VERA CECÍLIA MONTEIRO DE BARROS

**HOMOLOGAÇÃO PARA O RECONHECIMENTO OU EXECUÇÃO
DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL:
EXCEÇÃO DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Wagner Menezes

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2013

VERA CECÍLIA MONTEIRO DE BARROS

**HOMOLOGAÇÃO PARA O RECONHECIMENTO OU EXECUÇÃO
DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL:
EXCEÇÃO DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção de título de mestre em Direito Internacional.

Orientador: Prof. Dr. Wagner Menezes.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2013

A Banca Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação

**HOMOLOGAÇÃO PARA O RECONHECIMENTO OU EXECUÇÃO
DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL:
EXCEÇÃO DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA**

elaborada por

VERA CECÍLIA MONTEIRO DE BARROS

como requisito parcial para a obtenção do grau de

MESTRE EM DIREITO INTERNACIONAL

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Wagner Menezes, Orientador (FDUSP)

AGRADECIMENTOS

Não posso afirmar que esta trajetória foi fácil ou que nunca pensei em desistir. Só quem já percorreu este caminho sabe o quão difícil e solitário é escrever uma dissertação de mestrado, mas a satisfação de ver um sonho realizado é indescritível. Por isso, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste sonho.

Primeiramente, agradeço ao Professor Doutor Wagner Menezes, que me acolheu no Mestrado e foi um grande orientador e amigo.

Deixo meu especial agradecimento à Professora Selma Lemes, minha mentora. Sem seus ensinamentos, apoio, incentivo, paciência e amizade este sonho não teria se tornado realidade.

Também deixo um especial agradecimento à Debora Visconte, Letícia Abdalla, Nathalia Mazzonetto e Paula Chisté. Além de grandes amigas e excelentes arbitralistas, me ajudaram muito em todas as etapas do Mestrado e me incentivaram sempre.

Agradeço aos Professores Carlos Alberto Salles e Maristela Basso pelos mais que pertinentes comentários durante minha banca de qualificação.

Agradeço aos Professores Arnaldo Wald e Lauro Gama, que me forneceram valioso material de pesquisa, e aos professores José Carlos de Magalhães, José Emílio Nunes Pinto, Pedro Batista Martins e Carlos Alberto Carmona, que sempre me inspiraram e serviram como exemplo.

Agradeço, também, aos orientandos do Professor Wagner e aos integrantes do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI). Uma conquista desta caminhada foi a amizade de todos eles, que tenho certeza será para sempre.

Por fim, registro meus agradecimentos aos familiares e amigos, que suportaram carinhosamente o meu mau humor e as minhas lamúrias ao longo desses últimos três anos: Buby e Ivana, meus pais queridos, que sempre me apoiaram incondicionalmente; Kiko, Paty, Paula e Pri, meus irmãos e melhores amigos; Julinha, minha princesinha tão amada, que nasceu no início deste projeto e me trouxe tanta alegria ao longo desses seus três anos de vida; Eli, André, Matias e Piet, meus cunhados favoritos; Ana (minha irmãzinha do coração, que me ajudou em todos os momentos e na revisão do texto); Andrea, Claudia, Dê, Fabi, Lucy, Mô e Ucha, minhas amigas de toda hora. E a todos meus amigos que são tão importantes na minha vida.

A todos, os meus sinceros agradecimentos!

Aos meus pais, por tudo.

*Há um tempo em que é preciso abandonar
as roupas usadas, que já têm a forma do nosso
corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos
levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da
travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos
ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.*

Fernando Pessoa

RESUMO

Esta dissertação analisa a exceção de ofensa à ordem pública como causa de recusa do reconhecimento e/ou execução da sentença arbitral estrangeira. Busca-se inicialmente determinar o conceito de ordem pública e sua extensão. Antes disso, contudo, elabora-se um breve panorama sobre sentença estrangeira e arbitragem comercial internacional, faz-se um apanhado histórico da homologação de sentença estrangeira no Brasil, analisa-se os aspectos gerais da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, as normas de origem interna e os tratados internacionais com vigência no Brasil, o procedimento homologatório e os pressupostos positivos e negativos da homologação. Após, analisa-se a ordem pública interna, internacional e transnacional, assim como a ordem pública processual e material. Em seguida, examina-se a extensão que a doutrina e a jurisprudência têm conferido ao conceito de *ordem pública* de que trata o art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque e o art. 39, II da Lei nº. 9.307/96. Posteriormente, analisa-se alguns temas que já suscitaram questionamentos de ofensa à ordem pública, os casos já julgados pelo STF e STJ de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras com alegação de ofensa à ordem pública e como o posicionamento do Judiciário, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito, afeta os custos de transação dos negócios comerciais. Defende-se ao final do trabalho a necessidade de se restringir o campo de aplicação e o alcance dos questionamentos de ofensa à ordem pública. O objetivo do estudo é demonstrar que a ordem pública deve ser interpretada restritivamente e que a intervenção deve ser excepcional.

Palavras-chave: Arbitragem. Homologação. Reconhecimento e/ou execução de sentença arbitral estrangeira. Ordem pública. Convenção de Nova Iorque, art. V (2) (b).

ABSTRACT

This Master's degree thesis analyzes the exception given to public policy offenses as a cause for the refusal of recognition and/or enforcement of foreign arbitral awards. This research initially attempts to define the concept of public policy and its extension. Prior to that, however, a brief analysis of foreign awards and international commercial arbitration as well as a historical overview of homologation in Brazil are drawn, and the general aspects of the recognition of foreign arbitral awards and the internal rules and international treaties which are effective in Brazil, the homologation proceeding itself, and both the positive and negative aspects of homologations are analyzed. Afterwards, the domestic, international and transnational public policies are analyzed, as well as the procedural and material public policy. Following, the meaning that the doctrine and jurisprudence have given to the concept of *public policy* presented in the Article V (2) (b) of the New York Convention, and in the Article 39 of Law No. II. 9.307/96 is examined. Later, some issues that have raised questionings related to public policy offenses are analyzed, as well as the cases already ruled by the Brazilian Supreme Court and the Superior Court of Justice for the homologation of foreign arbitral awards with alleged public order offenses and how the position of the judiciary, from the perspective of Economic Analysis of Law, affects transaction costs of business affairs. Finally, the need to limit both the scope of applications and the range of questionings concerning public policy offenses is defended. The main goal of this study is to demonstrate that public policy shall be strictly interpreted and that intervention must be exceptional.

Key words: Arbitration. Homologation. Recognition and/or Enforcement of a Foreign Arbitral Award. Public Policy. New York Convention, article V (2) (b).

ABREVIATURAS

AAA	–	<i>American Arbitration Association</i>
CBAr	–	Comitê Brasileiro de Arbitragem
CC	–	Código Civil
CCI	–	Câmara de Comércio Internacional
CF	–	Constituição Federal
CNI	–	Convenção de Nova Iorque
CPC	–	Código de Processo Civil
DJ	–	Diário de Justiça
EDcl	–	Embargos de Declaração
FGV	–	Fundação Getúlio Vargas
ICAC	–	Corte de Arbitragem Internacional da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa
ICCA	–	<i>International Council for Commercial Arbitration</i>
ILA	–	Comitê da Associação de Direito Internacional
LBA	–	Lei Brasileira de Arbitragem
LCIA	–	<i>London Court of International Arbitration</i> – Corte de Arbitragem Internacional de Londres
RESP	–	Recurso Especial
SE	–	Sentença Estrangeira
SEC	–	Sentença Estrangeira Contestada
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
UNCITRAL	–	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i> – Comissão das Nações Unidas de Direito Internacional Comercial

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL	19
2.1 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A SENTENÇA ESTRANGEIRA	19
2.2 A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	27
2.2.1 A arbitragem comercial internacional no direito brasileiro	29
2.2.2 Distinção entre arbitragem internacional e arbitragem nacional	34
2.3 A SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA	38
2.4 APANHADO HISTÓRICO DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL	42
2.5 A NECESSÁRIA HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL	47
2.6 ASPECTOS GERAIS DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL	54
2.6.1 Normas de origem interna referentes à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil	55
2.6.2 Tratados internacionais referentes à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras com vigência no Brasil	56
2.7 NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO E DO PROVIMENTO HOMOLOGATÓRIO	62
2.8 O PROCEDIMENTO HOMOLOGATÓRIO	64
3 PRESSUPOSTOS DE HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS E ORDEM PÚBLICA	70
3.1 PRESSUPOSTOS POSITIVOS DE HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS	70
3.2 PRESSUPOSTOS NEGATIVOS DE HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS	72
3.2.1 Hipóteses de recusa da homologação das sentenças arbitrais estrangeiras	73
3.2.2 Hipóteses de recusa descritas no art. V (1) da Convenção	75
3.2.2.1 Art. V (1) (a) – Incapacidade da parte e invalidade da convenção de arbitragem	77
3.2.2.2 Art. V (1) (b) – Falta de notificação das partes e cerceamento de defesa	83
3.2.2.3 Art. V (1) (c) – Sentença arbitral extra ou ultra petita	87
3.2.2.4 Art. V (1) (d) – Instituição do tribunal arbitral ou procedimento arbitral em desconformidade com o acordado pelas partes	89
3.2.2.5 Art. V (1) (e) – Sentença arbitral não obrigatória, anulada ou suspensa	92
3.2.3 Hipóteses de recusa descritas no art. V (2) da Convenção	99
3.2.3.1 Art. V (2) (a) – Objeto não passível de solução por arbitragem	100
3.3 ORDEM PÚBLICA E ARBITRAGEM	103
3.3.1 Arbitrabilidade	105
3.3.2 Regras de direito aplicáveis à solução do conflito	109
3.3.3 Controle judicial da sentença arbitral	111
3.4 CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA E SUA EXTENSÃO	115
3.5 OS PLANOS DE ATUAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA	126
3.5.1 A ordem pública interna e ordem pública internacional	126

3.5.2 A ordem pública transnacional	135
3.6 CONTEÚDOS DA ORDEM PÚBLICA: A ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL E A ORDEM PÚBLICA MATERIAL.....	138
4 A OFENSA À ORDEM PÚBLICA COMO CAUSA DE RECUSA DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS	142
4.1 A EXTENSÃO QUE A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA TÊM CONFERIDO AO CONCEITO DE <i>ORDEM PÚBLICA</i> DE QUE TRATA O ART. V (2) (B) DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E O ART. 39, II DA LEI Nº 9.307/96	143
4.2 TEMAS QUE JÁ SUSCITARAM QUESTIONAMENTOS DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA	151
4.2.1 Violação do devido processo legal e irregularidades do procedimento arbitral.....	152
4.2.2 Imparcialidade do árbitro	155
4.2.3 Sentença arbitral estrangeira desprovida de fundamentação.....	159
4.2.4 Validade da convenção de arbitragem.....	163
4.2.5 Fraude e corrupção.....	164
4.2.6 Manifesta violação de lei.....	165
4.2.7 Manifesta violação dos fatos.....	166
4.2.8 Direito da concorrência	167
4.2.9 Cobrança de juros e <i>punitive damages</i>	170
4.2.10 Decisões contrárias aos bons costumes.....	172
4.2.11 Interesses nacionais e relações internacionais	173
4.3 CASOS JÁ JULGADOS PELO STF E STJ DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA COM ALEGAÇÃO DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA	175
4.4 O POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO NOS PEDIDOS DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS COM ALEGAÇÃO DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	187
4.4.1 A análise econômica do Direito	187
4.4.2 O Poder Judiciário como instituição econômica.....	189
4.4.3 O posicionamento do Judiciário e seu reflexo nos custos de transação	190
4.4.4 O posicionamento do Poder Judiciário brasileiro e a diminuição dos custos de transação dos negócios comerciais internacionais.....	193
4.4.5 Um breve comentário sobre o fator <i>tempo</i>	196
4.4.6 Apontamentos conclusivos sobre o posicionamento do Judiciário	197
4.5 NECESSIDADE DE SE RESTRINGIR O CAMPO DE APLICAÇÃO E ALCANCE DOS QUESTIONAMENTOS DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA	197
5 CONCLUSÃO	210
REFERÊNCIAS	215
OBRAS CONSULTADAS	225
JURISPRUDÊNCIA.....	231

1 INTRODUÇÃO

A crescente globalização do mundo moderno¹, a abertura dos mercados e o desenvolvimento do comércio internacional provocaram uma maior circulação de bens e de pessoas e, como consequência desse intercâmbio entre territórios, passaram a existir conflitos de dimensões globais. Esses conflitos são cada vez mais frequentemente resolvidos por meio da arbitragem, que tem se mostrado um eficaz e célere mecanismo privado de solução de litígios, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

O instituto, que há tempos é largamente utilizado no plano internacional, passou a ser adotado no Brasil na última década, impulsionado pela promulgação da Lei nº 9.307/96 (Lei Brasileira de Arbitragem, Lei de Arbitragem ou LBA). Desde 2001, ano em que foi reconhecida a constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal (STF)², está havendo um significativo aumento da utilização da arbitragem no Brasil³.

Com a crescente utilização da arbitragem, inúmeras questões sobre o assunto passaram a suscitar debates, dúvidas e discussões, dentre elas a exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira, uma vez que depois de concluída a arbitragem em território estrangeiro, seu reconhecimento e execução no Brasil dependem de homologação pelo Poder Judiciário.

¹ “A sociedade internacional contemporânea tem passado por uma série de transformações nos últimos anos, resultando de um complexo de fatos históricos, políticos, tecnológicos, econômicos e científicos, que transpassam fronteiras e aproximam as distâncias, desenvolvendo, por isso, um sentimento global de cosmopolitanismo entre os povos, e que se convencionou chamar de *globalização*. Todos esses acontecimentos coincidentes manifestam de forma clara e precisa uma ruptura histórica da sociedade internacional com ela mesma e a faz buscar novos paradigmas de pensamento para essa realidade em formação, que atinge indistintamente todos os setores da vida humana em todas as estruturas sociais, econômicas, culturais e, principalmente, jurídicas.” (MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** – Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 961).

² STF. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. AgRg na SE 5206/EP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001. Brasília: Imprensa Nacional, out./dez. 2004, v. 190, pp. 908-1027.

³ Sobre dados estatísticos acerca da evolução da arbitragem no Brasil, ver: WALD, Arnaldo. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, out./dez. 2009, v. 23, p.19-38, e também interessante pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, em conjunto com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito FGV), que localizou a existência de 790 decisões proferidas pelos tribunais estaduais em matéria de arbitragem entre novembro de 1996 e fevereiro de 2008. O projeto da pesquisa foi publicado na Revista Brasileira de Arbitragem/IOB, jul./set. 2008, v. 19, p. 7 e ss. Os relatórios de todos os temas analisados estão disponíveis em: <http://www.cbar.org.br/bib_pesquisa_fgv_cbar.html>. Acesso em: 15 mar. 2011.

Em decorrência do início tardio da prática arbitral efetiva no Brasil, seja no âmbito interno como internacional, os estudos doutrinários sobre o assunto ainda são escassos, por esse motivo o interesse em estudar e problematizar o tema⁴.

A sentença arbitral estrangeira⁵, de acordo com o disposto no art. 34, *caput*, da Lei nº 9.307/96, será reconhecida ou executada no Brasil em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da Lei Brasileira de Arbitragem. Diante de tal dispositivo, verifica-se que o regime geral de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é o da Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova Iorque de 1958⁶, internalizada no ordenamento jurídico nacional com a promulgação do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002⁷. Paralelamente, existem outros diplomas internacionais de cunho regional e bilateral que são aplicáveis em seus respectivos âmbitos de validade⁸.

⁴ Sobre o tema da ordem pública em geral, no Direito Internacional Privado, destaca-se a tese de Jacob Dolinger, **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**, apresentada em 1979 à Faculdade de Direito da UERJ. Especificamente sobre *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, destaca-se a dissertação de mestrado de Ricardo Ramalho Almeida. Na doutrina estrangeira há diversos livros, teses e artigos que abordam o tema da ordem pública na arbitragem, valendo citar a tese de Jean-Baptiste Racine (*L'arbitrage commercial international et l'ordre public*), 1999, e o livro de Homayoon Arfazadeh (*Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*), 2005.

⁵ A Convenção de Nova Iorque define a sentença arbitral estrangeira como a proferida no território de um estado que não seja aquele em que se tencione o reconhecimento e a execução. Na mesma linha, o art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, define sentença arbitral estrangeira como aquela que tenha sido proferida fora do território nacional.

⁶ A Convenção de Nova Iorque entrou em vigor em 07/07/1959, e traz em seu art. I (1): “A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergência entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução”.

⁷ “Considerando que o art. 34 da Lei nº 9.307/96 dispõe que ‘a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei’, deve-se concluir que o regime geral de homologação de sentenças arbitrais no Brasil é o da Convenção de Nova Iorque de 1958, internalizada no ordenamento jurídico nacional com a promulgação do Decreto nº 4.311, de 23/07/2002, compatibilizada, quando for o caso, com a Convenção do Panamá de 1975, suplementada pela Convenção de Montevidéu de 1979, prevalecendo a Convenção de Nova Iorque sobre o disposto na Lei nº 9.307/96 [...]”. (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 285).

⁸ Antes de o Brasil aderir à Convenção de Nova Iorque, a Lei Brasileira de Arbitragem introduziu em seu sistema legal os conceitos consagrados pela aludida Convenção, em capítulo dedicado ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras (arts. 34 a 40 da Lei de Arbitragem). Também antes da ratificação da Convenção de Nova Iorque, o Brasil tinha aprovado outros tratados internacionais sobre a matéria, de alcance regional: (i) a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional (Panamá, 1975), aprovada pelo Brasil em 09/05/1996, mediante o Decreto de Promulgação do Poder Executivo 1.902; (ii) o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa (*Protocolo de Las Leñas*), aprovado pelo Decreto 2.067, de 12/11/1996; e (iii) a Convenção de Montevidéu (1979), aprovada pelo Decreto 2.411, de 02/12/1997.

A Convenção de Nova Iorque, que já foi ratificada por mais de 140 países⁹, é um dos mais bem sucedidos instrumentos jurídicos internacionais e um dos mais importantes pilares para o desenvolvimento e consolidação da arbitragem¹⁰. É instrumento de cooperação jurídica internacional que proporciona assistência mútua entre Estados, com vistas a garantir segurança e estabilidade para as relações internacionais¹¹.

Desde que promulgou a Convenção de Nova Iorque, o Brasil passou a integrar o grupo de países que cooperam para a efetividade da arbitragem comercial, conferindo segurança jurídica em seu território às decisões arbitrais proferidas no exterior¹².

A Convenção de Nova Iorque foi criada com o objetivo de assegurar a efetividade das sentenças arbitrais em todos os Estados que a subscreveram, mediante o compromisso expreso de reconhecer e dar execução a tais sentenças, respeitadas as regras processuais que se aplicarem no território do país de reconhecimento¹³.

⁹ Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 02 nov. 2012.

¹⁰ Existem no mundo aproximadamente 200 países, sendo que até 02 de novembro de 2012 a Convenção de Nova Iorque já havia sido ratificada por 147 países.

¹¹ “A principal fonte sobre reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros é certamente a Convenção de Nova Iorque, de 1958, que disciplina minuciosamente a questão, conforme indicado no seu título, podendo ser aplicada até mesmo aos laudos proferidos em Estados não membros, salvo se o Estado no qual se pretenda ver reconhecido o laudo declarar, quando da assinatura, ratificação ou adesão à Convenção, que ele só a aplicará com relação a laudos arbitrais oriundos dos Estados membros da Convenção”. (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 80-81).

¹² “[...] ao ratificar a Convenção, o Brasil garante efetiva reciprocidade a seus parceiros comerciais, a grande maioria dos quais era já signatário da Convenção. [...] Ao finalmente aderir à Convenção de Nova Iorque, o Brasil passa às partes estrangeiras maior confiança de que estas terão à sua disposição os meios necessários para fazer valer seus eventuais direitos. Esta maior confiança leva à diminuição da percepção de risco de se fazer negócios com/no Brasil”. (STETNER, Renato Pereira; PITOMBO, Eleonora Coelho. A Convenção de Nova Iorque: ratificação pelo Brasil. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). **Novos rumos da arbitragem no Brasil**. São Paulo: Fiúza, 2004, pp. 307-325).

¹³ “A maioria das legislações nacionais reconhece a eficácia das sentenças proferidas em outros Estados, estabelecendo as condições sob as quais essas sentenças poderão ser executadas em território nacional. Razões de natureza política e jurídica impõem que atos de coação determinados por autoridade alienígena sejam praticados em território nacional somente após sua avaliação e autorização pelos órgãos nacionais competentes, recusando-se sua execução nos casos em que forem incompatíveis com a ordem jurídica interna. Assim, as sentenças arbitrais estrangeiras, para seu cumprimento em território nacional, devem seguir um trâmite de execução, que compreende basicamente duas etapas: em primeiro lugar, o reconhecimento da sentença arbitral e, em um segundo momento, a execução de referida decisão. O primeiro trâmite, o de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, procura uma equiparação entre a sentença arbitral estrangeira e a sentença arbitral nacional. Mediante o trâmite processual conhecido como reconhecimento ou homologação da sentença arbitral estrangeira, a autoridade nacional controla alguns elementos e aspectos da decisão alienígena, procurando emitir declaração judicial no sentido de a sentença estrangeira possuir as condições exigidas pela lei interna ou pelo tratado internacional aplicável, para ser executável no país. Finalizado o trâmite anterior, a sentença arbitral estrangeira fica equiparada à sentença arbitral nacional, correspondendo prover sua execução forçada, caso for necessário”. (PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **Estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 341-342).

A regra geral consagrada pela Convenção de Nova Iorque, segundo a qual a sentença arbitral estrangeira será objeto de reconhecimento e execução pelos Estados dela signatários, está prevista no art. III, que estabelece que cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias “e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem”.

Mas, se por um lado a Convenção de Nova Iorque busca dar maior efetividade ao instituto da arbitragem comercial internacional com a adoção de tal regra geral¹⁴, por outro não pode desconsiderar postulados fundamentais do direito das nações civilizadas e valores essenciais dos Estados que a subscreveram. Por tal razão, a Convenção também regula as hipóteses de recusa do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral estrangeira em seu art. V¹⁵, permitindo aos Estados que ajustem a aplicação da regra geral de modo a evitar conflito com princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico.

As situações previstas no art. V, que objetivam preservar os princípios sobre os quais se assentam as ordens jurídicas nacionais, têm caráter de exceção à regra geral contida no art. III de obrigatoriedade do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira

¹⁴ O professor Hermes Marcelo Huck pondera que a homologação há de ser considerada como ato autônomo e soberano do Estado, mas no procedimento homologatório, quando exigido, não se julga ou discute a soberania do Estado estrangeiro de onde provém a sentença homologanda. A estrutura e arquitetura do sistema de delibação implicam necessariamente o reconhecimento da existência de outras soberanias, em igualdade de condições, e o reconhecimento que o juiz do foro faz da sentença estrangeira caracteriza a automática aceitação da jurisdição alheia. (HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e Lex Mercatoria**. Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26).

¹⁵ Convenção de Nova Iorque, art. V: “1. O reconhecimento e a execução da 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: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes submeteram, ou na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outros razões, apresentar seus argumentos; ou c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis possa ser reconhecida e executada; ou d) a composição da autoridade arbitral ou procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de decisão mediante arbitragem; ou b) no reconhecimento ou execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”.

pelo Poder Judiciário do Estado em que se busca tal reconhecimento, e devem ser interpretadas restritivamente.

No que importa especificamente ao presente estudo, o art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque estabelece que a homologação de uma sentença arbitral estrangeira poderá ser recusada caso se constate que o reconhecimento ou a execução da sentença for contrário à ordem pública do país onde se tenciona obter o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral¹⁶. A Lei Brasileira de Arbitragem tem dispositivo semelhante (art. 39, II), mas enquanto o texto do ato internacional não afirma expressamente qual a ordem pública que atuaria restritivamente ao pedido de homologação, fazendo referência à *ordem pública daquele país*¹⁷, a LBA fala em *ordem pública nacional*.

A ordem pública¹⁸, que funciona como critério de compatibilidade entre os diferentes ordenamentos jurídicos e atua na salvaguarda dos interesses fundamentais da sociedade, é o princípio mais importante do Direito Internacional Privado e desempenha um papel essencial na arbitragem comercial internacional, onde os interesses envolvidos são naturalmente ligados a mais de um ordenamento jurídico.

O conceito de ordem pública, contudo, não é de simples definição¹⁹, cabendo aos julgadores e juristas avaliá-lo caso a caso. É fator de incerteza precisar-se o conceito de ordem pública e a noção de sua contrariedade. A ordem pública que, como será visto posteriormente, pode ser analisada sob a ótica nacional, internacional e transnacional (ou

¹⁶ No mesmo sentido dispõe a Convenção Interamericana do Panamá em seu art. 5º (2): “Poder-se-á também denegar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do Estado em que se pedir o reconhecimento e a execução comprovar: [...]; b) que o reconhecimento ou a execução da sentença seriam contrários à ordem pública do mesmo Estado”. E a Convenção de Montevideu em seu art. 2º: “As sentenças, os laudos arbitrais e as decisões jurisdicionais estrangeiros a que se refere o artigo I terão eficácia extraterritorial nos Estados-Partes se reunirem as seguintes condições: [...]; h) se não contrariarem manifestamente os princípios e as leis de ordem pública no Estado em que se pedir o reconhecimento ou o cumprimento”.

¹⁷ “De acordo com o seu art. V, 2, b, a denegação do pedido homologatório se dará se constatado que o reconhecimento ou a execução da sentença for contrário à ordem pública ‘daquele país’. Não se afirma no texto do ato internacional qual a ordem pública que atuaria restritivamente ao pedido de homologação. Com efeito, grande parte da doutrina sustenta que a ordem pública visada pela Convenção é a de cunho internacional e não a ordem pública de nível doméstico do país em que se busca impor a eficácia da sentença”. (MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 399).

¹⁸ “O conjunto de normas e princípios que em um momento histórico determinado refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto”. (STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: RT, 1986. p. 104).

¹⁹ “La expresión ‘orden público’ es vaga y de textura abierta. Podría caracterizarse en términos generales como todo precepto o principio de naturaleza obligatoria, es decir, cuya aplicación se impone a las partes, personas de derecho público o privado, o que no puede ser dejado de lado por aquellas en ejercicio de la autonomía privada o individual”. (NAÓN, Horacio A. Grigera. Orden público y arbitraje. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1998, p. 79).

verdadeiramente internacional), consubstancia valores ético-morais, essenciais de convivência de uma nação, extraídos do momento sociopolítico vivido por seus cidadãos e que caracteriza o estado de legalidade corrente. A ideia de ordem pública varia no tempo e espaço, conforme as mudanças culturais e valorativas de cada sociedade, em cada época.

A ordem pública pode vir expressa na rede legislativa, resultando em comando imperativo, bem como incorporada à cadeia de princípios norteadores da conduta ética e moral de uma sociedade. Nesse último caso a tarefa do julgador é mais árdua, já que não positivado o princípio, torna subjetiva a sua identificação e interpretação.

A ordem pública internacionalmente relevante para a homologação da sentença arbitral em foro diverso daquele onde foi prolatada tem duas dimensões reconhecidas: a processual e a material. A ordem pública está no centro da preocupação das partes e dos árbitros, interessados na composição do litígio e na eficácia prática da sentença que vier a ser prolatada, determinada pela possibilidade de acolhimento nos sistemas jurídicos potencialmente interessados²⁰.

Por seu caráter extremamente subjetivo, cada jurisdição interpreta e adota um conceito de ordem pública, o que pode resultar em uma mesma sentença arbitral eficaz em determinado foro e ineficaz em outro. Além disso, a indeterminação do conceito de ordem pública faz com que seja não poucas vezes utilizado como subterfúgio pela parte que procura se subtrair do cumprimento de suas obrigações, e pode servir de sucedâneo para a consagração de injustiças²¹.

Racine assevera que a alegação de ofensa à ordem pública é utilizada frequentemente como um veículo para meras frustrações da parte que se opõe à execução da sentença arbitral, dando margem, em função de seu caráter genérico e residual, a toda espécie de alegação infundada²².

Nesse contexto, tendo em vista o conteúdo subjetivo e volátil que cerca o conceito de ordem pública e a consequente falta de homogeneização na sua aplicação, que gera

²⁰ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: _____. **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.129-170.

²¹ PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). **Estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 350.

²² RACINE, Jean-Baptiste. **L'arbitrage commercial international et l'ordre public**. Paris: LGDJ, 1999, p. 441.

insegurança nas relações jurídicas internacionais, no presente trabalho busca-se, primeiramente, determinar a noção do conceito de ordem pública e sua extensão.

Antes disso, contudo, para o perfeito enquadramento e contextualização do tema central deste estudo, será traçado um breve panorama sobre sentença estrangeira e arbitragem comercial internacional, far-se-á um breve apanhado histórico da homologação de sentença estrangeira no Brasil, e analisar-se-á os aspectos gerais da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, bem como as normas de origem interna e os tratados internacionais com vigência no Brasil, o procedimento homologatório, assim como os pressupostos positivos e negativos da homologação.

Após determinar a noção do conceito de ordem pública e sua extensão, será analisada a duplicidade dos planos de atuação da ordem pública (ordem pública interna e internacional), a ordem pública transnacional (ou ordem pública verdadeiramente internacional), assim como as duas dimensões reconhecidas da ordem pública relevantes para o reconhecimento dos efeitos da sentença arbitral em foro diverso daquele onde foi prolatada (ordem pública processual e material).

Em seguida, será examinada a extensão que a doutrina e a jurisprudência têm conferido ao conceito de *ordem pública* de que trata o art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque e o art. 39, II, da Lei nº 9.307/96.

Após, com base na doutrina e jurisprudência nacional e internacional sobre o assunto, serão analisados temas que já suscitaram ou podem suscitar questionamentos de ofensa à ordem pública. Posteriormente analisar-se-á os casos já julgados pelo STF e STJ de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras com alegação de ofensa à ordem pública e como o posicionamento do Judiciário, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito, afeta os custos de transação dos negócios comerciais, especialmente aqueles representados por contratos internacionais que contenham cláusula compromissória.

Por fim, tratar-se-á da necessidade de se restringir o campo de aplicação e alcance dos questionamentos de ofensa à ordem pública. O objetivo do estudo será demonstrar que a ordem pública deve ser interpretada restritivamente e que a intervenção deve ser excepcional, limitada aos casos em que a sentença é radicalmente inaceitável no país em que se tenciona o reconhecimento e a execução por violação de uma regra fundamental.

O foco principal do trabalho está no direito brasileiro de arbitragem, mas serão utilizados elementos do direito estrangeiro (legislação, doutrina e jurisprudência) de países

onde a arbitragem já está mais desenvolvida, para identificarem-se as soluções já contempladas em outros ordenamentos jurídicos.

O estudo se mostra relevante diante da crescente participação do Brasil no comércio internacional e no cenário socioeconômico mundial, sendo de extrema importância a adesão ao instituto, que só será possível com a divulgação da arbitragem e a elaboração de estudos aprofundados sobre o assunto.

A pesquisa também parece importante em virtude da ratificação pelo Brasil, ocorrida em 2002, da Convenção de Nova Iorque, e da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que transferiu a competência para o julgamento do processo de homologação do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça²³, que trouxeram modificações significativas à disciplina.

Desse modo, por meio da pesquisa proposta, ao subsidiar o estudo da doutrina pátria e internacional e da análise das experiências registradas pela jurisprudência nacional e estrangeira, pretende-se contribuir para a adequada inteligência do instituto no direito nacional, com o estudo profundo e sistematizado do tema. A análise do tema proposto, por tudo quanto acima consignado, se mostra de importância não apenas acadêmica, mas também prática, posto que a arbitragem representa elemento importante na formação dos contratos do comércio internacional.

²³ Sobre o deslocamento da competência do STF para o STJ tem-se: SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: novas perspectivas? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: IOB, jan./mar. 2005, v. 5, pp. 62-66.

2 HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

2.1 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A SENTENÇA ESTRANGEIRA

O direito internacional privado tem como um dos seus objetos a aplicação direta e indireta do direito estrangeiro. A aplicação direta do direito estrangeiro enseja o conflito de leis no espaço, a ser superado por meio da sistemática desenvolvida pelo direito internacional privado. A aplicação indireta do direito estrangeiro, por sua vez, se caracteriza pelo reconhecimento e execução de sentenças judiciais e arbitrais fora dos limites da jurisdição do Estado prolator.

