

CORTE DE APELAÇÃO DE PARIS

Extensão da cláusula e denegação de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira – República Democrática Popular Lau (Laos) Contra Thai Lao Lignite (TLL) e Hongsa Lignite (HLL)
Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 42/2014 | p. 361 | Jul / 2014
DTR\2014\15113

Maria Claudia Procopiak

Advogada no escritório Dechert LLP (Londres, Reino Unido).

Claire Debourg

Professora (Maître de conférences) na Universidade Paris Ouest (Nanterre – la Défense).

Área do Direito: Arbitragem

Resumo: O comentário discute decisão proferida pela Corte de Apelação de Paris que terminou por anular sentença arbitral que havia usado o mesmo critério de apuração de prejuízo para contratos coligados. O tema da existência de convenção de arbitragem é tratado à luz da autonomia jurisdicional dos contratos coligados e das consequências concretas desta autonomia sobre o poder dos árbitros.

Palavras-chave: Arbitragem - Contratos coligados - Existência da convenção de arbitragem - Anulação de sentença arbitral.

Abstract: The commentary discusses a decision rendered by the Paris Court of Appeal, which ended up vacating an arbitral award that applied the same assessment of damages to a multi-contract dispute. The existence of the arbitration clause is analyzed vis-à-vis the jurisdictional autonomy of related contracts and the effects of such autonomy to the arbitrators' power.

Keywords: Arbitration - Multi-contract dispute - Existence of an arbitration clause - Challenge of arbitration award.

Sumário:

Contexto - I.Caracterização da autonomia jurisdicional dos contratos coligados - II.Consequências concretas da autonomia jurisdicional dos contratos coligados - A.Incompetência parcial e recusa total do *exequatur* - B.Limitação dos poderes do Tribunal Arbitral sobre os contratos exteriores à sua competência - III.Conclusão

O acórdão comentado¹ é apenas uma das faces de um contencioso complexo que resultou em diversos procedimentos em vários países. Além da França, procedimentos de execução da sentença arbitral foram iniciados na Inglaterra, nos Estados Unidos e em Singapura. Em cada um desses países o resultado obtido foi diferente (e as razões que levaram a tais resultados também são distintas).

A decisão que nos interessa por ora foi proferida pela Corte de Apelação de Paris, em 19.02.2013, como resultado de um recurso interpostos pelo Laos contra a decisão de *exequatur* da sentença arbitral.

O litígio que deu origem à sentença cuja execução foi requerida na França é decorrente de um projeto de extração mineral com fins de produção de eletricidade no Laos, que se materializou através da conclusão de diversos contratos.

De início, em 29.05.1992, a sociedade Thai-Lao Lignite (TLL) e o governo do Laos concluíram um contrato de concessão de lavra autorizando a exploração e aproveitamento de lignite por TLL sobre um perímetro definido na região de Hongsa, no Laos. Em razão disso, as partes criaram a sociedade HLL, da qual 75% da participação pertencia à TLL e os 25% restantes ao Laos. Por um aditivo de 21.07.1993, as partes estenderam o perímetro da concessão e a TLL foi autorizada a iniciar os estudos necessários à construção de uma central elétrica movida à lignite. Os dois contratos eram regidos pelo direito Laosiano e previam arbitragem no Laos.

Paralelamente, o Laos e a Tailândia estavam em negociações para a venda de energia do Laos a

uma agência governamental tailandesa. Estas negociações foram concluídas em junho de 1993, através da assinatura de um protocolo de intenções entre os dois governos.

Diante dessas circunstâncias, o projeto de produção de eletricidade a partir da lignite se concretizou pela conclusão, entre o Laos e TLL, em 22.07.1994, de um contrato de concessão para a construção de uma central elétrica destinada a alimentar a Tailândia (Acordo de Desenvolvimento de Projeto ou ADP). Tal contrato concedia à TLL o direito exclusivo de localizar e explorar as reservas de carvão lignite na região de Hongsa, assim como operar as usinas elétricas para vender a eletricidade à agência tailandesa. Este contrato previa uma arbitragem *ad hoc* na Malásia, de acordo com o regulamento Uncitral e era regido pela lei do Estado de Nova Iorque.

Assim construído, o projeto foi, no entanto, afetado pela crise econômica asiática do final dos anos 90, o que levou a Tailândia a suspender os contratos de compra de eletricidade do Laos. Esta suspensão teve como resultado o abandono do projeto de construção da central e a rescisão, pelo Laos, dos diferentes contratos, a saber, do ADP em 05.10.2006 e dos contratos de concessão de lavra em 11.10.2006. Esta rescisão suscitou uma ação conjunta da TLL e HLL, que iniciaram um procedimento de arbitragem contra o Laos sob o fundamento da cláusula compromissória contida no ADP.

Em 04.11.2009, ao fim de uma arbitragem conduzida sob o regulamento Uncitral, o tribunal arbitral proferiu uma sentença em Kuala Lumpur, através da qual declarava indevida a rescisão do ADP pelo Laos e o condenava ao pagamento de USD 56.210.000,00 aos demandantes, à título de indenização e custos do procedimento.

Esta sentença foi objeto de diversas demandas de homologação em diferentes países. Na França, o *exequatur* foi concedido através de uma decisão de 15.07.2010. O Laos interpôs apelação contra esta decisão em 05.11.2010.

