

AS DIFERENÇAS ENTRE O CONCEITO DE *AMIABLE COMPOSITEUR* E *EX QUO ET BONO* NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

THALES DE MIRANDA¹

A equidade é a retificação da lei nos casos em que a lei fica aquém em razão de sua universalidade.²

RESUMO: Este artigo procura analisar os conceitos de *Amiable Compositeur* e *Ex aequo et Bono* na arbitragem comercial internacional de modo a colaborar de forma efetiva para a melhor distinção entre os dois. A diferenciação entre os institutos em si parece não ser clara á primeira vista. Procura também entender as origens dos mesmos e as faculdades atribuídas aos árbitros em cada caso. Além de explorar os limites do poder de tomada de decisão de painéis arbitrais imbuídos de tais poderes. Discute ainda as consequências dessas decisões, cada vez mais frequentes, mas bastante controversas dentro da arbitragem internacional.

PALAVRAS-CHAVE: *Amiable Compositeur* - arbitragem comercial internacional - decisão *ex aequo et bono*

ABSTRACT: This article analyses the concepts of *Amiable Compositeur* and *Ex aequo et Bono* in international commercial arbitration in order to effectively collaborate for the best distinction between the two. The differentiation between the institutes per se seems not to be clear at first glance. It also seeks to understand their origins and the faculties assigned to the arbitrators in each case. In addition to exploring the limits of the decision-making power of arbitration panels imbued with such powers. It also discusses the consequences of these decisions, increasingly frequent, but rather controversial within international arbitration.

KEY WORDS: *Amiable Compositeur* – International Commercial Arbitration - *ex aequo et bono* decisions

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEFINIÇÃO DE *AMIABLE COMPOSITEUR*. 3. PODERES *EX AEQUO ET BONO*. 4. CONCLUSÃO.

¹ Membro Efetivo da Comissão de Mediação e Arbitragem do **Instituto dos Advogados Brasileiros**.

² **Aristoteles**, *Ética Nicomachea*. pp141-42 Em **Aristóteles**, toda racionalidade prática é teleológica, quer dizer, orientada para um fim (ou um bem) (Martin Ostwald trad., 1962)

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem comercial internacional tem crescido muito no país devido aos benefícios que traz às partes, incluídos e dentre estes a flexibilidade de escolha da lei aplicável à disputa, prevista na própria Lei de Arbitragem (Lei 9307/1996). Essa liberdade de escolha remete ao conceito de que a arbitragem é por essência um método alternativo de resolução de controvérsias que se mantém como uma espécie de justiça privada, cuja origem é essencialmente contratual.

As partes de nacionalidades diferentes podem, de comum acordo, eleger uma lei aplicável à disputa entre elas que seja neutra em relação a ambas, ou seja, aquela de um terceiro país, independentemente do local da arbitragem.

No entanto, um tema que tem levantado debates é o fato de o árbitro (ou o painel arbitral) poder utilizar as faculdades conferidas pela *Amiable Composition* e poderes *Ex aequo et Bono* na arbitragem comercial internacional para resolver a controvérsia arbitral.³

2. DEFINIÇÃO DE *AMIABLE COMPOSITEUR*

Amiable Composition é, muito provavelmente, um conceito típico sobre o qual todo profissional que lida com arbitragem comercial internacional já ouviu falar. No entanto, poucos conseguem defini-la corretamente.⁴

As palavras "amável" e "composição" sugerem um processo de solução amigável; quase uma mediação. Essa ideia, no entanto, não reflete a natureza do processo nem a missão do árbitro, ou painel arbitral, autorizados a servir como *Amiable Compositeurs*.⁵

A expressão *Amiable Composition* tem suas origens históricas no direito francês, onde foi primeiro promulgado no *Código Civil de Napoleão* e no Código de Processo Civil francês de 1806. Os quais, por sua vez, adaptaram o conceito de *Amicabilis Compositor* do Direito Canônico.⁶ Este sim, atuava mais como conciliador do que tomador de decisão em uma disputa,

³ **Laudo ICC 3344 (1982)**; “Se a aplicação da lei levar a um resultado injusto, o árbitro pode decidir não aplicar a regra da lei e pode mitigar seu efeito para alcançar um resultado justo”.

⁴ **Locquin, Eric** *L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, 1980, 385p.

⁵ **Riedberg, Peter**, *Der amiable Compositeur im internationalen privaten Schiedsgerichtsverfahren*, Frankfurt a. M. ; Berlin : Metzner, 1962

⁶ **Herboczková, Jana**: *Amiable Composition in the International Commercial Arbitration*, **Law Faculty Masaryk University** (2007), Czech Republic. Consultado em 25/10/2018: https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkova_jana.pdf,

era também árbitro que não estava obrigado a aplicar regras estritas de procedimento e direito substantivo.