A definição da lei aplicável em virtude de conflito no espaço e o estudo da competência jurisdicional internacional, que são inegavelmente objetos do direito internacional privado, têm relação direta com o estudo do reconhecimento e execução de sentença estrangeira, que além de ser objeto de estudo do direito internacional privado, que estuda o “porquê” do reconhecimento, tem aspectos ligados ao direito processual civil, que disciplina o “modo” do reconhecimento.

A conjugação dos tradicionais conceitos de soberania²⁴ e competência²⁵ é fundamental para o dimensionamento da jurisdição²⁶, cuja limitação extraterritorial assenta

²⁴ Soberania: “[...] No conceito jurídico entende-se o poder supremo, ou o poder que se sobrepõe ou está acima de qualquer outro, não admitindo limitações, exceto quando dispostas voluntariamente por ele, em firmando tratados internacionais, ou em dispondo regras e princípios de ordem constitucional. Assim, a soberania é o supremo poder ou o poder político de um Estado, e que nele reside como um atributo de sua personalidade soberana. Desse modo, no conceito de Bluntschli, revela-se no próprio Estado, considerado em sua majestade e em sua suprema força. Para Clóvis Beviláqua, a soberania é noção de Direito Público Interno. É esse o Direito que nos diz como o Estado se constitui, que princípios estabelece para regular sua ação, e que direitos assegura aos indivíduos. Quando aparece no campo do Direito Internacional, o Estado já está constituído, e, conseqüentemente, já se apresenta com a sua qualidade de soberano. O Direito Internacional respeita-a, acata-a, e o reconhecimento de um Estado pode (enquanto subsistir essa prática) ser interpretado como declaração que os outros fazem, de que, na qualidade de soberano, pode ter ingresso na comunhão internacional. Mas, por isso mesmo tem a faculdade de limitar-se, vai submeter-se a preceitos, que lhe pautarão a conduta”. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. IV, pp. 244-245).

²⁵ Competência: “[...] possui, na técnica jurídica, uma dupla aplicação: a) tanto significa a capacidade, no sentido de aptidão, pela qual a pessoa pode exercer ou fruir um direito; b) bem como significa a capacidade, no sentido de poder, em virtude do qual a autoridade possui legalmente atribuição para conhecer de certos atos jurídicos e deliberar a respeito. [...]. No segundo caso significa o poder que outorga à pessoa ou instituição, autoridade jurisdicional para deliberar sobre determinado assunto, resolvendo-o segundo as regras ou os limites que a investem nesse mesmo poder. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. I, p. 472).

²⁶ Jurisdição: “[...] em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite do poder de julgar de um juiz. E isto porque, em sentido lato, a jurisdição quer significar todo o poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver. E

suas bases na convivência entre o poder soberano do Estado, limitado a suas fronteiras, e a extensão de sua competência jurisdicional. Jurisdição²⁷ e soberania são ingredientes necessários à compreensão do tema reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

A jurisdição tem se exercido historicamente a partir da consciência de que o poder de dizer o direito é local em sua base e se vincula aos limites políticos do território de um Estado. O poder jurisdicional do Estado é uma manifestação de soberania, sendo que cada Estado define a partir dela, os limites de sua competência²⁸. A jurisdição é um dos elementos da soberania do Estado, e só a este compete determiná-la. No plano internacional constitui princípio assente que ao Estado, na esfera de sua jurisdição, cabe determinar a competência dos tribunais, assim como sua organização, as formas de processo, a execução das sentenças e os recursos contra as suas decisões²⁹.

A variedade de soberanias gera outra variedade de ordenamentos jurídicos nacionais, formalmente legítimos, que contêm normas que delimitam sua respectiva

neste poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoa, seja juiz ou autoridade de outra espécie, se entendem incluídas não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser atribuída a seu conhecimento, como a extensão territorial, em que o mesmo poder se exercita. A matéria contida na jurisdição pode ser acerca de negócios ou de pessoas. Por ela se determina a competência, que assinala os limites da jurisdição dentro da matéria, considerada em relação a certo lugar. A jurisdição, como gênero, vem em primeiro lugar, marcando o poder outorgado ao juiz ou à autoridade. A competência, como espécie, no pressuposto de uma jurisdição, limita o poder contido nesta. Assim, embora o exercício da jurisdição ocorra dentro dos limites da competência, esta não prevalece, quando não se tenha outorgado jurisdição, que é o poder autorizado para o exercício de certa função. Toda jurisdição, na conceituação moderna, dimana da soberania do Estado, a qual nela é fundada. Quer isto dizer: a jurisdição é o poder de julgar que, decorrente do *imperium*, pertence ao Estado. E este, por delegação, o confere às autoridades judiciais (magistrados) e às autoridades administrativas. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. III, p. 27).

²⁷ “Resumidamente, poder-se-ia deixar como estabelecido que jurisdição é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide. Este conceito engloba a definição de Chiovenda e de Carnelutti, que tantas vezes foram consideradas como antagônicas, mas que na verdade se completam. A jurisdição é, em primeiro lugar, um poder, porque atua cogentemente como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito; é também uma função, porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida; e, ainda, é uma atividade, consistente numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título”. (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 167).

²⁸ “O Poder jurisdicional, como um dos poderes do Estado, manifestação de soberania, é pleno e completo, mas não exclui a possibilidade de autolimitação, tornando-se aplicável somente a determinadas causas. Seria, em tese, possível uma disposição legal ou constitucional que estabelecesse competência para a autoridade judiciária brasileira conhecer de todas as lides ocorridas no universo. Tal posição, contudo, além de ineficaz, seria, no dizer de Amílcar de Castro, ‘inútil ameaça ou vã exibição de força’. Daí cada Estado, segundo critérios de viabilidade (efetividade) e conveniência, estabelecer quais lides estarão sujeitas a seu poder jurisdicional, sendo esses critérios levados em consideração pelo legislador e não pelo juiz que já encontra a norma posta. (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 174).

²⁹ ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado**. Teoria e prática brasileira. 4. ed. atualiza e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 221.

extensão e alcance. No campo internacional, essa delimitação se denomina competência internacional, definida como aquela que “é atribuída à justiça de um Estado em casos nos quais também se justificaria a intervenção do Poder Judiciário de outro Estado”³⁰.

A competência internacional de cada Estado é definida por ele próprio, levando em consideração critérios de viabilidade, efetividade e conveniência, que determinam os limites da competência³¹. Incumbe a cada legislador nacional estabelecer quais lides estarão sujeitas ao poder jurisdicional do Estado³².

Huck alerta que a jurisdição (poder de dizer o direito) não se confunde com competência, sendo a jurisdição pressuposto subjetivo da existência de um processo e a competência pressuposto subjetivo-objetivo de sua validade³³. Como tradicionalmente se diz, a competência é a medida da jurisdição de cada órgão judicial, isto é, ela quantifica a jurisdição a ser exercida pelo órgão judicial singularmente considerado. Cada órgão só exerce a jurisdição dentro da medida que lhe fixam as regras sobre competência³⁴.

³⁰ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1, p. 302.

³¹ “Os arts. 88 e 89 traçam objetivamente, no espaço, os limites da jurisdição dos tribunais brasileiros diante da jurisdição dos órgãos judiciais de outras nações. Essa delimitação decorre do entendimento de que só deve haver jurisdição até onde o Estado efetivamente consiga executar soberanamente suas sentenças. Não interessa a nenhum Estado avançar indefinidamente em sua área de jurisdição sem que possa tornar efetivo o julgamento de seus tribunais. Limita-se, assim, especialmente a jurisdição pelo princípio da efetividade”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 183).

³² No Brasil, a regra fundamental da competência jurisdicional, em sentido amplo, está prevista no art. 1º do Código de Processo Civil, que dispõe que “a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”. Reduzindo o campo de análise ao da competência internacional, o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil determina a competência da autoridade judiciária brasileira aos casos em que o réu é domiciliado no Brasil ou quando aqui a obrigação deve ser cumprida. O art. 88 do Código de Processo Civil, dentro da mesma linha, estende a competência internacional para os casos em que a ação se originar de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. O art. 88 enumera casos em que a ação tanto pode ser ajuizada aqui como alhures, configurando, assim, exemplos de jurisdição concorrente. Já o art. 89 do Código de Processo Civil estabelece hipóteses de competência exclusiva da autoridade brasileira para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil e para proceder ao inventário e partilha de bens situados no território nacional. Com exclusão das hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, descritas no art. 89 do Código de Processo Civil, a competência é concorrente, mesmo em causas em que o réu seja domiciliado no Brasil. Nas hipóteses de competência concorrente (art. 88 do CPC), a eventual existência de uma ação ajuizada, sobre a mesma lide, perante um tribunal estrangeiro, “não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa, e das que lhe são conexas” (art. 90 do CPC).

³³ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e Lex Mercatoria**. Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 7.

³⁴ O poder que possui o tribunal de um país de versar sobre assuntos internacionais é denominado igualmente “jurisdição” e “competência”. Apesar da crítica de alguns processualistas que preferem o termo “jurisdição”, os arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil brasileiro utilizam a expressão “competência”.

Fixados tais conceitos, essenciais para a compreensão do tema do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, vale destacar que o problema do reconhecimento de sentença estrangeira pelo juiz do foro é historicamente recente.

No direito romano, o *ius civile* era o único direito aplicável no território, sendo admitida em determinadas circunstâncias a aplicação do *ius gentium*, que se tratava de um “direito para estrangeiros”. No século 3, o Imperador Caracala estendeu a aplicação do *ius civile* a todos os habitantes do império, perdendo o sentido a distinção entre ambos. Dessa forma, no direito romano, seja pela aplicação do *ius gentium* aos estrangeiros, ou pela aplicação do *ius civile* a todo o império, não se falava em sentença estrangeira e de seu reconhecimento e execução.

Os sistemas do feudalismo também não desenvolveram preocupações com o alcance extraterritorial dos efeitos das sentenças, uma vez que a vinculação do homem ao feudo e a importância fundamental da terra resultavam em um conceito absolutamente territorialista do direito, com predomínio da *lex fori*, não havendo lugar para a aplicação do direito estrangeiro, e muito menos para o reconhecimento ou execução de sentença estrangeira.

O direito internacional privado nasceu com o reconhecimento e a aceitação da possibilidade de aplicação da lei estrangeira. Quando o conceito de jurisdição soberana passou a admitir a possibilidade de se aplicar em determinadas circunstâncias uma lei que não a do foro, surgiu a problemática do conflito de leis no espaço e a necessidade de um instrumento jurídico para solucionar tais conflitos, que é fornecido pelo direito internacional privado³⁵. E o mesmo conceito que justifica a aceitação da aplicação extraterritorial da lei estrangeira no foro serve de fundamento para o reconhecimento de sentenças alienígenas, com a recepção de decisões emanadas de outra jurisdição soberana³⁶.

³⁵ Cf. HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e Lex Mercatoria**. Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 1-3.

³⁶ “As mesmas razões que justificam a aplicação extraterritorial da lei estrangeira sustentam o reconhecimento das sentenças alienígenas, ambas como formas de aplicação, direta e indireta, respectivamente, do direito estrangeiro. No primeiro caso, de aplicação direta, invoca-se a disposição de uma lei estrangeira como devendo regular determinada relação jurídica. No segundo caso, de aplicação indireta, já não se invoca uma disposição de lei, mas a sentença que decidiu a questão noutro estado. O Direito estrangeiro, neste caso, apresenta-se não como disposição geral, mas como norma já aplicada a uma hipótese concreta pelo poder judicial”. (GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 7).

Huck ensina que as condições para o surgimento do direito internacional privado aparecem nítidas a partir do século 13, no norte da Itália, quando a intensidade do comércio entre cidades próximas gerou o conflito de leis como um evento cotidiano³⁷.

Foi no período estatutário que o estudo do direito desenvolveu metodologia própria. Nessa época, em determinado ordenamento, o problema da eficácia de elementos jurídicos formados em país estrangeiro passou a ser tratado de forma consciente. Os membros da Escola Estatutária Italiana, que nasceu com Bártolo de Sassoferrato e Baldo de Ubaldis, se baseavam na existência de princípios pertencentes a um sistema jurídico tido como superior, o *ius commune* (direito comum), ao qual cumpria reduzir a uma unidade os diversos ordenamentos particulares. No apogeu da Escola Estatutária, a validade das sentenças *extra territorium judicantis* era, salvo exceções, regra consolidada.

A partir do fim da Idade Média, a progressiva consolidação da soberania dos Estados nacionais trouxe modificações intensas ao problema da eficácia extraterritorial das decisões, uma vez que afirmada a territorialidade como corolário da soberania, era natural que os atos praticados por um Estado fossem aplicados com exclusividade dentro dos limites do seu território e que não incidissem sobre o território de um Estado os atos derivados de ordenamento estrangeiro³⁸.

Dentro do processo histórico-evolutivo do direito internacional privado despontou no século 14 a Escola Estatutária Francesa. Partindo de conceitos diametralmente opostos, Charles Dumoulin aceitou a aplicação do direito estrangeiro como reconhecimento de um processo de internacionalização das relações comerciais e admitiu a validade da sentença provinda de foro alheio, enquanto que D'Argentré, retomando a visão feudal do territorialismo do direito, somente admitiu a aplicação do direito estrangeiro no foro como uma rara exceção, sequer cogitando o reconhecimento da sentença provinda de outra jurisdição soberana³⁹.

A história do Direito consagrou a execução de sentença estrangeira, entendida como ato emanado de uma jurisdição soberana estranha, a partir do século 17, com a

³⁷ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e Lex Mercatoria**. Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 3.

³⁸ Cf. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

³⁹ Cf. HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e Lex Mercatoria**. Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4.

Escola Holandesa, quando não era mais possível se invocar um suposto direito superior (*ius commune*) que fundamentasse a eficácia extraterritorial das sentenças.

Diferentemente dos estatutários da Idade Medieval, os holandeses atribuíam à sentença valor restrito ao território onde era proferida, cabendo a cada Estado, conforme sua vontade e por razões de justiça e equidade, decidir se atribuiria validade a sentenças estrangeiras em seu território. Recorria-se à noção de *comitas gentium*. Tal doutrina ganhou grande prestígio nos Estados Unidos e foi acolhida na França e na Inglaterra, mas não perdurou por muito tempo na Europa⁴⁰.

A ideia de *comitas gentium* era marcada por grande inexatidão, uma vez que inicialmente remetia à noção de bem comum e, mais adiante, adquiriu o significado de cortesia internacional, exigindo boas relações entre as nações por razões de mútuo interesse e utilidade. Suas principais críticas vinham do fato de submeter o reconhecimento de decisões estrangeiras ao mero arbítrio das soberanias, que poderiam praticar ou revogar seus atos de cortesia de acordo com seus interesses⁴¹.

Outras teorias, de cunho jusnaturalista, surgiram com a gradual rejeição à visão medieval da existência de um *ius commune* a explicar a eficácia extraterritorial das sentenças. Essas teorias não se desprenderam completamente da ideia de que o reconhecimento de decisões estrangeiras estava fundado em um direito concebido como sobreposto às ordens jurídicas nacionais e, apesar de diferentes, tinham em comum o fato de que todas elas se fundavam na existência de uma ordem jurídica dita superior.

Segundo uma corrente, o Direito Internacional determina que seja respeitada a soberania de cada um dos Estados, assim como a jurisdição, razão pela qual as sentenças estrangeiras deveriam ser acolhidas por todos os países. Outra corrente, por sua vez, encabeçada por Savigny e Mancini, pressupunha a existência de uma comunidade de

⁴⁰ “As exigências de fato resultantes da convivência internacional, porém, impuseram justificativas para o reconhecimento de julgados estrangeiros em certas condições, não mais, é claro, sob o fundamento da unidade do Direito Romano comum, mas, segundo uma nova concepção, em virtude da *comitas gentium*. Segundo os autores que a sustentaram, como discorre Marnoco e Souza, a legislação estrangeira deveria ser repelida, visto o poder legislativo dum Estado acabar nas suas fronteiras. Mas como daí resultariam inúmeros inconvenientes, visto todos os Direitos ficarem inteiramente dependentes do acaso da deslocação, os Estados deveriam permitir a aplicação do Direito estrangeiro por mera condescendência e cortesia, a fim de obterem vantagens recíprocas”. (GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**. São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 7-8).

⁴¹ “A doutrina da *comitas gentium*, como é evidente, tem apenas valor histórico e não poderia resistir por muito tempo como fundamentadora da aplicação extraterritorial de leis ou sentenças de outros países. A noção de cortesia internacional, além de vaga, variável e incerta, como afirma Marnoco e Souza, não é conceito jurídico ou filosófico que possa sustentar um sistema”. (GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 8).

direito, na qual havia o dever de internalização de atos jurídicos estrangeiros. Savigny via essa sociedade como resultado natural do próprio desenvolvimento do direito e do crescimento das relações internacionais, enquanto que Mancini fundava a ideia de comunidade do direito na sociabilidade própria à natureza humana, que provocava um dever de justiça internacional⁴².

A teoria da comunidade do direito, cujos adeptos sustentavam que a eficácia extraterritorial das sentenças é um dever imposto pela justiça internacional a todos os Estados, revelou a impropriedade da ideia de *comitas gentium*, que deixava o reconhecimento ao arbítrio do soberano, mas diante da incerteza do conceito de comunidade de direito também não se mostrou uma teoria bem sucedida.

Ao longo do tempo a doutrina desenvolveu outras teorias, que buscaram uma justificação teórica para o reconhecimento de atos jurisdicionais estrangeiros. Dentre elas vale citar a teoria do quase-contrato, que levava a crer que as partes de um processo assumiam de forma voluntária a obrigação de respeitar o resultado da atividade jurisdicional, de forma que a sentença constituía um quase-contrato que deveria ser respeitado em todo lugar. Tal teoria foi alvo de críticas uma vez que a sentença, como resultado da atividade jurisdicional, não se impõe às partes por força de acordo de vontades, mas sim por força de lei, sendo inapropriado equiparar a sentença a contrato. Cabe destacar, porém, que essa teoria se distanciou das anteriores na medida em que o problema da eficácia extraterritorial das sentenças se desvinculava do problema do reconhecimento de atos de soberania estatal estrangeira, mostrando a desnecessidade da relação entre ambos⁴³.

Deve-se citar, ainda, a teoria dos direitos adquiridos, segundo a qual a sentença constitui ou declara determinados direitos e obrigações dos litigantes, na ordem jurídica em que prolatada, se referindo ao acolhimento de tais direitos e deveres adquiridos ao tratar do reconhecimento de uma sentença proferida em outro Estado. De acordo com tal teoria, seriam os efeitos produzidos pela sentença na esfera de direitos das partes que ingressariam no país por força do reconhecimento, e não propriamente a sentença, enquanto ato de soberania. Essa teoria tentou superar o impasse gerado pela natureza de ato de soberania estatal ostentada pela sentença, mas se mostrou insuficiente por não oferecer justificativa

⁴² Cf. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 15.

⁴³ Id., Ibid., p. 16.

para o tratamento diferenciado atribuído aos diversos direitos e deveres adquiridos pelas partes na sentença estrangeira, válida segundo a lei onde foi proferida⁴⁴.

Também é digna de nota a teoria da *lex specialis*, segundo a qual a sentença não passaria de uma lei especial em relação à norma jurídica geral e abstrata aplicada, como conclusão de um processo de aplicação das leis ao caso concreto. A principal crítica a essa teoria, que acaba por identificar o problema do reconhecimento de decisões estrangeiras ao da aplicação extraterritorial das leis, está justamente no tratamento homogêneo (e não autônomo) dado à eficácia transnacional das leis e das sentenças, ampliando o objeto de incidência do direito internacional privado. Apesar das críticas, a referida teoria deixou uma herança importante, de que as razões que justificam o reconhecimento de sentenças estrangeiras não estão ligadas ao fato de constituírem atos de soberania de outro Estado, “mas radicam na qualidade sentencial de ato incidente sobre a esfera subjetiva das pessoas, disciplinando-lhes concretamente determinados direitos e obrigações”⁴⁵.

Com a consolidação dos Estados nacionais e de sua soberania territorial, passou-se a assumir a premissa de que a sentença, em princípio, só é dotada de validade no sistema onde emitida, dependendo o seu reconhecimento em outros Estados de atos de consentimento baseados em razões variáveis segundo cada teoria, com o abandono progressivo da ideia da existência de um direito superior (*ius commune*).

Nessa evolução procurou-se um distanciamento da noção de que a atribuição de eficácia a sentenças estrangeiras constitui ato de submissão à soberania de outro Estado, passando-se a tratar a sentença como ato decisório instituidor de direitos e obrigações à esfera subjetiva das partes, fazendo-se o reconhecimento da sentença no interesse da segurança e da estabilidade das relações.

Essa mudança de visão ainda hoje ajuda a entender os problemas enfrentados pelo estudo do reconhecimento das sentenças estrangeiras no Brasil, inclusive as arbitrais, uma vez que a sentença judicial, assim como a arbitral, traz em si a decisão de um conflito por um terceiro, que vincula os sujeitos envolvidos no processo e pauta a situação jurídica das partes dali em diante, justificando seu reconhecimento em outro país.

É necessário atribuir estabilidade às relações já definidas pelo ato do julgamento, independentemente do lugar onde a decisão foi proferida. Sendo assim, o reconhecimento

⁴⁴ Cf. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

⁴⁵ Id., Ibid., p. 18.

de sentenças estrangeiras surge como meio de se dar efetividade ao comando contido na decisão, contribuindo para que os direitos lá afirmados possam se concretizar na prática.

A atribuição de eficácia extraterritorial às sentenças se destina a dar efetividade à tutela jurídica prestada com o julgamento ocorrido em outro Estado, e tem importância bastante evidente na arbitragem comercial internacional, que cada vez mais, como se verá adiante, com a crescente globalização do mundo moderno e com o desenvolvimento do comércio internacional, tem se mostrado um mecanismo eficiente de solução de controvérsia de dimensões globais, provocadas pelo constante intercâmbio entre territórios e pela maior circulação de bens e pessoas⁴⁶.

2.2 A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

A arbitragem comercial internacional encontrou, no século 20, um rápido desenvolvimento graças ao crescimento do comércio e a fatores ligados à necessidade de decisões mais rápidas, maior especialização dos árbitros, possibilidade de resguardo absoluto do sigilo e realização da arbitragem em foros considerados neutros, situados em locais que não os domicílios das partes interessadas.

A inequívoca preferência pela arbitragem comercial para a solução de controvérsias surgidas no comércio internacional a partir do século 20 também é fruto da morosidade das máquinas estatais e das dificuldades enfrentadas pelos tribunais nacionais, vinculados a sempre difíceis conceitos de ordem pública e soberania.

Neste cenário, a arbitragem comercial internacional experimentou um enorme progresso conceitual, legislativo e prático, e hoje é inegavelmente uma ótima resposta aos reclamos de um direito do comércio internacional, livre dos entraves de judiciários locais⁴⁷.

⁴⁶ “Foi a partir da internacionalização do capital e da economia, no entanto, que o mecanismo arbitral tomou força no cenário mundial e começou a ser sistematizado e gestado nos foros internacionais, como um instrumento a ser utilizado e viabilizado internamente pelos Estados para solução de controvérsias oriundas das transações e o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre sujeitos de diferentes países, pois “no âmbito internacional não existe um órgão jurisdicional para resolver os litígios entre os operadores privados do comércio internacional”. A propósito, a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1976, proclamava a importância da utilização da arbitragem nos negócios comerciais internacionais, sugerindo que a “implementação de sistemas de arbitragem aceitáveis nos países de sistemas jurídicos, sociais e econômicos diferentes, contribuiria de maneira significativa ao desenvolvimento harmonioso das relações econômicas”. (MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, p. 89).

⁴⁷ “*International arbitration has become the establish method of determining international commercial disputes. All over the word, states have modernized their laws of arbitration to take account of this fact. New arbitral centers have been established and the rapidly evolving law and practice of international commercial arbitration is a subject for study in universities and law schools alike. Yet at its core, international*

Como bem aponta Menezes, “[com] a globalização, se ampliam os horizontes da sociedade internacional global, que requer respostas globais para seus problemas e dilemas”⁴⁸.

A arbitragem comercial internacional, hoje mundialmente reconhecida, é a resposta adequada para a solução das pendências no cenário do comércio internacional, que para ter o desenvolvimento adequado não pode se sujeitar a morosos e nem sempre imparciais procedimentos perante tribunais estatais nacionais. É alternativa eficiente para solução de tais pendências e tem sido introduzida em praticamente todas as contratações internacionais de grande porte econômico ou complexidade jurídica, como fórmula para a solução de controvérsias que venham a surgir no cumprimento de tais contratos⁴⁹.

A arbitragem vicejou fortemente no campo das relações comerciais internacionais porque é meio para vencer as incertezas que naturalmente surgem quando uma parte domiciliada em um país acerta um negócio com outra, domiciliada em outro país. Nessas circunstâncias, apenas a arbitragem é capaz de assegurar que nenhuma das partes incorra no risco de uma possível controvérsia sobre o negócio contratado ser decidido por um tribunal do país da parte ex-adversa, uma vez que se pode afastar a jurisdição de ambas as partes envolvidas.

Na arbitragem, o consenso das partes prevalece sobre os ditames do Estado, sendo que são elas que escolhem, por acordo mútuo, o árbitro ou o critério para sua designação, o processo a ser adotado e as regras de direito a serem aplicadas na solução do conflito. Há ainda a possibilidade de se escolher o idioma usado no procedimento arbitral e o lugar em que o julgamento será proferido⁵⁰.

commercial arbitration remains much as it always was. It is a private method of dispute resolution, chosen by the parties themselves as an effective way of putting an end to disputes between them, without recourse to the courts of law. It is conducted in different countries and against different legal and cultural backgrounds, with a striking lack of formality”. (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. **Law and practice of international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 1).

⁴⁸ MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** – Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 975.

⁴⁹ “O Direito Internacional é transformado pelo processo de globalização, que oferece um leque de temas a serem regulados e o obriga, de alguma forma, a possibilitar mecanismos que deem uma resposta à sociedade que se desenha e aos temas que se abrem em um horizonte ainda não totalmente descoberto”. (Id., *ibid.*, p. 974).

⁵⁰ “It is true that the parties themselves choose to arbitrate, as an alternative to litigation or to the other methods of dispute resolutions. It is true too that, to a large extent, the arbitrators and the parties may choose for themselves the procedure to be followed. If they want a “fast-track” arbitration, they may have

Uma legislação que dificulte a arbitragem e seu reconhecimento, como a que até a edição da LBA vigorava no Brasil, repele o instituto e a possibilidade de um país se manter no centro das grandes decisões do comércio internacional, que passam a ser reguladas por meio de laudos ou sentenças arbitrais⁵¹.

2.2.1 A arbitragem comercial internacional no direito brasileiro

Apesar de ser um instituto legislado e conhecido há muito no Brasil⁵², a legislação nacional não acompanhou a evolução da arbitragem ao longo do tempo, mantendo por muitas décadas uma feição superada e obsoleta, o que impediu que fosse considerada como instrumento hábil de solução de controvérsias. A existência de legislação que não contemplasse a execução específica da cláusula compromissória desqualificava a arbitragem como instrumento efetivo de solução de controvérsias, uma vez que não se conferia às partes contratantes a segurança de ver a instauração do procedimento arbitral, na forma ajustada.

*one. If they want to dispense with the disclosure of documents or the evidence of witnesses, they may do so. Indeed, they may even dispense with the hearing itself if they wish". (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. **Law and practice of international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 1).*

⁵¹ “Dois motivos levaram o legislador a abandonar a clássica dicotomia sentença-laudo adotada tanto no Código de Processo Civil de 1939 como no de 1973: o primeiro, mais importante e de ordem científica, diz respeito ao reconhecimento da natureza jurisdicional na arbitragem, de modo que não se justificaria a adoção de diferença substancial (ontológica) – inexistente – entre a decisão do juiz togado e a do árbitro; o segundo motivo para a alteração da terminologia foi político, eis que o legislador mostrou sua intenção de fortalecer o resultado prático da atividade arbitral, deixando clara a equiparação de efeitos entre sentença estatal e sentença arbitral. [...] Muitos criticaram a escolha legislativa, entendendo que a alteração da terminologia tradicional – laudo arbitral – não traria benefício algum, apenas confusão; já deixei claro que não penso assim, até porque no direito processual pré-unitário era usual o emprego da expressão ora consagrada, sentença arbitral, estando equivocados aqueles que imaginam que a Lei de 1996 teria quebrado uma tradição do direito processual brasileiro. Os ordenamentos jurídicos estrangeiros dividem-se sobre a questão terminológica: na legislação da Colômbia e do Paraguai utilizam-se indistintamente as duas expressões, laudo e sentença arbitral, como ocorria na Itália antes da reforma de 1994; a França, a Bélgica e o México preferem tratar da sentença arbitral, enquanto a Espanha, o Peru, o Uruguai e, a partir de 1994, a Itália, mantêm a tradicional referência ao laudo arbitral, tudo sem que a expressão escolhida defina a maior ou menor identidade de efeitos entre a decisão arbitral e a judicial. Basta, para fins de comparação, perceber que a nova legislação peruana – que se refere sempre ao laudo arbitral – concede à decisão do árbitro a mesma eficácia das sentenças estatais. De qualquer modo, o legislador pátrio, para demonstrar que a questão terminológica não é crucial, manteve o vocábulo laudo (ainda que uma única vez) no corpo da Lei, ao tratar dos efeitos da sentença judicial que decretar a nulidade da decisão arbitral (art. 33, § 2º, II), constando ali que o juiz determinará ao árbitro que profira novo laudo”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 339-340).

⁵² As origens da arbitragem no Direito brasileiro remontam aos tempos da colonização portuguesa, nas Ordenações Filipinas. A arbitragem de Direito privado foi inicialmente prevista na Constituição Imperial de 1824, que em seu art. 160 previa a nomeação de juízes árbitros nas causas cíveis, cujas decisões eram irrecorríveis, caso convencionado entre as partes.

A arbitragem não se firmou como uma opção viável em contratos celebrados em território nacional até a edição da Lei Brasileira de Arbitragem. Esse cenário, contrário à arbitragem que perdurou no país durante tanto tempo, se deu em grande parte pela cultura nacional desfavorável à intervenção privada em um domínio tido como exclusivo do judiciário estatal e também pelo desprestígio ao instituto outorgado pela lei então vigente, que exigia um procedimento extremamente gravoso às partes para acolher as decisões arbitrais⁵³.

Após a edição da LBA, esse cenário sombrio se transformou, validando definitivamente a arbitragem no Brasil e trazendo o instituto a discussões acadêmicas e comerciais mediante a construção de um posicionamento positivo dos tribunais superiores sobre o tema. Com o advento da Lei, ao se conferir execução específica à cláusula compromissória, deu-se um passo extremamente importante e removeu-se o obstáculo que sempre impediu o desenvolvimento da arbitragem no país.

É natural que nos contratos em que se instrumentam negócios internacionais esteja presente uma cláusula dispondo que as disputas dele emergentes sejam resolvidas por arbitragem. Antes da edição da LBA, contudo, as principais características da arbitragem internacional eram a necessidade da dupla homologação e a exigência da citação por carta rogatória da parte domiciliada no Brasil.

Os laudos arbitrais estrangeiros deviam ser homologados judicialmente no país de origem antes de serem submetidos ao Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo como ocorria com a arbitragem no plano interno. Tal entendimento era predominante no Supremo Tribunal Federal, sendo condição para a eficácia no país a dupla homologação dos laudos arbitrais estrangeiros⁵⁴. O fundamento para tal posicionamento era de que

⁵³ Sobre o assunto: FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coords.). **Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 43-50.

