

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM

CONCURSO DE MONOGRAFIAS 2019

A EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA ANULADA NA SEDE:
UMA ANÁLISE DA SEC Nº 5.782 À LUZ DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

RESUMO

A Convenção de Nova Iorque é o principal instrumento para a circulação de sentenças arbitrais pelo mundo, contando atualmente com 160 países signatários. Ela permite com que os usuários da arbitragem internacional proponham ação homologatória nos Estados-membro para que lá seja reconhecida a eficácia de uma sentença arbitral estrangeira. No entanto, um problema surge quando a sentença arbitral da qual se pleiteia o reconhecimento tenha sido anulada pelo Poder Judiciário do país-sede da arbitragem: a sentença judicial que determinou a anulação possui efeito universal ou se limita ao território do país que a proferiu? O questionamento está relacionado com (i) o grau de vinculação que uma sentença arbitral possui com o ordenamento jurídico do país-sede e (ii) a interpretação conferida às disposições aplicáveis da Convenção. No ano de 2015, no âmbito da SEC nº 5.782, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou pela primeira vez essa questão. Apesar disso, a possibilidade de homologação de sentenças arbitrais anuladas pelo país-sede é objeto de acirrada discussão doutrinária no cenário internacional, bem como já foi tratada diversas vezes por tribunais de outros países. Nesse sentido, à luz da experiência internacional, este trabalho buscou compreender a dimensão das consequências do julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e avaliar se essa decisão está alinhada às melhores práticas da arbitragem. Uma vez que o grau de inserção do Brasil no cenário da arbitragem internacional está diretamente ligado à qualidade das decisões que o seu Poder Judiciário emana sobre a matéria, propõe-se, ao final, o refinamento do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça na SEC nº 5.782 para o julgamento de futuros pedidos homologatórios de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na sede.

Palavras-chave: Arbitragem internacional. Sentença arbitral anulada. Reconhecimento. Homologação. Execução. Convenção de Nova Iorque. SEC nº 5.782.

ABSTRACT

The New York Convention is the main instrument for the circulation of arbitral awards worldwide, with 160 contracting States. It allows the users of international arbitration to have their awards recognized and enforced in different countries that did not act as the seat of arbitration. Nonetheless, a problem arises when the Judiciary of the seat of arbitration has annulled the award for which recognition is sought: does the judicial decision that determined the annulment have universal effect or is it limited to the territory of the country that issued it? The dilemma is related to (i) the degree of attachment of an arbitral award to the system of municipal law of the seat and (ii) the interpretation of the applicable provisions of the Convention. In 2015, the Brazilian Superior Court of Justice faced this issue for the first time. However, the possibility of recognition of annulled arbitral awards is subject to an intense debate among scholars, as has been dealt with several times by courts in other countries. In this sense, in light of the international practice, this paper sought to understand the consequences of the judgment rendered by the Superior Court of Justice and to evaluate whether this decision is in line with the best practices of arbitration. Since Brazil's degree of insertion in the international arbitration scenario is directly related to the quality of the decisions that its Judiciary renders on the subject, this paper proposes a refinement of the understanding adopted by the Superior Court of Justice in 2015 for future similar cases.

Key-words: International arbitration. Annulled arbitral award. Recognition. Enforcement. New York Convention. SEC n° 5.782.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 A EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ANULADA NO PAÍS-SEDE DA ARBITRAGEM.....	3
1.1 AS REPRESENTAÇÕES DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	3
1.1.1 Representação territorial	4
1.1.2 Representação deslocalizada.....	5
1.1.3 Representação autônoma	6
1.2 A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL NO CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL ...	7
1.2.1 Convenção de Nova Iorque.....	8
1.2.2 Lei de Arbitragem	13
1.3 A EFICÁCIA DA SENTENÇA ARBITRAL ANULADA PELO PAÍS-SEDE DA ARBITRAGEM.....	15
1.3.1 Corrente territorialista: respeito à decisão da sede	16
1.3.2 Corrente deslocalizadora ou autonomista: análise pelo país de execução.....	18
2 A JURISPRUDÊNCIA NA EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ANULADAS NO PAÍS-SEDE DA ARBITRAGEM.....	20
2.1 CASOS INTERNACIONAIS	20
2.1.1 França: Hilmarton	21
2.1.2 França: Putrabali	24
2.1.3 Estados Unidos da América: PEMEX	26
2.1.4 Reino Unido: Maximov	29
2.2 BRASIL: SEC Nº 5.782	31
2.2.1 O procedimento arbitral	31
2.2.2 O procedimento de anulação argentino.....	32
2.2.3 O procedimento de homologação brasileiro.....	33
3 ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO STJ.....	35
3.1 O PROBLEMA DO POSICIONAMENTO DO STJ	35
3.1.1 Aplicação simultânea de diversos regimes jurídicos.....	35

3.1.2	Obrigatoriedade de recusa do <i>exequatur</i> caso a sentença arbitral tenha sido anulada	38
3.2	A INSUFICIÊNCIA DE RESPOSTAS PELAS CORRENTES TERRITORIALISTA E DESLOCALIZADORA	39
3.2.1	Problemas da corrente territorialista	39
3.2.2	Problemas da corrente deslocalizadora/autonomista.....	42
3.3	AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA OS PROBLEMAS ENFRENTADOS	48
3.3.1	Extinção da ação anulatória: radicalismo perigoso	48
3.3.2	Análise da validade da decisão anulatória: territorialismo moderado.....	50
	CONCLUSÃO.....	57
	REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

A arbitragem pode ser compreendida como um modo adequado de resolução de litígios, que tem como objetivo pôr fim a determinado conflito através da prolação de uma sentença arbitral. Essa decisão possui uma série de efeitos, que vão desde o fim da competência dos árbitros para julgar a demanda até a constituição da coisa julgada entre as partes.

O presente trabalho volta sua atenção à sentença arbitral *estrangeira*, que no Brasil é definida com base no critério da territorialidade.¹ Ou seja, no ordenamento jurídico brasileiro, uma sentença arbitral será considerada estrangeira quando proferida fora do território nacional.²

Para que uma sentença estrangeira surta efeitos no território brasileiro, a parte interessada deverá promover ação homologatória perante o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).³ Nessa ação, será verificada a possibilidade de importação da eficácia da decisão dos árbitros, a fim de que todos os seus efeitos sejam reconhecidos no Brasil. Caso a parte contrária conteste o pedido de homologação, o processo será distribuído para a Corte Especial do STJ, que julgará a demanda por meio de procedimento denominado Sentença Estrangeira Contestada (“SEC”).

Em 2010, no âmbito da SEC nº 5.782, foi submetido à Corte Especial pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira que havia sido previamente anulada pelo Poder Judiciário da Argentina, o país-sede da arbitragem. Conforme será melhor detalhado adiante, a Corte Especial, em acórdão de relatoria do Ministro Jorge Mussi, datado de 2 dezembro de 2015, indeferiu o pedido de homologação sob o fundamento de que o reconhecimento de sentença arbitral anulada no país-sede seria contrário ao ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de essa ter sido a primeira vez que o STJ se pronunciou sobre a questão, a possibilidade da concessão de *exequatur* a sentenças arbitrais anuladas pelo país-sede é objeto de acirrada discussão doutrinária no cenário internacional, bem como já foi tratada diversas vezes por tribunais de outros países.

O ponto central desse debate se refere ao âmbito de eficácia da decisão anulatória: se ela se limita ao território do país no qual foi preferida ou se ela impossibilita a execução da

¹ Artigo 34, parágrafo único, Lei de Arbitragem: Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

² Na França, por exemplo, a internacionalidade da sentença arbitral será determinada quando proveniente de uma arbitragem que afete os interesses do comércio internacional (Artigo 1.504, Código de Processo Civil Francês).

³ Artigo 105, I, *i*, Constituição Federal: Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

sentença arbitral em qualquer outra jurisdição. A resposta a esse questionamento envolve questões de cunho mais prático, como o regime jurídico aplicável, e questões de caráter filosófico, como a natureza jurídica da arbitragem internacional.

Este trabalho, por sua vez, busca compreender a dimensão das consequências do julgado proferido pelo STJ e avaliar se a decisão está alinhada às melhores práticas da arbitragem, em um estudo mais aprofundado do tema à luz da experiência internacional.

O primeiro capítulo, portanto, volta-se às principais bases teóricas sobre as quais a doutrina se debruça para se manifestar a respeito da questão. Inicialmente, serão descritas as principais linhas de pensamento acerca da natureza jurídica da arbitragem internacional **(1.1)**. Em um segundo momento, examinam-se os aspectos da principal legislação aplicável no controle da sentença arbitral estrangeira **(1.2)**. A partir das premissas fornecidas pelos dois primeiros itens, passa-se à análise dos argumentos lançados pelas diferentes correntes doutrinárias acerca da possibilidade de homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede **(1.3)**.

Uma vez assimilado o embate doutrinário, o segundo capítulo se destina a analisar os pronunciamentos jurisprudenciais de países que foram confrontadas com pedidos de homologação dessa natureza. Foram selecionados quatro dos principais casos julgados na França, nos Estados Unidos da América e no Reino Unido **(2.1)**. Através do seu estudo, é possível identificar outros aspectos que as cortes estatais estrangeiras levaram em consideração para o julgamento das demandas, quando em comparação com o posicionamento adotado no Brasil **(2.2)**.

Por fim, no terceiro capítulo é realizada análise crítica sobre o acórdão da SEC nº 5.782. Em primeiro lugar, identificam-se quais foram as inconsistências no entendimento do STJ **(3.1)**. Em seguida, demonstra-se que o Brasil não deve adotar de maneira irrestrita o posicionamento das linhas de pensamento expostas anteriormente para solucionar os problemas enfrentados na SEC nº 5.782 **(3.2)**. Enfim, com base no melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, apresentam-se as principais propostas que, teoricamente, seriam capazes de auxiliar o STJ no julgamento de futuros pedidos homologatórios de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na sede **(3.3)**.

1 A EXECUÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ANULADA NO PAÍS-SEDE DA ARBITRAGEM

Em um primeiro momento, para compreender a real dimensão do debate acerca da viabilidade de se reconhecer uma sentença arbitral estrangeira anulada na sede, faz-se necessário avaliar atentamente os fundamentos teóricos e legais que permeiam a questão.

Assim, serão descritas as principais linhas de pensamento acerca da natureza jurídica da arbitragem internacional (1.1). Na sequência, examinam-se os aspectos da principal legislação aplicável no controle da sentença arbitral estrangeira (1.2). A partir desse arcabouço teórico, passa-se à análise dos argumentos lançados pelas diferentes correntes doutrinárias acerca da eficácia da sentença arbitral anulada pelo país-sede da arbitragem (1.3).

1.1 AS REPRESENTAÇÕES DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A possibilidade de execução de sentença arbitral estrangeira anulada na sede passa, necessariamente, pelo debate acerca da natureza jurídica da arbitragem internacional. Ainda que o estudo do direito positivo seja fundamental para o entendimento das possíveis soluções ao dilema, assimilar as representações filosóficas que estruturam o pensamento jurídico da arbitragem internacional é um pressuposto para a compreensão do assunto.

A obra *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*, de autoria do professor Emmanuel Gaillard, servirá de base para a análise dessas concepções.⁴ Todavia, registra-se que o presente trabalho não possui a pretensão de examinar com detalhe os fundamentos filosóficos que embasam o pensamento de cada teoria. Assim, serão explorados apenas os elementos essenciais de cada representação, a fim de fornecer ao leitor as ferramentas necessárias para o estudo da (in)eficácia extraterritorial da sentença anulatória de sentença arbitral.

Destarte, serão investigadas as características das principais representações que buscam explicar de maneira global o fenômeno da arbitragem internacional, ao levar em consideração suas fontes, fins e estrutura. Seguindo a sistematização proposta por Gaillard, são elas: a representação territorial (1.1.1), a representação deslocalizada (1.1.2) e a representação autônoma (1.1.3).

⁴ GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.

1.1.1 Representação territorial

A primeira representação apresentada por Gaillard seria aquela que vincula a arbitragem internacional a uma ordem jurídica estatal determinada. No presente trabalho, esta compreensão será designada como *representação territorial*.

Essa representação tem como seu expoente o jurista inglês Francis Mann, que em célebre artigo intitulado *Lex Facit Arbitrum*, publicado no ano de 1967 e republicado em 1986, cravou a expressão *lex arbitri* para se referir à lei da sede da arbitragem, responsável por regular diversos aspectos do instituto, como a convenção, o procedimento e a sentença arbitral.⁵

Mann identifica a função do árbitro com a função do juiz estatal. Embora submetidos igualmente à soberania do país-sede, o autor reconhece diferenças entre o árbitro e o juiz no exercício de suas funções. No entanto, essa distinção seria decorrência direta da lei doméstica da sede. Por exemplo, se o árbitro pode (ou deve) se submeter à vontade das partes em determinadas circunstâncias, isso só seria possível pois a *lex arbitri* assim o teria previsto.

Ainda, em contraposição a autores como Berthold Goldman, afirma que a arbitragem corresponde ao exercício da soberania do Estado e cumpre papel similar ao Poder Judiciário do país-sede. Isso decorreria do fato de que cada país possui jurisdição para ditar como devem ocorrer quaisquer atividades que se desenvolvam dentro de seu território.⁶

Nessa linha, os poderes que os árbitros possuem devem necessariamente advir da legislação nacional do país da sede de arbitragem. Somente ela poderia fornecer o subsídio para a atuação jurisdicional dos árbitros: não existiria qualquer previsão que permitisse que particulares agissem fora do ordenamento jurídico.

O referido autor inclusive considera incorreta a expressão “arbitragem internacional”. Em sua visão, todo o sistema de direito internacional privado estaria vinculado a um sistema de direito nacional, do mesmo modo que toda arbitragem internacional seria, ao fim e ao cabo, uma arbitragem nacional, uma vez que sujeita a um ordenamento jurídico local.

Outros autores contribuíram para a propagação desse entendimento da arbitragem a partir de argumentos de cunho mais subjetivo, como a vontade das partes. Ao escolher a sede da arbitragem, ou até mesmo na ausência da escolha (sendo esta determinada pela instituição ou pelos próprios árbitros), as partes estariam submetendo todos os aspectos da arbitragem que

⁵ MANN, Francis A. *Lex facit arbitrum*. In: *Arbitration International*. v. 2. n. 3. 1986.

⁶ *Ibidem*. p. 246.

viesses a ser instaurada à *lex arbitri* desse país.⁷ Essa visão é compartilhada por célebres juristas franceses, como Jean-François Poudret e Sébastien Besson, ainda que utilizem a expressão *lex arbitrii* (lei da arbitragem – em contraposição à *lex arbitri*, que seria lei dos árbitros).⁸

1.1.2 Representação deslocalizada

O segundo modelo de representação da arbitragem internacional apresentado por Gaillard é o da *representação deslocalizada*, que consiste no reconhecimento e na valorização de uma pluralidade de ordens jurídicas estatais, não mais apenas a do país-sede.

De acordo com o autor, a representação deslocalizada é aquela na qual a arbitragem possui fundamento em todas as ordens jurídicas que, sob determinadas condições, estariam aptas a reconhecer a eficácia da sentença arbitral. Todos esses ordenamentos estatais teriam “*igual vocação a se pronunciar sobre a validade da sentença, tendo os direitos dos eventuais locais de execução um título tão forte quanto o do local onde se desenvolveu a arbitragem*”.⁹

Enquanto a representação territorial explica a validade da arbitragem a partir do ponto de *partida*, a deslocalizada o faria a partir de seu ponto de *chegada*. Para os defensores da deslocalização, é o momento de reconhecimento e execução da sentença arbitral que chancela todo o procedimento e dá validade ao comando dos árbitros.¹⁰

É a partir da representação deslocalizada que se passa a afirmar que o árbitro não possui foro, ou que o foro do árbitro seria o mundo. Os procedimentos judiciais seriam a expressão da soberania localizada, já os procedimentos arbitrais internacionais seriam a expressão de uma soberania *difundida e distribuída*.¹¹

Em resposta às críticas de autores territorialistas, nega-se a ideia de que a sentença arbitral da representação deslocalizada estaria “flutuando em um vácuo jurídico”. Isso porque o fato de a sanção (reconhecimento da arbitragem e execução da sentença arbitral) se dar *a posteriori* não retiraria a juridicidade do ato. Até mesmo porque esse poder sancionatório

⁷ GOODE, Roy. The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration. In: *Arbitration International*. v. 17. n. 1. 2001. p. 32.

⁸ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Zurique: Schulthess, 2002. p. 83.

⁹ GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22.

¹⁰ *Ibidem*. p. 22.

¹¹ VON MEHREN, Arthur Taylor. *Limitations on the party choice of the governing law: do they exist for international commercial arbitration?* Curso proferido na Universidade de Tel Aviv, Israel, 1986. The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies. pp. 19-20.

poderia vir a não ser exercido, caso haja o cumprimento espontâneo da sentença arbitral (cenário esse que poderia ocorrer, inclusive, na representação territorial).¹²

Além disso, o elo entre a sentença arbitral e o país de execução seria muito mais forte do que aquele com o país-sede, partindo-se do pressuposto de que esses seriam locais distintos. Enquanto este seria apenas o local onde as partes se reuniriam fisicamente para o fim de realizar reuniões e audiências, aquele seria o país em que bens e ativos seriam executados.¹³

Entretanto, um problema crítico dessa representação seria aquilo chamado por Gaillard de *lex execucionismo*. Isso decorre do fato de que cada país de potencial execução da sentença arbitral possuiria igual título para definir a validade da convenção de arbitragem, do procedimento arbitral e, por fim, da sentença arbitral. Questões como a fonte do poder de julgar dos árbitros e, acima de tudo, o papel dos árbitros para definir as regras aplicáveis durante o procedimento para assegurar a prolação de uma sentença arbitral válida demonstrariam fissuras na teoria deslocalizadora. Isso poderia resultar em “*um raciocínio consistente em apreciar a validade da arbitragem apenas pelo menor denominador comum de todas as leis envolvidas*”.¹⁴

1.1.3 Representação autônoma

A terceira e última representação analisada por Gaillard será denominada, neste trabalho, de *representação autônoma*. Seus adeptos defendem que a arbitragem não teria como fundamento uma ordem jurídica estatal, seja a do país-sede ou a do país de execução, mas sim uma ordem jurídica terceira e autônoma, que seria qualificada como *ordem jurídica arbitral*.

A representação autônoma parte da premissa de que os árbitros do comércio internacional “*não administram a justiça em nome de um Estado qualquer, mas que exercem uma função jurisdicional a serviço da comunidade internacional*”.¹⁵

Seu desenvolvimento teria sido necessário justamente para integrar o ponto de vista dos árbitros no debate acerca da natureza jurídica da arbitragem internacional. Pela perspectiva do Estado, a deslocalização daria conta de explicar a ideia de que cada país deve ser livre para determinar a eficácia das sentenças arbitrais internacionais. Entretanto, pela perspectiva dos árbitros, a teoria deslocalizadora não forneceria respostas suficientes para a definição de

¹² GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24.

¹³ *Ibidem*. p. 28.

¹⁴ *Ibidem*. p. 31.

¹⁵ *Ibidem*. p. 31.

questões elementares como a fonte de seu poder jurisdicional ou as regras aplicáveis na análise da validade da arbitragem (seja a convenção, o procedimento ou a sentença). Diante da possibilidade de múltiplas respostas por diferentes jurisdições, não bastaria aos árbitros somente observarem o fenômeno. Assim, na visão de Gaillard, a oposição fundamental entre a representação deslocalizada e a autônoma “*reside na passagem do plural ao coletivo*”.¹⁶

Cumpra destacar que a teoria da representação autônoma da arbitragem tem suas raízes na doutrina francesa, com o desenvolvimento de teses que se propuseram a explicar o fenômeno da arbitragem de modo cada vez mais independente das amarras do Poder Judiciário. Esses entendimentos foram sendo incorporados pouco a pouco pela jurisprudência ao redor do mundo. Entretanto, no que diz respeito à ordem jurídica arbitral e à representação autônoma da arbitragem internacional, tais entendimentos não são universalmente aceitos. Pelo contrário, “*a posição francesa é na realidade minoritária, talvez mesmo até isolada*”.¹⁷

1.2 A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL NO CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL

A grande maioria dos países possuem dois regimes jurídicos distintos quando se trata da execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Enquanto o primeiro é composto por convenções e tratados de direito internacional público dos quais o Estado é signatário, o segundo trata da legislação arbitral interna do país. Ainda que conceitualmente diferentes, o segundo regime em muito se aproxima do primeiro. Isso porque um número considerável de países se absteve de legislar sobre a matéria, fazendo referência aos tratados e convenções internacionais ou, ainda, copiando as disposições desses instrumentos para a sua lei interna.¹⁸

Assim, por ser a convenção internacional de maior relevância no cenário internacional, serão examinadas as principais disposições da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (**1.2.1**). Na sequência, passa-se à análise da Lei nº 9.307 de 1996, alterada pela Lei nº 13.129 de 2015, a denominada Lei de Arbitragem (**1.2.2**).