Em suas razões de apelação, o Laos alegava principalmente que os árbitros teriam decidido sem convenção de arbitragem, primeiro, *ratione materiae*, uma vez que eles teriam se pronunciado sobre um litígio relativo ao contrato de concessão de lavra, e segundo, *ratione personae*, ao se pronunciar em relação à HLL, que não era parte do contrato que continha a cláusula compromissória, bem como em relação ao prejuízo sofrido por duas outras sociedades. Também invocou a irregularidade da constituição do tribunal arbitral, a falha dos árbitros em cumprir sua missão, assim como a violação do princípio do contraditório e da ordem pública internacional, por terem modificado o fundamento do pedido de indenização sem terem convocado as partes para se pronunciar sobre esta questão.

Paralelamente a este procedimento na França, o Laos propôs uma ação anulatória da sentença arbitral na Malásia, sede da arbitragem. O Tribunal Superior (*High Court*) de Kuala Lumpur primeiro rejeitou a demanda, tendo em vista que o Laos teria apresentado a ação anulatória intempestivamente. De fato, enquanto o prazo seria de 90 dias, o Laos levou quase um ano para requerer a anulação da sentença.

Mas em 28.12.2012 o Tribunal Superior de Kuala Lumpur, depois de ter concedido uma extensão do prazo para pedir a anulação, decretou a anulação da sentença sob o fundamento de que a sentença arbitral teria erroneamente analisado e decidido sob a base tanto do contrato de concessão de lavra, regido pela lei laosiana, quanto do ADP, regido pela lei de Nova Iorque. Para a corte, teria havido um excesso de competência, de acordo com a seção 37 da lei malaia de arbitragem.

A sentença foi anulada em sua integralidade, sob a justificativa de que seria impossível para os juízes distinguir as partes da sentença que não teriam relação a cada um dos contratos.

As sociedades vencedoras da arbitragem apelaram contra esta decisão.

Na França, o Laos buscou que esta anulação fosse levada em consideração durante o procedimento de apelação contra a decisão de *exequatur*. Sendo assim, solicitou à Corte a revogação da decisão terminativa, de modo que o debate fosse reaberto e ela pudesse proferir uma nova decisão.

Sem grande surpresa, a Corte de Apelação de Paris recusou este pedido, sem levar em consideração a decisão de anulação. Esta atitude da Corte repete uma solução já bem sedimentada no direito francês² sobre a qual muito já foi escrito.³ A Corte entendeu que na medida em que “a anulação de uma sentença estrangeira pela jurisdição do país no qual ela foi proferida não é uma

razão de recusa de reconhecimento na França”, esta decisão de anulação não justificaria a revogação da decisão terminativa afim de que se pudesse reabrir os debates.⁴ A solução já clássica não chega a ser invocada expressamente no acórdão.

Por outro lado, a Corte de Apelação se mostrou sensível ao argumento fundado na ausência de convenção de arbitragem, nos termos do art. 1502 1.º do (antigo) CPC. Com efeito, segundo o apelante, o contrato de concessão de lavra de 1992 e o ADP de 1994 eram contratos distintos, contendo cláusulas de resolução de conflitos incompatíveis e, ainda por cima, regidos por leis distintas. Assim, conforme este argumento, ao se pronunciarem sobre as perdas e danos devidas à TLL e HLL em razão dos investimentos realizados no âmbito dos dois contratos, os árbitros teriam agido sem base em convenção de arbitragem.

A Corte de Apelação de Paris, prosseguindo na análise dos contratos, considerou que as partes tinham a intenção de tratá-los de forma autônoma. Portanto, ao calcular o prejuízo sofrido a partir dos elementos de ambos os contratos ao mesmo tempo em que a arbitragem fora instituída com base na cláusula compromissória de apenas um deles, o tribunal arbitral teria agido em parte sem convenção de arbitragem, o que justificaria a recusa do *exequatur* da sentença, em sua integralidade.

Esta solução, que em princípio não surpreende muito, traz um esclarecimento sobre a autonomia jurisdicional dos contratos coligados (I) e sobre as consequências concretas desta autonomia sobre o poder dos árbitros (II).

I. Caracterização da autonomia jurisdicional dos contratos coligados

O caso traz alguma claridade sob a dificuldade de determinar se os contratos coligados são sujeitos a um regime jurisdicional único ou não.

O Laos criticou os árbitros por terem se pronunciado tanto em relação ao ADP, cuja cláusula compromissória servia de fundamento à jurisdição arbitral, quanto ao contrato de concessão de lavra, que continha outra cláusula compromissória, para avaliar o prejuízo sofrido por TLL e HLL. Em outros termos, criticou os árbitros por terem se pronunciado, em parte, sem convenção de arbitragem. Mais precisamente, não se tratava da existência da convenção de arbitragem, esta incontroversa, mas sim da extensão da cláusula compromissória estipulada no ADP.

Conforme a solução já clássica em direito francês, a Corte de Apelação de Paris procedeu a uma análise profunda da jurisdição arbitral, levando em conta todos os elementos de fato e de direito para apreciar a existência da convenção de arbitragem.⁵

Tal abordagem foi criticada por alguns advogados, segundo os quais a Corte teria excedido o seu papel ao exercer um juízo sobre a interpretação de certas cláusulas litigiosas feita pelo tribunal arbitral.⁶ Esta crítica, que remete de imediato à proibição da revisão do mérito das sentenças arbitrais, não parece todavia justificável sob a ótica da concepção francesa do controle da jurisdição arbitral. De fato, diversamente da análise da contrariedade da sentença à ordem pública, que deve ser analisada *prima facie*, o controle da jurisdição dos árbitros consiste em uma análise aprofundada.