⁵⁴ SEC nº 4.724-2, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão de 27 de abril de 1994: “Sentença estrangeira: inadmissibilidade de homologação, no Brasil, de laudo arbitral, não cancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente: precedentes: reafirmação da jurisprudência. 1. É da jurisprudência firme do STF que ‘sentença estrangeira’, susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido às partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham cancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exequível o julgado (cf. SE 1.982 - USA, Plen., 3.6.70, Thompson, RTJ 54/714; SE 2.006, Plen., 18.11.71, Inglaterra, Trigueiro, RTJ 60/28; SE 2.178, Alemanha, sentença, 30.6.79, Neder, RTJ 91/48; SE 2.476, Plen., 9.4.80, Inglaterra, Neder, RTJ 95/23; SE 2.766, Inglaterra, 1.7.83, SE 2.768, Franca, sentença 19.1.81, Neder, DJ 9.3.81; SE 3.236, Franca, Plen., 10.5.84, Buzaid, RTJ 111/157; SE 3.707, Inglaterra, Plen., 21.9.88, Neri, RTJ 137/132). 2. O que, para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no ‘forum’, e questão de

somente as sentenças estrangeiras eram passíveis de homologação, não se equiparando o laudo arbitral à sentença judicial.

O Supremo Tribunal Federal também considerava uma ofensa à ordem pública local o fato de a parte brasileira não ser citada no procedimento de homologação judicial da sentença arbitral no país de origem, de acordo com a legislação brasileira, isto é, mediante carta rogatória.

O Protocolo de Genebra de 1923 foi a primeira convenção relativa à arbitragem ratificada pelo Brasil⁵⁵ e, diferentemente do Código de Processo Civil de 1939 que somente permitia a instauração do juízo arbitral se houvesse o compromisso arbitral, equiparou a cláusula compromissória ao compromisso arbitral quanto à produção dos seus efeitos jurídicos. De acordo com o Protocolo, nos contratos internacionais comerciais a cláusula compromissória seria apta a instituir o juízo arbitral, afastando desde logo a competência do juiz togado⁵⁶.

O Pacto de Genebra criava uma exceção à disciplina dos contratos comerciais internacionais celebrados entre partes de países signatários, privilegiando dentro do sistema jurídico interno os laudos arbitrais estrangeiros que tinham origem em um dos países que haviam ratificado o Protocolo, em detrimento dos laudos nacionais, que seguiam regulados pelo Código de Processo Civil.

Apesar do debate sobre a hierarquia dos tratados internacionais gerado por tal dicotomia consolidada no sistema interno, e em que pese parte da doutrina defender a sua aplicação às arbitragens internacionais, com a equiparação da cláusula compromissória ao

direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua à decisão questionada”.

⁵⁵ O Brasil subscreveu o Protocolo em 24/09/1923, ratificando-o em 05/02/1932. O Protocolo foi promulgado pelo Decreto nº 21.187, de 22/03/1932.

⁵⁶ Os artigos 1º e 4º do Protocolo de Genebra dispõem o seguinte: “Art. 1º: Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, de compromissos ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências, que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato. Cada Estado contratante se reserva a liberdade de limitar a obrigação acima mencionada aos contratos considerados como comerciais pela sua legislação nacional. O Estado contratante, que usar desta faculdade, avisará o Secretário Geral da Sociedade das Nações, afim de que os outros Estados contratantes sejam disso informados”. Art. 4º: “Os tribunais dos Estados contratantes, dos quais esteja pendente um litígio relativo a um contrato concluído entre pessoas previstas no artigo 1º e que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude do dito artigo e suscetível de ser executada, remeterão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitros. Essa transferência não prejudicará a competência dos tribunais, no caso de, por qualquer motivo, o compromisso, a cláusula compromissória ou a arbitragem haverem caducado ou deixado de produzir efeito”.

compromisso arbitral, a verdade é que sua aplicação foi relegada ao ostracismo, seja por desconhecimento das partes, seja pela resistência dos Tribunais brasileiros em reconhecer a prática arbitral. Carmona acentua que “poucos foram os que, sob a capa do Pacto, incluíram em seus contratos cláusula compromissória na certeza de fazer valer o avençado em caso de litígio”⁵⁷.

O Brasil ratificou, ainda, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional, do Panamá (1975), aprovada pelo Brasil em 09 de maio de 1996, mediante o Decreto de Promulgação do Poder Executivo nº 1.902/96, que dispõe, em seu art. 1º, ser “válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil”. Por força de tal Convenção, a cláusula compromissória é equiparada ao compromisso arbitral, nos contratos internacionais.

Finalmente, em 23 de novembro de 1996, a LBA entrou em vigor. Além de equiparar a decisão arbitral a uma sentença judicial (art. 31⁵⁸) e dar o conceito de sentença arbitral estrangeira, definindo-a como aquela proferida fora do território nacional (art. 34, parágrafo único⁵⁹), a LBA também resolveu os dois maiores embaraços à adoção da arbitragem internacional no Brasil ao extinguir o sistema da dupla homologação dos laudos arbitrais proferidos no exterior e ao admitir a utilização da via postal para a citação da parte domiciliada no Brasil.

O art. 35 da Lei nº 9.307/96⁶⁰ trouxe valiosa inovação ao dispor que para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal⁶¹. Após a entrada em vigor do citado artigo, o STF imediatamente acatou o novo preceito, dispensando a necessidade de dupla homologação, esclarecendo que as normas processuais da LBA tinham incidência imediata nos casos pendentes de julgamento.

⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 97.

⁵⁸ LBA, art. 31: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

⁵⁹ LBA, art. 34: “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

⁶⁰ LBA, art. 35: “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”.

⁶¹ Após a Emenda Constitucional 45, a competência passou a ser do Superior Tribunal de Justiça.

Outra inovação muito importante foi trazida pelo parágrafo único do art. 39 da LBA⁶², ao admitir expressamente como válida a citação da parte brasileira nos moldes da convenção de arbitragem, da lei processual do país da sede da arbitragem ou a citação postal como prova inequívoca do recebimento. Tal inovação confirmou a efetividade, no Brasil, de formas corriqueiras de citação nas arbitragens comerciais internacionais e afastou a tradicional orientação do STF de que a citação da parte residente ou domiciliada no Brasil só poderia ser realizada por meio de carta rogatória.

A legislação pátria, com este dispositivo, trouxe segurança aos empresários estrangeiros no sentido de poderem pactuar arbitragens com empresas brasileiras, que não poderão se furtar de participar do procedimento arbitral com base em argumento de caráter estritamente formal⁶³.

De menor valia, entretanto, seria a aceitação da arbitragem comercial internacional por parte de empresas estrangeiras e brasileiras se o Brasil não ratificasse a Convenção de Nova Iorque, aplicando ao procedimento de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras segundo os parâmetros lá definidos. A Convenção de Nova Iorque, como já visto, é um dos mais importantes pilares para o desenvolvimento e consolidação da arbitragem, sendo aprovada pelo Brasil e internalizada por meio do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.

A Convenção de Nova Iorque, que revogou expressamente o Protocolo de Genebra, de 1923, deixou assente que nas arbitragens internacionais a cláusula compromissória é apta, por si só, a instaurar a arbitragem, não sendo necessária a celebração posterior do compromisso arbitral.

Apesar de a LBA ter introduzido no sistema legal brasileiro os conceitos consagrados pela aludida Convenção, em capítulo dedicado ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras (arts. 34 a 40 da Lei de Arbitragem), desde que

⁶² LBA, art. 39: “Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa”.

⁶³ PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **Estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 347.

promulgou a Convenção, com 40 anos de atraso, é verdade, o Brasil passou a integrar o grupo de países que cooperam para a efetividade da arbitragem comercial, conferindo segurança jurídica em seu território às decisões arbitrais proferidas no exterior⁶⁴. Pode-se dizer que há um direito uniformizado em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, uma vez que a Convenção de Nova Iorque já foi ratificada por mais de 140 países, o que gera uma enorme segurança jurídica, especialmente para os investidores estrangeiros.

Antes de ratificar a Convenção de Nova Iorque, o Brasil, atento ao desenvolvimento da arbitragem no plano internacional, já tinha aprovado o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa (Protocolo de Las Leñas), por meio do Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996.

É importante destacar que a LBA confiou posição de relevo às convenções internacionais, especialmente no que toca ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, dispondo em seu art. 34, que a mesma será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno e, na sua falta, de acordo com os termos da citada lei. A aplicação, portanto, da Convenção de Nova Iorque ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras prevalece sobre a Lei Brasileira de Arbitragem.

2.2.2 Distinção entre arbitragem internacional e arbitragem nacional

Não é tarefa fácil distinguir a arbitragem internacional da nacional (interna) e não existem critérios uniformes, mundialmente reconhecidos, para fazer tal distinção⁶⁵. As

⁶⁴ “A ratificação da Convenção de 1958 garantiu maior credibilidade para as empresas brasileiras diante do mercado mundial, evitando, de certa forma, que tais empresas ficassem condenadas a uma marginalização internacional, uma vez que é notória a preferência pela adoção da arbitragem para dirimir controvérsias advindas de relações contratuais internacionais, pelas vantagens proporcionadas por este método em relação ao Poder Judiciário. Em matéria de arbitragem, a Convenção de Nova Iorque é uma das mais importantes, sendo ratificada por vários países, dentre os quais estão todas as nações desenvolvidas. Com a adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque, a arbitragem se solidificou, minimizando-se a insegurança do instituto, principalmente no que diz respeito aos laudos arbitrais estrangeiros, que possam ensejar execução no território nacional”. (GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 217-235).

⁶⁵ “Two main criteria are used, either alone or in conjunction, to define the term “international” in the context of an international commercial arbitration. The first requires analyzing the nature of the dispute, so that an arbitration is treated as international if it “involves the interests of international trade”. The second

arbitragens internacionais, em regra, versam sobre litígios emergentes de relações jurídicas internacionais (plurilocalizadas), que entram em contato por meio de algum dos seus elementos estruturais, com diferentes sistemas de direito⁶⁶.

Na lição de Vigoriti, a arbitragem internacional “deriva do fato de pertencerem as partes litigantes a Estados diversos (seja como cidadãos, seja como residentes) ou de fato de a relação controvertida desenrolar-se no território de Estados diversos”⁶⁷.

Segundo Magalhães,

a arbitragem internacional soluciona controvérsia de caráter internacional, seja porque as partes possuam domicílio em diferentes países, seja porque o objeto do contrato se situe em outra ordem jurídica, seja, ainda, porque o pagamento deve transitar de um país para outro. Em outras palavras, a relação controvertida envolve mais de uma ordem jurídica nacional, embora possa ser regida por uma lei nacional. Assim, um contrato celebrado no Brasil, regido pela lei brasileira, mas tendo como partes pessoas domiciliadas em países diversos, ou tendo por objeto direito ou bem situado em outro país, não é contrato nacional, mas internacional e pode ter tratamento jurídico diverso⁶⁸.

Caivano leciona que

*en términos generales, puede decirse que el arbitraje es internacional cuando excede el marco de un Estado, sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes, sea que la sede del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones excede los límites de un Estado*⁶⁹.

focuses on the parties. It will look at either their nationality or habitual place of residence or, if (as is usually the case) the party is a corporate entity, the seat of its central control and management. On this criterion, to take simple example, an arbitration between a British company and a French company would be an international arbitration, much as the annual Six Nations rugby match involving England and France is an “international match”. Some national systems of law have adopted the first approach. Some have adopted the second. Others have followed the Model Law in selecting a mixture of the two”. (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. **Law and practice of international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 7).

⁶⁶ “A LBA não prevê um regime jurídico distinto para as arbitragens internacionais realizadas no Brasil e não define os contornos da arbitragem internacional. Os precedentes doutrinários e jurisprudenciais distinguem-na da arbitragem interna. A arbitragem deve envolver relação jurídica subjetivamente internacional – ou seja, ter as partes domiciliadas em países diversos – ou conter algum elemento objetivo de estraneidade, isto é, o local da sua constituição, do cumprimento da prestação etc”. (ARAÚJO, Nadia. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. 4. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 485).

⁶⁷ VIGORITI, Vincenzo. L’arbitrato internazionale in Italia. **Rivista di Diritto Civile**. Pádua: Cedam, 1989, n. 5, p. 570.

⁶⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 105.

⁶⁹ CAIVANO, Roque J. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998, p. 148.

[em termos gerais, pode-se dizer que a arbitragem é internacional quando excede o marco de um Estado, seja em razão de as partes ao tempo da celebração do acordo tiverem seus estabelecimentos ou residência habitual em Estados diferentes, seja porque a sede da arbitragem ou o cumprimento de uma parte substancial das obrigações excede os limites de um Estado. Tradução livre.]

Os franceses definem como internacional a arbitragem que envolve interesses do comércio internacional (art. 1.492 do CPC francês) e estabelecem critérios diversos para reger a arbitragem interna e a internacional, dispensando maiores formalidades para esta última. Eles acolheram a mesma orientação adotada pela Convenção Europeia sobre Arbitragem Internacional, firmada em Genebra, em 1961, que dispôs em seu artigo primeiro que a Convenção se aplica às convenções de arbitragem concluídas para resolver litígios nascidos ou que possam surgir de operações de comércio internacional entre pessoas físicas ou jurídicas que tenham, no momento da conclusão da convenção, sua residência habitual ou sede em Estados contratantes diferente.

A Lei-Modelo da UNCITRAL, aprovada em 21 de junho de 1985, também define a arbitragem internacional, qualificando-a dessa forma se as partes na convenção de arbitragem tiveram o seu estabelecimento em Estados diferentes, e se o lugar da arbitragem ou o local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento. A Lei-Modelo também privilegiou a vontade das partes, permitindo-lhes estabelecer se uma arbitragem é ou não internacional⁷⁰.

A distinção entre as arbitragens interna e internacional é alvo de algumas críticas, uma vez que se entende que o fato de a relação jurídica possuir um componente internacional não altera o conceito de arbitragem, sendo tanto uma como outra governada pelos mesmos princípios de direito, não havendo diferença substancial entre elas⁷¹. Em

⁷⁰ A Lei Modelo da UNCITRAL dispõe, em seu art. 1º, que a arbitragem é internacional se: a) as partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da conclusão desta Convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento: I) o lugar da arbitragem, se estiver fixado na convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta; II) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estreitamente conexo; ou c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção da arbitragem tem conexões com mais de um país.

⁷¹ *“It is essential to know what is meant by the international nature of arbitration, as that is central to the private international law regime governing arbitration and to the associated methodological ambiguity and controversy. In private international law, the international nature of a relationship or institution is generally examined with a view to establishing a connection with a particular national legal system. Without*

ambas se está diante de um modo de solucionar litígios, mediante a aplicação de regras adjetivas e substantivas escolhidas pelas partes, por julgadores por elas designados, cujas decisões são passíveis de execução forçada, com uso do poder de coerção dos juízes ou tribunais governamentais⁷².

Por opção do legislador, a Lei Brasileira de Arbitragem ignorou a distinção e preferiu se ater ao conceito de sentença arbitral estrangeira (definida como aquela proferida fora do território nacional), aplicando as mesmas disposições legais tanto à arbitragem interna como à internacional (arts. 34 a 40) e desprezando os efeitos que podem surgir de tal dicotomia.

Como bem apontado por Finkelstein, o legislador brasileiro não estabeleceu regras distintas para a arbitragem nacional e internacional, somente um processo diferenciado para homologação das sentenças arbitrais emitidas fora do território nacional. O renomado professor pondera que a sentença emitida fora de território brasileiro é estrangeira, “independentemente da nacionalidade ou domicílio das partes, local do cumprimento ou assinatura da obrigação, da natureza do contrato que deu origem ao litígio, idioma ou moeda do negócio jurídico”⁷³.

A opção pela solução monista, fruto de conveniência legislativa, é criticada por alguns doutrinadores, que entendem que ela provoca a sujeição da arbitragem internacional às restrições naturalmente impostas à arbitragem interna.

Concorda-se, contudo, que a solução unitária adotada pela lei brasileira produziu o benéfico efeito de estender à arbitragem interna a liberdade normalmente conferida à

*internationality, there can be no conflict of laws. The existence of a conflict of laws also naturally arises in the context of arbitration. However, that is neither the only nor the most important consequence of the international nature of an arbitration. Instead, it is increasingly frequent for the main consequence of the international nature of an arbitration to be whether or not a set of specific substantive rules applies to it. In view of their very different effects, these two aspects of the international nature of arbitration must be carefully distinguished, not least because the definition of what is meant by the word “international” differs in each case. In order to determine whether or not an arbitration is connected to a specific legal order, its international nature will be defined on the basis of certain legal criteria (§ 1). However, where the international nature of arbitration is a condition governing the application of specific substantive rules, it will be established using economic criteria drawn from the substance of the dispute (§ 2)”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John Savage. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 45).*

⁷² LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 7.

⁷³ FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coords.). **Arbitragem internacional**: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 44.

arbitragem internacional⁷⁴. Destaca-se, ainda, que a Convenção de Nova Iorque também não perfilha qualquer definição de arbitragem internacional, se limitando a disciplinar o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras, pelos Estados signatários.

Vale notar que não se pode definir a natureza da arbitragem com base apenas no local em que a sentença arbitral foi proferida, uma vez que uma arbitragem pode ter cunho internacional, mas a sentença ser considerada nacional, porque proferida no Brasil⁷⁵.

2.3 A SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

A delimitação do conceito de sentença arbitral estrangeira se faz indispensável para a compreensão da matéria objeto do presente estudo, na medida em que no Brasil, somente as sentenças arbitrais estrangeiras, e não necessariamente aquelas proferidas em arbitragens internacionais, demandam processo de homologação⁷⁶.

Os conceitos de sentença arbitrais estrangeiras presentes nas convenções internacionais se mostram bastante flexíveis, permitindo aos Estados maior flexibilidade na hora de regular internamente a questão.

A Convenção de Nova Iorque adota um critério territorial e define as sentenças estrangeiras como aquelas “proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças”, mas concede certa flexibilidade aos Estados signatários, ao estabelecer, de forma opcional, sua aplicabilidade

⁷⁴ “A Lei n. 9.307/96 se inspirou nas Convenções de New York de 1958 e do Panamá de 1975, na Lei-Modelo da UNCITRAL de 1985 e na legislação espanhola de 1988. Todos estes instrumentos legislativos contêm disposições específicas à arbitragem comercial internacional. No entanto, a nova lei, a exemplo da lei holandesa de 1986, da lei inglesa de 1996 e da lei alemã de 1998, não distingue arbitragem interna e arbitragem internacional. O legislador considera que o que é bom para a arbitragem interna é bom para a arbitragem internacional, e vice-versa, e adota um regime uniforme para todas as arbitragens. Não obstante este método monista ter como mérito estender à arbitragem interna o liberalismo que rege a arbitragem internacional (I), ele apresenta inconvenientes que afetam a especificidade da arbitragem comercial internacional (II)”. (LEE, João Bosco. A especificidade da arbitragem comercial internacional. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem** – Lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, 1999, p. 178).

⁷⁵ “[...] as arbitragens podem ter cunho estrangeiro ou internacional, conforme as partes tenham domicílio em territórios diferentes, ou conforme a matéria envolva a circulação de mercadorias e capitais além fronteiras, mas se a sentença arbitral for lavrada no Brasil, não se cuida de sentença arbitral estrangeira. Pode-se distinguir a arbitragem da sentença, ou seja, a arbitragem pode ter cunho internacional, mas a sentença datada e assinada no Brasil é nacional”. (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A jurisprudência do STJ sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. **BDJur**. Brasília, DF, 17 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23720>>. Acesso em: 15 mar. 2011).

⁷⁶ Sobre o tema: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição de sentença arbitral estrangeira. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 9, pp. 62-71.

“a sentenças arbitrais não consideradas como domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução”.

No sistema jurídico interno, a definição da sentença arbitral estrangeira não suscita maiores dúvidas, já que a Lei Brasileira de Arbitragem é bastante clara ao considerar estrangeira a sentença arbitral que tenha sido proferida fora do território nacional, conforme disposto no parágrafo único, do art. 34, da LBA⁷⁷. O legislador pátrio adotou uma definição bastante objetiva e optou pela solução territorialista, sendo assim, a sentença arbitral será nacional, se for proferida dentro do território nacional, e será estrangeira, se proferida fora do território nacional⁷⁸.

Para o direito pátrio, o critério para determinação da internacionalidade da sentença arbitral é o geográfico. Desse modo, a sentença emitida fora do território brasileiro é estrangeira, independente da nacionalidade ou domicílio das partes, local do cumprimento da obrigação, ou da natureza do contrato que deu origem ao litígio⁷⁹.

⁷⁷ LBA, art. 34: “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

⁷⁸ Recentemente, na linha do disposto na Lei Brasileira de Arbitragem, o STJ decidiu que sentenças de Cortes Internacionais de Arbitragem proferidas no Brasil são nacionais, e não estrangeiras: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. NACIONALIDADE. DETERMINAÇÃO. CRITÉRIO TERRITORIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. 1. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial. 2. A execução, para ser regular, deve estar amparada em título executivo idôneo, dentre os quais, prevê o art. 475-N a sentença arbitral (inciso IV) e a sentença estrangeira homologada pelo STJ (inciso VI). 3. A determinação da internacionalidade ou não de sentença arbitral, para fins de reconhecimento, ficou ao alvedrio das legislações nacionais, conforme o disposto no art. 1º da Convenção de Nova Iorque (1958), promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto 4.311/02, razão pela qual se vislumbra no cenário internacional diferentes regulamentações jurídicas acerca do conceito de sentença arbitral estrangeira. 4. No ordenamento jurídico pátrio elegeu-se o critério geográfico (*ius solis*) para determinar a nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão foi proferida (art. 34, par. único, Lei nº 9.307/96). 5. Na espécie, o fato de o requerimento para instauração do procedimento arbitral ter sido apresentado à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional não tem o condão de alterar a nacionalidade da sentença, que permanece brasileira. 6. Sendo a sentença arbitral em comento de nacionalidade brasileira, constitui, nos termos dos arts. 475-N, IV, do CPC e 31 da Lei da Arbitragem, título executivo idôneo para embasar ação de execução da qual o presente recurso especial se origina, razão pela qual é desnecessária a homologação por esta Corte. 7. Recurso especial provido para restabelecer a decisão proferida à e-STJ fl. 60. (STJ, Resp 1.231.554, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.05.2011)”.

⁷⁹ “A única distinção feita pela Lei (art. 34, parágrafo único) é entre sentenças arbitrais estrangeiras (prolatadas fora do território nacional) e, ao contrário, sentenças arbitrais nacionais (prolatadas no Brasil), ficando as estrangeiras sujeitas ao procedimento de homologação perante o tribunal competente, para serem reconhecidas e executadas no País. Tal distinção, porém, nada tem a ver com a qualificação da arbitragem como interna ou internacional, sendo possível uma sentença arbitral estrangeira decidir litígio exclusivamente interno ou, ao revés, uma sentença arbitral nacional decidir litígio internacional”. (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 158).

Embora passível de crítica⁸⁰, o critério estabelecido pela Lei Brasileira de Arbitragem para distinguir a sentença arbitral nacional da estrangeira é bastante objetivo e suficiente para determinar os procedimentos a serem adotados em caso de reconhecimento e necessidade de execução da sentença arbitral estrangeira diante do não cumprimento voluntário pelas partes na arbitragem⁸¹. A LBA foi muito clara ao determinar que toda decisão arbitral proferida fora do território nacional, para que possa produzir efeitos no Brasil, necessita passar por processo de homologação, de acordo com o estabelecido na lei interna. E aqui se deve fazer, ainda que brevemente, a distinção entre os termos homologação, reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira⁸².

⁸⁰ “O critério é, sem dúvida, imperfeito, pois o melhor parece que teria sido conferir uma “sede jurídica” da arbitragem no Brasil ou no exterior. Como se sabe, o “lugar da prática de um ato”, não se confunde com a “sede jurídica”, que significa um universo mais amplo que a simples localização espacial de um negócio através de um dos seus elementos constitutivos, por sinal, o menos relevante, como sua formalização por escrito. O conceito de sede de uma arbitragem é complexo e se baseia em critérios menos simplistas, tais como: “centro de gravidade das arbitragens”, “interesses do comércio internacional”, “ligações relevantes através de vários elementos de conexão da arbitragem, como uma legislação nacional”. (SOARES, Guido Fernando Silva. As arbitragens internacionais e aquelas reguladas no direito interno brasileiro, nos termos da Lei 9.307 de 23.9.1996 – alguns aspectos. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coords.). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam** do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 498).

⁸¹ “Optou o legislador brasileiro por definição mais objetiva, mais simples, embora tecnicamente criticável, baseando-se apenas e tão somente no local onde o laudo será proferido. Será assim nacional a sentença arbitral se o laudo for proferido dentro do território brasileiro, ainda que os árbitros devam tratar de questão ligada ao comércio internacional e mesmo que estejam em jogo ordenamentos jurídicos variados; será estrangeiro o laudo se proferido fora do território nacional, ainda que sejam as partes brasileiras, resolvendo controvérsia decorrente do contrato celebrado no Brasil e que aqui deva ser cumprido. Esta solução “territorialista” encampada pela Lei brasileira – a um mesmo tempo simplista e objetiva – foi escolhida pela Ley de Arbitraje espanhola, e é a preconizada pela Convenção de Nova Iorque (1958), justificando-se até politicamente sua adoção, eis que escudou-se o legislador na ideia de equiparação entre a decisão arbitral e as sentenças proferidas pelos órgãos jurisdicionais estatais”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 438-440).

⁸² “*Distinction between Recognition and Enforcement: In most cases the enforcement of awards assumes their recognition and the two terms appear as if they were intertwined. This is partly so because the New York Convention and other relevant provisions refer to “recognition and enforcement.” Generally, when an award is enforced it is also recognized. There may, however, be instances where an award is recognized but not enforced. As a consequence a distinction may be made between recognition and enforcement. Recognition is the national court proceedings which amount to a judicial decision, often called an exequatur. In many cases these proceedings are not full-fledged, but summary proceedings confirming the award. The exequatur acknowledges the existence of the arbitration and recognizes the decision of the tribunal. Recognition has been described as a defensive process which acts as a shield. Recognition may be useful when the unsuccessful party initiates court proceedings for any or all of the issues dealt with in the arbitration award. Recognition of the award will prevent court proceedings from being held in respect of decided matters. Recognition may be useful for tax or financial page reasons; a party may wish to have the award recognized so that there is evidence of a debt or receivables. Enforcement is normally a judicial process which either follows or is simultaneous to recognition and gives effect to the mandate of the award. Enforcement may function as a sword in that the successful party requests the assistance of the court to enforce the award by exercising its power and applying legal sanctions should the other party fail or refuse to comply voluntarily. The type of sanctions available will vary from country to country and may include seizure of the award debtor's property, freezing of bank accounts or even custodial sentences in extreme cases*”. (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 690-691).

Quando se fala em sentença estrangeira, os autores utilizam os termos *homologação*, *reconhecimento* e *execução*. Homologação é conceito de natureza processual, que se refere a procedimento específico e necessário à obtenção de condições de reconhecimento e execução da sentença estrangeira. E reconhecimento e execução, quando aplicados em função de sentença estrangeira, são conceitos distintos⁸³.

O reconhecimento constitui aceitação da sentença proveniente de jurisdição estrangeira, fazendo valer na ordem interna do Estado requerido a autoridade da coisa julgada que emana da decisão, impedindo a rediscussão da matéria em sede judicial ou arbitral. Já a execução possui caráter coercitivo, que permite à parte interessada requerer ao tribunal judicial a utilização dos meios coativos necessários à satisfação do julgado. Toda sentença estrangeira, ao ser executada, foi primeiro reconhecida (o reconhecimento é condição da execução), mas nem toda sentença reconhecida tem condições de ser executada⁸⁴.

⁸³ “Reconhecimento e execução são mecanismos de salvaguarda e proteção de direitos que se efetivam com a sentença homologatória, mas diferem quanto ao seu conteúdo finalístico. Enquanto com o reconhecimento de sentença estrangeira o sujeito atua na retaguarda, defendendo o direito de que é titular e que pretende ter assegurada sua defesa em outra jurisdição, no pedido de execução o interessado age de forma pró-ativa, no *front*, visando ao exercício de um direito concreto e válido e ainda pendente de cumprimento pelo obrigado. Com o reconhecimento, pretende o requerente seja chancelada a sentença arbitral estrangeira para torná-la eficaz no território correspondente e, assim, afastar qualquer dúvida quanto ao seu direito e evitar seja novamente apreciado o objeto daquele julgado. Busca tornar estático e firme no território desejado tudo aquilo que se irradia da sentença proferida em outra jurisdição estatal, produzindo, em consequência, todos os efeitos de direito, que permitem ao interessado efetuar os eventuais registros e, em síntese, encerrar, categoricamente, a possibilidade de reexame da matéria já analisada e decidida em sede de arbitragem. Obtido o reconhecimento da sentença estrangeira, o direito da parte está a salvo de ataques. Daí ser de natureza preventiva o reconhecimento, pois o requerente almeja amparo, de modo a proteger seu direito de potenciais desafios. De outro lado, a concessão do execute-se pelo STF [STJ] assegura ao credor a possibilidade de atacar o devedor, de forma a obter deste o cumprimento da obrigação. [...] Uma coisa é obter reconhecimento da sentença e, outra, a sua execução. Este pressupõe conteúdo condenatório da decisão que a outra não contém. O reconhecimento não implica possibilidade de execução. De outro modo, se acatado o pedido de execução é porque, por pressuposto, a validade e a eficácia da sentença foram reconhecidas. O reconhecimento é condição da execução e com esta deve coexistir, enquanto a recíproca não é verdadeira. São, pois, o reconhecimento e a execução institutos distintos e assim devem ser tratados”. (MARTINS, Pedro Antonio Batista. In: MARTINS, Pedro Antônio Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 436-441).

⁸⁴ “Reconhecimento e execução são conceitos distintos, quando aplicados em sentença estrangeira. Reconhecimento implica aceitação da sentença provinda de jurisdição estrangeira, sem executá-la. Já a execução é consequência de requerimento a juiz nacional, que não só reconhece na decisão estrangeira efeitos de uma sentença judicial, mas possibilita a sua extensão no foro. Toda sentença estrangeira, ao ser executada, foi primeiro reconhecida, mas nem toda sentença reconhecida tem condições de ser executada, posto que algumas dispensam execução, ou são utilizadas como simples documentos ou, ainda, não preenchem os requisitos para a execução. Tais decisões, ainda que não suscetíveis de execução, não perdem a condição original de sentença. A decisão emanada da autoridade judicial estrangeira pode ser reconhecida como sentença (e na realidade o é), sem necessariamente necessitar ou estar apta a ser executada no foro nacional. Já a homologação é conceito de natureza processual, referindo-se a um procedimento específico e necessário à obtenção de condições de execução à sentença estrangeira”. (HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e Lex Mercatoria**. Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 17-18).

2.4 APANHADO HISTÓRICO DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL

Em meados do século 19 já se encontra na história do Direito brasileiro a preocupação com o reconhecimento de decisões procedentes de jurisdição estrangeira. A primeira regulamentação sobre a matéria surgiu com o Decreto n. 6.982, de 27 de julho de 1878, que reconhecia e executava no Brasil sentenças cíveis ou comerciais estrangeiras. O sistema admitia a execução da sentença estrangeira, sem revisão de mérito, mediante um sistema de delibação⁸⁵.

A grande crítica contra o sistema prescrito pelo referido Decreto encontrava-se na exigência da reciprocidade, uma vez que o seu § 1º do art. 1º exigia como requisito para a execução de sentenças estrangeiras, que a nação a que pertencia o Juiz ou o Tribunal que proferiu a decisão admitisse o princípio da reciprocidade⁸⁶.

Posteriormente, ainda no Império, com a edição do Decreto n. 7.777, de 27 de julho de 1880, foi abrandada a exigência da reciprocidade no processo de reconhecimento e de execução de sentenças estrangeiras, surgindo a possibilidade de o Governo conceder um *exequatur* na ausência da reciprocidade, conforme critério de oportunidade e conveniência⁸⁷.

Depois, com a instauração da República, foi instituído um juízo formal para a homologação de sentença estrangeira, nos termos da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que completa a organização da Justiça Federal estabelecida em 1890 pelo Decreto 848. A Lei nº 221/1894 outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência exclusiva para homologar as sentenças estrangeiras, ressalvada a possibilidade da dispensa de tal procedimento quando prevista em tratados internacionais. A referida Lei eliminou qualquer

⁸⁵ “Apesar de não haver disposição expressa, o sistema adotado foi o da delibação, uma vez que entre os requisitos para a execução não ficou estabelecida a revisão do mérito ou da justiça ou injustiça da decisão, respeitando-se, portanto, desde então, a sentença como tal”. (GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 38).

