O BRASIL E O RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ANULADAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA SEC 5782, STJ

Recognition of anulled arbitral awards in Brasil: and analysis of SEC 5782 of the Superior Tribunal of Justice

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 49/2016 | p. 43 - 66 | Abr - Jun / 2016
DTR\2016\20515

Daniel Levy
Doutor pela Université Panthéon-Assas. Redator-Chefe da Revista Brasileira de Arbitragem. Professor do Programa de Pós-Graduação da FGV-SP. Advogado.

Área do Direito: Arbitragem
Resumo: O presente trabalho tem como objetivo avaliar de que forma o julgamento da Sentença Estrangeira Contestada n. 5.782 / AR, pelo Superior Tribunal de Justiça, insere o Brasil no âmbito das discussões internacionais sobre os efeitos extraterritoriais das sentenças arbitrais anuladas. A tentativa de reconhecimento de uma sentença arbitral anulada no foro da sede da arbitragem tem representado o principal ponto de convergência das discussões sobre a natureza jurídica da arbitragem internacional, seja vinculada ao território do Estado em que ocorre, seja totalmente transnacional. A partir da experiência jurisprudencial de outros países, veremos como a decisão brasileira se enquadra nessa dicotomia.

Palavras-chave: Homologação - Sentença Arbitral Estrangeira - Anulação - Reconhecimento - Efeitos - Cooperação - Superior Tribunal de Justiça - Brasil.
Abstract: The present study has as its main objective to evaluate how the recent judgement of the Brazilian Superior Court in the Contested Foreign Award number 5.782, from Argentina, inserts Brazil within the discussions on the extraterritorial effects of the annulment of international arbitral awards. The requests to recognize international awards vacated by the courts at the seat of the arbitration have represented the centrepiece in the debate between the nationalist and transnationalist concepts. From the jurisprudential experience of other countries, we will analyse the position of the Brazilian court in this recent decision and its place in the broad debate.

Keywords: Enforcement - Foreign Arbitral Award - Annulment - Recognition - Effects - Cooperation - Superior Tribunal of Justice - Brazil.

"Nous sommes lucides. Nous avons remplacé le dialogue par le communiqué".[1]

Sumário:

I - Introdução - II - O caso EDF versus Endesa e YPF - III - O parecer do Ministério Público Federal - IV - O parecer encomendado pela EDF - V - O acórdão do STJ - VI - A decisão anulatória argentina[53] - VII - Alguns precedentes reveladores - VIII - Em conclusão

I - Introdução

2015 foi o "Ano da Arbitragem" no Brasil. Além da promulgação da Lei 13.129, que reformou pontos importantes de nossa Lei de Arbitragem,[2] bem como da aprovação de um novo Código de Processo Civil,[3] que trouxe alterações importantes para a prática arbitral, a jurisprudência conheceu questões até então inéditas na prática brasileira, mas cujos debates já vinham intensos na prática internacional.

Não é, portanto, um acaso que uma dessas questões tenha sido decidida pelo STJ ao apagar das luzes de 2015, em julgamento ocorrido no mês de dezembro último, e cuja importância da matéria deu ares de apoteose a esse "ano arbitral". Trata-se do primeiro julgamento em que o STJ discute a homologação de uma sentença arbitral anulada pelas cortes estatais do País-sede da arbitragem, no âmbito da Sentença Estrangeira

Contestada 5.782/AR (doravante, "SEC 5.782/AR"),[4] que será pretexto de análise do tema deste artigo.

Verdadeira metonímia de como cada país enxerga a natureza da arbitragem internacional, a discussão sobre a validade de uma sentença arbitral anulada em outro país chega ao Brasil em momento ao mesmo tempo oportuno e desafiador. O Brasil entra para um grupo seleto 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 bem a uma emergente "ordem jurídica arbitral", deslocada (rectius, deslocalizada) de qualquer jurisdição nacional.

Vejamos, assim, não apenas a posição adotada pelo STJ, mas, sobretudo, o quão conscientemente integrado ao debate atual sobre o tema é o julgado. Muitas vezes, tomar uma posição sem conhecer a sua repercussão é tão prejudicial quanto não tomar posição. Logo, é em busca não apenas dos efeitos desse julgado para as partes do caso concreto, mas também a sua inserção no debate sobre a natureza jurídica da sentença arbitral internacional, que caminhamos nas próximas linhas.

II - O caso EDF versus Endesa e YPF

O caso em epígrafe surge da SEC 5.782, autuada em junho de 2011, proveniente da Argentina, em que EDF International S.A. ("EDF") requer, perante o STJ, a homologação de uma sentença arbitral estrangeira proferida em outubro de 2007 por um tribunal arbitral CCI sediado em Buenos Aires, em face de Endesa Latinoamérica S.A. ("Endesa") e de YPF S.A. ("YPF"). Como grande parte das disputas arbitrais argentinas nos anos 2000, a disputa adveio da abrupta crise cambial daquele país, que resultou no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato pelo qual EDF adquiria as ações que Endesa e YPF[5] detinham na Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. e na Eletricidade Argentina S.A.

EDF demandou então o reequilíbrio do contrato no valor de USD 407 milhões perante Endesa e USD 109 milhões perante YPF, enquanto Endesa e YPF reconvencionaram para pleitear um reajuste dessa mesma operação, no valor de USD 71,725 milhões, porém não em virtude do câmbio, mas em virtude do reajuste do preço da energia elétrica entabulado pelas partes na operação. Sem ingressar nos detalhes do caso, após a instrução, o tribunal arbitral julgou parcialmente procedente tanto o pleito da EDF para condenar Endesa e YPF a lhe pagar, respectivamente, USD 147 milhões e USD 40 milhões. A reconvenção também foi julgada parcialmente procedente, em uma condenação total da EDF de aproximadamente USD 58 milhões.

Após a compensação dos respectivos valores, EDF obtém uma sentença arbitral favorável cuja execução passa pela localização dos bens das requeridas. Assim, EDF demanda a homologação da sentença arbitral nos EUA, Espanha, Chile e Brasil, em um movimento da nova ordem econômica mundial, em que grandes multinacionais não possuem mais patrimônio apenas no país de suas sedes, mas estendem as suas operações muito além de quaisquer fronteiras.

Paralelamente, e antes do pedido de homologação da sentença arbitral no Brasil, a própria EDF requer a anulação da sentença arbitral perante as cortes argentinas, tendo a Câmara Nacional de Apelações do Comércio da Cidade de Buenos Aires anulado a decisão em dezembro de 2009, quase dois anos antes do requerimento de homologação. O fundamento da impugnação estatal foi um suposto julgamento por equidade do tribunal arbitral, método não previsto - e não autorizado - pelas partes, já que deveriam os árbitros ter aplicado o direito argentino.[6] Ao contrário, EDF sustenta que a decisão judicial argentina que anulou a sentença arbitral é "ilegal, patológica e abusiva",[7] já que teria reformado a decisão da arbitragem para rejulgar o seu mérito, decidindo acerca da revogação - ou não - da Lei de Conversibilidade argentina, verdadeiro error in judicando.

Dessa forma, equilibram-se nos pratos da balança, de um lado, o direito de uma parte

de ver controlado os aspectos formais de uma sentença arbitral à luz do ordenamento em que proferida, e, de outro, o direito da parte de ver reconhecida essa decisão em quaisquer outros ordenamentos. A concepção que se dará e a natureza que se atribuirá à sentença arbitral fará pesar tais pratos, de um lado, ou de outro.

