement is “stuffed” into a bill sent to a customer who indicates his assent by paying the bill or engaging in some other act that manifests his assent to the terms (even where serious doubts may exist whether he has even seen those terms). See HORTON, D., *The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments*, 57 U.C.L.A. Law Review 605 (2010) (opposing unilateral modification of the procedural terms of arbitration clauses).

consent to an arbitration clause should be deemed sufficient to waive the jury right, but the intellectual underpinnings of that conclusion are woefully underdeveloped. Nonetheless, the solution is not to embrace the counterargument but, instead, to put the dominant jurisprudential view on a surer footing through development of a dialogue between courts and private stakeholders over the forms of written words that balance the competing values.

14.

THE IMPACT OF “CONSTITUTIONAL LAW” ON ARBITRAL AWARDS IN GERMANY AND AUSTRIA

PETER CH. SESTER¹

1. Comparison between Brazil and Austria/Germany

Arbitral awards typically deal with issues of commercial law, in particular contract law. Therefore, it is not obvious that constitutional law has an impact on arbitral awards. In Brazil this is different because the Brazilian Constitution of 1988 is – from a comparative law perspective – a very comprehensive legal document, which addresses almost every aspect of Brazilian legal order, including many features of procedural, civil, and commercial law.² For instance, according to the Brazilian Constitution enterprises and contracts have a social function. In the light of these constitutional presetting some Brazilian scholars have developed the so-called Civil Constitutional Law Doctrine which aims to “constitutionalize”

-
1. Peter Christian Sester, FCI Arb is Professor of Arbitration and Commercial Law at Fundação Getúlio Vargas Law School Rio de Janeiro and Visiting Professor of Law & Economics at UC Berkeley Law School. Peter sits as arbitrator, acts as legal expert, and advises parties on complex commercial disputes and transactions. He holds a Dr. iuris (commercial law) issued by University Heidelberg (Germany) and a Dr. rer. pol. (economics) issued by Humboldt-University (Berlin). He made his Habilitation/Livre Docência (Dr. iur. habil, civil and international business law) at Philipps-University Marburg (Germany). He is a dual qualified attorney-at-law, Brazil and Germany. Prior to his relocation to Brazil, he was a tenured law professor at German and Swiss Universities. He also served as the director of the Institute of Law and Finance of Goethe-University-Frankfurt am Main (Germany). Peter has published more than 150 articles in law journals. He is the sole author of the books *Business and Investment in Brazil: Law and Practice* (Oxford University Press 2022) and *Contract Law in International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer, IALL 66, 2023). He is the sole editor and main author of *International Arbitration: Law and Practice in Brazil* (Oxford University Press 2020).
 2. SESTER, Peter. *Business and Investment in Brazil: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press. 2022, p. 18.

all provisions of civil and commercial law.³ For those who follow this approach it would mean that arbitrators must always read the Civil Code against the background of the Constitution, otherwise they would run the risk to violate the constitution (and hence public policy) whenever they interpret the Civil Code. This seems to be inappropriate.

Consequently, Brazilian constitutional law is underlying many disputes which, on the surface, appear to be of commercial nature only. The impact of the Brazilian Constitution on the resolution of (commercial) disputes is further strengthened by almost endless competences of the Brazilian Constitutional Court. The **Supremo Tribunal de Justiça** (STF) is **de facto** not only a fourth instance of the judiciary system (correcting not seldomly the Brazilian cassation court's rulings) but also the “supervisor” of the government and the legislator; for instance, during the pandemic the STF forced the government to present within 48 hours a vaccination plan against COVID-19.⁴ Such an interference by the Constitutional Court into politics is unthinkable in Germany and Austria.

It is worth mentioning that arbitration in Brazil only took off after the STF had confirmed, roughly twenty years ago, in a landmark ruling the constitutionality of the Brazilian Arbitration Act.⁵ Now, after two decades of success and growth, arbitration, as a legal institution, has recently come “under fire” in Brazil; and again, it will be probably the STF that needs to answer the question⁶: **Quo vadis** arbitration?

In Germany and in Austria the situation is very different. Constitutional law rarely impacts business transactions and disputes that arise in the course or in the aftermath of signing such transactions. Constitutional courts do not rule on arbitration matters. Disputes on arbitration fall within the competence of the ordinary court systems, hence they are decided definitely by civil or commercial courts. Constitutional law is very rarely raised by parties in commercial disputes and courts will seldomly refer to the Constitution when writing reasons.

However, one cannot deny that the German Fundamental Law (**Grundgesetz**) has some impact on civil and commercial law. The “door opener” is general clauses, especially the famous article 242 of the German Civil Code on good faith, which shall be interpreted in the light of the Constitution (**grundrechtskonforme Auslegung**). Notably, under German and Austrian law (just like in Brazil), the good faith principle is not limited to the abusive use of rights. It also has an objective dimension in the sense of establishing benchmarks of fairness in transactions and disputes.

3. For a critical analyses, see SESTER, Peter. *Business and Investment in Brazil: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press. 2022, p. 48-54.

4. STF, *Arguição de Descumprimento de Perceito Fundamental* (2020) 756 reported by Justice Ricardo Lewandowski, decided on 15 December 2020; see SESTER, Peter. *Business and Investment in Brazil: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press. 2022, p. 19

5. See SESTER, Peter. *International Arbitration: Law and Practice in Brazil*. Oxford: Oxford University Press. 2020, p. 15-16.

6. There is pending a challenge against the constitutionality of article 14 of the Brazilian Arbitration Act before the Constitutional Court (STF, ADPF 1050, reporting Justice Alexandre de Moraes).

Yet, article 242 German Civil Code is not part of (international) German public policy, at least not according to mainstream legal literature.⁷ Parties can opt-out of article 242 by choosing another contract law, for instance English contract law.⁸ Article 6 of the Introductory Law to the German Civil Code (**Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB**), which provides a public policy backstop for choice of law clauses, only applies to the narrower provision of the Civil Code on **bonos mores** and usuary (article 138 of the Civil Code). This is important because the control of the content and the reliefs of arbitral awards is very limited in Austria and Germany, both in setting aside and recognition proceedings (New York Convention).

Only if an award, particularly its reliefs, violate the German or Austrian (procedural or substantive) public policy may German or Austrian courts set an award aside, that was made in the respective country, or deny recognition and enforcement of an award that was made in a third country that ratified the New York Convention. Hence, only in so far as the German or Austrian Constitution impact the interpretation of norms that are part of public policy does the respective Constitution impact the outcome of an arbitration proceeding.

2. Correcting arbitral awards in the light of German public policy

According to the German Federal Court of Justice (**Bundesgerichtshof**) there is violation of public policy when (1) an arbitral award would lead to an outcome (legal remedy) that is plainly unbearable from the perspective of the German rule of law, or (2) the award offends a norm that protects the basis of German public and economic life, or (3) the award is contrary to the German perception of justice.⁹

The first of these public policy grounds can be relied upon to vacate or deny recognition to awards of unacceptable relief (e.g., punitive damages¹⁰). The second is aimed at ensuring compliance with public economic law, which is concretizing the economic order provided in the German Constitution; for instance, the German Constitution aims to establish a market economy with a social dimension (**soziale Marktwirtschaft**). The third is an umbrella clause that can be used in extreme cases (e.g., if the award would lead to, or resulted from a violation of human rights or was obtained by means of illegal telephone interception or hacking of privileged counsel-client communication).

Violation of normative pillars of antitrust law falls within the scope of the second public policy ground. Recently, the German Federal Court of Justice¹¹ (**Bundesgerichtshof**) held that article 19, 20, or 21 German Antitrust Act (GWB), which prohibit certain

7. See SESTER, Peter. Contract Law in International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2023, p. 115, para 387.

8. Ibid, p. 134 paras 439-440.

9. Ibid, p. 117, para 117.

10. German Federal Superior Court (Bundesgerichtshof) IX ZR 149/91, published in the Official Case Collection of the Court, BGHZ 118, 312.

11. SESTER, Peter. German Cassation Court: Can Competition law be a “weapon” against arbitral awards. Kluwer Arbitration Blog, March 9, 2023.

conduct in business, including certain contractual provisions, are cornerstones of German economic law, serving not only individual interests but also the public interest in preserving the functioning of competitive markets.¹² On that basis, the court held, an arbitral award applying said articles of the GWB is subject to control by the court hearing an application to vacate. The Court explicitly stated that judicial control in such circumstances is not limited to the correction of evident errors made by arbitrators but that it extends to every mistake made in the application of the three articles.

The Court said literally¹³: “No legal order can accept that national courts confirm (awards) that violate fundamental norms of that national legal order, regardless of whether the violation is evident (*blatant*) or not. As far as the application of a fundamental norm of the national legal order is concerned, the prohibition of *révision au fond* does not apply. Consequently, judicial control of the merits of the arbitral award is necessary.”

The Court’s reasoning as to the application of a fundamental norm is particularly interesting because it potentially extends beyond antitrust law. In 1997 the German legislator abolished a norm that previously barred the arbitrability of disputes on antitrust law. According to the Court the reasons laid down in the explanatory memorandum to the law reform clearly state that full *ex post* control by the courts is the necessary corollary to the extension of arbitrability.

Another interesting ruling of the German Federal Court of Justice refers to article 138 Civil Code on *bonos mores*. When the aim of an overriding mandatory provision (its protective purpose or *Schutzzweck*) is to avoid the outcome of an offending transaction, the respective performance under said transaction will usually be deemed illegal. The landmark ruling handed down in the 1970s has been termed *Kulturgüterfall* (the **Cultural Heritage** case). It was recently cited by Sir William Blair and Grace Cheng in an ICC study on ‘**Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration**’.¹⁴ In 1972 the German Cassation Court (*Bundesgerichtshof*) held:

(A)n insurance contract governed by German law to be invalid for lack of an insurable interest because it concerned the insurance of goods of cultural heritage illegally exported out of Nigeria, an act that was immoral under article 138 of the German Civil Code (*bonos mores*). The court held that the parties violated justified

-
12. Article 19 refers to **Prohibited Conduct of Dominant Undertakings**, article 20 addresses **Prohibited Conduct of Undertakings with Relative or Superior Market Power**, and article 21 concerns **Prohibition of Boycott and Other Restrictive Practices**.
 13. German Federal Superior Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) KZB 75/21, decision handed down on 27 September 2022.
 14. Literal quotation of the English resume by Sir William Blair and Grace Cheng, **Chapter 1: Overriding rules in International Arbitration: National monetary restrictions**, 16, 20 (Georges Affaki & Vladimir Khvalei eds, *Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration*, ICC 2022).

and commonly respected interests of a foreign State, and therefore did not deserve protection by the law.¹⁵

Notably, this ruling referred directly only to the internal public policy standard (article 138 BGB) of German law and neither to the public policy norm of German private international law (the aforementioned article 6 EBGB) nor to the public policy standard under German arbitration law (article 1,059 section 2 sentence 2 (b) Civil Procedure Code or *Zivilprozeßordnung*, hereinafter ZPO). However, there is a significant overlap between the internal and external public policy standard, especially if the interpretation of the internal standard involves – as it was in the case in hand – constitutional aspects (here: the protection of cultural goods against exploitation by dubious international traders).

The contract in question was governed by German law and the *Bundesgerichtshof* recognized that national public policy (article 138 BGB) served to protect the interest of another country when according to foreign export laws, the performance of the contract (the export of cultural goods and art) was illegal. In fact, the Court went one step further. The issue before it was not the performance of the contract *per se*, but the validity of an insurance contract which aimed to facilitate the illegal export. The Court recognized that foreign public interest, such as the protection of goods of cultural heritage, could fall within the German understanding of *bonos mores* (*gute Sitten* or *bonnes moeurs*).

The judgement is already 50 years old, yet it is more convincing than ever. During the past five decades, the notion that certain public assets (e.g., the environment, cultural heritage) and constitutional values (e.g., human rights, as defined by the European Convention on Human Rights) fall within the scope of the German standard of *bonos mores*, regardless of where these values were harmed, has taken hold in German legal culture – as it has in other legal systems.

3. Correcting arbitral awards in the light of Austrian public policy

While the *Kulturgüterfall* referred to a setting aside proceeding, the Austrian Supreme Court of Justice (*Oberster Gerichtshof*) applied the Austrian *bonos mores* norm in a ruling on a request for recognition of enforcement of an arbitral award rendered in Belgrade (Serbia). The reasons elaborated by the *Oberster Gerichtshof* are drafted in a very didactic manner. Therefore, we will translate the essential parts of the judgement literally¹⁶:

The fundamental values, which are part of public policy, are to be understood to include especially the maxims of the Federal Constitution, but also the maxims of penal law, private law, and procedural law. Yet, when verifying compatibility

15. Literal quotation of the English resume by Sir William Blair and Grace Cheng, *Chapter 1: Overriding rules in International Arbitration: National monetary restrictions*, 16, 20 (Georges Affaki & Vladimir Khvalei eds, *Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration*, ICC 2022).

16. *Oberster Gerichtshof* (Highest Court of Austria) 3Ob221/04b, decided on 26 January 2005.

(with these values) the reasons of an arbitral award are not decisive but its results (thus the content of the reliefs).¹⁷

A daily interest rate of 0.2% corresponds to an annual interest rate of 73%. However, in the present case it must be considered that the sum awarded in the arbitral award already included capitalized interest. According to the award a 73% p.a. interest rate was payable from 29 December 2000 on the entire sum (compound interest) and it was calculated on a daily basis. In the present case it is the combination of the agreement on interest (0.2% per day = 73% per year) with a daily capitalization of payable interest that constitutes not only a violation of (internal) **bonos mores** in the sense of (article 879 Austrian Civil Code hereinafter ABGB) but also of Austrian public policy because the calculation method results in an effective annual interest rate of 107.35%. Consequently, payable default interest (compensation for delayed payment and therefore true compensation for damage) excels the outstanding principle (remaining purchase price), which constitutes a violation of fundamental values of the Austrian law of obligations. The arbitral award provides no reasons for the awarded effective interest rate.¹⁸

Finally, we cannot completely ignore the argument of the obligor that an annual interest rate of 73% combined with daily capitalization would contradict public policy because it resulted in a domination (**Knebelung**) of the obligor that is contra **bonos mores**, threatened his economic survival, and led to unjustified enrichment of the executing obligee; although the primary purpose of public policy is not to protect the individual (Austrian) resident, but the protection of the domestic legal

-
17. In the original: 'Als vom **ordre public** erfasste Grundwertungen werden vor allem die tragenden Grundsätze der Bundesverfassung, aber auch des Strafrechts, des Privatrechts und des Prozessrechts verstanden werden müssen, wobei für die Vereinbarkeit nicht der Weg oder die Begründung, sondern das Ergebnis des Schiedsspruchs maßgeblich ist.'
 18. In the original: '... entspricht eine Verzinsung von 0,2% täglich einem Zinssatz von 73 % p.a. Im vorliegenden Fall muss allerdings noch berücksichtigt werden, dass in dem im Schiedsspruch zugesprochenen Betrag bereits kapitalisierte Zinsen enthalten sind, die ab 29. Dezember 2000 wiederum mit 73 % p.a. verzinst werden (Zinseszinsen), und vor allem eine tägliche Kapitalisierung Inhalt des Schiedsspruchs ist. Es erweist sich im vorliegenden Fall die Kombination einer Zinsenvereinbarung von 0,2% täglich = 73 % Zinsen p.a. in Verbindung mit einer täglichen Kapitalisierung nicht nur als sittenwidrig i.S.d. § 879 Abs. 1 ABGB, sondern auch als gegen den österr. **ordre public** verstoßend, weil dies nach dem Formalismus zur Determinierung der effektiven Jahresverzinsung eine effektive Jahresverzinsung von 107,35 % ergibt. Bereits im ersten Jahr übersteigen daher die Verzugszinsen (als eine Entschädigung für eine verspätete Zahlung und damit echter Schadenersatz) das begehrte Kapital (Restkaufpreis) und verletzen damit tragende Grundwertungen des österreichischen Schuldrechts. Nach Auffassung des erkennenden Senats übersteigen Zinsen von mehr als 100 % p.a. nicht nur die Grenzen der Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB), sondern verstoßen auch gegen den **ordre public** und sind demnach ein Hindernis, insoweit einem ausländischen Schiedsspruch die Vollstreckbarkeit zu erteilen.'

order against the penetration of legal notions that are completely incompatible with fundamental values of the Austrian legal order, which are to be protected.¹⁹

The ruling chamber understands that interest rates above 100% per year do not only excel the threshold of (national) **bonos mores** (article 829 ABGB) but also violate (international) public policy and pose therefore an obstacle to the execution of a foreign arbitral award.²⁰

The **Oberster Gerichtshof** found that there was no currency risk because both principal and interest were to be paid in foreign currency and therefore not exposed to the high inflation that prevailed at the beginning of the **XXIst** century in the countries of ex-Yugoslavia. The court cited a ruling issued by the German Federal Superior Court of Justice in the early 1900s, holding that an absolute interest rate of 30% p.a. did not violate German public policy.²¹ The underlying claim was payable in Italian Lira, a currency which was at the time exposed to relatively high inflation.

Nowadays, in domestic cases, the BGH applies a rule of thumb to verify whether an interest rate violates **bonos mores**: If the rate is the double of the standard market rate or 12% higher than it, the respective clause is void.²² Compound interest rates (and inflation indexation) are subject to special scrutiny.

4. Conclusion

Both in Austria and Germany constitutional law has an indirect impact on arbitration, in so far as constitutional values are taken into consideration when interpreting ordinary law (**verfassungskonforme Auslegung**). If the interpretation leads to the conclusion that a certain norm is part of public policy in the specific circumstances of the case in hand, then the Court may vacate an award or deny recognition, provided the award violate the

19. In the original: 'Letztlich können auch die Ausführungen der verpflichteten Partei, Zinsen von 73 % p.a. mit täglicher Kapitalisierung widersprechen dem **ordre public**, weil sie eine sittenwidrige Knebelung des Schuldners bewirkten, seine wirtschaftliche Existenz bedrohten und zu einer unerträglichen Bereicherung des betreibenden Gläubigers führten, nicht ganz außer Acht gelassen werden, wenngleich die Vorbehaltsklausel primär nicht dem Schutz der einzelnen Inländer, sondern dem Schutz der inländischen Rechtsordnung dient, welche vor dem Eindringen mit ihr vollkommen unvereinbarer Rechtsgedanken, vor der unerträglichen Verletzung tragender Grundwertungen der österreichische Rechtsordnung geschützt werden soll.'

20. In the original: 'Nach Auffassung des erkennenden Senats übersteigen Zinsen von mehr als 100 % p.a. nicht nur die Grenzen der Sittenwidrigkeit (Artikel 879 ABGB), sondern verstoßen auch gegen den **ordre public** und sind demnach ein Hindernis, insoweit einem ausländischen Schiedsspruch die Vollstreckbarkeit zu erteilen.'

21. German Federal Superior Court (**Bundesgerichtshof**) IX ZB 55/92, decided on 4 March 1993, published in the Official Case Collection of the BGH (BGHZ) 122, 16.

22. German Federal Superior Court (**Bundesgerichtshof**) XI ZR 252/89, decided on 13 March 1990, published in Neue Juristische Wochenschrift 1595, 1596 (1990).

respective norm. Maxims or cornerstones of the Civil Codes also qualify as public policy. While the Austrian superior court of justice only analyses whether the relief of an award infringes public policy, the German superior court of justice recently went one step further and looked into the merits of an award that – in the opinion of the Court – violated a fundamental rule of the German Antitrust Act.

THE AUSTRALIAN CONSTITUTION AND INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: TCL AIR CONDITIONER REVISITED

RAOUL J. RENARD¹

*The IAA takes away from the courts their core province and duty “to say what the law is” in a constitutional system reliant upon the separation of judicial power for the maintenance of the rule of law.*²

*Where parties agree to submit their differences for decision by a third party, the decision maker does not exercise judicial power, but a power of private arbitration.*³

There is a small but appreciable market for international commercial arbitration in Australia, small only by dint of its peripheral position in international commerce. The market includes a strong commercial bar, an eminent roster of arbitrators, and a leading institution, the Australian Centre for International Commercial Arbitration (“ACICA”),⁴ all underpinned by an enabling legislative framework. Almost exactly ten years ago the future of Australia as a venue for international commercial arbitration appeared gravely imperilled in a High Court challenge to the constitutionality of the federal law governing such arbitrations.⁵ The stakes were high. “The Judges of the Federal Court of Australia” were named as First Defendants in the action, five of the six States Attorneys-General and

-
1. Raoul J. Renard is an Australian attorney specializing in international dispute resolution. He is admitted to the New York Bar, the Supreme Court of Victoria, and the High Court of Australia. Raoul holds a Juris Doctor from Melbourne Law School and is a candidate for Master of Laws at Columbia Law School. He resides in Manhattan, New York.
 2. Plaintiff’s Submissions at [78], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.
 3. *Construction, Forestry, Mining and Energy Union v Australian Industrial Relations Commission* (2001) 203 CLR 645 at 658 [31]; [2001] HCA 16.
 4. ACICA is the sole default appointing authority competent to perform the arbitrator appointment functions under the *International Arbitration Act 1974* (Cth).
 5. *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5; (2013) 251 CLR 533.

the Commonwealth Attorney-General intervened in the proceedings,⁶ and amici curiae, representing the peak arbitral bodies in Australia,⁷ sought leave to appear.

The decision of the High Court of Australia served not only to provide clarity as to the legitimate role in Australia of arbitration in the resolution of international commercial disputes, but also laid bare the distinction between the exercise of judicial power of the Commonwealth, a power derived in Chapter III of the Australian Constitution, and the exercise of arbitral authority, the product of contractual agreement between disputing parties. In this paper I situate the dispute within its legislative and constitutional background, critically appraise the arguments made by parties and interveners in the written record and in oral hearing, and consider what the judgment of the High Court meant for the evolution of international commercial arbitration in Australia.

TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia⁸

The background facts are as follows. The Plaintiff (TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd), a company whose principal place of business was the People's Republic of China, supplied air conditioners to the Second Defendant (Castel Electronics Pty Ltd), an Australian electronics manufacturer and retailer. The parties operated in an international context and, "in the formation of their contract or legal relationship, ha[d], by their own bargain, chosen arbitration as their agreed method of dispute resolution".⁹

Their commercial relationship operated under a General Distribution Agreement (GDA) entered into in 2003. The GDA contained the following arbitration agreement:

*In case there is any breach of the provisions under this AGREEMENT by either party during the effective period of this AGREEMENT, the parties hereto shall first of all try to settle the matter in question as soon and amicable [sic] as possible to mutual satisfaction or if not so settled within 60 days such matters will be referred to arbitration in Territory for resolution.*¹⁰

The Second Defendant alleged that the Plaintiff had breached the GDA and in mid-2008 submitted its claims against the Plaintiff to arbitration in Australia. In September 2010, a 10-day hearing followed before experienced arbitrators¹¹ in Australia, and in December and January 2011 the Tribunal issued written awards on liability and costs,

6. The Attorney-General of the Commonwealth of Australia, and the Attorneys-General of New South Wales, Queensland, South Australia, Victoria and Western Australia intervened.

7. ACICA, the Institute of Arbitrators and Mediators Australia Ltd, and the Chartered Institute of Arbitrators (Australia) Limited.

8. [2013] HCA 5; (2013) 251 CLR 533 ("TCL Air Conditioner").

9. *Comandante Marine Corp v Pan Australia Shipping Pty Ltd* (2006) 157 FCR 45 at 94 [192] (Allsop J, Finn and Finkelstein JJ agreeing).

10. Plaintiff's submissions, p. 2.

11. Dr Gavan Griffith AO QC, the Honourable Alan Goldberg AO, and Mr Peter Riordan SC.

respectively, both in the Second Defendant's favour.¹² In 2011, the Second Defendant commenced proceedings in the Federal Court of Australia on an *ex parte* basis, seeking to enforce the arbitral awards. This matter represented the first case in Australia in which enforcement had been sought pursuant to article 35 of the UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration. The Plaintiff unsuccessfully opposed the application, arguing that the Federal Court of Australia lacked jurisdiction. In January 2012, Murphy J held that the Federal Court had jurisdiction under Article 35 of the Model Law to enforce the awards.¹³ Further applications were made before Murphy J to set aside the awards, judgment of which was reserved pending appeal to the High Court of Australia on the constitutionality of the role of the Federal Courts of Australia in the enforcement of arbitral awards.

Before turning to the key constitutional questions in issue a few words are necessary, both on the legislative framework for the resolution through arbitration of international commercial disputes and the judicial power of the Commonwealth of Australia.

The International Arbitration Act 1974 (Cth) and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

Australia has in place a national legal framework for international arbitrations that is harmonised with international legislation and jurisprudence and is conducive to the resolution of international trade and commercial disputes through arbitration. It achieves this in two ways. First, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ("Model Law") provides the foundation for the federal law governing international commercial arbitrations in Australia, the *International Arbitration Act 1974* (Cth) ("IAA"). The IAA was significantly amended in 2010 to incorporate the Model Law as amended in 2006. The Act's stated objects include, *inter alia*, to facilitate international trade and commerce by encouraging the use of arbitration as a method of resolving disputes;¹⁴ to facilitate the recognition and enforcement of arbitral awards made in relation to international trade and commerce;¹⁵ and to give effect to Australia's obligations under the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards¹⁶ ("New York Convention")¹⁷ and to the Model Law.¹⁸ Secondly, the Model Law serves as the basis for uniform legisla-

12. Given one of the parties was Australian, and the award was rendered in Australia, the award is considered a "non-foreign" award, to distinguish it from a purely domestic (where both parties are Australian) or foreign (where the parties are foreign) award.

13. *Castel Electronics Pty Ltd v TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd* (2012) 201 FCR 209.

14. *International Arbitration Act 1974* (Cth) s 2D(a).

15. *International Arbitration Act 1974* (Cth) s 2D(c).

16. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, *opened for signature* June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 38 (entered into force Dec. 29, 1970) [hereinafter cited as the New York Convention].

17. *International Arbitration Act 1974* (Cth) s 2D(d).

18. *International Arbitration Act 1974* (Cth) s 2D(e).

tion at the state level governing domestic commercial arbitrations, contributing to legal harmonization in the procedure governing commercial arbitrations globally.

Section 16 of the IAA provides that the Model Law “has the force of law in Australia”. Article 35(1) of the Model Law provides that an arbitral award, “irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced” subject to Articles 35 and 36. Article 35(2) further provides that the party relying on an award or applying for its enforcement is required to supply the original or a copy of the relevant award. Article 36 then enumerates an exhaustive list of grounds upon which a court may refuse recognition or enforcement, modelled after the New York Convention, and limited in the main to procedural irregularities.¹⁹ In short, the court’s discretion may be triggered either by a party opposing enforcement²⁰ or on the court’s own motion.²¹ In the case of the former, the grounds are extensive and comprise subject-matter jurisdiction,²² validity of the arbitration agreement,²³ and natural justice.²⁴ For the latter, the grounds are subject-matter jurisdiction²⁵ and public policy.²⁶

The IAA further establishes that when a court is considering the exercise of a power under Articles 35 or 36 of the Model Law – to recognize or enforce an award, or to refuse to do so – the court *must* have regard to the aforementioned objects of the IAA, as well as “the fact that arbitration is an efficient, impartial, enforceable and timely method by which to resolve commercial disputes”; and that “awards are intended to provide certainty and finality.”²⁷ Finally, Article 5 provides that, for matters governed by the Model Law, “no court shall intervene except where so provided” in the Model Law.

The result of the foregoing is that the Australian legislature has sought fit to enact a legal framework for international commercial arbitration that aligns, in the important respects of judicial recognition and enforcement, or refusal thereto, with a growing trend of international harmonisation.

The Judicial Power of the Commonwealth of Australia

Chapter III of the Australian *Constitution*, titled “The Judicature”, establishes the jurisdiction of federal courts. Section 71 provides that “[t]he judicial power of the Commonwealth shall be vested in a Federal Supreme Court, to be called the High Court of

19. POLKINGHORNE, M. *et al.* Article 36: Grounds for Refusing Recognition or Enforcement. In: BANTEKAS, I. *et al.* (Eds.). **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: A Commentary**. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 927–975, 928. ISBN 978-1-108-49823-4.

20. Model Law art. 36(1)(a).

21. Model Law arts. 36(1)(b) and 36(2).

22. Model Law art. 36(1)(a)(iii).

23. Model Law art. 36(1)(a)(i).

24. Model Law art. 36(1)(a)(ii), (iv) and (v).

25. Model Law art. 36(1)(b)(i).

26. Model Law art. 36(1)(b)(ii).

27. *International Arbitration Act 1974* (Cth) s 39(2).

Australia, and in such other federal courts as the Parliament creates, and in such other courts as it invests with federal jurisdiction. ...”.