Este sistema de solução de controvérsias por equidade, adotado originalmente pelas guildas de comerciantes medievais, deu origem à primeira noção de *Lex Mercatoria*⁷, que se desenvolveu na segunda metade do Século XVII, desvinculando-se de um ordenamento jurídico estatal⁸ No Direito Internacional Público, o conceito de *Amiable Compositeur* refere-se a um terceiro imparcial, normalmente um chefe de Estado, que sugere uma solução para determinada disputa entre países.

A essência do conceito de *Amiable Composition* é a mesma em todo o mundo: resolver uma disputa com base na equidade para alcançar a justiça entre as partes.⁹ O *Amiable Compositeur* não está obrigado a aplicar regras estritas do direito aplicável eleito pelas partes para dirimir a controvérsia. Tanto no que diz respeito àquelas de direito substantivo quanto àquelas do próprio procedimento arbitral.¹⁰

Tradicionalmente, o árbitro autorizado a agir como *Amiable Compositeur*, está, a seu exclusivo discernimento, autorizado pelas partes a resolver a disputa a ele submetida utilizando-se da equidade para eliminar as distorções legais que identificar.¹¹

Ao prever, em uma cláusula compromissória, o poder de o painel arbitral decidir sua controvérsia com poderes de *Amiable Compositeur*, as partes outorgam ao mesmo o poder de se afastar da aplicação estrita das regras de direito do ordenamento jurídico escolhidos por elas e decidir uma disputa de acordo com seu conceito de justiça e equidade.¹²

⁷ **A Lex Mercatoria** (do latim para "*Direito Mercantil*") foi um sistema jurídico desenvolvido pelos comerciantes em toda a Europa durante o período medieval e que se aplicou aos comerciantes e marinheiros de todos os países do mundo até o século XVII. Não era imposta por uma autoridade central, mas evoluiu a partir do uso e do costume, à medida que os próprios mercadores criavam princípios e regras para regular suas transações. Este conjunto de regras, com algumas diferenças locais e evoluiu de forma semelhante ao *Common Law* inglês, como um sistema de costumes e melhores práticas, que foi aplicado através de um sistema de tribunais mercantis ao longo das principais rotas comerciais. Funcionou como um direito internacional do comércio.

⁸ *Na Europa medieval como na França, Itália, Inglaterra e Alemanha, as partes podiam optar por participar em processos judiciais (nach Recht) ou em processos de equidade "Arbitragem" (nach Guel). Apud Born, Gary B. International Commercial Arbitration, Kluwer Law Intl. (2009)*

⁹ **Kiffer, Laurence: Nature and Content of amiable composition in International Business Law Journal 626**, London, 2008

¹⁰ **Laudo ICC 1677 (1975)** O árbitro deve respeitar os princípios que formam a ordem pública internacional"; no entanto, o árbitro enquanto modifica as regras da *lex mercatoria*, pode ainda aplicar regras e princípios que ainda não estão incluídos ou reconhecidos na ordem pública internacional.

¹¹ **Locquin, Eric** *L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, 1980.

¹² os poderes do árbitro encontram suas limitações a partir da vontade das partes diretamente expressas na cláusula de arbitragem em seu acordo de arbitragem (**Lei Modelo da UNCITRAL Artigo 28 (4)**)

No entanto, não deve haver confusão. Uma cláusula de *Amiable Compositeur* confere ao painel arbitral a autoridade para não aplicar a lei, não o poder de decidir *contra legem*.¹³ Os árbitros devem levar em consideração a lei ou mesmo aplicá-la integralmente se isso resultar em uma solução justa para o caso.¹⁴

A função de um painel arbitral que age como *amiable compositeur* é aquela de *completar* lacunas da lei aplicável e *esclarecer* aspectos obscuros da mesma.¹⁵ Essa adaptação não pode ser de livre-arbítrio *nem expressamente contrária aos princípios de ordem pública da lei aplicável*. A função do árbitro com poderes de *Amiable Compositeur* não é, e devemos deixar isso bem claro, a de *corrigir* o que é considerado *justo* no ordenamento jurídico eleito pelas partes. Poderíamos mal-comparar o conceito de *Amiable Compositeur* ao fenômeno do ativismo judicial, onde o juiz decide suprindo as lacunas da lei quando não há texto legal a guiá-lo.