O objetivo desta análise, claramente vislumbrada pela Corte, é de buscar a real intenção das partes. A questão merecia ser vista, segundo os próprios termos do ADP, como dois contratos representando “dois projetos distintos mas relacionados”,⁷ e concluídos entre as mesmas partes. Certamente, não se pode ignorar que estes contratos, apesar de distintos, se prestavam à realização de uma mesma operação econômica, sendo mais do que simples contratos sucessivos concluídos entre as mesmas partes.

Ora, não existe no direito francês um critério objetivo no que se refere à jurisdição arbitral em matéria de litígios envolvendo contratos coligados. Logo, é na medida da vontade das partes que deve ser analisada a existência e a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem.⁸ Esta avaliação passa necessariamente por um exame atento dos contratos em questão.

A Corte, assim, procedeu à análise dos dois contratos em questão: de um lado, do contrato de concessão de lavra de 1992, pelo qual o Laos concedeu à TLL a concessão de exploração de minérios, e do outro lado o ADP de 1994, pelo qual o Laos concedeu à TLL uma concessão para a construção e operação de uma central elétrica. Especificamente, a Corte comparou dois elementos

destes contratos: a cláusula de direito aplicável e a cláusula de resolução de conflitos. A constatação foi inequívoca. O primeiro destes contratos continha uma cláusula de resolução de conflitos que remetia ao “Laotian Board of Economic Conciliation”, da justiça Laosiana, ou da “Laotian Court of International Economic Dispute Settlement Organization” (instituição de arbitragem de investimentos) e de uma cláusula de direito aplicável em favor do direito Laosiano. O segundo contrato continha uma cláusula de arbitragem *ad hoc* Uncitral, com sede em Kuala Lumpur e previa a aplicação do direito Laosiano sobre as questões de assinatura e autorização do contrato, e do direito do Estado de Nova Iorque para as outras questões, especialmente para interpretação do contrato.

Ao invés de poderem ser analisadas como a reiteração da vontade das partes em recorrer à arbitragem, as cláusulas de resolução de conflitos destes contratos parecem, pelo contrário, indicar que as partes desejavam o fracionamento do contencioso. Com efeito, embora ambos os contratos fossem sujeitos à arbitragem, as suas cláusulas previam modalidades extremamente diferentes quanto à sede, quanto ao procedimento e à lei aplicável: arbitragem institucional de acordo com a lei laosiana de um lado e arbitragem *ad hoc* de acordo com o regulamento Uncitral e a lei de Nova Iorque de outro lado. Ora, se não basta que as cláusulas compromissórias sejam diferentes para que sejam incompatíveis, a quantidade e a natureza das divergências entre elas lhes tornavam de fato incompatíveis.⁹ Com efeito, é facilmente admissível que uma cláusula de arbitragem institucional e uma cláusula de arbitragem *ad hoc* são incompatíveis,¹⁰ ainda mais quando não preveem a mesma sede.

Todavia, a Corte não se limitou a este ponto para analisar a vontade das partes. Ela também procedeu ao exame de outras cláusulas do contrato pelas quais as partes pareciam abordar a questão da coordenação entre os diferentes acordos.¹¹

Apesar das ambiguidades, a Corte extraiu destas cláusulas “a vontade comum das partes de conservar a autonomia dos diferentes contratos, reafirmando a preservação de direitos resultantes das convenções anteriores ao ADP”. Com efeito, as cláusulas do contrato de concessão de lavra subsistiram à conclusão do ADP.

Diante disso, a solução não causa espanto. A Corte de Apelação de Paris se satisfez em considerar a autonomia dos contratos, conforme a vontade das partes, e dos regimes jurisdicionais distintos. Assim, o acórdão traça um limite claro – e clássico – às intromissões entre contratos que as partes desejavam fossem autônomos. Entretanto, este limite deve ser analisado sob a ótica das consequências sobre a extensão da competência dos árbitros. Neste sentido, o acórdão adota uma solução particularmente rigorosa.

II. Consequências concretas da autonomia jurisdicional dos contratos coligados

No caso em tela, a autonomia dos regimes jurisdicionais dos dois contratos coligados tem consequências em dois níveis: não só em relação ao poder dos árbitros, mas também em relação à sentença. De fato, se é evidente que o contrato de concessão de lavra estava excluído da competência dos árbitros, a questão se coloca em saber até que ponto o tribunal arbitral poderia levar esse contrato em consideração na análise da disputa sobre a qual tinha jurisdição.

Nesse caso, os árbitros se pronunciaram sobre as consequências da rescisão do ADP pela RDP LAO. Após tê-la julgado irregular, os árbitros se questionaram sobre o montante do prejuízo sofrido por TLL e HLL.

Para proceder a esta valoração, os árbitros examinaram as demandas de TLL e HLL referentes ao contrato ADP. Conforme o seu art. 15.1,¹² os árbitros apreciaram este valor em razão “do custo do investimento total realizado por TLL”. A dificuldade vinha do fato de que eles incluíram como investimentos de TLL despesas anteriores à assinatura do ADP, que na verdade diziam respeito à execução de contratos anteriores e portanto não cobertos pela cláusula, uma vez que os contratos seriam independentes do ponto de vista jurisdicional. Para o Laos, os únicos custos em questão deveriam ser aqueles decorrentes do ADP e não os dos contratos anteriores.