Section 75 sets out the original jurisdiction of the High Court, which extends to all matters (i) arising under any treaty; (ii) affecting consuls or other representatives of other countries; (iii) in which the Commonwealth, or a person suing or being sued on behalf of the Commonwealth, is a party; (iv) between States, or between residents of different States, or between a State and a resident of another State; and (v) in which a writ of Mandamus or prohibition or an injunction is sought against an officer of the Commonwealth.

Section 76 provides that the Parliament may make laws conferring original jurisdiction on the High Court in any matter (i) arising under the *Constitution* or involving its interpretation; (ii) arising under any laws made by the Parliament; (iii) of Admiralty and maritime jurisdiction; and (iv) relating to the same subject-matter claimed under the laws of different States. Finally, section 77 provides that with respect to any of the matters mentioned above, Parliament may make laws (i) defining the jurisdiction of any federal court other than the High Court; (ii) defining the extent to which the jurisdiction of any federal court shall be exclusive of that which belongs to or is invested in the courts of the States; and (iii) investing any court of a State with federal jurisdiction.

The *Judiciary Act 1903* (Cth) deals, *inter alia*, with the jurisdiction vested in the Federal Court of Australia. Section 39B(1A)(c) provides that the Court has original jurisdiction with respect to any matter arising under any laws made by the Parliament, other than criminal matters not presently relevant.

The result of the foregoing is that the Federal Court has jurisdiction with respect to any matter arising under the IAA and its enactment of the Model Law, and the High Court has original jurisdiction with respect to any matter arising under the *Constitution* or involving its interpretation.

Constitutional objections to court recognition and enforcement of arbitral awards

The Plaintiff in this case brought two constitutional arguments. First, that the inability of the Federal Court under Articles 35 and 36 of the Model Law to refuse enforcement of an arbitral award on the ground of error of law on the face of the award undermined the institutional integrity of the Federal Court as a court exercising judicial power under Chapter III of the Constitution. Secondly, and a corollary of the first argument, that by giving the arbitral tribunal the final word on the law applied in deciding the dispute, the Model Law impermissibly conferred the judicial power of the Commonwealth on the tribunal. I further ventilate these arguments in turn.

The IAA substantially undermines the institutional integrity of the Federal Court

For the Plaintiff, the Model Law “extinguished” the “traditional review function” of the court over arbitral awards, given the limited grounds contained in Article 36. The Plaintiff

alternately referred to “the court’s traditional supervisory role”,²⁸ “the court’s traditional review function”,²⁹ “substantive supervision”,³⁰ “the court’s traditional supervisory power over arbitral awards”,³¹ or “the court’s historical function in super-intending arbitrations”.³² The essence of this argument was that prior to the 2010 amendments to the IAA, which incorporated the 2006 amendments to the Model Law into Australian law, parties were able to opt out of the Model Law and rely instead on State or Territory arbitration legislation. Such legislation, for instance sections 38 and 39 of the *Commercial Arbitration Act 1984* (NSW) (repealed), enabled State or Territory Supreme Courts to determine questions of law, or for appeals on “any question of law arising out of an award”. The Plaintiff traced this “court supervisory power” to the *Arbitration Act 1698* (UK) and its incorporation into the law of the Australian colonies in the early 1800s.³³

By contrast, the Model Law deprives competent courts in Australia of this power by exhaustively enumerating the grounds on which recognition or enforcement of an arbitral award may be refused in Article 36. In denying courts the ability to review for error of law, later refined at oral hearing to error of law “on the face of the award”, the Plaintiff argued the Model Law deprived the courts of “decisional independence”, which “substantially undermined the institutional integrity of the enforcing courts”.³⁴ For the Plaintiff, “there is an irreducible minimum that a court must do when a court does what a court does, ... a court is not to be a mere rubber stamp”.³⁵ To exercise the power of the Federal Court of Australia to enforce an arbitral award tainted by legal error would substantially undermine the institutional integrity of the Court.

28. Plaintiff’s Submissions at [57], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

29. Plaintiff’s Submissions at [57], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

30. Plaintiff’s Submissions at [75], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

31. Plaintiff’s Submissions at [76], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

32. Plaintiff’s Submissions at [77], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

33. Plaintiff’s Submissions at [57]–[59], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

34. Plaintiff’s Submissions at [64], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

35. Transcript of Proceedings, *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2012] HCATrans 277, 1009–1012 (B.W. Walker, SC).

The IAA impermissibly confers Commonwealth judicial power on arbitral tribunals

The second argument acted as a corollary of the first. Because courts are unable to refuse enforcement of an award even in circumstances where the award is tainted with legal error, the award, for the Plaintiff, is enforceable absent any independent exercise of judicial power.³⁶ It follows from the conclusiveness of the arbitral tribunal's determinations that the tribunal has been impermissibly vested with the judicial power of the Commonwealth. The power exercised by the arbitral tribunal in this case, enabled by the IAA, "featured many of the hallmarks of the judicial power".³⁷

Here, the Plaintiff analogised the legal operation of the IAA with the legal operation of the *Racial Discrimination Act 1975* (Cth) ("RDA") in the case of *Brandy v Human Rights and Equal Opportunity Commission* ("Brandy").³⁸ That case concerned powers of the Human Rights and Equal Opportunity Commission ("HREOC") – a non-judicial body – to make determinations regarding complaints of racial discrimination. Once a determination was made, provisions of the RDA created a process whereby the determination was registered with the Federal Court and, upon registration, the determination had the force of an order from the Court. In a unanimous decision, the High Court held that the automaticity of enforcement of the HREOC determination impermissibly vested the HREOC with judicial power. For the Plaintiff, Articles 35 and 36 of the IAA operate to similar effect.³⁹ Once a party has lodged an arbitral award with the Federal Court, the Court must enforce the award unless an Article 36 ground exists. Though, unlike in *Brandy*, the Court is still required to take action by making an order, "it is not an independent action".⁴⁰

Synthesis of intervener submissions and High Court analysis

Judicial power is an amorphous concept which defies clear delineation. There is no single combination of necessary or sufficient factors.⁴¹ Perhaps for that reason, there is precedent for the Plaintiff's approach of looking to historical practice in ascertaining the

36. Plaintiff's Submissions at [84], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

37. Plaintiff's Submissions at [40], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

38. *Brandy v Human Rights and Equal Opportunity Commission* (1995) 183 CLR 245 (Mason CJ, Brennan and Toohey JJ; Deane, Dawson, Gaudron and McHugh JJ agreeing).

39. Plaintiff's Submissions at [84]–[86], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

40. Plaintiff's Submissions at [86], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

41. *Attorney-General (Cth) v Alinta* (2008) 233 CLR 542 at 577 [93] (Hayne J; Gleeson CJ and Gummow J agreeing).

metes and bounds of judicial power.⁴² In *Thomas v. Mowbray*, Gummow and Crennan JJ stated that “legislation which requires a court exercising federal jurisdiction to depart in a significant degree from the methods and standards which have characterised the exercise of judicial power in the past may be repugnant to Ch III”.⁴³ In *R v Davison*, Kitto J took an originalist approach when, in determining whether a legislative power resided in the executive or the judiciary, stated that “the answer may often be found by considering how similar or comparable powers were in fact treated in his country at the time when the Constitution was prepared”.⁴⁴

The States engaged seriously in their written submissions with the proposition that consideration should be given to the ability of courts to examine errors of law on the face of arbitral awards at the time the framers were developing the *Constitution* and considering the meaning of “judicial power”. In so doing, they found the historical record wanting:⁴⁵

The power to review errors of law apparent on the face of an award was ... anomalous and unsatisfactory and was subject to criticism before 1901. In these circumstances the mere existence of certain powers in 1901 provides insufficient support to imply constitutional entrenchment of any particular jurisdiction with respect to arbitral awards.

Indeed, none of the historical grounds of challenge that existed in 1901 were “unwavering” features of the law.⁴⁶ For instance, error of law was a regretted exception to the finality of arbitral awards as early as 1854.⁴⁷ The Second Defendant, in similar vein, pointed out that curial review of arbitral awards has always been limited.⁴⁸

42. See, e.g., *Saraceni v Jones* [2012] HCA 38 at [2] (Gummow, Hayne and Bell JJ); *R v Davison* (1954) 90 CLR 353 at 369 (Dixon CJ and McTiernan), 382 (Kitto J).

43. *Thomas v Mowbray* (2007) 233 CLR 307 at 355 [111] (Gummow and Crennan JJ).

44. *R v Davison* (1954) 90 CLR 353 at 381 (Kitto J).

45. Attorney General for Victoria's Submissions at [19], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012. See also Attorney General for Queensland's Submissions at [23]; Attorney General for South Australia's Submissions at [23]–[29].

46. Attorney General for Victoria's Submissions at [5], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

47. *Hodkinson v Fernie* (1854) 3 CB (NS) 189 at 202 (Williams J): “The law has for many years been settled, and remains so at this day, that, where a cause or matters in difference are referred to an arbitrator, whether a lawyer or a layman, he is constituted the sole and final judge of all questions both of law and of fact... The only exceptions to that rule, are, cases where the award is the result of corruption or fraud, and one other, which, *though it is to be regretted*, is now, I think, firmly established, viz. where the question of law necessarily arises on the face of the award, or upon some paper accompanying and forming part of the award. Though *the propriety of the latter may well be doubted*, I think it may be considered as established” (emphasis added).

48. Second Defendant's Submissions at [26]–[31]; [44], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

The Chief Justice and Gageler J were more perfunctory in addressing the appeal to history as a determinant of the scope of supervisory jurisdiction over arbitral awards: “Not every common law rule reflected well on common law courts. Very few common law rules were the manifestation of some fundamental characteristic of judicial power.”⁴⁹ In any case, at Federation, parties to an arbitration agreement were able to submit a question of law for the determination of an arbitral tribunal. The determination of the tribunal in such instance was binding on the parties and was enforceable in a common law court irrespective of any error of law appearing on the face of the arbitral award.⁵⁰ Assuming discrete questions of law were not posed to the tribunal, and review for errors of law on the face of the award was available to courts, the Privy Council described this power in 1979 as “an accident of legal history”.⁵¹ The Justices thus concluded that the common law rule “served no systemic end, and was a ‘defining characteristic’ neither of judicial power nor of any court”.⁵²

Comparison with other jurisdictions strengthens this observation. The Attorney-General for Western Australia noted in written submissions that other jurisdictions “with traditions and constitutional arrangements similar to those of Australia” have also adopted Articles 35 and 36 of the Model Law or its cognate in Article V of the New York Convention,⁵³ including the United States⁵⁴ and Canada.⁵⁵ The Attorney-General for Queensland added that neither jurisdiction has applied error of law on the face of an award as a ground for the setting aside of an award.⁵⁶

This conclusion is further reinforced by the fact that Australian courts similarly enforce foreign judgments under the *Foreign Judgments Act 1991* (Cth) without reopening or enquiring into the merits of the original underlying dispute, even if the court might have had jurisdiction to decide it, a point made by multiple State Attorneys-General.⁵⁷ The High Court has previously spoken on this issue. In reference to the registration of foreign judgments in State Supreme Courts and in the Federal Court, Gummow J opined in *Re Macks; Ex parte Saint* that “[t]he functions performed by courts of federal jurisdiction under such

49. *TCL Air Conditioner* at [35] (French CJ, Gageler J).

50. *Id.* at [36]; *Melbourne Harbour Trust Commissioners v Hancock* (1927) 39 CLR 570.

51. *Max Cooper & Sons Ltd v University of New South Wales* [1979] 2 NSWLR 257 at 262.

52. *TCL Air Conditioner* at [38] (French CJ, Gageler J).

53. Attorney-General for Western Australia’s Submissions at [24]–[27], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

54. Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 207.

55. The Model Law has been adopted by all Provinces. See, e.g., in the case of Alberta, the *International Commercial Arbitration Act*, RSA 2000, c 1-5.

56. Attorney-General for Queensland’s Submissions at [26], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

57. Attorney-General for New South Wales’ Submissions at [63]–[64]; Attorney-General for Victoria’s Submissions at [30]; Attorney-General for Queensland’s Submissions at [16], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012. See also *Ashjal Pty Ltd v Alfred Toepfer International (Australia) Pty Ltd* [2012] NSWSC 1306 at [85] (Stevenson J).

laws of the Commonwealth or the States are not incompatible with the exercise of judicial power of the Commonwealth of those courts.”⁵⁸

Finally, against the error of law argument, the Attorney-General of NSW noted that accepting the existence of a general requirement that a court have “scope for reviewing substantively” the law and facts underlying an arbitral award would necessarily extend also to other settled non-curial decision-making processes, such as expert determinations and the constitutional validity of tax assessments under Commonwealth taxation legislation.⁵⁹ A determination of an expert valuer is treated as final and binding even though the determination may have been infected with error,⁶⁰ and the Deputy Commissioner of Taxation may issue a notice of assessment which is definitive as to the amount of tax owing without offending the *Constitution*.⁶¹

As to the argument that the Federal Court lacks decisional independence under the Model Law, the High Court noted that there remains a “multiplicity of circumstances” in which a court can refuse to enforce or to set aside an award, such as for reasons of public policy or lack of subject matter jurisdiction. “Those provisions are protective of the institutional integrity of courts in the Australian judicial system which are called upon to exercise jurisdiction under the IAA”.⁶²

The treatment of the Plaintiff’s second constitutional argument by the High Court may be of most comfort to the arbitration community. The Court observed that the submission “reflected a failure to acknowledge the consensual foundation of private arbitration which governs the relationship between private arbitration and the courts”. It is often noted that, unlike courts, arbitral tribunals lack coercive powers. The coercive apparatus of the state must be invoked, through the judiciary, to realise the rights declared and contained in an arbitral award. But there is a further, fundamental difference between courts and tribunals. In a dispute before a court, one party typically hales the other before the judicial body. Other than by some abstract notion of tacit consent founded in social contractarianism, the defendant has not consented to the jurisdiction of the court and her consent or lack thereof is of no consequence. Judicial power is “exercisable, on application, independently of the consent of those whose legal rights or legal obligations are determined by its exercise”.⁶³ Decisions are made “against the will of at least one side, and are enforced upon that side *in invitum*”.⁶⁴ By contrast, consent to arbitration is a foundational pillar of the arbitral process.

58. *Re Macks; Ex parte Saint* (2000) 204 CLR 518 at [208] (Gummow J) (citations omitted).

59. Attorney-General for New South Wales’ Submissions at [59]–[61], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

60. *Legal & General Life v A Hudson* (1985) 1 NSWLR 314 at 335D–336A per McHugh JA, cited in the Attorney-General for New South Wales’ Submissions at [8], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

61. *Deputy Commissioner of Taxation v Richard Walter* (1995) 183 CLR 168.

62. *TCL Air Conditioner* at [28] (French CJ, Gageler J).

63. *TCL Air Conditioner* at [103] (Hayne, Crennan, Kiefel and Bell JJ).

64. *Waterside Workers’ Federation of Australia v JW Alexander Ltd* (1918) 25 CLR 434 at 452.

Thus, an arbitral award is the “ultimate product of the parties’ agreement to submit their differences or dispute to arbitration”.⁶⁵ Failing such agreement, arbitrators “cannot by their own decision ... create or extend the authority conferred upon them”.⁶⁶ As the Attorney-General for Western Australia noted, “[p]arties do not have to agree to refer disputes to arbitration.”⁶⁷ The High Court thus set out defining characteristics of each adjudicative system: judicial power rests on coercion; arbitral power rests on party autonomy, expressed through voluntary agreement.

Concluding remarks

In retrospect, the challenge brought by *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd* was destined to fail. Six attorneys-general, leading arbitral institutions, and luminaries of the Victorian and NSW bars lined up to assure the High Court of the constitutionality of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and its enactment in Australia. In so doing, they explored fundamental characteristics of judicial and arbitral power.

Judicial power stems from its sovereign and governmental function in a constitutional system defined by the separation of powers between judiciary, legislature, and executive. It is of its nature coercive. By contrast, arbitral power relies for its existence on the private, voluntary agreement of parties. The scope and existence of jurisdiction of an arbitral tribunal rises and falls on the presence of party consent. Parties choose this method of adjudication because, as section 39(2) of the IAA reminds both us and enforcing courts, arbitration is an “efficient, impartial, enforceable and timely method by which to resolve commercial disputes”. With efficiency comes an appreciable risk that arbitral awards may be infected with errors of law, but parties are taken to know and understand this risk, and to nonetheless consent to arbitrate.

The High Court’s decision in *TCL Air Conditioner* was also a death knell for judicial parochialism as regards international commercial arbitration. Indeed, the Court was clearly influenced by the observations that “[t]he New York Convention is adhered to by over 140 Contracting States”⁶⁸ and the Model Law is to be interpreted taking into account “its international origin and the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith”.⁶⁹ With this decision, the High Court completed the Commonwealth’s embrace of international norms for the resolution of international commercial disputes.

65. *TCL Air Conditioner* at [110] (Hayne, Crennan, Kiefel and Bell JJ).

66. *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Pakistan* [2011] 1 AC 763 at 810 [24], cited in *TCL Air Conditioner* at [12] (French CJ and Gageler J).

67. Attorney-General for Western Australia’s Submissions at [22], *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* [2013] HCA 5, No. S178 of 2012.

68. *TCL Air Conditioner (Zhongshan) Co Ltd v The Judges of the Federal Court of Australia* (2013) 251 CLR at [7].

69. Model Law Article 2A(1).

ARBITRATION AND THE CONSTITUTION OF PANAMA

REBECA E. MOSQUERA¹

ALEJANDRO E. CHEVALIER²

1. Rebeca is a senior associate in the international arbitration practice at Reed Smith's New York office. She has been described as "*definitely one of the names to be considered for arbitration in the U.S.*" Rebeca represents sovereign states and private companies in international commercial and investment arbitration disputes under the ICSID Convention, the ICSID Additional Facility arbitration rules, the ICC arbitration rules, the ICDR, UNCITRAL and *ad hoc* proceedings. Rebeca is a double qualified attorney to practice law in the State of New York and the Republic of Panama.

Rebeca has received several awards and recognitions for her work in international arbitration. She has been recognized by *Best Lawyers* as an attorney "*To Watch*". Who's Who Legal recognizes Rebeca as one of the "*most recognized*" lawyers in international arbitration in the Americas, as well as a Thought Leader of the Global Elite for her extraordinary work in international arbitration.

She serves as a member of the board of directors of ArbitralWomen and as a regional representative of the International Chamber of Commerce Young Arbitrators Forum for North America. Rebeca also serves as an arbitrator.

Clients describe Rebeca as "*a tremendous professional who can work under pressure and lead complex teams and cases*" and who "*possesses a thorough knowledge of the arbitration process and is able to devise the right strategy depending on the case at hand.*"

2. Alejandro regularly represents energy, construction, transportation, ports, mining, and telecommunications service providers in complex commercial and investment disputes and in their respective negotiations. As an Associate at Morgan & Morgan Legal (Panama City, Panama), he specializes in matters related to the resolution of disputes, as well as in litigation and arbitration proceedings contemplated, on the one hand, under Panamanian law before the different arbitration centers of the Republic of Panama, and, on the other hand, involving the law of multiple jurisdictions under international arbitration rules such as ICSID, UNCITRAL, ICC, and ICDR. Likewise, Alejandro constantly participates as a lawyer in proceedings for the enforcement and annulment of arbitral awards, and in matters related to precautionary or emergency measures before civil courts and arbitration panels.

Alejandro gained professional experience for approximately three years at the firms Akerman LLP and Hogan Lovells US LLP, in Miami, Florida. He obtained a bachelor's degree in Law and Political Science (Summa Laude) from the *Universidad Santa María La Antigua* in Panama. In

I. Introduction

Throughout its history, arbitration in Panama has been widely used in international commercial disputes, particularly in shipping and maritime law, construction, and banking. Panama's legal system and infrastructure, including its well-developed telecommunications and transportation systems, have made it an attractive location for international arbitrations.

Indeed, in recent years, Panama has become a popular choice for international arbitration, particularly in Latin America. The country has a modern and efficient arbitration system, and it is a signatory to several international conventions on arbitration, including the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.

Panama is also a strategic location in Central America. The country has a well-established arbitration community with several organizations and institutions dedicated to promoting and developing arbitration in the country. These include the International Chamber of Commerce – Panama (*ICC Panama*), the Conciliation and Arbitration Center (*CeCAP*), the Dispute Resolution Center at the Panamanian Chamber of Construction (*CAPAC*), Conflict Resolution Center (*CESCON*), among others. Similarly, Panama has a sophisticated body of attorneys at the Ministry of Economy and Finance, who defend the country in Investor-State Dispute Settlement (*ISDS*). In addition, Panama is a neutral country and does not have any history of international conflicts, which makes it a more desirable location for international arbitrations.

The current Panamanian Arbitration Law was enacted based on international arbitration standards, which made it possible for the Republic of Panama to be classified as an attractive arbitral seat. However, the promulgation of this modern arbitration legislation followed several legal controversies stemming from the roles that arbitrators and judges played in imparting justice while protecting fundamental rights enshrined by the Panamanian Political Constitution. To present day, the interplay between the legal principles contained in Law 131 of December 31, 2013 and the Political Constitution continues to catalyze controversies related to arbitration matters and the protection of constitutional guarantees. Caselaw continues to develop in this sense, supported by doctrine and jurisprudence from exemplary pro-arbitration jurisdictions.

addition, he studied international law at the *Universidad Pontificia de Comillas ICADE-ICAI* in Madrid, Spain. And finally, he earned master's degrees in law focused on business and international arbitration at New York University and the University of Miami. Alejandro is admitted to practice law in the State of New York, USA and in the Republic of Panama. He has full command of Spanish and English and is advanced in French

II. The evolution of panama's arbitration legal framework

A. *The Panamanian Judicial Code and the Decree-Law No. 5 of July 8, 1999*

The Panamanian Judicial Code was the first instrument that regulated arbitration in the Republic of Panama. Decree-Law No. 5 of July 8, 1999 (*Decree-Law of 1999*), which established the General Arbitration, Conciliation and Mediation Regime in Panama subsequently replaced the previous iteration contained in the Judicial Code. The inception of the Decree-Law of 1999 used as a reference the text of the Arbitration Model Law of the United Nations Commission for International Trade Law (*UNCITRAL*) and the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (*ICC*). Certainly, the Decree-Law of 1999 was the first specialized law on arbitration in the Republic of Panama.

However, the Decree-Law of 1999 faced initial obstacles, causing some of its articles to be declared unconstitutional because of its conflicts with the 1972 Panamanian Constitution (*1972 Constitution*). Indeed, on December 13, 2001, the Plenary of the Supreme Court of Justice of Panama declared the first and third paragraphs of Article 17 unconstitutional. The Court considered that these paragraphs violated Article 32 of the 1972 Constitution by limiting the effective Judicial Protection or Due Process because Article 17 of the Decree of 1999 granted the arbitrators the power to decide on their competence, consequently restricting access to the ordinary courts of justice.

Traditionally, under the concept of the unavailability of public interests, it is common to find in several States rules that prohibit or limit the right of the State to settle its disputes and submit them to arbitration. In the case of Panama, this type of restriction is currently provided for in Article 200(4) of the Constitution, which establishes that it requires the approval of the Cabinet Council and a favorable concept of the Attorney General of the Nation so that the State can submit to arbitration by compromise (*post litem natam*) the litigious matters in which the State is a party. In accordance with the terms of Article 200(1) of the Constitution, the Article 200(4) approval requirement does not apply to arbitration agreements contractually agreed to by the State (in arbitration clauses), which shall be effective in and of themselves.

This additional provision results from a constitutional amendment that has the effect of annulling a judgment of the Supreme Court of Justice. By interpreting Article 195(4) as a rule that applies to any arbitration agreement, this judgment declared unconstitutional Article 7 of the Decree-Law of 1999 that established – as established today in Article 14 of the Arbitration Law – the validity of the arbitration clauses agreed by the State.³

Similarly, on June 11, 2003, the Supreme Court declared unconstitutional the last section of the second paragraph in Article 7 of the same Decree-Law.

Article 7 stated, in relevant part, the following:

3. C. Arrue, *La reglamentación específica del arbitraje internacional en Panamá*, Editorial Mizrachi & Pujol.

The arbitration agreement is how the parties decide to submit to arbitration the controversies that arise or that may arise between them from a legal relationship, whether contractual or not.

The submission to arbitration agreed upon by the State, the autonomous entities, semi-autonomous entities, including the Panama Canal Authority, regarding the contracts they sign in the present or future is valid. Likewise, they may resort to international arbitration when an international treaty or convention establishes the capacity of the State and other public persons. The arbitration agreement thus established will be effective by itself and will not require the approval of the Cabinet Council and the favorable opinion of the Attorney General of the Nation.

(Emphasis added.)

In turn, Article 195 numeral 4 of the 1972 Constitution established that:

The functions of the Cabinet are:

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. *Agree with the President of the Republic that he may submit to arbitration litigious matters in which he is a party, for which the favorable opinion of the Attorney General of the Nation is necessary.*

The Court reasoned that the last section of the second paragraph of Article 7 of the Decree-Law of 1999 was unconstitutional because the 1972 Constitution expressly indicated the guidelines that must be followed to submit to arbitration litigious matters in which the State was a party. In the case of Article 195, numeral 4, of the Constitution in force at that time, the approval of the Cabinet and the favorable opinion of the Attorney General of the Nation had to be obtained to submit to arbitration those matters in which the State might be a party.

However, the Court found that Article 7 of the Decree-Law of 1999 did not violate numeral 16 of Article 153 of the 1972 Constitution because if the Legislative Branch does not immediately review the Decree-Laws issued by the Executive Branch, it did not mean that these Decree-Laws were null or their validity questionable. This is because Article 153 empowered the Legislative Branch to, at any time and on its initiative, repeal, modify or supplement, without limitation, the Decree-Laws issued by the Executive Branch.

Given the final, definitive, and binding nature of the decisions of the Supreme Court of Justice in the exercise of constitutional review, norms declared as unconstitutional could not be reintroduced into the system unless the constitution was modified, which was unlikely due to the rigid nature of Panama's Political Constitution. However, the decisions of

2001 and 2003 provoked a quick and forceful reaction from the legislator, in his capacity as creator of constitutional norms.

In fact, taking advantage of the introduction of the constitutional changes of 2004, two changes were enshrined in the new constitutional text that directly attacked the decisions of the Court from 2001 and 2003: (i) the resurrection and elevation of the *kompetenz-kompetenz* principle that would be untouchable, since it emanates directly from the Constitution (Article 201); and (ii) the express clarification in the Constitution that the approval of the Cabinet Council with the President of the Republic and favorable opinion of the Attorney General of the Nation is necessary only to submit to arbitration the matters to which the State is a party, reducing this requirement to cases in which a commitment is agreed *post litem natam*.

B. The 2004 Amendments to the 1972 Constitution

The rigid scheme of the 1972 Constitution made it almost impossible to include an efficient arbitration model in Panama. Consequently, in 2004, the Panamanian government modified the Constitution and included arbitration at the constitutional level.

First, as advanced *supra*, numeral 4 of Article 200 of the 1972 Constitution, as amended in 2004 (*Amended Constitution*), established that the President and the Ministers may decide jointly with the President of the Republic to submit the State to arbitration in claims where the State is a party, subject to the favorable opinion of the Attorney General of the Nation. Furthermore, Article 202 of the Amended Constitution stated, in relevant part, that:

*The Supreme Court of Justice, the tribunals, and the courts the law establishes constitute the Judicial Organ. The administration of justice may also be exercised by the arbitral jurisdiction as determined by the law. The arbitral tribunals may know and decide for themselves about their jurisdiction.*⁴

One key component derived from Article 202 is that the administration of justice could also be exercised in arbitration. In addition, arbitration tribunals could decide on their jurisdiction. Indeed, this modification to the 1972 Constitution allowed the arbitral tribunal to function without another court questioning the legitimate right of the parties to submit their dispute to a third party or neutral person appointed by them to decide their dispute.

In a recent decision of the Supreme Court of Panama of August 8, 2022, the Court reinforced the importance of Article 202 in the following terms:

From the reading of article 202 of the Political Constitution, when saying arbitration is a different jurisdiction appropriate and suitable for administering justice, it corresponds to conclude that the arbitrators fulfill a function substantially identical to that of state

4. In the 1972 Constitution, before the 2004 amendments, Article 202 was Article 199. Article 199 read: “The Supreme Court of Justice, the tribunals, and the courts established by law constitute the Judicial Organ.”

judges because it corresponds to them “to say or declare the Law”; their judgments are binding and definitive concerning the conflict that they must decide; generating an act vested in authority, as a consequence of the power attributed by the Political Constitution and the Law to functionally impartial bodies, which produce maximum certainty about the object of the process.