Ao agir como *Amiable Compositeur* o painel arbitral tem a escolha de aplicar a equidade *infra legem* (dentro dos princípios da lei aplicável) ou *prater legem* (em adição aos princípios da lei aplicável), adaptando a regra existente à situação concreta, observando os critérios de *justiça* e *igualdade* ao invés das regras rígidas do direito positivo escolhido pelas partes. Está autorizado pelas partes a decidir por *equidade* dentro dos princípios gerais daquele sistema jurídico, adaptando suas regras ao caso específico, a fim de deixá-las o mais próximo possível do *justo* para a situação.

Como a noção e a prática de *Amiable Compositeur* se originaram e evoluíram em países de tradição romano-germânica, tendem a ser menos compreendidas em jurisdições de *common law*. Apesar disso, são geralmente aceitas como meio válido de solução de controvérsias e previstas nas leis de arbitragem de quase todas as jurisdições.¹⁶

3. PODERES EX AEQUO ET BONO

Existe, no entanto, no Direito arbitral internacional, um conceito bem mais controverso do que aquele de *Amiable Compositeur*. Trata-se dos poderes *Ex aequo et Bono*¹⁷.

¹³ **Chukwumerije, Okezie**, Choice of Law in International Commercial Arbitration, Greenwood Press, 1994, pp. 118.

¹⁴ **Chukwumerije**, 1994, p 118.

¹⁵ **Laudo ICC 3344 (1982)**; “Se a aplicação da lei levar a um resultado injusto, o árbitro pode decidir não aplicar a regra da lei e pode mitigar seu efeito para alcançar um resultado justo”.

¹⁶ **Força-tarefa do ICC sobre Amiable Compositeur e arbitragem ex aequo et bono**, relatório provisório 4422992 Força-tarefa do ICC sobre Composição Amiable e Arbitragem Ex Aequo et Bono, 2005–2007.

¹⁷ A própria expressão *Ex aequo et Bono*, derivada do latim, significa “*de acordo com o certo e o bom*”. Sistemas jurídicos, como em países de Direito Civil (Código Civil Francês 1806), não aceitam o conceito de decisão fora do marco da lei, mas podem aceitar decisões tomadas em *Amiable Composition* pelas partes ou com base na equidade, como a Suíça, por exemplo.

Tais poderes, quando conferidos ao painel arbitral pelas partes, segundo define a literatura e confirma a jurisprudência, autorizam o mesmo a dirimir a controvérsia simplesmente *ignorando qualquer sistema jurídico ao decidir*.¹⁸

Sendo liberados da obrigação de aplicar o direito positivado, e *utilizando apenas princípios morais*, os árbitros autorizados a decidir *ex aequo et bono* podem resolver o caso recorrendo a *princípios gerais de direito internacional*.¹⁹

Regras de direito não estatais, tais como a *Lex Mercatoria*²⁰ ou os Princípios UNIDROIT de direito²¹ podem ser utilizados como referência pelo painel, o qual pode decidir até mesmo de acordo com a própria *ideia de justiça dos árbitros*, desde que respeitados os *princípios de ordem pública internacional*.²² Ou seja, pode utilizar-se da *equidade contra legem*.

O termo *Ex aequo et Bono* tem suas origens históricas nos juízes mercantis medievais, que resolviam disputas entre mercadores itinerantes em feiras, mercados, cidades e portos regionais, utilizando a *Lex Mercatoria Medieval*. Tais julgamentos não levavam em conta a jurisdição dos tribunais e dos juízes que administravam a lei dos Príncipes governantes dos locais das disputas. Os juízes mercantis decidiam casos de maneira *ex aequo et bono*, utilizando as regras comerciais criadas, adotadas e aplicadas por eles mesmos.²³

O conceito de *ex aequo et bono* é frequentemente evitado em cláusulas compromissórias com base no fato de que opera fora da lei, ou é considerado contrário à lei, baseado apenas no senso de justiça dos árbitros. As partes em disputas de direito internacional do comércio geralmente resolvem disputas *ex aequo et bono* apenas como uma exceção, não como a regra. A grande maioria das decisões é resolvida de acordo com a escolha da lei pelas partes.

¹⁸ *Ex aequo et bono* é caracterizado como uma decisão que leva em conta questões de direito natural e justiça subjetiva.

¹⁹ **Geimer, Reinhold** *Internationales Zivilprozessrecht* (7th ed, Cologne 2015) n 3872.

²⁰ Os preceitos da *Lex Mercatoria* medieval foram reafirmados na nova lei mercantil internacional. Barreiras dos ordenamentos jurídicos nacionais são derrubadas para impulsionar o comércio internacional. A nova *Lex Mercatoria* é baseada em práticas comerciais direcionadas à eficiência e privacidade do mercado internacional. A resolução de disputas também evoluiu e métodos funcionais como a arbitragem comercial internacional foram desenvolvidos. Os princípios da *Lex Mercatoria* medieval - eficiência, autonomia das partes e escolha do árbitro - no entanto, foram preservadas.