Portanto, o principal tópico debatido no julgamento da Sentença estrangeira contestada é a possibilidade de homologação, no Brasil, de uma sentença arbitral estrangeira anulada em outro país, o que nos levará necessariamente a questionar a sua natureza jurídica, seja ela vinculada à ordem jurídica em que foi proferida, ainda que em uma arbitragem internacional, seja ela descolada da jurisdição-sede do tribunal, pertencente então ao que muitos chamam de uma ordem jurídica arbitral.

III - O parecer do Ministério Público Federal

O parecer do Subprocurador da República à época, Sr. Edson de Oliveira Almeida, é um capítulo à parte nos autos desta Sentença estrangeira contestada. Preciso em seu conteúdo, mas objetivo em sua forma, concorde-se ou não com as suas teses, não se pode questionar a sua importância quanto aos elementos que traz para o julgamento. Além disso, assinado em 26.11.2012, permaneceu, por mais de três anos, como o único paradigma sobre o assunto provindo de uma autoridade pública no Brasil.

É interessante notar que, logo no início, ao relatar os argumentos das partes, o representante do Parquet lembra que a principal linha de defesa da EDF ao requerer a homologação da sentença estrangeira reside na absoluta autonomia que o STJ preservaria para examinar a sentença, sem que a sua anulação em outro foro possa ser vinculativa. Cita o art. V, § 1.º, letra "e", da Convenção de Nova Iorque ("CNI"), o art. 5.º, § 1.º, letra "e",[8] da Convenção do Panamá,[9] bem como o art. 38, VI, da Lei de Arbitragem brasileira,[10] cuja redação sugeriria não uma obrigação de denegar a homologação, mas apenas uma faculdade, já que se emprega o verbo "poder", conforme os trechos transcritos em itálico nas respectivas notas.

Veremos, mais à frente, que a EDF recorre ao argumento amplamente debatido por doutrina[11] e jurisprudência[12] acerca da natureza discricionária do poder do juiz da homologação diante de uma sentença anulada, que não seria obrigado a automaticamente rejeitar tal pleito, mas teria a opção (rectius, faculdade) de acolher o pedido mesmo diante da impugnação da decisão estrangeira em outro país. Tal interpretação seria consoante não apenas com o uso do verbo "poder" na versão portuguesa da CNI, mas também com o uso do verbo "may" em sua versão inglesa.[13] Por outro lado, a versão francesa da mesmíssima Convenção afirma que o reconhecimento e a execução "ne seront refusées (...) que", trazendo não mais uma opção, mas verdadeira obrigação.

Essa simples diferença de tradução, que alguns chamaram - com razão - de "incrível bizarrice",[14] já é suficiente para demonstrar a dificuldade dessa discussão, que retomaremos a seguir quando da análise do voto do STJ. Portanto, voltemos aos argumentos trazidos pelo Ministério Público Federal acerca do tema.

A análise do art. V(I)(e), da CNI, é o centro do parecer, já que permitiria ao juiz da homologação denegá-la quando a sentença arbitral estrangeira não se tornou ainda obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, tenha sido proferida. Interessante notar que um dos primeiros pontos destacados pelo Ministério Público Federal é justamente a tese da EDF, segundo a qual "a sentença arbitral internacional seria uma sentença sem nacionalidade, destacada do local em que realizada a arbitragem",[15] a fim de concluir que "não é essa interpretação que deve prevalecer".

A simplicidade da conclusão é inversamente proporcional à dimensão do debate suscitado pela tese da requerente ao sustentar a natureza transnacional da sentença. Por outro lado, tem razão o representante do Parquet ao usar o termo "interpretação", já

que, como veremos, a decisão sobre o sentido do art. V(I)(e), CNI, a fim de qualificar uma sentença arbitral internacional, é hoje muito mais uma questão de interpretação do que de fundamento técnico.

Logo em seguida, passa a defender a natureza obrigatória do verbo "may", da versão inglesa da Convenção, destacando que, não obstante qualificar uma faculdade em linguagem coloquial, trata-se de um verbo impositivo quando inserido em leis e estatutos.[16] Ademais, interessante notar que um dos principais argumentos do parecer, apoiado na doutrina de Paulo Borba Casella, é de que uma interpretação do art. V(I)(e), CNI, favorável à homologação seria contrária à uma "finalidade de coordenação e interpretação-aplicação uniforme" que assegura a Convenção de Nova Iorque.

Ora, parece-nos que essa finalidade de "coordenação e interpretação-aplicação uniforme" funciona justamente em prol da homologação, ou seja, de uma circulação, a mais ampla possível, das sentenças internacionais, posição essa defendida por Jan Paulsson[17] e que está nos próprios objetivos da Convenção de Nova Iorque.[18]

Ainda é curioso notar que a opinião do Ministério Público parece fazer referência à proposta de modernização do texto elaborada por A. J. van Den Berg, o Miami Draft,[19] quando tal texto parte de uma interpretação absolutamente favorável à homologação. De fato, o art. 5 do Miami Draft, não apenas estabelece o reconhecimento como regra, mas afirma que no caso das hipóteses de possível recusa de homologação, somente poderá ser rejeitado o reconhecimento quando tais hipóteses forem manifestas (" [e]nforcement shall be refused on the grounds set forth in this article in manifest cases only").[20]

Como se não bastasse, o art. 5(3)(e), do Miami Draft, que equivaleria ao art. V(1)(e), da atual CNI, é mais restritivo quanto aos casos de recursa de homologação em virtude de uma anulação na sede. Isso porque, ao contrário do atual art. V(I)(e), que permite não homologar uma sentença anulada na sede por qualquer fundamento, o dispositivo da proposta de van Den Berg afirma que somente será recusada a homologação da sentença cuja anulação na sede for fundamentada nas alíneas a a e do mesmo inciso, e que são vícios inerentes ao procedimento, e não vícios específicos daquela jurisdição. Nas palavras de Jan Paulsson, são "international standards of annulment".[21]

Também é muito interessante notar que o representante do Parquet cita o famoso caso francês Hilmarton,[22] em que a Corte de Cassação francesa homologa uma sentença anulada na Suíça em função de ser "arbitrária", vício esse que não seria conhecido no direito francês. Ao justificar a inaplicabilidade do precedente que se tornou referência na doutrina mundial,[23] o Ministério Público Federal brasileiro lembra que um dos fundamentos da decisão suprema francesa é a aplicação do art. VII(1), CNI,[24] que impõe ao juiz da homologação sempre aplicar os requisitos internos para o reconhecimento de uma sentença estrangeira, presentes em seu direito, quando esses forem mais benéficos ao exequatur do que aqueles constantes da CNI.

Uma vez que a única condição de homologação da sentença arbitral estrangeira na França é o respeito à "ordem pública internacional",[25] a Corte de Cassação adotou a interpretação que favorece o acolhimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas, o que, para muitos, tornou a França uma "terra de asilo de sentenças inexequíveis".[26]

Se o parecer do Ministério Público Federal ressalta a importância da interpretação mais favorável imposta pelo art. VII, CNI, para afastar o precedente Hilmarton, é curioso notar que o direito interno brasileiro também seria mais favorável que a Convenção de Nova Iorque! De fato, se muitos - inclusive o Ministério Público Federal - defendem que o art. V(I)(e), CNI, impõe uma obrigação de não homologar a sentença arbitral estrangeira anulada, o art. 38 da Lei 9.307/1996, parece categórico: "Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:(...)".[27] O direito brasileiro parece permitir que o juiz da homologação reconheça uma sentença arbitral estrangeira mesmo diante de uma

anulação. Nesse caso, aplicar-se-ia o art. VII(1), CNI.