In other words, the decisions issued by the arbitrators have the effect of res judicata, which allows, by the rule of law, their execution. However, it must be assisted by the “imperium” of ordinary judges or courts but attentive to the principle of minimum intervention.⁵

The elevation of the arbitral jurisdiction to the constitutional level is paramount. For the first time, Panama recognized and acknowledged the role of arbitration as a valid alternative to the traditional court system for resolving disputes. It also means that the State is committed to protecting parties’ rights in arbitration proceedings and ensuring the impartiality and independence of arbitrators.

It is important to note that the Panamanian Constitution establishes that the judicial power is exercised by the Supreme Court, by the Circuit Courts and by the lower courts and tribunals. The judicial power also includes the arbitration jurisdiction. However, the arbitration tribunals are not part of the judicial branch but are independent bodies that resolve disputes following the rules agreed upon by the parties.

By means of a judgment of October 7, 2005, the Supreme Court of Justice declared the unconstitutionality of Article 36 of the Decree Law of 1999 on the waiver of the remedy of annulment for violation of Articles 19 and 32 of the Constitution that deal with the principle of equality before the law and the right to due process (in particular, the right to challenge). In the past, the Supreme Court of Justice has declared the admissibility of actions for protection of constitutional guarantees against decisions of arbitral tribunals, thus assimilating arbitrators to public officials under Article 54 of the Constitution by grace of the inclusion of arbitration within the administration of justice in the Constitution. In the exercise of this power, the Supreme Court of Justice has attributed to itself in the past the power to annul not only arbitral awards, but also acts of determination of cause and purely interlocutory procedural orders.

The arbitrator, rightly assimilated to a public official, is subjected in Panama to the rigors of *amparo* actions. As will be described *infra*, the legislator tried to remedy this situation by introducing Article 66 to Law 131 of December 31, 2013 (*Panama Arbitration Law*), which states: “It is understood that the remedy of annulment of the award is the only specific and suitable way to protect any constitutional right threatened or violated in the course of the arbitration or in the award.” Clearly, the legislator tried to exclude *amparo* in arbitration matters. This well-intentioned provision generally has a psychological impact on Supreme Court justices who are likely to understand that arbitrators are not public officials. However, as evidenced by a recent constitutional challenge which will be described

5. Supreme Court of Justice – Plenary – Panama, August 8, 2022, pp. 33-34.

infra, from the legal point of view, it is difficult to conceive that these legislative norms can affect the constitutional norms that underpin the *amparo*.⁶

In 2006, in light of the Constitutional Reforms of 2004, Law 15 of May 22, 2006, was approved, modifying, adding, and restoring articles of Decree-Law of 1999, including those provisions previously declared unconstitutional.

C. *Law 131 of December 31, 2013 – Current Panamanian Arbitration Law*

For the development of the Panama Arbitration Law, the UNCITRAL guidelines and the Arbitration Rules of the ICC were used as a reference. Principles contained in the modern arbitration legislation of countries with experience in international arbitration, such as Spain, France, Peru, Mexico, and Costa Rica, among others, were also included.

The Panama Arbitration Law maintains a monistic model, understanding that international and domestic law norms form a single legal system. That is, the same law applies to national and international arbitrations.

Some of the critical aspects of the Panama Arbitration Law include:

- i. **Recognition and enforcement of arbitral awards:** The Arbitration Law provides for recognizing and enforcing the arbitral award under the 1928 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.
- ii. **Appointment of arbitrators:** The Arbitration Law provides for the appointment of arbitrators fairly and impartially and allows the parties to have a say in the selection of arbitrators.
- iii. **Conduct of the proceedings:** The Arbitration Law provides for the conduct of arbitration proceedings fairly and efficiently and allows for the taking of evidence and examining witnesses.
- iv. **Confidentiality:** The Arbitration Law provides for the confidentiality of arbitration proceedings, unless otherwise agreed by the parties or required by law.
- v. **Finality and binding:** The Law provides that arbitral awards are final and binding and can only be challenged on limited grounds, such as fraud or lack of jurisdiction.

The Arbitration Law also allows for emergency arbitration and other specific provisions to make the arbitration process more efficient.

The Panama Arbitration Law of 2013 has generally been seen as a positive development for Panama in terms of its international commercial arbitration framework. The adoption of the UNCITRAL Model Law and the incorporation of other international conventions

6. C. Arrue, *Contexto y Política Jurídica detrás de la Ley de Arbitraje de Panamá*, ICMAR, Revista de Mediación y Arbitraje Internacional (2016).

into the Panamanian legal system has helped to establish Panama as a more attractive destination for international commercial arbitration.

Some benefits that have been attributed to the Panama Arbitration Law include:

- i. Enhancing the legal certainty and predictability of international commercial arbitration in Panama.
- ii. Improving the efficiency and effectiveness of the arbitration process.
- iii. Facilitating the recognition and enforcement of arbitral awards in Panama and abroad.
- iv. Attracting more international commercial arbitration to Panama.
- v. Strengthening Panama's position as a regional hub for international trade and commerce.

It is important to note that the success of the Arbitration Law in Panama also depends on its proper application and the level of expertise of the professionals, arbitrators and institutions administering the arbitration process. Indeed, Panama has it all; as noted earlier, Panama has a large and well-established community of sophisticated professionals in the arbitration space, as well as a sophisticated body of attorneys at the Ministry of Economy and Finance who defend the country in ISDS. The country is also fully engaged in providing opportunities to younger generations of arbitrators, demonstrated by the different local organizations catering to these groups.⁷

Law 131 of 2013 has been a positive step forward for Panama in terms of its international commercial arbitration framework and has contributed to the strengthening of Panama's position as an important center for international trade and commerce.

III. Practical effects of recent supreme court actions surrounding the arbitration legal framework and the constitution

A. *Unconstitutionality of Tax Arbitration*

By means of Resolution of August 8, 2022, the Plenary of the Supreme Court of Justice of Panama declared unconstitutional certain provisions related to arbitration procedures incorporated into Law No. 76 of February 13, 2019, by which the Tax Procedure Code of the Republic of Panama (the *Tax Procedure Code*) was approved.

A declaration of unconstitutionality was sought from the Plenary with respect to certain provisions of the Tax Procedure Code because these allegedly configured a new and unconstitutional private arbitration system in which the Third Chamber of the Supreme Court of Justice was excluded, in its function as the highest Administrative Court, of the

7. See, e.g., Panama Young Arbitrators - <https://www.linkedin.com/company/panyarb/about/>.

knowledge of tax administrative acts of amounts greater than B/. 100,000.00; thus, eliminating the institutional role that the Attorney General has had in this process since 1943.

As is visible from the Resolution under discussion, the Office of the Attorney General of the Administration, among others, argued, that the Third Chamber of the Supreme Court of Justice is the natural forum for the annulment of an administrative act as tax administrative acts emanating from the General Directorate of Revenue, and that the State, as an entity of Public Law, cannot submit any right arising from a controversial issue in tax matters to arbitration, because this matter is fundamentally about the taxing power of the State.

The Resolution, after an interesting historical account of the development of arbitral jurisdiction in Panama, provides, relevantly, the following:

- With respect to public order as a limitation of arbitrable matters, and responding promptly to the question, “are taxes arbitrable matter?”, the Plenary of the Supreme Court of Justice has dictated: “its collection occurs as part of the power of empire of the State, whose foundation and obligation is not generated from the autonomy of the will of the parties (contractual source) but from the Law”. Therefore, it can be “concluded that it cannot be agreed to compromise on the determination (fixation), liquidation, imposition, capacity, and collection of taxes of any kind.” The Plenary determined that arbitration is allowed in legal ties that occur in contexts of contracts, through the autonomy of the will, not being the taxes product of agreement of wills. **That is, taxes, established by law and not by agreements of wills, cannot be considered arbitrable, by their very nature.**

- The Plenary also emphasized that an Arbitral Tribunal determines its own jurisdiction, based on the principle of *kompetenz-kompetenz*, therefore, the challenged rules distort this arbitration principle by limiting the jurisdiction of tax arbitrations to a certain amount and specific matter.

- The Plenary indicated that administrative matters are those related to actions that are related to the management of **public interests that the legal system has entrusted to a particular administrative entity**. In addition, the Plenary indicated that in this case “the object of the arbitration debate falls directly on patrimonial assets of the State and public persons”, *i.e.* unavailable assets.

- Any regulation that grants optionality to a single party, in this case the taxpayer, to resolve matters of exclusive competence of the Contentious-Administrative headquarters, in this case the tax power of the State, through arbitration, could be understood as a “helplessness of public order”, in the words of the Plenary. The Plenary identified through this Resolution that any arbitration clause that obliges the State to adhere to an arbitration clause in a mandatory manner and not of its own will would be unconstitutional. Specifically, the Plenary established that numeral 4 of Article 200 of the Constitution does not contemplate domestic tax arbitrations in the way it is written.

B. *The Challenged Exclusive Remedy of Annulment in Light of the Amparo*

A Claim of Unconstitutionality was recently filed before the Supreme Court of Justice for the purposes of declaring unconstitutional the last paragraph of Article 66 of the Panama Arbitration Law, which states as follows:

“Article 66. Action for annulment. An arbitral award may be appealed to a court only by means of an application for annulment in accordance with the following Article. This remedy constitutes the only means of challenging the award and aims to review its validity on the grounds exhaustively established in the following article.

The appeal is resolved by declaring the validity or nullity of the award.

It is understood that the remedy of annulment of the award is the only specific and appropriate means of protecting any constitutional right threatened or violated in the course of the arbitration or in the award.” (The highlight is ours).

The Claimant considers that the last paragraph of the legal provision transcribed above directly violates by commission the provisions of Articles 32, 206 (numeral 1), and 215 of the Political Constitution of the Republic of Panama.

The present constitutional action is not the first time that, with essentially identical arguments, an attempt is made to attack the constitutionality of the last paragraph of Article 66 of the Panama Arbitration Law. The Plenary of the Supreme Court of Justice has already expressed itself clearly, regarding the constitutionality of Article 66 of Law 131 of 2013, when in a judgment of September 30, 2015, it stated the following:⁸

“From the development carried out, in the specific case under study, there is no contradiction between Article 25 of the American Convention on Human Rights, in accordance with Articles 4, 17 and 54 of the National Constitution, and Articles 66 and 67 of Law No. 131 of December 31, 2013, on commercial arbitration. This, since our Magna Carta, in a subsequent norm (art.202), provides that the arbitral jurisdiction will exercise the administration of justice in accordance with what is determined by the law and the legal system that regulates the matter -Law No. 131 of December 31, 2013- has provided, in its article 66, the request for annulment of the award before the Fourth Chamber of General Business of the Supreme Court of Justice “to protect any right threatened or violated in the course of the arbitration or in the award”. Reiterating that in the cases contemplated by paragraphs 2 and 4 of article

8. Before the Plenary of the Supreme Court of Justice, Mr. Carlos Eugenio Carrillo Gomila, on behalf of Las Brisas de Amador, S.A., has filed an action for *amparo* of constitutional guarantees, against Order No. 1 (precautionary measure) of May 29, 2014, issued by the arbitral tribunal of the Conciliation and Arbitration Center of Panama (CECAP). Reporting Magistrate: José E. Ayú Prado Canals, Panama, thirty (30) of September of two thousand and fifteen (2015).

67, the charges formulated by the amparista society are framed and satisfied, which allude, basically, to not having been able to assert their rights and that the arbitration procedure did not conform to the law.

Article 54 of the Basic Law provides for a remedy to safeguard the constitutional rights and guarantees, summary proceedings and jurisdiction of the courts.⁹ Article 25 of the American Convention on Human Rights, for its part, provides for a simple and rapid remedy against acts that violate fundamental rights, to be provided before the competent judges or courts. *In the opinion of this Plenary, the regulation adopted by Articles 66 and 67 of Law No. 131 of December 31, 2013, “to protect any constitutional right threatened or violated in the course of arbitration or in the award”, meets and satisfies the requirements of the aforementioned constitutional and conventional provisions, regarding the protection of fundamental rights, for the specific case raised. Thus, in law it is appropriate that this Plenary refrains from hearing the action for protection of fundamental rights tested by Las Brisas de Amador, S.A., on the occasion of the proceedings of the arbitral tribunal within the Arbitration Process proposed against it by Vikingo Joint Ventures, Inc. and Vikingo Overseas, Inc.”* (Emphasis added).

As can be seen, the Plenary of the Supreme Court of Justice has already stated and cemented, a clear criterion, and without a shadow of doubt, that Article 66 of Law 131 of 2013, (emphasizing precisely in the last paragraph of said norm), “*complies with and satisfies the requirements*” of the “*constitutional and conventional provisions, in matters of protection of fundamental rights*”.

Although, an Arbitral Award Annulment Request does not constitute an *Amparo* of Constitutional Guarantees, nor an Action of Unconstitutionality – since, by its nature, the decisions of an Arbitral Tribunal are not subject to this type of action – the Annulment Request does protect (and the Fourth Chamber of the Supreme Court of Justice is empowered to do so), any constitutional right threatened or violated, within the course of the arbitration process or the issuance of the arbitral award.

Regarding the protections of constitutional guarantees, Liliana Sánchez, Director of the Conciliation and Arbitration Center of the Chamber of Commerce and Industries and Agriculture of Panama, has highlighted in the Latin American Arbitration Association (ALARB) Magazine, on Arbitration and the Constitution, some of the criteria of the Panamanian Supreme Court of Justice in relation to *amparos* against acts of arbitral tribunals:

9. Political Constitution of the Republic of Panama, Art. 54 (“Any person against whom an order to do or not to do is issued or executed by any public servant that violates the rights and guarantees enshrined in this Constitution shall have the right to have the order revoked at his or her request or that of any person. The remedy of *amparo* of constitutional guarantees referred to in this article shall be dealt with by summary procedure and shall be within the jurisdiction of the judicial courts.”).

“(i) Arbitrators are not public officials

As arbitration has permeated the local forum, the criterion of considering arbitrators as public servants while they are exercising the jurisdictional function entrusted to them by law, changed towards the opposite and largely favorable tendency to arbitration.

By Judgment of July 10, 1998, the Plenary of the Supreme Court stated that the quality of public officials of the arbitrators would not be acceptable either, because the inclusion of them in article 3 of the Judicial Code is as of private persons who participate in judicial functions; therefore, although they exercise these functions, they do so as individuals and this does not mean that they are part of the Judicial Branch, since they are not appointed as members of that Organ nor do they receive remuneration from the State. This is fully clarified by the second paragraph of article 3 of the Judicial Code, which recognizes that the administration of justice, in special cases, will be exercised, among others, by arbitrators participating “in the jurisdictional functions, without this including such persons as part of the Judicial Branch”.

The Supreme Court has followed the trend of Spanish doctrine, in observing the arbitral award as an act that does not emanate from any public power and therefore, can only be examined in amparo violations of fundamental rights and freedoms when such violations have been made during the judicial process. This criterion has been maintained over time, as a procedural requirement, arbitrators are not public officials therefore amparos filed against them are not admissible. Despite this, as has happened with the Actions of Unconstitutionality on acts of authority, in some decisions of the Court a proposal has been made to admit amparos even if the petitioner does not meet formal requirements for their admissibility, that is, the action emanates against an act of an arbitral tribunal without the category of public servant; this leaves open the possibility that in the event of an obvious and exceptional event such as the seriousness of the charges presented by the claimant, flagrant violation of fundamental guarantees, purpose of avoiding the defenselessness of the party alleging the right and the need to obtain an expeditious, immediate, and effective judicial response, under the effect of making it more flexible when it is evident and necessary (...)

(ii) Amparo is not the ideal way to invoke a violation of due process.

Another criterion that has been reiterated by the Court is the fact that amparo is not an ideal way to invoke violation of due process, since claims for defective procedural actions must be addressed, through the Remedy of Annulment of the award. This criterion has had strong jurisprudence, when the Court points out that: “The pronouncement of the Plenary does not intend to ignore that in arbitration processes actions that could violate due process may arise; However, there are our own means of challenge, such as the action for annulment of awards, to which the amparista must resort with preference, and which, in our opinion, allows claims to be exercised for defective procedural actions, violating due process or other fundamental rights.”

The Court has given a boost to the arbitral jurisdiction, in relation to the outcome of the process or award, in those situations where one of the parties invokes lack of due process and violation of constitutional guarantees through an Amparo Action, considering that constitutional control in arbitration matters must have a clear limit, since it is not possible to review arbitral decisions through the action for the protection of constitutional guarantees, if the law provides for a mechanism of censorship that provides, precisely, the jurisdictional response required by the plaintiff, which is the remedy of annulment contemplated by the Law.”¹⁰

Another important point discussed in this unconstitutionality action has to do with the fact that the right of autonomy of the will of the parties is also a constitutional right and through this principle, the parties decide voluntarily, that their disputes – which can be submitted to arbitration because they are freely available – are resolved, under a method of conflict resolution alternative to litigation. In this use of their powers, the parties have also, voluntarily, accepted a single control, and that is that, an Arbitral Award Annulment Request is the only avenue the parties to an arbitration have to try to annul the decision resulting from the arbitration process. In this sense, annulment proceedings do not only protect arbitration users from an internationally recognized exhaustive list of circumstances affecting due process, but also protects them from any violation of constitutional rights in the course of arbitration proceedings.

In relation to the complementing roles of arbitration and the protection of fundamental rights by the judicial system, Francisco González de Cossío in the Prologue of the 2020 ALARB Magazine stated the following:

“... one can be a supporter of guaranteeism, feel stimulated by neo-constitutionalism, enthusiastic about the expansion of constitutional and conventional protection, both national and supranational, and convinced of the importance of fundamental rights and constitutional courts, and still defend the notion that they should not interfere in – let alone obstruct – arbitration processes. The reason: each plays an important and different—and complementary—role...”¹¹

This unconstitutionality claim is currently pending. A decision by the Supreme Court of Justice in this case will certainly prove controversial in the sense of either prohibiting the protection of constitutional guarantees in arbitration proceedings through means of *amparo* actions - a symbolic constitutional action in many civil law jurisdictions - or allowing *amparo* actions in this sense and potentially harming the celerity of arbitration proceedings seating in the Republic of Panama.

10. Journal of the Latin American Arbitration Association – ALARB, Arbitration and Constitution (2020), p. 291.

11. Journal of the Latin American Arbitration Association – ALARB, Arbitration and Constitution (2020), p. 16.

IV. Conclusion

The Panama Arbitration Law, as well the Panamanian Political Constitution, complement each other in determining the continuously evolving framework encompassing arbitration proceedings in Panama. As happens in developing jurisdictions, especially in niche law practice areas such as arbitration, a tumultuous legislative history paves the way for legislation capable of conciliating traditional legal views and modern international practice.

In this sense, the Panama Arbitration Law was enacted following well-established international arbitration norms, which have benefitted arbitrations seated in Panama by enhancing the legal certainty and predictability of these kinds of legal proceedings. Hand-in-hand with the Panamanian legislature, the Panama Supreme Court of Justice has recently entertained and adjudicated cases discussing key procedural and substantive issues pertaining to arbitration.

The most recent decisions issued by the Panama Supreme Court of Justice in arbitration matters can be characterized by an overall general respect for standard international arbitration practice, including the meticulous analysis of international commercial arbitration principles. However, upcoming Supreme Court of Justice decisions - where constitutional topics impacting arbitral proceedings will be addressed - will prove critical to the continuation of Panama's consolidation as a convenient and attractive arbitral hub.

ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

RICARDO OSTROWER¹

ARI MACKINNON²

MARTÍN VAINSTEIN³

1. Introducción

La relación entre el arbitraje y constitución ha tenido un largo desarrollo en Latinoamérica, marcada por roces y tensiones. Si bien en la actualidad existe una tendencia hacia un mayor diálogo entre ambos institutos, la articulación entre las garantías contenidas en los textos fundamentales de los estados y los principios que rigen el arbitraje ha generado diversos debates que subsisten hasta hoy. En buena medida, ello responde al rol central que juega la constitución en los países latinoamericanos, de tradición netamente civilista.

No obstante, esta interacción no ha sido la misma en todos los países latinoamericanos. Existen diferencias en el modo en que el arbitraje y la constitución han interactuado en cada jurisdicción que justifican el análisis comparativo propuesto en este libro. Entre las particularidades más relevantes se encuentran los procesos constitucionales disponibles para la revisión del laudo arbitral (mientras que algunos países prevén la figura del amparo u otras semejantes, otros no), y el marco jurídico aplicable al arbitraje (algunos han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional —la “Ley Modelo CNUDMI”— otros tienen legislaciones específicas).

1. RICARDO A. OSTROWER es el socio líder del Departamento de Litigios y Arbitrajes de Marval O'Farrell Mairal.
2. ARI D. MACKINNON es socio en la oficina de Nueva York de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP.
3. MARTÍN VAINSTEIN es International Lawyer en la oficina de Nueva York de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP.

Las opiniones expresadas en este capítulo se atribuyen a sus autores, y no representan necesariamente la opinión de los estudios a los que pertenecen ni sus clientes.

Argentina no ha sido la excepción. A lo largo de su historia y hasta el día de hoy, el ordenamiento jurídico argentino ha presentado intensos debates en torno a la relación entre el arbitraje y la Constitución argentina, que abordaremos en las siguientes secciones.

Primero describiremos sintéticamente el régimen jurídico aplicable al arbitraje en Argentina y su relación con el derecho constitucional (2). En función de ese marco, luego trataremos tres cuestiones que conectan directamente al arbitraje comercial y la constitución, como son el reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral (3); la arbitrabilidad de las disputas que involucran derechos constitucionales (4); y el control de constitucionalidad del laudo arbitral en la Argentina (5). Tras ello, incluiremos algunas reflexiones en torno al control de constitucionalidad y el arbitraje de inversión (6), para finalizar con nuestras conclusiones (7).

2. Marco legal aplicable al arbitraje en la Argentina y su relación con el Derecho Constitucional

La Argentina es una república federal, organizada bajo una constitución federal, conformada por 23 provincias y la Ciudad de Buenos Aires⁴. El Estado federal tiene competencia exclusiva para dictar normas federales en materia sustantiva aplicables en todo el país (como el comercio interprovincial y los códigos en materia civil y comercial, entre otros), mientras que cada provincia puede dictar sus propias leyes o reglamentos en materia procesal aplicables en su jurisdicción⁵.

Esta diferenciación entre los distintos niveles de gobierno se encuentra reflejada en los diferentes instrumentos legales que rigen el arbitraje en la Argentina a nivel internacional, federal y provincial. En la pirámide legal argentina, los tratados internacionales son considerados parte de la ley interna con una jerarquía superior a las leyes federales, que a su vez se encuentran por encima de las leyes provinciales⁶.

A nivel internacional, Argentina es parte de múltiples tratados en materia de arbitraje, incluyendo la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”) y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”) ⁷. Adicionalmente, en lo que refiere al arbitraje de inversiones, Argentina también es parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (“Convenio CIADI”).

A nivel federal, hasta hace pocos años, Argentina carecía de un conjunto completo de normas sobre arbitraje que rigiera en todo su territorio. El arbitraje solo se encontraba regulado en los códigos procesales locales y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (el “Código Procesal de la Nación”), aunque éstos sólo abordaban algunos aspectos

4. Constitución argentina, artículo 129.

5. Constitución argentina, artículos 75, inciso 12 y 121.

6. Constitución argentina, artículos 31 y 75, inciso 22.

7. Otros tratados de arbitraje relevantes firmados por Argentina son la Convención Interamericana sobre validez extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II, Montevideo, 1979) y los Acuerdos de Arbitraje Comercial de Mercosur (1998).

del proceso arbitral, generalmente de un modo desactualizado⁸. Esta situación se mantuvo sin cambios durante casi 150 años hasta que, muy recientemente y con tan solo unos pocos años de diferencia, se produjeron dos hitos legislativos que modernizaron la legislación federal sobre arbitraje en Argentina.

Primero, en 2015, entró en vigor un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (el “Código Civil y Comercial”), aplicable a nivel nacional, que unificó y sustituyó el Código Civil y el Código Comercial por entonces vigentes⁹. Entre otras innovaciones, el nuevo Código incluyó un capítulo que regula el acuerdo de arbitraje¹⁰. Si bien no adoptó directamente la Ley Modelo CNUDMI, muchas de sus disposiciones se encuentran inspiradas en dicha guía legislativa¹¹. De este modo, el Código Civil y Comercial acogió varios preceptos ampliamente aceptados, como el principio de *kompetenz-kompetenz* y la autonomía de la cláusula arbitral. Por otro lado, el Código también incluyó otras disposiciones que dieron lugar a ciertas dudas, como las relativas al alcance de la revisión judicial de los laudos¹². No obstante, cabe destacar que, hasta ahora, los tribunales argentinos han interpretado dichas disposiciones de manera favorable al arbitraje, por ejemplo, limitando las causales de revisión de los laudos arbitrales¹³.

Segundo, en 2018, el Congreso argentino promulgó la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (“LACI”)¹⁴ que, como su nombre lo indica, regula de forma exclusiva los arbitrajes comerciales e internacionales con sede en la argentina¹⁵. La LACI se basó sustan-

8. Ver RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022. p. 118.
9. Ley No. 26.944, publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014 y en vigencia desde el 1 de Agosto de 2015, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm> [último acceso: 30 de abril de 2023].
10. Ver Código Civil y Comercial, artículos 1649 a 1655.
11. Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 672, disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf [último acceso: 30 de abril de 2023].
12. Una de las disposiciones que más críticas ha recibido es el artículo 1656, *in fine*, en cuanto dispuso que “[e]n el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.” Ello generó debate respecto a si dicha disposición se refería a la imposibilidad de renunciar al recurso de nulidad o al de apelación contra el laudo, lo cual perjudicaría gravemente la lógica mismo del sistema arbitral. Ver, por ejemplo, AGUILAR, F. Arbitraje privado. El artículo 1656, *in fine*, del Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Ciudad de Buenos Aires, pp. 89–108, 2005.
13. Ver, entre otros, CSJN, “López, Ricardo Agustín y otros c. Gemabiotech S.A.”, 5 de septiembre de 2017, Fallos 340:1226, que decidió que la anulación de un laudo arbitral se limita a los motivos específicos de anulación y se negó a analizar el fondo del asunto en el contexto de dicho recurso.
14. Ley No. 27.449, publicada en el Boletín Oficial el 26 de julio de 2018 y en vigencia desde el 3 de Agosto de 2018, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm> [último acceso: 30 de abril de 2023].
15. Ver LACI, artículo 1: “La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente

cialmente en la Ley Modelo CNUDMI en su versión de 2006, con algunas modificaciones que pretenden adaptar su texto con el resto del ordenamiento jurídico argentino. De este modo, Argentina siguió el camino de otros países latinoamericanos, que también han dictado leyes basadas en la Ley Modelo¹⁶. A lo largo de sus 109 artículos, la LACI regula el acuerdo de arbitraje, la constitución y competencia de los árbitros, las medidas cautelares, los recursos contra el laudo y el reconocimiento y ejecución de los laudos, entre otros aspectos¹⁷.

De este modo, con la sanción del Código Civil y Comercial y la LACI, Argentina adoptó un sistema dualista y se unió al grupo de países que ofrecen marcos legales de arbitraje modernos y probados, avanzando así hacia una mayor seguridad jurídica e internacionalidad en esta materia¹⁸.

Estas normas coexisten, también a nivel federal, con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (el “Código Procesal de la Nación”), aplicable en la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales federales de todo el país. El Código Procesal de la Nación regula la acción para constituir el tribunal arbitral, y organiza los recursos y acciones contra el laudo y su ejecución en el ámbito interno, entre otros aspectos procesales del arbitraje. En cambio, la ejecución de los laudos extranjeros se encuentra regulada por la LACI, que derogó el artículo del Código Procesal de la Nación que refería a esta cuestión¹⁹.

Finalmente, a nivel local, los códigos procesales de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires contienen disposiciones que regulan el procedimiento arbitral, generalmente aplicables cuando se trata de casos domésticos, con sede en las provincias, y que no involucran aspectos federales.

De este modo, en la actualidad, el marco legal del arbitraje en la Argentina se compone de normas provinciales de carácter eminentemente procesal y normas federales tanto procesales como sustantivas. Desde el punto de vista constitucional, ello encuentra un doble justificativo.

en la República Argentina.”. Por su parte, el artículo 2 establece que las disposiciones sobre ejecución de laudos y medidas cautelares también serán aplicables a arbitrajes con sede en el extranjero.