⁸⁶ Art. 1º, § 1º, do Decreto nº 6.982, de 27 de julho de 1878: “Art. 1º. As sentenças estrangeiras, cíveis ou commerciaes, só poderão ser executadas no Brazil, concorrendo os requisitos seguintes: § 1º Que a nação, a que pertencem os Juizes ou Tribunaes que as proferiram, admitta o principio da reciprocidade”.

⁸⁷ Artigos 1º, 2º e 3º do Decreto nº 7.777, de 27 de julho de 1880: “Art. 1º. Na falta da reciprocidade a que se refere o art. 1º § 1º do Decreto n. 6.982, de 27 de Julho de 1878, a sentença estrangeira será exequível no Imperio si o Governo conceder - exequatur. Art. 2º O - exequatur - concedido pelo Governo nos termos do artigo antecedente equivalerá para todos os effeitos ao - cumpra-se - do Poder Judiciario. Art. 3º Na execução das sentenças por virtude do - exequatur - se observará o mesmo processo estabelecido pelo citado Decreto n. 6982 de 27 de julho de 1878”.

vestígio de reciprocidade e consagrou o procedimento de deliberação, sem revisão de mérito, adotado até hoje⁸⁸.

Na medida em que a Constituição Republicana de 1891 não cuidou da competência para homologação de sentença estrangeira, coube ao Decreto n. 3.084, de 05 de novembro de 1898, definir como competência do Supremo Tribunal Federal as homologações de sentença de tribunais estrangeiros para serem exequíveis na República, por meio da Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal. Durante um longo período de tempo a Consolidação representou a base para homologação de decisões estrangeiras.

Em 1916 ocorreu a promulgação do Código Civil de 1916, que foi precedido de uma Lei de Introdução (LICC) que não continha regras próprias sobre a execução de decisões estrangeiras, referindo-se, no entanto, às condições fixadas pela lei brasileira (art. 16⁸⁹), que no caso seria a Consolidação, concretizada pelo Decreto nº 3.084, de 1898.

Interessante destacar que em 1929 entrou em vigor o primeiro tratado internacional adotado pelo Brasil, mediante a promulgação do Decreto nº 18.871, que incorporou na ordem interna o Código de Bustamante. Entre outras matérias, o Código de Bustamante tratou do reconhecimento de sentenças estrangeiras em seu art. 791, dispondo uma lista dos requisitos que deveriam ser observados pelos magistrados sempre que a decisão fosse originária de um dos Estados ratificantes. Apesar de não ter trazido maiores novidades na matéria, a ratificação do referido Código revelou o início da busca do Brasil por segurança jurídica em suas relações privadas internacionais.

A disciplina acerca da competência para homologação de sentenças estrangeiras, conferida ao Supremo Tribunal Federal, foi promovida pela Constituição de 1934, que dispôs em seu art. 76, I, ser da competência da Suprema Corte a homologação de sentenças estrangeiras.

Em 1939 o Brasil passou a contar com seu primeiro Código de Processo Civil, que também consagrou o sistema delibatório, sem reexame de mérito e com dispensa da

⁸⁸ “A Lei nº 221 preocupou-se diretamente em regular o procedimento da homologação, mas, ao dispor sobre os fundamentos possíveis à oposição à homologação, *a contrario sensu* definiu os requisitos para a homologação. Desapareceu a exigência de reciprocidade e ficou expressamente consignada a proibição da produção de provas sobre o fundo da questão julgada. Estavam, pois, definidos os contornos, inclusive terminológicos, do instituto como vigora, em linhas gerais, até hoje, suscitando o diploma, porém, grave controvérsia, relativa à competência para homologação”. (GRECO FILHO, Vicente. Homologação de sentença estrangeira. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 43).

⁸⁹ Art. 16: “As sentenças dos tribunais estrangeiros serão exequíveis no Brasil, mediante as condições que a lei brasileira fixar”.

reciprocidade (arts. 785 a 796). A promulgação do Código de Processo Civil se deu por um mandato legal contido na Constituição Federal de 1934, que determinou a concentração das matérias processuais no Poder Legislativo federal, mantida até os dias de hoje.

A Lei de Introdução de 1942, que até hoje está em vigor no sistema jurídico interno, sistematizou as normas de Direito Internacional Privado e manteve praticamente inalteradas as disposições anteriores acerca da homologação de sentenças estrangeiras (art. 15⁹⁰).

As Constituições de 1937 (art. 101, I, f), de 1946 (art. 101, I, g) e de 1967 (art. 114, I, g) também deram tratamento semelhante às sentenças estrangeiras, mantendo a competência do Supremo Tribunal Federal. E o Código de Processo Civil, de 1973, dedicou dois artigos ao assunto (483 e 484), remetendo ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o procedimento da homologação da sentença estrangeira.

A Constituição Federal vigente, de 1988, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a função de guarda da Constituição e incluiu nos limites de sua competência originária a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias.

A cooperação internacional ganhou novos contornos com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras (inclusive as proferidas por árbitros) e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Transferida a competência do STF para o STJ, a Presidência desse Tribunal baixou a Resolução nº 22, de 31 de dezembro de 2004 que, em caráter excepcional, resolveu que se observasse o Regimento Interno do STF a respeito da matéria (arts. 215 a 229), até que fossem aprovadas disposições regimentais próprias, cabendo à Corte Especial o julgamento das sentenças contestadas. E por meio do Ato 15, de 16 de fevereiro de 2005, foi delegada competência ao Vice-Presidente do Tribunal para conceder *exequatur* às cartas rogatórias e homologar sentenças estrangeiras (judiciárias ou arbitrais) não contestadas.

⁹⁰ Art. 15: “Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal”.

Posteriormente, o STJ editou a Resolução nº 9, de 04 de maio de 2005, que repetiu as normas do capítulo derogado do Regimento Interno do Supremo sobre a referida homologação, com algumas modificações e acréscimos. A Resolução do STJ nº 9/2005 será analisada com maior profundidade mais adiante, no item referente ao procedimento homologatório.

Ainda dentro de uma perspectiva histórica, deve-se destacar que no direito brasileiro, desde seus primórdios, a legislação já admitia a homologação de sentenças arbitrais, desde que homologadas por tribunais estrangeiros. O Decreto nº 6.982, de 27 de julho de 1878, em seu art. 13, vinculava o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira à sua prévia homologação pelo tribunal estatal do seu lugar de origem⁹¹. Este regulamento também foi incluído na Consolidação de 1898. Diante disso, se impunha a necessidade de dupla homologação do laudo, já que os tribunais nacionais não reconheciam laudos arbitrais e sim sentenças judiciais, entendendo que só seriam aceitas no Brasil, para execução, as sentenças arbitrais homologadas por tribunais estrangeiros.

O Código de Processo Civil, de 1939, em seu art. 1.042⁹², e o Código de Processo Civil, de 1973, em seu art. 1.098⁹³, também estabeleciam a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, impondo uma homologação judicial prévia do laudo estrangeiro no país de origem, antes que seu reconhecimento pudesse ser buscado no Brasil.

Apesar de algumas posições contrárias ao posicionamento da jurisprudência brasileira, o STF proferiu inúmeras decisões exigindo a dupla homologação do laudo⁹⁴, o que significou um longo atraso nas relações comerciais do Brasil com o resto do mundo⁹⁵.

⁹¹ Decreto 6.982, de 27 de julho de 1878, art. 13: “São também exequíveis no Brasil, mediante as formalidades deste decreto, as sentenças arbitrais homologadas pelos Tribunais estrangeiros”.

⁹² CPC, art. 1.042: “Será competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que, originariamente, competir o julgamento da causa”.

⁹³ CPC, art. 1.098: “É competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originalmente tocar o julgamento da causa”.

⁹⁴ Sentença estrangeira: “inadmissibilidade de homologação, no Brasil, de laudo arbitral, não chancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente: precedentes: reafirmação da jurisprudência. 1. É da jurisprudência firme do STF que ‘sentença estrangeira’, susceptível de homologação no Brasil, não é laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham chancelado mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no for brasileiro, tornar exequível o julgado (cf. SE1982 – USA, Plen., 3/6/70, Thompson, RTJ 54/714; SE 2006, Plen., 18/11/71, Inglaterra, Trigueiro, RTJ 60/28; SE 2178, Alemanha, sentença, 30/6/79, Neder, RTJ 91/48; SE 2476, Plen., 9/4/80, Inglaterra, Neder, RTJ 95/23; SE 2766, Inglaterra, 1/7/83; SE 2768, França, sentença, 19/01/81, Neder, DJ 9/3/81; SE 3236, França Plen., 10/05/84, Buzaid, RTJ 111/157; SE 3707, Inglaterra, Plen., 21/9/88, Neri, RTJ 137/132). 2. O que, para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no ‘fórum’, é questão de direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua a decisão questionada”. (STF, SEC 4724/IN, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.94).

Barbosa Moreira foi um dos maiores críticos do posicionamento da jurisprudência brasileira, defendendo a homologação dos laudos arbitrais estrangeiros quando não havia previsão de homologação judicial no país de origem. O renomado jurista entendia que caberia uma distinção entre alguns sistemas jurídicos sobre a homologação de laudos arbitrais. Para ele, se o Estado estrangeiro atribuísse eficácia ao laudo sem exigência de sua submissão ao Judiciário local, não haveria como obrigá-lo a esta subordinação no território nacional⁹⁶.

Leões também criticou o sistema da dupla homologação adotado pelo Supremo Tribunal Federal. O ilustre professor fez distinção entre os Estados que exigiam que o laudo fosse homologado por sua Corte Suprema e os que não exigiam tal reconhecimento, entendendo que se no país estrangeiro não houvesse exigência quanto ao reconhecimento dos laudos pelo Judiciário, o Supremo Tribunal Federal não deveria exigir a dupla homologação⁹⁷.

Ainda que o país de origem não impusesse a obrigatoriedade de homologação do laudo judicial, o sistema jurídico brasileiro assim o determinava, levando a uma sistemática denegação de justiça, já que alguns laudos não eram homologados em seu país de origem por falta de previsão legal, e não eram reconhecidos no Brasil porque o STF entendia não ter competência para apreciar a homologação do laudo estrangeiro⁹⁸.

A exigência da dupla homologação foi mantida ao longo do tempo, até a entrada em vigor da Lei Brasileira de Arbitragem⁹⁹.

⁹⁵ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A jurisprudência do STJ sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. **BDJur**. Brasília, DF, 17 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23720>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

⁹⁶ “[...] se, porém o Estado estrangeiro atribui tal eficácia ao laudo, independentemente de homologação, não há como subordinar a esta o reconhecimento da eficácia do laudo no território nacional”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. V, p. 63).

⁹⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Juízo arbitral**: homologação de decisão estrangeira. RT 547/254.

⁹⁸ “Observe-se que o STF adotava uma posição mais radical em matéria de arbitragem entre particulares, que envolve direitos patrimoniais disponíveis, não homologando laudo arbitral estrangeiro que não houvesse sido homologado judicialmente, do que em matéria de direito de família, em que homologava decisões de divórcio que não haviam sido proferidas por autoridades judiciárias. Esta atitude fica ainda mais difícil de ser compreendida se for levada em conta a natureza de cada hipótese, pois em matéria de direito de família deveria haver maior preocupação com relação à observância da ordem pública e da fraude à lei. Assim, se o STF adotava uma posição liberal em matéria de direito de família deveria ser ainda mais liberal em matéria de arbitragem – que geralmente envolve questões comerciais –, pois nestes casos raramente surgem situações incompatíveis com a ordem pública”. (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29).

⁹⁹ “Não é de acolher, por isso mesmo, a opinião de Barbosa Moreira no sentido de que, apesar do novo texto legal, continue ainda a prevalecer a necessidade de distinguir a sentença estrangeira que produz, no país de

2.5 A NECESSÁRIA HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

Antes de analisar os aspectos gerais da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, tratar-se-á da necessidade de homologação de tais sentenças no Brasil, já que a apreciação desta questão se faz imperiosa diante da controvérsia existente na doutrina acerca da necessidade ou não de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras para que produzam efeitos no território brasileiro.

A Lei Brasileira de Arbitragem equiparou a sentença arbitral, em todos os seus efeitos, à sentença emanada do Poder Judiciário (art. 31) e subordinou o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras à prévia homologação do Poder Judiciário brasileiro. Em decorrência de expressa disposição legal (art. 35 da LBA e art. 483 do CPC) entende-se necessária a homologação judicial de sentenças arbitrais estrangeiras para que aqui produzam efeitos. Há quem defenda, contudo, que a eficácia de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil não está sujeita à homologação do Judiciário nacional. Encontram-se na doutrina três argumentos que são utilizados pelos doutrinadores que defendem a desnecessidade de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras.

O primeiro deles tem como principal interlocutor o professor Magalhães que sustenta que a LBA incorreu em equívoco ao estabelecer que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário ao exigir a homologação no país para reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras. Segundo ele, as sentenças arbitrais são atos privados, praticados por particular, e detêm a mesma natureza de contratos celebrados no exterior, enquanto que as sentenças judiciais constituem ato oficial praticado por autoridade pública. Essa natureza estatal justificaria a necessidade de condicionar a eficácia das sentenças judiciais ao procedimento homologatório.

De acordo com o renomado professor, assim como os contratos, as sentenças arbitrais estrangeiras deveriam produzir efeitos no Brasil, independentemente de prévia

origem, os mesmos efeitos da sentença estatal daquela que depende de ato homologatório estatal local para receber tais efeitos. O magistral processualista afirma, para reforçar suas conclusões, que “reconhecer o laudo estrangeiro equivale a ‘importar’ o nada”. O raciocínio parte da ideia de que a sentença arbitral não homologada – nos países que ainda exigem tal procedimento (como fazia o Brasil antes de 1996) – não produza efeito algum, senão após a homologação, o que não é exato: a sentença arbitral, antes mesmo de sua homologação, vincula as partes, comportando deste logo seu cumprimento. Por outro lado, a demonstração ao Superior Tribunal de Justiça, em cada caso concreto, dos efeitos que a sentença arbitral produz no respectivo país de origem traria complicação desnecessária ao procedimento de reconhecimento, complicação que os tratados internacionais aludidos no item anterior quiseram evitar”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 446-447).

autorização do Judiciário. Ele defende a interpretação restritiva do art. 35 da LBA, limitando sua incidência ao laudo arbitral proveniente da arbitragem forçada¹⁰⁰.

Em que pese a enorme admiração pelo ilustre professor, discorda-se de tal entendimento. O fato de a arbitragem ter origem privada não justifica a identificação da natureza da sentença arbitral aos contratos firmados no exterior.

Entende-se que a natureza jurídica da arbitragem é mista, contratual na fonte, uma vez que nasce de uma convenção entre as partes, mas jurisdicional no objeto¹⁰¹. Ao solucionar um conflito, o árbitro o faz com a chancela do Estado, que lhe autoriza realizar a atividade jurisdicional¹⁰². A sentença arbitral é manifestação dessa atividade jurisdicional¹⁰³, razão pela qual não pode ser confundida com um contrato.

¹⁰⁰ “Não é demais sublinhar que a jurisdição do árbitro provém das partes, sendo, portanto, privada, em contraste com a jurisdição do juiz, que advém da Constituição e, assim, da comunidade nacional. Daí porque não se pode confundir laudo arbitral com sentença judicial, como ato oficial do Estado para dirimir uma demanda. Essa confusão da lei reflete-se no tratamento que conferiu ao laudo arbitral produzido no exterior, qualificando-o como estrangeiro. Partindo-se do pressuposto de que o laudo se equipara à sentença judicial, com a alteração que introduziu no art. 584, III, do CPC, a lei condiciona o reconhecimento do laudo arbitral feito em outro país, à sua homologação pelo STF. Se o laudo arbitral é ato privado, decorrente da vontade das partes, destinado a dirimir controvérsia sobre relação contratual de natureza patrimonial – e, portanto, de caráter disponível – não há intervenção de autoridade pública estrangeira que justifique sua prévia aceitação pelo órgão judiciário brasileiro. Os contratos celebrados no exterior e exequíveis no Brasil não necessitam ser apresentados a qualquer Poder Público do país para serem reconhecidos ou para que sua execução ou cumprimento pela parte aqui domiciliada seja autorizado. Em caso de controvérsia sobre tais contratos, o juiz somente verificará, como faria também em relação aos contratos celebrados no Brasil, se não contrariam os bons costumes, a ordem pública brasileira e a soberania nacional, como prevê o art. 17 da LICC. E não há diferença da natureza privada entre um contrato privado celebrado no exterior e um laudo arbitral, elaborado também no exterior, por árbitro que resolva uma controvérsia sobre esse mesmo contrato. Tanto o laudo como o contrato são instrumentos que decorrem de uma relação privada que tem por objeto um direito de caráter patrimonial privado e, assim, disponível. [...]. Apesar dessas considerações, a Lei 9.307/96, equivocadamente, subordina o reconhecimento e execução do laudo arbitral produzido no exterior à prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista, contudo, que o laudo arbitral constitui ato privado e que a competência constitucional daquela Corte se refere a homologação de sentenças judiciais estrangeiras – e não atos de natureza privada – a norma deve ser interpretada em caráter restritivo e de acordo com as características próprias da arbitragem e do laudo arbitral. Assim, uma interpretação possível é a de que, embora a lei não distinga, o art. 35 da lei estaria se referindo ao laudo arbitral proveniente da arbitragem forçada, admitida em alguns sistemas jurídicos, para certas hipóteses, como ocorria no Brasil, para os litígios entre comerciantes, regulados pelo Código Comercial, antes de sua derrogação”. (MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 99-113).

¹⁰¹ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro**. Princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001, pp. 48-51.

¹⁰² “*International commercial arbitration is a hybrid. It begins as a private agreement between the parties. It continues by way of private proceedings, in which the wishes of the parties are of great importance. Yet it ends with an award that has binding legal force and effect and which, on appropriate conditions, the courts of most countries of the world will recognize and enforce. The private process has a public effect, implemented with the support of the public authorities of each state and expressed through its national law*”. (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. **Law and practice of international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 6).

¹⁰³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípio do processo civil na Constituição**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A sentença arbitral resolve a lide em caráter definitivo, característica que a aproxima da sentença judicial, o que explica a exigência de que a produção de efeitos em outro país esteja subordinada a um controle prévio do Estado. A sentença arbitral, em consonância com o disposto no art. 31 de LBA, produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial, sendo submetida à mesma forma de controle (art. 35, da LBA).

Não parece razoável, entretanto, permitir a execução de uma sentença arbitral produzida no exterior sem um controle prévio da respectiva autoridade judiciária, ainda que bastante restrito, exigindo-se tal controle de uma sentença judicial produzida no exterior. Desse modo se estaria conferindo à sentença arbitral efeitos e autoridade superiores aos de uma sentença judicial¹⁰⁴.

Por essas razões entende-se que a interpretação restritiva do art. 35 da LBA apresentada pelo professor Magalhães não se sustenta.

Encontra-se ainda na doutrina outro argumento contrário à necessidade de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras. Há quem defenda a inconstitucionalidade do art. 35 da LBA, uma vez que ao se sujeitar o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira à homologação do Supremo Tribunal Federal, o citado art. 35 teria atribuído ao referido tribunal uma competência não prevista no rol constante do art. 102, I, da Constituição Federal de 1988, padecendo de inconstitucionalidade, já que tal alteração somente poderia ser feita por meio de Emenda Constitucional¹⁰⁵ (art. 60, da CF/88). O art.

¹⁰⁴ “[...] repugnaria ao senso comum franquear-se ao vencedor na arbitragem concluída no exterior o acesso aos mecanismos estatais de outro país destinados ao cumprimento coercitivo do comando inscrito no laudo – especialmente os da execução de título judicial, como no Brasil (CPC, art. 475-N, inc. VI) – sem submeter esse ato a um controle prévio, ainda que restrito, da respectiva autoridade judiciária. A par disso, tal postura significaria, no limite, conferir ao laudo efeitos e autoridade superiores aos de uma sentença judicial também proferida no exterior, a despeito de esta última, normalmente, submeter-se no país de origem a instrumentos de controle pautados por maior preocupação garantista”. (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35).

¹⁰⁵ “Os problemas são detectados logo no início da regulamentação do tema, quando, no art. 35, afirma a Lei de Arbitragem que “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira será sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”. Tem-se aqui um sério vício na norma, o mais sério que uma norma jurídica pode conter: a inconstitucionalidade. A Lei de Arbitragem atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para homologar laudos arbitrais estrangeiros. Ocorre que tal competência não figura entre as enumeradas no art. 102 da Constituição da República. Segundo este dispositivo (mais especificamente nos termos do art. 102, I, h da Constituição Federal), o Supremo Tribunal Federal é competente para a “homologação das sentenças estrangeiras”. Ao atribuir mais uma hipótese de competência ao Supremo Tribunal Federal, hipótese esta que não se encontra prevista na Carta Magna, incorre a Lei de Arbitragem em flagrante inconstitucionalidade. A competência do Supremo Tribunal Federal, segundo a melhor doutrina e a jurisprudência da própria Corte Suprema, é fixada pelo art. 102 da Lei Maior em caráter taxativo, sendo inconstitucional qualquer ampliação por norma infraconstitucional. Verifica-se, assim, que é inconstitucional o dispositivo da Lei de Arbitragem que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para homologar laudos arbitrais estrangeiros. É certo que se poderia tentar “salvar” o dispositivo da pecha de inconstitucionalidade, afirmando-se que o laudo arbitral estrangeiro equivale à sentença estrangeira e, assim,

35 da LBA teria ampliado o elenco taxativo constante do art. 102, inc. I, da CF/88, que, em sua alínea “h”, contemplaria somente a homologação de sentenças judiciais. Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, o mesmo raciocínio se aplicaria ao Superior Tribunal de Justiça e ao art. 105, I, da Constituição Federal.

Os defensores de tal opinião partem da equivocada premissa de que ao se valer da expressão “sentenças estrangeiras”, o revogado art. 102, inc. I, “h”, e o vigente art. 105, inc. I, “i”, da CF/88, estariam se referindo apenas a sentenças judiciais.

O art. 105, inc. I, “i”, da CF/88 (assim como o fazia o art. 102, inc. I, “h”, da CF/88 em relação ao STF) dispõe que compete ao STJ processar e julgar originariamente a “homologação das sentenças estrangeiras”, mas não delimita o âmbito de aplicação do termo “sentença”, permitindo diferentes interpretações, restritivas ou ampliativas.

Considera-se, contudo, que não bastasse a CF não fazer referência expressa a sentenças judiciais estrangeiras, o ato a ser concebido como sentença é aquele que a lei atribuiu eficácia típica de sentença¹⁰⁶.

Na medida em que a sentença arbitral foi equiparada pela Lei de Arbitragem à sentença emitida pelo Poder Judiciário (art. 31 da LAB), é intuitivo que a expressão “sentença estrangeira”, constante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seja interpretada de forma a abranger também a sentença arbitral, não possuindo qualquer vício o art. 35 da LBA¹⁰⁷. Absolutamente natural que a expressão “sentença

estaria incluído na regra constitucional que atribui ao Pretório Excelso competência para a homologação daqueles atos judiciais. Tal entendimento, porém, não pode ser aceito, restando frustrada a tentativa. Isto porque, conforme a melhor doutrina (também aqui com apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), não se pode homologar decisão arbitral estrangeira, sendo passível de homologação, tão-somente, a sentença estrangeira que homologasse tal laudo”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Lei n. 9.307/96. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pp. 123-125).

¹⁰⁶ “[...] o ato a ser concebido como sentença, para fins de homologação, é aquele a que a lei com base na qual foi emitida atribui conteúdo e eficácia típicos de sentença, sob a perspectiva do ordenamento do Estado chamado a reconhecê-lo. Para a qualificação desse ato como sentença passível de homologação, não são relevantes elementos como sua forma, o órgão emissor ou sua denominação no sistema de origem. Decisivo é que, em substância, esse ato corresponda a uma sentença nos padrões nacionais, isto é, que acaso fosse ele proferido no país em que pretende se tornar eficaz pela homologação, revestir-se-ia da roupagem de uma sentença segundo as normas locais, por possuir-lhe o mesmo conteúdo e produzir-lhe os mesmos efeitos”. (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37).

¹⁰⁷ “Entre as competências originárias do Supremo Tribunal Federal, o art. 102, I, alínea “h” da Constituição Federal brasileira dispõe que a Alta Corte é competente para julgar as demandas de homologação das “sentenças estrangeiras”. É sobre este fundamento que certos autores alegam a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 9.307/96. Sustentam eles, por um lado, que a norma constitucional visa apenas aos julgamentos estrangeiros e não às sentenças arbitrais e, por outro lado, que uma lei ordinária não pode modificar uma disposição constitucional. Esses argumentos não são inteiramente convincentes. A leitura do art. 102, I, alínea “h” da Constituição brasileira, realizada por esses autores, não parece muito vigorosa. A disposição

estrangeira” antes interpretada de forma a excluir as sentenças arbitrais, após a entrada em vigor da Lei Brasileira de Arbitragem, passe a ser interpretada de forma a envolvê-la¹⁰⁸.

Contrariando essa visão, Abbud lembra que os laudos arbitrais não são incluídos na concepção de sentença utilizada pelos arts. 102 e 105 da CF/88, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro sempre recusou homologabilidade à decisão arbitral, admitindo apenas o reconhecimento da sentença judicial que, no país de origem da arbitragem, houvesse conferido o *exequatur* ao laudo (sistema da dupla homologação). Esse fato seria prova de que a Constituição Federal de 1988 se refere apenas a sentenças judiciais¹⁰⁹.

Entretanto, como bem salientado pelo autor, até a edição da Lei Brasileira de Arbitragem (1996), o Supremo Tribunal Federal se limitava a homologar as sentenças arbitrais que tivessem recebido a chancela sentencial do Poder Judiciário do país em que foram proferidos. Após a entrada em vigor da LBA, porém, o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira no Brasil passou a dispensar a prévia chancela do Judiciário do Estado onde havia sido emitida a sentença.

Vale destacar, ainda, que de acordo com o professor Magalhães, a sentença proferida por árbitros não equivale à sentença judicial, e o artifício utilizado de assim denominá-la não lhe altera o caráter de ato privado, desprovido de autoridade pública a

constitucional não faz referência aos “julgamentos estatais”. Efetivamente, pode-se muito bem ver as sentenças arbitrais estrangeiras como sendo “sentenças estrangeiras”. Ademais, a lei de 1996 assimila a sentença arbitral proferida no território nacional ao julgamento estatal; conseqüentemente, esta equiparação deve igualmente valer quando se trata da homologação das sentenças estrangeiras”. (LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 209-210).

¹⁰⁸ “[...] pode-se aduzir as seguintes conclusões: (i) A homologação das sentenças estrangeiras (judiciais e arbitrais) consiste em imposição constitucional, tendo em vista o art. 102, I, h, da CF/88, cuja redação abrange “as” sentenças estrangeiras, remetendo à ideia de que todas devem ser homologadas. Ora, tendo em vista que a Lei 9.307/96 equiparou as sentenças judiciais e arbitrais não somente na nomenclatura, mas também em seus efeitos, as sentenças arbitrais também se incluem no imperativo constitucional. Cumpre ressaltar que a doutrina pátria reconhece quase unanimemente que a homologação das sentenças estrangeiras tem assento constitucional. (ii) Conforme já mencionado, a Lei 9.307/96 equiparou as sentenças judicial e arbitral, não só na nomenclatura, mas também em seus efeitos. Porém, não se pode ir além e ultrapassar os limites estabelecidos por lei, outorgando mais efeitos ao laudo arbitral que à própria sentença judicial. Parece atentar contra a ordem pública exigir-se a homologação de sentenças judiciais estrangeiras – que foram eventualmente submetidas a todos os recursos cabíveis de acordo com a *lex fori* e necessariamente transitaram em julgado – e, por outro lado, dispensar da apreciação do STF os laudos arbitrais alienígenas, os quais seria reconhecidos e executados, independentemente de homologação”. (VERÇOSA, Fabiane. A (Des?) necessidade de homologação de laudos arbitrais estrangeiros após a entrada em vigor, no Brasil, da Convenção de Nova Iorque. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2003. pp. 382-402).

¹⁰⁹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 38.

justificar a intervenção do mais alto tribunal do país¹¹⁰. Contudo, tal argumento também não parece aceitável, uma vez que está em total desacordo com a Lei Brasileira de Arbitragem e o caminho evolutivo da arbitragem no Brasil.

Por todo o exposto, entende-se que o art. 35 da Lei Brasileira de Arbitragem não é de forma alguma inconstitucional, uma vez que não conferiu nova hipótese de competência originária ao STF (e depois ao STJ) não prevista na Constituição Federal. O art. 35 apenas incluiu dentre as sentenças estrangeiras aquela proferida em procedimento arbitral, conforme autorizado pela ordem constitucional (art. 22, I, da CF/88), nada mais do que isso.

Por fim, encontra-se um último argumento contrário à necessidade de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, o qual se baseia no art. III da Convenção de Nova Iorque. Segundo este argumento os Estados signatários não devem impor, no reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas que as previstas para o reconhecimento ou a execução das sentenças nacionais¹¹¹.

Com a entrada em vigor da Convenção de Nova Iorque no Brasil, há estudiosos que sustentam ter sido revogado o art. 35 da Lei Brasileira de Arbitragem, passando as sentenças arbitrais estrangeiras a ter eficácia automática no território nacional¹¹². Uma vez

¹¹⁰ “Nem se diga que a norma do art. 35 da Lei 9.307/96, ao exigir a homologação do laudo arbitral estrangeiro pelo STF, estaria suportada pela norma da alínea h do art. 102 da Constituição, pois esta dispõe que compete àquela Corte originariamente “a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”. A sentença estrangeira a que se refere o dispositivo constitucional significa, como não poderia deixar de ser, sentença judicial estrangeira, provinda de Estado estrangeiro e, portanto, dotada de caráter oficial, ou, como diz Fragistas, a que representa um *ersatz*. O laudo arbitral, não obstante a nomenclatura utilizada pela Lei 9.307/96, não é sentença judicial e o artifício utilizado de assim denominá-lo não lhe altera o caráter de ato privado, desprovido de autoridade pública a justificar a intervenção do Supremo Tribunal Federal, já tão sobrecarregado de processos, que lhe impedem o cumprimento de sua missão maior, que é a de interpretar a Constituição”. (MAGALHÃES, José Carlos de. **Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros**. RT 740/116).

¹¹¹ Art. III da CNI: cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. **Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas** (g.n.).

¹¹² “A Convenção de 1958 torna mais eficaz e célere o processo de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, na medida em que seu art. III dispõe que a essas sentenças não serão impostas condições substancialmente mais onerosas do que as impostas às sentenças arbitrais domésticas. Como o Estado brasileiro não fez reserva a esse artigo da Convenção, admite-se que sua vigência afasta a necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira perante instância judicial [...], tal como já ocorre em relação às sentenças nacionais, as quais prescindem do ônus da homologação judicial para serem consideradas títulos executivos (art. 31 da Lei 9.307/96)”. (STRENGER, Irineu. Verdadeira projeção da arbitragem. Convenção

que a lei brasileira atribui às sentenças nacionais eficácia independentemente de chancela judicial, os adeptos dessa corrente defendem que o art. III da Convenção de Nova Iorque teria vedado a sujeição das sentenças estrangeiras ao juízo homologatório, revogando o art. 35 da LBA.

Também se discorda de tal entendimento, uma vez que os dispositivos da Convenção de Nova Iorque não podem ser analisados e interpretados de forma isolada, como fazem os que defendem o entendimento aqui apresentado.

O próprio art. III da Convenção de Nova Iorque dispõe que cada Estado reconhecerá as sentenças e as executará de conformidade com as regras procedimentais vigentes em seu território. E o ordenamento jurídico brasileiro não liberou a sentença arbitral estrangeira do procedimento de homologação, já que tanto o Código de Processo Civil (art. 483 do CPC), como a Lei Brasileira de Arbitragem (art. 35 da LBA), estabelecem como necessária a homologação da sentença arbitral estrangeira, não tendo a CNI, de forma alguma, alterado esse sistema¹¹³.