Ainda que o ilustre Procurador remeta à opinião de Paulo Borba Casella, segundo a qual "o regime só é mais favorável à homologação de sentenças arbitrais anuladas do que a Convenção de Nova Iorque nas hipóteses de a anulação houver sido pronunciada pelos tribunais do Estado cujo direito foi aplicado ao processo arbitral",[28] data venia, não vemos essa distinção na lei, e não cabe ao intérprete distinguir quando assim não faz a lei. Ao contrário, parece-nos que a lei é clara, e atribui ao STJ uma faculdade de não homologar uma sentença anulada, não um dever.

A própria YPF, requerida na Sentença estrangeira contestada, em argumento trazido pelo parecer do Ministério Público Federal, afirma que "não faria sentido supor que 'poderia ser homologado' um laudo arbitral mesmo quando o réu tenha 'comprovado' que este laudo arbitral não se tornou obrigatório, ou que tenha sido suspenso ou anulado pelo órgão judiciário competente do país em que foi proferido".[29] Ora, não nos parece que seja uma questão de "sentido", mas de equidade na análise dos fundamentos da anulação na sede da arbitragem. A própria ideia de "sentido" pressupõe uma coerência doutrinária e jurisprudencial que não existe, uma vez que homologar uma sentença arbitral estrangeira anulada em função de sua natureza internacional certamente faz "sentido" para alguns juízes americanos ou franceses, como veremos a seguir.

É verdade que, logo em seguida, o Ministério Público Federal cita o Protocolo de Las Leñas sobre a cooperação e assistência jurisdicional no âmbito do Mercosul, promulgado entre nós pelo Dec. 6.891/2009, e que prevê, em seu art. 20(e), que as sentenças arbitrais proferidas em seus países terão eficácia extraterritorial em outro Estado-membro quando a decisão tiver "força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada". O fundamento do Protocolo é inquestionável, além de ter uma posição de especialidade relativa aos Estados-membros do Mercosul, o que certamente afastaria as disposições mais gerais da CNI.

No entanto, vale lembrar que a opção pela legislação - interna ou internacional - que privilegie o reconhecimento de sentenças - ou, ao menos, a análise das razões de sua anulação - é uma opção também jurisprudencial. Nada impediria que o Ministério Público Federal adotasse posição no sentido de privilegiar a CNI, convenção específica de arbitragem promulgada dez anos depois do Protocolo, e cujos efeitos transnacionais vão além da integração dos países do Mercosul. No entanto, insista-se: partindo-se da premissa de aplicação literal do Protocolo, parece-nos que a dificuldade em homologar uma sentença anulada no Brasil é das maiores.

Outro argumento muito interessante explorado pelo procurador é a possibilidade - ou não - de exame, pelos juízes da homologação, dos motivos que levaram à anulação da sentença. Embora o representante do Ministério Público Federal afirme que tal análise levaria a uma revisão do mérito da sentença arbitral, parece-nos que se sobrepõem aqui dois procedimentos diversos: não se trata de inquirir as razões que levaram os árbitros a chegar ao decisum, mas as razões que levaram os juízes da sede a anularem a sentença. A bem da verdade, a análise dos motivos da anulação como condição para o reconhecimento da sentença jamais levaria à indagação sobre o error in iudicando dos árbitros, mas apenas - e quando muito - ao seu error in procedendo. Além disso, permitiria também identificar irregularidades no próprio procedimento de anulação, como foi o caso em diversas sentenças arbitrais homologadas, especialmente em tribunais americanos,[30] ingleses[31] e holandeses,[32] em que se verificou um procedimento de anulação suspeito.

Veremos, a seguir, que essa é a nossa posição, e uma tendência inquestionável em busca de uma decisão de homologação que esteja antes a serviço das partes, e não a de um sistema. Aliás, insista-se: não se trata aqui de defender ou criticar a decisão de anulação argentina - que examinaremos abaixo- mas de defender uma atitude, em tese, de um juízo de homologação confrontado com um pedido de rejeição do exequatur em

virtude da anulação da sentença em seu foro de origem.

Portanto, é em virtude desses argumentos que o Ministério Público Federal opina, ao final, pelo indeferimento do pedido de homologação.

Examinada a interessante opinião do representante do Parquet, passemos agora à análise de outro importante parecer juntado a estes autos, de lavra da ex-Min. Ellen Gracie Northfleet, a pedido da EDF, e depois publicado pela Revista de Arbitragem e Mediação.[33] Ao lado do parecer do Ministério Público Federal, das diversas peças processuais apresentadas pelos causídicos das partes, a que se soma o acórdão, ousamos dizer que temos aí o mais importante "estudo" sobre o tema em nosso País.

IV - O parecer encomendado pela EDF

Logo de início, a parecerista ressalta o importante fundamento filosófico da Convenção de Nova Iorque, que está na ampliação do alcance das sentenças arbitrais internacionais e na sua maior circulação. Conforme já adiantado acima, o aumento da possibilidade de ver uma sentença arbitral reconhecida no maior número de Estados possível, independentemente de onde tiver sido proferida, é não apenas o objetivo da CNI, mas, sobretudo, a sua razão de ser. A assunção, pelos Estados-partes da CNI, da obrigação de facilitar o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras permite que a arbitragem internacional possa se desenvolver como um mecanismo efetivamente supranacional de resolução de disputa, um de seus principais chamarizes.

Após resumo da substância tanto da arbitragem quando da demanda judicial anulatória na Argentina, a ex-Ministra inicia a análise da Sentença estrangeira contestada ao reforçar que tanto o texto da CNI quanto do art. 38 da Lei de Arbitragem brasileira, são categóricos em sua literalidade: não impõem uma obrigação, mas um poder de denegar a homologação naqueles casos.[34] Reforça tal entendimento o próprio objetivo da CNI, apontado acima, de ampliar a possibilidade de homologação de sentenças estrangeiras em seus Estados-partes, o que resulta em uma interpretação que, na dúvida, só poderia ser favorável à natureza facultativa - e não impositiva - dos referidos dispositivos.

Aliás, com razão aponta que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada e promulgada pelo Brasil via pelo Dec. 7.030/2009, aponta que a interpretação dos textos deve sempre seguir os significados comumente atribuíveis aos termos em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.[35]

É desse raciocínio que decorre a primeira conclusão do parecer, "no sentido de que não é possível pretender automaticidade na aplicação da norma contida em ambos os textos, nem deixar de reconhecer-lhe o caráter de excepcionalidade face a regra geral".[36] A ex-Ministra passa então à análise mais específica da condição inscrita na alínea "e" do art. V(I), da CNI.

Lembra que uma das principais evoluções entre o regime da Convenção de Genebra de 1927 para a Convenção de Nova Iorque de 1958 foi justamente a eliminação do duplo-exequatur. Ou seja, para que uma sentença arbitral estrangeira fosse reconhecida no território de um Estado-parte, deveria o requerente fazer a prova de que tal sentença tornou-se definitiva no país em que foi proferida.[37] A CNI, em 1958, não apenas inverte o ônus dessa prova (atribuindo ao requerido a prova de que a sentença não tenha eventualmente se tornado definitiva), mas também diminui a importância do país-sede da arbitragem. Passa de uma visão territorialista para uma perspectiva transnacionalista; substitui-se a definitividade da sentença à luz do direito processual da sede pela definitividade da sentença à luz do procedimento arbitral escolhido pelas partes. Em qualquer caso, como bem lembra a parecerista, o recurso a um tribunal estatal para anular a sentença jamais será considerado um óbice àquela definitividade.