Sobre esta questão, a Corte de Apelação adotou o raciocínio do requerente e julgou “que ao se pronunciar sobre a indenização dos prejuízos referentes a contratos distintos [do que aquele que lhes atribuía poderes jurisdicionais], que continham suas próprias cláusulas de resolução de conflitos, e que subsistiam posteriormente à conclusão [do contrato em disputa], os árbitros

decidiram em parte sem convenção de arbitragem”.

Por esta razão, a Corte reformou a decisão de *exequatur* da sentença.

A solução, certamente necessária, é todavia rigorosa em dois aspectos: primeiro, por conduzir a uma recusa total do *exequatur* (A) e segundo, por que retém uma concepção bastante limitada dos poderes do árbitro sobre os contratos exteriores àquele que contém a cláusula compromissória que funda a sua competência (B).

A. Incompetência parcial e recusa total do exequatur

Primeiramente, a incompetência dos árbitros era apenas parcial, uma vez que só o primeiro contrato estava fora do campo de aplicação da convenção de arbitragem. A Corte de Apelação de Paris assim reconheceu que “os árbitros decidiram em parte sem convenção de arbitragem”. Entretanto, a recusa de *exequatur* da sentença é total.

Diante de uma situação como essa, surge a questão sobre a possibilidade de um *exequatur* parcial, com o reconhecimento da parte essencial da sentença. O debate sobre essa questão se cristaliza ao redor do princípio que interdita o juiz de revisar a sentença na fase de homologação, na medida em que se poderia estimar que um *exequatur* parcial representaria uma modificação da sentença, através da seleção do que é eficaz sobre o território em causa. O argumento não convence plenamente e outros poderiam dizer que não se trata de adentrar o conteúdo da sentença, mas de preservar ao máximo sua eficácia. Com efeito, às vezes é preferível que o juiz profira uma decisão de homologação limitada à uma parte da sentença, preservando assim o resultado de longos e custosos meses de procedimento arbitral, tendo em vista que a irregularidade afeta apenas uma parte da sentença. Assim, uma parte da doutrina francesa se pronunciou em favor de tal homologação parcial¹³ e a jurisprudência francesa também já decidiu nesse sentido.¹⁴ Tal solução, comum em direito comparado e também vislumbrada em alguns instrumentos internacionais,¹⁵ é também sugerida pela alínea 2 do art. 1.527 do CPC Francês, ao dispor que “a rejeição da apelação ou do recurso em anulação confere homologação à sentença arbitral ou às suas disposições que não são afetadas pela censura da corte”.

Entretanto, é necessário que tal solução seja possível em vista das disposições da sentença. Com efeito, a condição para proferir a homologação parcial é a possibilidade de dissociar as disposições censuradas daquelas que podem ser mantidas, sem que isso afete o equilíbrio da sentença. Desta forma, tal condição não é preenchida em caso de indivisibilidade das disposições da sentença,¹⁶ mas algumas situações intermediárias exigem uma análise mais detalhada.

No caso em espécie, a homologação parcial seria certamente difícil.¹⁷ A dificuldade estaria em saber se seria possível separar aquilo que seria referente à valoração do prejuízo no que concerne o primeiro contrato. No presente caso, deve-se reconhecer que, se a subtração do prejuízo decorrente da execução do primeiro contrato seria em tese concebível, na medida em que a condenação a indenizar o prejuízo decorrente do segundo contrato não dependeria do cálculo do prejuízo decorrente do primeiro contrato, ela dependeria de um novo cálculo e conseqüentemente uma reavaliação do prejuízo, o que se assemelharia a uma modificação da sentença. As coisas poderiam ter sido diferentes caso a sentença arbitral tivesse considerado os prejuízos decorrentes de cada contrato de maneira autônoma e sucessiva. O acórdão menciona que a sentença arbitral considerava a “massa da indenização atribuída”, o que se confirma através da leitura da sentença.

B. Limitação dos poderes do Tribunal Arbitral sobre os contratos exteriores à sua competência

Segundo, ainda que seja claro que os árbitros não eram competentes para conhecer do primeiro contrato, tendo as partes manifestado, notadamente pela estipulação de cláusulas de resolução de conflitos incompatíveis, a intenção de dissociar o regime jurisdicional dos dois contratos, a solução parece severa quando se considera as modalidades concretas de tomada em consideração (“prise en compte”) do primeiro contrato. Com efeito, se é certo que os árbitros não podem julgar um litígio decorrente de um contrato sobre o qual eles não têm competência, é possível distinguir entre a simples tomada em consideração de um contrato externo à competência do árbitro e a real aplicação de tal contrato.¹⁸ Se a segunda é excluída em razão da separação da competência arbitral, a primeira é frequentemente invocada e até mesmo desejada.¹⁹

A distinção é útil e atraente, mas deve-se reconhecer que ela é de aplicação delicada. Não existe regra estabelecida sobre essa questão e a distinção depende essencialmente das circunstâncias de cada caso.

Sem dúvidas, a solução pode resultar da análise das sentenças e decisões que permitam o esclarecimento destas noções. Neste sentido, verificamos uma sentença arbitral CCI não publicada, proferida em 1997,²⁰ segundo a qual convém distinguir “entre, de um lado, a submissão à arbitragem de um litígio que deriva de um contrato determinado e, de outro lado, a tomada em consideração à título de fatos, de contratos e sua execução, no contexto da decisão de um conflito cuja origem seja outro acordo”. Outras sentenças e decisões vão neste sentido, ao ponto de um autor afirmar que “a convenção exterior é (...) amplamente utilizada pelos árbitros como um fato e a todos os fins úteis, ou seja: a definição do contexto factual do conflito, a interpretação da vontade das partes ao contrato litigioso e a definição das obrigações litigiosas (e eventualmente sua criação)”.