¹⁶ GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

¹⁷ DA SILVEIRA, Gustavo Scheffer. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. VII. n. 26. 2010. p. 47.

¹⁸ KRÖLL, Stefan Michael. The concept of seat in the New York Convention and the autonomy of arbitral award. In: BREKOULAKIS, Stravos L.; LEW, Julian D. M.; et. al. (eds.). *The Evolution and Future of International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2016. p. 80.

1.2.1 Convenção de Nova Iorque

A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, também conhecida como Convenção de Nova Iorque (“CNI”), foi elaborada no ano de 1958, fruto do trabalho de uma comissão diplomática da Organização das Nações Unidas. Atualmente, conta com 160 países signatários e é considerada por muitos como a espinha dorsal do sistema da arbitragem comercial internacional.¹⁹

Ainda que tenha sido elaborada há seis décadas, o Brasil somente internalizou a CNI no ano de 2002, quando o Congresso Nacional aprovou o texto convencional e o Presidente da República, então Fernando Henrique Cardoso, promulgou o Decreto nº 4.311.

Em razão de sua relevância para a arbitragem comercial internacional, a inserção do Brasil nesse cenário está diretamente ligada ao grau de deferência e respeito que o Poder Judiciário confere às disposições da CNI.²⁰

Um dos principais objetivos da CNI foi o de facilitar a circulação de sentenças arbitrais estrangeiras pelo mundo. Ainda que tenha objetivado a coordenação dos países no processo de execução dessas sentenças, a CNI não buscou fornecer um sistema legal uniforme e exaustivo, de modo a excluir aquele previsto a nível nacional por seus signatários.²¹

Anteriormente à criação da CNI, um dos principais entraves à circulação das sentenças arbitrais pelo mundo era a previsão do sistema de duplo *exequatur* no Protocolo e na Convenção de Genebra, de 1923 e 1927, respectivamente.²² Nesse sistema, para que uma sentença arbitral estrangeira pudesse ser executada, o Poder Judiciário do país sede deveria, primeiramente, confirmar a validade da decisão. De acordo com René David, o duplo *exequatur* permite assegurar que a sentença se torne obrigatória, ao submetê-la ao controle dos tribunais que seriam provavelmente os melhores para exercer tal função.²³ Entretanto, tal procedimento demanda longo e árduo esforço pela parte interessada na execução, além de desestimular a

¹⁹ Para maiores informações, conferir: CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958. Disponível em: <https://goo.gl/yzoZjx>. Acesso em: 30 jun. 2019.

²⁰ GAMA JR, Lauro. Artigo V (inciso 1 "e") - recusas fundadas no artigo V, (1), (e), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coordenadores). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 271.

²¹ PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. In: *Asia Pacific Law Review*. v. 6. n. 2. 1998. p. 7.

²² Tratam-se de instrumentos internacionais similares à CNI, que buscavam coordenar os países no processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

²³ DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Economica: Paris, 1982. p. 538.

escolha de países não familiares às partes para sediar a arbitragem, comprometendo a característica da neutralidade da arbitragem comercial internacional.²⁴

Tendo isso em mente, a CNI eliminou o sistema do duplo *exequatur* para a execução de sentença arbitrais estrangeiras;²⁵ basta a parte interessada demonstrar que a sentença arbitral teria se tornado obrigatória e vinculante, ainda que eventual ação anulatória perante as cortes estatais estivesse em curso ou pudesse ser ajuizada. Essa medida demonstra que a CNI buscou reduzir a importância da sede da arbitragem, sem, entretanto, ignorá-la por completo e adotar uma visão unicamente internacional da sentença arbitral.²⁶

Importante pontuar que a CNI não trata dos critérios de anulação de uma sentença arbitral, mas apenas dos critérios para o seu reconhecimento e execução. Os países ficam livres para adotar o regime de anulação que entenderem mais adequados. Ao exercerem essa função, os Estados que sediam arbitragens revestiriam as sentenças arbitrais proferidas dentro de seu território com uma presunção de validade.²⁷ A existência de efeitos extraterritoriais ou *erga omnes* de eventual decisão anulatória, que – em tese – declara a desconstituição da sentença arbitral, é justamente o objeto de análise do presente trabalho.

Para fins de análise desse objeto, duas disposições da CNI devem ser analisadas com maior detalhe. São elas: o Artigo V(1) e o Artigo VII(1).

a) Artigo V(1) da CNI

Uma das disposições que demonstra que a CNI não buscou ignorar por completo a relevância da sede da arbitragem para fins de averiguar a exequibilidade da sentença arbitral estrangeira é seu Artigo V(1). O dispositivo prevê hipóteses das quais a parte, contra a qual o pedido de execução é invocado, poderá provar para obstar o reconhecimento da sentença arbitral. Assim dispõe o referido artigo:

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à

²⁴ PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. In: *Asia Pacific Law Review*. v. 6. n. 2. 1998. p. 8

²⁵ Artigo VII(2) da CNI: O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 deixarão de ter efeito entre os Estados signatários quando, e na medida em que, eles se tornem obrigados pela presente Convenção.

²⁶ KRÖLL, Stefan Michael. The concept of seat in the New York Convention and the autonomy of arbitral award. In: BREKOULAKIS, Stravos L.; LEW, Julian D. M.; et. al. (eds.). *The Evolution and Future of International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2016. p. 81

²⁷ PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 3. set-dez. 2004. p. 169.

autoridade competente onde se menciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

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

A partir de sua redação, forte embate doutrinário e jurisprudencial emergiu acerca da força normativa do dispositivo: seria ele discricionário ou mandatório? A discussão nasce, em um primeiro momento, devido à própria redação do *caput* artigo. A utilização de verbo que sugeriria a facultatividade na aplicação da norma – “*poderão ser indeferidos*” – está presente em quatro das cinco versões da Convenção. A versão na língua francesa é a única que remete à recusa mandatória.²⁸

Uma vez que o presente trabalho trata da possibilidade de execução de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no país-sede da arbitragem, e esse cenário está previsto no inciso (e) do Artigo V(1) como uma das causas que impediriam o reconhecimento, é necessário identificar se o dispositivo possui natureza discricionária ou mandatória.

Para aqueles que defendem a discricionariedade do julgador, o primeiro argumento, por óbvio, está atrelado à própria construção gramatical do artigo. A palavra *may* na versão inglesa, com correspondência em todas as outras quatro versões oficiais da CNI, que não a francesa, indica que o julgador teria a opção de reconhecer e executar a sentença arbitral ainda que alguma das hipóteses impeditivas elencadas fosse comprovada. Essa é a interpretação da doutrina majoritária, bem como da jurisprudência de diversas jurisdições.²⁹

²⁸ A CNI foi redigida oficialmente em cinco diferentes idiomas, sendo que todas as versões são consideradas igualmente válidas. Os idiomas são: chinês, inglês, francês, russo e espanhol.

²⁹ Cf. CHENG, Teresa. Celebrating the Fiftieth Anniversary of the New York Convention. In: VAN DEN BERG, Albert Jan. *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*. ICCA Congress Series. v. 14. Haia: Kluwer Law International, 2009. p. 680.

Outro argumento que corroboraria com essa leitura se trata do fato de a CNI utilizar a palavra *shall* em diversos outros Artigos para estipular obrigações para os Estados signatários. O uso da palavra *shall* em certos casos (i.e. II, III, VIII) e *may* em outros (i.e. V e VI) demonstraria que a CNI possui disposições discricionárias e mandatórias.³⁰

Além disso, defende-se que não faria sentido a CNI determinar a rejeição obrigatória do pedido de reconhecimento em certas situações ao passo que, ao mesmo tempo, permite através do seu Artigo VII(1) a aplicação do regime interno mais favorável do país de execução.³¹ Esse regime poderia prever que, mesmo na ocorrência das situações dos incisos (a) a (e) do Artigo V(1), a sentença arbitral ainda seria passível de execução.³²

Por outro lado, para aqueles que defendem a natureza impositiva do Artigo V(1), a existência do Artigo VII(1) reforçaria o caráter mandatório da norma, uma vez que não haveria sentido impor ao julgador a aplicação de regime interno mais favorável para facilitar a execução da sentença arbitral se esse pudesse, por sua discricionariedade, reconhecer a sentença mesmo que comprovada a existência de uma das hipóteses impeditivas do Artigo V(1).³³

Além disso, afirma-se que a CNI buscou concretizar um sistema de coordenação das jurisdições quanto à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, e assim o fez depositando no país-sede da arbitragem um grau mínimo de controle. O fato de a CNI não prever os critérios para o exercício da discricionariedade do julgador também militaria favoravelmente àqueles que defendem a natureza impositiva do Artigo V(1).³⁴

A literalidade da redação do artigo também é utilizada, dando-se mais valor à versão francesa da Convenção.³⁵ Para explicar a linguagem permissiva das outras quatro versões, interpreta-se as expressões *may* e *only if* da versão inglesa³⁶ para demonstrar que a lógica do artigo seria: o pedido de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira *pode* ser indeferido

³⁰ PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. In: *Asia Pacific Law Review*. v. 6. n. 2. 1998. p. 10

³¹ LASTENOUSE, Pierre. Why setting aside an arbitral award is not enough to remove it from the international scene. In: *Journal of International Arbitration*. v. 16. n. 2. 1999. p. 29

³² Conforme exposto anteriormente, esse é o caso da França, que não contempla em seu direito interno a hipótese de anulação da sentença arbitral como uma das causas impeditivas de execução.

³³ CASSELA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 9. abr-jun. 2006. p. 233.

³⁴ *Ibidem*. p. 233.

³⁵ DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; CERVANTES, Iván Heredia. Exequátur en España de laudos anulados y suspendidos en el estado de origen. In: *Revista del Club Español del Arbitraje*. v. 2012. n. 13. 2012. p. 97-98.

³⁶ Article V(1) of NYC: Recognition and enforcement of the award *may* be refused, at the request of the party against whom it is invoked, *only if* that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...).

apenas se a parte requerida provar alguma das hipóteses elencadas; uma vez comprovada a existência de uma dessas hipóteses, o julgador *deveria* recusar o pedido.³⁷

Por fim, seria possível afirmar que a mudança do verbo *shall* (natureza mandatória), presente na versão do Artigo V(1) do anteprojeto da CNI, para *may* (natureza discricionária), em versões subsequentes, seria prova de que o legislador teve a intenção de facultar ao julgador do país de execução o reconhecimento ou não da sentença arbitral. Entretanto, a partir da análise dos *travaux préparatoires*, observa-se que a mudança jamais foi debatida entre os elaboradores da Convenção.³⁸⁻³⁹ Pieter Sanders, um dos principais articuladores responsáveis pela criação da CNI, afirmou que tal questão sequer foi mencionada durante as reuniões dos comitês.⁴⁰

Diante desse cenário, na linha de André Abbud, “*não parece ser possível se extrair nenhuma conclusão segura, ou convincente, desse embate linguístico*”.⁴¹ Há argumentos favoráveis para ambos os lados, mesmo se utilizadas as regras de interpretação previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

b) Artigo VII da CNI

Outro dispositivo da CNI que merece análise apurada é o já mencionado Artigo VII(1), que consagra o princípio da eficácia máxima, também conhecido como *most-favourable-right provision*. Este determina que, caso o país de execução possua normas mais favoráveis para o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira, deve o julgador dar prevalência a tais normas em detrimento da CNI. Assim dispõe o Artigo VII da CNI:

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

³⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença arbitral declarada nula no local onde proferida. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. X. n. 37. 2013. p. 19.

³⁸ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of arbitral awards annulled in Russia. In: *Journal of International Arbitration*. v. 27. n. 2. 2010. p. 186.

³⁹ Jan Paulsson é um dos poucos autores a defender, ainda que sutilmente, a utilidade dos registros dos trabalhos preparatórios da Convenção para demonstrar que o caráter mandatório da norma teria sido evitado por seus elaboradores. Cf. PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. In: *Asia Pacific Law Review*. v. 6. n. 2. 1998. p. 230.

⁴⁰ SANDERS, Pieter. *Quo Vadis Arbitration? Sixty years of Arbitration Practice*. Haia: Kluwer Law International, 1999. pp. 77-78.

⁴¹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 184

Conforme exposto, esse artigo permite que a parte se valha de regime *de execução* mais favorável, e não de regime *de anulação*. Essa disposição não se aplica caso uma parte queira executar sentença arbitral anulada na sede sob a alegação de que o motivo pelo qual a sentença foi anulada não encontra correspondência no regime *de anulação* do país receptor.⁴²

Alinhado aos objetivos da CNI, que foi elaborada a fim de facilitar a circulação de sentenças arbitrais pelo mundo, esse artigo demonstra que a convenção buscou estabelecer um regime mínimo para a execução.⁴³ Os Estados, portanto, estariam impedidos de impor regime mais árduo, podendo apenas prever regras mais favoráveis que auxiliem o reconhecimento.⁴⁴

Por outro lado, a existência desse dispositivo pode gerar insegurança jurídica às partes, uma vez que uma sentença arbitral que não cumpra com os requisitos da CNI ainda pode vir a ser executada; basta que a parte interessada promova ação homologatória em país que considere a sentença executável com fundamento de disposições de seu direito interno.⁴⁵

1.2.2 Lei de Arbitragem

No Brasil, o regime jurídico interno para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras está regulado nos artigos 34 a 40 da Lei de Arbitragem. À época de edição da referida lei, o Brasil ainda não havia aderido à Convenção, fazendo com que o legislador buscasse incorporar seus principais dispositivos no texto da legislação brasileira. “*Driblando os trâmites ministeriais*”⁴⁶, demorados e burocráticos, para se ratificar e promulgar um tratado internacional, a edição da Lei de Arbitragem em 1996 inseriu o Brasil no conjunto de países que adotavam o regime criado pela CNI, ainda que de modo indireto.

⁴² PETROCHILOS, Georgios C. Enforcing awards annulled in their state of origin under the New York Convention. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 48. n. 4. 1999. p. 879.

⁴³ CASSELA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 9. abr-jun. 2006. p. 234.

⁴⁴ A doutrina e a jurisprudência internacional divergem quanto à possibilidade de “cherry-picking” com base no Artigo VII(1) da CNI. A prática do “chery-picking” consiste na combinação de dispositivos mais favoráveis de diferentes regimes jurídicos, criando assim, na prática, um regime estranho a todos aqueles utilizados. Contrária à sua adoção, conferir: ALFONS, Claudia. *Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: an analysis of the legal framework and its interpretation in case law and literature*. Frankfurt: Peter Lang, 2010. p. 51. Favorável à adoção do “chery-picking”, conferir: PETROCHILOS, Georgios C. *Op. cit.* pp. 878-879.

⁴⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães; QUINTÃO, Luísa. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas: uma perspectiva latino-americana. In: ZENEDIN, Frederico Eduardo (org.). *Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento*. Curitiba: Editora JML, 2017. p. 205

⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 463-464.

Eventual diferença do sistema brasileiro poderá ser superada pelo artigo 34 da Lei de Arbitragem, o qual prevê 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*”.

Nesse sentido, o único caso em que a lei brasileira será aplicada ao procedimento homologatório de sentenças arbitrais estrangeiras será quando for mais favorável à execução se comparada com as disposições da CNI, conforme dispõe o Artigo VII(1) da própria Convenção.

Ainda que a Lei de Arbitragem tenha se baseado no texto da CNI, alguns dispositivos podem ser considerados mais benéficos a favor da concessão do *exequatur*. Por exemplo, enquanto a CNI prevê que um pedido de execução será recusado quando a constituição do tribunal arbitral ou a condução do procedimento arbitral não se der em conformidade com aquilo que fora acordado pelas partes, ou, na ausência acordo, *consoante a lei da sede da arbitragem*, a Lei de Arbitragem prevê o indeferimento do pedido somente quando a instituição da arbitragem violar o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória.

Ou seja, por força do Artigo VII(1) da CNI, o Artigo 38, V, da Lei de Arbitragem se sobrepõe ao Artigo V(1)(d) da Convenção. De acordo com João Bosco Lee, “*esta posição se alinha à tendência moderna de desvincular a arbitragem do local de sua realização*”.⁴⁷

Outra hipótese encontra-se no âmbito do próprio Artigo V(1)(e) da CNI, objeto de análise do presente trabalho. Ao passo que a Convenção dispõe que não será reconhecida a sentença arbitral anulada “*por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida*”, a Lei de Arbitragem prevê a recusa por anulação promovida “*por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada*”. Assim, uma sentença arbitral anulada pelo país sob cujas leis foi prolatada poderá ser reconhecida e executada no Brasil, apesar da “*aplicação concreta dessa hipótese de recusa [ser] raríssima*”.⁴⁸

Por fim, faz-se necessário destacar o *caput* do Artigo 38 da legislação brasileira. Ao elencar as hipóteses impeditivas de reconhecimento, a Lei de Arbitragem afirma que “*somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral*

⁴⁷ 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; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coordenadores). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 188.

⁴⁸ GAMA JR, Lauro. Artigo V (inciso 1 "e") - recusas fundadas no artigo V, (1), (e), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coordenadores). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 257.

estrangeira, quando o réu demonstrar que (...)” (grifou-se). Desse modo, ao incorporar as disposições da CNI para sua lei interna, o Brasil adotou a redação do Artigo V(1) que indica uma faculdade do julgador na aplicação das hipóteses impeditivas.

Todavia, a doutrina brasileira majoritária entende pela natureza obrigatória do dispositivo.⁴⁹ Ainda que seja posicionamento minoritário se comparado à experiência internacional, esse fato possui grande relevância para o estudo da linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na SEC nº 5.782, que será analisada com mais vagar no Capítulo 2.2.

1.3 A EFICÁCIA DA SENTENÇA ARBITRAL ANULADA PELO PAÍS-SEDE DA ARBITRAGEM

Uma vez explanadas as principais linhas de representação da arbitragem internacional e analisadas as disposições mais relevantes para o controle da sentença arbitral estrangeira, passa-se agora a investigar a real possibilidade de se reconhecer e executar uma sentença arbitral que tenha sido anulada no país-sede da arbitragem. Em razão do alcance global da CNI e de sua aplicação praticamente unânime no cenário do comércio internacional para a circulação de sentenças arbitrais, essa discussão passa necessariamente pelo Artigo V(1)(e).

Através deste dispositivo, a CNI “*corporifica um dos mais próximos e concretos elos de ligação (...) entre o laudo arbitral e o Estado de onde originado*”.⁵⁰

Trata-se, portanto, de disposição que levanta uma questão sensível da arbitragem internacional: a nacionalidade da sentença arbitral, vinculando-a com determinada jurisdição, seja a do país onde, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.⁵¹ Além disso, o artigo prevê um regime de controle do qual a doutrina batizou de *controle primário e controle secundário*. O país de controle primário seria aquele com competência exclusiva para realizar anulação da sentença arbitral, qual seja, o país-sede da arbitragem. Já o país de controle secundário seria o da execução, competente apenas por reconhecer ou não a sentença.⁵²

⁴⁹ Cf. MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem: comentários à lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 382-386; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 463-495; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – lei n. 9.307/96*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 162.

⁵⁰ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 164.

⁵¹ Pelos motivos expostos no item 1.2.2, a análise desse artigo se dará exclusivamente com relação às sentenças que foram anuladas pela autoridade competente do país em que foi proferida.

⁵² PEREIRA, Cesar A. Guimarães; QUINTÃO, Luísa. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas: uma perspectiva latino-americana. In: ZENEDIN, Frederico Eduardo (org.). *Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento*. Curitiba: Editora JML, 2017. pp. 209-210.