Partindo-se da premissa de que a decisão do juízo de homologação é discricionária, abre-se a possibilidade de uma análise bem mais detida não apenas da ocorrência da anulação na sede da arbitragem, mas das razões e dos fundamentos que levaram a ela.

Essa posição, que defende uma maior aproximação entre o juízo da homologação e o juízo da anulação, e que nós defendemos, é compartilhada pela ex-Ministra com base na doutrina e na jurisprudência de tribunais[38] que buscam livrar-se de uma visão binária para inquirir se os fundamentos da anulação têm algum impacto verdadeiramente internacional quanto às obrigações assumidas.

É essa, aliás, a posição do Miami Draft, citado acima, já que somente as irregularidades efetivamente internacionais (i.e., não derivadas de concepções locais da sede da arbitragem) poderiam ensejar uma anulação que pudesse evitar uma homologação em outros países. Nós vamos além, já que acreditamos que não apenas devem ser irregularidades internacionais, mas também procedimentos de anulação que, per se, sejam legítimos.

Aliás, a ex-Ministra aponta exatamente a ponderação que tanto defendemos em nossa tese,[39] que constituiu "o sopesamento das determinantes de uma e de outra das decisões",[40] ou seja, da decisão arbitral e da decisão judicial anulatória. Em nossa opinião, é justamente nesse "sopesamento" entre a decisão judicial anulatória e a decisão arbitral que reside a identificação do abuso, que pode ser tanto o abuso do direito de homologar uma sentença (quando as razões de sua anulação são legítimas e reconhecidas internacionalmente), quanto o abuso do direito de requerer a sua anulação (quando essas razões não forem legítimas, ou fundadas em requisitos absolutamente locais, sem qualquer impacto na justiça inter partes que proporciona).[41]

A ex-Ministra prossegue o seu parecer com a análise da sentença anulatória argentina, justamente em busca daquelas razões consideradas, verbis, "motivação fútil ou politicamente determinada, contrária, portanto, à ordem jurídica brasileira".[42] Ao examinar os fundamentos da decisão da Corte argentina, o parecer nota que a decisão arbitral não teve fundamento na equidade, como alega o juízo estatal, mas na lei argentina, como deveria acontecer. A simples alegação de que os árbitros teriam julgado por equidade já comprova que a corte judicial argentina imiscui-se no mérito da sentença arbitral.

Independente de já analisarmos aqui o acerto - ou não - da decisão argentina, ressalte-se muito mais o método de análise da decisão judicial argentina à luz do laudo arbitral como um excelente exemplo de iter processual na homologação. Esse exame permite a ponderação que nos levará a decidir se abusivo é o procedimento de homologação ou o procedimento de anulação. É essa metodologia, de buscar os fundamentos da anulação, que tem sido adotada em jurisdições mais abertas à arbitragem internacional.

Ainda, sem adentrar qualquer juízo de mérito quanto à legitimidade da decisão judicial argentina, parece-nos muito acertada a conclusão da ex-Ministra quanto às consequências de um juízo de homologação não proceder à análise da sentença judicial anulatória. Quer essa sentença seja legítima, quer seja ilegítima, a importância desse diálogo é fundamental para, nas palavras do parecer, "[impedir] que a parte nitidamente prejudicada por uma ingerência indevida das esferas judiciais não pudesse fazer valer o laudo arbitral válido em outra jurisdição não contagiada pelas circunstâncias político-sociais verificadas no Estado-sede".[43] É a partir dessa perspectiva que passamos à análise do acórdão do STJ.

V - O acórdão do STJ

Sob relatoria do Min. Jorge Mussi, o acórdão da SEC 5.782/AR, proveniente da Argentina, chega à conclusão, logo exarada em sua ementa, de que "sendo nulo na Argentina o presente laudo arbitral - por causa de decisão judicial prolatada naquele país, com trânsito em julgado devidamente comprovado nos autos -, nula é a sentença arbitral no Brasil que, por isso, não pode ser homologada".

O próprio STJ sabe da importância de seu posicionamento quanto à matéria, pois, nas

palavras do Relator, "depois de ampla pesquisa realizada neste STJ e no STF, é a primeira vez que a Corte Especial debate tal matéria".[44] Aliás, não há qualquer questionamento das partes quanto à efetiva anulação da sentença arbitral pelas Cortes argentinas, portanto, resta apenas ao STJ examinar a possibilidade de homologar essa mesma decisão arbitral no Brasil, não obstante a sua impugnação no país-sede do procedimento.

A análise do tema propriamente dita inicia-se apenas à página 12 do acórdão, dentre 21, o que já demonstra um relatório minucioso, que resume com bastante objetividade os intensos e profundos debates travados entre os ilustres advogados de ambas as partes. Dentre os requisitos para a homologação da sentença arbitral, o Relator nota que "a sentença arbitral foi proferida por autoridade competente",[45] "as partes foram devidamente citadas no procedimento de arbitragem"[46] e que "quanto ao trânsito em julgado, é certo que a legislação de regência determina sua ocorrência como condição essencial para a homologação da sentença estrangeira, arbitral ou não".[47]

Portanto, assentadas essas condições, não há qualquer questionamento quanto à anulação da sentença arbitral pelas Cortes argentinas, nem quanto à natureza internacional da arbitragem, restando a discutir a interpretação a ser dada ao art. V(I)(e), da Convenção de Nova Iorque, e ao inc. VI do art. 38 da Lei de Arbitragem brasileira. Em ambos os casos, conforme afirmamos anteriormente, dá-se ao juízo da homologação a prerrogativa de recusar a homologação de uma sentença arbitral anulada na sede do procedimento.

Logo de início, a decisão do STJ remete ao Guia do Internacional Council for Commercial Arbitration (ICCA) sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958 a fim de defender a incidência de seu art. V(1)(e), segundo o qual poderá ser denegada a homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. Todavia, embora isso não conste explicitamente no acórdão, ao grifar o trecho do referido Guia que afirma a taxatividade das condições do art. V(1) ("Esses são os únicos fundamentos dos quais pode se valer a parte requerida. (grifos nossos)")[48] a fim de defender o "não cabimento de homologação de sentença estrangeira arbitral suspensa ou anulada por órgão judicial do país onde a sentença arbitral foi prolatada",[49] parece a nós que o STJ confunde a taxatividade das hipóteses com a sua obrigatoriedade.

Ainda que, logo em seguida, o Relator cite abalizada doutrina brasileira defendendo a obrigatoriedade que resultaria da aplicação das hipóteses do art. V(1), CNI, tal argumentação não decorre da leitura do trecho grifado do Guia do ICCA. Ao contrário, examinando o mesmo Guia, veja-se que os seus autores defendem dois parâmetros de aplicação da CNI que acabam por criar - ainda que de forma moderada - uma abertura à discricionariedade do juízo de homologação:

"(...)

- narrow interpretation of the grounds for refusal;

- limited discretionary power to grant the recognition and enforcement even if one of the grounds applies".[50]

Tanto a defesa de uma interpretação restritiva das hipóteses de recusa do exequatur quanto à ideia de que existe uma discricionariedade - ainda que limitada - do juízo da homologação, parecem ir de encontro com a afirmação peremptória da SEC 5.782. Claro, não se está aqui a defender que as duas balizas acima são fortes argumentos favoráveis à homologação de uma sentença arbitral anulada, mas simplesmente que a dúvida quanto à legitimidade de um processo de anulação na origem, bem como a ideia de uma liberdade mínima do juízo delibatório para tal exame, ainda que presente uma das hipóteses de recusa, permitiriam afastar a natureza categórica que parece emanar do acórdão na SEC 5.782.