16. Tales como México (1993), Venezuela (1998), Paraguay (2002), Chile (2004), Perú (2008), Costa Rica (2011) y Uruguay (2018). Sin embargo, sólo Perú y Costa Rica han adoptado la Ley Modelo en su versión de 2006.
17. Para una descripción del contenido de la LACI y sus diferencias con la Ley Modelo CNUDMI, ver OSTROWER, R.; SORIA, S.; y VAINSTEIN, M. Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional en la Argentina, *Marval News*, 2018, disponible en: <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-en-la-argentina-13212&lang=es> [último acceso: 30 de abril de 2023].
18. Según surge de los documentos parlamentarios que dieron lugar a la LACI, dicha ley pretendía dotar al país de un marco jurídico adecuado para favorecer su elección como sede de arbitrajes comerciales internacionales, y abrazar las nociones modernas del arbitraje en armonía con las regulaciones de todo el mundo. Ver Mensaje del Poder Ejecutivo de Elevación de la LACI, No. 132/16, párrafo 3.
19. Ver LACI, artículo 107,

Por un lado, si bien históricamente el arbitraje había sido considerado una cuestión procesal cuya regulación correspondía a las provincias²⁰, ello cambió a partir de la sanción del Código Civil y Comercial. Como vimos, esta nueva ley reguló el contrato de arbitraje, ponderando así la naturaleza contractual del arbitraje como expresión de la autonomía privada en materia civil y mercantil²¹. Por su parte, la LACI puede considerarse como parte de las facultades del Poder Legislativo Nacional para legislar en materia de comercio con naciones extranjeras²². Por otro lado, la regulación de aspectos procesales por parte del Congreso Nacional es considerada constitucional cuando ese mecanismo es necesario para garantizar el ejercicio de derechos derivados de la ley sustantiva²³.

3. El reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral

El acuerdo de arbitraje conlleva dos efectos principales respecto de la jurisdicción, estrechamente relacionados con el principio internacionalmente reconocido de *kompetenz-kompetenz*: por un lado, el efecto *positivo* atribuye jurisdicción al tribunal arbitral sobre el caso objeto del acuerdo; y, por el otro, el efecto *negativo*, excluye la jurisdicción de los jueces estatales, autorizando por lo tanto un planteo de incompetencia en el supuesto de que una de las partes promueva una acción judicial²⁴.

En función de ello, un primer aspecto a considerar vinculado a la relación entre arbitraje y constitución consiste en determinar la validez de los acuerdos arbitrales, desde esta doble perspectiva: como la facultad de acordar y conferir facultades jurisdiccionales a uno o más terceros que no forman parte del poder jurisdiccional estatal (3.1); y como el derecho a renunciar voluntariamente a la jurisdicción de los jueces estatales que hubiera aplicado en ausencia del acuerdo de arbitraje (3.2).

3.1. El derecho a someter una controversia a arbitraje

El acuerdo arbitral celebrado por las partes legitima a los árbitros a resolver las controversias que recaigan en su ámbito de aplicación. Por lo tanto, cabe preguntarse si dicho derecho a someter una controversia a arbitraje tiene jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico argentino.

20. Ver Constitución argentina, artículos 75, inciso 12 y 121. Ello explica porque, hace poco, solo encontrábamos disposiciones sobre arbitraje en los códigos procesales locales.

21. Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 672, disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf [último acceso: 30 de abril de 2023].

22. Ver Constitución argentina, artículo 75.13, explicado en Caivano, R.; Ceballos Ríos, N. **Tratado de Arbitraje Comercial Argentino. Comentario Exegético y Comparado de la Ley 27.449**, Buenos Aires: La Ley, 2020, p. 70.

23. CSJN, “Correa, Bernabé c. Barros, Mariano R.”, 1 de junio de 1923, Fallos 138:157.

24. Ver RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. **Arbitraje comercial, internacional y doméstico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022. p. 347-348.

En el derecho comparado, existen diversos países que han reconocido la facultad de las partes de convenir el sometimiento de sus controversias a arbitraje como un derecho de rango constitucional. Uno de los primeros antecedentes en este sentido es la Constitución francesa de 1791, que estableció el derecho de los ciudadanos de resolver definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje y, simultáneamente, dispuso que ese derecho no puede ser limitado por actos del Poder Legislativo²⁵. Esta línea fue luego continuada por las constituciones de 1793 y 1795, que también contienen disposiciones similares concernientes al derecho al arbitraje²⁶.

Estas disposiciones luego fueron receptadas en la Constitución de Cádiz de 1812 —primer texto constitucional promulgado en España— aunque adaptadas a la tradición ibérica²⁷. Si bien la *Constitución de la Pepa*, tal como se la conoció, tuvo una vigencia acotada, dejó una profunda huella en el posterior movimiento político hispano²⁸. Entre ellas, brindó una definición del arbitraje que se asemeja bastante a la que hoy conocemos, al establecerlo como un derecho del cual no se podrá privar a ningún español en virtud del cual se autoriza a dirimir los litigios o diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes mediante un compromiso, que dictan una sentencia ejecutable de forma inmediata, salvo que existiera reserva al derecho a apelar²⁹.

La Constitución de Cádiz tuvo una influencia directa en las constituciones sancionadas por los países de Latinoamérica al independizarse y fue fuente de inspiración en diversos campos del derecho, incluyendo el arbitral. Así, las primeras constituciones de diversos países en nuestra región incluyeron disposiciones similares a las contenidas en la *Constitución de la Pepa*. Entre ellos, cabe mencionar a las constituciones de Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, México, Panamá, Perú y Venezuela, todas las cuales previeron el arbitraje, aunque con sus particularidades³⁰.

Esta tradición se ha conservado hasta nuestros días, especialmente en las constituciones de los países centroamericanos. Por mencionar a algunas de ellas, la Constitución

-
25. Ver MONTOTOYA ALBERTI, J. U. El arbitraje en la Constitución de Cádiz y su proyección en los países de Hispanoamérica. *Docentia et Investigatio*, Lima, vol. 17, no 2, p. 025-048, p. 33, 2015.
 26. En particular, la Constitución de 1793 dispuso en su artículo 86 que “[n]o puede atentarse de ningún modo contra el derecho de los ciudadanos a resolver sus diferencias mediante árbitros de su elección” y en su artículo 87 que estableció que “[l]a decisión de estos árbitros es definitiva si los ciudadanos no se han reservado el derecho a reclamar”.
 27. Ver DIEM, W. M. La Fuentes en la Constitución de Cádiz, en *Estudios sobre las Cortes de Cádiz*, Pamplona pp.351-358, 1967.
 28. Ver DALLA VIA, A. R. La Constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente argentino. *Anales*, La Plata, año 7 no 40, p. 17, 2010.
 29. Ver Constitución de Cádiz, artículos 280 y 281. Para una descripción de estas normas, ver Merchán Álvarez, A. *La Jurisdicción Arbitral en la Constitución de Cádiz*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1988, p. 133.
 30. Ver MONTOTOYA ALBERTI, J. U. El arbitraje en la Constitución de Cádiz y su proyección en los países de Hispanoamérica. *Docentia et Investigatio*, Lima, vol. 17, no 2, p. 025-048, p. 41 y sigs., 2015

de Costa Rica dispone en su artículo 43 que “toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”; y la Constitución de El Salvador en su artículo 23 prevé que “[n]inguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento.”

La Argentina, sin embargo, ha seguido una línea diferente. A diferencia de estos países, la Constitución argentina no contiene disposiciones que se refieran expresamente al derecho al arbitraje ni, más generalmente, al arbitraje como método alternativo de resolución de disputas³¹. No obstante, la doctrina ha considerado que es posible arribar a una conclusión similar sobre la base de dos principios ampliamente reconocidos en dicha carta fundamental³².

Por un lado, la Constitución argentina reconoce expresamente el derecho a la libertad individual. El artículo 19 dispone que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe³³ y, de ese modo, establece un ámbito de no interferencia destinado a proteger la libertad de cada persona. Asimismo, el artículo 17 consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad³⁴. Una manifestación directa del derecho constitucional a la libertad es el principio de la autonomía de la voluntad, expresamente reconocido en el Código Civil y Comercial³⁵, que permite a las personas regular libremente el contenido de los contratos respecto de los derechos de los cuales son titulares, salvo excepciones³⁶.

Por otro lado, se ha interpretado que la Constitución argentina, aunque indirectamente, permite extraer las disputas de la jurisdicción estatal. Conforme desarrollaremos en el apartado siguiente, si bien la Constitución argentina contempla el derecho de las personas de acceder a la jurisdicción judicial del Estado, dicha tutela puede ser válidamente

31. A excepción del artículo 14 (bis) de la Constitución nacional, en cuando dispone que “[q]ueda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y arbitraje; el derecho de huelga (...)”. No obstante, como se aprecia, dicha disposición refiere a la utilización del arbitraje en un contexto completamente diferente como es la legislación laboral, y no como mecanismo de resolución de disputas comerciales o de inversión.

32. Ver CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 43-44, 2020.

33. Constitución argentina, artículo 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

34. Constitución argentina, artículo 17: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

35. CCC, artículo 958: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

36. Como explica RIVERA, “[e]l sometimiento voluntario es quizás la característica esencial; el arbitraje es de naturaleza esencialmente convencional y está fundado en la libertad de las partes.” (RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022, p. 6).

renunciada y delegada en árbitros, en la medida que se trate de una delegación voluntaria y recaiga sobre derechos disponibles³⁷.

A partir de la lectura armónica de los preceptos precedentes, diversos autores han concluido que el derecho a someter una controversia a arbitraje se encuentra implícitamente reconocido en la Constitución argentina, en tanto deriva del principio de la autonomía de la voluntad para contratar protegido por el más amplio derecho fundamental a la libertad y, a su vez, no existe óbice constitucional alguno para que las partes renuncien válidamente a la jurisdicción del Poder Judicial³⁸.

3.2. *Validez constitucional de las cláusulas arbitrales*

Como hemos adelantado, el acuerdo de arbitraje no sólo otorga jurisdicción a los árbitros, sino que también excluye la de los jueces estatales para decidir las controversias objeto del acuerdo. En función de ello, un segundo aspecto a considerar es la validez constitucional de esa renuncia a la jurisdicción estatal.

La Constitución argentina consagra el derecho de los habitantes de la Nación argentina a ser juzgados por los tribunales judiciales. Ello se desprende de dos cláusulas constitucionales relevantes para el análisis de esta cuestión: el artículo 18, que establece la llamada garantía del “juez natural”³⁹; y el artículo 116, que atribuye al Poder Judicial la función de juzgar⁴⁰. No se encuentra discutido que el sometimiento a arbitraje no afecta estas garantías constitucionales, si bien el arbitraje implica que las partes renuncien a acudir al Poder Judicial para resolver las disputas objeto de su acuerdo de arbitraje.

En ese sentido, el derecho a la jurisdicción judicial previsto en la Constitución argentina puede ser válidamente renunciado, si dichas funciones jurisdiccionales son asumidas por los árbitros como consecuencia de un acto voluntario de las partes y recaen sobre derechos de libre disponibilidad. El artículo 18 garantiza la posibilidad de ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia, en aquellos casos en los que el acceso al Poder Judicial se encuentra impedido contra la voluntad de las personas. Cuando, en

37. CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 39-40, 2020; CSJN, “*Griskan, Isaac c. Reisz y Cía.*”, 21 de agosto de 1940, Fallos 187:458.

38. CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, p. 41, 2020.

39. Constitución argentina, artículo 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

40. Constitución argentina, artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (...)”.

cambio, dicha limitación proviene de un acto voluntario y lícito, como es pactar un acuerdo de arbitraje, no existe afectación a dichas garantías constitucionales⁴¹.

Desde antaño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sostenido la constitucionalidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Uno de los primeros antecedentes en este sentido fue el caso “Varela” de principios del siglo XX, en el que consideró que la jurisdicción conferida en la Constitución a la propia Corte y a los jueces federales no implica “se excluya en su mérito la jurisdicción provincial o arbitral si por ella optaron las partes.”⁴².

Este criterio ha sido luego reiterado consistentemente en diversos otros fallos, hasta nuestros días. En ese sentido, la Corte ha entendido que “no existe óbice constitucional en la sumisión, por los interesados, de las cuestiones que puedan afectar sus derechos patrimoniales a juicio de jueces árbitros”⁴³. Del mismo modo, se ha dicho que “la intervención de los árbitros con facultades para decidir irrevisablemente las cuestiones que les son sometidas, es válida y no contraría los artículos 1º y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que los interesados hayan consentido los respectivos procedimientos, o cuando, con anterioridad a éstos, la jurisdicción arbitral fue convenida o aceptada inequívocamente por la parte que más tarde pretende desconocerla invocando su inconstitucionalidad.”⁴⁴.

Según analizaremos en la sección 5, como una derivación directa de este criterio en favor de la constitucionalidad del arbitraje, la Corte Suprema se ha negado a intervenir, por vía del recurso extraordinario federal, respecto de decisiones de los tribunales arbitrales, por considerar que dicha jurisdicción arbitral excluye la vía judicial que culmina con la intervención de la Corte.

4. Arbitrabilidad de las disputas sobre derechos constitucionales

Supongamos que una de las partes en un arbitraje con sede en la Argentina y cuya ley aplicable es la argentina invoca en su memorial de demanda determinada norma del ordenamiento jurídico argentino como sustento de sus pretensiones. Su contraparte, al presentar su contestación, plantea que dicha norma es inconstitucional y que, por lo tanto,

41. CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 39-40, 2020.

42. CSJN, “Varela, Luis V. c. Provincia de Buenos Aires”, 24 de septiembre de 1908, Fallos 110:35. En la misma línea, en otro fallo de 1924, la Corte entendió que “[d]e los pleitos sujetos al fuero originario de la Corte Suprema, hay que exceptuar, entre otros, los casos en que voluntariamente se prorroga la jurisdicción provincial o en que se ha establecido por pacto expreso una jurisdicción especial” (CSJN, “Provincia de Buenos Aires c. Compañía Ge Ferrocarriles” 19 de junio de 1924, Fallos 143:357).

43. CSJN, “Federación Gráfica Argentina c. Editorial Atlántida S.A.”, 26 de junio de 1961, Fallos 250:87; CSJN, “Banco Sirio Libanés del Río de la Plata S.A.”, 6 de noviembre de 1963, Fallos 257:105. En el mismo sentido, se ha dicho que “la convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos” (CSJN, “Griskan, Isaac c. Reisz y Cia.”, 21 de agosto de 1940, Fallos 187: 458).

44. CSJN, “Expreso Santo Tomé”, 16 de junio de 1961, Fallos, 250:61.

no debe ser considerada por el tribunal arbitral. No postulamos aquí el caso de una acción directa y abstracta de inconstitucionalidad que, salvo ciertas limitadas excepciones, se encuentra vedada en el ordenamiento argentino —que exige la existencia de un “caso” y no contempla el control constitucional abstracto— sino el supuesto en que la inconstitucionalidad es planteada como defensa o excepción, de modo incidental⁴⁵.

Este escenario hipotético introduce el tema objeto de esta sección: ¿tienen los árbitros competencia para ejercer el control de constitucionalidad? En su caso, ¿podrían declarar la inconstitucionalidad de una norma? A los fines de responder estos interrogantes, en los párrafos que siguen, resumiremos las principales características del control de constitucionalidad bajo el derecho argentino (4.1) y, a la luz de dicho marco jurídico, describiremos las razones por las cuales consideramos que los árbitros efectivamente son competentes para resolver eventuales planteos de ésta índole y, llegado el caso, declarar la inconstitucionalidad de una norma en las disputas bajo su conocimiento (4.2).

4.1. *El control de constitucionalidad en la Argentina*

El control de constitucionalidad tiene por objeto verificar si una norma jurídica de jerarquía inferior responde a las directivas resultantes de la constitución, en tanto norma superior de la cual depende la validez de la primera⁴⁶. Según la naturaleza del órgano que lo realiza, el sistema de control puede ser político o judicial; a su vez, éste último puede ser concentrado, difuso o mixto⁴⁷.

La Constitución argentina no regula expresamente el control de constitucionalidad⁴⁸. Dichas reglas y principios surgen principalmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos “Sojo”⁴⁹, “Elortondo”⁵⁰, y fallos posteriores, que en muchos casos luego han tenido consagración legislativa⁵¹. A tales efectos, el sistema argentino siguió

45. Ver BOUZAT, G. La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre el judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad. *Revista española de derecho constitucional*. Madrid, Año 18 no 54, p. 274, 1998; CSJN, “Peyrú Osvaldo Jorge”, 2 de julio de 1987, Fallos 310:1401.

46. Ver BADENI, G. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2ª edición, 2006, pp. 286-287; BIANCHI, A. *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires: Ábaco, 2ª edición, 2002, tomo i, pp. 173-197. ISBN: 950-569-177-7.

47. Ver IBARLUCÍA, E. A. La aproximación de los sistemas de control de constitucionalidad. *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, Argentina, Nro. 2, 2016. Cita IJ-CCXVIII-945.

48. Existe, sin embargo, una mención al respecto en el artículo 43 de la Constitución reformada en 1994 que, al regular la acción de amparo, establece expresamente que “el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”

49. CSJN, “Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación”, 22 de septiembre de 1887, Fallos 32:120.

50. CSJN, “Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo”, 12 de noviembre de 1886, Fallos 33:162.

51. En ese sentido, la Ley Nro. 48 de 1863 que reguló el recurso extraordinario federal —inspirada en la *Judiciary Act* de Estados Unidos de 1789— previó en su artículo 14, incisos 1 y 2,

fundamentalmente a la Constitución de los Estados Unidos —que tomó como modelo en su parte orgánica— y la jurisprudencia de la Suprema Corte de ese país⁵² a partir del *leading case* “*Marbury v. Madison*” de 1803⁵³.

De lo anterior se sigue que, a nivel federal⁵⁴, Argentina cuenta con un sistema de control judicial de constitucionalidad difuso, cuyas principales características analizaremos a continuación⁵⁵.

Primero, en cuanto quienes ejercen el control, todo juez —ya sea que forme parte de la Justicia Federal o del Poder Judicial de las provincias⁵⁶— es competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, siempre que esto haya sido solicitado por la parte (aunque, en la actualidad, también se ha admitido el control de oficio) y que el tema forme parte del litigio. En ese sentido, la Corte Suprema ha sostenido que “[e]s elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella (...)”.⁵⁷

que uno de los supuestos de procedencia de dicho remedio fuese que en el pleito se hubiese puesto en tela de juicio la validez de una ley por ser contraria a la Constitución Nacional. Ver IBARLUCÍA, E. A. La aproximación de los sistemas de control de constitucionalidad. *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, Argentina, Nro. 2, 2016. Cita IJ-CCXVIII-945.

52. Ver DALLA VIA, A. R. La justicia constitucional en Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 1, p. 35, 1997.
53. Suprema Corte de Estados Unidos, “*Marbury v. Madison*”, 1803 (5 U.S. [1 Cranch], 137).
54. Diversas constituciones provinciales, en cambio, han adoptado sistemas de control de constitucionalidad distintos, inspiradas en el sistema concentrado europeo. Por ejemplo, las Constituciones de Chaco (artículo 9) y Santiago del Estero (artículo 175, inciso c) contemplan que la declaración de inconstitucionalidad por el tribunal superior provincial hace perder vigencia a la norma, su derogación o su caducidad según la fórmula que se utilice. Otras constituciones, como aquella de la Ciudad de Buenos Aires, prevé el control abstracto de constitucionalidad en determinadas condiciones (artículo 113) y, en el caso de Tucumán, incluso está previsto un tribunal constitucional (artículos 133 y 134). Estas variantes coexisten con el control judicial difuso, por lo cual se trata de sistemas mixtos. Ver ALTAVILLA, C. El control de constitucionalidad en el derecho constitucional subnacional argentino. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, no 24, p. 237-267, 2020.
55. Ver DALLA VIA, A. R. La justicia constitucional en Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 1, p. 36, 1997; YLARRI, J. S.. El control judicial de constitucionalidad en Argentina. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Chile, no 15, p. 45-86, 2019.
56. La Constitución argentina ha adoptado la clásica división tripartita de poder federal entre el Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Siguiendo esta organización, su sistema judicial está dividido entre el Poder Judicial Federal y el Poder Judicial de cada una de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) es el máximo tribunal de todo el sistema judicial argentino.
57. CSJN, “*Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo*”, 12 de noviembre de 1886, Fallos 33:162.

Segundo, en cuanto a los efectos de las decisiones, en el sistema difuso, las sentencias que emiten los jueces en ejercicio del control de constitucionalidad son *inter partes* y de carácter declarativo respecto del caso concreto, en contraposición con el sistema concentrado en el que las decisiones son *erga omnes* y de carácter constitutivo. Consecuentemente, tal como sintetizó la Corte, el sistema argentino “impide que se dicten sentencias cuyo efecto sea privar de valor *erga omnes* a las normas impugnadas.”⁵⁸. Una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no conlleva que aquella pierda vigencia o deba ser reformada, sino únicamente su inaplicabilidad en el caso concreto, en tanto “ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes* ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/1860.”⁵⁹.

Tercero, en cuanto a la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Suprema, si bien el control de constitucionalidad es difuso y no hay una norma explícita al respecto, dicho máximo tribunal es el intérprete supremo de la Constitución argentina y de las leyes dictadas en su consecuencia, y se ha entendido que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquélla, por razones de economía procesal. Como resultado de ello, la Corte ha reiterado que “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de tales precedentes sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por [aquella].”⁶⁰.

Cuarto, en cuanto al trámite del planteo de inconstitucionalidad, el sistema argentino no cuenta con un proceso constitucional específico y autónomo destinado a analizar las cuestiones constitucionales, por medio de una acción especial. Dicho planteo sólo puede realizarse por vía incidental en ocasión de un proceso de carácter común, cuando la norma cuya constitucionalidad se discute sea pertinente para la decisión del caso concreto⁶¹. Si bien, en principio, el planteo de inconstitucionalidad debe ser realizado a pedido de parte, la actual jurisprudencia de la Corte Suprema ha admitido el control de oficio en ciertas circunstancias⁶².

De este modo, el sistema de control de constitucionalidad difuso vigente en Argentina contrasta con el de otros países de Latinoamérica, que en su mayoría han adoptado un control concentrado o mixto, en el que el poder de declarar la inconstitucionalidad puede ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en forma exclusiva, o por la propia Corte Suprema o un Tribunal Constitucional en un sistema mixto integral⁶³.

58. CSJN, “*Abud, Jorge Homero y otros c. Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires*”, 1 de octubre de 1991 (Disidencia de los Dres. Ricardo Levene [h.] y Rodolfo C. Barra), Fallos 314:1186.

59. CSJN, “*Thomas, Enrique c. E.N.A.*”, 15 de junio de 2010, Fallos 333:1023.

60. CSJN, “*Autolatina Argentina c/ Dirección General impositiva*”, 13 de marzo de 2007, Fallos 330:704; CSJN, “*Di Mascio, Juan Roque*”, 1 de diciembre de 1988, Fallos 311:2478.

61. CSJN, “*Obras Sanitarias de la Nación*”, 19 de noviembre de 1987, Revista de Jurisprudencia Argentina 1988-I-510.

62. CSJN, “*B., J. M. s/ curatela art. 12 Código Penal*”, 4 de junio de 2020, Fallos 343:345. Ver BIANCHI, A. B.: Se ha admitido el control constitucional de oficio, *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2002-A, p. 31, 2002. Cita Online: AR/DOC/6926/2001.

63. Para una descripción de los distintos sistemas vigentes en Latinoamérica, ver HIGHTON, E. I. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En: BOGDANDY, A.,

4.2. Competencia de los árbitros para resolver planteos de inconstitucionalidad

Volviendo al caso hipotético que hemos planteado al comienzo de esta sección, cabe analizar si, a la luz de los principios constitucionales descriptos precedentemente, los árbitros tienen competencia para resolver un planteo de inconstitucionalidad introducido por alguna de las partes. La opinión mayoritaria es que, bajo el ordenamiento jurídico argentino, la mera circunstancia de que alguna de las partes objete la constitucionalidad de una norma no afecta la jurisdicción del tribunal arbitral, y los árbitros tienen la atribución de declarar la inconstitucionalidad de una norma⁶⁴. Dicha conclusión puede justificarse mediante dos líneas de razonamiento.

Por un lado, desde el punto de vista de la arbitrabilidad, existe consenso en cuanto a que lo que determina si una cuestión puede ser sometida a arbitraje o no es la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia, y no el fundamento o las normas legales que las partes invocan en sustento de sus pretensiones. Consecuentemente, en la medida que la disputa se encuentre dentro del ámbito del acuerdo de arbitraje e involucre derechos disponibles de conformidad con la ley aplicable, los árbitros tendrán competencia. En cambio, si la disputa sometida a arbitraje refiere a derechos indisponibles, que por ende no son arbitrables, la prórroga de jurisdicción convenida en el acuerdo de arbitraje será ineficaz⁶⁵. Para ilustrar esta conclusión, los autores han asimilado este supuesto a los casos en los cuales alguna de las partes invoca alguna norma imperativa como sustento de su caso: del mismo modo que ello no conlleva la no arbitrabilidad, tampoco tiene ese efecto un pedido de inconstitucionalidad⁶⁶.

Por otro lado, desde el punto de vista estrictamente constitucional, la existencia de un planteo de inconstitucionalidad no afecta a la competencia del juez (o arbitro) con

FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (Ed.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia una *ius constitutionale commune* en América Latina?*, Ciudad de México, México: UNAM, 2010, p. 109. ISBN 9786070219214; y SOLA, J. V. *Control Judicial de Constitucionalidad*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, pp. 155-167. ISBN 950-20-1344-1

64. Así ha sido sostenido por diversos autores como ANAYA (ANAYA, Jaime L. *Control judicial del arbitraje*. *Rev. La Ley*, Buenos Aires, 2004-B-312, 2004), BIANCHI (BIANCHI, R. *Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad*, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2003-IV-75, 2003), CAIVANO (CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. *Arbitraje y Constitución*. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 48-49, 2020), MORELLO (MORELLO, A., ¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?, *El Derecho*, Buenos Aires, tomo 198-467, 2002); y RIVERA (RIVERA, J. C. *Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje*, *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, nro. 5, ps. 193 y siguientes, nota 50, 2006), entre otros.
65. Ver RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022, pp. 248-249.
66. Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, “Francisco Ctibor S.A.C.I. y F c. Walmart Argentina S.R.L.”, 20 de diciembre de 2016, comentado en CAIVANO, Roque J.: *El orden público como límite a la arbitrabilidad*, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Argentina, nro. 285, ps. 1190 y siguientes, 2017 (RDCO 285-1190).

jurisdicción sobre la disputa en la cual se realizó dicho planteo. Ello es una derivación directa del carácter difuso del control de constitucionalidad argentino al que ya nos hemos referido, bajo el cual cualquier juez puede ejercer la función de revisión de las normas⁶⁷. En efecto, si bien el artículo 116 de la Constitución argentina otorga competencia a la Justicia Federal para conocer y decidir causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes federales⁶⁸, ello no implica que el control de constitucionalidad sea competencia exclusiva de los tribunales federales, en tanto “todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación, sin perjuicio de los recursos a que pueda haber lugar, incluso el extraordinario.”⁶⁹.

En definitiva, bajo el ordenamiento jurídico argentino, los planteos de inconstitucionalidad introducidos por las partes no conllevan que el tribunal arbitral pierda competencia respecto de la disputa sometida a arbitraje⁷⁰. Siguiendo el principio *kompetenz-kompetenz* —reconocido en nuestras leyes de arbitraje⁷¹— este análisis debe ser realizado por los propios árbitros, quienes poseen la facultad de determinar su propia competencia, sin perjuicio del control judicial que su decisión pueda suscitar⁷². Además, cabe destacar que, como consecuencia del carácter difuso del control de constitucionalidad en la Argentina al que ya hemos referido, una eventual declaración de inconstitucionalidad por un tribunal no tendrá efectos *erga omnes*, lo cual resulta perfectamente coherente con la figura y finalidad del arbitraje, que es precisamente resolver las disputas entre sus partes.

Esta posición ha sido ratificada en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un fallo paradigmático en ese sentido es “Puerto del Rosario”⁷³ de 1935. En dicho caso, el concesionario del Puerto del Rosario inició una demanda contra el Estado Nacional reclamando que las tarifas para la operación del puerto sean equiparadas con las tarifas vigentes en el puerto de Buenos Aires, por aplicación del artículo 12 de la Constitución argentina que establece que no se pueden establecer preferencias a un puerto respecto de otro. Cuando el concesionario inició un arbitraje conforme lo previsto en el contrato de concesión, el Estado Nacional se negó a constituir el tribunal arbitral con fundamento, entre otros, que la disputa no involucraba meramente la interpretación o ejecución de un contrato, sino

67. Ver PALACIO, Lino E.: Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad, *Rev. La Ley*, Buenos Aires, 2004-D-19, 2004.