O alcance dos efeitos de eventual decisão anulatória do país de controle primário, afetando o julgamento do país de controle secundário, é precisamente o objeto desse trabalho. Nesse cenário de elevado potencial conflitivo, há “*uma constante tensão dialética entre as distintas tradições jurídicas ligadas à Convenção: a doméstica (do Estado receptor da sentença), a estrangeira (do Estado de origem ou do direito que sentença), e a transnacional (do ambiente próprio da arbitragem comercial internacional)*”.⁵³

O debate acerca do grau de vinculação desse artigo, guiado pela redação “permissiva” do *caput*, acaba assumindo caráter subsidiário. Em tese, toda a discussão se esgotaria somente em sua definição; entretanto, há doutrina e jurisprudência de ambos os lados do espectro da natureza da arbitragem internacional que defendem tanto o caráter discricionário quanto o impositivo do Artigo V da CNI. Nesse sentido, diante da falta de consenso, é mais produtivo analisar os demais argumentos lançados para se chegar a alguma conclusão segura acerca da possibilidade de se executar uma sentença anulada no país-sede da arbitragem.

Em face disso, serão expostos os fundamentos das correntes territorialista (1.3.1) e deslocalizadora/autonomista (1.3.2) acerca do tema. As correntes que negam o caráter territorial da arbitragem internacional serão tratadas em conjunto, uma vez que sua distinção se dá mais no campo filosófico do que na prática; eventuais particularidades serão tratadas pontualmente.

1.3.1 Corrente territorialista: respeito à decisão da sede

Para os adeptos da corrente territorialista, uma vez que o Poder Judiciário tenha anulado a sentença arbitral, a sua execução seria inviável, tanto na sede quanto em qualquer outro país. A sentença seria inexistente e, portanto, inexecutável: *ex nihilo nihil fit*, nada surge do nada.⁵⁴ Essa posição seria adotada pela doutrina e jurisprudência majoritária.⁵⁵

De acordo com Eric Schwartz, a arbitragem internacional só existe porque os Estados permitem que assim o seja. Sua existência, portanto, estaria vinculada diretamente ao nível de confiança que esses Estados possuem no local da sede do procedimento e no país de execução

⁵³ GAMA JR, Lauro. Artigo V (inciso 1 "e") - recusas fundadas no artigo V, (1), (e), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coordenadores). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239

⁵⁴ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of annulled awards? In? *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. v. 9. n. 2. 1998. p. 16.

⁵⁵ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of arbitral awards annulled in Russia. In: *Journal of International Arbitration*. v. 27. n. 2. 2010. p. 187.

da sentença arbitral. Essa confiança seria adquirida através da retenção do controle e supervisão de grau mínimo pelo país-sede.⁵⁶

Nessa linha, a CNI teria chancelado um modelo localizador da arbitragem. A adoção do modelo dual de controle da sentença arbitral (primário/secundário) demonstraria que a arbitragem estaria vinculada às leis do país-sede; a sentença arbitral que lá tenha sido proferida faria parte de sua ordem jurídica.⁵⁷ Logo, somente as cortes estatais do país-sede teriam a competência para controlar diretamente o procedimento e a sentença arbitral. Além disso, eventual decisão anulatória teria alcance *universal*.⁵⁸

A possibilidade de se desconsiderar a anulação da sentença arbitral em razão de eventual discricionariedade do julgador da execução é rechaçada por parte dos defensores dessa corrente.⁵⁹ Essa visão, no entanto, não é compartilhada por todos os adeptos que sustentam os efeitos extraterritoriais da decisão anulatória. A título de exemplo, Roy Goode, um dos autores mais reconhecidos da doutrina territorialista, afirma que “*proof of the existence of one of those grounds entitles the courts of a Convention state to refuse recognition and enforcement but does not oblige them to do so. Refusal is discretionary*”.⁶⁰

Todos, no entanto, concordam que a racionalidade por trás da regra do Artigo V(1)(e) é concentrar o controle judicial do procedimento e da sentença arbitral no país-sede da arbitragem, a fim de promover segurança jurídica. Uma vez que a sentença arbitral tenha sido anulada, a parte que promoveu sua desconstituição estaria ciente de que qualquer obrigação prevista na decisão dos árbitros não mais recairia sobre ela, independentemente do país que a parte contrária buscar execução.⁶¹

Isto posto, defende-se que a CNI não comportaria a noção de sentenças arbitrais *anacionais*, desvinculadas do ordenamento jurídico da sede (ou vinculada à “ordem jurídica arbitral”). Uma vez anulada, não haveria possibilidade de atribuir eficácia à decisão.

⁵⁶ SCHWARTZ, Eric A. A comment on Chromalloy Hilmarton, à l'américaine. In: *Journal of International Arbitration*. v. 14. n. 2. 1997. p. 128.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 129.

⁵⁸ DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; CERVANTES, Iván Heredia. Exequatur en España de laudos anulados y suspendidos en el estado de origen. In: *Revista del Club Español del Arbitraje*. v. 2012. n. 13. 2012. p. 100.

⁵⁹ SANDERS, Pieter. *Quo Vadis Arbitration? Sixty years of Arbitration Practice*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. pp. 77-78.

⁶⁰ GOODE, Roy. The role of the lex loci arbitri in international commercial arbitration. In: *Arbitration International*. v. 17. n. 1. 2001. p. 22.

⁶¹ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of annulled awards? In? *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. v. 9. n. 2. 1998. p. 15.

1.3.2 Corrente deslocalizadora ou autonomista: análise pelo país de execução

Por outro lado, os defensores da corrente deslocalizadora ou autonomista da arbitragem internacional argumentam em favor da possibilidade de se reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira anulada. Ainda que seja possível observar divergências entre essas teorias, é fato que ambas negam quaisquer efeitos extraterritoriais vinculantes de eventual decisão anulatória proferida pelas cortes estatais do país-sede, de modo que serão tratadas em conjunto no presente item e no restante do trabalho.

De acordo com Pierre Lastenouse, tal posição estaria de acordo com o espírito da CNI, elaborada com o objetivo principal de facilitar a circulação das sentenças arbitrais pelo mundo. Esse intuito ficaria muito claro por meio da análise do próprio texto convencional, uma vez que, de um lado, proíbe-se a imposição de regras mais prejudiciais à execução da sentença⁶², e, de outro, permite-se a adoção de regime jurídico mais favorável caso existente no país onde se busca a execução, sem sequer prever qualquer restrição para tanto.⁶³

Em oposição à corrente territorialista, a CNI não teria buscado estabelecer um regime uniforme para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Se assim tivesse pretendido, certamente não teria previsto o Artigo VII(1), “*which opens the floodgates to the application of a diversity of national solutions*”.⁶⁴

A sentença arbitral, portanto, estaria apta a se integrar em qualquer um dos países que estivesse disposto a validar a convenção de arbitragem e reconhecer a decisão dos árbitros, bastando que ela preencha os requisitos dispostos pela ordem jurídica do país de execução.⁶⁵

Para a representação deslocalizada, a sentença arbitral encontraria sua juridicidade no país de execução. Jan Paulsson chega até a afirmar que melhor seria denominar o fenômeno como *plurilocalização* no lugar de *deslocalização*.⁶⁶ Já para a representação autônoma, a juridicidade estaria na *ordem jurídica arbitral*; o país de execução reconheceria esse fato e daria

⁶² Artigo III, CNI: (...). Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

⁶³ LASTENOUSE, Pierre. Why setting aside an arbitral award is not enough to remove it from the international scene. In: *Journal of International Arbitration*. v. 16. n. 2. 1999. pp. 31-32.

⁶⁴ PINSOLLE, Philippe. The status of vacated awards in France: the cour de cassation decision in Putrabali. In: *Arbitration International*. v. 24. n. 4. 2008. p. 290.

⁶⁵ GAILLARD, Emmanuel. Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international. In: *Journal du Droit International*. v. 134. n. 4. 2007. p. 1163.

⁶⁶ PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 60. n. 2. 2011. pp. 298.

eficácia à decisão no seu território nacional. Ambas, como se vê, negam a vinculação da sentença arbitral ao ordenamento jurídico da sede da arbitragem.

Na prática, haveriam duas saídas para um país contornar o comando do Artigo V(1)(e) da CNI: (i) considera-se que o *caput* do Artigo é facultativo e simplesmente se ignora a anulação, procedendo apenas a verificação dos outros incisos impeditivos; ou (ii) o país de execução deve ter um regime jurídico nacional destinado à execução de sentenças arbitrais que não preveja a anulação da sentença como hipótese impeditiva de reconhecimento. Enquanto a primeira saída parte de um viés interpretativo minimamente questionável, a segunda saída estaria em perfeito alinhamento ao texto convencional, uma vez respaldada pela *most-favourable-right provision* do Artigo VII(1) da CNI.

Conforme analisado, a consagração da representação autônoma da arbitragem se deu na França, não só pela doutrina, mas também pela jurisprudência. Assim, o Poder Judiciário francês adota a segunda saída acima descrita. O Código de Processo Civil Francês, em seu artigo 1502, não contém a anulação no país-sede como hipótese impeditiva para o reconhecimento de sentença arbitral.⁶⁷ Portanto, aplica-se o Artigo VII(1) da CNI e os critérios para o reconhecimento e a execução passam a ser aqueles previstos pela lei doméstica francesa.

Destarte, fica evidente a pluralidade de saídas que um país pode adotar quando acionado para reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira anulada pelo país-sede. A análise dos diversos posicionamentos permite afirmar que, “*na prática, o controle secundário assume caráter patológico quando o Estado de recepção: (i) opta por reconhecer sentença arbitral regular e legitimamente anulada no país de origem; ou (ii) recusa o reconhecimento de sentença arbitral anulada de forma abusiva no país de origem*”.⁶⁸ Diante disso, o presente trabalho irá se debruçar sobre casos em que algumas das principais jurisdições do cenário da arbitragem internacional foram chamadas a se pronunciar sobre a questão, com o objetivo de revelar que diversidade de soluções não se encontra somente na doutrina, mas também na jurisprudência.

⁶⁷ Artigo 1.502, CPC Francês: O apelo da decisão que acorde o reconhecimento ou a execução só está aberto nos casos seguintes: 1º - Se o árbitro se pronunciou sem convenção de arbitragem ou sobre convenção nula ou caduca; 2º - Se o tribunal arbitral foi irregularmente constituído ou o árbitro único irregularmente designado; 3º - Se o árbitro se pronunciou sem se conformar à missão que lhe tinha sido conferida; 4º - Em caso de desrespeito ao princípio do contraditório; 5º - Se o reconhecimento e a execução são contrários à ordem pública internacional.

⁶⁸ GAMA JR, Lauro. Artigo V (inciso 1 "e") - recusas fundadas no artigo V, (1), (e), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coordenadores). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 259.

2 A JURISPRUDÊNCIA NA EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ANULADAS NO PAÍS-SEDE DA ARBITRAGEM

Superada a análise teórica proposta no Capítulo 1, o presente trabalho se volta aos casos em que as cortes estatais de diferentes jurisdições foram acionadas para reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira anulada no país-sede da arbitragem. A partir do debate fomentado no capítulo anterior, espera-se que o estudo desses casos possa se dar de maneira mais técnica e crítica.

Desde já, destaca-se que não foram muitos os países que se pronunciaram sobre essa questão. Isso se dá, em boa parte, devido ao fato de anulações de sentenças arbitrais serem exceção à regra. Cada vez mais as cortes estatais respeitam as decisões tomadas pelos árbitros, revisando suas sentenças somente em caso de desrespeito à vontade das partes ou de violação ao direito dessas ao contraditório e à ampla defesa.

Desse modo, quando um país se pronuncia sobre essa questão, há grande repercussão por parte da doutrina, uma vez que a análise da decisão permite verificar se a jurisdição possui entendimento mais voltado à representação territorial ou à deslocalizada/autônoma. No entanto, destaca-se que esse debate não é estanque, havendo a possibilidade de flexibilizar as teorias para se chegar a resultados mais satisfatórios.

Assim, foram selecionados quatro dos principais casos ocorridos em jurisdições de grande prestígio no contexto da arbitragem internacional, quais sejam: França, Estados Unidos da América e Reino Unido (2.1). Na sequência, passa-se à análise do posicionamento adotado pelo Brasil (2.2), que entrou “*para um grupo seletivo de jurisdições que desafiaram as concepções jurídicas para avaliar se uma sentença arbitral, proferida em uma arbitragem internacional, pertence à ordem jurídica da sede do procedimento, ou a uma emergente ‘ordem jurídica arbitral’, deslocada (...) de qualquer jurisdição nacional*”.⁶⁹

2.1 CASOS INTERNACIONAIS

Conforme abordado anteriormente, a França avalia a exequibilidade das sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no país-sede da arbitragem apenas pelo seu regime jurídico interno. Nesse sentido, foram selecionados dois casos paradigmáticos que

⁶⁹ LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas: uma análise a partir da SEC 5782, STJ. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 49. abr-jun. 2016. p. 44.

desafiaram o entendimento das cortes francesas sobre o tema, quais sejam: Hilmarton (2.1.1) e Putrabali (2.1.2). Por outro lado, Estados Unidos da América, através do caso PEMEX (2.1.3), e Reino Unido, por meio do caso Maximov (2.1.4), demonstraram ser possível adotar postura menos radical quando um país é convocado para reconhecer e executar sentença arbitral já anulada no país-sede da arbitragem. Vejamos.

2.1.1 França: Hilmarton

a) Fatos

Em 12 de dezembro de 1980, a empresa inglesa Hilmarton Ltd. (“Hilmarton”) celebrou contrato com a empresa francesa Omnium de Traitment et de Valorisation (“OTV”), no qual havia cláusula arbitral prevendo a aplicação da lei suíça e Genebra como sede. Ficou acordado que Hilmarton auxiliaria OTV a concluir contratos na Argélia, devendo essa remunerá-la na proporção de 4% do valor dos instrumentos celebrados.

Após a prestação do serviço e diante da recusa de pagamento por OTV, Hilmarton instaurou procedimento arbitral perante a CCI requerendo o que lhe achava devido. O tribunal arbitral, em decisão proferida em 18 de agosto de 1988, julgou improcedente o pedido formulado e decretou a nulidade do contrato. Os árbitros entenderam que seu objeto configurava tráfico de influência, operação vedada tanto pela lei argelina quanto pela lei suíça.

Na sequência, OTV promoveu a execução da sentença arbitral na França. Seu pedido foi deferido em 26 de fevereiro de 1990 perante a Tribunal de Grande Instância de Paris. Em sede de apelação, em 18 de dezembro de 1991, a Corte de Apelação de Paris confirmou a decisão de primeira instância.

No entanto, enquanto tramitava o procedimento de execução em solo francês, Hilmarton promovia ação anulatória na Suíça. Seu pedido foi deferido pela Corte de Apelação de Genebra em 17 de novembro de 1989.⁷⁰ Posteriormente, o Tribunal Federal Suíço confirmou a anulação, em decisão proferida em 17 de abril de 1990.⁷¹ Foi sustentado que a prova produzida na arbitragem não apontava qualquer tipo de irregularidade ou corrupção nos atos praticados por Hilmarton. Além disso, utilizou-se o critério de “arbitrariedade” para

⁷⁰ SUIÇA. Corte de Justiça do Cantão de Genebra. 17.11.1989. (Société Hilmarton v. Société OTV). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XIX. 1994. pp. 214-222.

⁷¹ SUIÇA. Tribunal Federal Suíço. 17.04.1990. (Société OTV v. Société Hilmarton). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XIX. 1994. pp. 214-222.

fundamentar sua anulação, já que OTV teria pago várias parcelas da remuneração devida, apenas deixando de pagar a última delas.

Assim, novo procedimento arbitral foi instaurado na Suíça. Dessa vez, em sentença datada de 10 de abril de 1992, o tribunal arbitral deu razão a Hilmarton, condenando OTV ao pagamento da remuneração pleiteada pelos serviços prestados.

Diante desse – confuso – cenário, Hilmarton ajuizou duas ações em solo francês: (i) a primeira buscou o reconhecimento da decisão anulatória suíça, restando-se bem-sucedida, com o deferimento do pedido pela Tribunal de Grande Instância de Nanterre, em 22 de setembro de 1993⁷²; (ii) já a segunda visou à execução da segunda sentença arbitral, também se restando frutífera, já que a mesma Corte deferiu o seu pedido em 25 de fevereiro de 1993. Todas essas decisões foram posteriormente confirmadas pela Corte de Apelação de Versalhes em 1995.

Paralelamente a isso, no âmbito da ação de execução da primeira sentença arbitral, a Corte de Cassação francesa confirmou o *exequatur* deferido nas cortes inferiores. A fundamentação utilizada foi a primeira que deixou claro o inovador posicionamento francês sobre a questão de execução de sentenças arbitrais anuladas no país-sede. Em decisão proferida em 23 de março de 1994, a Corte assim que “*a sentença proferida na Suíça era uma sentença internacional que não estava integrada à ordem jurídica desse país, de sorte que a sua existência continua estabelecida apesar de sua anulação e que seu reconhecimento na França não era contrário à ordem pública internacional*”.⁷³

Nesse momento, perante o judiciário francês, tinha-se o seguinte cenário: (i) a Corte de Cassação havia reconhecido e executado a primeira sentença arbitral, que indeferiu o pedido de Hilmarton, por mais que ela tivesse sido anulada no país-sede; e (ii) a Corte de Apelação de Versalhes (tribunal inferior em relação à Corte de Cassação) havia reconhecido e executado (ii.1) a decisão judicial suíça que anulou a primeira sentença arbitral e (ii.2) a segunda sentença arbitral, que deferiu o pedido de Hilmarton.

Quando as decisões da Corte de Apelação de Versalhes subiram para a Corte de Cassação, algo precisava ser feito para que fosse solucionado o imbróglio de decisões evidentemente conflitantes. Nesse sentido, com base no conceito da coisa julgada, em 10 de

⁷² FRANÇA. Tribunal de Grande Instância de Nanterre. 22.09.1993. (Société Hilmarton v. Société OTV). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XX. 1995. pp. 194-197.

⁷³ Tradução por: DA SILVEIRA, Gustavo Scheffer. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. VII. n. 26. 2010. p. 42.

junho de 1997, as decisões da Corte de Apelação de Versalhes foram cassadas⁷⁴, sob o fundamento que “a existência de uma decisão francesa irrevogável portando sobre o mesmo objeto entre as mesmas partes fazia obstáculo ao reconhecimento na França de qualquer outra decisão judiciária ou arbitral proferida no exterior incompatível com ela”.⁷⁵

Impedida de obter a condenação contrária à OTV em território francês, Hilmarton promoveu ação para o reconhecimento e execução da segunda sentença arbitral na Inglaterra. Em decisão datada de 3 de setembro de 1998, a Alta Corte de Justiça reconheceu que, se fosse aplicada a lei inglesa ao contrato, os serviços prestados por Hilmarton seriam considerados ilícitos.⁷⁶ Entretanto, como não havia prova de corrupção nos autos e o contrato era válido de acordo com a lei que o regulava (suíça), concedeu-se o *exequatur*, uma vez que isso não ofenderia a ordem pública inglesa.

b) Comentários

Hilmarton v. OTV repercutiu amplamente na doutrina. As circunstâncias do caso possibilitaram a análise em concreto de diversos argumentos lançados no debate da representação da arbitragem internacional. A decisão tomada pela Corte de Cassação foi aplaudida pela doutrina autonomista/deslocalizadora, ao mesmo tempo que criticada pelos adeptos da corrente territorialista.

A partir da análise de seu regime jurídico interno, o judiciário francês constatou que a anulação da sentença arbitral pelo país-sede não constituía hipótese para a rejeição do pedido de reconhecimento. Aplicou-se, assim, o Artigo VII(1) da CNI para afastar o fundamento do Artigo V(1)(e). Na análise da validade da sentença arbitral pela lei francesa, a Corte de Cassação também não localizou o critério de “arbitrariedade” como hipótese impeditiva do artigo 1.502 do CPC, tampouco entendeu que a decisão violava algum dos incisos previstos nesse artigo.⁷⁷

⁷⁴ FRANÇA. Corte de Cassação. 10.06.1997. (Société OTV v. Société Hilmarton). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XIX. 1994. pp. 214-222.