²¹ **O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado**, também conhecido como **UNIDROIT**, é uma organização internacional independente cujo propósito é estudar formas de harmonizar e de coordenar o direito privado entre Estados e preparar gradualmente a adoção, pelos diversos Estados, de uma legislação de direito privado uniforme. Inicialmente fundado em 1926 como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, o instituto foi restabelecido em 1940 por meio de um tratado multilateral, o Estatuto Orgânico do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, adotado em 15 de março daquele ano.

²² Alguns parâmetros para determinar o que é ordem pública internacional estão contidos nos princípios da *Lex Mercatoria* moderna e nos Princípios UNIDROIT de direito.

²³ Trakman, Leon E. *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*. pp.7-21 (Fred B Rothman & Co. 1983). ISBN: 978-0837712079

No entanto, por mais imperfeita que possa ter sido a *Lex Mercatoria Medieval*, acusar seus juízes mercantis de parcialidade na decisão de disputas é um erro histórico, pois suas decisões *ex aequo et bono* foram as bases da criação da "*Lex Mercatoria*" atual.²⁴

Assim, enquanto uma decisão de um painel arbitral com poderes de *Amiable Compositeur* é fundamentada na lei aplicável, uma decisão *ex aequo et bono* é fundamentada em princípios de direito natural e equidade²⁵ e é feita independentemente da lei aplicável.²⁶

Há na jurisprudência internacional casos de painéis arbitrais autorizados a tomar decisão com base no conceito de *Amiable Compositeur*, que extrapolaram seus poderes, por falta de conhecimento técnico, prolatando uma decisão *ex aequo et bono*, acreditando agir dentro dos limites do primeiro instituto. Isto porque ambos são baseados no conceito pessoal de justiça e envolvem um alto nível de discernimento do painel arbitral.²⁷

4. CONCLUSÃO

Um grupo de trabalho Chefiado pelo árbitro francês Edouard Bertrand, representando as jurisdições de tradição romano-germânica e Ronald King, árbitro britânico, representando as jurisdições com base no *Common Law*, foi constituído pela ICC em 2005 para: (i) identificar as características básicas dos conceitos em questão, e (ii) estudar o papel dos árbitros que tomam decisões com base em princípios de equidade (seja em relação a questões de jurisdição, procedimentos ou questões relacionadas com a avaliação do mérito). Na data de publicação deste artigo, o autor teve acesso apenas ao rascunho do relatório final do referido grupo de trabalho e não conseguiu encontrar evidências de publicação.²⁸

A questão de fundo deste debate é a liberdade do árbitro para desconsiderar a lei e *tomar uma decisão puramente baseada na equidade* em arbitragem comercial internacional. Tal

24 Highet, K.: The Enigma of the Lex Mercatoria, Tulane Law Review. Vol 63, 1989

25 O termo "equidade" é usado neste artigo no sentido dado pelo ordenamento jurídico romano-germânico e internacional, isto é, significa provisões vagas e gerais para situações imprevistas e imprevisíveis que possam ser necessárias no interesse da justiça. O significado de "justiça abstrata" da equidade não é desconhecido para a jurisprudência americana, e a definição legal dada para "equidade" como um termo independente (em contraste com, por exemplo, uma ação "em equidade") é: "O corpo de princípios que constituem o que é justo e correto; direito natural. BLACK'S LAW DICTIONARY, Equity, definição 2 (8ª ed. 2004).

26 Berger, Klaus Peter: Integration mediativer Elemente in das Schiedsverfahren, Recht der internationalen Wirtschaft (2001) pp881, 886.

27 BLACK'S LAW DICTIONARY: (8ª ed. 2004) (Ex aequo et bono: "De acordo com a equidade e com o bom. Um tomador de decisões (especialmente no direito internacional) que está autorizado a decidir ex aequo et bono não está obrigado por regras legais e pode, em vez disso, seguir princípios de equidade").

28 Força-tarefa do ICC sobre Amiable Compositeur e arbitragem ex aequo et bono, relatório provisório 4422992, 2005-2007.

liberdade é atacada por parte da doutrina especializada como apenas um subterfúgio para obtenção de uma decisão “*comercialmente viável*” em tais procedimentos.