68. Constitución argentina, artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (...)”.

69. CSJN, “Vázquez, Norberto José, y otros”, 21 de diciembre de 1962, Fallos 254:437.

70. Esta conclusión resulta igualmente aplicable ya se trate de árbitros de derecho o de equidad. Ver CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, Bogotá, v. I, pp. 5-55, 2020.

71. Ver Código Civil y Comercial, artículo 1656 y LACI, artículo 35.

72. Ver CAIVANO, R. J.; CEBALLOS RÍOS, N. M. El principio Kompetenz-Kompetenz, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial internacional argentina. *THEMIS Revista de Derecho*, n. 77, p. 15-34, 2020.

73. CSJN, “Puerto de Rosario S.A. c. Estado Nacional”, 7 de agosto de 1935, Fallos 173: 221.

que requería la interpretación de una norma constitucional, lo cual excedía el ámbito de competencia de los árbitros.

El Juez de Primera Instancia y la Cámara de Apelaciones fallaron en favor del Estado, y rechazaron la demanda. La Corte Suprema revirtió dichas decisiones y dispuso que el Estado Nacional debía participar en la formación del tribunal arbitral. Para así decidir, la Corte entendió que el Código Procesal de la Nación —que por entonces determinaba cuales materias son arbitrales— no excluye las cuestiones constitucionales del arbitraje, por cuanto:

“Los árbitros ‘juris’ pueden resolver toda cuestión que se les someta, no siendo de las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho, sea de carácter mixto, o simplemente de hecho. Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral”.

En la misma línea también se ha expedido la Justicia Nacional en lo Comercial, fuero con competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el caso “Otondo”⁷⁴ de 2003, se rechazó una acción que tenía por finalidad excluir de la órbita de los árbitros la decisión sobre la constitucionalidad de las normas de emergencia. Resumidamente, los hechos del caso dan cuenta de que César A. Otondo y Pedro O. Linares —vendedores— celebraron un contrato de compraventa en virtud del cual vendieron a Cortina Beruatto S.A. y otros —compradores— sus acciones en una sociedad. El precio se pactó de dólares estadounidenses, pagadero en cuatro cuotas que vencían en 2000, 2001, 2002 y 2003. El contrato contenía una cláusula arbitral sometiendo todas las disputas que surgieran del mismo al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Al abonar la cuota que vencía en 2002, los compradores pretendieron cancelar el precio en pesos argentinos aduciendo que su deuda se había pesificado por aplicación de la normativa de emergencia establecida dictada en ese año. Frente a ello, los vendedores anunciaron su intención de plantear la inconstitucionalidad de la legislación “pesificadora”. En respuesta, los compradores iniciaron una acción ante la Justicia Comercial para que se declarara que dicha cuestión no podía ser sometida ante el tribunal arbitral pactado, y debían ser resueltas en sede judicial.

El juez de Primera Instancia rechazó la pretensión de los compradores con fundamento en que la cláusula arbitral prevista en el contrato de compraventa de acciones les otorgaba a los árbitros designados la jurisdicción necesaria para decretar la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia vigente si éstos consideraban que así debía resolverse. Al no tener la cláusula arbitral reservas que implicaran excluir determinadas decisiones de la jurisdicción arbitral, el juez entendió que los árbitros, como tribunal de justicia, podían resolver sobre la constitucionalidad de las normas vigentes si lo consideraban necesario. En ese sentido, sostuvo que “no existe impedimento con base en derecho, que obste al

74. Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, “Otondo, César A. c. Cortina Beruatto S.A.”, 11 de junio de 2003. En igual sentido, ver Sala D, “Arc & Ciel S.A. c. Sky Argentina S.C.A. y otro”, 3 de abril de 2008.

tratamiento de la validez constitucional de una norma en tanto ello resulte conducente a los efectos de elucidar la controversia objeto de arbitraje (...).” El fallo fue apelado por los actores, pero fue posteriormente confirmado por la Cámara Comercial por los mismos fundamentos⁷⁵.

5. Control constitucional del laudo arbitral en la Argentina

En Latinoamérica, el tema del control de constitucionalidad del laudo arbitral se encuentra estrechamente relacionado con el análisis de las eventuales acciones o recursos de naturaleza constitucional contra decisiones arbitrales.

Si bien cada jurisdicción presenta sus matices, existen varios países latinoamericanos en los que se admite acudir a la acción de amparo o tutela constitucional como vía excepcional contra los laudos arbitrales cuando éstos trasgreden un derecho constitucional. Según parte de la doctrina, la justificación sobre la que reposa esta posibilidad es que los árbitros son asimilables a los jueces estatales y, del mismo modo que una sentencia judicial puede ser atacada mediante la acción de amparo bajo el principio de supremacía constitucional, también puede serlo el laudo arbitral, aun cuando exista un recurso de anulación⁷⁶. Aunque con matices propios de cada jurisdicción, tal es el caso de Bolivia, Guatemala, Ecuador y Colombia, entre otros⁷⁷.

En Argentina, la legislación nivel federal regula la acción de amparo contra actos de la autoridad⁷⁸ y contra actos de particulares⁷⁹. Asimismo, el artículo 43 de la Constitución consagra el amparo como una vía de tutela “expedita y rápida”. No obstante, el amparo ha sido rechazado de forma prácticamente unánime como vía idónea para impugnar decisiones judiciales o arbitrales. Solo se conocen limitadas excepciones en los que se ha analizado la interposición de la vía de amparo contra laudos arbitrales, que recibieron una enfática crítica doctrinaria⁸⁰.

75. Ver Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, “*CIERP S.A. c. Grinbank, Daniel Ernesto s. resolución contractual*”, 19 de marzo de 2002, e “*IGT Argentina S.A. c. Trileium S.A. y otros s. restitución de bienes*”, 5 de noviembre de 2002, en los que el Tribunal consideró que resultaba competente para decretar la inconstitucionalidad de la normativa vigente en el primero y de una cláusula contractual en el segundo.

76. Ver TALERO RUEDA, S. Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales. *Lima Arbitration*, Lima, n. 3, pp. 213–236, 2008–2009.

77. Ver ICC Institute of World Business Law, Las interferencias de las constituciones políticas de los países de Iberoamérica en el desarrollo del arbitraje internacional, Estudio del Capítulo Iberoamericano del Instituto de Derecho de los Negocios de la CCI, 2022, para. 45 y ss.

78. Ver Decreto-Ley No. 16.986, artículo 1.

79. Ver Código Procesal de la Nación, artículo 321, inciso 2.

80. Ver RIVERA, J. C. Interferencias judiciales en el arbitraje, *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2006-F, p. 1462, 2006, comentando el fallo “*Akzo Nobel Coating*” de la Cámara Comercial que declaró admisible una acción de amparo dirigida a dejar sin efectos dos decisiones arbitrales relacionadas con la conformación del tribunal arbitral y en ese marco ordenó la suspensión del proceso (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, “*Akzo Nobel Coating S.A. y otro c. Cámara Argentina de Comercio s. amparo*”, 11 de marzo de 2003).

Pero ello no implica que en Argentina el control de constitucionalidad sea totalmente ajeno al arbitraje. En las secciones que siguen, nos referiremos a los alcances de la revisión del laudo arbitral desde la perspectiva de los recursos y estándares constitucionales en el derecho argentino. En particular, abordaremos la conexión entre el recurso extraordinario federal y el laudo arbitral, (5.1); y la influencia que han tenido los derechos y garantías constitucionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la revisión judicial del laudo (5.2).

5.1. *El recurso extraordinario federal y el laudo arbitral*

La jurisdicción federal y las vías de acceso a la Corte Suprema están reguladas por los artículos 116 y 117 de la Constitución. De estas normas, se desprende que la Corte Suprema ejerce su jurisdicción de dos formas: por competencia originaria y exclusiva, en la cual el supremo tribunal es la única instancia, y por competencia apelada, en la cual resuelve causas que llegan a su conocimiento provenientes de tribunales inferiores. A su vez, la competencia apelada puede ser ordinaria o extraordinaria. Mientras la primera es procedente en causas en que la nación sea parte, la segunda —que se encauza a través del recurso extraordinario relevante para este análisis— aplica a cualquier causa en la medida que, entre otros requisitos, exista una cuestión federal⁸¹.

Como principio general, el recurso extraordinario federal no procede directamente contra las decisiones emanadas de los tribunales arbitrales, aun cuando se haya planteado una cuestión federal. Ello se justifica en dos razones principales. Por un lado, el laudo no es considerado una sentencia emanada de un tribunal estatal. Además, siendo el laudo susceptible del recurso de nulidad, no calificaría como una “sentencia definitiva”, que es uno de los requisitos del recurso extraordinario⁸².

Por el otro, la jurisdicción arbitral libremente pactada importa una renuncia del proceso judicial y todas sus instancias, de las cuales la Corte es la última. En este sentido, es aceptado que no contraría a la Constitución y la garantía del debido proceso que los laudos no sean revisables plenamente en sus méritos mediante una segunda instancia judicial (esto es, por vía del recurso de apelación), que eventualmente culmine con el recurso extraordinario federal que resulta también renunciable⁸³. Así surge de los regímenes sobre la revisión de laudos en la Argentina.

81. Los requisitos del recurso extraordinario federal se encuentran regulados en artículo 14 de la Ley 48. Entre aquellos, se incluye la existencia de una cuestión federal, el cual versa sobre la interpretación de normas federales o actos federales de las autoridades de la nación, o acerca de conflictos entre la Constitución Nacional y otros actos o normas de autoridades nacionales o locales.

82. Ver CSJN, “*Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina*”, 17 de noviembre de 1994, Fallos 317:1527; ver también GUASTAVINO, E. P. *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, t. I. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1992, p. 226. ISBN: 950-9714-40-2

83. Ver CSJN, “*Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina*”, 30 de julio de 1974, Fallos 289:158. Como sostuvo allí la Corte, “no pueden invocarse agravios de carácter constitucional

En el ámbito doméstico, el artículo 758 del Código Procesal de la Nación establece que “[c]ontra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso”. Mientras que el artículo 760 dispone que: “[l]a renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad”. Por su lado, en el ámbito internacional, el artículo 98 de la LACI establece que “[c]ontra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los artículos 99 y 100”⁸⁴. En síntesis, como ha dicho la Corte:

“El recurso extraordinario sólo procede respecto de las resoluciones de los tribunales de justicia de la Nación y de las provincias, y por extensión de los organismos administrativos dotados por la Ley de Facultades Judiciales, irrevisables por vía de acción o de recurso. No son susceptibles de recurso extraordinario las decisiones de la jurisdicción arbitral pactada libremente por los interesados. En efecto, ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina en la corte y no admite otros recursos que los consagrados en las respectivas leyes procesales”⁸⁵.

Lo anterior no implica que, eventualmente, la decisión dictada por los tribunales judiciales que entiendan en el recurso de nulidad contra el laudo arbitral pueda ser impugnada mediante el recurso extraordinario federal, si se encuentran reunidos los restantes requisitos previstos en el artículo 14 de la Ley 48, incluyendo que exista una cuestión federal. Ello, con la aclaración de que, como profundizaremos en la sección que sigue, lo que debe analizarse en el marco de ese recurso extraordinario es la sentencia del tribunal inferior que trató el recurso de nulidad, y no el fondo del laudo⁸⁶.

cuando ellos derivan de la propia conducta discrecional del recurrente [tal como] cuando se invoca violación del derecho de defensa por ser inapelable ante la justicia el laudo dictado en la jurisdicción arbitral libremente pactada por el interesado”; *ver también* PALACIO L. E. **El recurso extraordinario federal. Teoría y Técnica**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, p. 58. ISBN 950-20-1346-8.

84. Aplicando estas disposiciones, la Corte Suprema ha sostenido que “[n]ada obsta a que, tratándose de asuntos disponibles para las partes, éstas puedan excluir la revisión judicial, tanto más cuanto que en esos asuntos las partes son dueñas de someter la suerte de sus derechos al juego, la apuesta o la suerte o, incluso, renunciar a ellos. Es claro pues, que, a fortiori, las partes puedan pactar la exclusión de la jurisdicción judicial de revisión si les conviene.” (CSJN, “*Meller Comunicaciones S.A. UTE c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones*”, 5 de noviembre de 2002, Fallos 325:2888 (voto de los ministros Nazareno y Boggiano, considerando 12)).
85. CSJN, “*Gutiérrez, Rafael, y otra c/ Editorial Kapeluz S.R.L.*”, 5 de abril de 1957, Fallos 237:392. *Ver también* CSJN, “*Mulzera de Machado, Carlota c/ La sucesión de Yturraspe, Juan Bernardo*”, 23 de diciembre de 1913, Fallos 118:247; CSJN, “*Cacchione, Ricardo Constantino v. Urbaser Argentina SA*”, 24 de agosto de 2006, Fallos 329:3399; CSJN, “*Cacchione, Ricardo Constantino c. Urbaser Argentina SA*” 11 de marzo de 2008, Fallos 331:422; CSJN, “*EN – Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20-III.09) s/recurso directo*”, 6 de noviembre de 2018, Fallos 341:1485, considerando 8º, entre otros.
86. *Ver* RIVERA, J. C.; RIVERA, J. C. (h); y AMADO ARANDA, J. I. **Arbitraje comercial, internacional y doméstico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2022, p. 1091-1092.

5.2. *Influencia de los estándares constitucionales en la revisión de los laudos*

Ante la imposibilidad de interponer el recurso extraordinario federal de forma directa contra el laudo arbitral, cabe analizar cuál es el tratamiento jurisprudencial que han recibido los eventuales planteos constitucionales introducidos contra laudos arbitrales en el marco del recurso de nulidad por los tribunales judiciales competentes.

Dado su carácter dualista, el marco legal argentino regula separadamente el recurso de nulidad del laudo en arbitrajes internacionales y domésticos. A continuación nos referiremos a aquellas causales de anulación que más frecuentemente suscitan algún tipo de cuestión constitucional.

En el caso de arbitrajes internacionales, la LACI —siguiendo a la Ley Modelo— establece que el laudo arbitral podrá ser anulado cuando (i) alguna de las partes no hubiese “sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales” o no hubiese podido “por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”; (ii) el laudo contenga “decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje”; o (iii) el laudo sea “contrario al orden público argentino”.⁸⁷ Por su parte, el Código Procesal de la Nación dispone como causales de nulidad una “falta esencial en el procedimiento” y que el laudo resuelva “sobre puntos no comprometidos”.⁸⁸

Aunque la redacción de cada régimen es diferente, ambos coinciden en identificar como causales de nulidad a una eventual violación del debido proceso y del principio de congruencia, ambos de raigambre constitucional. Además, si bien el Código Procesal de la Nación no menciona expresamente el orden público argentino como sí lo hace la LACI, la Corte Suprema también ha considerado dicha causal en arbitrajes domésticos, como veremos a continuación.⁸⁹

A lo largo de su historia, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la aplicación de estándares constitucionales en el marco de pedidos de anulación de laudos arbitrales.

Un primer antecedente relevante en este sentido es el caso “*Color c. Max Factor*” de 1994 y, en particular, la disidencia del juez Boggiano.⁹⁰ Allí, se sostuvo que “[el arbitraje] no es ajeno a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente”, en razón de “una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el de ‘promover la justicia’, y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa – cumplidos ciertos recaudos – a los laudos arbitrales”. En virtud de ello, el juez concluyó

87. LACI, artículo 99, incisos (a)(ii), (a)(iii) y (b)(ii), respectivamente.

88. Código Procesal de la Nación, artículo 760.

89. Ver RIVERA, J. C.. La revisión judicial del laudo arbitral en Argentina: aspectos constitucionales. *Revista Arbitraje PUCP*, n. 4, p. 175-181, 2014.

90. CSJN, “*Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad del laudo*”, 17 de noviembre de 1994, Fallos 317:1527, con disidencia de Antonio Boggiano. Ver también J. L. ANAYA. Recursos contra los laudos arbitrales. *El Derecho*, Buenos Aires, t. 161, p.522.

que “dictada una sentencia sobre nulidad de laudo arbitral por el tribunal superior de la causa y llenados los demás requisitos formales y sustanciales de admisibilidad exigidos por esta excepcional instancia federal, a esta Corte le corresponde sólo una limitadísima revisión sobre la eventual violación de los derechos y garantías constitucionales en que pudiera haber incurrido aquella sentencia”⁹¹.

El fallo que mayor repercusión ha tenido en materia de control de constitucionalidad del laudo arbitral en Argentina es, indudablemente, el caso “Cartellone”⁹² de 2004. Sintéticamente, los hechos del caso son los siguientes: José Cartellone S.A. celebró un contrato de obra pública con Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. (Hidronor), sociedad controlada por el Estado, en el que se previó que cualquier controversia sería sometida a arbitraje, previa interposición de un reclamo en sede administrativa, y el laudo sería definitivo e inapelable. Posteriormente, se suscitó una disputa entre las partes que no pudo ser resuelta en sede administrativa y, por lo tanto, fue sometida al arbitraje previsto en el contrato. El laudo arbitral admitió por mayoría la pretensión de Cartellone en varios aspectos, incluyendo la fecha de determinación de deuda y el cálculo de intereses.

Hidronor presentó un recurso de nulidad contra el laudo, con fundamento en que (i) los árbitros habían laudado en exceso sobre puntos no comprometidos en materia de actualización monetaria al indexar el crédito del accionante desde enero de 1985, en vez de febrero de ese mismo año; y (ii) que el mecanismo de liquidación de intereses era contrario a la moral y buenas costumbres. El recurso fue rechazado por la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal y, contra esa decisión, Hidronor interpuso recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema.

En su fallo, la Corte Suprema decidió anular el laudo, en base a dos fundamentos principales. Primero, en cuanto a las fechas de actualización monetaria, el máximo tribunal entendió que el laudo “transform[ó] las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis y variando así el compromiso.” Consecuentemente, al laudar sobre puntos no comprometidos, el laudo incurrió en la causal prevista en el artículo 754 del Código Procesal de la Nación. Hasta aquí, el fallo no parece demasiado disruptivo en tanto, en definitiva, aplicó una de las causales de nulidad previstas en el Código Procesal⁹³.

El aspecto más polémico del fallo “Cartellone” —y de mayor relevancia a efectos de este análisis— es aquel correspondiente a las fechas de actualización monetaria. Esta cuestión implicaba realizar una crítica al mérito de la sentencia, que como principio general resulta ajena al recurso de anulación. Para justificar dicha intromisión, la decisión de la Corte cuestionó el alcance de la renuncia al recurso de apelación contenida en la cláusula

91. Según algunos autores, el fallo “Color” es un antecedente de “Cartellone”, en que vuelve a aparecer la posibilidad de la revisión del laudo en el caso de que este viole el orden público. Ver GIL DOMÍNGUEZ, A. El caso ‘Cartellone c. Hidronor’: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales, *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2004-E, p. 419, 2004.

92. Ver CSJN, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, 1 de junio de 2004, Fallos 327:1881.

93. Ver MARZORATTI, O. Constitución Nacional y arbitraje. *El Derecho*, Buenos Aires, t. 215, 2005.

arbitral del contrato, en base a dos principios. Por un lado, sostuvo la revisión del laudo cuando este es contrario al orden público. Por el otro, afirmó que el laudo arbitral también es revisable judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable⁹⁴. En base a lo anterior, la Corte concluyó que “la renuncia formulada por las partes en el contrato y el compromiso no constituye óbice para que esta Corte revoque lo dispuesto en el laudo en cuanto a la aplicación de los intereses”.

El fallo recibió fundadas críticas en la doctrina por la vaguedad de sus definiciones y las consecuencias que ello podía conllevar sobre el régimen de revisión de los laudos arbitrales en Argentina⁹⁵. El aspecto que ha recibido mayor atención es la afirmación genérica de que el laudo arbitral puede ser impugnado cuando sea “inconstitucional, ilegal o irrazonable”. Según parte de la doctrina, una interpretación de estas palabras de modo literal y aislada del resto del ordenamiento jurídico podría llevar a concluir que los tribunales judiciales se encuentran facultados a revisar el fondo de lo decidido por los árbitros, lo cual implicaría abrir una brecha significativa en el principio de irrevisabilidad de los laudos⁹⁶. Estas dudas volvieron con fuerza cuando el Código Civil y Comercial, sancionado casi 10 años después de “Cartellone”, incluyó en su artículo 1656 sobre la revisión de los laudos una expresión que pareció estar inspirada en dicho fallo, al disponer que resulta irrenunciable la impugnación del laudo “contrario al ordenamiento jurídico”, lo cual reavivó las discusiones sobre este tema⁹⁷.

Afortunadamente, la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema ha limitado sustancialmente la amplia terminología utilizada en “Cartellone” y en el artículo 1656 del Código, de un modo favorable al arbitraje. Nos referimos al reciente fallo “Estado Nacional” de 2018⁹⁸. Según los hechos del caso, en 1999, el Estado Nacional celebró un contrato de

94. “[N]o puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable” (CSJN, “*José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.*”, 1 de junio de 2004, Fallos 327:1881).

95. Ver, entre otros, MÉNDEZ, H. O. Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso ‘Cartellone’. Un lamentable retroceso. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, n. 2005-I, p. 1310, 2005; PALACIO, L. Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario. *El Derecho*, Buenos Aires, n. 208, p. 988; ROJAS, J. Vías de impugnación del laudo arbitral. *El Derecho*, Buenos Aires, n. 210, p. 836, 2004; MORA, R. D. ¿Aval judicial al incumplimiento internacional? *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2004-E, p. 432-328, 2004.

96. Ver RIVERA, J. C.. La revisión judicial del laudo arbitral en Argentina: aspectos constitucionales. *Revista Arbitraje PUCP*, 2014, no 4, p. 175-181.

97. Ver, por ejemplo, AGUILAR, F. Arbitraje privado. El artículo 1656, in fine, del Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, pp. 89-108, 2005.

98. Ver CSJN, “*EN – Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20-III.09) s/recurso directo*”, 6 de noviembre de 2018, Fallos 341:1485.

gerenciamiento con una unión transitoria de empresas (UTE), sujeto de derecho privado, que contenía una cláusula arbitral, con su respectiva renuncia a interponer recursos contra el laudo. En 2000, el Estado rescindió el contrato de gerenciamiento invocando sus prerrogativas contractuales, ante lo cual la UTE interpuso una demanda arbitral.

El laudo, que condenó al Estado a indemnizar a su contraparte, fue luego anulado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal por “falta esencial en el procedimiento”. Ello dio lugar a un segundo arbitraje que resultó en un laudo que nuevamente hizo lugar a la demanda. Este último laudo también fue recurrido ante la Cámara que, esta vez, hizo lugar a la impugnación tan solo en forma parcial. Ante ello, el Estado Nacional acudió ante la Corte Suprema, alegando que, entre otros fundamentos, la Cámara se había apartado de la doctrina de “Cartellone” en función de la cual la renuncia recursiva no se extiende a los planteos de inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad del laudo.

En su decisión, la Corte Suprema confirmó el rechazo al recurso de nulidad interpuesto por el Estado Nacional. El fallo destacó el carácter restrictivo de los recursos contra el laudo, al sostener que de acuerdo con el artículo 760 del Código Procesal de la Nación, “en los casos en los que se ha renunciado a cuestionar un laudo arbitral por vía del recurso de apelación, la revisión judicial solamente puede ser ejercida por vía del recurso de nulidad” y las causales de revisión “son taxativas y no habilitan el análisis sobre el mérito de lo resuelto por el tribunal arbitral”. Asimismo, en lo que aquí resulta relevante, la Corte limitó la aplicación de la doctrina de “Cartellone” —que, como vimos, refería vagamente a la inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad del laudo— a aquellos casos en los que exista una violación al orden público. En ese sentido, sostuvo que, en “Cartellone”, la Corte “estimó procedente la revisión judicial por considerar que lo decidido por los árbitros afectaba el orden público” y que, en base a ello, “consideró que la renuncia formulada por las partes a interponer recurso de apelación contra el laudo no constituía óbice para revocar lo dispuesto en el laudo en cuanto al cálculo de intereses”. En cambio, en este caso, “el recurrente no ha probado de qué modo lo resuelto por el árbitro en torno a la interpretación de las normas aplicables a la disputa y la valoración de la prueba resulta violatorio del orden público, cualquiera sea el alcance que pueda darse a este concepto”.

Si bien esta interpretación en “Estado Nacional” también ha recibido críticas (especialmente, en cuanto no definió concretamente los contornos del concepto de “orden público” al que alude), la doctrina coincide en que se trata de un avance positivo, en tanto ha precisado la postura sentada en “Cartellone”. En ese sentido, la referencia al “orden público” resulta congruente con el régimen de anulación de laudos previsto en la LACI —y en la Ley Modelo CNUDMI en la que se basó— que justamente dispone que el laudo será anulable cuando fuera “contrario al orden público argentino”⁹⁹. A este fallo, se suman

99. LACI, artículo 99, inciso (b)(II). Ver también RIVERA, J. C. (h). La revisión constitucional del laudo arbitral en Argentina. *La Revista del Colegio de Abogados*, Buenos Aires, n. 82, t. 1, 2002; y CORRÁ, M. I.; CAIVANO, R. Arbitraje y Constitución. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, v. 1, p. 70-72, 2020.

otros dictados recientemente por la propia Corte y por tribunales inferiores que también han interpretado restrictivamente las causales de anulación del laudo¹⁰⁰.

6. Constitución y arbitraje de inversión

Entre 1990 y 2000, Argentina firmó y ratificó 58 Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) —más que ninguna otra nación de América Latina— con las principales potencias del mundo¹⁰¹. Además, en 1994 la Argentina ratificó el Convenio CIADI, como parte de su política por liberalizar su economía¹⁰². En la mayoría de los casos, los mecanismos de resolución de disputas de los TBI celebrados por Argentina prevén un arbitraje internacional ante el CIADI.

Hasta fines los 2000, Argentina prácticamente no había recibido reclamos de inversión. Sin embargo, ello cambió abruptamente como consecuencia de la emergencia económica y social que tuvo su punto máximo en diciembre de 2001, que generó una oleada de demandas de inversores extranjeros. A la fecha, Argentina registra 62 demandas, más que ningún otro país del mundo. Muchos de estos casos se relacionan con el impacto de las medidas adoptadas por el Estado Nacional durante la crisis de 2001¹⁰³.

Este contexto ha dado lugar a que, dentro de la doctrina argentina, surgieran cuestionamientos sobre la constitucionalidad de los TBIs celebrados por Argentina y, más particularmente, su sistema sobre resolución de disputas entre inversores extranjeros y el Estado¹⁰⁴. En rigor, estas teorías no son una novedad, sino que, en buena medida, se basan en cuestionamientos de larga data, como las doctrinas “Calvo” y “Drago” de principios del siglo XX y XXI¹⁰⁵.

Una de las críticas más resonantes es la planteada por el ex Procurador del Tesoro de la Nación y actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Horacio Rosatti, quien ha sostenido que el sistema CIADI, al precluir la posibilidad de ejercer un

100. Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, “*Olam Argentina SA c. Cubero, Alberto Martín y otro s/recurso de queja (OEX)*”, 22 de diciembre de 2015, disponible en LL Online, AR/JUR/79122/2015; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 12/4/2016, “*Amarilla Automotores as c. BMW ArgentinasSA s/recurso de queja*”, disponible en LL Online, AR/JUR/24826/2016 entre otros.

101. Alemania, Australia, Bélgica-Luxemburgo, Bolivia, Canadá, China, Ecuador, España, Estados Unidos, India, Israel, Italia, México, Países Bajos, Perú, Reino Unido, Rusia, Suiza y Venezuela, entre otros. A la fecha, el número de TBIs celebrados por Argentina asciende a 61.

102. Ver Ley N° 24.353 del 28 de julio de 1994.

103. Ver UNCTAD, *Investment Policy Hub, Country Navigator: Argentina*, <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/10/argentina> (último acceso: 30 de abril de 2023).

104. Ver SOMMER, C. G. Implicancias de los tratados sobre inversión extranjera y los laudos arbitrales del Ciadi en el sistema constitucional argentino: Una necesaria Interfaz entre inversión extranjera y derechos humanos. *Ars Boni et Aequi*, vol. 9, n. 1, p. 23-51, 2013.

105. Ver CORTI, A; COSTANTE, L. La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI. *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2005-C, p. 1032, 2005. –

control de constitucionalidad interno sobre el laudo arbitral, estaría violentando la Constitución argentina¹⁰⁶.

A continuación, nos referiremos a los principales aspectos de la doctrina “Rosatti” (6.1) y las respuestas que ha merecido por parte de otros autores (6.2).

6.1. *La doctrina “Rosatti” sobre el control de constitucionalidad de los laudos CIADI*

El punto de partida de la doctrina “Rosatti” es que, atendiendo a la materia objeto de su regulación, los TBIs deben ser tipificados dentro de la categoría de los tratados referidos en el artículo 75 inc. 22, párrafo 1° de la Constitución argentina, que abarca aquellos celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales. En función de esta clasificación, se trataría de tratados que gozan de jerarquía superior a la ley, no pueden alcanzar la jerarquía constitucional, y que ingresan y egresan por medio de leyes votadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso computada sobre el quórum.