⁷⁵ Tradução por: DA SILVEIRA, Gustavo Scheffer. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. VII. n. 26. 2010. p. 42.

⁷⁶ REINO UNIDO. Alta Corte de Justiça. 24.05.1999. (Société OTV v. Société Hilmarton). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XXIVa. 1999. pp. 777-785.

⁷⁷ Artigo 1.502 do CPC francês: O apelo da decisão que acorde o reconhecimento ou a execução só está aberto nos casos seguintes: 1º - Se o árbitro se pronunciou sem convenção de arbitragem ou sobre convenção nula ou caduca; 2º - Se o tribunal arbitral foi irregularmente constituído ou o árbitro único irregularmente designado; 3º - Se o árbitro se pronunciou sem se conformar à missão que lhe tinha sido conferida; 4º - Em caso de desrespeito ao princípio do contraditório; 5º - Se o reconhecimento e a execução são contrários à ordem pública internacional.

Entretanto, o trecho da decisão francesa que mais gerou polêmica entre a doutrina foi quando a Corte afirmou que “*a sentença proferida na Suíça era uma sentença internacional que não estava integrada à ordem jurídica desse país, de sorte que a sua existência continua estabelecida apesar de sua anulação*” (grifou-se). Essa citação foi duramente criticada pela doutrina territorialista, pois parecia que a visão francesa indicava que a sentença arbitral “flutuava” pelo mundo em um vácuo legal, até se assentar e ser reconhecida por alguma jurisdição. De acordo com Eric Schwartz, a posição da Corte francesa poderia ser considerada até mesmo presunçosa, vez que estava afirmando o que fazia e o que não fazia parte da ordem jurídica de outro Estado.⁷⁸

Por outro lado, autores autonomistas defenderam a visão adotada pela Corte de Cassação. Na sua visão, o que a Corte afirmou (ou queria ter afirmado) é que a anulação pelo país-sede seria irrelevante na França; dentro de seu território, prevaleceria a aplicação das suas próprias leis. Sua análise não dependeria da aprovação do juiz da sede da arbitragem, e eventual decisão anulatória lá proferida não teria efeitos extraterritoriais para obstar o reconhecimento.⁷⁹

Outra questão que também ficou evidente após o Caso Hilmarton é que, ao adotar a posição autonomista, há a possibilidade de se reconhecer e executar sentenças arbitrais completamente opostas em um mesmo território, em flagrante contradição. Optou-se pela execução de sentença arbitral anulada, mas que já estava integrada ao seu ordenamento jurídico e, com base no argumento da coisa julgada, rejeitou-se a possibilidade de reconhecimento e execução da sentença arbitral superveniente à anulação.⁸⁰

2.1.2 França: Putrabali

a) Fatos

Tratava-se de contrato de compra e venda de pimenta branca, celebrado entre a sociedade indonésia PT Putrabali Adyamulia (“Putrabali”) e a empresa francesa AS Rena Holding (“Rena” – antiga Est Epices). A disputa surgiu devido ao naufrágio do navio que carregava a mercadoria e a discordância entre as partes acerca do pagamento do produto.

⁷⁸ SCHWARTZ, Eric A. A comment on Chromalloy Hilmarton, à l’américaine. In: *Journal of International Arbitration*. v. 14. n. 2. 1997. pp. 130-131.

⁷⁹ DA SILVEIRA, Gustavo Scheffer. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. VII. n. 26. 2010. pp. 50-51.

⁸⁰ Para crítica à essa solução, conferir: PETROCHILLOS, Georgios C. Enforcing awards annulled in their state of origin under the New York Convention. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 48. n. 4. 1999. p. 870.

Putrabali instaurou procedimento arbitral perante o *International General Produce Association*, com sede em Londres, em conformidade com a cláusula compromissória.

Em 10 de abril de 2001, foi proferida sentença arbitral indeferindo os pedidos da requerente, ou seja, entendendo que Rena tinha razão em não ter efetuado o pagamento dos produtos. Entretanto, em 19 de maio de 2003, a Alta Corte de Londres anulou parcialmente a sentença arbitral, por entender que Rena havia descumprido o contrato (a lei de arbitragem inglesa permite, em certos casos, a revisão do mérito da sentença arbitral). Na sequência, após a instauração de novo procedimento arbitral, em 21 de agosto de 2003, uma segunda sentença arbitral foi proferida, dessa vez condenando Rena a pagar cerca de EUR 163 mil à Putrabali.

Após a segunda sentença arbitral ter sido proferida, Rena buscou a execução da primeira sentença na França. Em 30 de setembro de 2003, seu pedido foi deferido pelo Tribunal de Grande Instância de Paris. Essa decisão foi confirmada pelo Corte de Apelação de Paris, por entender que as hipóteses impeditivas à execução de uma sentença arbitral estrangeira estavam delimitadas no Artigo 1.502 do CPC francês, e a anulação pelo país-sede não era uma delas.

Assim como no Caso Hilmarton, Putrabali conseguiu o *exequatur* da segunda sentença arbitral na França em primeira instância. Entretanto, o Tribunal de Apelação de Paris reverteu essa decisão, por entender que as duas sentenças seriam irreconciliáveis. Diante disso, Putrabali recorreu das duas decisões proferidas pelo Tribunal de Apelação de Paris e, novamente, o caso foi remetido à Corte de Cassação para a solução final do litígio.

A Corte de Cassação, em decisão datada de 29 de junho de 2007, indeferiu os pedidos de Putrabali, mantendo a execução somente da primeira sentença arbitral pelos mesmos motivos utilizados no Caso Hilmarton (coisa julgada)⁸¹. No entanto, em sua fundamentação, a Corte foi além, afirmando não só que a sentença arbitral não estaria vinculada ao ordenamento jurídico da sede da arbitragem, mas que “a sentença arbitral internacional, que não é integrada a nenhuma ordem jurídica estatal, é uma decisão de justiça internacional e tem a sua regularidade examinada em vista das regras aplicáveis nos países onde o seu reconhecimento e a sua execução são requeridos”⁸² (grifou-se).

⁸¹ FRANÇA. Corte de Cassação. 29.06.2007. (Société PT Putrabali Adyamulia v. AS Rena Holding). In: *Revue de L'Arbitrage*. 2007. pp. 507-522.

⁸² Tradução por: DA SILVEIRA, Gustavo Scheffer. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. VII. n. 26. 2010. p. 44.

b) Comentários

Para a doutrina autonomista, a posição adotada pela Corte de Cassação no Caso Putrabali foi recebida com muito entusiasmo. Ao afirmar que a sentença não estaria ancorada em nenhuma ordem legal e que essa se tratava de uma decisão justiça internacional, a Corte teria reconhecido a existência da ordem jurídica arbitral.⁸³

A decisão do Caso Putrabali não teria significado que a Corte de Cassação corroborou com a visão de que as sentenças arbitrais internacionais estariam “flutuando” em um vácuo legal até serem execução. A fundamentação utilizada pelos juízes permitiria extrair que a Corte reconheceu a existência de uma ordem jurídica diferente de todas as outras, a ordem jurídica arbitral.⁸⁴

A decisão também não escapou de críticas. A principal delas, assim como no Caso Hilmarton, foi a de que o sistema adotado na França permite a coexistência de sentenças arbitrais conflitantes, dando-se prevalência à primeira que receber o *exequatur* – geralmente a primeira que tenha sido proferida e que, por consequência, é a decisão anulada. Assim, pela falta de coordenação das sentenças arbitrais, haveria espaço para a ocorrência de comportamentos injustos e oportunistas. No Caso Putrabali, esse cenário seria ainda mais grave diante do fato de que a segunda sentença arbitral foi proferida antes da primeira ordem de *exequatur* concedida pelo Tribunal de Grande Instância de Paris⁸⁵.

2.1.3 Estados Unidos da América: PEMEX

a) Fatos

Em 1997, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R. L. (“COMMISA”), subsidiária da empresa americana KBR, Inc., celebrou contrato de construção com a empresa pública Pemex Exploración Y Producción (“PEMEX”), subsidiária da empresa Petroleos Mexicanos. De acordo com o contrato, COMMISA deveria construir plataformas para a exploração de petróleo Golfo do México. Ainda, em casos de disputas, as partes deveriam se valer de arbitragem sob os auspícios da CCI, com sede na Cidade do México.

⁸³ GAILLARD, Emmanuel. Note sur l’arrêt Putrabali – Court de Cassation (1re Ch. Civ.), 29.06.2007. In: *Revue de L’Arbitrage*. 2007. n. 3. pp. 517-522.

⁸⁴ PINSOLLE, Philippe. The status of vacated awards in France: the cour de cassation decision in Putrabali. In: *Arbitration International*. v. 24. n. 4. 2008. p. 282.

⁸⁵ KRÖLL, Stefan Michael. The concept of seat in the New York Convention and the autonomy of arbitral award. In: BREKOULAKIS, Stravos L.; LEW, Julian D. M.; et. al. (eds.). *The Evolution and Future of International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2016. p. 93.

No ano de 2004, após surgir conflito entre as partes acerca do cumprimento de obrigações, PEMEX sinalizou que poderia promover a rescisão unilateral do contrato, conforme previsto no regime de direito administrativo mexicano. Diante disso, COMMISA instaurou procedimento arbitral para resguardar os seus direitos. Logo na sequência, PEMEX operou a rescisão informada.

Enquanto o procedimento arbitral tramitava, o governo mexicano promoveu duas mudanças legislativas que afetavam diretamente o caso em comento: (i) o foro competente para lidar com questões atinentes a contratos públicos seria exclusivamente a Corte Fiscal e Administrativa Mexicana, o que alterava o prazo de prescrição para o ajuizamento de eventuais ações com esse objeto, passando de 10 anos para 45 dias; e (ii) conflitos relacionados a rescisões administrativas de contratos públicos não poderiam ser objeto de resolução pela via arbitral.

Em maio de 2009, o tribunal arbitral proferiu sentença condenando PEMEX ao pagamento de indenização em favor de COMMISA no montante de aproximadamente US\$ 400 milhões. Diante disso, COMMISA ajuizou ação de execução da sentença diretamente nos Estados Unidos, perante a Corte do Distrito Sul de Nova Iorque, que deferiu o *exequatur* em decisão proferida em janeiro de 2010.

Por outro lado, PEMEX promoveu ação anulatória perante as cortes mexicanas para desconstituir a sentença arbitral. No ano de 2011, a Corte Colegiada Mexicana deferiu o pedido de PEMEX e anulou a decisão dos árbitros por entender que o litígio não era arbitrável, com base na lei que tinha sido elaborada e promulgada após a instauração do procedimento arbitral. Em face disso, PEMEX solicitou que a Corte do Distrito Sul de Nova Iorque reanalisasse a questão, dessa vez levando em consideração a anulação da sentença arbitral, pedido esse que foi acatado.

Entretanto, a Corte reafirmou sua posição e deferiu o pedido de execução da sentença arbitral. Em sua fundamentação, afirmou que a decisão anulatória mexicana violava noções básicas de justiça, ao ter aplicado de maneira retroativa a lei que alterava a arbitrabilidade do litígio. Em 2 de agosto de 2016, essa decisão foi confirmada pela Corte de Apelação do Segundo Circuito.⁸⁶ A Corte fez análise da questão da discricionariedade conferida pelo Artigo V da Convenção do Panamá (que possui a mesma redação do Artigo V da CNI), concluindo que tal discricionariedade estaria limitada pelo princípio da *comity*. Todavia, a *comity* não se

⁸⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Segundo Circuito. 02.08.2016. Docket No. 13-4022. (Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral v. Pemex Exploración Y Producción). Disponível em: <https://goo.gl/WqF8WQ>. Acesso em: 06 jul. 2019.

aplicaria quando constatado que a decisão proferida pelo outro país ofende a ordem pública do país de execução. Essa ofensa pode ser compreendida como algo que é “*repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought*”.

Desse modo, na visão da Corte, o julgador do país de execução somente poderia exercer a discricionariedade conferida pelo Artigo V da Convenção do Panamá e da CNI nos casos da exceção de ordem pública. Analisando o caso concreto, a Corte entendeu ser o caso de desconsiderar a anulação promovida pelas cortes estatais mexicanas e manter o *exequatur* da sentença arbitral.⁸⁷

b) Comentários

Considera-se que a decisão no Caso PEMEX foi capaz de esclarecer certos aspectos do posicionamento adotado pelos Estados Unidos com relação à execução de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas pelo país-sede: deve-se respeitar a decisão anulatória, em respeito à *comity*, contanto que essa não viole *noções básicas de justiça*.

Esse conceito estaria atrelado à noção estadunidense de *public policy*. Entretanto, conforme pontuado por Pedro Martinez-Fraga, precedentes anteriores não teriam deixado claro os parâmetros a serem aplicados durante o procedimento de execução.⁸⁸ Já no Caso PEMEX, essa questão foi melhor debatida e os contornos da análise ficaram mais definidos.

Apesar de ter identificado o que certamente se caracteriza como uma manobra do governo mexicano para favorecer sua empresa no contexto da disputa arbitral multimilionária, a decisão da Corte do Distrito Sul de Nova Iorque não escapou de críticas. De acordo com Francisco González De-Cossío, a corte estadunidense não poderia ter afirmado que o Poder Judiciário mexicano aplicou de maneira errada o seu próprio direito, o que teria resultado em desgaste político entre os países envolvidos.⁸⁹

⁸⁷ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Y. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 53. abr-jun. 2017. p. 39.

⁸⁸ MARTÍNEZ-FRAGA, P. J. On the 50th anniversary of the New York Convention, revisiting annulment and vacatur through the prism of in re: Chromalloy, Baker Marine, and TermoRio. In: *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. v. 1. n. 2. 2008. p. 431.

⁸⁹ DE COSSÍO, Francisco González. Enforcement of annulled awards: towards a better analytical approach. In: *Arbitration International*. v. 32. n. 3. 2016. p. 26.

2.1.4 Reino Unido: Maximov

a) Fatos

O bilionário russo Nikolay Maximov (“Maximov”) celebrou contrato de compra e venda de ações com Novolipetsk Metallurgical Kombinat (“NLMK”), por meio do qual alienou 50% mais um de sua participação social na empresa OJSC Maxi-Group. Em 2011, após conflito acerca do montante a ser pago pelas ações, foi instaurado procedimento arbitral sob os auspícios da Corte Internacional de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa, com sede em Moscou. O tribunal arbitral proferiu sentença condenando NLMK ao pagamento de cerca de 8,9 bilhões de rublos russos à Maximov.

NLMK moveu ação anulatória em face da sentença arbitral, alegando, em síntese, a ocorrência de fraude na operação (argumento levantado tardiamente na arbitragem) e violação por parte de dois árbitros em revelar supostas ligações com testemunhas técnicas que prestaram depoimento na arbitragem. Em junho de 2011, a Corte de Arbitragem de Moscou deferiu o pedido de NLMK e anulou o laudo. Coincidentemente, a juíza responsável pelo caso era N. V. Shumilina, a mesma que anulou as sentenças arbitrais do caso Yukos. Em sua fundamentação, a juíza afastou o argumento da ocorrência de fraude e reconheceu a violação pelos árbitros acerca do dever de revelação. Além disso, utilizou outros dois argumentos que não foram trazidos pelas partes: a matéria objeto da disputa não seria arbitrável e a sentença arbitral estava em desacordo com a ordem pública russa. A decisão foi confirmada pela Corte Federal de Arbitragem do Distrito de Moscou, em setembro de 2011, e o recurso de Maximov à Corte Suprema de Arbitragem da Federação Russa teve seu seguimento negado, em janeiro de 2012.

Em paralelo, NLMK buscou a rescisão do contrato de compra e venda de ações junto às cortes estatais russas. Após o transcurso do processo, por considerar que a matéria objeto do litígio não seria arbitrável, o judiciário russo declarou sua competência para julgar o caso e decretou a rescisão do contrato. Destaca-se que Maximov não recuperou as ações que teria alienado à NLMK, tampouco recebeu pagamento por isso. Diante desse cenário, ajuizou ações para reconhecer a sentença arbitral em três jurisdições: França, Holanda e Reino Unido.

No Reino Unido, seguindo o precedente do Caso Yukos, a Corte Comercial Inglesa aplicou o “teste” para auferir se poderia desconsiderar a decisão anulatória russa. De imediato, notou que não foi apresentada prova direta de que a juíza Shumilina teria agido de maneira imparcial, mas que Maximov estava solicitando que a Corte chegasse a essa conclusão através da análise das conclusões perversas que foram utilizadas para anular sua sentença arbitral.

Assim, a Corte afirmou que o ônus imposto para desconsiderar a decisão russa seria “*a high hurdle for the Claimant to surmount*”, devendo ser demonstrado que a decisão seria extremamente incorreta a um nível que só poderia ter sido proferida de má-fé.

Destarte, a Corte Comercial analisou de maneira precisa e minuciosa os três fundamentos da decisão anulatória russa, afirmando estar “desconfortável” pelo fato de dois dos argumentos não terem sido levantados pelas partes em nenhum momento. Com relação ao primeiro fundamento, sobre a violação do dever de revelação dos árbitros, entendeu que a decisão russa “*fell back on an unsupportable conclusion*”. No que diz respeito ao argumento de violação à ordem pública, a Corte o caracterizou como “*hopeless*”. Por fim, quanto à questão da inarbitrabilidade do litígio, o fundamento russo foi considerado “*adventurous*”. Entretanto, em sua análise, a corte destacou o fato de a juíza Shumilina ter recusado o argumento de fraude levantando por NLMK e de que a questão teria sido analisada por três tribunais distintos.

Desse modo, apesar de criticar severamente os fundamentos utilizados pelas cortes russas para desconstituir a sentença arbitral, a Corte não se convenceu de que eles seriam “*so extreme and perverse that they can only be ascribed to bias against [Maximov]*”. Por consequência, em decisão julho de 2017, a Alta Corte Inglesa rejeitou o pedido de *exequatur*⁹⁰.

Não obstante, Maximov obteve sucesso parcial em obter o reconhecimento na França. Adotando os procedimentos típicos do país, o Tribunal de Grande Instância de Paris (em maio de 2012) e, posteriormente, a Corte de Apelação de Paris (em abril de 2014) conferiram o *exequatur* pleiteado, vez que as sentenças estavam em conformidade com o Artigo 1.502 do CPC francês. Assim, Maximov obteve parte da indenização conferida pelas sentenças arbitrais.

b) Comentários

Através da decisão do caso Maximov, foi sedimentado o posicionamento adotado pelo Reino Unido com relação à possibilidade de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na sede: a parte interessada possui a incumbência de comprovar a abusividade da decisão anulatória para conseguir o *exequatur*; no entanto, para cumprir este encargo, a parte deverá satisfazer um *standard* probatório crítico e exigente.

⁹⁰ REINO UNIDO. Alta Corte Inglesa. 27.07.2017. EWHC 1911 (Comm). (Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat). Disponível em: <https://goo.gl/wCEx4d>. Acesso em: 30 jun. 2019.

Observa-se que as cortes inglesas estão dispostas a analisar cuidadosamente os fundamentos da decisão anulatória, caso a demandante seja incapaz de apresentar prova direta da imparcialidade do julgamento.

Essa postura se mostra adequada para minimizar eventual desconforto político com o Estado-sede da arbitragem; as cortes inglesas não avaliam a qualidade do julgado estrangeiro de maneira rasa e despreocupada. Assim, em casos extremos, onde for constatado má-fé por parte do Poder Judiciário estrangeiro, a anulação da sentença arbitral não será óbice à concessão do *exequatur* no Reino Unido.

2.2 BRASIL: SEC Nº 5.782

Uma vez examinado o posicionamento das três principais jurisdições estrangeiras em arbitragem internacional, passa-se a analisar o entendimento adotado pelo Brasil quando do julgamento da SEC nº 5.782. Em razão da multiplicidade de soluções apresentadas nos itens anteriores, bem como do arcabouço teórico fornecido pelo Capítulo 1, será possível avaliar com maior qualidade se a decisão do Superior Tribunal de Justiça está alinhada às melhores práticas da arbitragem internacional. Os comentários à essa decisão serão feitos no Capítulo 3.