Permita-se aqui um parêntese para ressalvar que não se está aqui, ainda, fazendo um juízo de mérito concreto quanto ao acerto - ou não - da decisão do STJ. Examinam-se apenas os argumentos levantados por aquela Corte, a fim de questionar os argumentos apenas em teses, sem ainda atentar para as especificidades do caso. O objetivo, por enquanto, é apenas demonstrar que certas afirmações dogmáticas podem ser superadas sob perspectivas diversas. Feche-se o parêntese.

De volta à decisão do STJ, o acórdão cita o Protocolo de Las Leñas, cuja aplicação já discutimos supra, e a qual poderia ser superada pela especialidade da CNI quanto à matéria, porém, não quanto aos Estados-membros da Convenção, representadas no Mercosul. De todo modo, é com base no art. 20(e), do Protocolo de Las Leñas (ao referir à exigência de que a sentença arbitral estrangeira "tenha força de coisa julgada e/ou [seja] executória no Estado em que foi ditada") que o STJ finalmente conclui a sua decisão, afirmando que não cabe ao processo homologatório repristinar a eficácia da decisão anulada perante as cortes estatais argentinas.

Como já dissemos acima, não resta dúvida de que a aplicação do art. 20(e), do Protocolo de Las Leñas, torna indiscutível a impossibilidade de homologação de uma sentença arbitral estrangeira anulada. Todavia, e aqui fica a nossa dúvida, seria possível adotar a interpretação subjacente na filosofia das convenções internacionais sobre a circulação de sentenças, no intuito de ampliar ao máximo a sua eficácia entre os diferentes Estados signatários?

Trata-se de um objetivo firmado no introito da Convenção de Nova Iorque, bem como no art. 33, do Protocolo de Las Leñas, que dispõe expressamente: "O presente Acordo não restringirá as disposições das Convenções que, sobre a mesma matéria, tiverem sido assinadas anteriormente entre os Estados Partes, desde que sejam mais benéficas para a cooperação".[51] Finalmente, lembre-se que o próprio art. VII(1), da Convenção de Nova Iorque, também vem permitindo que a jurisprudência privilegie a legislação - seja interna, seja internacional - que amplie a possibilidade de reconhecimento de uma sentença anulada.[52]

Enfim, insista-se: não se está aqui a defender que o STJ deveria ter adotado essa ou aquela posição. Pelo contrário, defende-se apenas que o STJ poderia adotar uma posição mais favorável se, in casu, constatasse o abuso na ação anulatória estatal ou bem o abuso no pedido de homologação. Mais do que o acerto ou o equívoco da decisão, move-nos a esperança de que o STJ possa debruçar-se com maior profundidade sobre os motivos da anulação judicial da sentença arbitral que está a homologar. Queremos mostrar que a suposta impositividade que parece decorrer do acórdão não necessariamente representa o eco de liberdade do juízo da homologação arbitral atualmente, que tem caminhos mais modernos para estimular o diálogo com o juízo do controle da sentença, em prol de uma análise mais casuística - e, portanto, mais adaptada ao particularismo da arbitragem.

VI - A decisão anulatória argentina

Haja vista a defesa de uma maior interação entre as diversas jurisdições envolvidas por uma mesma sentença arbitral, seria no mínimo incoerente não nos aprofundarmos, ao menos de forma rápida, sobre os principais pontos da decisão judicial argentina que anulou a sentença arbitral cuja homologação se buscava na SEC 5.782. Como todo exame de um ato jurisdicional estrangeiro, trata-se de uma missão arriscada, porém necessária, já que influencia no destino de uma arbitragem efetivamente internacional e, possivelmente, na eficácia dessa sentença em várias outras jurisdições. Ao adotarmos o entendimento de que uma corte nacional pode tornar sem efeito, em qualquer outro país, a sentença resultante de uma arbitragem internacional, não há como deixarmos de examinar os fundamentos daquela decisão judicial.

Em seu § 13, a decisão argentina lembra que, à luz do art. 760 do CPC daquele país,[54] será considerada nula a sentença arbitral quando se configurar uma "falta essencial" no

procedimento, quando os árbitros proferirem laudo fora do prazo ou quando o laudo resolver pontos que não foram submetidos à arbitragem. No caso concreto, os juízes argentinos chegaram à conclusão de que os árbitros, embora em uma arbitragem sujeita ao direito substancial argentino, teriam aplicado princípios de equidade, agindo como amiable compositeurs e, assim, ultrapassando a sua missão.

O cerne do problema encontra-se na conclusão, alcançada pelo tribunal arbitral, de que o evento "contingência", materializado na desvinculação entre o dólar o peso argentino, teria ocorrido antes de 31.12.2001, o que daria então razão à EDF. Porém, segundo a sentença anulatória, a conclusão a que chegou a maioria do tribunal arbitral foi fundada em uma série de circunstâncias de cunho político-econômico resultantes de ações governamentais durante o mês de dezembro de 2001. Tais medidas já teriam sido suficientes para desvincular o dólar do peso argentino e, dessa forma, produzir o evento "contingência" do contrato entre as partes.

Ora, para os juízes portenhos, somente a Lei 25.561, sancionada em 06.01.2002, após 31.12.2001, é que teria, formalmente, revogado a paridade estabelecida pela lei anterior. Os árbitros, ao considerarem em sua decisão elementos fáticos que, antes mesmo da lei de fevereiro de 2002, já antecediam o fim da paridade cambial na Argentina, teriam julgado em afronta ao direito daquele país. Segundo aquela corte, os árbitros teriam feito alusão, por diversas vezes, ao que ocorria na "realidade" ou na " prática",[55] o que teria resultado impróprio para um tribunal julgando pelo direito.

Por mais que o raciocínio do tribunal arbitral pareça preocupar-se com a realidade dos fatos e distanciar-se de uma interpretação puramente legalista, não há dúvida de que afastou uma lei vigente que estabelecia a paridade no momento gerador do fato julgado. Porém, já aqui afirmamos que não se pode confundir uma interpretação ex lex com uma decisão literal, já que direito abrange um conjunto de elementos que vai muito além da Lei stricto sensu. Veremos inclusive, mais à frente, que a anulação de uma sentença arbitral com base no afastamento da literalidade de uma lei e na adoção de princípios comuns e gerais do direito não é uma novidade, mas lugar-comum para subsidiar a ideia de uma sentença "arbitrária" ou ultra petita.[56]

Aliás, vale notar que o recurso a princípios gerais do direito tem sido cada vez mais comum nas arbitragens internacionais, inclusive quando a lei escolhida pelas partes no contrato acaba por produzir um resultado que, in casu e inter partes, não é equitativo. A boa-fé, por exemplo, tem sido um desses princípios catalisadores da equidade em relações contratuais cuja legalidade criaria um resultado injusto. No próprio caso Norsolor, veja-se a sentença arbitral:

"In view of the difficulty involved in choosing a national law whose application would impose itself with sufficient impact, the tribunal has decided that it was appropriate, having regard to the international character of the contract, to set aside any limiting reference to a specific legislation, whether it be Turkish or French, and to apply the international lex mercatoria.