En base a dicha caracterización, Rosatti considera que los TBIs se encuentran sujetos a un doble control constitucional: en razón de su contenido, y por parte de los tribunales locales. Por un lado, el control de contenido surge específicamente, del artículo 27 de la Constitución, en cuanto obliga al Estado federal a “a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”¹⁰⁷. Por otro lado, desde el punto de vista jurisdiccional, el artículo 116 de la Constitución argentina establece la competencia de los tribunales federales para dirimir diferendos relacionados con las materias susceptibles de ser reguladas por tratados como los TBIs¹⁰⁸.

Sobre este último punto, el autor destaca que, si bien la Argentina ha aceptado la jurisdicción de tribunales internacionales en determinados supuestos (como en materia

106. Ver ROSATTI, H. D. Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *Diario Jurídico La Ley*, Buenos Aires, n. 2003-F, p. 1283, 2003. En palabras del autor, “en el hipotético caso de que un laudo violento alguno de los principios de derecho público están dadas las condiciones para ejercer una tarea de revisión constitucional local.” (ROSATTI, H. Ejerceremos un control de constitucionalidad. *Página 12*, Buenos Aires, 30 de abril de 2005, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/subnotas/1849-530-2005-04-30.html>).

107. Dichos principios incluyen la forma representativa, republicana y federal de gobierno (artículo 1), el principio de juridicidad (artículo 19), de igualdad (artículos 15, 16 y 75 inciso 23), y el debido proceso (artículo 18).

108. En ese sentido, sostiene Rosatti que “los constituyentes no previeron la delegación de jurisdicción en la hipótesis de los tratados del primer párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución” y que “[l]a doctrina constitucional nacional no discute que los tratados del primer párrafo del inc. 22 del art. 75 deben estar sujetos a control constitucional en sede judicial local” (ROSATTI, H. D. Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *Diario Jurídico La Ley*, Buenos Aires, n. 2003-F, p. 1283, 2003).

de violación de derechos humanos y respecto de actividad estatal *juri gestionis* de naturaleza comercial), en dichos casos el Estado no resignó la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la cuestión debatida, a través de un tribunal judicial local, ya sea de modo previo exigiendo el agotamiento de las vías locales o de modo posterior mediante el proceso de exequatur.

En función de lo anterior, Rosatti concluye que el sistema de solución de disputas establecido por el Convenio CIADI no permite cumplir con el citado control de constitucionalidad. Las reglas del Convenio CIADI sobre reconocimiento y ejecución de laudos establecen que el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio, y deberá ser cumplido, salvo que se suspenda su ejecución de acuerdo con lo previsto en el propio Convenio¹⁰⁹. Asimismo, en lo que constituye una de las características salientes del Convenio CIADI, los Estados contratantes se obligan a reconocer a los laudos como si fueran una sentencia firme dictada por un tribunal de dicho Estado¹¹⁰.

De este modo, según el autor, este sistema “constituye un mecanismo hermético (una vez que se ingresa en él ya no es posible salir de él) y autorreferencial (se trata de un dispositivo que se interpreta a sí mismo) que resulta incompatible con el sistema jurídico argentino.” Esta imposibilidad es una cuestión “sustancial” —y no meramente procesal— en la medida que inhibe la posibilidad de que los jueces argentinos revisen el cumplimiento de principios de derecho público argentino a cuya observancia condiciona la Constitución Nacional la validez de los TBIs. Entre aquellos, el principio de igualdad que, según Rosatti, es violentado al brindar a los inversores extranjeros mayores derechos que a los inversores locales.

6.2. Las respuestas a la doctrina “Rosatti”

La doctrina “Rosatti” planteada por el hoy Presidente de la Corte Suprema tuvo una significativa repercusión, no solo por la investidura de su proponente, sino también por los efectos que tendría para el sistema creado por el Convenio CIADI en caso de ser aceptada por los estados. En respuesta, surgieron diversos argumentos en contra de la doctrina que planteaban serios cuestionamientos sobre su plausibilidad. A continuación sintetizaremos los principales.

Primero, se ha sostenido que diversos TBIs celebrados por Argentina prevén un mecanismo de control previo de constitucionalidad extrínseco (es decir, en la forma de manifestación de la voluntad del Estado) al establecer que el acuerdo entrará en vigor “el día en que los dos Gobiernos se hayan notificado mutuamente que las respectivas formalidades constitucionales requeridas para la entrada en vigor de acuerdos internacionales han sido cumplimentadas”¹¹¹. Dado que el procedimiento descrito se ha cumplido respecto de los

109. Ver Convenio CIADI, artículo 53.

110. Ver Convenio CIADI, artículo 54.

111. Ver, por ejemplo, TBI Argentina-España, Artículo XI.1.

TBIs celebrados por Argentina, por aplicación de la doctrina del *estoppel* o “actos propios”, el país no podría desconocer los compromisos que asumió bajo dichos instrumentos¹¹². Resultaría irrazonable que Argentina, mediante su Poder Ejecutivo y Legislativo, celebre tratados como el Convenio CIADI para que luego, ante un laudo en su contra, lo considere inconstitucional mediante su Poder Judicial.

Segundo, y relacionado con el punto anterior, este control extrínseco es el único criterio habilitado por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que expresamente establece que los Estados no pueden invocar el derecho interno para sustraerse de las obligaciones asumidas en la órbita internacional. Así ha sido reconocido por la Corte Suprema, al considerar que “[l]a necesaria aplicación de [el artículo 27 de la Convención de Viena] impone a los órganos del Estado Argentino —una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales— asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”¹¹³.

Tercero, en caso de que un tribunal judicial local se pronunciara a favor de la inconstitucionalidad de un laudo o un TBI, dicha decisión interna no obstaría a la responsabilidad internacional de la Argentina. Ello, en la medida que una decisión en ese sentido importaría un apartamiento de las condiciones previstas en el tratado y un incumplimiento al compromiso de efectivo cumplimiento de sus obligaciones¹¹⁴. Así lo han entendido diversos constitucionalistas¹¹⁵. De este modo, podría entenderse que el resultado final sería el mismo, en tanto Argentina igualmente debería responder en función de esa responsabilidad internacional y de la expectativa creada.

Finalmente, en cuanto al argumento de que los TBIs son contrarios al principio de igualdad al acordar ventajas a los inversores extranjeros, se ha planteado que dicha posición omite considerar que, bajo dicho principio, se debe dar igual tratamiento a aquellos en igualdad de condiciones. En ese sentido, la situación de los inversores extranjeros sería distinta que la situación de los locales, en cuanto aquéllos —entre otras diferencias relevantes— tienen disputas internacionales y enfrentan amenazas de padecer una denegatoria de justicia debido a diversos factores, principalmente la potencial falta de imparcialidad de los jueces locales. De este modo, el sistema de arbitraje inversor-estado funcionaría como un medio efectivo para corregir la discriminación de que fue víctima la inversión extranjera¹¹⁶.

112. Ver GONZÁLEZ CAOMPAÑA, G. Revisión judicial de los laudos del CIADI. Desde una perspectiva internacional. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, n. 2007-II, p. 1226, 2007.

113. CSJN, “*Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”, 7 de julio de 1993, Fallos 316:1669, considerando 3º.

114. Ver MORA, R. D. ¿Aval judicial al incumplimiento internacional? *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2004-F, p. 432-328, 2004. —

115. Entre ellos, GORDILLO (GORDILLO, A. Capítulo XVII: Arbitraje administrativo internacional. In: GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 6ª ed., 2003. ISBN: 978-950-9502-54-3“); y Vanossi (VANOSSI, J. R. A., *Teoría constitucional*, t. II, Buenos Aires: Depalma, 2000. ISBN: 950-14-1739-5).

116. Ver SABATER, A. The Weaknesses of the ‘Rosatti Doctrine’: Ten Reasons why ICSID’s Standing Provisions do not Discriminate Against Local Investors. *AM. REV. INT’L ARB.*, vol. 15, p. 465-466, 2004.

Como destaca BIANCHI, este desarrollo resulta consistente con la posición adoptada por los Estados Unidos, cuya constitución ha sido la fuente directa de la Constitución argentina. Diversos TBIs celebrados por Estados Unidos con otros estados también prevén el sometimiento a arbitraje bajo el Convenio CIADI y no han existido reparos constitucionales al respecto, en opinión del Departamento de Justicia¹¹⁷. En base a ello, el autor se alinea con la postura contraria a la doctrina “Rosatti” que “daría por tierra con el espíritu de los TBI, que pretenden colocar en una jurisdicción internacional, fuera del país en el cual se llevó a cabo la inversión, la suerte del reclamo de los inversores”¹¹⁸.

7. Conclusiones

En Latinoamérica, el constitucionalismo ha sido generalmente visto como una limitación para el desarrollo del arbitraje. Si bien, durante las últimas décadas, la mayoría de los países de la región han realizado profundas transformaciones con el objetivo de posicionarse como jurisdicciones favorables al arbitraje, en muchos casos, la jurisprudencia de los tribunales judiciales sobre la incidencia de los principios constitucionales y la disponibilidad de las acciones constitucionales contra el laudo al arbitraje aún generan cierta incertidumbre sobre el pleno desarrollo de esta institución en nuestra región¹¹⁹.

No obstante, el arbitraje y el derecho constitucional, lejos de ser antagónicos, tienen un rol complementario en el ordenamiento jurídico de cada país. Para funcionar de manera efectiva, el arbitraje necesita de un poder judicial que le brinde ejecutoriedad, y que sirva de control bajo ciertos supuestos claramente establecidos¹²⁰. Como sintetiza la doctrina, “[e]l común denominador es que ambos buscan (eventualmente) lo mismo: respeto del Derecho [y son] aliados del Estado de Derecho”¹²¹.

En el caso de Argentina, ya en 1943, SPOTA —destacado jurista argentino— sostenía al comentar la jurisprudencia de la Corte Suprema de aquel momento que la discusión sobre la validez constitucional de la prórroga de jurisdicción federal a favor de los árbitros era una *vexata quaestio*¹²². Incluso desde aquel entonces, en nuestro país han convivido tendencias

117. Ver memorándum preparado por Walter Dellinger, entonces Assistant Attorney General, septiembre de 1995.

118. BIANCHI, A. El Estado Nacional ante el arbitraje. *Rev. La Ley*, Buenos Aires, n. 2005-B, p. 1405, 2005.—

119. Ver FOLLONIER-AYALA, A. Constitucionalización del arbitraje en América Latina, *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, España, n. 23, p. 113, 2015; ZULETA LONDOÑO, A., La protección constitucional del arbitraje. En MANTILLA SERRANO, F. (Coord.) *Arbitraje internacional – tensiones actuales*. Bogotá: Legis, p. 67-99, 2007. ISBN: 978-9-972738-227.

120. Ver VON WOBESER, C., R., Prefacio, *Arbitraje y Constitución. Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, v. I, p. 13-14, 2020.

121. GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. Arbitraje y Constitución en América Latina: Arbitraje y procesos constitucionales: agua y aceite. *Revista Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB)*, v. I, p. 16, 2020.

122. Ver SPOTA, A. J. La cláusula compromisoria en el Derecho Administrativo. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, n. 1943-I, p. 603, 1943.

a favor y en contra del arbitraje. Ello, ha dado lugar al desarrollo de teorías constitucionales desfavorables para su desarrollo, como la doctrina “Rosatti” y la jurisprudencia del fallo “Cartellone”, a los cuales nos hemos referido en este capítulo.

No obstante, al analizar en su conjunto la relación del arbitraje y el derecho constitucional en la Argentina, es posible sostener que ambos institutos parecen haber alcanzado cierto entendimiento. Así se ve reflejado en los distintos puntos de contacto que hemos repasado a lo largo de este trabajo. Si bien la Constitución argentina no se refiere al arbitraje de manera expresa, es indiscutible que, bajo el derecho argentino, el derecho de someter voluntariamente una disputa a arbitraje se encuentra implícitamente reconocido en la Carta Magna. Asimismo, a la luz de las reglas sobre control de constitucionalidad en Argentina, se ha entendido que los árbitros tienen competencia para resolver planteos de inconstitucionalidad. Finalmente, en otro aspecto que conecta al arbitraje y la constitución, hemos señalado que, en los últimos años, la Corte Suprema ha desarrollado una línea jurisprudencial razonable y prudente sobre la incidencia de los principios constitucionales en la revisión del laudo, limitando así la doctrina de “Cartellone”.

Si bien el camino es largo, creemos que estos desarrollos han sido extremadamente positivos para la consolidación de Argentina como una sede arbitral confiable y atractiva.

18.

ARBITRATION AND SWISS CONSTITUTIONAL LAW – MIXING LIKE OIL AND WATER?

SIMON BIANCHI¹

Introduction

The purpose of this chapter is to identify and discuss the various interactions existing between, on the one hand, Swiss constitutional law and, on the other hand, international arbitration. Switzerland constitutes an interesting jurisdiction for that purpose because of its (relative) ambivalence. On the one hand, Switzerland is generally considered as “arbitration-friendly” and is also home to two important arbitral seats (i.e., Geneva and Zurich), so that Swiss courts have historically been inclined to refrain themselves from interfering in arbitration proceedings, even when based on constitutional grounds. On the other hand, Switzerland is a signatory State of the European Convention on Human Rights (“ECHR”), upon which parties have increasingly relied to (indirectly) challenge certain arbitral awards rendered in Switzerland, in particular in the specific and specialized field of sports arbitration.

In Switzerland, international arbitration is mainly governed by Chapter 12 of the Private International Law Act of 18 December 1987 (the “PILA”), whereas domestic arbitration falls under Part 3 of the Swiss Civil Procedure Code (the “CPC”). These two laws

-
1. Simon Bianchi is an associate working within the Arbitration Practice Group of LALIVE in Geneva, where he specializes in international commercial and investment arbitration involving a variety of sectors, with a particular focus on the energy (including oil & gas) and pharmaceutical sectors. He has acted as counsel in numerous arbitration proceedings under various procedural rules, including the ICC Rules, UNCITRAL Rules, LCIA Rules and Swiss Rules. Simon is trained in both civil and common law. He graduated from the University of Geneva (B.A. in International Relations, 2015; MLaw in Business Law, 2017) and holds an LL.M. from Columbia University Law School (2022), where he was named a James Kent scholar. He is also an active member of several professional associations, including the Swiss Arbitration Association (ASA), ASA below 40, Young ICCA, Young International Arbitration Group (YIAG), Swiss Very Young Arbitration Practitioners (Swiss VYAP), and Energy Related Arbitration Practitioners (ENERAP). He is one of the founders and current member of the Executive Committee of the Swiss Chapter of ENERAP.

adopted at the federal level address most of, if not all, the fundamental issues susceptible to arise in arbitration proceedings, including the validity of the arbitration agreement, various fundamental procedural guarantees and setting-aside proceedings. By contrast, constitutional provisions (and fundamental guarantees enshrined in the ECHR) are generally not directly applicable to international arbitration proceedings seated in Switzerland. However, this does not mean that Swiss constitutional law is irrelevant when it comes to international arbitration in Switzerland. Rather, various provisions of the PILA are closely linked to fundamental rights guaranteed in the Swiss Federal Constitution (“CH Cst”), in particular the right to have access to an independent and impartial tribunal (Art. 29a and 30 CH Cst) and the right to be heard (Art. 29(2) CH Cst). In this regard, Swiss constitutional law plays an important role in various issues relating *inter alia* to the consent to arbitrate, as well as the respect of fundamental procedural guarantees and of the rule of law.

The present chapter is divided into five sections. The first and preliminary section briefly addresses one of the main specificities of the Swiss legal system, namely that, due to the political and legal system adopted in Switzerland, provisions of Swiss constitutional law have (almost) no direct applicability to arbitration proceedings seated in Switzerland. In a second step, the following four sections discuss how certain fundamental rights and guarantees enshrined in the Swiss Federal Constitution (and in the ECHR) nonetheless come into play at various stages of international arbitration proceedings, including subsequent enforcement or annulment proceedings.

I. The (Very) Limited Applicability of Swiss Constitutional Law to Arbitration Proceedings

At the outset, and before delving further into the various interactions between Swiss constitutional law and international arbitration in Switzerland, it is important to make a few preliminary observations regarding the overall organization of the Swiss political and legal system, in particular (i) the relationship between the Swiss Constitution and the federal laws adopted by the Swiss legislator, i.e., the Federal Assembly, as well as (ii) the separation of powers between the Swiss Federal Supreme Court (i.e., the highest judicial authority) and the Federal Assembly (i.e., the legislative body).

The first specificity lies in the fact that, unlike many domestic legal systems, the Swiss legal system does not provide for a direct and abstract control of the constitutionality of legislative norms by the judicial authority. Under Art. 189(4) CH Cst, the acts adopted by the Federal Assembly may not be challenged before the Swiss Federal Supreme Court.² In other words, the Swiss Federal Supreme Court is not empowered to exercise an abstract control of the constitutionality of legislative acts validly adopted by the Federal Assembly.³

2. Art. 189(4) of the Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999: “Acts of the Federal Assembly or the Federal Council may not be challenged in the Federal Supreme Court...”.

3. Michel Hottelier, *La justice constitutionnelle en Suisse*, in: *Fédéralisme Régionalisme*, Volume 17:2017, Les juridictions constitutionnelles suprêmes dans les Etats fédéraux: créatures et créateurs de fédéralisme.

Moreover, the possibility for the Swiss Federal Supreme Court to exercise a control of constitutionality in a concrete case is equally limited by Art. 190 CH Cst, which expressly and unambiguously provides that judicial authorities, including the highest court, “apply the federal acts and international law”.⁴ While this provision does not *per se* prevent judicial authorities from exercising a concrete control of the constitutionality of federal legislative acts, judicial authorities cannot refuse to apply a federal act on the basis that such act contravenes the Swiss Constitution. In practice, this means that the Swiss Federal Supreme Court is limited to either (i) interpret the federal act in such a way as to make it compatible with the Swiss Constitution (if and when possible), or (ii) draw the attention of the Federal Assembly to the fact that the federal act stands in violation of the Swiss Constitution (being said that the court remains obliged to apply such federal act unless and until amended by the legislator).⁵ This approach reflects the institutional supremacy of the Federal Assembly that has been granted the power to enact federal laws, which are then subject to a possible popular referendum upon request by (at least) 50,000 Swiss citizens or eight cantons.⁶ The existence of such an extensive democratic and popular control over the enactment of federal laws is seen as justifying the fact that such laws cannot subsequently be subject to strong judicial review by judicial authorities, including the Swiss Federal Supreme Court.⁷

While discussing the merits of this approach goes (far) beyond the scope of this chapter, this organization of the Swiss political and legal system has two main implications in relation to international arbitration in Switzerland.

- *First*, both Chapter 12 of the PILA, which governs international arbitration, and Part 3 of the CPC, which governs domestic arbitration, form part of federal acts that were adopted by the Federal Assembly. Therefore, Swiss judicial authorities, in particular the Swiss Federal Supreme Court cannot review and control whether the provisions relating to international arbitration and contained in these laws are in conformity with the Swiss Constitution.
- *Second*, a party to an international arbitration proceeding seated in Switzerland cannot rely directly upon an alleged violation of Swiss constitutional law in setting-aside proceedings before the Swiss Federal Supreme Court.⁸

4. Art. 190 of the Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999.

5. Michel Hottelier, *La justice constitutionnelle en Suisse*, in: *Fédéralisme Régionalisme*, Volume 17:2017, Les juridictions constitutionnelles suprêmes dans les Etats fédéraux : créatures et créateurs de fédéralisme.

6. Cantons are the administrative regions forming part of the Swiss Confederation; there are 26 of them. In a certain way, they correspond to the 50 states of the United States.

7. Michel Hottelier, *La justice constitutionnelle en Suisse*, in: *Fédéralisme Régionalisme*, Volume 17:2017, Les juridictions constitutionnelles suprêmes dans les Etats fédéraux : créatures et créateurs de fédéralisme.

8. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_43/2010 dated 29 July 2010, para. 3.6.1.

However, despite the fact that the Swiss Constitution has no direct applicability to international arbitration proceedings, this does not mean that there are no interactions between constitutional guarantees and international arbitration. Rather, many of the provisions of Chapter 12 of the PILA, governing international arbitration proceedings, embody and implement such constitutional guarantees. As a consequence, it is generally admitted that these provisions must be interpreted in light of the fundamental rights and principles enshrined in the Swiss Constitution.

The following three sections present the constitutional guarantees that are most relevant when it comes to international arbitration proceedings and review more in depth how such guarantees apply (or do not apply) in the specific context of international arbitration. More specifically, the following constitutional guarantees can be considered as playing an important role in the context of international arbitration:

- guarantees relating to judicial authorities themselves, including arbitral tribunals seated in Switzerland (**Section II**);
- the right to be heard and the right to fair and equal treatment (**Section III**); and
- the right of access to justice (**Section IV**).

The fifth and final section addresses a slightly different issue, namely whether the rights and guarantees set forth in the Swiss Constitution necessarily form part of public policy within the meaning of Art. 190(2)(e) PILA, so that their violations would lead to the annulment of the award (**Section V**).

II. Guarantees Relating to Judicial Authorities

As most, if not all, national constitutions, the Swiss Constitution specifies that judicial authorities, which are empowered to adjudicate disputes between parties, must offer certain fundamental guarantees to the litigants. In this respect, Art. 30(1) CH Cst provides in its relevant part that “[a]ny person whose case falls to be judicially decided has the right to have its case heard by a legally constituted, competent, independent, and impartial court”.⁹ In a nutshell, Swiss constitutional law guarantees that every natural person and legal entity is entitled to have its case heard by (i) an independent and impartial court, (ii) established by law, and (iii) having jurisdiction over the dispute. In the specific context of international arbitration, these constitutional guarantees play a significant role at crucial junctures of the proceedings, in particular:

- When assessing the arbitral tribunal’s jurisdiction, in particular the validity and scope of the (putative) arbitration agreement (**Section 2.1**);

9. Article 30(1) of the Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999.

- When constituting the arbitral tribunal (Section 2.2); and
- When assessing the independence and impartiality of the arbitrator(s) (Section 2.3).

That said, and as already outlined above,¹⁰ a party to an international arbitration proceeding in Switzerland cannot rely directly upon the provisions of the Swiss Constitution in setting-aside proceedings, but only on the grounds expressly mentioned in Art. 190(2) PILA.

2.1. *Jurisdiction of the Arbitral Tribunal*

As already outlined above, Art. 30(1) CH Cst encompasses *inter alia* the right of any person to have its case heard by a court *established by law*. According to the case law of the Swiss Federal Supreme Court, when parties enter into an arbitration agreement, the latter is deemed to constitute a waiver of such constitutional guarantee.¹¹ Pursuant to this case law, arbitral tribunals are not established by law within the meaning of Art. 30(1) CH Cst, rather they are established and empowered to adjudicate disputes solely as a result of the parties' agreement. Thus, because the parties are deemed to waive a constitutional guarantee, the conclusion of a valid arbitration agreement should not be accepted too easily, especially when the existence of such agreement is disputed.¹² Rather, the tribunal must ensure that a valid arbitration agreement binds the parties to the arbitration proceeding because it is only in presence of such an agreement that the parties can be required to bear the (significant) consequences of their choice.¹³ Under Swiss law, the main consequences of opting for arbitration lie in the fact that (i) the final award can only be challenged before the Swiss Federal Supreme Court (instead of having two levels of appeal), and (ii) the grounds to appeal against such award are very limited (i.e., the application of substantive law in the award can be reviewed only for its compatibility with public policy). Logically, Art. 190(2)(b) PILA implements this approach by providing that an award may be set aside "where the arbitral tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction".¹⁴

Unsurprisingly, constitutional principles have also been referred to by the Swiss Federal Supreme Court when addressing an arbitral tribunal's jurisdiction *ratione personae* in the specific context of extension of the arbitration agreement to a non-signatory. In particular, the court has held that "the third party who interferes in the performance of the contract containing the arbitration agreement shall be deemed to have acceded by conclusive acts to the arbitration agreement if its intent to be a party to the arbitration agreement can be inferred from such interference".¹⁵ In so holding, the court referred to

10. See *supra* Section I.

11. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 128 III 50 dated 16 October 2001, para. 2c).

12. *Id.*

13. *Id.*

14. Article 190(2)(b) of the Federal Act on Private International Law of 18 December 1987.

15. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 134 III 565 dated 19 August 2008, para. 3.2; Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 145 III 199 dated 17 April 2019, para. 2.4;

various constitutional principles. First, it expressly indicated that the possibility to extend the arbitration agreement to a non-signatory in such circumstances was justified pursuant to the principle of good faith,¹⁶ which is enshrined in Art. 5(3) CH Cst.¹⁷ Second, the court clarified that such an extension was not to be admitted too easily as it resulted in the waiver of the non-signatory's right to have its case heard by a court established by law pursuant to Art. 30(1) CH Cst.

In addition to the jurisdiction *ratione personae* and *ratione materiae*, which are in principle determined by the scope of the arbitration agreement, the parties are also free to determine the jurisdiction *ratione temporis* of the arbitral tribunal. Even though the parties to an arbitration agreement typically do not limit in any way the jurisdiction *ratione temporis*, there are specific cases in which such a situation might occur. Interestingly, Art. 36(g) of the 1969 Concordat on Arbitration, which governed international arbitration proceedings prior to the adoption of the PILA, expressly provided that an award could be annulled where “the arbitral tribunal has ruled after the expiry of the period of time which he was given to complete its mission”.¹⁸ While Art. 190 PILA does not expressly mention this ground for annulment, the Swiss Federal Supreme Court had the opportunity to clarify how to treat the issue of jurisdiction *ratione temporis* in a 2014 decision. In this decision, the court held the following:

- the parties have the right to restrict, in the arbitration agreement or through a subsequent *ad hoc* agreement, the duration of the mandate given to the arbitral tribunal (or the sole arbitrator);¹⁹
- the arbitral tribunal (or the sole arbitrator) rendering an award after the expiry of its mandate exceeds the temporal limits of its jurisdiction;²⁰ and
- an arbitral award issued after the expiry of the arbitral tribunal's (or sole arbitrator's) mandate is not automatically void but voidable in annulment proceedings pursuant to Art. 190(2)(b) PILA.²¹

In light of the above, the validity and scope of the arbitration agreement giving jurisdiction (*ratione personae*, *materiae* and *temporis*) to the arbitral tribunal must be assessed thoroughly as the parties to such agreement are deemed to have waived their constitutional right to have their dispute decided by a court established by law.

Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 147 III 107 dated 13 November 2020, para. 3.3.1.

16. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_64/2022 dated 18 July 2022, para. 6.3.3.

17. Article 5(3) of the Federal Constitution of the Swiss Confederation: “State institutions and private persons shall act in good faith”.

18. Article 36(g) of the Concordat on Arbitration of 27 March 1969.

19. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 140 III 75 dated 28 January 2014, para. 3.2.1.

20. *Ibid.*, para. 4.1.

21. *Id.*

In addition to the validity and scope of the arbitration agreement, the constitutional guarantees set forth in Art. 30(1) CH Cst also play an important role in (i) the nomination and constitution of the arbitral tribunal, as well as (ii) the assessment of the arbitrators' independence and impartiality. In fact, the fundamental right to have its case decided by a tribunal which (i) has been properly constituted and (ii) is independent and impartial enshrined in Art. 30(1) CH Cst was of such importance that the violation of such right constitutes a ground for setting aside an arbitral award pursuant to Art. 190(2)(a) PILA, which reads as follows:

“Proceedings for setting aside the award may only be initiated ... where the sole arbitrator has been improperly appointed or where the arbitral tribunal has been improperly constituted ...”²²

2.2. Constitution of the Arbitral Tribunal

As already mentioned, when parties enter into an arbitration agreement and correspondingly agree to grant jurisdiction to hear their dispute to an arbitral tribunal, they waive their constitutional right of access to a state court established by law.²³ The Swiss Federal Supreme Court has affirmed that the natural counterpart to such waiver is that parties are entitled to have the arbitral tribunal constituted in accordance with the rules and requirements which they have agreed upon (e.g., number, method of appointment, or qualifications of the arbitrator(s)).²⁴ The rules and requirements regarding the constitution of the arbitral tribunal may result from (i) the express agreement of the parties (e.g., an arbitration agreement setting forth the method of appointment and/or the number of arbitrators), (ii) the arbitration rules adopted by the parties, or even (iii) the legal provisions of the *lex arbitri* applicable as default rules. In light of the foregoing, the proper constitution of the arbitral tribunal is “an essential guarantee for the parties”,²⁵ which is encompassed in Art. 190(2)(a) PILA and derived from Art. 30(1) CH Cst. When the arbitral tribunal is constituted in breach of the rules or requirements agreed upon between the parties, and the aggrieved party has no opportunity to rectify the situation *pendente lite*, such party can seek to set aside the final award in accordance with Art. 190(2)(a) PILA. According to the Swiss Federal Supreme Court, this solution is justified by the delicate balance to be struck between (i) ensuring that essential guarantees of constitutional nature are complied with and (ii) maintaining the procedural efficiency of international arbitration as an alternative dispute resolution method. On the one hand, parties to an international arbitration proceeding seated in Switzerland cannot challenge the final award on the merits, except under the very restrictive ground of its alleged incompatibility with public policy within the

22. Article 190(2)(a) of the Federal Act on Private International Law of 18 December 1987.

23. See *supra* Section 2.1.

24. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 139 III 511 dated 13 November 2013, para. 4.