Na espécie, é delicado determinar a que título os árbitros aplicaram o primeiro contrato. O Laos alega que os árbitros se pronunciaram sobre o litígio relativo à concessão de lavra. Uma tal afirmação merece que nós lhe dediquemos um pouco mais de atenção. Com efeito, a sentença arbitral não faz menção expressa ao contrato de concessão de lavra. Ela se contenta em mencionar dentre as causas de prejuízo algumas despesas que teriam sido incorridas antes da conclusão do ADP. O fato de levar em consideração as despesas incorridas no contexto da execução do primeiro contrato, primeira etapa de uma operação global concretizada através do segundo contrato que continha a cláusula compromissória, para avaliar o prejuízo sofrido em razão da rescisão deste segundo contrato, decorre da aplicação ou da simples tomada em consideração deste primeiro contrato? Em outras palavras, o contrato de concessão de lavra foi aplicado ou apenas levado em consideração como questão de fato?

A questão é saber se as condenações foram com base nas estipulações do primeiro contrato, caso em que estariam fora da competência arbitral.²¹ Ora, não se trata de uma decisão dos árbitros sobre a rescisão do primeiro contrato, estranho à competência arbitral, tampouco de uma decisão sobre execução forçada – ou equivalente – das obrigações decorrentes deste primeiro contrato. Não parece ainda que os árbitros tenham se baseado neste contrato. Eles se contentaram em incluir no cálculo das perdas e danos as despesas anteriores à conclusão do contrato em disputa, que resultavam manifestamente da execução do primeiro contrato.

Precisamente, segundo a Corte de Apelação de Paris, a dificuldade resultaria essencialmente da tomada em consideração das despesas com a construção de estradas no cálculo da indenização, enquanto o essencial destas despesas teria sido efetuada anteriormente à conclusão do ADP. Entretanto, a simples anterioridade das despesas levadas em consideração na avaliação do prejuízo em relação ao contrato cuja rescisão motiva a demanda, tal como evidenciado pelo acórdão, poderia facilmente ser decorrente da simples cronologia e não ser considerada como uma condenação baseada nos termos do primeiro contrato.

Poderíamos até mesmo nos questionar se se trata de uma tomada em consideração. Com efeito, “o dano é uma noção puramente circunstancial”,²² o fato de que as despesas que foram levadas em conta na avaliação do prejuízo resultante da execução de um outro contrato significa que as partes levaram em consideração este contrato ou simplesmente que eles levaram em consideração o conjunto das despesas efetuadas para a realização do projeto? Ao final, se os árbitros tivessem levado em consideração as despesas efetuadas anteriormente, na ausência de contrato, no contexto das negociações – que, diga-se de passagem, estavam em curso desde a conclusão do aditivo –, pareceria que tal tomada em consideração não teria criado maiores dificuldades. A ideia é compatível com o princípio de reparação integral dos prejuízos, amplamente admitido no direito comparado e pela prática arbitral,²³ além de reforçado pelos termos “custo de investimento total suportado pela TLL” na cláusula 15.1 do ADP.

No caso, é igualmente com base em uma estipulação do ADP, o art. 15.1, que os árbitros utilizaram para estimar o *quantum*, se referindo à expressão “deve incluir o custo total do investimento de TLL (...)”.²⁴ Logo, é através da aplicação do ADP, sobre o qual o tribunal arbitral era competente, e mais precisamente sobre a interpretação de seu art. 15.1, que foram calculados os prejuízos e os juros. Segundo o tribunal arbitral, esta expressão é desprovida de ambiguidade e visa “o montante total de dinheiro que o Demandante, em nome de TLL, razoavelmente e inevitavelmente despendeu do próprio bolso no curso normal da preparação para a execução ou na execução até a data de

inadimplemento”.²⁵ É esta interpretação que foi alegada ao tribunal arbitral. Ora, mesmo que, como sustenta o governo do Laos, a expressão “custo total de investimento”, significaria em realidade “exclusivamente os custos incorridos a título do ADP”, isso não se trata de uma questão de interpretação do ADP e de seu art. 15.1, que deve ser deixada à apreciação dos árbitros, sem que o juiz do *exequatur* possa revisar?

Permanece o fato de que a tese da aplicação do contrato exterior é, por outro lado, compatível com outras considerações. Não podemos ignorar que as despesas cuja indenização foi criticada foram efetuadas na execução do primeiro contrato. A questão é talvez de saber se essas despesas eram necessárias e, mais precisamente, ao quê elas eram necessárias? A simples execução do contrato de concessão de lavra? A realização do projeto Hongsa? Qual é exatamente o objeto dos investimentos previstos no art. 15.1 do ADP? Apenas aqueles decorrentes da execução do ADP ou todos os investimentos ligados ao projeto Hongsa? São inúmeras questões que não foram abordadas pela sentença arbitral.

Igualmente, é verdade que, segundo a Corte de Apelação, o primeiro contrato previa outras regras de responsabilidade e um outro modo de cálculo das indenizações em caso de resilição. O argumento não é todavia livre de incertezas, pois o fato de que os árbitros não tenham feito aplicação destas regras, nem do modo de cálculo poderia igualmente reforçar o argumento de que não aplicaram o primeiro contrato.