Além disso, a Convenção de Nova Iorque estabelece os requisitos para o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, sendo um contrasenso se imaginar que a própria Convenção considerasse substancialmente mais onerosas as condições que ela mesma impõe ao reconhecimento das sentenças¹¹⁴. Se a Convenção quis

de New York de 1958. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, jan./mar. 2003, n. 129, pp. 40-44).

¹¹³ “Alguns leram neste dispositivo o que nele não está escrito, ou seja, que o artigo em questão proibiria a exigência (legal, não constitucional!) de homologação da sentença arbitral proferida em outro país signatário da Convenção de Nova Iorque, já que o processo homologatório (perante o Superior Tribunal de Justiça) caracterizaria onerosidade a que estaria sujeita sentença arbitral interna brasileira. Acredita-se, porém, que não é esta a correta interpretação da norma inserida no tratado. O próprio art. III ressalva que cada Estado reconhecerá as sentenças e as executará de conformidade com as regras procedimentais vigentes em seu território. Considerando a equiparação, no Brasil, entre sentença estatal e sentença arbitral e tendo em vista a norma expressa do art. 35 da Lei de Arbitragem, o legislador brasileiro não liberou o laudo arbitral forasteiro do procedimento deliberatório a que estão sujeitos todos os provimentos estrangeiros. Poderia tê-lo feito: bastaria modificar a Lei de Arbitragem (e isto não violaria a Constituição da República, como já exposto), mas o fato é que tanto a norma inserida no Código de Processo Civil como a norma encartada na Lei de Arbitragem tornam necessária a homologação do laudo estrangeiro, não sendo possível afirmar que a Convenção de Nova Iorque, hoje plenamente vigente no Brasil, tenha alterado este sistema”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 446).

¹¹⁴ “[...] permite-se aduzir as seguintes conclusões: “[...] (iii) Os requisitos para o reconhecimento dos laudos arbitrais estrangeiros elencados nos arts. 38 e 39 da Lei de Arbitragem Brasileira são muito semelhantes aos previstos no art. V da Convenção de Nova Iorque, o que permite concluir que, uma vez que a referida convenção ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, não há que se falar em profundas alterações no regime homologatório no país e, muito menos, em supressão da necessidade de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras. Vale dizer que a Convenção de Nova Iorque estabelece a possibilidade de os Estados disporem livremente sobre o procedimento a ser adotado para o reconhecimento dos laudos arbitrais estrangeiros, com a ressalva de não serem impostas condições substancialmente mais onerosas, ou taxas ou

estipular condições mínimas ao reconhecimento, não pode ao mesmo tempo considerá-las um *onus substancial*¹¹⁵.

O art. 35 da Lei de Arbitragem é perfeitamente compatível com o art. III da Convenção de Nova Iorque, que apenas pretende evitar que no procedimento homologatório sejam impostas ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras condições mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas que as cobradas para as sentenças nacionais. A Convenção tem que ser interpretada como um todo¹¹⁶.

Pelo exposto, não se pode concordar com os que defendem que a Convenção de Nova Iorque revogou o processo homologatório brasileiro, na medida em que a sua entrada em vigor no Brasil é absolutamente compatível com a exigência de que as sentenças arbitrais estrangeiras, para adquirirem eficácia no Brasil, se sujeitem ao procedimento homologatório previsto nos arts. 483 do CPC e 35 da LBA.

2.6 ASPECTOS GERAIS DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

O processo para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil obedece aos ditames legais com validade no ordenamento jurídico brasileiro, diante do

cobranças mais altas que aquelas impostas aos laudos arbitrais nacionais. Prevê a Convenção, de fato, que cada Estado-membro irá aplicar as hipóteses de recusa de homologação de laudos arbitrais alienígenas em conformidade com suas próprias regras procedimentais – sendo que o procedimento homologatório no Brasil, é imposto pela Constituição Federal. (iv) A expressão “condições substancialmente mais onerosas”, enunciada no art. III da Convenção de Nova Iorque, não necessariamente leva ao entendimento de que aí se inclui a ação de homologação, que consiste em condição processual. Ainda mais porque o artigo prossegue, se referindo a “taxas ou cobranças mais altas” sempre numa referência à pecúnia, numa aparente tentativa de evitar custos maiores para os laudos arbitrais estrangeiros do que os aplicáveis aos laudos domésticos. É de se duvidar se realmente o procedimento homologatório pode ser necessariamente enquadrado entre as “condições substancialmente mais onerosas” que a Convenção de Nova Iorque busca evitar. Caso a Convenção realmente pretendesse impedir um procedimento judicial autônomo de homologação, certamente teria sido mais explícita e específica, não se referendo vagamente a “condições mais onerosas”. Até porque o reconhecimento de sentenças estrangeiras é expressão da soberania de um Estado, devendo a dispensa de tal procedimento ser expressamente afastada na convenção a que tal Estado aderiu”. (VERÇOSA, Fabiane. A (Des?) necessidade de homologação de laudos arbitrais estrangeiros após a entrada em vigor, no Brasil, da Convenção de Nova Iorque. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2003, p. 382-402).

¹¹⁵ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 43.

¹¹⁶ “[...] entende-se inexistir fundamento na afirmação de que a exigência de homologação dos laudos arbitrais estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal seria dispensável por atentar contra a letra e o espírito da Convenção de Nova Iorque. Essa exigência se enquadra na liberdade conferida aos Estados Contratantes para determinar procedimento de acordo com sua legislação interna. Negar esse direito aos Estados Contratantes é transformar a linguagem da Convenção em letra morta”. (NUNES PINTO, José Emilio. **A arbitragem no Brasil e a Convenção de New York de 1958**. Questões relevantes. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3650/a-arbitragem-no-brasil-e-a-convencao-de-new-york-de-1958>>. Acesso em: 31 maio 2011.

princípio da territorialidade do direito processual. Toda a disciplina do procedimento, dos pressupostos de admissibilidade da homologação e das condições para o reconhecimento, é definida pelas leis processuais válidas no direito pátrio, tanto as elaboradas pelo legislador nacional, como as contidas nos tratados internacionais em vigor no país¹¹⁷, razão pela qual se torna indispensável a análise das normas de origem interna e dos tratados internacionais referentes à homologação de sentenças estrangeiras com vigência no Brasil.

2.6.1 Normas de origem interna referentes à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil

O processo brasileiro de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras está regulado, primeiramente, pelo disposto nos arts. 34 a 40 da Lei Brasileira de Arbitragem. O art. 34 da LBA estabelece que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da Lei Brasileira de Arbitragem¹¹⁸.

Diante de tal dispositivo, o regime geral de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é o da Convenção de Nova Iorque, de 1958, que será melhor analisada no item a seguir, e que determina que cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará “em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada” (art. III da CNI). Desse modo, a CNI remete a disciplina do processo homologatório a ser realizado no Brasil, de acordo com o seu referido sistema processual.

A Lei Brasileira de Arbitragem prevê que para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal (art. 35 da LBA). Com a edição da Emenda Constitucional 45, contudo, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser o órgão competente para a homologação (art.

¹¹⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 93.

¹¹⁸ “Determinando a relação hierárquica entre tratado internacional e legislação infraconstitucional, o legislador evitou discussões a respeito, pois, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como princípio, vale no direito brasileiro a teoria da paridade, ou seja, uma lei posterior pode derrogar disposições de tratado internacional com vigência no país, caso estejam com aquele em contradição”. (RECHSTEINER, Beat Walter. Sentença arbitral estrangeira – Aspectos gerais de seu reconhecimento e de sua execução no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2005, n. 5, p. 44).

105, I, “i”, da CF/88), fazendo com que a sentença arbitral estrangeira fique sujeita, para ser reconhecida ou executada no Brasil, unicamente à homologação pelo STJ.

Ainda de acordo com a Lei Brasileira de Arbitragem, aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil (art. 36 da LBA)¹¹⁹. O art. 483 do CPC invoca os dispositivos do Regimento Interno do STF, no entanto, diante da transferência da competência para o STJ, este passou a disciplinar o procedimento homologatório.

Transferida a competência do STF para o STJ, a Presidência deste Tribunal baixou a Resolução nº 22, de 31 de dezembro de 2004 que, em caráter excepcional, resolveu que se observasse o Regimento Interno do STF a respeito da matéria (arts. 215 a 229) até que fossem aprovadas disposições regimentais próprias, cabendo à Corte Especial o julgamento das sentenças contestadas. E por meio do Ato 15, de 16 de fevereiro de 2005, foi delegada competência ao Vice-Presidente do Tribunal para conceder *exequatur* às cartas rogatórias e homologar sentenças estrangeiras (judiciárias ou arbitrais) não contestadas.

Posteriormente, o STJ editou a Resolução nº 9, de 04 de maio de 2005, que repetiu as normas do capítulo derogado do Regimento Interno do Supremo sobre a referida homologação, com algumas modificações e acréscimos. Desse modo, a Resolução nº 9 do STJ passou a reger o procedimento de homologação, o que poderá ser analisado detidamente mais adiante, com as adaptações previstas pela Lei Brasileira de Arbitragem, aplicando-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil.

2.6.2 Tratados internacionais referentes à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras com vigência no Brasil

Como visto, de acordo com o disposto no art. 34 da LBA, o regime geral de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é o da Convenção de Nova Iorque de 1958, internalizada no ordenamento jurídico nacional em julho de 2002¹²⁰.

¹¹⁹ Art. 483: “A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Art. 484: “A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza”.

¹²⁰ “Ora, sendo a Convenção de Nova Iorque de 1958 um texto internacional que trata de maneira específica do reconhecimento e da execução de sentença árbitra estrangeira, em razão deste dispositivo legal esta Convenção prevalece sobre o direito interno. Destarte, a homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser realizada pelos dispositivos da Convenção de Nova Iorque”. (LEE, João Bosco. A homologação de

A Convenção de Nova Iorque, como afirmado na introdução do presente estudo, já foi ratificada por mais de 140 países e é a principal fonte de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras. Sem dúvida, também é um dos mais bem sucedidos instrumentos jurídicos internacionais e valioso pilar para a consolidação da arbitragem.

Desde que foi promulgada a Convenção de Nova Iorque, considerada um instrumento de cooperação jurídica internacional que proporciona assistência mútua entre Estados e que garante estabilidade para as relações internacionais, não é exagero dizer que o Brasil passou a integrar o grupo de países que cooperam para a efetividade da arbitragem comercial, conferindo segurança jurídica em seu território às decisões arbitrais proferidas no exterior.

O art. I da Convenção estabelece sua aplicação ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não seja aquele em que se tenciona o reconhecimento e a execução de tais sentenças, assim como as sentenças arbitrais não consideradas domésticas no Estado onde se tenciona o seu reconhecimento e a sua execução.

A Convenção de Nova Iorque foi criada para assegurar a efetividade das sentenças arbitrais nos Estados signatários, mediante o compromisso expresso de reconhecer e dar execução a tais sentenças, respeitadas as regras processuais que se aplicam no território do país de reconhecimento.

A regra geral consagrada pela Convenção de Nova Iorque está prevista em seu art. III, que estabelece que cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada. Não devem, porém, ser impostas para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais estrangeiras, condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

A Convenção de Nova Iorque define, em seu art. IV, os documentos necessários para o pedido de homologação, e estabelece, no seu art. V, as hipóteses de recusa do pedido de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira, já que não pode desconsiderar postulados fundamentais do direito das nações civilizadas e valores

sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords). **Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 184).

essenciais dos Estados que a subscreveram. Tais dispositivos serão analisados mais adiante, quando do exame dos pressupostos positivos e negativos da homologação.

É importante destacar ainda, como relevante para este estudo, que o art. VII.1 da CNI prevê o que se chama de “princípio da máxima eficácia”, estabelecendo que as disposições da 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.

Por tal dispositivo, a CNI previu que, havendo lei ou tratado no país que pleiteie o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira com normas mais favoráveis do que a própria Convenção, aquelas prevalecerão sobre esta¹²¹.

No caso do Brasil, a Lei de Arbitragem praticamente reproduziu nos arts. 38 e 39, com mínimas variações, os dispositivos da Convenção de Nova Iorque acerca das hipóteses de indeferimento do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. De todo modo, constatando-se a diferença e caso esta apresentar sinais favoráveis, resultará na prevalência sobre a Convenção.

Antes da ratificação da Convenção de Nova Iorque, o Brasil tinha aprovado outros tratados internacionais sobre a matéria de alcance regional, que são aplicáveis em seus respectivos âmbitos de validade¹²².

Em 09 de maio de 1996, o Brasil aprovou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional (Panamá, 1975), mediante o Decreto de Promulgação do Poder Executivo nº 1902. A Convenção do Panamá é um tratado de arbitragem comercial internacional firmado no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) para uniformizar o procedimento nos países membros.

¹²¹ “A Convenção de Nova Iorque prevê a aplicação das regras procedimentais da lei interna do país em que o reconhecimento ou a execução é processada. No entanto, o direito interno ainda pode ser invocado em detrimento da Convenção, quando este for mais favorável que o texto internacional”. (LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords). **Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 185).

¹²² Sobe o assunto: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002. LEE, João Bosco. **L’arbitrage commercial international dans les pays du Mercosud**. Paris: Universidade de Paris II, 2000.

O art. 4º da Convenção do Panamá dispõe que as sentenças arbitrais não impugnáveis, segundo a lei ou as normas processuais aplicáveis, terão força de sentença judicial definitiva,

e sua execução ou reconhecimento poderá ser exigido da mesma maneira que a das sentenças proferidas por tribunais ordinários nacionais ou estrangeiros, segundo as leis processuais do país onde forem executadas e o que for estabelecido a tal respeito por tratados internacionais.

Enquanto isso, no art. 5º da Convenção do Panamá estão previstas as hipóteses de recusa do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, muito semelhantes às da Convenção de Nova Iorque.

O Brasil também aprovou, no âmbito do Mercosul, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa (Protocolo de Las Leñas), por meio do Decreto 2.067, de 12 de novembro de 1996. O referido protocolo trata do reconhecimento e da execução de sentenças e de laudo arbitrais em seus arts. 18 a 23. Delimita-se no art. 18 o âmbito de aplicabilidade do Protocolo, restrito às sentenças proferidas por jurisdições dos Estados contratantes, inclusive jurisdição arbitral.

De acordo com o Protocolo de Las Leñas, o pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central (art. 19) e as sentenças e os laudos arbitrais terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as condições definidas no art. 20¹²³. Referidos preceitos distinguem as sentenças arbitrais às quais confere eficácia extraterritorial (permitindo que a parte interessada realize a sua execução sem que seja submetida ao controle prévio por parte do juiz estatal onde se pretende executá-la) das sentenças arbitrais cuja execução deve se processar por via de cartas rogatórias.

¹²³ Art. 20: “As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições: a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de origem; b) que estejam, assim como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução; c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional; d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa; e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada; f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução. Os requisitos das alíneas (a), (c), (d), (e) e (f) devem estar contidos na cópia autêntica da sentença ou do laudo arbitral”.

As sentenças arbitrais proferidas nos Estados contratantes prescindem de controle prévio do Judiciário para sua execução no Brasil, desde que preenchidas as condições previstas no art. 20. Nos demais casos devem se submeter à homologação por via de carta rogatória¹²⁴.

O Brasil também ratificou a Convenção de Montevidéu (1979), em 02 de dezembro de 1997, por meio do Decreto 2.411/97, assinado no âmbito da Organização dos Estados Americanos. O tratado aborda a eficácia extraterritorial das sentenças judiciais e arbitrais entre os países signatários. Estão prescritas na Convenção as formalidades a serem observadas durante o processo de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, não previstas na Convenção do Panamá.

O art. 1º da Convenção de Montevidéu estabelece sua aplicação às sentenças judiciais e laudos arbitrais proferidos em processos civis, comerciais ou trabalhistas em um dos Estados Partes, a menos que no momento da ratificação seja feita por algum destes reserva expressa de limitá-la às sentenças condenatórias em matéria patrimonial. Ainda de acordo com o art. 1º, as normas da Convenção só se aplicam aos casos que não estiverem previstos pela Convenção do Panamá.

Já o art. 2º da dessa Convenção prevê as condições para que as sentenças estrangeiras tenham eficácia extraterritorial nos Estados Partes¹²⁵, e o art. 3º define os documentos indispensáveis para solicitar o cumprimento das sentenças. Vale aqui destacar que na Convenção do Panamá cabe exclusivamente à parte interessada em obstar a

¹²⁴ “Deve-se, pois, distinguir as sentenças dotadas de eficácia extraterritorial, que são as que preenchem as condições do art. 20, das que não as atendem. Para estas é que se recorrerá à carta rogatória expedida pelo juiz do processo, para requerer o reconhecimento no Brasil de sua decisão. Já as sentenças que possuem eficácia extraterritorial, por preencherem os requisitos do art. 20, independem dessa providência. Cabe ao vencedor, nesse caso – e não ao juiz do processo – iniciar o processo de execução, no Brasil, instruindo o pedido com os documentos relacionados no mencionado art. 20, do Protocolo”. (MAGALHÃES, José Carlos de. O Protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos em países do Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, out./dez. 1999, ano 36, n. 144, p. 289).

¹²⁵ Art. 2º: “As sentenças, os laudos arbitrais e as decisões jurisdicionais estrangeiros a que se refere o artigo 1º terão eficácia extraterritorial nos Estados-Partes, se reunirem as seguintes condições: a) se vierem revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de onde provenham; b) se a sentença, o laudo e a decisão jurisdicional, e os documentos anexos que forem necessários de acordo com esta Convenção, estiverem devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado onde devam surtir efeito; c) se forem apresentados devidamente legalizados de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito; d) se o juiz ou tribunal sentenciador tiver competência na esfera internacional para conhecer do assunto e julgá-lo de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito; e) se o demandado tiver sido notificado ou citado na devida forma legal de maneira substancialmente equivalente àquela admitida pela lei do Estado onde a sentença, laudo e decisão jurisdicional devam surtir efeito; f) se se tiver assegurado a defesa das partes; g) se tiverem o caráter de executáveis ou, conforme o caso, se tiverem passado em julgado no Estado em que houverem sido proferidas; h) se não contrariarem manifestamente os princípios e as leis de ordem pública no Estado em que se pedir o reconhecimento ou o cumprimento”.

introdução da sentença arbitral estrangeira no ordenamento jurídico estatal produzir as provas dos vícios que permitem a denegação do pedido de homologação, gerando certa presunção de validade favorável à sentença. Enquanto isso, na Convenção de Montevidéu, cabe à parte interessada em promover a eficácia da sentença arbitral constituir prova da sua correspondência aos requisitos legais que impõe¹²⁶.

O art. 6º da referida Convenção de Montevidéu determina que procedimentos para assegurar a eficácia das sentenças estrangeiras sejam regulados pela lei do Estado em que for solicitado o seu cumprimento.

Mais recentemente, em 04 de junho de 2003, o Brasil promulgou o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Buenos Aires, 1998), por meio do Decreto 4.719/03. No que interessa ao presente estudo, o art. 23 do referido Acordo estabelece que para a execução do laudo arbitral estrangeiro serão aplicadas, no que for pertinente, as disposições da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá, de 1975; o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do Mercosul; e a Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevidéu, de 1979.

Por ter sido ratificada por mais de 140 países, a Convenção de Nova Iorque é o diploma aplicado na maioria dos casos no procedimento de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, cabendo, em alguns casos, seu complemento com outras Convenções de âmbito regional.

Vale notar, por fim, que caso a sentença seja proveniente de país não membro de nenhum dos tratados internacionais acima referidos, o procedimento de homologação da sentença arbitral estrangeira será o previsto na Lei Brasileira de Arbitragem¹²⁷.

¹²⁶ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 201.

¹²⁷ “Entende-se que a Convenção de Nova Iorque de 1958, tendo sido ratificada por 137 países, será, na maioria dos casos, o diploma a aplicar no procedimento de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, cabendo, caso for pertinente, seu complemento com a Convenção do Panamá, quando o país de origem da sentença arbitral for do continente americano ou, com o Protocolo de Las Leñas, quando a sentença arbitral tiver por origem algum dos países membros do Mercosul. Nos casos em que as sentenças arbitrais provenham de países não membros de nenhum dos tratados internacionais anteriormente assinalados, aplicar-se-á ao procedimento de homologação da sentença arbitral estrangeira o Capítulo VI – Do Reconhecimento e da Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras da Lei n. 9.307/96”. (PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords). **Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 342-343).

2.7 NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO E DO PROVIMENTO HOMOLOGATÓRIO

Nesse item, analisa-se brevemente a natureza jurídica do processo e do provimento homologatório, uma vez que existe no Brasil, divergência doutrinária acerca da natureza do processo homologatório de julgados proferidos no exterior, assim como da natureza do provimento homologatório.

Não há consenso sobre a natureza do processo homologatório, na medida em que parte da doutrina entende se tratar de processo de jurisdição contenciosa, enquanto que outros defendem se tratar de jurisdição voluntária.

Aqueles que defendem se tratar de processo de jurisdição voluntária entendem que ao decidir sobre o processo homologatório o juiz não resolve uma lide, apenas administra os interesses privados dos sujeitos do processo, interessados na intervenção do Judiciário, para que a sentença estrangeira possa produzir efeitos no Brasil. Os defensores de tal opinião afirmam que o Estado exerce apenas fiscalização sobre o ato existente entre os particulares, a fim de controlar o ingresso da sentença estrangeira no território nacional. Tal atividade, segundo eles, não busca dirimir conflitos de interesses entre as partes, mas tão somente certificar o cumprimento das formalidades prescritas em lei para a força do ato¹²⁸.

Os que veem o juízo deliberatório entre os atos de jurisdição voluntária entendem que o juiz não resolve efetivas controvérsias, apenas exerce papel de controle e reconhecimento, não podendo, inclusive, discutir o mérito da decisão estrangeira.

Por outro lado, aqueles que defendem tratar-se de jurisdição contenciosa entendem que o juiz solucionará um verdadeiro conflito, surgido em torno do cumprimento dos requisitos a que está subordinada a homologação da sentença estrangeira.

Percebe-se, porém, que se trata de processo de jurisdição de contenciosidade limitada. Apesar de o juiz não estar autorizado a rever o mérito da sentença estrangeira trazida a reconhecimento, ele deve solucionar o conflito de interesses que diz respeito à presença ou não dos requisitos para que a referida decisão possa produzir efeitos no

¹²⁸ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 87-88.

território nacional. Para tanto, deve o juiz aplicar a lei ao caso concreto, com vistas a dirimir o conflito¹²⁹.

Como bem pondera Abbud,

a sentença de mérito proferida no processo homologatório procura compor uma situação litigiosa, estabelecida entre duas verdadeiras partes em torno da liberação ou não dos efeitos de *decisum* advindo de outro país. É evidente, assim, o caráter contencioso do juízo deliberatório. Pode-se considerar essa litigiosidade limitada, em virtude da restrição horizontal de questões passíveis de constituir objeto de conhecimento do juiz no processo, da qual resulta lhe ser defeso invadir o mérito da sentença delibanda [...], mas não se pode negar esse caráter litigioso, refletido na plena possibilidade de que o réu se oponha à demanda de homologação¹³⁰.

Mesmo que o réu deixe de contestar o pedido de homologação de uma sentença estrangeira, o juiz terá que verificar o preenchimento dos pressupostos para a sua efetivação. O não oferecimento de contestação não desobriga o julgador de analisar se a pretensão é ou não procedente.

Atualmente predomina na doutrina e também na jurisprudência o entendimento de que o processo homologatório possui natureza contenciosa, não se podendo negar que o pedido de homologação de sentença estrangeira dá origem a verdadeiro processo, com o proferimento de uma sentença de mérito que homologa ou não a decisão oriunda de outro país e faz coisa julgada material¹³¹.

¹²⁹ “A homologação é uma ação, ou seja, um pedido de tutela jurisdicional constitutiva, ou constitutiva integrativa, como define Pontes de Miranda. Ainda que a contenciosidade não seja reconhecida por alguns autores, posto não haver lide a compor, é flagrante a contenciosidade limitada a que se refere Vicente Greco Filho, pois, a despeito de não se renovar o litígio que a originou, bem como não haver reexame de mérito, há um conflito de interesses diante da possibilidade ou não de sua homologação, mesmo nos casos em que toma aparência de jurisdição voluntária, como ocorre na sentença de divórcio reclamada por ambos os cônjuges. Nessa hipótese, a contenciosidade é virtual, suficiente para que a sentença homologatória ganhe o conteúdo de jurisdição contenciosa”. (HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e lex mercatoria**. Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29).

¹³⁰ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 89.

¹³¹ “Esse processo homologatório – que se reveste de caráter constitutivo – faz instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, uma situação de contenciosidade limitada. Destina-se a ensejar a verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, propiciando, desse modo, o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sentenças estrangeiras, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que lhes são inerentes. (STF, SEC 5.093, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.12.1996). O processo de homologação de sentença estrangeira reveste-se de caráter constitutivo e faz instaurar uma situação de contenciosidade limitada. A ação de homologação destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo Estado brasileiro, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que

A natureza da sentença homologatória também tem sido motivo de discussão doutrinária. Grande parte da doutrina defende o cunho constitutivo¹³², enquanto que aqueles que discordam dessa conceituação jurídica entendem que sua natureza é eminentemente declaratória, já que a sentença examina apenas os requisitos formais do ato praticado em outra jurisdição, sendo atividade integrativa que não faz surgir nova decisão.

Entende-se, contudo, que a decisão homologatória terá sempre natureza constitutiva, já que cria situação jurídica nova no ordenamento jurídico brasileiro ao liberar a eficácia da sentença estrangeira no país. Já a decisão que rejeita o pedido homologatório será declaratória negativa, já que apenas reconhece que a decisão estrangeira não preenche os requisitos para ser recepcionada no Brasil¹³³.

2.8 O PROCEDIMENTO HOMOLOGATÓRIO

Por fim, ainda neste capítulo, analisa-se o procedimento homologatório. Como visto anteriormente, a Convenção de Nova Iorque, em seu art. III, delega ao Estado *ad quem* a atribuição de definir, de acordo com sua própria legislação, o regime procedimental do processo homologatório.

A Lei Brasileira de Arbitragem, que é a principal norma disciplinadora do procedimento para o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, faz remissão expressa ao art. 483 do Código de Processo Civil, que, em seu parágrafo único, delegava ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a regulamentação da matéria. Uma vez transferida a competência para homologação de sentenças estrangeiras ao Superior Tribunal de Justiça, este substituiu as normas internas do Supremo Tribunal Federal pelas

são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial”. (STF, SEC 6.858, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.2.2005).

¹³² “[...] é de se concluir que a sentença homologatória tem natureza constitutiva da existência das condições de eficácia da sentença estrangeira no ordenamento do foro, pois, sem a existência da sentença deliberatória, a estrangeira terá seu valor reconhecido apenas como prova documental, ainda que admitida sua condição de decisão emanada de um poder igualmente soberano”. (HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e lex mercatoria**. Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29).

¹³³ “A natureza da sentença homologatória tem sido motivo de discussão doutrinária. Com o suporte do Pleno do Supremo Tribunal Federal, prepondera o cunho constitutivo. Já a decisão que rejeita o pedido de homologação, segundo grande parte dos estudiosos é de natureza declaratória negativa. Para aqueles que discordam dessa conceituação jurídica, a sentença que chancela decisão judicial alienígena transitada em julgado resulta de juízo de delibação que, tão-somente, examina os requisitos formais do ato praticado em outra jurisdição, sendo atividade integrativa que não faz surgir nova decisão. Assim sendo, sua natureza é eminentemente declaratória, não obstante seja a sentença homologanda de natureza constitutiva, declaratória ou de efeito condenatório”. (MARTINS, Pedro Antônio Batista, LEMES, Selma M. Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 439-440).

contidas na Resolução nº 9/2005. Nesse passo, as normas constantes da Resolução do STJ nº 9/2005 regem o procedimento homologatório, com as adaptações previstas pela Lei Brasileira de Arbitragem, aplicando-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil.

A homologação da sentença arbitral estrangeira deverá ser requerida pela parte interessada, que deve formular seu pedido por meio de petição inicial dotada dos requisitos constantes no art. 282 do Código de Processo Civil brasileiro. A petição deverá vir instruída com a sentença original, ou sua cópia certificada, devidamente autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial, além do original ou cópia certificada da convenção de arbitragem. Estes são os documentos indispensáveis à propositura da ação, definidos pelo art. IV da Convenção de Nova Iorque, art. 37 da Lei Brasileira de Arbitragem e art. 3º da Resolução do STJ nº 9/2005.

Apesar de o objeto da delibação na ação de homologação de sentença estrangeira não se confundir com aquele do processo que deu origem à decisão, não possuindo conteúdo econômico, a orientação do STJ é de que se deve atribuir ao processo de homologação o valor corresponde ao conteúdo econômico da sentença¹³⁴.

De acordo com o art. 1º da Resolução nº 9/2005, o autor estava dispensado da obrigação do pagamento de custas dos processos de homologação até que fossem aprovadas disposições regimentais. Em 25 de abril de 2012, contudo, foi publicada a Resolução nº 8, de 23 de abril de 2012, que dispôs sobre o pagamento de custas judiciais e porte de remessa e retorno de autos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹³⁵. De acordo com o art. 1º da referida Resolução, são devidas custas judiciais nos processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, conforme os valores constantes da Tabela “A”, do Anexo I¹³⁶.

Ausentes os requisitos da petição inicial, o autor será intimado para que a emende ou adite, sob pena de extinção do processo.

¹³⁴ “[...] 1. É assente na Suprema Corte que: “O valor da causa, em homologação de sentença estrangeira condenatória, é o da condenação por esta imposta. Questão de ordem que se resolve julgando procedente a impugnação ao valor atribuído à causa”. (SEC 6697/PC, Relator Ministro Moreira Alves. [...] (QO na SEC 879 / US, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 13.11.2006).

¹³⁵ Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/45896/Res%20_8_2012_PRE.pdf?sequence=3>. Acesso em: 09 jun. 2012.

¹³⁶ Tabela A do Anexo I: [...] XXIII – Homologação de Sentença Estrangeira R\$ 124,59.

Deferida a petição inicial, a parte interessada será citada para, no prazo de 15 dias, contestar o pedido de homologação de sentença estrangeira (art. 8º da Resolução do STJ nº 9/2005), que só poderá versar sobre os temas enumerados no art. V da Convenção de Nova Iorque e arts. 38 e 39 da Lei Brasileira de Arbitragem. Só é lícito ao julgador conhecer as questões que possam impedir a homologação da sentença arbitral vinculadas às circunstâncias taxativas previstas na referidas normas jurídicas, nada mais. A “*inteligência da decisão*”, prevista no art. 9º da Resolução do STJ nº 9/2005, somente se aplica às sentenças judiciais, não às arbitrais¹³⁷.

Após a contestação será concedido prazo ao autor para que possa se manifestar sobre ela e eventuais documentos juntados pelo réu, em cinco ou em 10 dias, caso tenha alegado preliminares (art. 327 do CPC).

O art. 10 da Resolução do STJ nº 9/2005 estabelece que o Ministério Público terá vista dos autos, pelo prazo de 10 dias, podendo impugnar a homologação.

Havendo contestação à homologação de sentença estrangeira, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo (art. 9º, § 1º, da Resolução do STJ nº 9/2005). Se o requerido for revel ou incapaz, será lhe dado curador especial, pessoalmente notificado (art. 9º, § 3º, da Resolução do STJ nº 9/2005).

Às decisões do presidente na homologação de sentença estrangeira, acolhendo ou rejeitando o pedido, cabe agravo regimental (art. 11 da Resolução do STJ nº 9/2005). Caso o presidente não reconsidere sua decisão, o agravo será julgado pela Corte Especial. Contra tal decisão caberão embargos de declaração a fim de suprir eventuais omissões, obscuridades ou contradições.

Com a transferência da competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, discute-se na doutrina se as decisões finais proferidas pela Corte Especial poderiam ser objeto de Recurso Extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal

¹³⁷ “A contestação só poderá veicular como matéria de defesa, quanto ao mérito, nos temas enumerados nos arts. 38 e 39 da Lei de Arbitragem (art. V da Convenção de Nova Iorque). Essa restrição das questões invocáveis em oposição ao pedido de homologação, decorrente da natureza meramente deliberatória do juízo a ser realizado no processo, resulta da determinação expressa da Lei (LA, art. 38, *caput*; CNI, art. V; *supra*, nº 8). Por esse motivo, a “*inteligência da decisão*” homologanda, prevista como possível tema de exceção do réu na Resolução nº 9/2005, do Superior Tribunal de Justiça (art. 9º), aplica-se apenas ao reconhecimento de sentenças judiciais, não ao de laudos arbitrais estrangeiros. A par das defesas substanciais, evidentemente, a ré poderá aduzir, em preliminar, defesas indiretas, na falta de algum pressuposto de admissibilidade do julgamento do mérito (CPC, art. 267; *supra*, nº 5)”. (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 243).