25. *Id.*

meaning of Art. 190(2)(e) PILA. On the other hand, parties to an international arbitration proceeding can reasonably expect that such proceeding be conducted in compliance with essential guarantees of procedure, including the constitution of the arbitral tribunal in accordance with the parties' agreement, failing which they must be granted the opportunity to set aside the final award.²⁶

That said, in an *obiter dictum*, the Swiss Federal Supreme Court questioned, and did not expressly decide, whether this principle is to be considered as absolute so that even minor breaches could lead to the annulment of the award or whether an exception is to be made when the breaches do not really affect the constitution of the arbitral tribunal (e.g., late appointment of an arbitrator by the arbitral institution).²⁷

In conclusion, the parties' right to have the arbitral tribunal constituted in accordance with their agreement constitutes the logical corollary to the fact that they waived their right of access to a state court established by law pursuant to Art. 30(1) CH Cst.

2.3. Arbitrators' Independence and Impartiality

In addition to the guarantee that the arbitral tribunal be constituted in accordance with the parties' agreement, Art. 30(1) CH Cst and Art. 190(2)(a) PILA also protect the parties' fundamental right to have their case heard and decided by an independent and impartial arbitral tribunal. In this regard, the Swiss Federal Supreme Court has had multiple opportunities to determine the contours of the constitutional guarantee relating to the independence and impartiality of arbitrators. Unsurprisingly, the constitutional principles developed in connection with the guarantees of independence and impartiality that Swiss state courts must offer to litigants have been deemed equally applicable to arbitral tribunals and thus constitute the starting point of the analysis.²⁸ In this regard, the Swiss Federal Supreme Court has consistently circumscribed the scope and content of the guarantees of independence and impartiality as follows:²⁹

“The guarantee of an independent and impartial court set forth in Art. 30(1) of the Constitution makes it possible to require the recusal of a judge whose situation or conduct is such as to raise doubts as to his or her impartiality. It is intended to prevent extraneous circumstances from influencing the decision in favour or to the detriment of a party. It does not require disqualification only when the judge's actual bias is established since such bias relates to the inner-self and can hardly be

26. *Id.*

27. *Id.*

28. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 129 III 445 dated 27 May 2003, para. 3.3.3; Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 118 II 359 dated 18 August 1992, para. 3c).

29. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 521 dated 7 September 2016, para. 3.1.1; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_404/2021 dated 24 January 2022, para. 5.2; see also Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 147 III 379 dated 1 April 2021, para. 2.3.1.

proven; it is sufficient that the circumstances create the appearance of bias and give rise to a fear that the judge may be biased. However, only objectively ascertained circumstances must be taken into account; purely individual impressions of one of the parties to the proceedings are not decisive.”

As can be seen from the above, the aggrieved party does not have to establish an actual bias on the part of the arbitrator(s), but rather to demonstrate an *appearance of bias* resulting from all relevant circumstances assessed from an objective standpoint. Thus, from a constitutional law perspective, the Swiss approach is no different from the oft-quoted *dictum* laid down by Lord Hewart in 1924: “justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”.³⁰ In this regard, the following sections discuss how these constitutional guarantees of independence and impartiality have been understood and applied in the specific context of international arbitration in Switzerland. For that purpose, these sections (i) briefly outline the specificities of international arbitration (Section 2.3.1), (ii) determine the contours of the guarantees of independence and impartiality through a case-based approach (Section 2.3.2), (iii) discuss the role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (Section 2.3.3), and finally (iv) summarize the scope of review of the Swiss Federal Supreme Court in that respect (Section 2.3.4).

2.3.1. *The Specificities of International Arbitration and Their Consequences on the Guarantees of Independence and Impartiality*

At the outset, it bears emphasis that the Swiss Federal Supreme Court has acknowledged that the specificities of international arbitration had to be duly considered when assessing the independence and impartiality of arbitrators.³¹ Two of these specificities are worth mentioning.

First, regard must be had to the fact that, in the narrow and specialized field of international arbitration, it is inevitable that arbitrators and counsels may have previously participated, or even collaborated, together in other arbitration proceedings.³² As a matter of fact, relationships between professionals active in the field of international arbitration, i.e., arbitrators, counsels and experts, are necessarily more frequent than the ones between judges and lawyers in the traditional setting of litigation before state courts. As a consequence, the existence of such relationships does not necessarily and automatically result in a lack of independence on the part of said arbitrator(s).³³ In a 1994 decision, the Swiss Federal

30. *Rex v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256.

31. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 129 III 445 dated 27 May 2003, para. 3.3.3; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4P.292/1993 dated 30 June 1994, para. 4a.

32. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 129 III 445 dated 27 May 2003, para. 3.3.3; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4P.292/1993 dated 30 June 1994, para. 4a.

33. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 129 III 445 dated 27 May 2003, para. 3.3.3.

Supreme Court held that the existence of a friendly relationship between an arbitrator and a party's counsel (i.e., use of the informal "*tutoiement*" and mutual recommendations) was in principle insufficient to justify the dismissal of the arbitrator.³⁴

Second, after having left the issue open and undecided for a long time,³⁵ the Swiss Federal Supreme Court clarified that the requirements of independence and impartiality apply to the same extent to the presiding arbitrator and to the co-arbitrators (appointed by the parties).³⁶ While the court was mindful of the specificities of international arbitration and their inevitable consequences on the independence and impartiality of co-arbitrators, it made it clear constitutional guarantees could not be completely ignored either. On the one hand, an inherent and acceptable consequence of the method of appointment of co-arbitrators in international arbitration is to create a (tenuous) objective link between a co-arbitrator and the party that appointed him or her.³⁷ This in and of itself does not call into question the independence and impartiality of the co-arbitrator. On the other hand, the so-called "party-arbitrator system", in which the arbitrator appointed by each party would not be bound by the same standard of independence and impartiality as the presiding arbitrator, must be excluded as incompatible with constitutional guarantees.³⁸ Indeed, if the Swiss legal system were to accept that each co-arbitrator may act as the mere advocate of his or her party within the arbitral tribunal, instead of them being independent and impartial adjudicators, this would jeopardise the entire institution of international arbitration,³⁹ in particular its legitimacy as a credible and efficient alternative dispute resolution mechanism.

2.3.2. *The Contours of the Guarantees of Independence and Impartiality in International Arbitration*

Interestingly, the Swiss Federal Supreme Court has never made a strict and clear-cut distinction between the notions of independence and impartiality. Rather, the court seems to consider that the notion of independence is encompassed within the wider notion of impartiality, in particular as an aspect of the so-called objective impartiality.

With regard to the guarantee of impartiality, a distinction must be drawn between subjective and objective impartiality. Subjective impartiality (which is presumed) is intended to ensure that the case will be heard and decided without discrimination.⁴⁰ Objective impartiality is intended to prevent the participation of the same judge or arbitrator in different capacities in the same case and to guarantee the independence of the judge in relation to

34. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4P292/1993 dated 30 June 1994, para. 4a.

35. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 118 II 359, para. 3c); Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 129 III 445 dated 27 May 2003, para. 3.3.3.

36. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 136 III 605 dated 29 October 2010, para. 3.3.1.

37. *Id.*

38. *Id.*

39. *Id.*

40. *Id.*

each of the litigants.⁴¹ That said, the Swiss Federal Supreme Court has adopted a restrictive approach when assessing the risk of bias and intervened only in cases in which there was a serious risk of bias on the part of the arbitrator(s).⁴² In light of the foregoing, various situations have been deemed insufficient to give rise to a serious risk of bias, in particular:

- Procedural decisions, whether right or wrong, do not in and of themselves give rise to an objective appearance of bias on the part of the arbitrator(s) who made them, except to the extent that these procedural mistakes are particularly serious or repeated.⁴³
- By the same token, erroneous decisions regarding the merits of the case, including the arbitrator's participation in an interim award that was eventually set aside, are insufficient to create a serious risk of bias, except to the extent that these erroneous decisions are particularly serious or repeated.⁴⁴ This exception is interpreted (very) restrictively as parties must not be allowed to use it as a pretext to present a full-scale criticism on the findings of fact and legal considerations on which the final award is based.⁴⁵
- While previous counsel work on behalf of one of the parties by an arbitrator (or by partners of the same law firm) may justify the arbitrator's disqualification depending on the intensity of the professional relationship, relationships arising out of activities that are not typical of a lawyer warrant a different assessment. For instance, the fact that a partner in the arbitrator's law firm acted as honorary consul for a party to the arbitration prior (i.e., a position for which no financial compensation was offered) does not necessarily give rise to a serious risk of bias.⁴⁶
- Friendship (or enmity) can give rise to an objective appearance of bias only in specific and restrictive circumstances, meaning that this friendship (or enmity) must reach an intensity and quality so as to give rise to an objective apprehension that

41. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 136 III 605 dated 29 October 2010, para. 3.3.1; see also Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 131 I 113 dated 3 May 2005, para. 3.4.

42. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_704/2015 dated 16 February 2017, para. 3.1.

43. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_54/2012 dated 27 June 2012, para. 2.2.3; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_458/2009 dated 10 June 2010, para. 3.3.3.2.

44. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 115 Ia 400 dated 20 December 1989, para. 3b); Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_54/2012 dated 27 June 2012, para. 2.2.3; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_505/2017 dated 4 July 2018, para. 4.2.2.

45. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_505/2017 dated 4 July 2018, para. 4.2.2: The merits of an award can be reviewed only under the very limited ground of its alleged incompatibility with public policy (Art. 190(2)(e) PILA), so that this exception must not be used as a back door to introduce such substantive review of the award through other means.

46. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_404/2021 dated 24 January 2022, para. 5.2.2.3.

it would influence the judge in the conduct of the proceedings and the decision-making process.⁴⁷ In the words of the Swiss Federal Supreme Court, a friendly relationship presupposes “a reciprocal feeling of affection and sympathy or an intimate relationship that implies a certain closeness going beyond the mere fact of knowing someone or being on a first-name basis with that person”.⁴⁸ In principle, neighbourly relations, common studies, membership in the same political party or regular contacts in a professional context are insufficient to create an appearance of bias justifying recusal.⁴⁹ In the same vein, the existence of a relationship on social media (e.g., be “friends” on Facebook) does not in and of itself create an objective appearance of bias; rather, it only attests to the existence of contacts between people who share the same interests.⁵⁰

While an award rendered by an arbitral tribunal that does not offer the requisite guarantees of independence and impartiality pursuant to Art. 30(1) CH Cst can be set aside under Art. 190(2)(a) PILA, the situation is less clear-cut when the parties adopt grounds for challenging arbitrators going beyond these constitutional guarantees. In line with the fundamental principle of party autonomy, parties remain free to adopt additional grounds for challenging arbitrators compared to the constitutional guarantees of independence and impartiality pursuant to Art. 30(1) CH Cst. That said, whether the breach of one of these additional grounds justifies a setting-aside of the award pursuant to Art. 190(2)(a) PILA remains an unsettled issue. In an *obiter dictum* in an early 2001 decision, the Swiss Federal Supreme Court indicated that, to the extent that the parties adopt additional grounds for recusal going beyond the constitutional guarantees, the existence of such grounds is unlikely to justify a setting-aside of the award pursuant to Art. 190(2)(a) PILA.⁵¹ However, this decision was issued at a time when the court had a narrower interpretation of the scope of Art. 190(2)(a) PILA. Since then, its case law has evolved so as to broaden the scope of this provision. In a 2013 decision, the Swiss Federal Supreme Court clarified that Art. 190(2)(a) PILA encompasses two grounds for setting-aside: (i) the breach of the rules relating to the constitution of the arbitral tribunal, whether arising out of the parties’ agreement (Art. 179(1) PILA) or statutory provisions (Art. 179(2) PILA), and (ii) the lack of independence and impartiality.⁵² Shortly after this decision, another decision confirmed that the failure to comply with the rules adopted by the parties with regard to the constitution of the arbitral tribunal – e.g., number and qualifications of arbitrators, appointment process

47. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 138 I 1 dated 31 January 2012, para. 2.4; Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 144 I 159 dated 14 May 2018, para. 4.3.

48. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 144 I 159 dated 14 May 2018, para. 4.5.

49. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 138 I 1 dated 31 January 2012, para. 2.4; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 9C_366/2013 dated 2 December 2013, para. 5.2.1.

50. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 144 I 159 dated 14 May 2018, para. 4.5.

51. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4P.188/2001 dated 15 October 2001, para. 2e).

52. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_146/2012 dated 10 January 2013, para. 3.2; see also *supra* Section 2.2.

– constituted a ground for setting-aside under Art. 190(2)(a) PILA.⁵³ The reasoning underlying that decision could be applied by analogy to the specific requirements set forth by the parties regarding the arbitrators' independence and impartiality, so that a failure to comply with these requirements would also lead to the annulment of the award. That said, the Swiss Federal Supreme Court has never had to decide whether an award could be set aside because of a failure to comply with stringer independence and impartiality requirements adopted by the parties.

2.3.3. *The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration*

Finally, when discussing the constitutional guarantees of independence and impartiality under Swiss law, it is interesting to assess the role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration (the “**IBA Guidelines**”), in particular their classification of various situations of potential conflict of interest following a traffic light system (i.e., non-waivable red, red, orange, and green), which have *de facto* become a sort of gold standard for disclosure and conflicts of interest in international arbitration. In this regard, the Swiss Federal Supreme Court held the following in a 2008 decision and has since then confirmed its position on numerous occasions:⁵⁴

“Although these guidelines [i.e., the IBA Guidelines] are not legally binding, they are a valuable working tool that can contribute to the harmonisation and unification of standards in the field of international arbitration for the resolution of conflicts of interest, which should have an influence on the practice of arbitration institutions and courts. These guidelines set out general principles. They also contain an enumeration, in the form of non-exhaustive lists, of specific circumstances: a red list, divided into two parts (situations in which there is a legitimate doubt as to independence and impartiality, the parties not being able to waive the most serious of them); an orange list (intermediate situations which must be disclosed, but do not necessarily justify a challenge); a green list (specific situations which objectively do not give rise to a conflict of interest and which arbitrators are not obliged to disclose). It goes without saying that, notwithstanding the existence of such lists, the circumstances of the concrete case will always remain decisive in deciding the issue of conflict of interest.”

53. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 139 III 511 dated 13 November 2013, para. 4.

54. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_506/2007 dated 20 March 2008, para. 3.3.2.2; see also Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 521 dated 7 September 2016, para. 3.1.2; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_318/2020 dated 22 December 2020, para. 7.4.

In a nutshell, the role attributed to the IBA Guidelines by the Swiss Federal Supreme Court when assessing an arbitrator's independence and impartiality is very similar to the way in which these guidelines are in principle understood and applied by arbitral tribunal themselves, meaning as a valuable working tool providing guidance that has however no mandatory effect.

2.3.4. *The Scope of Review of the Swiss Federal Supreme Court*

When a party considers that the arbitral tribunal, or one or more arbitrators, does not offer the requisite guarantee of independence and impartiality, this party can challenge the concerned arbitrators and seek their removal from the case. Pursuant to Chapter 12 of the PILA in its newly revised version, the procedure to challenge an arbitrator is set out in Art. 180a PILA, being said that the parties remain free to agree on a different procedure which they often do through the election of applicable arbitral rules. Indeed, most of, if not all, the arbitral rules of prominent arbitral institutions provide for a specific procedure to challenge arbitrators. While a review of the various procedures existing to challenge arbitrators goes beyond the scope of this chapter, it is fundamental to keep in mind that the challenge of one or more arbitrators can in principle be decided either (i) by the arbitral institution administering the dispute (e.g., the ICC Court pursuant to Art. 14(3) of the 2021 ICC Rules or the LCIA Court pursuant to Art. 10.1 of the 2020 LCIA Rules) or (ii) by the state courts of the place where the arbitration is seated (the so-called *juge d'appui*).

The identity of the judicial authority issuing the decision on the challenge request plays a fundamental role because this in turn determines the scope of review of the Swiss Federal Supreme Court. On the one hand, if the decision regarding the challenge and recusal of an arbitrator was rendered by a private entity, such as the ICC Court, this decision cannot be the subject of a direct appeal to Swiss courts, but it can nonetheless be reviewed *de novo* by the Swiss Federal Supreme Court in the context of an appeal against the final award on the grounds of the irregular composition of the arbitral tribunal (Art. 190(2)(a) PILA).⁵⁵ On the other hand, if the decision regarding the challenge and recusal of an arbitrator was rendered by a Swiss state court, the case law of the Swiss Federal Supreme Court considers that such decision is final and binding so that it will not be reviewed, even in hypothetical setting-aside proceedings against the final award.⁵⁶ This distinction is justified by the fact that, while a legal system must reserve its right to ensure that arbitration proceedings (and awards) stand in conformity with its fundamental legal principles, such as the right to an independent and impartial adjudicator, where a state court has already reviewed and decided whether these fundamental legal principles were complied with, there is no need

55. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_644/2009 dated 13 April 2010, para. 1; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_14/2012 dated 2 May 2012, para. 2.2.1; see also Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 118 II 359 dated 18 August 1992, para. 3b).

56. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 128 III 330 dated 3 July 2002, para. 2.2; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_14/2012 dated 2 May 2012, para. 2.2.1.

for a second review by the Swiss Federal Supreme Court.⁵⁷ This approach is also consistent with the main objective of the Swiss legislation on international arbitration, which is to limit as far as possible the interferences of state courts into arbitration proceedings.⁵⁸

III. The Right to Be Heard and the Right to Equal and Fair Treatment in International Arbitration

Beside the above-mentioned guarantees relating to judicial authorities, including arbitral tribunals, the Swiss Constitution expressly guarantees two fundamental rights that find themselves at the core of international arbitration proceedings: (i) the right to be heard and (ii) the right to equal and fair treatment.

Art. 29(1) CH Cst guarantees the right to equal and fair treatment and reads as follows:

“Every person has the right to equal and fair treatment in judicial and administrative proceedings and to have its case decided within a reasonable time.”⁵⁹

In principle, the handling of a case is deemed to be fair if an authority, which (1) has jurisdiction, (2) is correctly composed, and (3) presents guarantees of impartiality and independence, acts (4) equally towards the parties, (5) in a loyal manner (in good faith), (6) without excessive formalism, and (7) within a reasonable time.⁶⁰

In light of the foregoing, the right to equal and fair treatment enshrined in Art. 29(1) CH Cst. partially overlaps with certain procedural guarantees set forth in Art. 30(1) CH Cst. This is in particular the case for the right to have its case decided by a judicial authority, which (i) has jurisdiction, (ii) is correctly composed, and (iii) presents certain guarantees of impartiality and independence.⁶¹ In this regard, the above observations regarding the contours of such right under Art. 30(1) CH Cst apply *mutatis mutandis* under Art. 29(1) CH Cst. However, the right to equal and fair treatment also encompasses further guarantees, in particular the arbitral tribunal must (i) ensure that the parties are treated equally (i.e., equal treatment), (ii) act without excessive formalism and (iii) act within a reasonable time.

The parties’ right to be treated equally requires first and foremost that the arbitration proceeding be conducted in such a way that each party is given the same opportunities to present its case during the proceeding.⁶² As such, the right to fair and equal treatment is very closely related to the right to be heard, which is expressly guaranteed by Art. 29(2) CH Cst:

“Each party to a case has the right to be heard.”⁶³

57. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_14/2012 dated 2 May 2012, para. 2.2.1.

58. *Id.*

59. Article 29(1) of the Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999.

60. M. Dang & M. S. Nguyen, *Commentaire romand Constitution fédérale*, 1st ed., Basel 2021, Art. 29, para. 49.

61. See *supra* Section II.

62. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, para. 4.1.1.

63. Article 29(2) of the Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999.

The following sections address in detail the scope of the right to be heard and treated equally enshrined in Art. 29(1) and 29(2) CH Cst, in particular the restrictions to this constitutional right in the specific context of international arbitration (Section 3.1). Moreover, these sections also briefly discuss two principles that are generally considered as part of the constitutional right to fair and equal treatment, namely (i) the prohibition of excessive formalism (Section 3.2) and (ii) the principle of celerity (Section 3.3).

3.1. *The Right to Be Heard and Treated Equally in International Arbitration*

In the context of international arbitration, the right to be heard and the right to fair and equal treatment are so intertwined that they are embodied together in two specific provisions of Chapter 12 of the PILA: Art. 182(3) and 190(2)(d) PILA. Art. 182(3) PILA provides that “[r]egardless of the procedure chosen, the arbitral tribunal shall guarantee the equal treatment of the parties and their right to be heard in adversarial proceedings”,⁶⁴ whereas Art. 190(2)(d) PILA expressly sets out that a violation of the parties’ right to equal treatment or right to be heard constitutes a ground for setting aside the award.

In its well-established case law, the Swiss Federal Supreme Court held, on reiterated occasions, that the right to be heard in international arbitration under Art. 182(3) PILA encompasses two notions.⁶⁵ First, Art. 182(3) PILA encompasses the right to be heard *stricto sensu*, which is in principle identical to the constitutional guarantee set forth in Art. 29(2) CH Cst.⁶⁶ In line with this case law, the right to be heard *stricto sensu* requires that each party be granted the right (i) to expose its position regarding the essential facts of the dispute, (ii) to present its legal arguments, (iii) to produce evidence relating to relevant facts, (iv) to take part in hearings held by the arbitral tribunal, and (v) to have access to the case file.⁶⁷ Second, Art. 182(3) PILA also enshrines the adversarial principle. Pursuant to this principle, each party must be given the opportunity (i) to express itself and take position on the case of the opposing party, (ii) to review and comment the evidence submitted by the opposing party, and (iii) to refute such evidence with its own evidentiary means.⁶⁸

In light of the above, the following sections focus on (i) the recent evolution of the scope of the right to be heard in the case law of the Swiss Federal Supreme Court (Section 3.1.1), and (ii) specific restrictions to the right to be heard in the specific context of international arbitration (Section 3.1.2).

64. Article 182(3) of the Federal Act on Private International Law of 18 December 1987.

65. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 130 III 35 dated 30 September 2003, para. 5.

66. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 127 III 576 dated 10 September 2001, para. 2c); Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, para. 4.1.1.

67. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 127 III 576 dated 10 September 2001, para. 2c); Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, para. 4.1.1.

68. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, para. 4.1.1.

3.1.1. *The Recent Evolution of the Scope of the Right to Be Heard*

In recent years, the Swiss Federal Supreme Court has become more restrictive in its interpretation of the scope of the right to be heard, slowly moving away from the traditional approach based on the premise that the right to be heard is purely a right of formal nature.

In the context of international arbitration, this traditional approach emphasized the formal nature of the right to be heard and is perfectly exemplified by the decision ATF 127 III 576 of 10 September 2001. In that decision, the court outlined that the right to be heard was of formal nature with two corresponding implications. *First*, the purpose of the right to be heard in the context of international arbitration was not to protect the parties from erroneous decision on the merits (so-called *substantive* denial of justice). Rather, the right to be heard was designed to ensure that the parties had the possibility to participate in the arbitral process, to influence it and to present their position (i.e., put forward factual allegations, offer evidence, and make legal arguments), failing which there was a *formal* denial of justice.⁶⁹ In other words, an arbitral tribunal may reach an erroneous decision even though all parties have been heard extensively during the proceeding.⁷⁰ In such case, the mere fact that the final award appears incorrect from a substantive law perspective neither violates the parties' right to be heard, nor warrants the intervention of the Swiss Federal Supreme Court. *Second*, the existence of a formal denial of justice justified in and of itself annulling the disputed arbitral award for a violation of the right to be heard, without regard to the substantive chances of success of the complaint.⁷¹ In light of the foregoing, a party alleging that a manifest error (or omission) by the arbitral tribunal constituted a violation of the right to be heard had to demonstrate that this error (or omission) prevented it from presenting (and proving) its point of view on a **relevant issue** of the case. By contrast, the party seeking the annulment of the award was not required to demonstrate that a different outcome would have been reached on the merits if it had been allowed to present its case.

In a 2007 decision, the Swiss Federal Supreme Court adopted a more restrictive approach regarding how and when a manifest error (or omission) by the arbitral tribunal should be considered as a formal denial of justice entailing a corresponding violation of the right to be heard. *First*, the party alleging a manifest error (or omission) had to demonstrate that this error (or omission) prevented it from presenting (and proving) its point of view on an **important issue**, and not merely on a relevant issue.⁷² *Second*, and more significantly, the appellant also had to demonstrate (i) that the arbitral tribunal failed to take into consideration certain factual, evidentiary or legal elements, which had been regularly and timely

69. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 127 III 576 dated 10 September 2001, para. 2d).

70. A. Bucher, *Commentaire romand Loi sur le droit international privé (LDIP) – Convention de Lugano (CL)*, 1st ed., Basel 2011, Art. 190, para. 86.

71. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 127 III 576 dated 10 September 2001, para. 2d).

72. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 133 III 235 dated 22 May 2007, para. 5.2.

invoked in support of its prayers for relief, and (ii) that these elements were of such nature to influence the outcome of the dispute.⁷³

At first glance, this decision seems to encompass a major shift from the traditional approach in the sense that it imposes upon the appellant the burden of proving that the manifest error (or omission) concerned important issues, which were of such nature to influence the outcome of the dispute. However, there are two reasons for which this shift might not be as significant as it initially seems. First, the court expressly provided an exception to the above-mentioned principle:

“If the award completely omits elements that are apparently important for the resolution of the dispute, it is up to the arbitrators or the respondent to justify this omission in their observations on the appeal. They may do so by demonstrating that, contrary to the appellant’s assertions, the omitted elements were not relevant to the resolution of the case at hand or, if they were, that they were implicitly refuted by the arbitral tribunal.”⁷⁴

Thus, when the arbitral tribunal overlooks an “apparently important” issue, the burden shifts and it is up to the arbitral tribunal (or the respondent) to demonstrate that this issue was either (i) irrelevant for the outcome of the case or (ii) implicitly rejected by the award. Second, the actual and concrete application of this new and seemingly more restrictive approach has remained rather flexible. For instance, when applying this new test to the facts of the case at hand, the court held the following:

“Assuming that they were found to be well-founded, these subsidiary arguments were capable of altering the outcome of the dispute, as they tended to exclude the possibility of imposing any sanction on the appellant. Therefore, they could not be denied any relevance from the outset, whatever the respondent might say.”⁷⁵

In an even more recent decision arising out of a CAS award confirming the ban of a professional tennis player for violation of anti-doping regulations, the Swiss Federal Supreme Court confirmed its shift towards a more restrictive approach by holding that:

“The right to be heard is undoubtedly a constitutional guarantee of a formal nature. However, considering that it is not an end in itself, where it is not clear what influence its violation may have had on the procedure, there is no reason to annul the contested decision.”⁷⁶

73. *Id.*

74. *Id.*

75. *Ibid.*, para. 5.3.

76. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_424/2018 dated 29 January 2019, para. 5.2.2; see also Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 143 IV 380 dated 20 September 2017, para. 1.4.1.

Applying this restrictive approach to the facts of the case, the court found that, even though the tennis player was unduly prevented from expressing her point of view regarding the starting date of such ban in violation of her right to be heard,⁷⁷ it was not established that such violation had any influence on the outcome of the case.⁷⁸

This shift away from a conception of the right to be heard as constituting purely a right of formal nature can be explained by the willingness of the Swiss Federal Supreme Court, and more widely of the Swiss legal community, to enhance the procedural efficiency of international arbitration proceedings seated in Switzerland by restricting the parties' ability to seek interference from state courts in the arbitral process. By requesting the party seeking the annulment of an award to demonstrate, at least *prima facie*, that the violation of its right to be heard was likely to affect the outcome of the dispute, the Swiss Federal Supreme Court has substantially narrowed down the range of situations in which an arbitral award can be set aside. The question that remains unsettled is to what extent this new approach has complicated, or will complicate, an appellant's chance of successfully alleging a violation of its right to be heard. The answer to that question likely depends on how closely (or not) the Swiss Federal Supreme Court will review whether the violation of the right to be heard was of such nature to influence the outcome of the dispute. In this regard, the two above-mentioned decisions already issued by the court are unlikely to provide any firm guidance. On the one hand, in its 2007 decision, the court found that a violation of the right to be heard in connection with elements that "tended to" influence the outcome and "could not be denied any relevance from the outset" was sufficient to lead to the annulment of the award. On the other hand, in its 2019 decision, the court held that it was not established that the violation of the right to be heard had any influence on the outcome of the case, so that no annulment of the award was justified. In other words, it remains to be seen whether it is sufficient for the appellant to prove that the violation of its right to be heard concerned elements that were relevant and tended to influence the outcome of the dispute or whether the appellant must actively demonstrate that such violation had an influence on the outcome of the case.

