

CARMEN TIBURCIO

Arbitragem
INTERNA e
INTERNACIONAL

Aspectos Teóricos e Práticos

2023



EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



Rua Canuto Saraiva, 131 – Mooca – CEP: 03113-010 – São Paulo – São Paulo
Tel: (11) 3582.5757
• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/central-de-relacionamento>

Copyright: Edições JusPODIVM

Diagramação: Equipe JusPODIVM

Capa: Maitê Coelho (maitescoelho@yahoo.com.br)

T554a Tiburcio, Carmen

Arbitragem Interna e Internacional: Aspectos Teóricos e Práticos / Carmen Tiburcio -
São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.
560 p.

ISBN: 978-85-442-4452-4

1. Arbitragem. 2. Tribunal Arbitral. 3. Arbitrabilidade. I. Tiburcio, Carmen. II. Título.

CDD 342.6642

Bibliotecária responsável:
Ana Carolina Ribeiro Moisés – CRB7 – RJ 007348/0

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

I

NOÇÕES BÁSICAS DE ARBITRAGEM.....	15
I.1. Introdução	15
I.2. Distinção entre arbitragem de direito internacional público, arbitragem de investimentos e arbitragem privada. Distinção entre arbitragem doméstica e arbitragem estrangeira ou internacional	17
I.2.1. Arbitragem internacional de direito internacional público	18
I.2.2. Arbitragem de investimentos	20
I.2.3. Arbitragem comercial (privada) internacional	24
I.2.3.i. Arbitragem comercial (privada) doméstica e arbitragem estrangeira (internacional)	24
I.3. Características da Arbitragem: vantagens e desvantagens	25
I.3.1. A arbitragem possibilita uma solução mais rápida do que a via tradicional, de recurso ao Judiciário	25
I.3.2. Os árbitros são indicados pelas partes, possibilitando um julgamento mais especializado	27
I.3.3. Confidencialidade	28
I.3.4. Flexibilidade quanto à escolha/aplicação de lei estrangeira ou princípios gerais de direito para reger o mérito da controvérsia	29
I.3.5. Flexibilidade quanto à escolha/aplicação de lei estrangeira ou regras de câmaras arbitrais para reger o processo arbitral	31
I.3.6. Neutralidade.....	32
I.4. Autonomia da vontade como fundamento e limite da arbitragem.....	33

II

A ARBITRAGEM NO BRASIL: HISTÓRICO, DESENVOLVIMENTO E EVOLUÇÃO NORMATIVA.....	39
II.1. Introdução	39
II.2. O sistema anterior à lei de arbitragem	41

II.2.1.	Arbitragens domésticas.....	41
II.2.2.	Arbitragens internacionais ou estrangeiras.....	43
II.3.	A Lei de Arbitragem de 1996	44
II.3.1.	Arbitragens domésticas.....	44
II.3.2.	Arbitragens internacionais ou estrangeiras.....	47
II.3.3.	A discussão no STF sobre a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem.....	49
II.4.	Os tratados sobre arbitragem em vigor no Brasil.....	50
II.4.1.	Breves comentários sobre o sistema brasileiro de internalização de tratados...	50
II.4.2.	Tratados ratificados pelo Brasil.....	52
II.4.2.i.	Protocolo relativo à Cláusula de Arbitragem de 1923 – Genebra.....	53
II.4.2.ii.	Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975 – Panamá.....	57
II.4.2.iii.	Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1979 – Montevideu	58
II.4.2.iv.	Protocolo do Mercosul de Cooperação e Assistência Mútua Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa – Las Leñas.....	59
II.4.2.v.	Convenção sobre Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 – Nova York.....	60
II.4.2.vi.	Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul.....	63
II.4.2.vii.	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 de 2002 (Buenos Aires).....	64
II.4.3.	Arbitragem e UNCITRAL.....	65

III

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	69	
III.1.	Cláusula compromissória e compromisso arbitral.....	69
III.2.	O Direito aplicável à validade material da convenção de arbitragem.....	71
III.3.	Validade formal da cláusula de arbitragem.....	84
III.4.	Poderes de representação	89
III.5.	Importância da escolha do idioma e da sede.....	93
III.5.1.	Escolha do Idioma.....	93
III.5.2.	Escolha da Sede	96
III.6.	Convenção de Arbitragem: a questão intertemporal	100
III.6.1.	Execução específica da cláusula compromissória	100
III.6.2.	Arbitragem envolvendo a Administração Pública.....	105
III.6.3.	Arbitragem em matéria trabalhista	106

IV

ARBITRABILIDADE.....	109
IV.1. Arbitrabilidade objetiva.....	109
IV.2. Arbitrabilidade subjetiva.....	114
IV.3. Questões polêmicas.....	115
IV.3.1. Cláusulas compromissórias em contratos de adesão e consumo.....	116
IV.3.2. Arbitragem envolvendo matéria trabalhista.....	122
IV.3.3. Arbitragem e propriedade intelectual.....	128
IV.3.4. Arbitragem e corrupção.....	131
IV.3.5. Arbitragem em matéria societária.....	138
IV.3.6. Insolvência e arbitragem.....	146