Federal. Apesar de ser matéria controversa, entende-se que da decisão denegatória ou homologatória cabe, em princípio, Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal¹³⁸.

Nesse sentido, Martins assevera que

enquanto a matéria era da alçada originária do STF, como única e última instância, a discussão se operava de forma ampla mas reduzida a um escopo apertado de revisão. Com isso, impunha-se uma celeridade ao pedido de homologação que era assegurada pela imutabilidade da sentença dele resultante. Hoje, com a reversão da competência homologatória para o STJ, essa prestação jurisdicional sofreu certa mitigação, uma vez que, em princípio, a sentença denegatória ou homologatória é passível de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Por mais que a admissibilidade do recurso esteja sujeita à demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto, a teor do art. 102, § 3º, Constituição Federal, o fato prático é que o juízo de admissibilidade depende de análise pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, que somente poderão recusar o recurso extraordinário por manifestação de dois terços de seus membros (o STF é composto por onze ministros). Até a conclusão do juízo de admissibilidade a questão da homologação se manterá *sub judice*¹³⁹.

Cabe destacar, contudo, que ainda não há uma uniformidade de entendimento e de motivação quanto à admissibilidade de Recurso Extraordinário contra acórdão do STJ proferido em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira.

No julgamento de recurso interposto na SEC 856 (STJ), o ministro Francisco Peçanha Martins afirmou “inexistir qualquer previsão legal autorizadora de interposição de recurso extraordinário contra decisão colegiada proferida nas referidas classes processuais, o que autoriza o indeferimento do pedido”¹⁴⁰.

¹³⁸ Sobre o assunto, Lauro Gama Júnior acentua que o deslocamento, para o STJ, da competência para reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras também cria a possibilidade de reapreciação da matéria pelo STF, em sede de recurso extraordinário, sempre que houver violação de norma constitucional ou declaração de inconstitucionalidade de um tratado ou lei federal. Imagine-se a hipótese de, no processo de homologação, não se garantir ao requerido o direito de defesa (ainda que sujeita ao regime de contenciosidade limitada). Contra a decisão do STJ que eventualmente defira a homologação caberá, então, recurso extraordinário fundado na ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição, que garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa. Todavia, além do juízo de admissibilidade exercido no Tribunal *a quo*, o recorrente deverá enfrentar, no STF, o desafio de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no processo de homologação, como etapa adicional de admissão do recurso. (SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: IOB, 2005, v. 5, p. 65).

¹³⁹ MARTINS, Pedro Antônio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 369-370.

¹⁴⁰ STJ, RE nos EDcl na SEC n. 856, decisão monocrática do Min. Vice-Presidente Francisco Peçanha Martins, DJ de 17.11.2006.

Por sua vez, no julgamento de recurso interposto na SEC 874 (STJ), o Ministro Francisco Peçanha Martins negou a admissibilidade em virtude de as partes estarem intentando reapreciação do pleito pelo STF, deixando consignado que esta não é instância revisora do STJ. Afirmou também não estar demonstrada no recurso a repercussão geral da pretensão recursal, requisito do art. 543-A, *caput*, do CPC (acrescido pela Lei n. 11.418 de 19.12.2006)¹⁴¹. Já no julgamento de recurso interposto na SEC 833 (STJ), o referido ministro justificou a inadmissão do seguimento do recurso extraordinário, pois o STJ não emite qualquer manifestação quanto ao mérito da questão¹⁴².

Por sua vez, o ministro Ari Pargendler, ao julgar recurso interposto na SEC 831 (STJ), admitiu recurso extraordinário em um caso de homologação de sentença arbitral estrangeira, considerando ser o recurso de repercussão geral e ter sido arguida a violação de dispositivos constitucionais¹⁴³.

Vê-se, pois, que não há ainda uniformidade de entendimento no STJ quanto à admissibilidade de Recurso Extraordinário contra acórdão proferido em homologação de sentença arbitral estrangeira.

Se o réu se opôs ao pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira, incidirá sobre o processo homologatório o princípio da sucumbência. Mas como o pedido homologatório não possui conteúdo econômico, o STJ tende a aplicar os critérios do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil (“nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior”)¹⁴⁴.

¹⁴¹ STJ, RE nos EDcl na SEC n. 874, decisão monocrática do Min. Vice-Presidente Francisco Peçanha Martins, DJ de 15.08.2007.

¹⁴² STJ, RE nos EDcl na SEC n. 833, decisão monocrática do Min. Vice-Presidente Francisco Peçanha Martins, DJ de 19.02.2008.

¹⁴³ STJ, RE nos EDcl na SEC n. 831, decisão monocrática do Min. Vice-Presidente Ari Pargendler, DJ de 06.10.08.

¹⁴⁴ Nesse sentido: “Cumpre lembrar que o ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos seus requisitos formais. Isto significa dizer que o objeto da delibação na ação de homologação de sentença estrangeira não se confunde com aquele do processo que deu origem à decisão alienígena, não possuindo conteúdo econômico. É no processo de execução, a ser instaurado após a extração da carta de sentença, que poderá haver pretensão de cunho econômico. Ainda, em grande parte dos processos de homologação de sentença estrangeira – mais especificamente aos que se referem à sentença arbitral – o valor atribuído à causa corresponde ao conteúdo econômico da sentença arbitral, geralmente de grande monta. Assim, quando for contestada a homologação, a eventual fixação da verba honorária em percentual sobre o valor da causa pode mostrar-se exacerbada. Lembre-se que na hipótese de sentença estrangeira contestada, por não haver condenação, a fixação da verba honorária deve ocorrer nos moldes do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, devendo ser observadas as alíneas do §3º do referido artigo. [...]”. (SEC 507, Rel. Min. Gilson Dipp,

Se a sentença estrangeira homologada ensejar execução, esta se dará por carta de sentença, no Juízo Federal competente, de acordo com o art. 12 da Resolução do STJ nº 9/2005.

Cabe esclarecer, por fim, que o procedimento anteriormente descrito não se aplica às sentenças arbitrais proferidas entre particulares nos países do Mercosul, já que estas se submetem a um procedimento especial, conforme o disposto no Protocolo de Las Leñas (via simplificada da carta rogatória)¹⁴⁵.

DJ 13.11.2006); e “No que se refere à verba honorária, *in casu*, levando-se em conta que houve contestação da requerida, aplicam-se, analogicamente, as regras do CPC, especialmente o § 4º do seu art. 20. [...]”. (SEC 831, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 19.11.2007, publicada na Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 16, jan./mar. 2008, RT, p. 233-239, com comentários de Valeria Galíndez). No que concerne à fixação dos honorários advocatícios, destaca-se que o processo de homologação da sentença estrangeira contestada está adstrito à análise de seus requisitos formais, sendo inconfundível com a relação de direito que lhe deu causa. Mais ainda, a fixação do valor da verba honorária baseada na condenação imposta no laudo arbitral, acabaria por gerar grave prejuízo ao requerido uma vez que o pleito homologatório não possui natureza condenatória. Sobre o tema, esta c. Corte Superior já decidiu que: “[...] VI – O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos seus requisitos formais. Isto significa dizer que o objeto da delibação na ação de homologação de sentença estrangeira não se confunde com aquele do processo que deu origem à decisão alienígena, não possuindo conteúdo econômico. É no processo de execução, a ser instaurado após a extração da carta de sentença, que poderá haver pretensão de cunho econômico. VII - Em grande parte dos processos de homologação de sentença estrangeira – mais especificamente aos que se referem à sentença arbitral – o valor atribuído à causa corresponde ao conteúdo econômico da sentença arbitral, geralmente de grande monta. Assim, quando for contestada a homologação, a eventual fixação da verba honorária em percentual sobre o valor da causa pode mostrar-se exacerbada. VIII – Na hipótese de sentença estrangeira contestada, por não haver condenação, a fixação da verba honorária deve ocorrer nos moldes do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, devendo ser observadas as alíneas do § 3º do referido artigo. Ainda, consoante o entendimento desta Corte, neste caso, não está o julgador adstrito ao percentual fixado no referido § 3º”. (SEC 507-ED, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/2007). (SEC 6335, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 12.04.2012).

¹⁴⁵ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 248.

3 PRESSUPOSTOS DE HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS E ORDEM PÚBLICA

3.1 PRESSUPOSTOS POSITIVOS DE HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

Os pressupostos positivos de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, que devem estar presentes para o acolhimento do pedido de homologação, estão dispostos no art. IV da Convenção de Nova Iorque, art. 37 da Lei Brasileira de Arbitragem e arts. 3º e 5º da Resolução do STJ nº 9/2005.

De acordo com o disposto no art. 34, parágrafo único, da LBA, será estrangeira a sentença arbitral proferida fora do território nacional. Sendo assim, somente as sentenças proferidas em território estrangeiro é que deverão se submeter ao processo homologatório, para que produzam efeitos no Brasil. As sentenças proferidas no território nacional, mesmo que oriundas de arbitragens internacionais, não necessitam de homologação judicial.

Os artigos referidos acima estabelecem a forma do pedido de homologação e os documentos essenciais que deverão instruí-lo.

O art. IV da CNI define quais os documentos a serem fornecidos pela parte que solicitar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira: a) a sentença original devidamente autenticada ou uma cópia da mesma devidamente certificada; e b) o acordo original a que se refere o art. II da Convenção ou uma cópia devidamente autenticada. Caso a sentença ou o acordo não tenha sido feito em um idioma oficial do país no qual a sentença é invocada, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução da sentença produzirá uma tradução desses documentos para tal idioma, certificada por um tradutor oficial ou juramentado por um agente diplomático ou consular.

O art. 37 da Lei Brasileira de Arbitragem, por sua vez, estabelece que a homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com: I – o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial; II – o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Vê-se que o art. 37 da Lei Brasileira de Arbitragem está em perfeita harmonia com as disposições do art. IV da CNI, sendo que ambos reputam indispensáveis à propositura da ação de homologação a apresentação da sentença arbitral e da convenção de arbitragem. Tais documentos deverão ser originais ou cópias certificadas e a sentença deverá ser consularizada, ou seja, autenticada pelo cônsul brasileiro sediado no país onde for proferida a sentença¹⁴⁶. Além disso, casos redigidos em língua estrangeira deverão ter seus documentos essenciais acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Já a Resolução do STJ nº 9/2005, prevê em seu artigo 3º que

a homologação de sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual, e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados.

A mesma Resolução do STJ nº 9/2005, em seu art. 5º, dispõe, ainda, que constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: I – haver sido proferida por autoridade competente; II – terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III – ter transitado em julgado; e IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro¹⁴⁷ e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Diante da ausência dos documentos essenciais, o STJ pode rechaçar a demanda, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, ou pode conceder prazo para que a parte supra a falta. Parece mais recomendável, contudo, e esta tem sido a orientação do

¹⁴⁶ “Essa exigência é dispensada nos casos em que a documentação tramita pela via diplomática. Se o Brasil não tiver agente consular no país de origem ou estiver em guerra com este, a autenticação deve ser feita pelo cônsul do país que representar interesses do Brasil no Estado *a quo*”. (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 97-98).

¹⁴⁷ “2. A exigência de autenticação consular a que se refere o art. 5º, inciso IV, da Resolução STJ nº 9, de 05/05/2005, como requisito para homologação de sentença estrangeira, deve ser interpretada à luz das Normas de Serviço Consular e Jurídico (NSCJ), do Ministério das Relações Exteriores (expedidas nos termos da delegação outorgada Decreto 84.788, de 16/06/1980), que regem as atividades consulares e às quais estão submetidas também as autoridades brasileiras que atuam no exterior. 3. Segundo tais normas, consolidadas no Manual de Serviço Consular e Jurídico – MSCJ (Instrução de Serviço 2/2000, do MRE), o ato de fé pública, representativo da autenticação consular oficial de documentos produzidos no exterior, é denominado genericamente de “legalização”, e se opera (a) mediante reconhecimento da assinatura da autoridade expedidora (que desempenha funções no âmbito da jurisdição consular), quando o documento a ser legalizado estiver assinado (MSCJ - 4.7.5), ou (b) mediante autenticação em sentido estrito, relativamente a documentos não assinados ou em que conste assinatura impressa ou selos secos (MSCJ - 4.7.14). 4. No caso, a sentença estrangeira recebeu ato formal de “legalização” do Consulado brasileiro mediante o reconhecimento da assinatura da autoridade estrangeira que expediu o documento, com o que fica atendido o requisito de autenticação”. (SEC 4439, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.2011).

STJ, que seja assinalado prazo para que o autor da demanda supra a irregularidade¹⁴⁸. Caso o autor seja intimado e não sane eventuais falhas, aí sim o processo deverá ser extinto, sem julgamento de mérito, podendo a parte propor nova demanda.

3.2 PRESSUPOSTOS NEGATIVOS DE HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

Os pressupostos negativos de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, por sua vez, que são elementos impeditivos para a admissibilidade e reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, encontram-se presentes no art. V (1) e (2) da CNI¹⁴⁹, nos arts. 38 e 39 da LBA¹⁵⁰ e no art. 6º da Resolução do STJ nº 9/2005.

¹⁴⁸ “Consoante o art. 3º da Resolução n. 9/2005 do STJ, a petição inicial do pedido de homologação de sentença estrangeira deverá ser instruída com os documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados. Assim, intime-se a requerente para providenciar a tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil do laudo arbitral e do contrato de distribuição”. (SEC 918, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 28.08.2006). Intimem-se os autores para que providenciem, em 20 dias, a autenticação notarial dos documentos apresentados por cópia. (SEC 611, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 04.05.2006).

¹⁴⁹ “Art. V. [...]. 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: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.”

¹⁵⁰ “Art. 38. Somente poderá ser negada homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar: I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; 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.” “Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que: I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - a decisão ofende a ordem pública nacional. Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da

Mais adiante analisar-se-á brevemente cada uma das hipóteses de recusa da homologação da sentença arbitral estrangeira previstas no art. V da Convenção e, por ser o objeto central deste estudo, far-se-á análise detida da hipótese prevista no art. V (2) (b).

Conforme já expresso em mais de uma oportunidade neste estudo, o regime geral de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é o da Convenção de Nova Iorque, já que o art. 34, *caput*, da LBA, estabelece que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da Lei Brasileira de Arbitragem. O art. VII.1 da Convenção de Nova Iorque prevê o que se chama de “princípio da máxima eficácia”, estabelecendo que havendo lei ou tratado no país em que se pleiteia o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira com normas mais favoráveis do que a própria Convenção, aquelas prevalecerão sobre esta.

A Lei Brasileira de Arbitragem praticamente reproduziu nos arts. 38 e 39, com mínimas variações, os dispositivos da Convenção de Nova Iorque acerca das hipóteses de indeferimento do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. Entretanto, havendo diferença favorável à LBA, ela prevalecerá sobre a Convenção.

Ainda no que diz respeito aos pressupostos negativos de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, o art. 6º da Resolução do STJ nº 9/2005 estabelece que não será homologada sentença estrangeira que ofenda a soberania ou a ordem pública.

3.2.1 Hipóteses de recusa da homologação das sentenças arbitrais estrangeiras

Como já se viu na introdução deste estudo, a Convenção de Nova Iorque é um dos mais bem sucedidos instrumentos de cooperação jurídica internacional e foi criada com o objetivo de assegurar a efetividade das sentenças arbitrais em todos os Estados que a subscreveram, mediante compromisso expresso de reconhecer e executar tais sentenças, respeitadas as regras processuais que se aplicarem no território do país de reconhecimento.

A regra geral consagrada pela Convenção de Nova Iorque, segundo a qual a sentença arbitral estrangeira será objeto de reconhecimento e execução pelos Estados dela signatários, está prevista no art. III, que estabelece que

convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.”

[cada] Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem.

Mas se por um lado a Convenção de Nova Iorque busca dar maior efetividade ao instituto da arbitragem comercial internacional com a adoção de tal regra geral, por outro não pode desconsiderar postulados fundamentais do direito das nações civilizadas e valores essenciais dos Estados que a subscreveram. Por tal razão, a Convenção também regula as hipóteses de recusa do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral estrangeira, em seu art. V, permitindo aos Estados que ajustem a aplicação da regra geral de modo a evitar conflito com princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico.

As situações previstas no art. V da CNI, como visto, têm caráter de exceção à regra geral contida no art. III de obrigatoriedade do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira pelo Poder Judiciário do Estado em que se busca tal reconhecimento e devem ser interpretadas restritivamente. A linguagem da Convenção no que diz respeito às causas de recusa de pedidos de reconhecimento deve ser tida como exaustiva, impedindo interpretações extensivas com o intuito de nela fazer abrigar outras hipóteses adicionais.

Para que a Convenção proporcione segurança jurídica aos negócios comerciais, seus dispositivos devem ser interpretados e aplicados de forma harmônica pela doutrina, assim como pelo Poder Judiciário dos Estados signatários, razão pela qual se faz imperiosa a análise, mesmo que breve, das hipóteses de recusa ao reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira, previstas no art. V da Convenção de Nova Iorque.

Antes, porém, de adentrar nas hipóteses de recusa previstas no art. V da CNI, deve-se analisar se tais hipóteses são de aplicação obrigatória ou facultativa¹⁵¹.

¹⁵¹ “In addition to the ground described in Article V, paragraph 1(e) concerning the setting aside or suspension of an award in the country of origin, the grounds for refusing to grant recognition or enforcement of an award which must be raised by the party opposing recognition or enforcement are set forth in Article V, paragraph 1(a) to (d) of the Convention. These grounds are the existence of an invalid arbitration agreement (1°), a breach of due process (2°), an award which fails to comply with the terms of the arbitration agreement (3°) and irregularities affecting the composition of the arbitral tribunal or the arbitral proceedings (4°). In the context of the controversy over whether awards set aside in the country of the seat can be enforced elsewhere, certain authors have argued that if the courts of the host country find that one of the grounds listed in Article V of the Convention is satisfied, they may, but are not obliged to, refuse recognition or enforcement. The proponents of this interpretation find support in different official versions of the Convention which use neither the imperative nor the present tense, the meaning of which is more ambiguous. In fact, even in the French version (which uses the future rather than the present tense), the Convention's objective is clear: it is to limit the conditions under which an award can be refused enforcement, with national laws remaining entitled, under Article VII, to take a more liberal stance”.

A questão é polêmica. Na jurisprudência norte-americana, por exemplo, prevalece o entendimento de que a Convenção de Nova Iorque confere mera faculdade ao tribunal requerido de não reconhecer a sentença arbitral estrangeira na hipótese de ocorrência de um dos motivos previstos no art. V. Já na jurisprudência francesa impera o entendimento de que há obrigatoriedade na recusa.

As diferentes interpretações derivam da diversidade redacional empregada nos textos originais da Convenção¹⁵². Enquanto o texto em inglês da Convenção de Nova Iorque estabelece que o reconhecimento e a execução da sentença “*may be refused [...] only if*”¹⁵³, a versão em francês prevê que “*la reconnaissance et l’exécution de la sentence ne seront refusés [...] que si*”.

Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, prevalece a interpretação de que há obrigação do Estado no qual se busca o reconhecimento de recusar a sentença estrangeira quando presentes os requisitos da norma convencional. Tal solução parece de fato a mais adequada, uma vez que o sistema instituído pela Convenção de Nova Iorque busca assegurar a coordenação internacional sobre o controle da sentença arbitral¹⁵⁴, com regras uniformes para o seu reconhecimento¹⁵⁵.

3.2.2 Hipóteses de recusa descritas no art. V (1) da Convenção

Para que uma sentença arbitral estrangeira produza efeitos no território nacional ela deve ser controlada pelo juiz estatal do Estado receptor da sentença. Este procedimento de

(GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John Savage. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 983-984).

¹⁵² Segundo o art. XVI da Convenção de Nova Iorque, seus textos em inglês, francês, espanhol, russo e chinês são igualmente autênticos.

¹⁵³ A versão em português, editada com o Decreto 4.311/2002 incorpora essa redação dispondo que “o reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos [...]”.

¹⁵⁴ “*Le système mis en place par la Convention de New York a notamment pour but d’assurer une certaine coordination internationale du contrôle judiciaire de la sentence, et d’éviter qu’une sentence soit déclarée exécutoire dans un pays alors qu’elle a été annulée dans un autre*”. (FOUCHARD, Philippe. La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine. **Revue de L’arbitrage**, 1997, p. 331).

¹⁵⁵ “Ora, o sistema instituído pela Convenção de Nova Iorque tem por fim assegurar a coordenação internacional sobre o controle da sentença arbitral, especialmente estipulando regras uniformes para o seu reconhecimento. A interpretação de que os motivos de recusa seriam facultativos parece pecar por três motivos: desrespeita tal finalidade de coordenação e interpretação-aplicação uniforme; apóia-se sobre interpretação questionável (porque nada nos trabalhos preparatórios confirmam-na) e literal da versão em inglês do art. V, § 1º, caput (a dúvida não surge na versão oficial em francês); e, embora concebível, gera situação passível de controvérsia com o art. VII, § 1º. O reconhecimento da sentença arbitral anulada que se funda sobre a facultatividade do motivo de recusa previsto no art. V, § 1º, e, da Convenção de Nova Iorque parece ser, assim, tecnicamente inconsistente”. (CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira Anulada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9, p. 233).

controle ou de homologação não visa a revisar o mérito da sentença e se limita a verificar se esta preenche certas condições postas pela ordem jurídica do Estado requerido¹⁵⁶.

A contestação ao pedido de homologação se processa em juízo de delibação, não sendo admitida a revisão do mérito da sentença homologanda¹⁵⁷. Não é da natureza do juízo de delibação a avaliação da justiça do julgado estrangeiro. O ato de homologação chancela a internalização dos efeitos da sentença estrangeira.

O tribunal do local da homologação não tem competência para adentrar no mérito da questão já transitada em julgado. Pode o Estado receptor denegar a homologação, negando a produção dos efeitos do ato estrangeiro, mas sua análise está rigorosamente adstrita às questões formais que a lei autoriza o réu alegar ou à corte judicial, de ofício, abordar.

Como se verifica, a Convenção de Nova Iorque estabelece que as hipóteses de recusa previstas no art. V (1) terão que ser obrigatoriamente invocadas pela parte que se opõe ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, descabendo, no caso, a recusa *ex officio* pelo órgão competente do Poder Judiciário, enquanto que o art. V (2) regula as hipóteses de recusa *ex officio*.

As causas de denegação de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras previstas no art. V (1) da Convenção de Nova Iorque devem ser alegadas e provadas pela parte contra a qual ela é invocada. Desse modo, as matérias capazes de obstruir o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira devem ser apresentadas pela parte requerida. Há, portanto, uma inversão na presunção de efetividade da sentença arbitral, ou

¹⁵⁶ LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords). **Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 176-177.

¹⁵⁷ Nesse sentido, a síntese do ministro Celso de Mello, quando Presidente do STF: “O processo de homologação de sentença estrangeira reveste-se de caráter constitutivo e faz instaurar uma situação de contenciosidade limitada. A ação de homologação destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo Estado brasileiro, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial. O sistema de controle limitado, que foi instituído pelo direito brasileiro em tema de homologação de sentença estrangeira, não permite que o Supremo Tribunal Federal, atuando como Tribunal do foro, proceda, no que se refere ao ato sentencial formado no Exterior, ao exame da matéria de fundo ou à apreciação de questões pertinentes ao *meritum causae*: ressalvada, tão somente, para efeito do juízo de delibação que lhe compete, a análise dos aspectos concernentes à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Não se discute, no processo de homologação, a relação de direito material subjacente à sentença estrangeira homologanda [...]” (SEC 4738, STF, 1994, Min. Relator Celso de Mello, j. 24.11.1994).

seja, parte-se do princípio de que a sentença arbitral estrangeira sempre tem condições de ser homologada até que se prove o contrário¹⁵⁸.

3.2.2.1 Art. V (1) (a) – Incapacidade da parte e invalidade da convenção de arbitragem

As primeiras hipóteses de denegação de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira estão prevista na alínea (a) do art. V (1) da Convenção, que estabelece que o reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos se

as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida.

Como se vê, a primeira parte do dispositivo estabelece como fundamento da recusa a incapacidade de uma das partes, segundo a lei que lhes seja aplicável¹⁵⁹. A arbitragem

¹⁵⁸ “En la operativa contemplada por el art. V de la Convención de Nueva York hay una presunción de la sentencia arbitral que está sometida al procedimiento para el reconocimiento y ejecución, una vez que la carga de la prueba recae sobre la parte contra la cual se realiza la demanda de homologación. En otras palabras, a diferencia de la regla general relativa a que el deber de la prueba corresponde a la parte que presenta la demanda, el artículo de referencia determina que cabe a la parte demandada – que en general es la parte a quien el procedimiento arbitral há sido desfavorable – producir una prueba de que una determinada decisión arbitral no tendrá efectos en el país en el que se pretenda ejecutarla. Esa presunción en favor de la sentencia arbitral extranjera, sin embargo, no siempre estuvo presente en el régimen jurídico internacional. La carga de la prueba invertida, que tanto há estimulado el uso del arbitraje internacional, fue una grande innovación creada en la Convención de Nueva York”. (GIUSTI, Gilberto; BARRADAS, Marcelo. La taxatividad de los supuestos que obstan el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y la carga de la prueba invertida: factores que convierten al artículo V em um triunfo de la Convención de Nueva York. In: TAWIL, Guido Santiago; ZULETA, Eduardo (dirs.). El arbitraje comercial internacional. **Estúdio de la Convención de Nueva York com motivo de su 50º aniversario**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 383).

¹⁵⁹ “One type of incapacity relates to arbitrations involving a state party which invokes the defence of sovereign immunity (though this may be more a question of subjective arbitrability). Sovereign immunity is restricted to cases in which a state acts in its governmental capacity (*acta iure imperii*). It is not applicable if the state participates in commercial life (*acta iure gestionis*). Further a state may always waive its immunity. This has been clearly stipulated by the Italian Supreme Court (quoting the arbitration tribunal) in a case dealing with enforcement “(...) we consider that, under the law applicable to international commerce, which necessarily governs the arbitration clause in the present case, legal persons of public law may, unless the parties have explicitly agreed otherwise, undoubtedly agree to arbitration, independent of domestic prohibitions, by expressing their consent and sharing, in the international marketplace, the conditions common to all operators”. This Italian decision is arguably the most advanced position in this area and the concept of international capacity contemplated is particularly suitable for international commercial disputes. Despite this modern view state parties may still in certain parts of the world be successful in resisting enforcement by invoking the lack of capacity to enter into an arbitration agreement. The capacity of a party to enter into an arbitration agreement may also be restricted by the necessity of special permissions for foreign trade transactions or the lack of authority of the person signing the arbitration agreement”. (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 708).

exige manifestação válida de vontade de cada parte que queira a ela se submeter. A capacidade da parte é elemento essencial para validade do ato jurídico, e sendo verificada a falta de capacidade, a convenção será invalidada, restando prejudicado todo o procedimento arbitral¹⁶⁰.

Em se tratando de pessoas jurídicas, a capacidade das partes engloba sua capacidade civil e também sua legitimidade. Sendo assim, o tribunal competente para a homologação terá que verificar não só a capacidade civil dos contratantes, como também sua legitimação em representação da pessoa jurídica¹⁶¹.

A Convenção de Nova Iorque não deixa claro sob qual ordenamento jurídico será analisada a questão da capacidade das partes, o que por certo não favorece a uniformidade do direito arbitral internacional. Há duas correntes doutrinárias sobre o assunto: a primeira entende que a escolha pelas partes de certo direito implica necessariamente a escolha das regras de conflito de tal direito; já a segunda entende que a adoção de um determinado ordenamento jurídico está apenas relacionada às suas regras materiais e não às suas regras de direito internacional privado. Essa segunda corrente prestigia a autonomia da vontade das partes, aplicando-se à análise da capacidade das partes as regras substantivas do direito material por elas escolhido e não as regras de direito internacional privado¹⁶².

¹⁶⁰ “A hipótese de incapacidade de uma das partes como fundamento para a recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira está, a rigor, contida na hipótese maior de invalidade do acordo de arbitragem, mencionada na mesma alínea. Com efeito, a incapacidade civil para a prática do ato jurídico que dá origem à convenção arbitral leva inexoravelmente à invalidade desta, parecendo desnecessário, pois, realçar uma dentre as várias situações que podem conduzir à ineficácia do citado acordo. Não obstante, os redatores da Convenção preferiram salientar a incapacidade pessoal ao destacá-la da situação genérica da invalidade do acordo de arbitragem, conferindo-lhe status de especial importância dentre as causas determinantes da ineficácia deste”. (GREBLER, Eduardo. A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no artigo V, (1) alíneas “A” e “B” da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords). **Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 195).

¹⁶¹ “Although in principle the concepts of capacity and power to contract should not be confused, it is generally accepted that in the Convention the word “incapacity” also covers the absence of the power to contract. A strong indications to that effect is provided by the fact that during the negotiation of the Convention issues of “capacity” were discussed in connection with juridical persons, which suggests that the word “ capacity” was not given its most accurate meaning. Issues of “capacity” – or the power to contract, strictly speaking – also arise in connection with arbitration agreements concluded by governments or public law entities. In such cases, the Convention allows the host country to verify whether the signatories of the arbitration agreement had the capacity (or, more accurately, the power) to bind the government or public entity in question”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John Savage. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 984).

¹⁶² “Digladiam-se há muito duas doutrinas diametralmente opostas no que se refere à doutrina do reenvio ou do retorno: uma pretende que a adoção pelas partes de um determinado direito inclua necessariamente as regras do direito internacional privado, e por consequência serão aplicadas as regras de conflito indicadas pelo ordenamento jurídico adotado; outra pretende que a adoção de um ordenamento jurídico diga respeito apenas e tão somente às regras substanciais, excluídas as normas de conflito, de forma que o reenvio é obstado. O direito brasileiro adotou firmemente, como dá conta o art. 16 da Lei de Introdução ao Código de

Apesar de a questão ser de difícil solução¹⁶³, parece mais adequada a segunda corrente que prestigia a autonomia da vontade e favorece a segurança das partes¹⁶⁴.

Se as partes, contudo, não tiverem escolhido a lei aplicável, caberá aos árbitros identificar os elementos de conexão relevantes, decidindo pela regra de conflito a ser empregada no caso concreto. Caberá, então, ao juiz estatal ao qual foi requerido o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, aferir se as partes são capazes, pela lei de qualificações que o árbitro aplicou.

A segunda parte do dispositivo estabelece que o reconhecimento e a execução de uma sentença também poderão ser indeferidos se o acordo arbitral não for válido “nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida”.

Processo Civil, a proibição do reenvio, de modo que o magistrado brasileiro, se tiver que aplicar a lei estrangeira, só utilizará o direito substancial, não as normas de conflito. Considerando que tal doutrina fez escola no mundo todo, inclusive no âmbito dos países da *common law*, tem-se como certo que a escolha de um ordenamento jurídico pelas partes vincula o árbitro quanto ao direito material a ser aplicado à solução do conflito, mas não o autoriza empregar as regras de conflito do ordenamento escolhido. Para resolver a questão da capacidade abordada, portanto, restam algumas possibilidades, entre as quais importa destacar as duas mais relevantes: a) o árbitro reportar-se-á aos critérios da lei escolhida pelas partes; ou b) o árbitro deverá qualificar as partes segundo as regras de conflito do lugar em que o laudo deverá ser proferido, ignorando a escolha das partes nesta questão. Parece que o primeiro critério – que prestigia a autonomia da vontade – deve prevalecer, por favorecer a segurança das partes, isentando-as de surpresas e fornecendo posteriormente, ao Poder Judiciário do local em que o laudo será executado, elementos firmes (objetivos) de averiguação de todos os requisitos de validade da convenção de arbitragem. Em que pese haver ainda muita restrição, no Brasil, acerca da autonomia da vontade, será este o caminho mais adequado (porque mais seguro e menos complexo) a seguir quanto à averiguação da capacidade se houver apontamento pelas partes da lei que querem ver aplicada à solução do litígio”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 466-467).