One of the underlying principles governing the latter is that good faith must preside over the formation and execution of contracts. Moreover, the emphasis put on contractual good faith is one of the dominating trends showing the convergence of national legislations in this matter".[57]

Voltando à decisão judicial argentina, é verdade que a corte portenha é lapidar ao afirmar que, conforme aquele direito, somente uma decisão legislativa poderia determinar a expiração do câmbio oficial.[58] Aqui, vemos um argumento bastante forte no sentido de defender eventual afastamento da lei para a configuração da contingência, o que poderia justificar a anulação da sentença arbitral.

Nada obstante, lembre-se que a desvinculação cambial para fins de configuração da contingência não necessariamente precisa ser aquela provocada formal e oficialmente pela lei, já que o evento-gatilho discutido não é aquele definido em uma lei, mas aquele

definido - se definido - em um negócio jurídico particular, internacional e entre empresas amplamente assessoradas. A própria natureza da operação econômica permite que se considerem fatores que se aproximam mais de uma justiça equitativa das partes envolvidas naquela transação do que em uma solução que seja coerente no sistema legislativo cambial de determinado país.

A leitura atenta da decisão anulatória argentina não deve nos levar à afirmação de seu acerto ou de seu equívoco. Isso jamais será possível, a começar pelo respeito à comity que disciplina as relações internacionais entre Estados e os seus respectivos judiciários. No entanto, a análise desse decisum permite que o juízo de homologação identifique elementos objetivos qualificadores de uma anulação puramente local - ou bem com impacto verdadeiramente internacional.

Partindo-se da premissa de que as partes elegem a arbitragem internacional também em busca de um foro neutro que não intervém no procedimento, é importante respeitar essa escolha, o que só pode ocorrer se houver essa análise da intervenção judicial no foro, a fim de identificar se ela alerta para irregularidades verdadeiramente internacionais. Portanto, a defesa da opção pela arbitragem internacional pressupõe necessariamente a defesa de uma sentença arbitral que, não obstante proferida sempre sobre uma jurisdição, não é condicionada aos requisitos de validade daquele local quando a sua homologação é demandada alhures.

VII - Alguns precedentes reveladores

O debate sobre os efeitos internacionais da anulação de uma sentença arbitral é um dos mais onipresentes na doutrina e na jurisprudência internacional, talvez por reunir discussões que vão desde a natureza jurídica de uma sentença arbitral internacional, até questões político-diplomáticas que envolvem o respeito entre as diferentes jurisdições sujeitas a uma mesma decisão. O tema mereceu monografia[59] e foi objeto de inúmeras decisões, tendo a França, nesse sentido, ocupado papel de destaque.

O que queremos aqui não é retomar esse debate, que está muito além do escopo dessas linhas, mas trazer alguns precedentes jurisprudenciais que podem sugerir, em casos semelhantes ao da presente análise, resultados diferentes. Interessa-nos mais relativizar a solução encontrada pelos tribunais argentino e brasileiro, abrindo o caminho para novas formas de interpretação - e de inspiração -, do que exaurir um tema já tão bem tratado em outras sedes.

Um primeiro exemplo pode ser retratado no precedente Bechtel, em 2005. Nesse caso, a Corte de Cassação de Dubai anulou uma sentença arbitral resultante de um procedimento no qual as testemunhas não teriam prestado sermão segundo as regras locais. Não obstante essa anulação, a sentença foi reconhecida e homologada pelas cortes francesas.[60] Embora essa decisão tenha se fundado no Acordo de Cooperação França-Emirados Árabes Unidos,[61] e não na CNI, vale transcrever excerto que deixa clara uma interpretação verdadeiramente internacional da sentença arbitral proferida em Dubai, afastando-se, assim, de eventuais vícios puramente locais:

"Considérant que, contrairement à ce que soutient encore la DAC, l'arrêt de la Cour de cassation de Dubai du 15.05.2004 ayant rendu définitive l'annulation de la sentence dans ce pays pour avoir entendu des témoins sans leur faire prêter serment, ne peut faire l'objet d'une reconnaissance en France, que les décisions rendues à la suite d'une procédure d'annulation, à l'instar des décisions d'exequatur, ne produisent pas d'effets internationaux car elles ne concernent qu'une souveraineté déterminée sur le territoire où elle s'exerce, aucune appréciation ne pouvant être portée sur ces décisions émises par un juge étranger à l'occasion d'un procès indirect ; (...)".[62]

É claro que a anulação da sentença arbitral em virtude de não terem as testemunhas prestado sermão para os seus depoimentos de acordo com a lei de Dubai não parece se comparar, ao menos quanto à "especificidade local" do vício, aos fundamentos utilizados

pelos juízes argentinos. Por outro lado, veja-se que a decisão anulatória de Buenos Aires funda-se em uma interpretação puramente literal da lei de paridade, lei de cunho local.

Portanto, o precedente Bechtel é uma primeira forma de relativizar a suposta obrigação de árbitros internacionais de considerar a aplicação de certas regras locais que não tenham impacto equitativo na relação contratual das partes, relação essa também internacional.

Nos EUA, como não mencionar o famoso caso Chromalloy,[63] em que juízes americanos homologaram uma sentença arbitral anulada no Egito em função de um vício local, qual seja, a suposta não aplicação, pelos árbitros, da lei escolhida pelas partes. Aliás, o simples raciocínio da Corte do Distrito de Columbia já demonstra que um dos principais fundamentos para o reconhecimento de uma sentença anulada é justamente a constatação de que o processo anulatório revela uma "atitude suspeita para com a arbitragem":

"Egypt's complaint that, '[T]he Arbitral Award is null under Arbitration Law, ... because it is not properly 'grounded' under Egyptian law,' reflects this suspicious view of arbitration, and is precisely the type of technical argument that U.S. courts are not to entertain when reviewing an arbitral award".[64]

Em seguida, cite-se a saga Yukos,[65] composta como uma minissérie policial resultante da tentativa do Estado russo de impedir a homologação de diversas sentenças arbitrais proferidas na Rússia, que lhe eram desfavoráveis, em foros estrangeiros. Dentre todas essas tentativas, é muito interessante examinar a atitude da Corte de Apelação de Amsterdam, que não se contentou com a mera alegação, por parte da sociedade russa Rosneft, de que as sentenças arbitrais haviam sido anuladas pelas Cortes estatais da Rússia.

Ao contrário, diante do pedido de homologação das sentenças arbitrais apresentado por Yukos, a Corte de Apelação de Amsterdam afirmou que o processo anulatório não teria sido, in verbis, "nem independente, nem imparcial, mas guiada pelos interesses do Estado russo, recebendo ordens de seu Poder Executivo".[66] Nesses casos, segundo a corte holandesa, o art. V(1)(e), da Convenção de Nova Iorque, confere ao juiz do exequatur o poder discricionário - fundamentado no termo "may" da versão inglesa da Convenção - de reconhecer as sentenças arbitrais não obstante uma decisão de anulação na sede da arbitragem.

Ainda mais interessante é ressaltar que os juízes holandeses fundaram essa decisão em indícios e provas concretas acerca da ilegitimidade do processo anulatório na Rússia, isto é, um abundante acervo probatório trazido pelo autor aos autos da demanda de exequatur, do qual faziam parte estudos e notícias que permitiam presumir circunstâncias objetivas das quais poderia ter se aproveitado a demandante russa para obter uma anulação enviesada (v.g., relatórios e resoluções do Conselho Europeu sobre o problema da corrupção do Judiciário russo, bem como diversos artigos de imprensa). Tais documentos são inclusive citados pela decisão Maximov,[67] que comentaremos a seguir, ao referir-se ao caso Yukos: "The sources present an extremely worrisome picture, in particular with respect to disputes that involve considerable interests that the Russian State considers to be its own. In cases in which the Russian regular courts and the interests referred to above are involved, that leads to the principle referred to in paragraph 2.10 above being compromised".[68]

Abre-se um diálogo entre a jurisdição de homologação da sentença arbitral e os motivos e contornos do processo anulatório na sede, cuja legitimidade serve de baliza para que o juízo de outro país entenda cabível dar efeitos jurídicos à decisão dele derivada.