O argumento baseia-se no fato de que a essência do caráter adjudicatório da arbitragem seria a correta aplicação do direito e que, deliberadamente, conceder poderes de *Amiable Compositeur e Ex aequo et Bono* ao painel arbitral viciaria a sua natureza, uma vez que tais poderes seriam fundamentalmente irreconciliáveis com a definição de Arbitragem comercial e seu caráter.²⁹

Como argumentei ao iniciar este artigo, a arbitragem comercial é uma alternativa muito prática para as partes envolvidas em uma disputa comercial internacional. Por ser de âmbito privado e base contratual, permite flexibilidade em termos de escolha de lei aplicável e procedimento. No entanto, é muito importante que as partes conheçam bem os tipos de poderes que podem outorgar aos árbitros para que decidam que tipo de poderes específicos concederão aos mesmos para que resolva sua controvérsia.

O primeiro passo para as partes é entender as diferenças entre os poderes de *amiable compositeur e Ex aequo et Bono*, em seguida, decidir se estarão dispostas a conceder tais poderes ao árbitro que irá decidir possíveis controvérsias no momento em que negociam uma cláusula de arbitragem em seu contrato comercial.

As regras procedimentais das grandes instituições de arbitragem internacionais geralmente exigem que os painéis arbitrais decidam sobre as controvérsias de acordo com o direito aplicável eleito pelas partes, exceto quando as partes expressamente lhes permitem decidi-las *ex aequo et bono*.³⁰

Permitir expressamente a um painel arbitral dirimir controvérsias *ex aequo et bono* pode representar uma grande incógnita para as partes envolvidas.³¹ No entanto, se a decisão for baseada na experiência prática do painel arbitral, existirão sempre padrões universais de certo e errado a fundamentá-la. Novas regras e precedentes podem eventualmente ser gerados pela repetição de decisões baseadas em *ex aequo et bono* e podem se tornar obrigatórias.³²

Assim, ao agir com poderes de *Amiable Compositeur ou Ex aequo et Bono*, desde que previamente autorizado pelas partes, o painel arbitral ajuda a trazer novos conceitos para a jurisprudência arbitral internacional, ajudando assim, a renovar e modernizar a “*Lex Mercatoria*”, tal qual uma espécie de “*ativismo judiccial*” internacional.

²⁹ Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law Intl. (2009), pp 420

³⁰ **Mohebi, Mohsen**, *The International Law Character of the Iran x USA Claims Tribunal* 116 (1999).

³¹ **Mohebi, Mohsen**, *The International Law Character of the Iran x USA Claims Tribunal* 116 (1999).

³² **ICC award 2216 (1974)**; “many principles and rules in *Lex Mercatoria* were initially developed by awards in *ex aequo et bono*”.

REFERENCIAS

ARISTOTELES, *Ética Nicomachea*. Em Aristóteles, toda racionalidade prática é teleológica, quer dizer, orientada para um fim (ou um bem) tradução de Martin Oswald, 1962.

BERGER, Klaus Peter: *Integration mediativer Elemente in das Schiedsverfahren, Recht der internationalen Wirtschaft* (2001).

BLACK'S LAW DICTIONARY, Equity, (definição 2). 8ª ed., 2004.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law Intl. (2009)

CHUKUMERIJE, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Greenwood Press, 1994.

FORÇA-TAREFA DO ICC SOBRE AMIABLE COMPOSITEUR E ARBITRAGEM EX AEQUO ET BONO: relatório provisório 4422992. Força-tarefa do ICC sobre Composição Amiable e Arbitragem Ex Aequo et Bono, 2005–2007.

GEIMER, Reinhold.. *Internationales Zivilprozessrecht* (7th ed, Cologne 2015) n 3872

HERBOCZKIVÁ, Jana: *Amiable Composition in the International Commercial Arbitration*, Law Faculty Masaryk University (2007), Czech Republic. : https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkova_jana.pdf, disponível em 25/10/2018

HIGHET, K.: *The Enigma of the Lex Mercatoria*, Tulane Law Review, 1989. V. 169.

ICC AWARD 2216 (1974)

KIFFER, Laurence: *Nature and Content of amiable composition in International Business Law Journal* 626, London, 2008

LAUDO ICC 3344 (1982)

LAUDO ICC 1677 (1975)

LOCQUIN, Eric. *L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, 1980.

MOHEBI, Mohsen, *The International Law Character of the Iran x USA Claims Tribunal* 116 (1999).

RIEDBERG, Peter, *Der amiable Compositeur im internationalen privaten Schiedsgerichtsverfahren*, Frankfurt a. M. ; Berlin : Metzner, 1962.

TRAKMAN, Leon E. *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*. (Fred B Rothman & Co. 1983). ISBN: 978-0837712079