V

INTERPRETAÇÃO E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	153
V.1. A importância da redação da cláusula compromissória. Pressuposto jurídico: necessidade de clareza da renúncia prévia à jurisdição estatal.....	153
V.1.1. Cláusulas patológicas.....	154
V.1.2. O exame sistemático do contrato em que se insere a cláusula compromissória.....	158
V.2. Alcance da convenção da arbitragem.....	160
V.2.1. Alcance objetivo.....	160
V.2.1.1. Questões extracontratuais.....	160
V.2.1.2. Contratos coligados.....	170
V.2.2. Alcance subjetivo. Vinculação de partes não signatárias.....	173
V.2.2.1. Estipulação em favor de terceiros, promessa de fato de terceiro e a convenção de arbitragem.....	178
V.2.2.2. A extensão da convenção de arbitragem a terceiros decorrente da negociação e execução de um contrato.....	180
V.2.2.3. Múltiplos contratos.....	181
V.2.2.4. Grupos econômicos.....	184

VI

COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	187
VI.1. A competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre sua própria competência como corolário da autonomia da convenção de arbitragem.....	187
VI.2. A <i>Kompetenz-kompetenz</i> no Direito brasileiro.....	187
VI.3. A <i>Kompetenz-kompetenz</i> no Direito estrangeiro e convenções internacionais.....	198

VII

O ÁRBITRO.....	207
VII.1. Definição.....	207
VII.2. A formação do Tribunal Arbitral.....	209
VII.2.1. O número de árbitros	209
VII.2.2. A escolha dos árbitros	210
VII.2.3. Pluralidade de partes no mesmo polo processual.....	215
VII.2.4. A nacionalidade dos árbitros em arbitragens internacionais.....	218
VII.2.5. Questões atinentes à capacidade dos árbitros.....	219
VII.2.6. A aceitação para atuar como árbitro e suas consequências.....	222
VII.3. Imparcialidade e independência dos árbitros.....	225
VII.4. O árbitro na arbitragem <i>ad hoc</i> e na arbitragem institucional.....	232
VII.4.1. Recusa por uma das partes em indicar árbitro e impugnação dos árbitros	233
VII.4.2. Atribuições adicionais do árbitro na arbitragem <i>ad hoc</i>	235

VIII

LEI APLICÁVEL AO MÉRITO DA ARBITRAGEM.....	237
VIII.1. Nota prévia sobre o conflito de leis em matéria contratual.....	237
VIII.2. A natureza da arbitragem.....	241
VIII.3. A lei material aplicável pelo árbitro.....	244
VIII.3.1. Autonomia da vontade.....	244
VIII.3.2. Ausência de escolha.....	252
VIII.3.3. Aplicação da <i>lex mercatoria</i>	258
VIII.3.4. A Arbitragem e as normas de ordem pública nacionais.....	264
VIII.3.5. A arbitragem e a ordem pública verdadeiramente internacional.....	269

IX

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PELO ÁRBITRO ..	273
IX.1. Duas Notas prévias: distinção entre o árbitro e o juiz na aplicação da lei e sistemas de controle de constitucionalidade de leis (Direito Comparado).....	273
IX.1.1. Distinção entre o árbitro e o juiz na aplicação da lei.....	273
IX.1.2. Sistemas de controle de constitucionalidade de leis (direito comparado).....	274
IX.2. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro.....	276
IX.2.1. Arbitragem doméstica com aplicação de lei material brasileira.....	277
IX.2.2. Arbitragem doméstica com aplicação de lei estrangeira contrária à constituição local	278
IX.2.3. Arbitragem doméstica com aplicação de lei estrangeira contrária à constituição estrangeira	282
IX.2.4. Arbitragem doméstica com aplicação de lei estrangeira que por decisão posterior da corte constitucional estrangeira foi considerada inconstitucional.....	288

SUMÁRIO

IX.2.5.	Arbitragem estrangeira com aplicação de lei brasileira	288
IX.3.	O controle de constitucionalidade de sentença arbitral estrangeira	289
IX.3.1.	Sentença arbitral proferida no exterior com aplicação de lei brasileira contrária à Constituição brasileira pode ser homologada pelo STJ?	289
IX.3.2.	Sentença arbitral proferida no exterior com base em lei brasileira que foi declarada inconstitucional pelo STF pode ser homologada pelo STJ?	290