Evolução desse raciocínio encontra-se no caso Maximov,[69] em que a mesma Corte de Apelação de Amsterdam, em 18.09.2012, é confrontada com uma demanda de reconhecimento promovida por Nikolai Maximov em face de Novolipetsk Metallurgical

Kombinat (NLMK), a fim de executar na Holanda uma sentença arbitral proferida na Rússia e anulada pelo Tribunal d'Arbitrazh de Moscou, a mesma corte - e o mesmo juiz - responsável por anular as sentenças Yukos. Aqui, os magistrados holandeses não se limitam a aceitar provas e indícios - já carreados aos autos de Yukos - para presumir a suposta irregularidade da anulação russa.

Ao contrário, partem da premissa de que todo procedimento judicial estrangeiro é regular e que somente a prova concreta de supostos vícios é que podem impedir a homologação de uma sentença arbitral anulada naquele âmbito. É exatamente nesse sentido que a Corte de Amsterdam, reconhecendo não deter tais indícios, determina a nomeação de experts em direito russo para averiguar a legitimidade do procedimento anulatório.[70]

A nosso ver, a decisão em Maximov é o ápice - até agora - desse movimento de reaproximação das diferentes jurisdições envolvidas no controle de uma sentença arbitral e, portanto, de um movimento de busca da equidade entre as partes na arbitragem. Como diz William Park,[71] o reconhecimento das sentenças anuladas não deveria depender tanto da natureza dessa invalidação, mas considerar "se essa anulação foi realizada de boa-fé e corresponde às noções fundamentais de justiça". Dessa forma, "a pedra de toque para acolher os efeitos das decisões estrangeiras de anulação reside na inexistência de fraude ou de influência abusiva, em conformidade com os princípios fundamentais de ordem pública internacional".[72] É essa ideia que deve abrir o caminho para que a comunicação entre os juízos de controle de uma mesma sentença arbitral possam deixar de lado uma atitude isolacionista a fim de adotar uma postura de cooperação, única capaz de trazer à arbitragem internacional uma justiça também internacional.

VIII - Em conclusão

Esse breve panorama da jurisprudência internacional não tem como objetivo subentender que a decisão judicial argentina no caso EDF era irregular ou ilegítima. Ao mesmo tempo, é verdade que os argumentos dos juízes portenhos em muito se aproximem dos fundamentos utilizados em outras decisões que se fundam em fatores locais para tornar viciada uma decisão internacional.

Entretanto, mais importante do que fazer qualquer juízo de mérito quanto ao acerto ou equívoco tanto da decisão argentina quanto da decisão brasileira, no STJ, é demonstrar que essa última poderia ter ido muito além de um raciocínio binário caso se aproximasse dos fundamentos da demanda anulatória da sede. Portanto, é em busca da superação da dicotomia, em busca do multifacetário, que vamos aqui, a fim de defender esse diálogo, já tão consagrado alhures, entre as jurisdições de controle de uma sentença arbitral.

---

1 Camus, Albert. La chute. Paris: Gallimard, 1956. p. 55.

2 Lei 13.129, de 26.05.2015, que entrou em vigor em 27.07.2015, que modificou a Lei 9.407/1996.

3 Lei 13.105, de 16.03.2015, que entra em vigor no dia 18.03.2016.

4 STJ, SEC 5.782/AR, Corte Especial, j. 02.12.2015, v.u., rel. Min. Jorge Mussi, DJe 16.12.2015.

5 À época do contrato, tais ações eram detidas pela Astra Compañia Argentina de Petróleo S.A., depois incorporada pela YPF, razão pela qual se permite essa pequena imprecisão para fins didáticos.

6 A decisão judicial argentina será examinada com vagar à frente.

7 Citado pelo parecer do Ministério Público Federal ("MPF") neste caso, disponível nos autos virtuais do processo (E-STJ, § 12).

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

9 "1. Somente poderão ser denegados o reconhecimento e a execução da sentença por solicitação da parte contra a qual for invocada, se esta provar perante a autoridade competente do Estado em que forem pedidos o reconhecimento e a execução: (...) e) que a sentença não é ainda obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do estado em que, ou de conformidade com cuja lei, foi proferida essa sentença" (itálico nosso).

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

11 Cite-se J. Paulsson (Paulsson Jan, "L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL)", Bull. CCI, vol. 9, n. 1, maio 1998), J.-F. Poudret et S. Besson (Poudret Jean-François, Besson Sébastien, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich: Bruylant, Schulthess, LGDJ, 2002, § 924), Redfern and Hunter (Blackaby Nigel, Partasides Constantine (avec Redfern Alan, Hunter Martin (Redfern and Hunter on international arbitration, New York: Oxford University Press, 2009, p. 639), O. Chukwumerije (Chukwumerije, Okezie. Choice of law in international commercial arbitration, Westport: Quorum Books, 1994, p. 95), Van den Berg (Van den Berg, Albert Jan. The New York Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation. The Hague: TMC Asser Institute, 1982, p. 265), G.
Delaume (Enforcement against foreign state of an arbitral award annuled in the foreign state, Revue de droit des affaires internationale, 1997, p. 254).

12 Cf. por exemplo, o caso Chromalloy (US District Court, District of Columbia, 31 juil. 1996. In the Matter of the Arbitration of Certain Controversies Between Chromalloy Aeroservices, a division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. The Arab Republic of Egypt, n. 94-2339 (JLG) (939 F.Supp. 907).

13 1. 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: (...)" (itálico nosso). O mesmo aplica-se para a versão inglesa da Convenção Interamericana: "1. The recognition and execution of the decision may be refused, at the request of the party against which it is made, only if such party is able to prove to the competent authority of the State in which recognition and execution are requested: (...)".

14 Paulsson Jan, Rediscovering the NY Convention: further reflections on Chromalloy, Mealey's Int'l Arb. Rep., 1997, p. 22, tradução livre.

15 Parecer do Ministério Público Federal, § 22.

16 Para tanto, apoia-se em diversos dicionários (Ibidem, § 29).

17 Paulsson Jan, Rediscovering the NY Convention: further reflections on Chromalloy,

op. cit., p. 22.

18 Veja-se o principal objetivo da Convenção: "The Convention's principal aim is that foreign and non-domestic arbitral awards will not be discriminated against and it obliges Parties to ensure such awards are recognized and generally capable of enforcement in their jurisdiction in the same way as domestic awards" (disponível em: [www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf]. Acesso em: 07.03.16).

19 Disponível em: [www.newyorkconvention.org/draft+convention]. Acesso em: 08.03.2016.

20 Art. (2), do Miami Draft.

21 Paulsson Jan, L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL), Bull. CCI, vol.9, n. 1, p. 21, maio 1998.

22 Cass., 1re Ch. civ., 23.03.1994, Société Hilmarton Ltd. v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV), JDI, 1994, p. 701.

23 Clay Thomas, "Arbitrage international - Sentence arbitrale - Annulation dans le pays du siège - Exécution en France - Autonomie de la sentence internationale - Convention de New York du 10 juin. 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères - Compatibilité avec une autre sentence", JDI, 2007, comm. 23, p. 1242.