Por ser o principal objeto de análise do presente trabalho, a descrição dos fatos da SEC nº 5.782 será feita com maior detalhamento em relação aos demais casos. Assim, em um primeiro momento, será descrito o contexto fático relativo ao procedimento arbitral (2.2.1). Em seguida, passa-se ao exame do processo judicial argentino que culminou na anulação da sentença arbitral (2.2.2). Por fim, o presente estudo volta sua atenção ao procedimento de homologação brasileiro, em especial ao acórdão proferido no âmbito da SEC nº 5.782 (2.2.3).

2.2.1 O procedimento arbitral

Em 3 de março de 2001, EDF International S/A (“EDF”) celebrou contrato de compra e venda ações com Endesa International S/A (atualmente Endesa Latinoamérica S/A – “Endesa”) e com Astra Compañía Argentina de Petróleo S/A (“Astra”), posteriormente incorporada por YPF S/A. (“YPF”). O instrumento tinha por objeto a aquisição da participação societária que Endesa e Astra detinham da Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S/A e da Eletrecidade Argentina S/A. Através de aditivos contratuais, as partes acordaram futura revisão do preço do contrato na ocorrência de duas situações: a primeira, já programada,

ocorreria com base na alteração da tarifa de energia elétrica na Argentina; a segunda, ocorreria apenas se houvesse a desvinculação do peso argentino em face do dólar americano antes de 31 de dezembro de 2001.

Após a conclusão do contrato, com a realização do pagamento estipulado e da transferência das ações adquiridas, as partes entraram em conflito acerca da ocorrência ou não de uma das hipóteses de reajuste do preço contratual. Isso se deu devido ao fato de o Banco Central da República da Argentina, em 20 dezembro de 2001, ter declarado feriado bancário e, na sequência, ter expedido uma série de atos que, na prática, desvinculavam o peso argentino do dólar americano. Entretanto, a Lei nº 25.561, que formalizava essa desvinculação, só foi sancionada em 6 de janeiro de 2002.

Assim, em 9 de julho de 2002, EDF invocou a cláusula compromissória existente no contrato e instaurou procedimento arbitral junto à CCI, com sede em Buenos Aires. Em suma, pleiteou a revisão do preço pago pelas ações, requerendo a condenação (i) de Endesa ao pagamento US\$ 407 milhões e (ii) de YPF ao pagamento de US\$ 109 milhões. Em resposta ao requerimento de arbitragem, as requeridas formularam pedido reconvenicional, alegando a ocorrência da outra contingência revisional prevista nos aditivos contratuais, qual seja, a revisão da tarifa de energia elétrica na região norte de Buenos Aires. Assim, pleitearam repactuação contratual com reajuste no valor do contrato no valor aproximado de US\$ 71 milhões.

Após regular trâmite do feito, o tribunal arbitral proferiu sentença, por meio da qual julgou parcialmente procedente tanto o pedido de EDF quanto o de Endesa e YPF. Nesse sentido, condenou Endesa e YPF a pagarem à EDF, respectivamente, US\$ 147 milhões e US\$ 40 milhões. Ainda, EDF deveria pagar às requeridas, respectivamente, US\$ 46 milhões e US\$ 11 milhões, em valores aproximados.

2.2.2 O procedimento de anulação argentino

Após a prolação da sentença arbitral, tanto EDF quanto Endesa e YPF buscaram a anulação da decisão perante a Câmara Nacional de Apelações do Comércio da Cidade de Buenos Aires. EDF se opunha ao julgamento da reconvenção, enquanto Endesa e YPF defendia a inadmissibilidade do procedimento arbitral.

Em decisão proferida em dezembro de 2009, a Câmara anulou a sentença arbitral com base no Artigo 760 do CPC argentino, que prevê que “a declaração de nulidade de um laudo arbitral será procedente quando se configurar uma ‘falta essencial’ no procedimento, quando

os árbitros emitirem o laudo fora do prazo ou quando o laudo resolver sobre pontos que não foram submetidos à arbitragem”.

Em suma, a Câmara entendeu que os árbitros não julgaram a causa de acordo com a lei argentina, mas sim com base em critérios de equidade. Na sua visão, somente a Lei nº 25.561 poderia revogar a paridade dólar-peso existente à época dos acontecimentos, e essa só veio a ser sancionada no ano de 2002. Destaca que a Lei nº 23.929, que regulava a vinculação das moedas, estava vigente em até 5 de janeiro de 2002, de modo que o tribunal arbitral não poderia ter chegado a resultado diverso. Ao ter julgado com base “na realidade” ou “na prática”, os árbitros não teriam respeitado o fato de as partes terem optado por uma arbitragem de direito.

Paralelamente ao trâmite da ação anulatória perante o judiciário argentino, EDF buscou executar a sentença arbitral em face de Endesa e YPF nos Estados Unidos, Espanha e Chile, tentativas essas que se restaram frustradas.

Após o transcurso do processo anulatório, a decisão que invalidou a sentença arbitral transitou em julgado em 9 de dezembro de 2010. Na sequência, EDF buscou perante o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) ação de Sentença Estrangeira Contestada para a homologação e execução da sentença arbitral CCI.

2.2.3 O procedimento de homologação brasileiro

Sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi, a Corte Especial do STJ, em 2 de dezembro de 2015, proferiu acórdão, por unanimidade, por meio do qual concluiu que “*sendo nula a sentença arbitral na Argentina, por causa de decisão judicial lá prolatada, resta impossibilitada a sua homologação no Brasil*”⁹¹.

Em acórdão de 21 páginas, das quais 11 delas se dedicam ao relatório do caso, o STJ se valeu dos seguintes dispositivos legais para fundamentar sua decisão: (i) Artigo V(1)(e) da CNI⁹²; (ii) Artigo 38, VI, da Lei de Arbitragem⁹³; (iii) Artigo 5(I)(e) da Convenção do

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 02.12.2015. SEC nº 5.782. (EDF v. Endesa e YPF).

⁹² Artigo V(1)(e) da CNI: O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: (...) e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

⁹³ Artigo 38, VI, da Lei de Arbitragem: Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: (...) VI - a sentença arbitral ainda não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Panamá⁹⁴; (iv) Artigo 20(e) do Protocolo de Las Leñas⁹⁵; (v) Artigo 15(c) da LINDB⁹⁶; e (vii) Artigo 216-D, III, de seu Regimento Interno⁹⁷.

Em análise do Artigo V(1) da CNI, se alinhou à corrente minoritária que entende pela obrigatoriedade da recusa do pedido de *exequatur* caso fosse constatado a ocorrência de algumas das hipóteses impeditivas previstas nos incisos. Para embasar sua visão, cita trecho do Guia do Internacional Council for Commercial Arbitration sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958 que supostamente indicaria a natureza mandatária do dispositivo. Entretanto, o própria Guia afirma posteriormente que é possível interpretar esse Artigo da CNI de maneira discricionária, fato esse que escapou da atenção do STJ.

O acórdão também trouxe abalizada doutrina nacional acerca do Artigo 38, VI, da Lei de Arbitragem, que contém redação similar ao Artigo V(1)(e) da CNI. Essa doutrina defende a natureza obrigatória do dispositivo, afirmando não ser possível se reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira que tenha sido anulada no país-sede da arbitragem.⁹⁸

Com relação ao Protocolo de Las Leñas, o STJ não se aprofundou na análise de sua aplicabilidade no caso concreto, apenas afirmando que o Artigo 20(e) do tratado “*estipula de forma peremptória a imprescindibilidade da força da coisa julgada para homologação de sentença estrangeira arbitral*”.

Após citar todos os dispositivos que fundamentaram a sua decisão, o STJ afirmou que “*o procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, arbitral ou não, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus efeitos em nosso País, não servindo, pois, a homologação de sentença para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão do Estado estrangeiro*”. Desse modo, o pedido de *exequatur* formulado por EDF foi rejeitado.

⁹⁴ Artigo 5(I)(e) da Convenção do Panamá: [redação idêntica ao Artigo V(1)(e) da CNI].

⁹⁵ Artigo 20(e) do Protocolo de Las Leñas: As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições: (...) e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada.

⁹⁶ Artigo 15(c) da LINDB: Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: (...) c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida.

⁹⁷ Artigo 216-D, III, do Regimento Interno do STJ: A sentença estrangeira deverá: (...) III - ter transitado em julgado.

⁹⁸ O STJ traz a seguinte doutrina: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 474; CAHALI, José Francisco. *Curso de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 371; CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 214-215.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO STJ

A partir da descrição da SEC nº 5.782, é possível identificar se a solução adotada no Brasil se alinha a alguma das representações descritas no Capítulo 1 ou a algum entendimento jurisprudencial estrangeiro exemplificado no Capítulo 2. A questão é de suma importância, uma vez que permite avaliar o modo como o STJ interpreta a CNI, e se essa interpretação está alinhada às melhores práticas internacionais.

Em um primeiro momento, identificam-se quais foram as inconsistências no entendimento do STJ (3.1). Em seguida, será demonstrado que a adoção irrestrita das principais linhas de pensamento expostas anteriormente não é o recurso adequado para que o Brasil se alinhe às melhores práticas quando acionado para decidir casos similares (3.2). Por fim, apresentam-se as principais soluções, fornecidas pela doutrina e jurisprudência internacional, que seriam capazes de superar os problemas do julgado brasileiro (3.3).

3.1 O PROBLEMA DO POSICIONAMENTO DO STJ

Conforme reconhecido no próprio acórdão, tratou-se do primeiro caso em que o STJ se manifestou sobre a possibilidade de se reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira anulada pelo país-sede.⁹⁹

Uma vez que o entendimento adotado poderá servir de base para futuras decisões, faz-se necessário identificar as inconsistências do julgado para que essas não venham a ser replicadas. São elas: a aplicação simultânea de diversos regimes jurídicos ao procedimento de execução de sentenças arbitrais estrangeiras (3.1.1) e a rigidez ao recusar o *exequatur* em casos nos quais a sentença arbitral estrangeira tenha sido anulada no país-sede da arbitragem (3.1.2).

3.1.1 Aplicação simultânea de diversos regimes jurídicos

As cortes estatais dos países analisados no Capítulo 2 se valeram do regime jurídico disposto na CNI para apresentar soluções diferentes daquela que foi decidida pelo STJ no caso SEC nº 5.782. Enquanto a Corte Especial interpretou o Artigo V(1)(e) de maneira rígida e peremptória, outras jurisdições afirmaram que há discricionariedade na análise do pedido.

⁹⁹ “(...) depois de ampla pesquisa realizada neste Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, é a primeira vez que a Corte Especial debate tal matéria”. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 02.12.2015. SEC nº 5.782. (EDF v. Endesa e YPF). Acórdão, p. 14.

Ainda, no caso da França, a concessão do *exequatur* era verificada nos termos de seu regime jurídico interno, em decorrência da *most-favourable-right provision* do Artigo VII(1) da CNI.

Entretanto, a Corte Especial não utilizou apenas o regime da CNI para embasar a sua decisão. A rejeição do *exequatur* foi proferida com fundamento no: Artigo V(1)(e) da CNI; Artigo 38, VI, da Lei de Arbitragem; Artigo 5(I)(e) da Convenção do Panamá; Artigo 20(e) do Protocolo de Las Leñas; Artigo 15(c) da LINDB; e Artigo 216-D, III, do Regimento Interno do STJ. Portanto, foram aplicados *seis* regimes jurídicos distintos para a análise do caso.

Desse modo, antes de analisar a interpretação da CNI conferida pelo STJ, é necessário verificar se a Corte Especial poderia ter se valido dos outros diplomas em sua decisão.¹⁰⁰

De pronto, faz-se necessário lembrar que o Artigo 34 da Lei de Arbitragem 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” (grifou-se).¹⁰¹

Assim, fica evidente que o STJ não deveria aplicar a LINDB ou o seu Regimento Interno a casos como a SEC nº 5.782. Esses diplomas não elaborados com o objetivo específico de disciplinar o processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de modo que qualquer remissão a eles deveria ser evitada, não apenas porque isso é o que a lei determina, mas também para evitar eventual contradição com os tratados internacionais.

Tais contradições, inclusive, ocorrem entre os próprios tratados. Em razão da proliferação desses diplomas no início do século XX e da falta de sincronia de seus trabalhos preparatórios, é possível observar que muitas vezes são elaboradas disposições em frontal desacordo com aquelas encontradas em outros tratados já existentes.¹⁰²

É o que se constata do Protocolo de Las Leñas. Seu Artigo 20(e) dispõe que a sentença arbitral terá eficácia extraterritorial nos países signatários caso “a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada”. Não há como conciliar essa regra com a interpretação discricionária do Artigo V(1)(e) ou com a *most-favourable-right provision* do Artigo VII(1) da CNI.

¹⁰⁰ Não será verificada a possibilidade de se aplicar o Artigo 5(1)(e) da Convenção do Panamá, uma vez que ele possui a mesma redação do Artigo V(1)(e) da CNI.

¹⁰¹ Ainda, o Artigo 960, §3º, CPC prevê que “a homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo” (grifou-se). Assim, mesmo que o §2º desse mesmo Artigo preveja a aplicação do Regimento Interno do STJ às homologações de decisões estrangeiras no geral, sua utilização possui caráter subsidiário.

¹⁰² BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 303.

Desse modo, se o dispositivo tivesse de ser aplicado à SEC nº 5.782, o entendimento adotado pelo STJ estaria correto, uma vez que nenhuma das partes contestava o fato de a sentença arbitral ter sido anulada na Argentina. Entretanto, o Protocolo de Las Leñas não deve ser aplicado no processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Há duas regras hermenêuticas de direito internacional para solucionar a concorrência de normas entre tratados: *lex posterioris derogat priori* e *lex specialis derogat generali*.¹⁰³ Ainda, é possível se identificar a regra da primazia da convenção regional sobre a global.¹⁰⁴ Por fim, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram o critério da regra da máxima eficácia.¹⁰⁵

Com relação ao Protocolo de Las Leñas de 1992, sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrada, este foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 2.067 de 1996. Como se pode extrair do seu próprio nome, este é um instrumento que foi elaborado a partir de uma lógica de processos judiciais. Características inerentes ao instituto da arbitragem foram ignoradas, como motivos clássicos de recusa de reconhecimento de sentenças (inarbitrabilidade, extrapolação da convenção de arbitragem, etc)¹⁰⁶ e até mesmo o princípio da competência-competência¹⁰⁷.

Destarte, sua aplicação ao processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras resta prejudicada quando em concorrência com a CNI.¹⁰⁸ Explica-se.

Primeiramente, por mais que o Protocolo de Las Leñas seja uma convenção regional, com aplicação no âmbito do Mercosul, essa regra sucumbe devido ao fato de que: (i) todos os países do Mercosul são signatários da CNI e (ii) o Brasil foi o último país a ratificar a CNI, e

¹⁰³ BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 303.

¹⁰⁴ LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 280.

¹⁰⁵ “*In the case of arbitration, the principle of maximum efficacy means that if an award is unenforceable under one treaty which could be applied, but enforceable under another which could also be applied, the other treaty will be applicable, irrespective of whether it is an earlier or later treaty, and irrespective of whether it is more general or specific*”. Cf. VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: redundancy or compatibility?* In: *Arbitration International*. v. 5. n. 3. 1989. pp. 227-228.

¹⁰⁶ CASSELA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 9. abr-jun. 2006. p. 236.

¹⁰⁷ BRAGHETTA, Adriana. *Op. cit.* p. 296.

¹⁰⁸ Em sentido contrário, em parecer juntado na SEC nº 5.782 em favor das Requeridas e posteriormente publicado na Revista Brasileira de Arbitragem, Luiz Olavo Baptista afirma que o Protocolo de Las Leñas se sobrepõe à CNI. Cf. BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença arbitral declarada nula no local onde proferida. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. X. n. 37. 2013. p. 16.

assim o fez posteriormente à ratificação do Protocolo de Las Leñas. Tal posição teria respaldo nos Artigos 30.3¹⁰⁹ e 59¹¹⁰ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.¹¹¹

Ainda, deve ser dado primazia à CNI por ela ser *lex specialis* em relação ao Protocolo de Las Leñas, que busca regular diversas outras questões, inclusive judiciais, além da execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Por fim, a regra da máxima eficácia também remete ao mesmo resultado. Ao passo que o Artigo 20(e) do Protocolo resultaria na rejeição obrigatória do *exequatur*, o Artigo V(1)(e) da Convenção permitiria, em certos casos, o reconhecimento e a execução da sentença arbitral.

Por todo o exposto, resta claro que a Corte Especial não poderia ter embasado sua decisão da SEC nº 5.782 em seis regimes jurídicos distintos.

3.1.2 Obrigatoriedade de recusa do *exequatur* caso a sentença arbitral tenha sido anulada

De acordo com o entendimento adotado pela Corte Especial na SEC nº 5.782, “*sendo nula a sentença arbitral na Argentina, por causa de decisão judicial lá prolatada, resta impossibilitada a sua homologação no Brasil*”. Assim, fica evidente que o STJ se alinhou à teoria defendida pelos adeptos da representação territorial da arbitragem internacional.

Em momento algum a Corte trouxe qualquer ponderação às suas afirmações, deixando de lado a discussão acerca da natureza facultativa ou obrigatória do Artigo V(1)(e) da CNI ou ainda da possibilidade de se executar uma sentença arbitral anulada em determinadas circunstâncias (por exemplo, decisão anulatória violar a ordem pública). Adotou-se, portanto, a *representação territorial pura*, prestando deferência absoluta à decisão anulatória argentina.

Consoante demonstrado em casos analisados no capítulo anterior, cortes estatais de países de *controle secundário* expressaram razões válidas para se reconhecer e executar uma

¹⁰⁹ Artigo 30.3 da Convenção de Viena: Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior.

¹¹⁰ Artigo 59 da Convenção de Viena: 1. Considerar-se-á extinto um tratado se todas as suas partes concluírem um tratado posterior sobre o mesmo assunto e: (a) resultar do tratado posterior, ou ficar estabelecido por outra forma, que a intenção das partes foi regular o assunto por este tratado; ou (b) as disposições do tratado posterior forem de tal modo incompatíveis com as do anterior, que os dois tratados não possam ser aplicados ao mesmo tempo. 2. Considera-se apenas suspensa a execução do tratado anterior se se desprender do tratado posterior, ou ficar estabelecido de outra forma, que essa era a intenção das partes.

¹¹¹ GRIGERA NAÓN, Horácio A. Arbitration and Latin America: progress and setbacks. 2004 Freshfields lecture. In: *Arbitration International*. v. 21. n. 2. 2005. pp. 169-170.

sentença arbitral anulada em determinadas circunstâncias. Ressalta-se que todas utilizaram o regime da CNI para tanto. Além disso, boa parte da doutrina adepta à representação territorial também reconhece a possibilidade excepcional de execução da sentença arbitral anulada.

Destarte, a análise das normas jurídicas utilizadas para embasar a decisão acabou por esvaziar uma discussão repleta de nuances e particularidades.¹¹²

Conforme será abordado adiante, a adoção da representação territorial irrestrita não é capaz de fornecer respostas satisfatórias a diversos problemas que podem surgir quando do pedido de execução de uma sentença arbitral estrangeira anulada. Isso não significa, no entanto, que o melhor caminho a ser adotado seja o da representação deslocalizada/autônoma.

O que se quer afirmar é que a Corte Especial poderia ter adotado postura diversa frente ao pedido formulado por EDF, ainda que o resultado do julgamento fosse o mesmo. Ao ter aplicado o Artigo V(1)(e) da CNI de forma mecânica, deixou de lado uma série de questões que mereciam ser enfrentadas para que a decisão se tornasse um bom precedente.

3.2 A INSUFICIÊNCIA DE RESPOSTAS PELAS CORRENTES TERRITORIALISTA E DESLOCALIZADORA

Identificadas as principais inconsistências do julgamento da SEC nº 5.782, poder-se-ia imaginar que as correntes examinadas no presente trabalho seriam capazes de solucionar os problemas enfrentados pelo STJ. No entanto, a experiência internacional demonstra que as respostas fornecidas tanto pela corrente territorialista (3.2.1) quanto pela corrente deslocalizadora/autonomista (3.2.2) se mostram insuficientes se adotadas sem maior cautela e refinamento.

3.2.1 Problemas da corrente territorialista

A adoção da teoria proposta pelos adeptos da representação territorial apresenta, principalmente, duas inconsistências com o instituto da arbitragem internacional. De um lado, permite-se que anulações fundamentadas em motivos escusos ou puramente locais tenham efeito extraterritorial (a) e, de outro, vincula-se e equipara-se excessivamente o instituto da arbitragem às cortes estatais (b).