Na estrutura por trás destes questionamentos, parece se esconder a questão de saber se a condenação proferida resulta de uma execução por equivalente ou de uma indenização. No primeiro caso, teria havido verdadeiramente aplicação do primeiro contrato, enquanto a resposta é menos clara em relação à segunda hipótese. Solucionar esta questão não é simples. Com efeito, na hipótese de uma resilição injustificada, “as perdas e danos e os juros visam compensar o prejuízo incorrido pelo credor, a fim de restabelecer a situação que seria a sua caso o contrato tivesse sido corretamente executado”.²⁶ Como disse um autor, “o debate que opõe os doutrinadores sobre a natureza das perdas e danos, seja como um meio de execução equivalente ao do contrato resolvido, seja como uma indenização dos prejuízos decorrentes da resolução não parece interessar aos árbitros do comércio internacional”, estes últimos adotam uma posição mista que consiste em atribuir “abertamente às perdas e danos uma função indenizatória, ao lhes fixar com o objetivo de fornecer ao credor o equivalente da execução”.²⁷ Na espécie, a presença da cláusula 15.1 no ADP, prevendo as despesas efetuadas, deixa poucas dúvidas: poderia tratar-se apenas de uma indenização e não de uma execução forçada.

Em termos de causalidade, poderia se entender que o prejuízo relativo ao investimento referente à construção de estradas seria ao mesmo tempo causado pela resilição do ADP e pela resilição dos contratos de concessão de lavra.

Ou ainda, a questão poderia ser um problema de causalidade, mas que não seria levada em consideração pelo juiz do *exequatur*: o prejuízo ligado às despesas efetuadas em execução do primeiro contrato não poderia ser diretamente causada pela resilição do segundo contrato? Diante da ausência de análise da questão na sentença arbitral, todas as especulações estão abertas.

O presente caso não se trata de um problema clássico de avaliação do prejuízo, pois o contrato prevê expressamente o que deve ser indenizado. O problema surge da interpretação que se dá a certas despesas, ou seja, de saber se estão relacionadas ao ADP ou ao contrato de concessão de lavra. Em outras palavras, trata-se de uma questão de interpretação dos fatos.

Diante da dificuldade em se estabelecer quais despesas estão relacionadas a quais contratos (e da possibilidade de que tais despesas possam estar relacionadas a ambos os contratos) a solução, fundada na individualização dos contratos, parece rigorosa.

III. Conclusão

A decisão da Corte de Apelação de Paris poderá ter graves consequências para as sociedades requerentes. Até o presente momento, tendo em vista a anulação da sentença no país sede da arbitragem (Malásia), as requerentes não obtiveram o reconhecimento e a execução da sentença em nenhum outro país onde apresentaram tal solicitação (ainda que algumas decisões positivas tenham sido obtidas inicialmente, tais decisões foram revertidas e, por enquanto, nenhuma jurisdição ordenou a execução da sentença). A decisão da Corte de Apelação de Paris pode por fim à última

esperança que os requerentes tinham de ver a sentença executada.

Depois de mais de dois anos de procedimento (e de ter que arcar com os custos que dois anos de arbitragem necessariamente acarretam), a única solução para os requerentes para conseguir a reparação integral de seu prejuízo parece ser iniciar duas arbitragens separadas, uma por cada sociedade com base em cada um dos contratos (o que significaria mais alguns anos de procedimento, mais custos e até um risco de decisões contraditórias).

1 As autoras agradecem a João Vicente Pereira de Assis pela tradução do presente artigo.

2 Essa solução é chamada de “jurisprudência *Hilmarton-Putrabali*”. V. Cass. civ. 1re, 23.03.1994, *Hilmarton*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 356, comentário OPPETIT, B.; *JDI* 1994, p. 701, comentário GAILLARD, E.; *RTD com.* 1994, p. 702, comentário LOQUIN, É.; *Rev. Arb.* 1994, p. 327, comentário JARROSSON, Ch.; Cass. civ. 1re, 29.06.2007, *Putrabali*, *Rev. arb.* 2007, p. 507, comentário GAILLARD, E.; *Bull. ASA* 2007, n. 4, p. 826 et s., comentário GUNTER, P.-Y. *Rev. Bras. Arb.* 2007, n. 15, p. 200, obs. K. Spyrides; *Gaz. Pal.*, 22.11.2007, n. 326, p. 14, comentário PINSOLLE, Ph.; *Gaz. Pal.* 22.03.2008, n. 82, p. 23, comentário DEBOURG, C.; *Rev. bras. arb.* 2008, n. 18, p. 114, note WEILLER, L.; PINSOLLE, Ph. The Status of vacated Awards in France: the Court de Cassation Decision in *Putrabali*. *Arb. Int.* vol. 24, n. 2, p. 277. 2008.