¹⁶³ “Article V, paragraph 1(a) addresses the question in choice of law terms, rather than using substantive rules. However, it does not specify the content of the applicable choice of law rules. With respect to capacity, it simply states that the issue is governed by the law applicable to the parties to the arbitration agreement. In fact, as it does not take a firm position on the determination of the law applicable to the issue of capacity, the convention does not exclude the possibility of the legal system of the country where the review is performed considering the question of capacity in the light of its own substantive rules, since the aim of such review is precisely to decide whether the award can be admitted into the legal order reviewing the award. If, on the other hand, the choice of law approach is preferred in the jurisdiction, the terms of Article V, paragraph 1 (a) appear to exclude the law governing the substance of the arbitration agreement and to favor the parties’ personal law, as the Convention deals separately with the law applicable to capacity and the law applicable to the substance of the arbitration agreement. However, it does not resolve the classic conflict between a party’s national law and the law of its domicile, thus leaving the host country to determine the parties’s personal law according to its own rules”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John Savage. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 984-985).

¹⁶⁴ Lauro da Gama Souza Júnior tem entendimento diverso. Segundo o renomado professor carioca, no direito internacional privado, a capacidade da pessoa natural é, via de regra, aferida segundo sua lei pessoal, isto é, a lei do Estado em que possui domicílio ou a lei do Estado de sua nacionalidade e é, portanto, em conformidade com esta lei – e não com a lei aplicável ao acordo de arbitragem – que deverá ser examinada a capacidade da parte, à luz do texto legal. (SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1999, pp. 309-324).

Tal questão é de grande relevância ao desenvolvimento eficaz da arbitragem, na medida em que apenas diante de um pacto arbitral validamente celebrado é que a decisão arbitral poderá produzir efeitos jurídicos. Ante a ausência ou invalidade de um acordo arbitral não se opera a renúncia ao Poder Judiciário, o que pode levar à nulidade de todo o procedimento arbitral¹⁶⁵.

De acordo com tal dispositivo a invalidade da convenção deverá ser analisada à luz do direito ao qual as partes decidiram submeter o acordo de arbitragem, se houver, ou, na falta de sua indicação, segundo a lei do local onde a sentença arbitral foi proferida.

A convenção de arbitragem normalmente se submete à lei que rege a relação de direito material. Sem prejuízo da autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato em que estiver inserida, a tendência doutrinária é no sentido de que a lei que rege a relação de direito material subjacente rege, também, a validade material da convenção de arbitragem, a menos que exista manifestação expressa das partes em outro sentido.

Todavia, quando as partes não tiverem acordado sobre o direito aplicável à relação contratual, nem especificamente ao acordo de arbitragem, o art. V (1) (a) da Convenção estabelece que a questão deverá ser submetida à lei material do país em que a sentença arbitral for proferida. Apesar de ser alvo de algumas críticas¹⁶⁶, esta solução parece adequada, uma vez que ao determinar que a validade da convenção de arbitragem se regula pelo direito do país onde foi proferida a sentença arbitral, a Convenção de Nova Iorque evita que eventual alegação de invalidade da convenção de arbitragem seja avaliada segundo os parâmetros da lei do foro de reconhecimento.

¹⁶⁵ “Na medida em que a arbitragem constitui uma exceção à jurisdição ordinária, tem se entendido que a manifestação de vontade das partes no sentido de submeter a controvérsia à arbitragem deve ser inequívoca”. (DOLINGER, J.; TIBURCIO, C. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 135).

¹⁶⁶ “O critério subsidiário adotado pela Convenção pode levar a resultados indesejáveis às partes contratantes. Basta pensar numa arbitragem em que não tenha sido determinado nenhum ordenamento jurídico nacional para dirimir a questão, mas tenha sido esta submetida, por exemplo, a julgamento por equidade, ou com base nos usos e costumes comerciais de um setor de atividade específico, ou à *lex mercatoria*, situações estas bastante comuns. Assim, um local escolhido por razões em nada relacionadas ao teor de sua legislação, poderá acabar tendo uma influência insuspeitada na aferição da validade da convenção arbitral. Criticável, portanto, o critério subsidiário adotado pela Convenção de Nova Iorque para definição da validade da convenção arbitral”. (STETNER, Renato Pereira; PITOMBO, Eleonora Coelho. A Convenção de Nova Iorque: ratificação pelo Brasil. In: GUILHERME, Luis Fernando do Vale de Almeida (coord.). **Novos rumos da arbitragem no Brasil**. São Paulo: Fiúza, 2004, pp. 307-325).

Importante destacar que quando a invalidade da convenção arbitral se der pela ausência de acordo escrito, a análise desse vício deve levar em consideração o art. II da Convenção de Nova Iorque¹⁶⁷.

A questão da invalidade formal do acordo de arbitragem tem sido muito debatida na doutrina e na jurisprudência, especialmente no que se refere à abrangência a ser dada ao termo “acordo escrito”, havendo certa evolução na sua interpretação. Atualmente tem sido dispensado, em alguns casos, o consentimento expresso das partes no mesmo documento em que esteja inserida a convenção arbitral, desde que fique demonstrado que a outra parte assentiu com os seus termos¹⁶⁸.

O STJ já analisou algumas vezes a questão da aceitação da Convenção de Arbitragem, mas ainda não chegou a uma solução pacífica e uniforme¹⁶⁹.

No julgamento da SEC 856¹⁷⁰, por exemplo, o STJ homologou sentença arbitral estrangeira, admitindo, pela primeira vez, a eficácia da cláusula compromissória tácita. Nesse caso, a Corte Especial do STJ concluiu que se tem como satisfeito o requisito da aceitação da Convenção de Arbitragem quando a parte requerida participou do procedimento arbitral e apresentou defesa, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória¹⁷¹.

¹⁶⁷ Art. II: “1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas. 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

¹⁶⁸ Sobre o tema: “A cláusula deve ser formulada por escrito, justamente, para permitir ao interessado o exercício de seus direitos de impor a instituição da arbitragem ao recalcitrante ou de afastar o juízo comum, quando violada a cláusula compromissória. Serve o escrito, pois, para que a cláusula possa exprimir todos os seus efeitos de direito. Deve, preferencialmente, estar assinada pelas partes contratantes. Entretanto, será válida mesmo se não for aposta a assinatura dos interessados no contrato, bastando para isso que se instrumentalize, de alguma forma, a concordância dos envolvidos. A troca de correspondência nesse sentido caracteriza a manifestação da vontade. O que é importante é a aceitação do pacto pelas partes. E essa aceitação poderá se dar de outro modo que não, necessariamente, a assinatura dos convenientes. Basta se evidenciar a comunhão de vontades ou a sua aquiescência”. (MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78).

¹⁶⁹ STJ, SEC 856, SEC 967, SEC 866, SEC 1210, SEC 978, SEC 885, SEC 826.

¹⁷⁰ SEC 856, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 27.06.2005, publicada na Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6, jul./set. 2005, RT, p. 228-245, com comentários de Arnaldo Wald e Valeria Galíndez.

¹⁷¹ “Cumpra realçar que o STJ, neste julgado, demonstrou perfeito conhecimento das formas como os negócios são operados no comércio internacional em âmbito global e que paulatinamente vêm alterando o rigor das formas contratuais de modo consuetudinário, ou por meio de iniciativas reguladoras do comércio eletrônico ou convenções internacionais específicas, entre elas, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias firmada em Viena, em 1980 (não vigora no

No julgamento da SEC 866¹⁷², por sua vez, o STJ indeferiu o pedido de homologação por entender não haver nos autos elementos seguros que comprovassem a aceitação da cláusula compromissória por parte da Requerida. Buscava-se a homologação de sentença arbitral estrangeira no âmbito da *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA), sendo que a negociação havia sido celebrada por telefone e confirmada posteriormente por telex, que continha cláusula compromissória com referência expressa às regras de arbitragem da citada instituição. O STJ entendeu que embora os telegramas trocados pelas partes contivessem cláusula compromissória com expressa referência às regras de arbitragem do GAFTA, estes não ostentavam a assinatura da Requerida ou qualquer outra forma de anuência quanto ao proposto.

No julgamento da SEC 1210¹⁷³, a Corte Especial do STJ homologou sentença arbitral estrangeira realizada de acordo com as normas da *Liverpool Cotton Association*, em contrato que continha cláusula compromissória bastante sucinta. O STJ homologou a sentença arbitral por entender que restou indubitado o ajuste da cláusula compromissória, o que seria suficiente para levar a discussão e a solução da controvérsia estabelecida à arbitragem. O STJ entendeu que o Requerido foi devidamente intimado de todas as fases processuais, não se evidenciando qualquer vício que maculasse o provimento arbitral.

Por outro lado, no julgamento da SEC 978¹⁷⁴, o STJ modificou seu posicionamento e indeferiu pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira proferida também no âmbito da *Liverpool Cotton Association*, entendendo ser necessária a anuência expressa em relação à cláusula compromissória, não se admitindo anuência tácita ou implícita. A Corte Especial do STJ, sem levar em consideração as praxes do comércio internacional e o comportamento das partes no curso de procedimento arbitral, concluiu que faltava prova da manifesta declaração de vontade da Requerida de renunciar à jurisdição estatal.

Brasil). Com efeito, é nesta linha que se analisa a mensagem transmitida pelo Ministro Relator quando assevera “a prática internacional em contratos da espécie que deve ser sempre relevada, não vejo como desqualificar a existência da convenção arbitral. A participação da requerida no processo, com a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro indica manifestação indubitosa sobre a existência acordada da cláusula compromissória”. (LEMES, Selma Ferreira. **O Superior Tribunal de Justiça – STJ e o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira à luz da Convenção de Nova Iorque de 1958**. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri03.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011).

¹⁷² STJ, SEC 866, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16.10.2006.

¹⁷³ STJ, SEC 1.210, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 06.08.2007.

¹⁷⁴ STJ, SEC 978, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.03.2009.

Posteriormente, ao analisar a SEC 885¹⁷⁵, a Corte Especial do STJ novamente indeferiu pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira por entender não estar demonstrada a competência do juízo arbitral estrangeiro para a solução da controvérsia. O STJ manifestou não estar comprovada a existência de cláusula compromissória, inexistindo documento apto a demonstrar o consentimento da Requerida com procedimento arbitral.

Nota-se que o STJ ainda não tem uma posição firme sobre a anuência tácita da convenção arbitral, mas aos poucos tem firmado posicionamento de que a participação da parte Requerida no processo arbitral implica aceitação da convenção de arbitragem, sendo dispensado o consentimento expresso das partes no mesmo documento em que inserida a convenção arbitral, desde que fique evidenciada a comunhão de vontades¹⁷⁶.

A invalidade da convenção de arbitragem também é bastante apontada como fundamento para a recusa do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira em razão das partes ou o objeto do litígio não serem passíveis de submissão à arbitragem, ou seja, não serem arbitráveis. A validade de cláusulas compromissórias relativas a arbitragens envolvendo o Estado (arbitrabilidade subjetiva), ou questões trabalhistas, direito da concorrência, propriedade intelectual (arbitrabilidade objetiva) tem sido questionada¹⁷⁷.

A invalidade da convenção de arbitragem em decorrência da inarbitrabilidade da controvérsia tem sido objeto de debate na doutrina e na jurisprudência e não há uniformidade nos entendimentos. Em algumas ocasiões se entende que a submissão ao acordo de arbitragem implica renúncia ao direito de invocar a imunidade de jurisdição, em outras se acolhe tal alegação com base na irrenunciabilidade do direito.

3.2.2.2 Art. V (1) (b) – *Falta de notificação das partes e cerceamento de defesa*

Em seu art. V (1) (b) a Convenção de Nova Iorque descreve outras hipóteses para a recusa do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. A Convenção determina a recusa de seu reconhecimento quando a sentença é proferida em procedimento arbitral e a

¹⁷⁵ STJ, SEC 885, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 10.09.2010.

¹⁷⁶ Sobre o tema: ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva; MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília. Algumas questões ainda polêmicas na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coords.). **Arbitragem**. Temas Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 381-414.

¹⁷⁷ Vale destacar que questões envolvendo a arbitrabilidade objetiva também podem ser reconhecidas de ofício, de acordo com o disposto no art. V (2) (a) da Convenção.

parte vencida (i) não recebeu notificação apropriada¹⁷⁸ acerca da designação do árbitro ou do procedimento arbitral, ou (ii) não tenha sido possível, por outras razões, exercer o direito de defesa mediante apresentação de seus argumentos.

Segundo tal dispositivo da CNI, não tendo a parte oportunidade de influir na instauração da arbitragem, não sendo informada da instauração do procedimento ou sendo prejudicado seu direito de expor suas razões, deverá ser denegado o reconhecimento da sentença arbitral.

A notificação válida encaminhada às partes para que participem do procedimento arbitral é requisito formal essencial para o reconhecimento da sentença estrangeira. A ausência de notificação caracteriza ofensa ao *due process of law*, pois impede a parte de exercer seu direito elementar de participar da formação do tribunal arbitral ou de se defender no procedimento por não ter conhecimento de sua instauração. A impossibilidade de apresentação de argumentos no decorrer do procedimento, que equivale ao não exercício do direito a ampla defesa e ao contraditório, também é causa de denegação do reconhecimento da sentença arbitral.

A ausência de notificação apropriada sobre a existência do processo arbitral, assim como a falta de notificação da parte acerca de seu direito de designar árbitro, constituem vícios capazes de fulminar de nulidade todos os atos que se seguirem. Do mesmo modo, a impossibilidade de a parte apresentar seus argumentos de defesa no curso do procedimento ofende seus direitos fundamentais.

Deve-se dispensar especial atenção no momento de perquirir a hipótese de impossibilidade de apresentação de argumentos, que pode estar fundamentada, por exemplo, na concessão de prazo insuficiente para nomeação de árbitro; na exiguidade de prazos procedimentais; na dispensa de audiência para inquirição de testemunhas; na quebra da isonomia entre as partes; ou até no impedimento à efetiva participação na fase probatória do procedimento¹⁷⁹.

¹⁷⁸ A notificação apropriada é aquela comunicação recebida pela parte contendo as informações suficientes que lhe permitem compreender seu conteúdo e tomar as medidas necessárias para exercer seu direito de defesa, não exigindo, contudo, um rigor exagerado, uma vez que no processo arbitral se busca predominantemente a verdade material. Os ritos do processo civil ordinário são, muitas vezes, excessivamente formalísticos, enquanto que a virtude da arbitragem está justamente no desapego à formalidade excessiva.

¹⁷⁹ “[...] parties that have chosen to remedy their disputes through arbitration rather than litigation should not expect the same procedures they would find in the judicial arena”. (Parsons & Whittemore Overseas Com. Inc. v. Société Générale de l’Industrie du Papier (RATKA), 508 F. 2nd 969 (2d Cir. 1974).

Essas situações podem de fato implicar cerceamento do direito de defesa, a depender do contexto da arbitragem e das justificativas do tribunal arbitral para decidir. A prática da arbitragem internacional, contudo, revela que, na maioria dos casos contemplados na jurisprudência das cortes nacionais, sua invocação não tem sido apta a impedir o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras¹⁸⁰. Isso porque se verifica que muitas vezes a alegação de cerceamento de defesa se pauta pela aplicação de padrões do direito processual. No entanto, o procedimento arbitral internacional não pode se submeter a um rigor exagerado para não frustrar a própria finalidade da arbitragem¹⁸¹.

De todo modo, a doutrina estrangeira aponta alguns poucos casos em que o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira foi recusado diante da alegação de violação ao *due process of law*¹⁸². Um exemplo é o caso em que vários documentos foram submetidos por uma das partes ao tribunal arbitral, mas não à contraparte¹⁸³. Outro

¹⁸⁰ “*Reviewing the court decisions on the New York Convention, the defence of a violation of due process enjoys a high popularity rating amongst the defences allowed by the Convention. Nevertheless, the defence has rarely been successful. Despite the broad wording of Article V (1) (b), the courts appear to accept a violation of due process in very serious cases only, thereby applying the general rule of interpretation of article V that the grounds for refusal of enforcement are to be construed narrowly*”. (VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: Kluwer Law International, 1981, p. 297).

¹⁸¹ STJ, SEC 887, publicado em 03/04/2006, voto do Min. Rel. João Otávio de Noronha: “Outro ponto sustentado na contestação diz respeito à circunstância de a requerida não ter exercido seu direito à ampla defesa e ao contraditório no procedimento de arbitragem. Observo, contudo, que, se não o exerceu, não foi por irregularidade no procedimento arbitral, mas por falta de interesse da requerida no acompanhamento do feito. [...] O que está comprovado nos autos é que o procedimento de arbitragem correu à revelia da requerida não por falta de notificação, mas pelo não comparecimento espontâneo da requerida. Atestam tal fato tanto a sentença homologanda, que expressamente afirma que as comunicações necessárias foram realizadas via telex e por fax, [...] que trata da correspondência ao réu da sentença de arbitragem por ele rejeitada, não obstante a empresa contratada para entrega da correspondência tê-la apresentado por setes vezes consecutivas, pelo que o requerente valeu-se, então, da notificação cartorial, fl. 15”.

¹⁸² “*In some rare cases, recognition or enforcement of an award has been refused on the grounds of a breach of due process. One example is the award made in a quality arbitration where the defendant was never informed of the identity of the arbitrators hearing the dispute. It also occurred in a case where various documents were submitted by one party to the arbitral tribunal but not to the other party, in another case where the defendant was not given the opportunity to comment on the report produced by the expert appointed by the tribunal, and again where the arbitral tribunal criticized a party for having employed a method of presenting evidence which the tribunal itself had suggested. The Convention censures a breach of due process per se, without making the refusal of recognition or enforcement subject to proof by the party resisting enforcement of damage suffered as a result of the breach. In itself, a breach of due process is considered to be sufficiently important to justify such redress without the need for the party invoking it to establish actual damage. The opposite interpretation would add to the text of the Convention and would seriously detract from its intended dissuasive effect*”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John Savage. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 987).

¹⁸³ Amsterdam Court Of Appeals, July 16, 1992. G.W.L. Kersten & Co. B.V. v. Société Commerciale Raoul Duval et Co., XIX Y.B. COM. Arb. 708 (1994).

exemplo é o caso em que não foi dada ao réu a oportunidade de se manifestar sobre um relatório produzido por um *expert* designado pelo tribunal¹⁸⁴.

Deve-se salientar que o exame das hipóteses contempladas no dispositivo ora em análise se dará sob a óptica do ordenamento jurídico aplicável ao caso e não à luz do ordenamento jurídico do Estado no qual se busca o reconhecimento da sentença arbitral. Apesar de tal questão apresentar divergência na doutrina, entende-se que a análise aplicável ao caso, segundo o ordenamento jurídico, é a mais adequada¹⁸⁵.

Destaca-se que no Brasil o argumento de ausência de notificação válida para comparecer a procedimento arbitral no exterior já foi bastante utilizado como óbice para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Até o advento da Lei nº 9.307/96 se entendia que a convocação para responder a processo que corresse no estrangeiro somente teria validade se cumpridas as formalidades de citação por carta rogatória, expedida pelo judiciário estrangeiro ao judiciário brasileiro¹⁸⁶.

Com a promulgação da Lei Brasileira de Arbitragem tal entendimento foi deixado de lado, diante do disposto no art. 39, parágrafo único, da citada Lei, que determina que

não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Atualmente, o entendimento no STJ é no sentido de ser suficiente a convocação comprovadamente recebida, ainda que feita por via postal, desde que permita à parte brasileira exercer o direito de defesa dentro de um lapso de tempo razoável¹⁸⁷.

Por fim, ainda acerca do art. V (1) (b) da Convenção de Nova Iorque, é importante destacar a relação entre tal dispositivo e o art. V (2) (b) da Convenção, que trata especificamente do tema central deste estudo. De acordo com o art. V (2) (b) da

¹⁸⁴ Supreme Court of Hong Kong, High Court, Jan. 15, 1993, Paklito Inv. Ltd. V. Klockner East Asia Ltd., XIX Y.B. Com. Arb. 664 (1994).

¹⁸⁵ Em algumas hipóteses, dependendo da gravidade da infração, esta poderá ser qualificada como violação à ordem pública, suscetível de análise *ex officio* pelo tribunal ao qual foi solicitada a homologação.

¹⁸⁶ STF, SEC 5378/FR - França (Tardivat International S/A x B. Oliveira S/A - Indústria, Comércio e Exportação), Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25.02.2000.

¹⁸⁷ STJ, SEC 3.660, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 25.06.2009; SEC 887, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 3.04.2006.

Convenção de Nova Iorque, o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral poderão ser recusados caso a autoridade competente constate que o reconhecimento ou a execução da sentença é contrário à ordem pública do país em que se busca o reconhecimento e a execução.

Na medida em que o devido processo legal é geralmente concebido como pertencente ao conceito de ordem pública, se coloca a questão se a específica referência ao *due process of law* no art. V (1) (b) da Convenção teria o efeito de excluir o devido processo legal do art. V (2) (b) da mesma Convenção. Segundo professor Van Den Berg, tal questão é importante porque se o *due process of law* estivesse coberto apenas pelo art. V (1) (b), os tribunais não teriam permissão de recusar o reconhecimento de uma sentença, de ofício, se encontrassem na decisão uma violação ao devido processo legal. A resposta que prevalece, contudo, é que o *due process of law* está sim inserido no art. V (2) (b) da Convenção. Tal interpretação está implicitamente confirmada por diversos tribunais. Ao decidir se uma sentença foi afetada por determinada irregularidade procedimental, muitas vezes os tribunais fazem referência ao art. V (2) (b) em vez do art. V (1) (b)¹⁸⁸.

3.2.2.3 Art. V (1) (c) – Sentença arbitral extra ou ultra petita

O art. V (1) (c) da Convenção de Nova Iorque trata da hipótese de denegação do reconhecimento da sentença arbitral que não tenha respeitado os limites impostos pela convenção de arbitragem, decidindo além do que foi disposto pelos contratantes¹⁸⁹.

A competência do árbitro é delimitada pela convenção de arbitragem, sendo viciada a sentença arbitral que decide além do que permite a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. A convenção de arbitragem, fruto da manifestação de vontade das partes, é a carta magna que regula a validade, o alcance e os limites da jurisdição dos árbitros. A arbitragem é a liberdade que se expressa no acordo arbitral. Uma vez celebrada

¹⁸⁸ VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: Kluwer Law International, 1981. pp. 299-300.

¹⁸⁹ Sobre o tema: NUNES PINTO, José Emílio. A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no art. V, (1), alíneas (c) e (d), da Convenção de Nova Iorque de 1958. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 215-234.

entre as partes, é *pacta sunt servanda* e vinculativa aos árbitros, a partir do momento que aceitam a nomeação, sem reservas¹⁹⁰.

Tudo que transborda a Convenção de Arbitragem não será, então, passível de produzir efeitos legais. Sendo assim, se o árbitro decidir *extra petita*¹⁹¹ ou *ultra petita*¹⁹² a sentença arbitral pode ser objeto de impugnação perante o tribunal estatal onde se pleiteia o reconhecimento¹⁹³ e pode ser denegada a prestação jurisdicional solicitada, no todo ou em parte, impedindo que a sentença produza todos os seus efeitos¹⁹⁴.

A Convenção de Nova Iorque reconhece a natureza consensual da arbitragem e confere primazia à autonomia privada. A arbitragem tem natureza consensual em sua origem e é da convenção arbitral que derivam os poderes conferidos aos árbitros, que devem decidir a controvérsia segundo as disposições das partes.

Para que possa aferir se a decisão homologanda está em consonância com a Convenção de Arbitragem firmada pelas partes, o Poder Judiciário perante o qual se solicita o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira terá que avaliar o escopo do acordo arbitral e a sua consistência com a decisão do Tribunal Arbitral. Muito embora o órgão judicial não tenha poderes para reexaminar o mérito da decisão, como expressão do juízo de delibação, ele deverá examinar o conteúdo da decisão homologanda para poder, assim, determinar se ela está ou não em consonância com o escopo da convenção arbitral.

Vale ponderar que a violação constante do dispositivo ora em análise deve ser avaliada em seus aspectos eminentemente essenciais. Sendo assim, a denegação do pedido homologatório somente deverá se concretizar se o vício afetar motivos de fato relevantes atinentes à instituição da arbitragem.

¹⁹⁰ MARTINS, Pedro Antônio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 385.

¹⁹¹ Decisão sobre divergência que não está prevista na convenção de arbitragem.

¹⁹² Decisão sobre divergência que ultrapassa aquela indicada pelas partes na convenção arbitral.

¹⁹³ A Convenção de Nova Iorque admite a recusa de reconhecimento de sentenças arbitrais *ultra petita* e *extra petita*, circunstância que não é admitida para as sentenças tidas como *infra petita* ou *citra petita*. A Convenção de Nova Iorque adota uma posição mais estrita, já que a Convenção de Genebra de 1927, em seu art. II, contemplava a sentença *citra petita*.

¹⁹⁴ Os Tribunais têm aplicado de forma bastante restrita a disposição contida no art. V (1) (c) da Convenção. Raramente essa hipótese de recusa foi alegada com sucesso. Dentre os poucos casos em que houve êxito vale destacar a decisão de *Fertilizer Corporation of India vs. IDI Management Inc.* em que um tribunal americano recusou reconhecer uma sentença que havia deferido a uma das partes perdas e danos indiretos, uma vez que o contrato excluía indiscutivelmente este tipo de indenização. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John Savage. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 988).

Destaca-se, ainda, que o citado dispositivo da Convenção não determina a completa ineficácia da sentença arbitral estrangeira, cujo pronunciamento se revele dissonante com a convenção arbitral, uma vez que admite a homologação parcial sempre quando é possível separar da decisão arbitral a parte que foi decidida em conformidade com a vontade das partes¹⁹⁵. Nas palavras de Carmona, trata-se de verdadeiro *dépeçage*¹⁹⁶ da decisão arbitral forasteira: ao examinar o laudo, será destacado o conteúdo da decisão que exorbite a competência do tribunal arbitral, concedendo-se oficialização parcial à decisão¹⁹⁷.

3.2.2.4 Art. V (1) (d) – Instituição do tribunal arbitral ou procedimento arbitral em desconformidade com o acordado pelas partes

De acordo com o art. V (1) (d) da Convenção de Nova Iorque, o fato de a composição da autoridade arbitral ou o procedimento não terem se dado em conformidade com o acordado entre as partes é vício que leva à denegação do reconhecimento da sentença arbitral¹⁹⁸.

O critério principal para caracterização dessa hipótese de recusa de reconhecimento de sentença arbitral é o desacordo entre a formação do tribunal arbitral ou da condução do procedimento e o que fora estabelecido entre as partes. Segundo o citado dispositivo, apenas na ausência de um acordo de vontades é que se aplicariam as disposições legais vigentes do lugar onde se realizou a arbitragem¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Nesse sentido, Lauro da Gama e Souza Júnior asseverou que a referida norma jurídica permite que a autoridade do Estado requerido proceda, desde que possível, ao *dépeçage* da decisão, destacando as disposições da sentença arbitral que se referem à arbitragem contratada daquelas que não guardam pertinência com o acordo e análise, com relação às primeiras, o pedido de reconhecimento e execução do laudo arbitral. (SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem**: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, pp. 309-324).

¹⁹⁶ “Revelando a tendência em favor do *dépeçage* no processo de homologação de sentenças estrangeiras, como recurso imperativo para a realização de Justiça e de respeito à segurança das relações internacionais, o STJ, investido da competência legal como tribunal competente para os processos de homologação, materializou essa regra em seu Estatuto. Tal regra busca a harmonia do seu texto com as demais normas jurídicas que conformam o sistema nacional, evitando qualquer equívoco interpretativo e estendendo às demais sentenças estrangeiras o mesmo benefício concedido aos laudos arbitrais estrangeiros. Tal assertiva pode ser cotejada com as disposições constantes do par. 2º, art. 4º, da Res. STJ 9/2005”. (GASPAR, Renata Álvares. **Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 166).

¹⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 472.

¹⁹⁸ Sobre o tema: NUNES PINTO, José Emílio. A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no artigo V, (1), alíneas (c) e (d), da Convenção de Nova Iorque e 1958. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional**: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 215-234.

¹⁹⁹ A Convenção de Nova Iorque avançou com relação a esse ponto. Isso porque, o texto da Convenção de Genebra de 1927, art. I (c), estabelecia como requisito para reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira que essa tivesse sido proferida com observância estrita, seja na formação do tribunal arbitral, seja

Deve-se destacar que há uma importante diferença legislativa entre as disposições constantes do dispositivo ora em comento na Convenção de Nova Iorque e na Lei Brasileira de Arbitragem. Enquanto que a Convenção determina que a instituição do Tribunal Arbitral e o desenvolvimento do procedimento têm que ocorrer de acordo com o estabelecido pelas partes ou, na sua ausência, em conformidade com a lei do país onde tenha corrido a arbitragem, a Lei Brasileira de Arbitragem (art. 38, V) determina apenas que seja a instituição da arbitragem amparada pela convenção de arbitragem, sem fazer referência ao regular processamento da arbitragem e sem oferecer outro elemento de conexão para identificação do direito aplicável.

Diante de tal divergência, ao analisar o art. 38, V, da Lei Brasileira de Arbitragem, Souza Júnior entende que tal dispositivo permite “a recusa do laudo quando há prova da existência de vícios processuais, seja no tocante à constituição da instância arbitral, seja no que se refere ao procedimento propriamente dito”²⁰⁰. Carmona, entretanto, discorda de tal entendimento e assevera que o tema que permite a defesa do réu no procedimento homologatório limita-se “à correta instituição do tribunal arbitral, seja quanto à forma, seja quanto ao número de árbitros, seja quanto a sua qualificação”²⁰¹. Parece correta, contudo, a posição defendida pelo autor, uma vez que o art. VII.1 da Convenção de Nova Iorque (“princípio da máxima eficácia”) permite a aplicação da regra interna mais favorável ao reconhecimento da sentença arbitral²⁰².

na forma de condução do procedimento, de acordo com o que fora ajustado entre as partes e, ademais, de acordo com a lei do lugar onde se realizou a arbitragem. Na Convenção de Nova Iorque prevalecem os acordos ajustados entre as partes na convenção de arbitragem, aplicando-se apenas subsidiariamente a lei do lugar da arbitragem.

²⁰⁰ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1999, pp. 309-324.

²⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 472.

²⁰² “A Lei Brasileira de Arbitragem, apesar de se modelar na Convenção de Nova Iorque de 1958, é mais liberal do que esta Convenção no que concerne à recusa de homologação nos casos de constituição do tribunal arbitral e do procedimento arbitral. Já a Convenção prevê que uma sentença arbitral não será reconhecida ou executada se a constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não for de acordo com o acordado entre as partes e, em caso de ausência de acordo, em conformidade com a lei do local em que a arbitragem ocorreu. A Lei 9.307/96, no seu art. 38, inciso V, dispõe que a sentença arbitral estrangeira não será homologada somente se a instituição da arbitragem não estiver de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória. De um lado, o legislador brasileiro limita este motivo de recusa à instituição da arbitragem segundo a vontade das partes, não mencionando o procedimento arbitral; e de outro lado, a lei brasileira descarta a aplicação subsidiária da lei do local da arbitragem, caso as partes não tenham se manifestado sobre a instituição da arbitragem. Esta posição se alinha à tendência moderna de desvincular a arbitragem do local de sua realização”. (LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coordenadores). **Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 188).

O art. 38, V, da Lei de Arbitragem, também consagra a primazia absoluta da autonomia privada, ao deixar de acrescentar, como fez a Convenção de Nova Iorque, a lei do lugar onde se realizou o procedimento arbitral (como critério subsidiário).

Interessante notar que são poucos os casos em que tribunais estatais denegaram o reconhecimento de sentença arbitral com base no disposto pelo art. V (1) (d) da Convenção de Nova Iorque²⁰³.

Dentre os casos referidos pela doutrina, vale apontar a decisão da Corte de Apelação da Basileia (Suíça, 1968) que denegou o reconhecimento de uma sentença arbitral na medida em que o Tribunal Arbitral ignorou a vontade dos contratantes no sentido de que a controvérsia fosse objeto de uma única sentença e decidiu a questão em dois estágios (no primeiro, decidiu sobre a qualidade do produto em causa e, no segundo, quanto ao *quantum debeatur* da indenização julgada devida)²⁰⁴.