In light of this persistent uncertainty, parties to international arbitration proceedings in Switzerland intending to challenge an award on the basis that their right to be heard has been violated should explain as precisely and carefully as possible how such violation had, or at least was likely to have, an influence on the outcome of their case.

77. In more detail, the CAS panel had to decide whether it was appropriate to make use of the possibility of backdating the start of the athlete's ban to the date of the positive anti-doping test (instead of starting such ban on the date of the award). In this respect, while the court acknowledged that the tennis player could have alleged that her recent results were globally negative and that backdating was thus less detrimental to her, it also emphasized that her future results were impossible to predict, so that it was not established that the violation of her right to be heard could have had any influence on the final award issued by the CAS panel.

78. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_424/2018 dated 29 January 2019, para. 5.7.

3.1.2. *Specific Restrictions to the Right to Be Heard in International Arbitration*

In addition to the above-mentioned progressive shift towards a more restrictive conception of the right to be heard, the Swiss Federal Supreme Court has always considered its scope to be limited when it comes to legal issues and arguments:

“As a general rule, according to the *jura novit curia* principle, state courts or arbitral tribunals freely assess the legal consequences resulting from the facts and may also decide on the basis of legal rules other than those invoked by the parties. Consequently, provided that the arbitration agreement does not restrict the arbitral tribunal’s mission to the mere assessment of the legal arguments raised by the parties, the parties do not have to be specifically heard on the application of legal provisions. In exceptional circumstances, when the judge or arbitral tribunal intends to base its decision on a legal standard or consideration that was not raised during the proceedings and whose relevance could not be foreseen by the parties, the parties should be called upon to express their views on such standard or consideration.”⁷⁹

Determining whether the relevance of a given legal provision was foreseeable or not inevitably entails a degree of appreciation, which in turn means that the Swiss Federal Supreme Court enjoys a substantial discretion in that respect.⁸⁰ As a rule of thumb, an appellant is very unlikely to succeed in challenging an award on the ground that its right to be heard regarding a legal issue was violated by the arbitral tribunal, save in very specific circumstances where the legal consideration relied upon by the tribunal in its decision came as a total surprise for the parties (i.e., the so-called “*effet de surprise*”). Beside this restriction of the right to be heard with respect to legal issues and arguments, the Swiss Federal Supreme Court has also emphasized that, far from being absolute or unlimited, the right to be heard *in the context of international arbitration* remains subject to specific and rather significant limitations.⁸¹

The most significant limitation of the right to be heard in international arbitration concerns the obligation, or rather the absence of obligation, to render reasoned awards. According to the Swiss Federal Supreme Court, the constitutional right to be heard enshrined in Art. 29(2) CH Cst implies an obligation for state courts to render reasoned decisions.⁸² The rationale for such obligation lies in the fact that the parties must be able to understand the judicial decision and appeal against it (if they so wish), in which case the appeal courts must be able to exercise their powers of control and review. However, in its decision 116 II 373 dated 21 August 1990, the Swiss Federal Supreme Court held that, when applied to international arbitration, the right to be heard did not entail an obligation for arbitral

79. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_374/2021 dated 23 November 2021, para. 5.2.1.

80. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 130 III 35 dated 30 September 2003, para. 5.

81. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, para. 4.1.2; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_220/2017 dated 8 January 2018, para. 3.1.

82. Decision of the Swiss

tribunals to render reasoned awards.⁸³ While this case law has been regularly and consistently reaffirmed,⁸⁴ it bears emphasis that it raises certain difficulties. On the one hand, the court considers that the right to be heard does not require arbitral awards to be reasoned. On the other hand, the right to be heard is deemed to give rise to an obligation on the part of arbitral tribunals to (at least) examine and address the relevant issues to decide the case. In this context, the party alleging that its right to be heard has been violated must demonstrate that (i) the arbitral tribunal failed to take into consideration certain factual, evidentiary or legal elements that were regularly and timely invoked in support of its prayers for relief, and that (ii) these elements were of such importance to influence the outcome of the dispute.⁸⁵ However, it is difficult to see how a party can effectively demonstrate the arbitral tribunal's failure to consider certain elements if the final award does not provide reasons. Interestingly, the Swiss Federal Supreme Court seems to acknowledge as much when it affirmed that: "This [i.e., the tribunal's failure to consider certain important elements] will be demonstrated on the basis of the grounds set out in the contested award".⁸⁶ Therefore, while arbitral tribunals seated in Switzerland are formally under no strict obligation to render reasoned awards, it is nonetheless doubtful that an entirely unreasoned award would pass muster before the Swiss Federal Supreme Court, let alone the ECHR.

A second substantial limitation to the right to be heard in international arbitration concerns the right of reply, more specifically the right to a second round of written submissions. In its traditional form under Swiss constitutional law, the right to be heard encompasses a very extensive right of reply according to which a party is entitled to be informed of, and to reply to, any argument presented to the court, irrespective of (i) whether such argument contains new elements of fact or law, and (ii) whether it is likely to influence the outcome of the case.⁸⁷ In other words, it is up to each party, and not the judge, to decide whether a new argument, factual element or evidence submitted in the proceedings contains decisive elements that call for comments on its part. With regard to international arbitration, the Swiss Federal Supreme Court held not only that this extensive right of reply did not apply as such but also that the right to be heard did not encompass an absolute right to a second

83. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 116 II 373 dated 21 August 1990, para. 7; see also Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 133 III 235 dated 22 March 2007, para. 5.2.

84. See e.g., Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 134 III 186 dated 22 January 2008, para. 6.1; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_580/2017 dated 4 April 2018, para. 2.1.2.

85. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, paras. 4.1.1 and 4.1.3; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_436/2022 dated 15 December 2022, para. 5.1.

86. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 133 III 235 dated 22 March 2007, para. 5.2; see also Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, para. 4.1.3.

87. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 139 I 189 dated 21 June 2013, para. 3.2

round of written submissions.⁸⁸ Rather, it is sufficient for the claimant to have the opportunity to reply, in one form or another, to the counterclaims raised by the respondent (if any).⁸⁹

A third limitation to the right to be heard under Swiss constitutional law, which is not specific to international arbitration, lies in the fact that there is no absolute right to oral submissions.⁹⁰ In other words, the parties' right to be heard is respected when they are given the opportunity to present their case in writing.

That said, there is one specific instance in which a party to international arbitration proceedings has the right not only to a hearing but to a public hearing in accordance with Article 6(1) of the ECHR, which reads as follows in its relevant part:

"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing [...] by an independent and impartial tribunal [...]."⁹¹

This is in the context of anti-doping proceedings before the Court of Arbitration for Sport in Lausanne (the "CAS"). In the *Pechstein* case, the European Court of Human Rights ("ECtHR") held the following:

- Considering that the CAS jurisdiction is often set forth in the applicable sports regulations, which professional athletes have no choice but to accept in order to be able to participate in international sports competitions, CAS arbitration must be deemed compulsory (as opposed to voluntary arbitration).⁹²
- The compulsory nature of CAS arbitration in disciplinary matters requires the full applicability of Article 6(1) ECHR, meaning that CAS arbitration proceedings must guarantee all the safeguards mentioned therein.⁹³
- In conclusion, the guarantee of public hearings was also applicable to CAS proceedings in anti-doping disciplinary matters.⁹⁴

In addition to the above-mentioned limitations, the Swiss Federal Supreme Court has also reiterated on numerous occasions that the right to be heard only encompasses the

88. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, para. 4.1.2.

89. *Id.*

90. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, para. 4.1.1; Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 115 II 129 dated 1 June 1989, para. 6a).

91. Article 6(1) of the European Convention on Human Rights entered into force on 3 September 1953.

92. ECtHR, Case of MUTU & PECHSTEIN v. Switzerland (Applications nos. 40575/10 and 67474/10), judgment of 2 October 2018 (hereinafter referred to as the "*Pechstein Decision*"), paras. 109-115.

93. PECHSTEIN Decision, paras. 95-96: By contrast, when arbitration is deemed voluntary (which is the case for most international arbitration proceedings), the parties can waive the guarantees of Article 6(1) provided that their consent is given "in a free, lawful and unequivocal manner".

94. PECHSTEIN Decision, paras. 179-183.

fundamental and imperative principles of procedure within the meaning of Art. 182(3) PILA.⁹⁵ In this regard, the fact that the parties agreed to certain procedural rules (e.g., arbitration rules of an arbitral institution or *ad hoc* procedural rules) and that these rules are mandatory for the arbitral tribunal does not mean that such rules amount to fundamental and imperative principles of procedure within the meaning of Swiss constitutional law.⁹⁶ Therefore, the breach of procedural rules agreed upon between the parties to the arbitration does not necessarily violate their right to be heard.⁹⁷

Similarly, in case an arbitrator is replaced during the proceedings, the right to be heard does not necessarily warrant the repetition of all procedural acts in which the newly appointed arbitrator did not participate.⁹⁸ To the extent that the parties had the opportunity to present their case during the proceedings and that the newly appointed arbitrator can form an opinion on all the relevant elements for the decision in a fair and appropriate manner, a repetition of the proceedings is not required.⁹⁹ In this regard, the fact that the newly appointed arbitrator did not take part in the hearing on the merits does not necessarily mean that such arbitrator will not be able to form an opinion in a fair and appropriate manner, even more so when the statements made at such hearing are documented in (verbatim) transcripts.¹⁰⁰

Even when the arbitral tribunal makes a manifest error during the proceedings, this does not necessarily result in a violation of the parties' right to be heard. The Swiss Federal Supreme Court has held, on reiterated occasions, that an obviously incorrect finding or one that stands in contradiction with the record are in and of themselves insufficient to set aside an arbitral award.¹⁰¹ Indeed, the right to be heard does not protect the parties against substantively erroneous decisions, but merely guarantees that the parties can fully plead their case.¹⁰²

As already outlined, the right to be heard encompasses each party's right to have relevant evidence administered to the extent that such evidence is presented in a timely and proper manner.¹⁰³ In the specific context of international arbitration, the Swiss Federal Supreme Court held that this guarantee could entail the right to have an expertise ordered by the arbitrator(s) in certain circumstances. However, as all specific procedural rights resulting from the right to be heard, this right is far from being absolute and rather

95. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 117 II 346 dated 1 July 1991, para. 1a); Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 130 III 35 dated 30 September 2003, para. 5.

96. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 117 II 346 dated 1 July 1991, para. 1b)aa); Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_554/2014 dated 15 April 2015, para. 2.2.

97. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 117 II 346 dated 1 July 1991, para. 1b)aa).

98. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_332/2020 dated 1 April 2021, para. 3.2.

99. *Id.*

100. *Id.*

101. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 121 III 331 dated 25 April 1995, para. 3a).

102. See also *supra* Section 3.1.1.

103. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_277/2017 dated 28 August 2017, para. 3.1.

requires that specific requirements be met. In particular, the right to have an expertise presupposes that:¹⁰⁴

- the party must expressly request the arbitral tribunal to proceed to an expertise;
- such request must be made in a timely and proper manner, and the party making it must accept to advance the estimated costs of the expertise; and
- the requested expertise must (i) concern relevant facts, i.e., facts that are susceptible to influence the outcome, (ii) be capable of proving such facts, and (iii) appear necessary for that purpose. In principle, this requirement is fulfilled only if (i) the expertise concerns facts that are of a technical nature or that otherwise require special knowledge so that they cannot be proved by any other means, and (ii) the arbitrators themselves do not have such knowledge.¹⁰⁵

Interestingly, this confirms that the right to be heard cannot be considered as purely formal in nature anymore.¹⁰⁶ Indeed, by establishing the relevance of the facts to be proven by the expertise as a prerequisite to the right to obtain such expertise, the Swiss Federal Supreme Court implicitly confirms that the right to be heard is not purely formal.

Another (substantial) limitation to the right to obtain an expertise lies in the wide discretion that arbitral tribunals are granted when it comes to the administration and assessment of evidence. In particular, an arbitral tribunal seated in Switzerland may refuse to take evidence, without violating the right to be heard if (i) the evidence is unsuitable for establishing the tribunal's conviction; (ii) the fact to be proven has already been established or is deemed irrelevant; or (iii) the tribunal, in carrying out an early assessment of the evidence, comes to the conclusion that it has already made up its mind and that the requested evidentiary measure can no longer change it.¹⁰⁷

In conclusion, the right to be heard in the context of international arbitration is subject to various restrictions and limitations, which are designed to maintain the procedural efficiency of international arbitration proceedings. That said, such increased efficiency comes at the risk of endangering fundamental guarantees enshrined in the Swiss Constitution. Thus, the key challenge is to strike a right balance between, on the one hand, enhancing the efficiency of international arbitration proceedings and, on the other hand, ensuring that such proceedings are conducted in compliance with fundamental guarantees of procedure.

104. *Id.*

105. *Id.*

106. See *supra* Section 3.1.1.

107. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_277/2017 dated 28 August 2017, para. 3.1.

3.2. *The Prohibition of Excessive Formalism*

The obligation for judicial authorities to act without excessive formalism is closely tied to the application and implementation of procedural rules designed to govern the conduct of the proceedings. In this regard, the Swiss Federal Supreme Court has emphasized on numerous occasions that procedural rules and formalities are necessary (i) to implement legal recourse and remedies, (ii) to ensure the conduct of the proceedings in accordance with the principle of equal treatment, and (iii) to guarantee the correct application of the applicable substantive law.¹⁰⁸ While procedural rules and formalities are generally designed and implemented to ensure that judicial proceedings are conducted in accordance with fundamental guarantees resulting from the rule of law, these rules and formalities might become excessively formalistic in certain cases. According to the well-established case law of the Swiss Federal Supreme Court relating to Art. 29(1) CH Cst, “excessive formalism occurs when procedural rules are designed or applied so strictly that they are not justified by any interest worthy of protection, so that the procedure becomes an end in itself and prevents or unduly complicates the application of the law”.¹⁰⁹

When it comes to excessive formalism, most decisions issued by the Swiss Federal Supreme Court relate to formal requirements and procedural rules set forth (i) in the Code of Sports-related Arbitration (the “Code”) adopted by the CAS seated in Lausanne or (ii) in other sports-related procedural regulations. In particular, the court held that the following procedural rules and formalities could not be deemed to be excessively formalistic:

- Article 15 of the Rules Governing the Procedures of the Players’ Status Committee and the Dispute Resolution Chamber (“DRC”) of the International Association Football Federation (“FIFA”) according to which the parties may be notified only of the operative part of the decision and must request the grounds of such decision within ten (10) days, failing which the decision will become final and binding and the parties will be deemed to have waived their right to file an appeal;¹¹⁰
- Article R31 of the Code according to which the statement of appeal against an award rendered by a CAS panel must be filed by courier delivery, so that when such statement is filed by mere facsimile it must be deemed inadmissible for formal defect;¹¹¹
- Article R51 of the Code (read in conjunction with Article R31) according to which the appeal brief stating the facts and legal arguments giving rise to the appeal must be filed within ten (10) days following the expiry of the time limit for the appeal by

108. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_238/2018 dated 12 September 2018, para. 5.3.

109. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_238/2018 dated 12 September 2018, para. 5.3; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_616/2020 dated 4 November 2020, para. 3.3.2.

110. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_666/2020 dated 17 May 2021, para. 6.4.3.

111. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_690/2016 dated 9 February 2017, para. 4.2; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_238/2018 dated 12 September 2018, para. 5.5.

courier delivery, so that when such appeal brief is filed by mere facsimile it must be deemed inadmissible for formal defect;¹¹² and

- Article R36 of the Code according to which if a party fails to nominate an arbitrator within the time limit set by the CAS Court Office, the arbitration shall not be initiated or, in the event it has been already initiated, shall be terminated.¹¹³

As is evident from the above, the plea of excessive formalism is seldom, if ever, successful before the Swiss Federal Supreme Court.

3.3. *The Principle of Celerity*

According to Art. 29(1) CH Cst, every person has the right to a fair and equitable treatment in judicial or administrative proceedings and to a decision within a reasonable time. In other words, Art. 29(1) CH Cst enshrines the celerity principle, which prohibits unjustified delay in rendering a decision. According to the Swiss Federal Supreme Court, the reasonableness or adequacy of the duration of such proceedings must be assessed in light of the nature of the case and all relevant circumstances,¹¹⁴ including but not limited to (i) the degree of complexity of the case, (ii) the stakes of the dispute for the parties involved, and (iii) the conduct of both the parties and the judicial authority during the proceedings.¹¹⁵

That said, despite its constitutional nature, the celerity principle has found little, if any, application in the field of international arbitration in Switzerland. In particular, the Swiss Federal Supreme Court held that the (alleged) excessive duration of an arbitral proceedings did not constitute a valid ground for setting aside an award as such ground was not mentioned in the exhaustive list set forth in Art. 190(2) PILA.¹¹⁶

IV. The Right of Access to Justice and The Issue of Legal Assistance in International Arbitration

Under Art. 29(3) CH Cst., “any person who does not have sufficient financial means has the right to free legal advice and assistance unless the case appears to have no prospect of success”.¹¹⁷ In this regard, the question arises as to how this constitutional right to free legal assistance is implemented when the parties opt for international arbitration by including an arbitration agreement in their main contract.

112. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_556/2018 dated 5 March 2019, para. 6.5.

113. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_416/2020 dated 4 November 2020, para. 3.3.4.

114. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 130 I 312 dated 2 July 2004, para. 5.1

115. *Ibid.*, para. 5.2.

116. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_160/2007 dated 28 August 2007, para. 6.

117. Article 29(3) of the Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999.

This issue was addressed by the Swiss Federal Supreme Court back in a 1973 decision in which it held that the right to free legal assistance was excluded in arbitration proceedings.¹¹⁸ In the court's own words, "the exclusion of legal assistance in arbitration is in line with the nature of the institution: the State does not have to facilitate access to tribunals that do not depend on it".¹¹⁹ The rationale underlying this approach is indeed straightforward. The Swiss Constitution guarantees each person the right of access to courts (Art. 29a CH Cst) and, in the case of indigent persons, provides a right to free legal assistance (Art. 29(3) CH Cst) without which the guarantee of access to courts would be little more than an empty shell. However, the right of access to courts does not extend so far as to allow a person to opt for arbitration as a private dispute resolution mechanism and to subsequently request the State to provide financial means to that effect. In 2008, 35 years later, this principle was formally enshrined in the CPC, governing domestic arbitration proceedings. Art. 380 CPC provides that "legal assistance is excluded".¹²⁰ This provision has been deemed to be mandatory so that it prohibits the arbitral tribunal and the parties from agreeing to have the State bear the costs of the arbitral proceedings by way of legal assistance.¹²¹ Even though Chapter 12 of the PILA, governing international arbitration proceedings does not contain a similar provision, the Swiss Federal Supreme Court has confirmed on numerous occasions that there is no reason to adopt another solution.¹²²

While the legitimacy and reasonableness of this approach can seldom be called into question from the perspective of the State, the further issue that arises is how to guarantee the right of access to courts of an indigent person who entered into an arbitration agreement but subsequently finds itself unable to pay the arbitration costs and thus deprived of any meaningful access to justice. In this regard, the majority of Swiss legal scholars were of the opinion that, when a party to an arbitration agreement becomes unable to pay the arbitration costs and is not entitled to request free legal assistance so that its right of access to justice is endangered (or even denied), this party should be entitled to terminate the arbitration agreement for cause and to bring the dispute before a competent state court together with a request for free legal assistance.¹²³

The Swiss Federal Supreme Court was confronted with this issue in a recent case concerning sports arbitration before the CAS in Lausanne. In this case, the court held the following:

118. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 99 Ia 235 dated 19 September 1973.

119. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 99 Ia 235 dated 19 September 1973, para. 3b).

120. Article 380 of the Swiss Civil Procedure Code of 19 December 2008.

121. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_690/2016 dated 9 February 2017, para. 5.1.

122. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_178/2014 dated 11 June 2014, para. 4; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_690/2016 dated 9 February 2017, para. 5.1.

123. B. Berger & F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3rd ed., Bern 2015, para. 633; J.-F. Poudret & S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., London 2007, para. 381.

- The fact that the parties to an arbitration cannot obtain free legal assistance from the State does not prevent the parties or the arbitral institution from adopting other solutions to enable arbitration proceedings to proceed despite a party's lack of financial means. For instance, the arbitral institution may assume the financing of the arbitration proceedings, the arbitral institution or the arbitral tribunal may accept to waive their fees, or the opposing party may finance the costs of the indigent party to the proceedings in whole or in part.¹²⁴
- Accordingly, if the indigent party is granted access to the agreed arbitral proceedings despite its lack of financial means, this excludes the possibility to claim termination for cause of the arbitration agreement and to bring the dispute before a state court together with a request for free legal assistance based on Art. 6(1) ECHR or Art. 29a CH Cst.¹²⁵
- In the case at hand, the International Council of Arbitration for Sport ("ICAS") had issued Guidelines on Legal Aid before the Court of Arbitration for Sport, according to which legal aid can be granted to an indigent party provided that certain conditions and requirements are met. In this regard, the right of access to courts does not require that the legal assistance provided by arbitral institutions correspond in every and all respect to the legal assistance offered by the State. In particular, the fact that the *pro bono* lawyer acting for the indigent party pursuant to the CAS Code is not remunerated, unlike what is provided for in the legal assistance system offered by the State before Swiss civil courts, does not violate the indigent party's right of access to justice.¹²⁶

While the court excluded the possibility for the indigent party to terminate the arbitration agreement for cause, the facts of the case were such that the crux of the matter remained unaddressed. Indeed, the court found that such termination was excluded because the indigent party was granted access to the agreed arbitral proceedings thanks to a system of legal assistance set up by the arbitral institution. However, it remains to be seen whether the Swiss Federal Supreme Court would follow the majority of Swiss legal scholars and accept such termination in a case in which the arbitral institution would not provide any mechanism designed to enable the indigent party to participate in the arbitration proceedings, so that this party's right of access to justice would effectively be endangered.

V. Provisions of the Swiss Constitution as Public Policy

As already indicated, the provisions of the Swiss Constitution are not directly applicable in international arbitration proceedings seated in Switzerland, so that the violation of a constitutional provision would not necessarily and automatically lead to the annulment of

124. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 147 III 586 dated 22 September 2021, para. 4.4.1.

125. *Id.*

126. *Ibid.*, para. 4.4.2.

the award. That said, one of the grounds for annulment of awards listed in Art. 190(2) PILA is the award's incompatibility with public policy.¹²⁷ Thus, one of the main questions to be addressed is to what extent provisions of the Swiss Constitution form part of, or at least play a role in defining the scope of, public policy.

Pursuant to the well-established case law of the Swiss Federal Supreme Court, “an award is incompatible with public policy if it disregards the *essential and widely recognised values* which, according to the prevailing views in Switzerland, should form the basis of any legal system”.¹²⁸ Not every provision of the Swiss Constitution can be deemed to set forth such essential and widely recognised values. Indeed, certain provisions of the Swiss Constitution result from societal and political decisions made by Swiss citizens and as such do not encompass essential and widely recognised values. Accordingly, the fundamental principles underlying the provisions of the Swiss Constitution or of the ECHR may be taken into consideration when determining whether a given principle belongs to public policy within the meaning of Art. 190(2)(e) PILA.¹²⁹

In this regard, two recent decisions of the Swiss Federal Supreme Court rendered in relation to sports arbitration are particularly interesting as they dealt with assertions that the violation of certain constitutional guarantees rendered the disputed awards incompatible with public policy: (i) the *Matuzalem* case, and (ii) the *Semenya* case.

In the *Matuzalém* case, Francelino da Silva Matuzalém, a Brazilian football player, argued that a CAS award upholding his worldwide ban from all activities related to football for an unlimited time because of his incapacity to pay a very substantial amount of money to his former club violated his economic freedom, in particular his freedom to choose a profession guaranteed under Art. 27(2) CH Cst. In its decision, the Swiss Federal Supreme Court reaffirmed that the right to personal freedom constitutes a fundamental right protected by the Swiss Constitution (Art. 10(2) CH Cst), and that such right guarantees all the freedoms representing elementary manifestations of personal development, including the free choice of profession as well as the free access to, and the free exercise of, a private economic activity (Art. 27(2) CH Cst).

First, the court called into question the suitability and necessity of the measure to achieve its objectives, i.e., to directly enforce the payment of a claim for damages by the soccer player in breach of contract to the soccer club and, more generally, to promote contractual loyalty. With regard to suitability, the ban effectively deprived the appellant of the possibility of earning an income by exercising his traditional profession, and in any case. As regards necessity, the objective of the measure could already be readily achieved by enforcing the award through the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

Second, the court held that the abstract objective of promoting the contractual loyalty of soccer players vis-à-vis their employers, i.e., soccer clubs, did not justify the serious

127. Article 190(2)(e) of the Federal Act on Private International Law of 18 December 1987.

128. Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 144 III 120 dated 20 February 2018, para. 5.1 (emphasis added).

129. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_248/2019 dated 25 August 2020, para. 9.2; Decision of the Swiss Federal Supreme Court ATF 142 III 360 dated 26 April 2016, para. 4.1.2.

interference in the personal freedom of the soccer player through the imposition of an unlimited ban from all activities connected with soccer. For these two reasons, the Swiss Federal Supreme Court concluded that, by restricting the football player's economic freedom to such an extent that the foundations of his economic existence were endangered without promoting an overriding interest of the International Association Football Federation ("FIFA") or football clubs, the CAS award constituted an evident and serious violation of the right to personal freedom and was thus incompatible with public policy within the meaning of Art. 190(2)(e) PILA.

In the *Semenya* case, Caster Semenya, a South African middle-distance runner, argued that a CAS award upholding the Eligibility Regulations for the Female Classification adopted by the International Association of Athletics Federation (the "IAAF") violated the prohibition of discrimination enshrined in Art. 8(2) CH Cst.

In this regard, the Swiss Federal Supreme Court began by recalling that "the guarantee of prohibition of discrimination (Art. 8(2) CH Cst) applies to the State and does not, in principle, have a direct horizontal effect on relations between private persons".¹³⁰ Accordingly, the court held that it was not evident that the prohibition of discrimination by a private person constituted an essential and widely recognised value, which should form the basis of any legal system.¹³¹ That said, the court ultimately left this question open as it found that the award did not violate the prohibition of discrimination.

The Swiss Federal Supreme Court recalled that an appeal is not admissible insofar as it seeks only to establish the incompatibility between the disputed award and a provision of Swiss law, even if this provision is of constitutional nature. Thus, all the considerations raised by the appellant regarding the scope of Art. 8(2) CH Cst and the requirements arising from it in terms of Swiss domestic law are irrelevant because Art. 8(2) CH Cst is not directly applicable to arbitral proceedings before the CAS. Rather, the only relevant and decisive question is whether the disputed award was incompatible with public policy. In this regard, the Swiss Federal Supreme Court held that the result reached by the CAS panel after a careful weighing of the various interests involved was not arbitrary and, by extension, not contrary to public policy within the meaning of Art. 190(2)(e) PILA.

Conclusion

While the provisions of the Swiss Constitution are not directly applicable to international arbitration proceedings in Switzerland, these provisions nonetheless play a substantial role in interpreting and giving effect to fundamental guarantees of procedure that are enshrined in the Swiss arbitration legislation and derived directly from the Constitution. However, because the Swiss legislator decided to adopt and establish a liberal legal framework promoting international arbitration as an alternative dispute resolution mechanism, Swiss courts have been inclined to consider that these constitutional guarantees were subject to certain restrictions in the specific context of international arbitration.

130. Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_248/2019 dated 25 August 2020, para. 9.2.

131. *Id.*

In this regard, a review of the case law of the Swiss Federal Supreme Court evidences that the latter has sometimes experienced difficulties in striking the right balance between, on the one hand, maintaining the procedural efficiency of international arbitration proceedings and limiting the parties' ability to derail such proceedings by seeking interference from the state courts and, on the other hand, ensuring that international arbitration proceedings are conducted in accordance with fundamental rights and guarantees enshrined in the Swiss Constitution.

Diagramação eletrônica:
Thomson Reuters
Impressão e encadernação:
DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