3 V., por exemplo, FOUCHARD, Ph. La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine, *Rev. Arb.* p. 327, 1997; POUURET, J.-F., Quelle solution pour en finir avec l’affaire *Hilmarton*? Réponse à Philippe Fouchard, *Rev. Arb.* 1998, p. 7; VAN DEN BERG, A. J.. “L’exécution d’une sentence arbitrale en dépit de son annulation?” *Bull. CCI.* vol. 9, n. 2, p. 15, 1998; PAULSSON, J. May or Must Under the New York Convention: An exercise in Syntax and Linguistics. *Arb. Int.* vol. 14, n. 2, p. 227, 1998; PAULSSON, J., “L’exécution des sentences arbitrales en dépit d’une annulation en fonction d’un critère local (ACL).” *Bull. CCI.* vol. 9, n. 1, p. 14, 1998; GAILLARD, E., “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, *JDI* 1998, p. 645; SCHEFFER DA SILVEIRA, G.. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. *Rev. Bras. Arb.* n. 26, p. 35. 2010.

4 A anulação da sentença arbitral na sede da arbitragem deu origem a diferentes apreciações em outros países onde as sociedades demandantes solicitaram o *exequatur*. Nos Estados Unidos, por exemplo, o juiz do *exequatur* inicialmente homologou a sentença arbitral, mas essa decisão foi anulada na base do artigo 60(b)(5) das Federal Rules of Civil Procedure, não sendo comprovadas as “circunstâncias extraordinárias” necessárias para confirmar uma sentença arbitral anulada no país da sede (United States District Court, S.D. New York, *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. v. Government of Lao People’s Democratic Republic*, F.Supp.2d, 2014 WL 476239 S.D.N.Y., 2014. February 06, 2014. Na Inglaterra a sentença foi julgada válida, levando em consideração as primeiras decisões de homologação nos Estados Unidos, mas tendo em vista o procedimento de anulação pendente na Malásia, o juiz negou a execução imediata e preferiu ordenar o pagamento de uma *security* (Queen’s Bench Division (Commercial Court), 26.10.2012, *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co Ltd v. Laos*, 2012 WL 7092862).

5 V. por exemplo Cass. civ. 1re, 6 janvier 1987, *Southern Pacific Properties*. *Rev. Arb.* p. 469. 1987. note LEBOULANGER, Ph.; *JDI* 1987, p. 638. note GOLDMAN, B.; *RTD civ.* 1988, p. 126, obs. MESTRE, J.

6 Conforme relatado por SPALTON, C. French court refuses to enforce Laos award. GAR, 26.02.2013.

7 Art. 19.13 do ADP.

8 FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E. e GOLDMAN, B. *Traité de l’arbitrage international*. Paris: Litec, 1996. n. 518 e ss.

9 Sobre o critério de incompatibilidade entre convenções de arbitragem, v.. TRAIN, F.-X, *Les contrats*

liés devant l'arbitre du commerce international. Paris: LGDJ, 2003. n. 492 e n. 522.

10 Neste sentido, *Idem*, n. 524, e as referências citadas.

11 A esse respeito, encontramos as seguintes disposições contratuais:

Art. 19.11 do ADP: chamada cláusula de integralidade, segundo a qual “o presente contrato contém a integralidade do acordo celebrado entre as partes quanto ao seu objeto, exceto naquilo em que as duas partes reconhecem a existência e a validade permanente dos contratos anteriores”.

Art. 19.12 do ADP: “reconhecimento”: “as partes reconhecem e ratificam os acordos anteriores”.

Art. 19.13: “incompatibilidade”: “o presente contrato substitui e rege todos os entendimentos anteriores entre as partes, com a exceção daqueles cujos direitos de Hongsa Lignite e/ou de TLL previstos nos contratos anteriores, maiores e mais abrangentes do que aqueles contidos no presente, permanecem em vigor e continuam intocados pelo presente Contrato. As partes reconhecem que nem o presente Contrato e nem os Contratos anteriores têm efeitos desfavoráveis entre eles, mas que refletem, ao contrário, dois projetos distintos mas relacionados”.

12 O art. 15.1 do ADP previa que “em caso de rescisão do presente Contrato, TLL ou o Governo, conforme o caso, terão direito a uma indenização cujo montante será determinado por um painel de arbitragem constituído conforme o art. 14 do presente, e que incluirá o custo do investimento total suportado por TLL, mais um prêmio e uma contrapartida destinada aos financiadores e investidores caso o inadimplemento tenha sido cometido pelo Governo”.

13 V. not. FOUCHARD, Ph.; GAILLARD, E. e GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage international* cit., n. 1578: “Un refus partiel d'exequatur est [...] parfaitement concevable, par exemple dans l'hypothèse dans laquelle la sentence contiendrait une disposition manifestement contraire à l'ordre public international, mais détachable du reste de la condamnation” (“uma recusa parcial de exequatur é [...] perfeitamente concebível, por exemplo, na hipótese em que a sentença contenha uma disposição manifestamente contrária à ordem pública internacional, mas destacável do restante da condenação”); M.-C. Rondeau-Rivier, comentário sobre Cass. civ. 1re, 14.12.1983, *Epoux Convert c. Société Droga*. *Rev. Arb.* p. 483. 1984; BERTIN, Ph. Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale. *Rev. Arb.* p. 281. n. 6. 1982: “si la sentence contient une disposition manifestement contraire à l'ordre public, mais détachable du surplus du dispositif et n'en détruisant pas l'équilibre, pourquoi ne pas admettre le principe d'un exequatur partiel ne s'étendant pas à la disposition incriminée” (“se a sentença contém uma disposição manifestamente contrária à ordem pública, mas destacável do restante do dispositivo e não afetando o seu equilíbrio, por que não admitir o princípio de um exequatur parcial que não se estende à disposição em desconformidade”). Ver também, no direito francês, Paris, 05.03.1982, citado por BERTIN, Ph. Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale cit., p. 281, n. 6.