¹¹² NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Y. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 53. abr-jun. 2017. p. 41.

a) Anulações por motivos escusos ou locais

A principal desvantagem na adoção irrestrita da representação territorial é de que o país de execução reconhece e dá efeito à anulação da sentença arbitral de maneira mecânica, independentemente dos fundamentos da decisão anulatória.

Isso acaba por fragilizar um dos principais objetivos da CNI quando da elaboração do Artigo V. Esse dispositivo foi editado com o objetivo de limitar o número de possíveis defesas que uma parte poderia arguir contra a execução de uma sentença arbitral, somente prevendo aquelas que seriam internacionalmente aceitas. Esse objetivo, no entanto, fica seriamente comprometido quando se utiliza o Artigo V(1)(e) da CNI como “via de escape” para se negar o reconhecimento da sentença com uma anulação baseada em qualquer tipo de critério.¹¹³

Através da análise dos casos PEMEX e Maximov, foi possível notar que o Poder Judiciário da sede pode anular uma sentença arbitral com base em critérios alheios à prática arbitral internacional. Pior, essas anulações podem ter sido motivadas por interesses escusos, buscando-se resguardar o patrimônio da parte nacional que foi condenada na arbitragem.

O próprio territorialista William Park, ao comentar sobre os critérios que os países deveriam utilizar na revisão da sentença arbitral, já advertiu que a anulação com base na *ordem pública* deveria ser evitada, por esta ser um “*conceito camaleônico*” que o Judiciário da sede pode interpretar a partir de uma perspectiva local.¹¹⁴

Percebe-se, assim, que esse modelo faz com que partes que não consigam negociar um local neutro para sediar a arbitragem fiquem à mercê das cortes estatais do país-sede.¹¹⁵

Fica evidente que adoção irrestrita da representação territorial pode levar a resultados frontalmente injustos. Questiona-se: um país de execução deveria rejeitar o pedido de *exequatur* quando deparado com um pedido de sentença arbitral que teria sido anulada pelo país-sede pelo fato de um dos árbitros ser uma mulher? Ou ainda, por um dos árbitros não ser de determinada religião?¹¹⁶ Espera-se que não, mas a partir da aplicação cega e mecânica do Artigo V(1)(e) da CNI o país deveria negar o *exequatur*.

¹¹³ KRÖLL, Stefan Michael. The concept of seat in the New York Convention and the autonomy of arbitral award. In: BREKOULAKIS, Stravos L.; LEW, Julian D. M.; et. al. (eds.). *The Evolution and Future of International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2016. p. 92.

¹¹⁴ PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 3. set-dez. 2004. p. 174.

¹¹⁵ PINSOLLE, Philippe. The status of vacated awards in France: the cour de cassation decision in Putrabali. In: *Arbitration International*. v. 24. n. 4. 2008. p. 292.

¹¹⁶ PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. In: *Asia Pacific Law Review*. v. 6. n. 2. 1998. p. 2.

b) Vinculação e equiparação excessiva entre judiciário e arbitragem

Como já afirmou Jan Paulsson, “*there ought not to be much wind left in the sails of die-hard territorialists*”.¹¹⁷ As ideias deixadas por Francis Mann pecam por vincular de maneira excessiva o procedimento arbitral à sede da arbitragem, de modo praticamente a equiparar o instituto da arbitragem ao Poder Judiciário e os árbitros aos juízes.

Nos dias atuais, é amplamente reconhecido que a figura do árbitro não se confunde com a do juiz. A sentença arbitral não é a manifestação da soberania do Estado-sede da arbitragem. Os árbitros não retiram os seus poderes do ordenamento jurídico do país que sedia a arbitragem, mas sim da convenção arbitral celebrada entre as partes.¹¹⁸

Reconhecer essa característica da arbitragem não implica afirmar que o instituto ocorre em um vácuo jurídico. Os próprios doutrinadores autonomistas reconhecem que a arbitragem depende da lei.¹¹⁹ Isso, no entanto, não significa que todo ato decorrente do procedimento arbitral dependa da aprovação do país-sede para que tenha validade.

A vontade das partes em submeter eventual litígio à arbitragem parte de uma premissa que busca afastar a interferência do Poder Judiciário no conflito. Há um consenso dos usuários da arbitragem de que as cortes estatais deverão apenas supervisionar a obediência de certos *standards* que foram se consolidando com a prática. São eles: que a sentença arbitral esteja em conformidade com a convenção de arbitragem, que o devido processo legal seja respeitado e que o mérito da sentença arbitral não seja contrário à ordem pública.¹²⁰

Comentando o caráter iminente autônomo da arbitragem, André Abbud defende que o ato de homologação de uma sentença arbitral estrangeira não busca importar a eficácia que o Estado da sede da arbitragem conferiu à decisão.¹²¹

Para que uma sentença arbitral seja reconhecida no Brasil, basta que ela cumpra os requisitos que a lei brasileira impõe para tanto, independentemente de ter sido confirmada no país-sede: essa é justamente a consequência da eliminação do duplo *exequatur*. Isso não implica necessariamente que regras não possam ser criadas para coordenar o sistema de controle da

¹¹⁷ PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. In: *Asia Pacific Law Review*. v. 6. n. 2. 1998. p. 12.

¹¹⁸ LASTENOUSE, Pierre. Why setting aside an arbitral award is not enough to remove it from the international scene. In: *Journal of International Arbitration*. v. 16. n. 2. 1999. p. 25.

¹¹⁹ PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 60. n. 2. 2011. p. 296.

¹²⁰ LEW, Julian D. M. Achieving the dream: autonomous arbitration. In: *Arbitration International*. v. 22. n. 2. 2006. p. 203.

¹²¹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 176-178.

sentença arbitral, mas certamente descarta a teoria que toda arbitragem tem como seu fundamento um ordenamento jurídico nacional.¹²²

Desse modo, a adoção acrítica e mecânica da corrente territorialista não é a melhor maneira para se proceder em face de um pedido de *exequatur* de sentença arbitral anulada. Essa visão está alinhada a premissas que foram superadas há anos. É necessário adequar a interpretação para assegurar o desenvolvimento do instituto da arbitragem.

3.2.2 Problemas da corrente deslocalizadora/autonomista

Através da análise da jurisprudência francesa e dos fundamentos teóricos apresentados pela doutrina adepta da representação deslocalizada/autônoma, três problemas centrais podem ser identificados. São eles: o desrespeito à vontade das partes ao terem escolhido determinado país para sediar a arbitragem (**a**), o estímulo ao *forum-shopping* para se obter o *exequatur* (**b**) e a possibilidade de coexistência de sentenças arbitrais conflitantes (**c**).

a) Quebra da expectativa das partes na escolha da sede

A revisão judicial da sentença arbitral é uma forma de controle de riscos. Em determinadas jurisdições, adota-se o modelo clássico, que só verifica a compatibilidade da sentença e do procedimento com a convenção arbitral, a imparcialidade dos julgadores e a ocorrência de violações ao devido processo legal. Outras jurisdições, no entanto, permitem que as partes contestem o mérito da sentença arbitral, para além dos critérios já mencionados.¹²³

Talvez o modelo de revisão mais conhecido por permitir que juízes avaliem o mérito do caso, em determinadas circunstâncias, é o inglês. Ainda que tenha passado por alterações significativas que reduziram o nível de intervenção estatal na arbitragem, o Reino Unido prevê em seu English Arbitration Act, nas seções 67 a 69, a possibilidade de as cortes inglesas revisarem a decisão dos árbitros.¹²⁴ Isso decorre de um processo histórico, uma vez os ingleses sempre buscaram preservar ao máximo aplicação homogênea de sua lei comercial.

Há ainda o critério estadunidense do *manifest disregard of the law*, que permite a anulação da sentença arbitral quando os árbitros conscientemente deixam de aplicar regra legal

¹²² Cf. Capítulo 1.1.1.

¹²³ PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 3. set-dez. 2004. p. 161.

¹²⁴ LEW, Julian D. M. Achieving the dream: autonomous arbitration. In: *Arbitration International*. v. 22. n. 2. 2006. p. 198.

vinculante.¹²⁵ A Suíça prevê possibilidade similar, caso forem constatadas “arbitrariedades” pelo tribunal arbitral, que seriam definidas como evidentes violações da lei e da equidade.¹²⁶

Desse modo, percebe-se que a escolha da sede da arbitragem é fator muito importante durante a negociação do contrato. Parte da doutrina sustenta que os usuários da arbitragem internacional não levam em consideração esse fator quando da conclusão da convenção, buscando apenas selecionar local neutro ou cômodo.¹²⁷ No entanto, esse não parece ser o melhor entendimento sobre a questão. Conforme sustentado por Adriana Braghetta, superou-se o entendimento de que cláusulas compromissórias seriam “*midnight clauses*”, celebradas ao apagar das luzes da conclusão do contrato, sem muita reflexão sobre o seu conteúdo.¹²⁸

Há evidente conteúdo econômico nessa seleção. Sopesam-se as vantagens e desvantagens de um modelo de controle mais estrito ou outro mais liberal para a decisão definitiva. Caso as partes escolham determinado país e este se revele inadequado para realizar o controle da sentença arbitral, o próprio mercado irá direcionar os comerciantes para outra localidade em oportunidades futuras.¹²⁹

No entanto, na França, a escolha da sede é totalmente ignorada quando se trata do procedimento de execução da sentença arbitral anulada. Caso a anulação tenha como fundamento critério que não se alinhe perfeitamente com o regime jurídico interno francês, a decisão alcançada pelas cortes estatais do país-sede não terá valor algum. Foi exatamente isso o que ocorreu nos casos Hilmarton e Putrabali, analisados no capítulo anterior.

Em recente pesquisa conduzida pela Queen Mary University of London e pela banca de advocacia White & Case LLP, Londres foi considerada como a sede preferida dos *players* do comércio internacional, com 64% dos votos, enquanto Genebra ficou rankeada em quinto

¹²⁵ O critério do *manifest disregard of the law* não possui previsão legal no direito estadunidense. Sua origem decorre de uma série de decisões jurisprudenciais de diferentes cortes do *Federal Circuit*. Para análise detalhada acerca desse critério, conferir: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial precedent and arbitration – are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017. pp. 93-113.

¹²⁶ PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 3. set-dez. 2004. p. 164.

¹²⁷ Cf. LASTENOUSE, Pierre. Why setting aside an arbitral award is not enough to remove it from the international scene. In: *Journal of International Arbitration*. v. 16. n. 2. 1999. p. 43.

¹²⁸ BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 202.

¹²⁹ PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. pp. 366-367.

lugar com 26% dos votos.¹³⁰ Apesar de a pesquisa refletir o cenário atual, essas cidades são historicamente reconhecidas como excelentes locais para sediar uma arbitragem. E foram precisamente essas as cidades que sediaram os procedimentos arbitrais dos casos Putrabali e Hilmarton, respectivamente. Ou seja, sequer pode-se alegar que as decisões das cortes estatais desses países não estariam alinhadas à prática internacional, ou que as partes foram surpreendidas com a aplicação de critérios de revisão que não seriam usualmente aplicados.

Em casos em que a sede da arbitragem foi escolhida pela instituição apontada pelas partes, deve-se atentar ao fato que os comerciantes fazem a seleção da instituição responsável para administrar o procedimento com base em fatores relevantes, incluindo a sua capacidade de selecionar uma sede de arbitragem compatível com o litígio das partes.¹³¹ Mesmo se for considerado que foi uma escolha completamente impensada, “*trata-se de assunção do risco de não fazer a escolha na cláusula e deixá-la na mão de terceiros*”.¹³²

Assim, desconsiderar a escolha da sede da arbitragem promovida pelas partes “*é violar a autonomia da vontade das partes e tratar os operadores do comércio internacional como semi-imputáveis*”.¹³³ Os comerciantes devem ser responsabilizados pelas consequências da escolha da sede na convenção arbitral, ainda que essa tenha sido feita de maneira implícita.¹³⁴ O que não se pode tolerar é a frustração das expectativas legítimas das partes em terem selecionado certo local como sede da arbitragem.¹³⁵

b) Forum-shopping

Conforme abordado anteriormente, um dos principais objetivos da CNI foi a coordenação do sistema de controle das sentenças arbitrais pelo mundo. Ao assim proceder, garante-se à parte que tenha obtido uma sentença anulatória no país-sede da arbitragem que

¹³⁰ 2018 INTERNATIONAL ARBITRATION SURVEY. The evolution of international arbitral. White & Case LLP, Queen Mary University of London & School of International Arbitration. Disponível em: <https://goo.gl/5NXmYt>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹³¹ GOODE, Roy. The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration. In: *Arbitration International*. v. 17. n. 1. 2001. pp. 32-33.

¹³² BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 198.

¹³³ *Ibidem*. p. 203.

¹³⁴ PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. pp. 363-364.

¹³⁵ GOODE, Roy. *Op. cit.* p. 32.

aquela sentença arbitral não poderá mais ser executada ao redor do mundo.¹³⁶ No entanto, caso o entendimento francês fosse adotado por todos os signatários da CNI, esse sistema sucumbiria.

Uma vez que a decisão anulatória só teria efeitos no território do país-sede, a parte ganhadora da arbitragem poderia buscar o reconhecimento da sentença arbitral em todos os Estados nos quais a contraparte possua bens, tentando localizar algum foro que aceitasse seu pedido de *exequatur* (i.e. *forum-shopping*).¹³⁷

Assim, a parte devedora de quantias decorrentes da sentença arbitral, apesar de ter obtido êxito na invalidação da decisão dos árbitros no país-sede, teria de se defender em todas as jurisdições em que a parte credora ajuizasse ação de homologação.¹³⁸

A exposição da parte devedora a uma multiplicidade de processos em várias jurisdições enfraquece aquele que deveria ser um dos pressupostos da arbitragem comercial internacional, qual seja: promover a eficiência econômica no tratamento da disputa.¹³⁹

De acordo com Pierre Lastenouse, essa crítica parte do pressuposto que a sentença arbitral teria sido anulada “*for ‘good’ reasons*”. Destarte, se isso realmente tivesse ocorrido, a parte credora não obteria o *exequatur* da sentença arbitral em outros países, uma vez que esses se negariam a reconhecê-la pelos mesmos motivos identificados pelas cortes estatais do país-sede. Entretanto, se a anulação estivesse fundamentada em ““*bad’ reasons*”, a representação deslocalizada/autônoma seria a única a permitir com que a parte credora pudesse ainda executar a sentença arbitral. Portanto, aduz que o *forum-shopping* seria um falso problema.¹⁴⁰

No entanto, respeitosamente se discorda do prestigiado autor. Não há consenso acerca do que seriam *bad reasons* e *good reasons* para a anulação de sentenças arbitrais. Conforme há pouco afirmado, Londres é considerada pela maioria absoluta dos usuários da arbitragem internacional a melhor cidade para sediar uma arbitragem; essa escolha diz muito sobre os critérios ingleses de revisão da sentença arbitral e sua aplicação pelas cortes nacionais. Todavia, uma vez que a França (adepta da representação autônoma) apenas avalia seus critérios internos

¹³⁶ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of arbitral awards annulled in Russia. In: *Journal of International Arbitration*. v. 27. n. 2. 2010. p. 185.

¹³⁷ PARK, William W. The lex loci arbitri and international commercial arbitration. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 32. n. 1. 1983. p. 30.

¹³⁸ KRÖLL, Stefan Michael. The concept of seat in the New York Convention and the autonomy of arbitral award. In: BREKOULAKIS, Stravos L.; LEW, Julian D. M.; et. al. (eds.). *The Evolution and Future of International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2016. p. 93.

¹³⁹ GOODE, Roy. The role of the lex loci arbitri in international commercial arbitration. In: *Arbitration International*. v. 17. n. 1. 2001. p. 35.

¹⁴⁰ LASTENOUSE, Pierre. Why setting aside an arbitral award is not enough to remove it from the international scene. In: *Journal of International Arbitration*. v. 16. n. 2. 1999. p. 44.

para conceder ou não o pedido de *exequatur*, eventual anulação de sentença arbitral de origem inglesa com fundamento nos critérios *sui generis* previstos no Reino Unido não surtiria efeito perante as cortes francesas, e a sentença arbitral poderia ser executada de qualquer modo. Seriam os critérios ingleses, amplamente aceitos no cenário da arbitragem internacional, *bad reasons* para a anulação de uma sentença arbitral? Ou apenas *different reasons*?

Consoante demonstrado pela própria jurisprudência inglesa, não é necessário adotar a representação deslocalizada/autônoma para se negar efeitos a uma decisão anulatória proferida de *má-fé*, o que é diferente de avaliar se o critério utilizado pelo Poder Judiciário do país-sede foi *bom* ou *ruim*.

c) Sentenças arbitrais conflitantes

Outra consequência da adoção da representação deslocalizada/autônoma é a possibilidade de coexistência de duas sentenças arbitrais que tratam do mesmo litígio. Uma vez que, em determinadas circunstâncias, após a anulação da sentença arbitral, as partes podem iniciar outro procedimento arbitral, ignorar a decisão anulatória pode resultar no cenário em que um país se vê diante de duas decisões “igualmente” válidas que buscam dar fim a um mesmo conflito. Quando isso acontece, geralmente essas decisões serão divergentes.

Conforme analisado no Capítulo 2.1.2, isso ocorreu pela primeira vez no caso *Hilmarton*. Comentando a raridade da ocorrência dessa situação, Jan Paulsson afirmou que esse caso seria um *rinoceronte branco de duas cabeças*.¹⁴¹ Pois bem, tal rinoceronte foi avistado novamente no caso *Putrabali*.

Ainda que esses casos não ocorram frequentemente, isso não significa que se pode ignorá-los. A coexistência de duas sentenças arbitrais conflitantes “*é um dos piores cenários possíveis para as partes*”.¹⁴²

Na prática, as cortes francesas irão conceder o *exequatur* à primeira sentença que chegar ao conhecimento de seus juízes. Provavelmente, essa será a sentença anulada, uma vez a segunda sentença só será proferida após o transcurso do novo procedimento arbitral. Assim, ao negar efeitos à sentença arbitral que efetivamente pôs fim ao litígio, a posição francesa acaba

¹⁴¹ PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. In: *Asia Pacific Law Review*. v. 6. n. 2. 1998. p. 14.

¹⁴² BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 197.

subvertendo o princípio da adjudicação final das sentenças arbitrais.¹⁴³ Nas palavras precisas de William Park, “*such a ‘first-come-first-served’ rule legitimizes a race to the courthouse likely to be won by the party relying on the earlier (annulled) award. The infrequency of such conflicts, like the rarity of arbitrator corruption, does not mean they can be ignored*”.¹⁴⁴

Ademais, a adoção da representação deslocalizada/autônoma está em descompasso com os princípios do *venire contra factum proprium* e do *estoppel*. O ato de instituição de um novo procedimento arbitral após a anulação deveria ser interpretado como aceitação da invalidade da primeira sentença, que não mais poderia ser executada em outros países.¹⁴⁵

Roy Goode traz dois cenários hipotéticos que sedimentam a inconsistência da representação deslocalizada/autônoma adotada na França ao possibilitar a coexistência de duas decisões conflitantes sobre o mesmo litígio. No primeiro, imagina-se um caso no qual uma parte consegue a anulação de sentença arbitral que lhe era favorável e, depois da instauração de novo procedimento, obtém nova sentença em seu favor, desta vez em quantia condenatória menor em relação à primeira. Se o fundamento legal da decisão anulatória não tiver correspondência nos critérios franceses, a parte poderia escolher executar a sentença anulada com quantia condenatória maior. Essa posição dificilmente parece ser a melhor maneira de promover previsibilidade e uniformidade na arbitragem internacional.¹⁴⁶

No segundo cenário, Goode explica que em certos países, após a anulação da sentença arbitral, as partes devem levar o seu litígio ao Poder Judiciário, resultando na prolação de uma sentença judicial para resolver o conflito. Assim, a França poderia se deparar com situação em que é acionada para reconhecer e executar uma sentença arbitral anulada com base na CNI e, ao mesmo tempo, a uma sentença judicial com base em outro tratado internacional, como a Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial. Nesse sentido, o autor pondera: “*of course, a solution would have to be found, and would be found, but why create the problem in the first place?*”.¹⁴⁷

¹⁴³ PETROCHILOS, Georgios C. Enforcing awards annulled in their state of origin under the New York Convention. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 48. n. 4. 1999. p. 884.