X

O PROCEDIMENTO ARBITRAL	291	
X.1.	Medidas de urgência	291
X.1.1.	Competência internacional para decidir e executar medidas de urgência	301
X.2.	A lei aplicável ao procedimento da arbitragem	304
X.2.1.	Critérios para a determinação da lei aplicável ao procedimento arbitral	307
X.2.2.	A lei processual da sede da arbitragem	313
X.3.	Confidencialidade em procedimentos arbitrais	318
X.3.1.	Conceito e escopo da confidencialidade	318
X.3.2.	Vantagens e desvantagens de procedimentos arbitrais sigilosos	324
X.3.3.	Exceções ao dever de confidencialidade na arbitragem	328
X.3.4.	Confidencialidade em arbitragens envolvendo a Administração Pública	332
X.4.	Provas na arbitragem	338
X.4.1.	Expedição de rogatórias por tribunais arbitrais	339
X.4.2.	Carta arbitral	342
X.4.3.	A lei aplicável à prova	343
X.4.4.	O poder instrutório dos árbitros: a prova documental, pericial e testemunhal na arbitragem	344
X.5.	Litispendência e coisa julgada em arbitragem	360
X.5.1.	Relações entre processos em curso	361
X.5.2.	Coisa julgada	367

XI

INVALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL	373	
XI.1.	Esclarecimentos preliminares	373
XI.2.	O direito estrangeiro	377
XI.3.	O sistema brasileiro	385
XI.4.	Hipóteses de nulidade previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem	392
XI.5.	Outras hipóteses de invalidade/inexistência da sentença arbitral	402
XI.6.	É possível excluir a possibilidade de ação anulatória?	404

XII

ARBITRAGEM ENVOLVENDO O ESTADO	409
XII.1. Distinção entre arbitragem de direito internacional público, arbitragem de investimentos e arbitragem privada	409
XII.2. Arbitragem envolvendo o Estado: cenário anterior à Lei nº 13.129/2015	409
XII.2.1. Legislação	409
XII.2.2. Jurisprudência.....	414
XII.3. Arbitrabilidade dos litígios envolvendo a administração pública: Alterações previstas no regime da Lei nº 13.129/2015	422
XII.3.1. Arbitrabilidade do litígio	423
XII.3.1.1. Arbitrabilidade subjetiva	423
XII.3.1.2. Arbitrabilidade objetiva	428
XII.4. Publicidade.....	436
XII.5. Importância/consequências da escolha do idioma pelo ente estatal	439
XII.6. Importância/consequências da escolha da sede pelo ente estatal	442
XII.7. Lei aplicável às arbitragens que envolvam o ente público.....	448
XII.8. Escolha dos árbitros e da câmara arbitral.....	452
XII.9. Cumprimento da decisão arbitral pelo Estado.....	455
XII.10. O art. 109 §§ 1º e 2º da CF e sua eventual aplicação no contexto da arbitragem	457

XIII

ARBITRAGEM NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO DIREITO BRASILEIRO.....	461
XIII.1. Vantagens da utilização da arbitragem no contexto de petróleo e gás	461
XIII.2. Arbitragem na Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97).....	464
XIII.3. Arbitragem nos Contratos de Concessão das Rodadas de Licitação da ANP	471
i) Rodada zero	472
ii) Primeira rodada.....	477
iii) Segunda rodada	479
iv) Terceira rodada.....	479
v) Quarta e quinta rodadas.....	480
vi) Sexta, sétima, oitava, nona e décima rodadas.....	482
vii) Décima primeira rodada.....	485
viii) Décima segunda rodada	486
ix) Décima terceira rodada.....	486
x) Décima quarta rodada.....	487
xi) Décima quinta, sexta e sétima rodadas	488
XIII.4. Arbitragem no Pré-Sal.....	490
XIII.5. Arbitrabilidade dos litígios decorrentes dos contratos de concessão	490

XIV

ARBITRAGEM INTERNACIONAL	493
XIV.1. Arbitragem internacional: definição e histórico	493
XIV.2. Arbitragem internacional no direito estrangeiro	498
XIV.3. Inovações da Lei de Arbitragem brasileira em matéria de arbitragem estrangeira ou internacional	504
XIV.3.1. Prevalência do direito convencional sobre a Lei de Arbitragem	504
XIV.3.2. Dispensa da homologação judicial no país de origem da sentença arbitral	506
XIV.3.3. Dispensa da citação da parte domiciliada no Brasil pela via da rogatória	509
XIV.4. Questões polêmicas acerca da arbitragem comercial internacional	511
XIV.4.1. A importância da sede da arbitragem	511
XIV.4.2. Competência do Judiciário do país da sede	513
XIV.4.2.1. Nulidade do laudo	513
XIV.4.3. Desvinculação da sede da arbitragem	516
XIV.4.3.1. Jurisprudência estrangeira	518
XIV.4.3.2. Jurisprudência brasileira	523
XIV.4.4. Execução do laudo	526

XV

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS	529
XV.1. Breve histórico	529
XV.2. Conceito de sentença arbitral estrangeira	534
XV.3. Convenções em vigor no Brasil e adesão à Convenção de Nova York	536
XV.4. A homologação de sentenças arbitrais estrangeiras na jurisprudência	539
XV.4.1. Vício de citação	540
XV.4.2. Eficácia da decisão no país onde proferida: Sentença arbitral anulada no país de origem	542
XV.4.3. Invalidade da convenção de arbitragem	545
XV.4.4. Sentença arbitral estrangeira contrária à ordem pública	546