Ver igualmente, no direito comparado, POUDRET, J.-F. et BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2. ed. 2007. n. 955: “Even if partial recognition and enforcement are not expressly provided for in other cases, it must be admitted that they are possible at the same conditions [that of the New York Convention]” (“Mesmo que o reconhecimento e execução parcial não sejam expressamente previstos em outros casos, deve-se admitir que eles são possíveis sob as mesmas condições [da Convenção de Nova Iorque]”); International Law Association, Final report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards (New Delhi Conference (2002)), Resolution 1(h): “If any part of the award which violates international public policy can be separated from any part which does not, that part which does not violate international public policy may be recognised or enforced” (“Se alguma parte da sentença que viole a ordem pública internacional puder ser separada de uma parte que não a viole, a parte que não viola a ordem pública internacional poderá ser reconhecida e executada”) (para uma apresentação destas soluções, v. MAYER, P., *Recommandations de l'Association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales*, *Rev. Arb.* 2002. p. 1061).

14 Cass. civ. 1re, 28.04.1987, n. 85-14904: “en l'absence d'une indivisibilité ou d'un lien de dépendance entre les différents chefs de la sentence, qui ne sont pas allégués, l'article 1028 du Code de procédure civile, applicable en la cause, ne fait pas obstacle à un exequatur partiel” (“na ausência,

de uma indivisibilidade ou de interdependência entre os diferentes pontos da sentença, que não são alegados, o art. 1.028 do CPC Francês, aplicável no caso, não faz obstáculo a um *exequatur* parcial”). Para uma anulação parcial, v. Paris, 30.09.1993, *Société European Gas Turbines SA c. Société Westman International Ltd.* *Rev. Arb.* p. 359. 1994, comentário D. Bureau.

15 A Convenção de Nova Iorque de 1958 prevê, em seu art. V.1.c que, o *exequatur* pode ser recusado quando a sentença contém decisões que transcendem os termos da cláusula compromissória “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”. V. Igualmente o art. 36(1)(a)(iii) da lei modelo da Uncitral, que prevê que a sentença pode ter seu *exequatur* recusado quando ela “tem por objeto um litígio não referido ou não abrangido pelo acordo de arbitragem ou que contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito desse acordo, a menos que a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas a arbitragem possa ser anulada, caso as decisões sobre matérias submetidas a arbitragem possam ser tratadas de forma separada das que o não foram”.

16 Cass. civ. 1re, 28.04.1987, n. 85-14904.

17 Os árbitros não distinguiram entre as diferentes causas dos prejuízos. V. sentença arbitral *ad hoc* de 04.11.2009, *Thai-Lao Lignite Co Ltd. and Hongsa Lignite Co Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, n. 111 e ss. Disponível no endereço eletrônico: [www.iareporter.com/downloads/20110306/download]. Acesso em: 30.08.2014.

18 Neste sentido, v. TRAIN, F.-X., *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* cit., n. 619.

19 *Idem*, *ibidem*. V. igualmente o caso ICSID *Klöckner c. Cameroun*, decisão de anulação de 03.05.1985, *JDI* 1987, p. 163. Neste caso, o comitê *ad hoc* claramente distinguiu entre duas atividades: de um lado, a aplicação – incluindo a interpretação – de um contrato exterior à competência dos árbitros e, de outro lado, aquela da “prise en considération de ce même contrat aux fins d'interprétation et d'application [d'un autre contrat] et pour la compréhension du contexte général existant entre les parties à l'arbitrage” (“a tomada em consideração deste mesmo contrato aos fins de interpretação e de aplicação [de um outro contrato] e para a compreensão do contexto geral existente entre as partes da arbitragem”). Se a primeira das atividades escapa à competência arbitral, a segunda, segundo o comitê, com base em “une pratique constante des tribunaux arbitraux internationaux” (“uma prática constante dos tribunais internacionais”), é “parfaitement possible, normale et indiquée” (“perfeitamente possível, normal e indicada”), sem que a incompetência do tribunal constitua um obstáculo.

20 Sentença CCI 8764 (1997), não publicada, citada por TRAIN, F.-X., *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* cit., p. 382.

21 Neste sentido, v. TRAIN, F.-X., *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international* cit., n. 622: L'arbitre “ne peut pas (...) prononcer de condamnation sur le fondement [des] stipulations [de la convention extérieure à sa compétence], même si cette condamnation tend à remplir le créancier de ses droits relativement au contrat qui tombe dans la compétence”. (O árbitro “não pode (...) pronunciar condenação com base em estipulações [do acordo exterior à sua competência], mesmo que esta condenação tenda a restituir o credor em seus direitos relativos ao contrato que se insere em sua competência”).

22 ORTSCHIED, J. *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 2001, n. 160.

23 Neste sentido, *idem*, n. 123 et s.; TAOK, M. *La résolution des contrats dans l'arbitrage international*. Bruylant, 2009. n. 180.

24 Ver sentença arbitral *ad hoc* de 04.11.2009, *Thai-Lao Lignite Co Ltd. and Hongsa Lignite Co Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, n. 112 e s. Disponível no endereço eletrônico: [www.iareporter.com/downloads/20110306/download]. Acesso em: 30.08.2014.

25 Idem, n. 114.

26 TAOK, M. *La résolution des contrats dans l'arbitrage international*. Bruylant, 2009. n. 179.

27 Idem, ibidem.