¹⁴⁴ PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. p. 364.

¹⁴⁵ GOODE, Roy. The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration. In: *Arbitration International*. v. 17. n. 1. 2001. p. 35.

¹⁴⁶ *Ibidem*. p. 36.

¹⁴⁷ *Ibidem*. p. 36.

A doutrina autonomista ainda não encontrou resposta satisfatória ao problema enfrentado nos casos *Hilmarton* e *Putrabali*, apenas afirmando que o receio da ocorrência dessa situação deveria ceder espaço diante das vantagens advindas com a adoção da sua teoria.¹⁴⁸

Todavia, é possível identificar soluções que superam os problemas trazidos tanto pela representação deslocalizada/autônoma quanto pela representação territorial.

3.3 AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA OS PROBLEMAS ENFRENTADOS

Em face dos problemas acima descritos, tanto a doutrina como a jurisprudência propuseram uma série de medidas que poderiam ser adotadas para aperfeiçoar o sistema de controle da sentença arbitral. Essas medidas vão desde a simples edição de *guidelines* para a interpretação uniforme das normas existentes, até mesmo a criação de um órgão supranacional competente para realizar controle primário universal da decisão dos árbitros.¹⁴⁹

Abaixo, serão examinadas as principais propostas que teoricamente dariam conta de superar muitos dos problemas práticos analisados anteriormente. Enquanto a primeira demandaria alteração legislativa por parte de todos os países, uma vez que sugere a extinção do sistema de controle primário (3.3.1), a segunda exigiria apenas o refinamento por parte dos tribunais do país de execução, posto que propõe análise da decisão anulatória para que seus efeitos sejam reconhecidos (3.3.2).

3.3.1 Extinção da ação anulatória: radicalismo perigoso

A primeira solução para enfrentar os problemas acima analisados, proposta por parte da corrente deslocalizadora/autonomista, seria a de extinguir o controle primário da sentença arbitral internacional. Ou seja, as cortes estatais do país-sede da arbitragem não poderiam mais promover a anulação da sentença arbitral, mas apenas conceder ou não o *exequatur* no caso de uma das partes promover ação de execução forçada.¹⁵⁰

A lógica por trás da proposta é a de que não há razão para que cortes estatais exerçam o controle primário da sentença arbitral internacional se, necessariamente, ela será controlada

¹⁴⁸ DA SILVEIRA, Gustavo Scheffer. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. VII. n. 26. 2010. p. 71.

¹⁴⁹ Cf. LAURENT, Bruno. Reflections on the international effectiveness of arbitration awards. In: *Arbitration International*. v. 12. n. 3. 1996. pp. 282-285.

¹⁵⁰ FOUCHARD, Philippe. La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine. In: *Revue de l'arbitrage*. 1997. n. 3. pp. 350-352.

novamente no país onde for ajuizada ação para seu reconhecimento e execução. Com a exclusão do duplo *exequatur* pela CNI, não haveria mais necessidade de se buscar a confirmação da sentença perante as cortes da sede da arbitragem.¹⁵¹

Desse modo, o risco de coexistência de duas sentenças arbitrais conflitantes decidindo um mesmo litígio seria inexistente. “*Restaria, assim, apenas uma sentença arbitral cujo acolhimento seria submetido às exigências de cada país requisitado, da forma coordenada pela Convenção de Nova Iorque*”.¹⁵² Além disso, não se poderia mais falar em “desrespeito à vontade das partes na escolha da sede da arbitragem”, uma vez que não estaria mais ao seu alcance a escolha de um modelo de controle primário da sentença arbitral futura.

Essa ideia, apesar de francamente minoritária, já pode ser observada na prática. Por exemplo, Bélgica¹⁵³, Suíça¹⁵⁴ e Peru¹⁵⁵ oferecem a possibilidade de as partes renunciarem ao controle primário de sentenças arbitrais proferidas em seu território. No entanto, em todos os casos, essa possibilidade só pode ser exercida quando todos os litigantes não possuírem (i) nacionalidade belga/suíça/peruana, (ii) domicílio em território belga/suíço/peruano e (iii) o local de suas principais atividades comerciais em território belga/suíço/peruano.

No entanto, eliminar o controle primário da sentença arbitral para minimizar as desvantagens da corrente deslocalizada/autônoma não se mostra adequado. Explica-se.

O controle primário exercido pelo poder judiciário do país-sede constitui uma forma de gestão de riscos, destinada a salvaguardar os usuários da arbitragem de árbitros que não cumprem o seu papel de maneira adequada.¹⁵⁶ Ainda que enfraqueça aspectos importantes do instituto da arbitragem, como a adjudicação final do conflito e a economia processual, o

¹⁵¹ “*There exists no real reason why the supervisory function of the courts should also be exercised at the place of the arbitration instead of only at the places of enforcement. There exists no real reason why the enforcement judge should apply other criteria than that of international public policy when examining a request for enforcement. There exists strictly no real reason why a party, which freely entered into a commercial transaction envisaging resolution of disputes by arbitration, should be allowed to opt out of its bargain with often spurious arguments, so that the dispute ends up in the courts*”. Ver em: BRINER, Robert. Philosophy and objectives of the Convention. In: *Enforcing arbitration awards under the New York Convention*. Nova Iorque: Nações Unidas, 1999. p. 10.

¹⁵² DA SILVEIRA, Gustavo Scheffer. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. VII. n. 26. 2010. pp. 71-72.

¹⁵³ Cf. Artigo 1714(4) do Code Judiciaire de 1998.

¹⁵⁴ Cf. Artigo 192 da Loi Fédérale sur le Droit International Privé.

¹⁵⁵ Cf. Artigo 63, §8º do Decreto Legislativo nº 1071.

¹⁵⁶ PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. p. 358.

escrutínio judicial da sentença arbitral resguarda a eficiência do instituto, barrando a execução de decisões aberrantes, proferidas em descompasso com a expectativa das partes.¹⁵⁷

Outrossim, a revisão judicial reforça a lisura do procedimento, uma vez que “*não é difícil imaginar conluíus entre partes e supostos árbitros com o intuito de legalizar atos ilícitos e simulados*”.¹⁵⁸

Além disso, conforme abordado anteriormente, o controle judicial exercido na sede da arbitragem atende aos interesses das partes pois desestimula a prática do *forum-shopping*.

Um ótimo exemplo de como a extinção da anulação da sentença arbitral não serve de maneira adequada aos usuários da arbitragem internacional pôde ser observado na experiência belga. Em 1985, buscando estabelecer regime completamente liberal que atraísse os *players* do comércio internacional, a Bélgica eliminou a possibilidade de estrangeiros pleitearem a anulação de sentenças arbitrais proferidas em seu território. Ao contrário do que se imaginava, os comerciantes ficaram apreensivos, e a utilização da arbitragem no país foi negativamente afetada. Assim, em 1998, o legislativo promulgou nova lei restituindo o sistema de anulação e apenas prevendo a possibilidade de *opt-out*, consoante acima explicado.¹⁵⁹

Desse modo, a manutenção do sistema de controle primário da sentença arbitral se mostra apropriada. Afinal, caso um tribunal arbitral profira sentença defeituosa, incapaz de ser reconhecida em qualquer país, é necessário que as partes tenham a possibilidade de anular essa decisão para que outra seja tomada.¹⁶⁰ A extinção desse sistema seria medida radical e danosa, que poderia resultar em litígios comerciais sendo encerrados por meio sentenças inexecutáveis.

3.3.2 Análise da validade da decisão anulatória: territorialismo moderado

Quando uma corte nacional é acionada para reconhecer uma sentença arbitral estrangeira anulada na sede e, por conta disso, nega o *exequatur* em razão do Artigo V(1)(e) da CNI, é possível afirmar que a decisão anulatória está irradiando efeitos nesse país. Negar a

¹⁵⁷ PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. pp. 358-359.

¹⁵⁸ BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 11.

¹⁵⁹ PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 3. set-dez. 2004. pp. 167-168.

¹⁶⁰ POUDRET, Jean-François. Challenge and Enforcement of Arbitral Awards in Switzerland. In: *Arbitration International*. v. 4. n. 4. 1998. p. 282.

execução de uma sentença arbitral anulada significa reconhecer, em certa medida, a sentença judicial anulatória.¹⁶¹ É o chamado *efeito extraterritorial* da decisão anulatória do país-sede.

Isto posto, surge como possível solução aos problemas analisados a posição que propõe que o julgador do país de execução deve, antes de negar o *exequatur* à sentença arbitral anulada, verificar se é possível reconhecer os efeitos da decisão anulatória. Caso constatado vícios nessa decisão, proceder-se-ia a execução da sentença arbitral.¹⁶² Essa é a solução defendida pelo presente trabalho, que pode ser denominada de *territorialismo moderado*.

Reconhece-se que, em princípio, a CNI não impõe restrições aos motivos que podem fundamentar a decisão anulatória. O Artigo V(1)(e) da CNI não condiciona a aplicação dessa hipótese impeditiva à verificação da validade da anulação promovida no país-sede. Os fundamentos não precisam ser aqueles elencados no Artigo V(1)(a) a (d), tampouco estar alinhados àqueles previstos na lei interna do país receptor.¹⁶³

No entanto, não se pode afirmar que o país receptor está obrigado, por força da CNI, a reconhecer efeitos de uma decisão anulatória flagrantemente viciada.¹⁶⁴ Por “flagrantemente viciada”, leia-se: proferida em violação à *ordem pública* do país de execução.¹⁶⁵

Para melhor ilustrar essa proposta, que à primeira vista pode parecer vaga e perigosa, a doutrina costuma mencionar alguns casos nos quais a sentença judicial anulatória não deveria constituir obstáculo à execução de uma sentença arbitral. Por exemplo: (i) quando o requerente não foi chamado a se defender no processo de anulação¹⁶⁶; (ii) quando a decisão anulatória é fundamentada sob argumento discriminatório, como questões de gênero ou religião¹⁶⁷; (iii)

¹⁶¹ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Y. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 53. abr-jun. 2017. p. 44.

¹⁶² KRÖLL, Stefan Michael. The concept of seat in the New York Convention and the autonomy of arbitral award. In: BREKOULAKIS, Stravos L.; LEW, Julian D. M.; et. al. (eds.). *The Evolution and Future of International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2016. p. 94.

¹⁶³ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 182.

¹⁶⁴ PETROCHILOS, Georgios C. Enforcing awards annulled in their state of origin under the New York Convention. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 48. n. 4. 1999. pp. 875-876.

¹⁶⁵ Enquanto a doutrina estrangeira se refere a violações à ordem pública *internacional* do país receptor, a doutrina brasileira costuma utilizar o conceito da ordem pública *nacional*. Na linha daquilo afirmado por João Bosco Lee, isso “*resulta do fato de que o direito brasileiro desconhece a diferença entre ordem pública nacional e ordem pública internacional*” (A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coordenadores). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 182). De todo modo, com relação ao objeto de estudo do presente trabalho, há correspondência na teoria de ambas as doutrinas. Assim, o conceito será referenciado de modo neutro, apenas como *ordem pública*.

¹⁶⁶ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Op. cit.* p. 182.

¹⁶⁷ PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 60. n. 2. 2011. p. 296.

caso a decisão seja motivada por interesses politicamente determinados¹⁶⁸; e (iv) se comprovado a existência de corrupção ou fraude no processo anulatório¹⁶⁹.

Não há rol taxativo do que seriam violações à ordem pública do país receptor, até mesmo porque isso é uma particularidade de cada Estado. Além disso, a conceituação do que seria ordem pública é muito delicada, por este ser um conceito fluído. Mas há uma razão por trás disso. Consoante a valiosa lição de Luiz Olavo Baptista, o conceito de ordem pública confunde-se com o entendimento que a sociedade tem do direito e que o Estado tem de sua organização, de modo a se encontrar em constante evolução.¹⁷⁰

De todo modo, destaca-se: a supressão dos efeitos extraterritoriais da decisão anulatória do país-sede é *exceção* à regra.¹⁷¹ Somente em casos extremos e devidamente comprovados o *exequatur* de uma sentença arbitral estrangeira anulada seria concedido.

Essa linha foi seguida em casos analisados no Capítulo 2. O Reino Unido promoveu atenta análise da sentença anulatória para fundamentar sua decisão no caso Maximov. Em certa medida, os Estados Unidos também procederam dessa maneira no caso PEMEX.

Talvez o melhor exemplo para demonstrar o quão exigente deve ser o *standard* de análise para conceder o pedido de execução tenha ocorrido no Reino Unido. No caso Maximov, a Alta Corte Inglesa afirmou que “o fato da decisão judicial estrangeira ser manifestamente errada ou perversa não é suficiente”¹⁷² para conceder o *exequatur*. Na falta de apresentação de prova direta de que o judiciário estrangeiro teria agido com imparcialidade, a decisão anulatória deveria ser “tão extrema e perversa que ela só poderia ser atribuída à ocorrência de julgamento imparcial”.¹⁷³ Como não foi apresentada prova direta da imparcialidade, a Alta Corte Inglesa passou a esmiuçar os fundamentos lançados pelas cortes russas que embasaram a anulação.

É exatamente esse o *modus operandi* que se espera de um tribunal de controle secundário quando confrontado com pedido homologatório de sentença arbitral anulada na

¹⁶⁸ GAMA JR, Lauro. Artigo V (inciso 1 "e") - recusas fundadas no artigo V, (1), (e), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coordenadores). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272-273.

¹⁶⁹ PETROCHILOS, Georgios C. Enforcing awards annulled in their state of origin under the New York Convention. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 48. n. 4. 1999. p. 875-876.

¹⁷⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito estrangeiro nos tribunais brasileiros. In: *Revista Forense*. v. 355. p. 96.

¹⁷¹ BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. pp. 237-238.

¹⁷² REINO UNIDO. Alta Corte Inglesa. 27.07.2017. EWHC 1911 (Comm). (Maximov v OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat). Disponível em: <https://goo.gl/wCEx4d>. Acesso em: 30 jun. 2019. §15.

¹⁷³ *Ibidem*. §62.

sede. Do mesmo modo que uma corte estatal de controle primário não deve utilizar o conceito da ordem pública de maneira rasa e despreocupada para anular uma sentença arbitral, o Poder Judiciário do país de execução não deve o aplicar dessa maneira para reconhecer uma sentença arbitral estrangeira anulada.

Ressalta-se, ainda, que o ônus probatório da invalidade da decisão anulatória recai sobre o requerente do processo de execução. Uma vez que o requerido comprovou a existência da hipótese impeditiva prevista no Artigo V(1)(e) da CNI, compete ao requerente demonstrar ao julgador o motivo pelo qual a anulação deve ser ignorada.¹⁷⁴

Assim, o julgador da ação de reconhecimento deve sopesar a sentença arbitral anulada com a sentença judicial anulatória, a fim de identificar se os motivos que levaram a desconstituição da decisão proferida pelos árbitros são válidos ou se houve abuso por parte do Poder Judiciário estrangeiro.¹⁷⁵

Não se trata de submeter a decisão anulatória ao processo de reconhecimento no país de execução. Essa decisão não deve ser analisada com base nos critérios que a lei do país de controle secundário impõe para a execução de sentenças judiciais estrangeiras.¹⁷⁶ Compete apenas avaliar se há compatibilidade entre o julgado e a ordem pública do país.

Muito oportuna é a sugestão de André Abbud, ao sustentar que essa verificação deve ocorrer no âmbito do próprio processo homologatório, “*em sede de cognitio incidentalis (...), a fim de filtrar anulações repugnantes aos direitos e garantias fundamentais, integrantes da ordem pública nacional*”.¹⁷⁷

Outrossim, a análise não avalia se os critérios utilizados pelo tribunal de anulação foram bons ou ruins, modernos ou ultrapassados, tampouco se foram aplicados de maneira correta ou incorreta. Essa verificação se volta muito mais às garantias processuais da parte no procedimento anulatório, e não ao mérito do julgado.¹⁷⁸ Entretanto, “[i]n symmetry with what is accepted for foreign arbitral awards, the rule of no review on the merits should include the

¹⁷⁴ BONATO, Giovanni; MADEIRA, João Bruno F. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: uma análise do caso EDF International S/A x Endesa Latinoamerica S/A e YPF S/A no sistema brasileiro e no direito comparado. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. XIV. n. 55. 2017. p. 77.

¹⁷⁵ LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas: uma análise a partir da SEC 5782, STJ. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 49. abr-jun. 2016. p. 54.

¹⁷⁶ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 182.

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 183.

¹⁷⁸ PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. p. 367.

case of 'dénaturation', or manifestly erroneous application, of the relevant provisions, even when those provisions belong to the domestic law of the enforcement forum".¹⁷⁹

Esse entendimento acerca do processo homologatório não escapou de críticas por parte da doutrina, tanto de autores da corrente deslocalizadora/autonomista¹⁸⁰⁻¹⁸¹ quanto da corrente territorialista estrita.¹⁸²⁻¹⁸³ A principal e mais relevante delas consiste no “juízo de valor” exercido pelo país receptor sobre a decisão anulatória. Questiona-se a possibilidade, e até mesmo a oportunidade política, de um Estado soberano avaliar se outro Estado, igualmente soberano, proferiu decisão de maneira abusiva, fraudulenta, de má-fé ou ainda em erro de aplicação drástico e perverso de seu próprio direito.

Ora, com relação à crítica por parte da corrente territorialista estrita, não se pode, em nome do movimento de cooperação entre Estados soberanos, impor que um país reconheça efeitos de uma decisão estrangeira que viole a sua ordem pública.¹⁸⁴ A *subserviência cega*¹⁸⁵ do Estado de controle primário a qualquer decisão estrangeira enfraqueceria a sua própria soberania. Por fim, o próprio conceito dogmático da *comity* está sujeito a alguns pressupostos, como: ausência de fraude e violações à ordem pública; impossibilidade de conflito com a coisa julgada; e necessidade de o órgão julgador ser imparcial, possuir jurisdição e garantir a observância do devido processo legal.¹⁸⁶

Utilizando-se de caso limítrofe para demonstrar a impossibilidade de “forçar” que um Estado aceite toda e qualquer decisão anulatória estrangeira, questiona-se: como deveria decidir uma corte quando deparada com pedido de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira que

¹⁷⁹ PETROCHILOS, Georgios C. Enforcing awards annulled in their state of origin under the New York Convention. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 48. n. 4. 1999. p. 876.

¹⁸⁰ DE COSSÍO, Francisco González. Enforcement of annulled awards: towards a better analytical approach. In: *Arbitration International*. v. 32. n. 3. 2016. p. 26.

¹⁸¹ PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. In: *Asia Pacific Law Review*. v. 6. n. 2. 1998. p. 17.

¹⁸² DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; CERVANTES, Iván Heredia. Exequátur en España de laudos anulados y suspendidos en el estado de origen. In: *Revista del Club Español del Arbitraje*. v. 2012. n. 13. 2012. p. 100.

¹⁸³ BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença arbitral declarada nula no local onde proferida. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. X. n. 37. 2013. p. 20.

¹⁸⁴ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Y. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 53. abr-jun. 2017. p. 42.

¹⁸⁵ Expressão cravada por Lauro Gama Jr. em: Artigo V (inciso 1 "e") - recusas fundadas no artigo V, (1), (e), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coordenadores). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273.

¹⁸⁶ PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. p. 363.

tenha sido anulada (i) sem a participação do requerente no procedimento anulatório e (ii) sob o fundamento discriminatório de que um dos árbitros não poderia ter atuado na função por questões de gênero, raça ou religião? Esperar-se-ia que o *exequatur* fosse deferido.

A crítica por parte dos adeptos da corrente deslocalizadora/autonomista também não se sustenta. Esses defendem que sua posição evitaria o juízo de valor sobre a decisão anulatória estrangeira, evitando problemas relacionados a soberania e a relações diplomáticas. No entanto, a posição adotada pelas cortes francesas não deixa de “afetar” a soberania dos Estados-sede: ignora-se completamente a decisão lá proferida e somente se analisa a concessão do *exequatur* a partir do direito interno francês. Se de um lado há desrespeito ao avaliar eventual abuso na decisão estrangeira, aqui há desrespeito ao ignorar de antemão o comando anulatório do Estado.