24 "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".

25 Art. 1.514, Code de procédure civile. No original: "Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international".

26 Clay Thomas, France, terre d'asile de sentences non exécutées, D, 2004, p. 3185, tradução livre. No original: "terre d'asile de sentences en mal d'exécution"

27 Itálico nosso.

28 Parecer do Ministério Público Federal, § 28.

29 Parecer do Ministério Público Federal, § 30.

30 Por exemplo, cf. US District Court, District of Columbia, 31 juil. 1996. In the Matter of the Arbitration of Certain Controversies Between Chromalloy Aeroservices, a division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. The Arab Republic of Egypt, n. 94-2339 (JLG) (939 F.Supp. 907).

31 Por exemplo, cf. Court of Appeal, Yukos Capital S.A.R.L v. OJSC Rosneft Oil Company, [2012] EWCA Civ 855.

32 Por exemplo, cf. US District Court, District of Columbia, 31 juil. 1996. In the Matter of the Arbitration of Certain Controversies Between Chromalloy Aeroservices, a division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. The Arab Republic of Egypt, n. 94-2339 (JLG) (939 F.Supp. 907).

33 Northfleet, Ellen Gracie. Homologação de Sentença Estrangeira Contestada 5.782 - Legal Opinion. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 45, p. 279 et seq.

34 Idem, p. 285.

35 Art. 31(1), Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados apud Northfleet, Ellen Gracie. Op. cit., 285.

36 Idem, p. 286, itálicos nossos.

37 Disponível em: [http://interarb.com/vl/g_co1927 (art. 1(d))]. Acesso em: 14.03.2016.

38 A ex-Ministra também cita o caso Yukos, já referido por nós supra.

39 Levy, Daniel. Les abus de l'arbitrage commercial international. Paris : L'Harmattan, 2015. passim.

40 Op. cit., p. 289.

41 Levy, Daniel. Idem, p. 453-454.

42 Op. cit., p. 291.

43 Op. cit., p. 294.

44 SEC 5.782, p. 14.

45 SEC 5.782, p. 12.

46 SEC 5.782, p. 13.

47 Ibidem. Nesse sentido, o acórdão cita o art. 15 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; (...)".

48 SEC 5.782, p. 15.

49 Ibidem.

50 ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, (© International Council for Commercial Arbitration; International Council for Commercial Arbitration 2011) p. 77.

51 Itálicos nossos.

52 Nesse sentido, inúmeros casos da jurisprudência francesa (por exemplo, Cass., 1re Ch. civ., 29 juin 2007, Société PT Putrabali Adyamulia v. Monsieur le Procureur Général près la Cour d'appel de Paris. Société Moguntia Est Epices. société Rena Holding, anciennement dénommée Est épices. Bull. civ., 2007, I, n. 250) e americana (US District Court, District of Columbia, 31 juil. 1996, In the Matter of the Arbitration of Certain Controversies Between Chromalloy Aeroservices, a Division Of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. The Arab Republic Of Egypt, n. 94-2339 (JLG) (939 F.Su 907)).

54 Art. 760 do CPC (LGL\2015\1656) argentino. Atualmente, refira-se ao novo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que promoveu uma verdadeira reforma no

direito arbitral daquele país, trazendo para os seus arts. 1.649 et seq. dispositivos sobre o "contrato de arbitraje".

55 E-STJ, f. 2.031 et seq.

56 Foi exatamente o ocorrido no famigerado caso Norsolor, em 1984, em que a Corte de Apelações de Viena anulou uma sentença arbitral em virtude de sua natureza supostamente ultra petita, pois os árbitros, diante da dificuldade de aplicar uma lei nacional, decidiram pela aplicação da lex mercatoria. Tal sentença, não obstante a anulação austríaca, foi homologada pela Corte de Cassação francesa (cf. Cass., 1re Ch. civ., 9 oct. 1984, Société Palbalk Ticaret Sirketi v. Société Norsolor. Rev. arb., 1985, p. 431 - note Goldman Berthold).

57 CCI, 26 oct. 1979, Société Palbalk Ticaret Sirketi v. Société Norsolor, aff. n. 3131, JDI 1981, p. 920 - obs. Derains Yves, Rev. arb. 1983, p. 530 ; Yearb. Comm. Arb. 1984, p. 109, itálicos nossos.

58 Decisão argentina, e-STJ, f. 2047.

59 Gharavi Hamid G., The international effectiveness of the annulment of an arbitral award, The Hague: Kluwer Law International, 2002.

60 CA Paris, 29 sept. 2005, Direction générale de l'aviation civile de l'Émirat de Dubai v. Société internationale Bechtel, Rev. arb., 2006, p. 695.

61 Lembre-se que os EAU não aderiram à CNI.

62 CA Paris, 29 sept. 2005, Direction générale de l'aviation civile de l'Émirat de Dubai v. Société internationale Bechtel, Rev. arb., 2006, p. 695, itálicos nossos.

63 US District Court, District of Columbia, 31 juil. 1996. In the Matter of the Arbitration of Certain Controversies Between Chromalloy Aeroservices, a division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. The Arab Republic of Egypt, n. 94-2339 (JLG) (939 F.Supp. 907).

64 Ibidem, § 911.

65 Holanda. Corte de Apelação de Amsterdam, 28.04.09, Yulos Capital SARL v. OAO Rosneft. Revue de l'arbitrage 2009, p. 557. O recurso contra a decisão da Corte de Apelação foi rejeitado pela Corte Suprema holandesa em 25.06.2010. Para uma análise crítica da decisão da Corte Suprema, cf. Van Den Berg Albert Jan, Enforcement of arbitral awards annulled in Russia. Case comment on Dutch Supreme Court of 25 june 2010. Revista Brasileira de Arbitragem 30/63-64, 2011.

66 Ibidem. Tradução livre. No original: "[...] is not impartial and independent, but is directed by the interests of the Russian state and receives its orders from the Russian executive".

67 Court of Appeal of Amsterdam The Netherlands . Third Civil Division Sitting with Three Judges. 18.09.2012. Nikolai Viktorovich Maximov. residing in Moscow. Russian Federation, Appellant, v. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat, a company incorporated in accordance with the laws of the Russian Federation, having its registered office in Lipetsk, Russian Federation, Respondent.

68 Ibidem, § 2.11.

69 Idem. Já tivemos a ocasião de comentar o caso em Daniel Levy, De Yukos a Maximov: em busca do pragmatismo no processo de reconhecimento da sentença arbitral anulada, Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 37, jul. 2013.

70 In verbis: "Incidentally, the Court of Appeal also does not have sufficient information available from an objective source with respect to the persons of Messrs Lisin and Maximov, the actions of the Russian State in criminal proceedings and/or the person of the judge who quashed the Arbitral Award, in order to justify the conclusion in question" (§ 2.12). "In this context the Court of Appeal considers it necessary to have one or more independent experts inform the Court of Appeal, in particular with respect to the content of Russian law. Therefore, the Court of Appeal intends to order that an expert opinion be issued. The case will be referred to the cause list in order to give the parties an opportunity to give their views with respect to the number of experts and the person(s) who should be appointed in that capacity, the questions to be posed and the advance" (2.13).

71 Park William W., Duty and discretion in international arbitration. Am. Journ. Int. L. 1999, p. 823, tradução livre.

72 Ibidem. Tradução livre. No original: "The touchstone for deference to court judgments about arbitration, as to arbitral awards themselves, lies in the absence of fraud and undue influence, and conformity with basic notions of international public policy".

53 E-STJ, f. 2.031 et seq.