Percebe-se que a solução ora apresentada supre relevante falha da representação territorial estrita: a de impedir que partes que tenham sido vítimas de anulações imparciais não obtenham o reconhecimento de sua sentença arbitral.¹⁸⁷

Não se trata de reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras que foram regularmente anuladas com base em critérios “locais”. Conforme abordado previamente, a vontade das partes expressada na escolha da sede da arbitragem deve ser respeitada. Apenas anulações abusivas serão desconsideradas. Assim, embora essa abordagem ocasionalmente gere resultados inconvenientes, trata-se da que melhor concilia as expectativas legítimas das partes.¹⁸⁸

Há dois caminhos para conciliar o territorialismo moderado ao Artigo V(1)(e) da CNI: no primeiro, faz-se a análise da decisão anulatória em sede de cognição incidental no próprio âmbito do processo homologatório, com base no fato do país receptor não ter de se submeter a todo e qualquer tipo de decisão estrangeira¹⁸⁹; no segundo, interpreta-se o comando do *caput* do Artigo V(1) como discricionário¹⁹⁰, de modo que o julgador poderia ignorar a hipótese impeditiva do inciso (e) quando constatado abuso na decisão anulatória¹⁹¹.

¹⁸⁷ KRÖLL, Stefan Michael. The concept of seat in the New York Convention and the autonomy of arbitral award. In: BREKOULAKIS, Stravos L.; LEW, Julian D. M.; et. al. (eds.). *The Evolution and Future of International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2016. p. 92.

¹⁸⁸ PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012. p. 356.

¹⁸⁹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 183.

¹⁹⁰ Cf. Capítulo 1.2.1 (a).

¹⁹¹ PETROCHILOS, Georgios C. Enforcing awards annulled in their state of origin under the New York Convention. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 48. n. 4. 1999. p. 887.

Caso decida-se por adotar a segunda opção, é necessário deixar claro que a suposta natureza discricionária conferida pelo Artigo V(1) não significaria que a decisão do juiz de execução estaria fora do controle das partes, submetida à total liberdade do julgador, que poderia proferir decisão de acordo com sua conveniência.¹⁹² Essa discricionariedade deve ser compreendida a partir de sua acepção fraca, de modo que se exigiria do julgador o esforço argumentativo defendido acima para que a decisão anulatória fosse afastada. No entanto, levando em consideração o atual estado da arte no contexto brasileiro, é preferível adotar a opção que entende que essa análise surge como prejudicial no juízo homologatório, sendo realizada em sede de cognição incidental.

Ainda, se o posicionamento ora defendido for analisado sob a ótica do direito interno nacional, verifica-se que o territorialismo moderado é compatível e adequado ao ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 17 da LINDB prevê que “*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*” (grifou-se).

Nota-se que essa disposição não se refere apenas a sentenças estrangeiras; é uma previsão mais abrangente, que engloba todos os atos proferidos fora da jurisdição brasileira. Assim, para que a sentença judicial anulatória irradie efeito no Brasil (qual seja, o de impedir o reconhecimento da sentença arbitral), ela deve estar em conformidade com a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.¹⁹³

Portanto, o STJ deveria adotar o territorialismo moderado quando confrontado com um pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. Até o momento, essa é a solução existente mais satisfatória em face dos problemas analisados no Capítulo 3.2.

A coordenação entre os sistemas de controle existentes é de importância fundamental para o desenvolvimento adequado da arbitragem. O reconhecimento do papel especial que a sede da arbitragem possui nesse cenário é de suma importância: potencialmente, eventual decisão anulatória lá proferida terá efeito mundial. Isso garante a coesão do sistema e promove a segurança jurídica. No entanto, esses benefícios não devem inviabilizar a execução da sentença arbitral quando for constatado abuso por parte do judiciário do país-sede. O equilíbrio dessa equação é atingido quando adotada a solução acima defendida.

¹⁹² Para análise aprofundada acerca conceito de discricionariedade judicial, conferir: ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. pp. 235-255.

¹⁹³ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Y. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 53. abr-jun. 2017. p. 44.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível afirmar que o entendimento adotado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento da SEC nº 5.782 não está alinhado às melhores práticas da arbitragem. Ainda que o indeferimento do pedido de homologação tenha sido o resultado correto para o caso concreto, a racionalidade do julgado merece ser refinada em oportunidades futuras, principalmente em razão de duas inconsistências.

Em primeiro lugar, a Corte Especial não deveria ter utilizado as regras do Protocolo de Las Leñas, da Lei de Arbitragem, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e do Regimento Interno do STJ para julgar o pedido homologatório. A aplicação de diferentes regimes jurídicos ao caso, além de ser posicionamento contrário à própria lei, compromete o princípio da segurança jurídica, necessário para que os usuários da arbitragem internacional conduzam os seus negócios no Brasil ao vê-lo como um país *arbitration-friendly*.

Assim, o órgão julgador deve limitar a análise da possibilidade de homologação exclusivamente ao regime jurídico disposto na Convenção de Nova Iorque, salvo na hipótese de haver outra disposição no direito brasileiro que seja mais benéfica ao reconhecimento da sentença da arbitral, em respeito à *most-favourable-right provision*.

Em segundo lugar, a racionalidade por trás da decisão da Corte Especial não se mostra a mais adequada frente às complicações que um pedido de sentença arbitral estrangeira anulada pode apresentar. Negou-se a concessão do *exequatur* pelo simples fato de a sentença arbitral ter sido anulada pelo órgão competente na sede da arbitragem, sem qualquer ressalva ou ponderação.

Consoante demonstrado, esse posicionamento se alinha à *representação territorial* da arbitragem internacional. Entende-se que a sentença arbitral encontra sua juridicidade no ordenamento jurídico do Estado-sede da arbitragem. Uma vez anulada pela autoridade competente desse país, não haveria possibilidade de reconhecer a decisão.

Apesar de favorecer a coordenação do controle das sentenças arbitrais, prestar deferência absoluta à decisão judicial que anulou a sentença arbitral, independentemente das condições em que essa anulação ocorreu, não parece ser a melhor escolha para lidar com a questão. A adoção *irrestrita* da *representação territorial* pode levar a graves injustiças, principalmente quando o procedimento anulatório não foi conduzido com lisura ou quando os fundamentos da sentença judicial que decretou a desconstituição da sentença arbitral possuem natureza perversa ou duvidosa.

Por outro lado, caso a Corte Especial tivesse se alinhado à *representação deslocalizada* ou *autônoma* da arbitragem internacional, o julgado também não estaria a salvo de críticas. Esse entendimento, adotado pelo Poder Judiciário francês, ao ignorar a decisão anulatória e verificar a exequibilidade da sentença arbitral com base em critérios internacionalmente aceitos, prioriza o caráter autônomo da arbitragem e permite a execução de sentenças arbitrais que tenham sido anuladas no país-sede de maneira injusta. Todavia, peca, principalmente, em dois aspectos: (i) prejudica a coordenação do sistema criado pela Convenção de Nova Iorque, que centralizou o controle da sentença arbitral no país-sede; e (ii) desconsidera a vontade das partes ao terem selecionado determinado Estado para sediar a arbitragem.

Em razão do Artigo V(1)(e) da Convenção de Nova Iorque, os usuários da arbitragem internacional esperam que uma sentença arbitral anulada por autoridade competente do país-sede não possa mais ser reconhecida e executada pelo mundo. Caso se garanta a realização de um procedimento anulatório justo, não há razão para deixar de responsabilizar as partes pela sua escolha da sede. Na hipótese de o entendimento das cortes estatais desse Estado não estar alinhado às melhores práticas do ramo da arbitragem, os usuários da arbitragem internacional deixarão de considerar esse país como um local seguro para conduzir os seus negócios.

Isso não significa que a *representação deslocalizada* ou *autônoma* não possua seus méritos e acertos. Apesar das divergências expostas no presente trabalho, os fundamentos de cunho teórico e filosófico que embasam esta teoria estão majoritariamente corretos, uma vez que militam pela emancipação do instituto da arbitragem em relação às cortes estatais do país-sede.

Conforme constatado pelo professor Julian Lew, o instituto da arbitragem progrediu ao longo dos anos pois soube servir adequadamente os seus usuários, e assim o fez ao prever a mínima (ou nenhuma) participação do Poder Judiciário para a resolução dos conflitos. Atualmente, as leis aplicáveis à arbitragem internacional refletem a natureza autônoma do instituto, ou, pelo menos, permitem o seu desenvolvimento de maneira autônoma, contanto que não sejam interpretadas e aplicadas pelas cortes nacionais de maneira a subverter o seu racional. Idealmente, livre da interferência dos tribunais estatais, a arbitragem internacional deveria ser

conduzida em conformidade com práticas internacionalmente aceitas, e suas sentenças deveriam ser reconhecidas e executadas sem maiores complicações.¹⁹⁴

Desse modo, demonstrou-se que o Superior Tribunal de Justiça poderia ter adotado um posicionamento intermediário em relação aos extremos *territorialismo* v. *deslocalização*, chamado neste trabalho de *territorialismo moderado*. Esse entendimento, adotado em casos levados aos tribunais estatais do Reino Unido e Estados Unidos, possui a vantagem de verificar a compatibilidade da decisão anulatória à ordem pública do país de execução. Assim, caso seja constatado que a sentença judicial de anulação tenha sido proferida mediante fraude, corrupção, imparcialidade ou outros motivos abusivos, o Poder Judiciário do país de execução poderia dar seqüência ao processo de homologação.

Além de ser possível conciliá-la ao regime jurídico da Convenção de Nova Iorque, essa posição permite harmonizar (i) a coordenação do sistema de execução de sentenças arbitrais pelo mundo, ao concentrar o controle da validade da sentença arbitral em um só país, qual seja, aquele que sediou a arbitragem; e (ii) a possibilidade de reconhecer e executar sentenças arbitrais que tenham sido anuladas de maneira abusiva e injusta pelas cortes estatais do país-sede. Assim, preserva-se o melhor de ambas as *representações* analisadas no presente trabalho.

Na linha daquilo observado por Stefan Kröll, o *territorialismo moderado* também poderia ser compreendido como uma espécie de *deslocalização mitigada*. Afinal, reconhece-se que uma sentença arbitral poderia irradiar efeitos pelo mundo ainda que tenha sido anulada pelo órgão competente do país-sede da arbitragem. Sua juridicidade, portanto, não estaria completamente vinculada ao ordenamento jurídico da sede.¹⁹⁵

Ainda que os fundamentos filosóficos da *representação territorial* e da *representação deslocalizada/autônoma* sejam complementemente distintos e irreconciliáveis, defende-se a adoção do *territorialismo moderado* como instrumento capaz de fornecer as melhores soluções *práticas* aos problemas enfrentados no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na sede. Como já disse F. Scott Fitzgerald:

¹⁹⁴ LEW, Julian D. M. Achieving the dream: autonomous arbitration. In: *Arbitration International*. v. 22. n. 2. 2006. pp. 179-181, 196.

¹⁹⁵ KRÖLL, Stefan Michael. The concept of seat in the New York Convention and the autonomy of arbitral award. In: BREKOULAKIS, Stravos L.; LEW, Julian D. M.; et. al. (eds.). *The Evolution and Future of International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2016. p. 95.

*“The test of a first-rate intelligence is the ability to hold two opposed ideas in mind at the same time and still retain the ability to function”.*¹⁹⁶

Assim, privilegia-se a adoção do territorialismo moderado diante da constatação de sua *funcionalidade* em casos práticos, ainda que os teóricos não tenham chegado a uma posição uníssona acerca da juridicidade da sentença arbitral proveniente de arbitragem internacional.

Nesse sentido, espera-se que o Superior Tribunal de Justiça possa se debruçar com maior profundidade acerca dessa questão, caso venha a ser acionado novamente para homologar uma sentença arbitral estrangeira que tenha sido anulada na sede.

Relembra-se: ao indeferir um pedido de homologação com base no Artigo V(1)(e) da Convenção de Nova Iorque, o Superior Tribunal de Justiça está conferindo efeitos à sentença judicial estrangeira anulatória. Portanto, a fim garantir a compatibilidade desse julgado com a ordem pública brasileira, faz-se necessário realizar análise atenta e rigorosa de seus fundamentos.

No âmbito da SEC nº 5.782, a rigidez com que a Corte Especial enunciou sua decisão parece indicar que o ornamento jurídico brasileiro não permite o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no país-sede. O dispositivo do julgado é bem assertivo ao afirmar que *“sendo nula a sentença arbitral na Argentina, por causa de decisão judicial lá prolatada, resta impossibilitada a sua homologação no Brasil”*.

Levando em consideração que a *ratio* desse julgado poderá guiar a Superior Tribunal de Justiça em casos futuros, aconselha-se o refinamento da posição à luz do *territorialismo moderado*. Desse modo, o Brasil poderá se posicionar entre as jurisdições que, em prol do desenvolvimento da arbitragem internacional, permitem em caráter excepcional a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na sede.

¹⁹⁶ FITZGERAL, F. Scott. *The Crack-Up*. 1936. Disponível em: <https://goo.gl/x9dGEU>. Acesso em: 20 jul. 2019.

REFERÊNCIAS

DOCTRINA

2018 INTERNATIONAL ARBITRATION SURVEY. The evolution of international arbitral. White & Case LLP, Queen Mary University of London & School of International Arbitration. Disponível em: <https://goo.gl/5NXmYt>. Acesso em: 20 jul. 2019.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.

ALFONS, Claudia. *Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: an analysis of the legal framework and its interpretation in case law and literature*. Frankfurt: Peter Lang, 2010.

ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial precedent and arbitration – are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2017.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito estrangeiro nos tribunais brasileiros. In: *Revista Forense*. v. 355.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença arbitral declarada nula no local onde proferida. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. X. n. 37. 2013.

BONATO, Giovanni; MADEIRA, João Bruno F. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: uma análise do caso EDF International S/A x Endesa Latinoamerica S/A e YPF S/A no sistema brasileiro e no direito comparado. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. XIV. n. 55. 2017.

BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRINER, Robert. Philosophy and objectives of the Convention. In: *Enforcing arbitration awards under the New York Convention*. Nova Iorque: Nações Unidas, 1999.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. Mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAHALI, José Francisco. *Curso de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – lei n. 9.307/96*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASSELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 9. abr-jun. 2006.

CHENG, Teresa. Celebrating the Fiftieth Anniversary of the New York Convention. In: VAN DEN BERG, Albert Jan. *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*. ICCA Congress Series. v. 14. Haia: Kluwer Law International, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DA SILVEIRA, Gustavo Scheffer. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. VII. n. 26. 2010.

- DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Economica: Paris, 1982.
- DE COSSÍO, Francisco González. Enforcement of annulled awards: towards a better analytical approach. In: *Arbitration International*. v. 32. n. 3. 2016.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; CERVANTES, Iván Heredia. Exequátur en España de laudos anulados y suspendidos en el estado de origen. In: *Revista del Club Español del Arbitraje*. v. 2012. n. 13. 2012.
- FITZGERAL, F. Scott. *The Crack-Up*. 1936. Disponível em: <https://goo.gl/x9dGEU>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- FOUCHARD, Philippe. La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine. In: *Revue de l'arbitrage*. 1997. n. 3.
- GAILLARD, Emmanuel. Note sur l'arrêt Putrabali – Court de Cassation (1re Ch. Civ.), 29.06.2007. In: *Revue de L'Arbitrage*. 2007. n. 3.
- GAILLARD, Emmanuel. Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international. In: *Journal du Droit International*. v. 134. n. 4. 2007.
- GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GAMA JR, Lauro. Artigo V (inciso 1 "e") - recusas fundadas no artigo V, (1), (e), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coordenadores). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOODE, Roy. The role of the lex loci arbitri in international commercial arbitration. In: *Arbitration International*. v. 17. n. 1. 2001.

GRIGERA NAÓN, Horácio A. Arbitration and Latin America: progress and setbacks. 2004 Freshfields lecture. In: *Arbitration International*. v. 21. n. 2. 2005.

KRÖLL, Stefan Michael. The concept of seat in the New York Convention and the autonomy of arbitral award. In: BREKOULAKIS, Stravos L.; LEW, Julian D. M.; et. al. (eds.). *The Evolution and Future of International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2016.

LASTENOUSE, Pierre. Why setting aside an arbitral award is not enough to remove it from the international scene. In: *Journal of International Arbitration*. v. 16. n. 2. 1999.

LAURENT, Bruno. Reflections on the international effectiveness of arbitration awards. In: *Arbitration International*. v. 12. n. 3. 1996.

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; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coordenadores). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas: uma análise a partir da SEC 5782, STJ. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 49. abr-jun. 2016.

LEW, Julian D. M. Achieving the dream: autonomous arbitration. In: *Arbitration International*. v. 22. n. 2. 2006.

MANN, Francis A. Lex facit arbitrum. In: *Arbitration International*. v. 2. n. 3. 1986.

MARTÍNEZ-FRAGA, P. J. On the 50th anniversary of the New York Convention, revisiting annulment and vacatur through the prism of in re: Chromalloy, Baker Marine, and TermoRio. In: *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. v. 1. n. 2. 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem: comentários à lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Y. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 53. abr-jun. 2017.

PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: PARK, William W. *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 3. set-dez. 2004.

PARK, William W. The lex loci arbitri and international commercial arbitration. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 32. n. 1. 1983.

PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. In: *Asia Pacific Law Review*. v. 6. n. 2. 1998.

PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 60. n. 2. 2011.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; QUINTÃO, Luísa. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas: uma perspectiva latino-americana. In: ZENEDIN, Frederico Eduardo (org.). *Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento*. Curitiba: Editora JML, 2017.

PETROCHILLOS, Georgios C. Enforcing awards annulled in their state of origin under the New York Convention. In: *International and Comparative Law Quarterly*. v. 48. n. 4. 1999.

PINSOLLE, Philippe. The status of vacated awards in France: the cour de cassation decision in Putrabali. In: *Arbitration International*. v. 24. n. 4. 2008.

POUDRET, Jean-François. Challenge and Enforcement of Arbitral Awards in Switzerland. In: *Arbitration International*. v. 4. n. 4. 1998.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Zurich: Schulthess, 2002.

SANDERS, Pieter. *Quo Vadis Arbitration? Sixty years of Arbitration Practice*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

SCHWARTZ, Eric A. A comment on Chromalloy Hilmarton, à l'américaine. In: *Journal of International Arbitration*. v. 14. n. 2. 1997.

VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of annulled awards? In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. v. 9. n. 2. 1998.

VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of arbitral awards annulled in Russia. In: *Journal of International Arbitration*. v. 27. n. 2. 2010.

VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: redundancy or compatibility? In: *Arbitration International*. v. 5. n. 3. 1989.

VON MEHREN, Arthur Taylor. *Limitations on the party choice of the governing law: do they exist for international commercial arbitration?* Curso proferido na Universidade de Tel Aviv, Israel, 1986. The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 02.12.2015. SEC nº 5.782. (EDF v. Endesa e YPF).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Segundo Circuito. 02.08.2016. Docket No. 13-4022. (Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral v. Pemex Exploración Y Producción). Disponível em: <https://goo.gl/WqF8WQ>. Acesso em: 06 jul. 2019.

FRANÇA. Corte de Cassação. 10.06.1997. (Société OTV v. Société Hilmarton). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XIX. 1994.

FRANÇA. Corte de Cassação. 29.06.2007. (Société PT Putrabali Adyamulia v. AS Rena Holding). In: *Revue de L'Arbitrage*. 2007.

FRANÇA. Tribunal de Grande Instância de Nanterre. 22.09.1993. (Société Hilmarton v. Société OTV). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XX. 1995.

REINO UNIDO. Alta Corte de Justiça. 24.05.1999. (Société OTV v. Société Hilmarton). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XXIVa. 1999. pp. 777-785.

REINO UNIDO. Alta Corte Inglesa. 27.07.2017. EWHC 1911 (Comm). (Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat). Disponível em: <https://goo.gl/wCEx4d>. Acesso em: 30 jun. 2019.

SUIÇA. Corte de Justiça do Cantão de Genebra. 17.11.1989. (Société Hilmarton v. Société OTV). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XIX. 1994.

SUIÇA. Tribunal Federal Suíço. 17.04.1990. (Société OTV v. Société Hilmarton). In: *Yearbook Commercial Arbitration*. v. XIX. 1994.