²⁰³ “Article V(1)(d) has rarely been invoked before courts. One notable exception is a decision of the Supreme Court of Hong Kong. The dispute was whether the composition of the tribunal was in accordance with the agreement of the parties. The arbitrators were supposed to be on the Beijing list while they were on the Shenzhen list. The court rejected the request to refuse enforcement as the arbitrators were on CIETAC list and the parties had agreed to CIETAC arbitration. Further the court held that as the objection was not raised during the arbitration the party was estopped from raising this ground at the enforcement stage. In another unsuccessful attempt to invoke this defence, a party argued that the arbitrators had acted as *amiables compositeurs*. The Belgian court held that this was not the case and enforced the award. In another case an award was refused enforcement because the proceedings were bifurcated into liability and damages phases contrary to the applicable arbitration rules. Further, a number of court decisions confirm the view that if the procedure adopted by the tribunal conforms with the applicable arbitration rules or with the law governing the arbitration there can be no ground to refuse enforcement”. (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 715-716).

²⁰⁴ “There are few decisions where a foreign award has been refused enforcement on the basis of Article V, paragraph 1(d). A 1968 decision of the Basel Court of Appeals is often cited: the Court refused to issue an enforcement order on the grounds that the arbitral tribunal had not complied with the express intention of the parties that their dispute be decided by a single award, following a two-stage arbitration (the first stage concerning the quality of the products, the second concerning damages). This decision was inevitable given the totally unequivocal nature of the intention expressed by the parties. Another illustration is a 1978 decision of the Florence Court of Appeals, where the Court refused enforcement of an award made in London by an arbitral tribunal comprising two arbitrators nominated by each of the parties, following the arbitrators' refusal, on the basis of the procedure then applicable in England, to appoint a third arbitrator. The decision again blatantly disregarded the parties' agreement, which expressly stipulated that the arbitral tribunal was to comprise three members and designated the authority responsible for appointing the third arbitrator in the event of a disagreement between the first two. By contrast, there are a number of decisions rejecting claims brought on this ground, particularly where the party resisting enforcement relies on alleged breaches of minor provisions of the arbitration rules chosen by the parties. As was rightly observed in one United States decision, The Court does not believe that Art. V(1)(d) was intended ... to permit reviewing courts to police every procedural ruling made by the arbitrator and to set aside the award if any violation of the ... procedures is found”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John Savage. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 992-993).

A Corte de Apelação de Florença (Itália, 1978) também denegou o reconhecimento de uma sentença arbitral proferida em Londres por dois árbitros indicados pelas partes, uma vez que eles se recusaram a indicar um terceiro árbitro (o que lhes era permitido pelo *Arbitration Act*, de 1950). A Corte entendeu que a decisão desconsiderou a vontade das partes que era no sentido de que o Tribunal Arbitral fosse composto por três árbitros, aplicando a alínea (d) do art. V (1), e reconheceu a prevalência do acordo de vontade das partes, já que por conter as regras de formação do Tribunal Arbitral, afastaria a aplicação das disposições da lei do lugar da arbitragem.

Deve-se salientar que apesar de não haver indicação na Convenção de Nova Iorque acerca das causas que dariam ensejo à recusa, o disposto no art. V (1) (d) da Convenção deve ser aplicado com bastante cautela, de modo que questões pequenas que pudessem caracterizar violação das regras do procedimento, mas que não tenham causado qualquer prejuízo às partes, não sejam causas de denegação do reconhecimento da sentença arbitral²⁰⁵. Deve-se evitar que questões menores frustrem a pretensão da parte que espera o reconhecimento da sentença arbitral, gerando enorme instabilidade e insegurança jurídica.

3.2.2.5 Art. V (1) (e) – *Sentença arbitral não obrigatória, anulada ou suspensa*

A Convenção de Nova Iorque também coloca como hipótese de denegação do reconhecimento quando a sentença arbitral não tenha, ainda, se tornado obrigatória para as partes, que tenha sido anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que foi proferida, ou por autoridade competente do país sob cujas leis foi proferida²⁰⁶.

O referido dispositivo é alvo de muitos debates na doutrina e jurisprudência devido à dificuldade de se definir uma sentença não obrigatória e estabelecer os limites da aceitação da sua anulação ou suspensão. E, certamente poderia ser objeto de discussões

²⁰⁵ “[...] there are a number of decisions rejecting claims brought on this ground, particularly where the party resisting enforcement relies on alleged breaches of minor provisions of the arbitration rules chosen by the parties. As was rightly observed in one United States decision, The Court does not believe that Art. V(1)(d) was intended ... to permit reviewing courts to police every procedural ruling made by the arbitrator and to set aside the award if any violation of the ... procedures is found”. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John Savage. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 993).

²⁰⁶ Sobre o assunto: SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Recusas fundadas no art. V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 235-273.

interessantíssimas, todavia, este não é o objetivo do presente estudo. Far-se-á aqui apenas algumas ponderações que parecem adequadas.

A CNI determina a recusa da sentença estrangeira quando restar provado que “ela ainda não se tornou obrigatória para as partes”. Vale esclarecer, desde logo, que o caráter obrigatório da sentença arbitral e a sua exequibilidade são coisas distintas. Conquanto a sentença arbitral tenha dirimido o litígio de modo integral e definitivo, pode ocorrer que a concretização material do julgado ainda penda de ato subsequente. Nesse caso, a sentença já é obrigatória, porém ainda não exequível.

Há quatro teses que se desenvolveram para expressar o alcance da dicção obrigatória. A primeira delas imprime eficácia às decisões arbitrais não mais sujeitas a qualquer recurso quanto ao mérito da controvérsia (apenas recursos atinentes ao cerne da questão retirariam a força e a obrigatoriedade do ato). A segunda corrente entende que a obrigatoriedade se liga à inviabilidade de recurso em sede de arbitragem e que a inexistência ou a impossibilidade de qualquer recurso arbitral torna a sentença obrigatória. A terceira corrente entende que a obrigatoriedade é qualidade da decisão, cujos efeitos não tenham sido anulados ou suspensos pela justiça estatal. E, por fim, a quarta corrente defende que a sentença arbitral somente se torna obrigatória quando passível de execução forçada pelo credor²⁰⁷.

Ao que parece, o termo obrigatório deve ser entendido como vinculante, ou seja, não sujeitar a sentença a recursos e/ou impugnações no âmbito do próprio procedimento arbitral. Nesse sentido, Carmona pondera que obrigatório tem o sentido de vinculante, “não se podendo tirar do argumento legal a obrigatoriedade de aguardar homologação do laudo no país de origem (quando isso for condição para que a sentença adquira a eficácia de sentença estatal ou para que possa ser executada)”²⁰⁸.

A segunda hipótese contemplada no art. V (1) (e) da Convenção de Nova Iorque legitima a recusa da sentença arbitral estrangeira quando esta tiver sido suspensa, quer pela autoridade competente do país em que foi proferida, quer pela do país sob cujas leis foi prolatada. Deve-se entender a suspensão como a situação na qual uma autoridade do país

²⁰⁷ MARTINS, Pedro Antônio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 386.

²⁰⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 473.

de origem, após juízo preliminar, priva a sentença de seus efeitos até que se julgue no mérito o vício alegado.

A Convenção não legitima a recusa da sentença se esta resulta de mera disposição legal que provoque a suspensão automática da sentença arbitral, sem intervenção judicial. Há casos, contudo, em que os tribunais aos quais foi requerido o reconhecimento da sentença arbitral ignoraram o fato de que a suspensão de que trata a Convenção de Nova Iorque é aquela ordenada por autoridade competente e não a que resulta da mera aplicação da lei processual do país de origem em situação de ataque à sentença arbitral. Só haverá base legal para a recusa se existir decisão que suspendeu a eficácia da sentença arbitral²⁰⁹.

Por fim, a terceira hipótese contemplada no art. V (1) (e) da Convenção prevê como causa de denegação do reconhecimento da sentença arbitral o fato desta ter sido anulada por tribunal competente do país em que foi proferida ou do país em cujas leis se tenha baseado.

Tal dispositivo é objeto de discussões bastante interessantes. A maior polêmica está no fato de que apesar do art. V (1) (e) da Convenção estabelecer que uma das hipóteses de não reconhecimento da sentença arbitral estrangeira é exatamente o fato de ela ter sido anulada no país em que foi proferida, o art. VII (1) da mesma Convenção passou a ser adotado em destacados casos da jurisprudência francesa como fundamento para se homologar sentenças estrangeiras anuladas no país em que foram proferidas.

O art. VII (1) da Convenção de Nova Iorque, ao prever o que se denomina “princípio da máxima eficácia”, determina, em prol da efetividade da arbitragem, a prevalência da regra mais favorável ao reconhecimento e à execução da sentença arbitral²¹⁰. O “princípio da máxima eficácia” permite que os países signatários apliquem suas regras internas que sejam mais favoráveis que os dispositivos da Convenção de Nova Iorque à eficácia internacional das sentenças. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada dependerá, assim, da interpretação que se dá às regras de tratados internacionais ou do direito interno do Estado requerido.

²⁰⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan. **New York Convention of 1958**: refusals of enforcement. In: ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2007, v. 18, n. 2, p. 32.

²¹⁰ Sobre o assunto: BRAGHETTA, Adriana; LEMES, Selma. O art. VII da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional**: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 235-273.

Ao homologar sentenças arbitrais anuladas nos países em que foram proferidas, os tribunais franceses têm aplicado tal dispositivo (art. VII.1), decidindo pela prevalência das regras de direito francês que não preveem a anulação da sentença no país sede da arbitragem como causa de recusa de reconhecimento e de execução da sentença estrangeira (art. 1.502 do Código de Processo Civil Francês²¹¹). O art. VII.1 da Convenção passou a ser adotado pela teoria francesa da deslocalização, que defende que se desconsidere o controle da sentença exercido no local onde foi proferida, fazendo-se o controle no momento da execução, de acordo com a legislação mais favorável.

Embora os tribunais franceses entendam que uma sentença arbitral anulada na sede da arbitragem não possa ser reconhecida segundo o regime da Convenção de Nova Iorque (art. V.1.e), pois entendem que o art. V da Convenção tem caráter obrigatório, eles a reconhecem com fundamento no regime de direito comum francês (art. 1.502 do Código de Processo Civil), que não prevê a anulação da sentença arbitral como hipótese de não homologação, sendo mais favorável ao reconhecimento da sentença arbitral anulada (art. VII.1).

A jurisprudência francesa firmou entendimento de que a anulação da sentença arbitral internacional naquele país não constitui causa de recusa de reconhecimento e de execução da sentença. A posição que tem sido adotada pela França desde a década de 80, contudo, não é usual, uma vez que a maioria dos países se recusa a homologar sentenças arbitrais que tenham sido anuladas na sede da arbitragem.

A primeira decisão da Corte de Cassação francesa foi proferida no caso *Norsolor vs Pabalk*. Tratava-se de contrato de representação comercial entre a antecessora da empresa francesa Norsolor com a empresa turca Pabalk, que continha cláusula de solução de controvérsia perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI). A empresa francesa denunciou o contrato e a empresa turca deu início à arbitragem perante a CCI, que fixou Viena como sede de arbitragem²¹².

Em 26 de outubro de 1979, o Tribunal Arbitral condenou Norsolor a pagar indenização a Pabalk pela rescisão do contrato. Na medida em que as partes não haviam

²¹¹ “Article 1.502. L’appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l’exécution n’est ouvert que dans les cas suivants: (1) Si l’arbitre a statué sans convention d’arbitrage ou sur convention nulle ou expirée; (2) Si le tribunal a été irrégulièrement composé ou l’arbitre unique irrégulièrement désigné; (3) Si l’arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée; (4) Lorsque le principe de la contradiction n’a pas été respecté; (5) Si la reconnaissance ou l’exécution sont contraires à l’ordre public international”.

²¹² Société Pabalk Ticaret Limited Sirketi vs Société Anonyme Norsolor, Cour de Cassation, 1^a Chambre Civile, jugement de 09.10.1984, in JDI – Journal du Droit International, 1985, v. 3, pp. 679-683.

escolhido lei aplicável, os árbitros fundamentaram sua decisão ante o caráter internacional do contrato, na *lex mercatoria* internacional, que tem como um dos princípios basilares a boa fé. Proposta a anulação da sentença arbitral pela Norsolor, o Tribunal de Apelação de Viena, reformando decisão do Tribunal de Comércio de Viena de 29 de junho de 1981²¹³, anulou parcialmente a sentença arbitral em 29 de janeiro de 1982, sob o argumento de que o Tribunal Arbitral teria extrapolado sua missão.

Diante da anulação, a Corte de Apelação de Paris negou homologação à sentença arbitral com base no art. V.1(e) da Convenção de Nova Iorque. Tal decisão, contudo, foi revista pela Corte de Cassação francesa, com base no art. VII.1 da Convenção de Nova Iorque, sob o argumento de que não se pode recusar a homologação a uma sentença arbitral estrangeira quando a parte pode se valer do direito nacional mais favorável (o direito francês) para o reconhecimento do laudo arbitral.

Outros precedentes seguiram o caso Norsolor. No emblemático caso Hilmarton, a sentença arbitral foi proferida na Suíça. No procedimento arbitral administrado pela CCI, a empresa inglesa Hilmarton pedia a condenação da empresa francesa OTV no pagamento de comissão contratual que lhe seria devida pela assessoria prestada em concorrência pública na Argélia. O pedido foi rejeitado pelo árbitro único que entendeu que a contratação, por violar a lei argelina, era contrária à moral. O contrato foi declarado nulo.

A empresa Hilmarton interpôs recurso perante o Judiciário suíço e obteve a anulação da sentença pela Corte de Justiça do Cantão de Genebra, em 17 de novembro de 1989, sob o fundamento de que a violação da lei estrangeira não contrariava a ordem pública suíça. O Tribunal Federal suíço manteve a anulação.

Paralelamente, na França, em 27 de fevereiro de 1990, a pedido da empresa OTV, a primeira sentença arbitral anulada foi homologada pelo Presidente de Grande Instância de Paris, cuja decisão foi confirmada pela Corte de Apelação de Paris, em 19 de dezembro de 1991. A Corte de Apelação de Paris, em uma articulação do art. VII.1 da Convenção de Nova Iorque, com o art. 1.502 do Código de Processo Civil, manteve o reconhecimento da primeira sentença arbitral. A empresa Hilmarton recorreu dessa decisão à Corte de Cassação de Paris.

²¹³ O Tribunal do Comércio de Viena entendeu que não havia base para a anulação do laudo, já que a utilização do princípio da boa-fé não se constitui em julgamento por equidade.

Em 10 de abril de 1992, nova sentença arbitral foi proferida na Suíça, desta vez condenando a OTV. Em 25 de fevereiro de 1993 esta nova sentença foi homologada pelo Presidente do *Tribunal de Grande Instance de Nanterre*.

Em 23 de março de 1994, a Corte de Cassação de Paris confirmou o reconhecimento da primeira sentença anulada²¹⁴, destacando a aplicação do art. VII.1 da Convenção de Nova Iorque. Confirmou-se, ainda, que a sentença proferida na Suíça era uma sentença internacional que não estava integrada na ordem jurídica daquele Estado (teoria francesa da deslocalização)²¹⁵.

A situação ficou bastante complicada quando, em 29 de junho de 1995, a Corte de Apelação de Versalhes confirmou não só a decisão do Tribunal Federal suíço, que aprovou a anulação da primeira sentença arbitral, como também a homologação da segunda sentença arbitral. Diante desses eventos, co-existiram na França duas sentenças arbitrais absolutamente incompatíveis. A Corte de Cassação de Paris resolveu a questão em 10 de junho de 1997, afirmando, com base na autoridade da coisa julgada, que apenas a primeira sentença arbitral (a sentença anulada) era reconhecida naquele país.

No caso Chromalloy, também emblemático, o “princípio da máxima eficácia” novamente foi aplicado e a sentença arbitral anulada foi homologada. A empresa Chromalloy, no final da década de 80, firmou contrato com o Estado egípcio para fornecimento de peças, manutenção e conserto de helicópteros pertencentes a sua Força Aérea. Diante do término unilateral do contrato pelo Egito, a empresa americana iniciou o procedimento arbitral. Condenado pela sentença arbitral proferida em 24 de agosto de 1994, o Estado egípcio recorreu à Corte de Apelação com sede no Cairo, que anulou a sentença arbitral sob o fundamento de que a sentença pode ser anulada se não houver aplicado ao mérito a lei escolhida pelas partes.

Paralelamente, a empresa Chromalloy buscou a homologação da decisão nos Estados Unidos e depois na França. A Corte de Apelação de Paris, em 14 de janeiro de 1997, foi favorável à homologação destacando a aplicabilidade do art. VII da Convenção de Nova Iorque e a possibilidade da parte requerente se valer de normas mais favoráveis previstas no direito interno do Estado requerido. A Corte também precisou que a sentença

²¹⁴ 1ª Câmara Civil, Corte de Cassação, 23 de março de 1994, Pourvoi n°. 92-15137.

²¹⁵ “[...] la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n’était pas intégrée dans l’ordre juridique de cet Etat, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n’était pas contraire à l’ordre public international”.

proferida no Egito era uma sentença internacional que, por definição, não está integrada na ordem jurídica do Estado onde proferida²¹⁶.

Pela análise de tais casos, percebe-se que em que pese o art. V.1 (e) da Convenção estabelecer como uma das hipóteses de não reconhecimento da sentença arbitral estrangeira o fato dela ter sido anulada no país em que foi proferida, o art. VII.1 da Convenção tem servido de fundamento para a homologação de sentenças estrangeiras anuladas no país em que foram proferidas.

Na medida em que a Convenção de Nova Iorque não regulamentou as causas de anulação no país da sede ou no país cuja lei foi adotada, permitindo que qualquer motivo fosse suficiente para a anulação de uma sentença arbitral, os tribunais franceses encontraram uma solução na própria Convenção de Nova Iorque a fim permitir o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral anulada.

Ao homologar sentenças arbitrais estrangeiras anuladas nos países em que foram proferidas com base no art. VII.1 da Convenção de Nova Iorque, sob o argumento de que não se pode recusar a homologação a uma sentença arbitral estrangeira quando a parte pode se valer do direito nacional mais favorável para o reconhecimento da decisão, os tribunais franceses então buscando dar maior efetividade às sentenças arbitrais.

A jurisprudência francesa tem grandes méritos por suas inovações e pela busca da efetividade da arbitragem, e se sustenta porque as disposições internas sobre reconhecimento de uma sentença estrangeira são efetivamente mais brandas do que as da Convenção de Nova Iorque, mas precisa ser analisada com cuidado e olhar bastante crítico, pois pode colocar em risco a credibilidade da arbitragem internacional.

Apesar de neutralizar protecionismos locais não condizentes com a prática internacional, a teoria francesa da deslocalização pode ter efeitos negativos bastante sérios, como, por exemplo, permitir decisões contraditórias ou permitir a ida a diversos países para se tentar a execução de uma sentença arbitral anulada. Não se pode, portanto, negar a insegurança e o desconforto causados pela existência de duas decisões arbitrais potencialmente contraditórias.

Do ponto de vista de coordenação do sistema mundial, parece inaceitável que um determinado país execute uma sentença arbitral enquanto outro país homologa sentença

²¹⁶ Corte de Apelação de Paris, 14 de janeiro de 1997, *République arabe d’Egypte vs Société Chromalloy Aeroservices*.

diametralmente oposta. Além disso, a busca da homologação de uma sentença anulada parece ferir o princípio da lealdade processual, uma vez que é certamente desleal o comportamento de uma parte que busca a homologação de uma sentença que lhe é favorável, após a sua anulação na sede da arbitragem. Esse tipo de conduta não é desejável e certamente coloca em risco a credibilidade da arbitragem.

Diante desse cenário, entende-se que caso se pretenda adotar a teoria francesa da deslocalização, com a total desvinculação da arbitragem com sua sede, deverão ser alteradas e harmonizadas as regras de controle da sentença arbitral²¹⁷. Repartindo-se a competência para o controle entre os tribunais da sede e aqueles do reconhecimento, se instaurará enorme insegurança jurídica e se multiplicarão as situações esdrúxulas como as que presenciadas no Brasil.

A palavra de ordem é *coordenação*. É preciso buscar a coordenação e a harmonização do sistema internacional de controle da sentença arbitral a fim de garantir a credibilidade, a efetividade e a evolução da arbitragem internacional. Enquanto isso não acontece, entende-se que uma vez anulada a sentença arbitral no país de origem, salvo em caso de abuso manifesto, bastará a produção de tal prova para que seja denegado seu reconhecimento.

3.2.3 Hipóteses de recusa descritas no art. V (2) da Convenção

O art. V (2) da Convenção de Nova Iorque estabelece as hipóteses de recusa ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, passíveis de conhecimento de ofício pelo juiz, em cujas situações o Estado reputa a imposição de limites à liberdade de contratar inerente à arbitragem. Em relação a este artigo Gonçalves salienta que

é difícil a tarefa de guardar equilíbrio entre os sistemas de expansão e segurança da Arbitragem Internacional como solução de conflitos num mundo globalizado e a garantia do atendimento a determinados princípios e valores fundamentais em cada um dos países contratantes²¹⁸.

²¹⁷ A ponderação do Professor Bruno Oppetit, consoante a esse movimento, é no sentido de que um regime exclusivamente internacional seja elaborado, ou, então, que seja estabelecida uma verdadeira coordenação dos direitos nacionais. Conclui, afirmando que desta forma “*l’arbitrage y gagnerait em simplicité et en coherence*”. (SPYRIDES, Katherine. Homologação na França de Sentenças Arbitrais Estrangeiras Anuladas – Corte de Cassação Francesa. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: IOB, n. 15, 2007, p. 213).

²¹⁸ GONÇALVES, Eduardo Damião. Comentários ao art. V (2) (A) (B) da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 275.

3.2.3.1 Art. V (2) (a) – Objeto não passível de solução por arbitragem

O art. V (2) (a) da Convenção de Nova Iorque estabelece que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que, segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem²¹⁹.

Trata-se da arbitrabilidade objetiva (*ratione materiae*), em que o Estado se reserva o monopólio de jurisdição, mesmo que seja possível a solução da controvérsia por meio de arbitragem segundo as normas eleitas pelas partes. Ainda que o procedimento arbitral seja regido por regras estrangeiras e a sentença arbitral seja proferida em outro país, a submissão de uma controvérsia ao procedimento arbitral depende dos conceitos fundamentais que levam o Estado a reservar para os seus tribunais estatais o monopólio no julgamento de questões sensíveis à sua ordem²²⁰.

Cada Estado é livre e soberano para determinar as matérias que são de competência exclusiva do Poder Judiciário e que, portanto, não podem ser resolvidas por arbitragem. No entanto, a arbitrabilidade das controvérsias, sobretudo nos casos que envolvem mais de um ordenamento jurídico, é questão espinhosa, já que impõe limites à autonomia da vontade das partes.

O direito interno de cada país é responsável por delimitar o campo material em que a arbitragem pode ser usada para resolver controvérsias e o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira poderá ser negado caso se verifique, *ex officio*, que a matéria objeto do litígio não poderá ser resolvida por arbitragem, de acordo com o país em que se tenciona o reconhecimento.

Deve-se, contudo, aplicar o art. V (2) (a) da CNI de forma bastante restrita, limitando-se, inclusive, o controle judicial da sentença arbitral estrangeira com o

²¹⁹ “Art. V (2) (a) permits a court to refuse enforcement of an award on its own motion if the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under its law. This ground can be deemed superfluous as the question of the non-arbitrable subject matter is generally regarded as forming part of the general concept of public policy set forth in Art. V (2)(b). The non-arbitrability of a subject matter reflects a special national interest in judicial, rather than arbitrable resolution of a dispute. Although the non-arbitrable subject matters differ from country to country, the question of a non-arbitrable subject matter is raised in a relatively small number of cases under the Convention”. (VAN DEN BERG, Albert Jan. **New York Convention of 1958** – Consolidated Commentary – Cases Reported in Volumes XXII (1997) – XXVII (2002). Yearbook Comm. Arb’n XXVIII (2003).

²²⁰ GONÇALVES, Eduardo Damião. Comentários ao art. V (2) (A) (B) da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282.

estabelecimento da diferença entre arbitrabilidade em arbitragens domésticas e internacionais. Fouchard, Gaillard e Goldman aduzem que

*using that approach, the United States federal courts, in particular, have recognized the arbitrability in international arbitrations of disputes relating to securities transactions and antitrust law, despite the fact that those subjects have been held to be non-arbitrable under domestic law*²²¹.

[usando essa abordagem, os Tribunais Federais dos Estados Unidos, em particular, têm reconhecido a arbitrabilidade em arbitragens internacionais de litígios relativos a transações de valores mobiliários e direito antitruste, apesar desses assuntos não serem arbitráveis no direito interno. Tradução livre].

Nesse sentido, vale citar a decisão da Suprema Corte Americana, no caso *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, em que restou decidido que embora as disputas envolvendo transações de valores mobiliários não possam ser resolvidas por arbitragem se o contrato for doméstico, tais questões poderão ser resolvidas por arbitragem se o contrato for internacional. De modo semelhante, no caso *Soler v. Mitsubishi*, a Suprema Corte decidiu que embora questões envolvendo matéria antitruste não possam tradicionalmente ser resolvidas por arbitragem, poderão ser assim resolvidas no contexto internacional²²².

A tendência moderna é que cada vez mais um número menor de disputas esteja reservado à jurisdição exclusiva dos tribunais estatais e o conceito de arbitrabilidade tem expandido consideravelmente como consequência da política de favorecimento da arbitragem. Nessa linha, poucos são os casos noticiados em que se recusou a homologação de uma sentença arbitral estrangeira com base no disposto no art. V (2) (a) da Convenção de Nova Iorque.

Um exemplo paradigmático de recusa do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira por inarbitrabilidade objetiva é o caso *Audi-NSU vs. S.A. Adelin Petit*, julgado pela Corte de Cassação da Bélgica, em 1979²²³.

O caso envolvia a resolução de contrato de distribuição por prazo indeterminado que continha cláusula de exclusividade. A lei belga, de caráter protetivo, garante, em tais

²²¹ FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 995.

²²² VAN DEN BERG, Albert Jan. **New York Convention of 1958** – Consolidated Commentary – Cases Reported in Volumes XXII (1997) – XXVII (2002). Yearbook Comm. Arb'n XXVIII (2003).

²²³ Belgium no. 2. Audi-NSU Auto Union A. G. v. S. A. Adelin Petit & Cie, Cour De Cassation (1st Chamber), 28 June 1979 in Pieter Sanders (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1980 - Volume V, Volume V (Kluwer Law International 1980), pp. 257-259.

casos, direito de compensação ao distribuidor e confere às cortes belgas a competência para determinar o valor da compensação. O tribunal belga afastou a aplicação da lei eleita pelas partes por fraude na escolha da lei e denegou a homologação da sentença arbitral estrangeira sob o fundamento de que a solução do litígio era de competência exclusiva das cortes belgas.

Há também uma decisão proferida pela Corte Federal (*Arbitrazh*) do Distrito de Moscou, em que se entendeu que uma sentença arbitral eslovaca não era homologável porque fora proferida após a empresa requerida ter sido declarada falida por uma corte federal *arbitrazh*. De acordo com as leis de falência da Federação Russa, as cortes federais *arbitrazh* têm jurisdição exclusiva para a determinação dos valores e da natureza dos créditos devidos pela empresa falida. A corte federal fundamentou sua decisão no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, ao entender que a arbitralidade pode ser considerada parte da ordem pública²²⁴.

No Brasil, o critério de arbitrabilidade objetiva é a patrimonialidade e disponibilidade do direito objeto de controvérsia (art. 1º da LBA). O objeto da controvérsia deverá ser disponível²²⁵ e suscetível de apreciação pecuniária. Se a questão não puder ser submetida à arbitragem no Brasil, a sentença arbitral estrangeira não poderá ser homologada.

Na SEC 802 (STJ)²²⁶ é suscitada a questão da arbitrabilidade objetiva. Trata-se de sentença em que se discutiu o inadimplemento contratual de empresas envolvidas na execução de levantamento batimétrico do leito de parte dos rios Madeira e Amazonas com vistas a dar maior segurança à navegação fluvial. O pedido de homologação foi contestado sob a alegação de existência de direitos indisponíveis da União que teriam sido desprezados na sentença arbitral, não cabendo, portanto, renúncia à Justiça brasileira. A requerente, em sua réplica, sustentou que a sentença arbitral não versou sobre direitos da União, mas sim sobre direitos disponíveis de duas empresas comerciais, cujo contrato

²²⁴ Russian Federation No. 15, AO Slovenska Konsolidachna, A.S. (Slovakia) v. KB SR Yakimanka (Russian Federation), Federal Arbitrazh Court, Moscow District, KG-A40/9998-04, 1 November 2004 in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2008 - Volume XXXIII, Kluwer Law International, 2008, pp. 654-657.

²²⁵ “Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado em sua infringência”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38).

²²⁶ STJ, SEC n. 802, Rel. Min. José Delgado, Corte Especial, DJ de 19.09.2005.

previa a solução por meio de uma arbitragem. Não houve, contudo, uma análise do STJ acerca da disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos que foram objeto da arbitragem.

Ainda com relação à hipótese de recusa prevista no art. V (2) (a) da Convenção de Nova Iorque, importante destacar que muitos autores entendem que a questão da arbitrabilidade está inserida no conceito de ordem pública²²⁷ e que, por tal razão, o art. V (2) (a) da Convenção seria supérfluo²²⁸. Independentemente de tal entendimento, na medida em que a Convenção de Nova Iorque trata as questões separadamente, por razões históricas²²⁹, também se optou por tratar os temas isoladamente.

Na medida em que o art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque que prevê a ofensa à ordem pública como causa de recusa ao reconhecimento e/ou execução da sentença arbitral estrangeira é o tema central deste estudo, analisa-se a seguir o tema da ordem pública para, no próximo capítulo, tratar-se detalhadamente de tal hipótese de recusa.

3.3 ORDEM PÚBLICA E ARBITRAGEM

No âmbito das relações de Direito Privado vigora o princípio da autonomia da vontade, que garante às partes o poder de manifestar a própria vontade, estabelecendo o conteúdo e a disciplina das relações jurídicas de que participam. A autonomia da vontade consiste na base fundamental da liberdade de contratar.

²²⁷ Para Eduardo Damião Gonçalves ambas são limitações à autonomia da vontade das partes, seja quanto ao objeto da convenção, seja pelas consequências decorrentes de limitações do direito aplicável à solução da controvérsia cuja decisão pretende se ver reconhecida. (GONÇALVES, Eduardo Damião. Comentários ao art. V (2) (A) (B) da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 278-279).

²²⁸ “It is generally accepted that arbitrability forms part of the general concept of public policy and that therefore Article V(2) (a) can be deemed superfluous”. (VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Convention of 1958**. Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: Kluwer Law International, 1981, p. 360).

²²⁹ “The reason why Article V (2) (a) nevertheless figures as a separate ground for refusal of enforcement is historical. It was a distinct ground in the Geneva Convention of 1927, the ICC Draft Convention of 1953, and the ECOSOC Draft Convention of 1955. Despite an isolated objection of the French delegate that its retention could induce a court “to give international application to rules which were of exclusively domestic validity” and that public policy alone would be sufficient, the Conference kept the question of non-arbitrability subject matters as a separate ground without discussion. The concern expressed by French delegate has turned out to be unwarranted since, as demonstrated in the preceding Section, for the question of arbitrability also, the courts generally use the distinction between domestic and international public policy. The mention of the non-arbitrable subject matter as a separate ground for refusal of enforcement therefore has not had undesirable consequences in practice”. (VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Convention of 1958**. Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: Kluwer Law International, 1981, pp. 368-369).

Theodoro Júnior, citando a lição de Henri de Page, afirma que se deve compreender por autonomia da vontade “o poder reconhecido às vontades particulares de regular, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas convenções”²³⁰.

Pontes de Miranda ensina que o princípio da liberdade contratual consiste no poder “de livremente assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e o princípio da autonomia da vontade, o da escolha, ao líbito, das cláusulas contratuais”, ressaltando que tais princípios sempre sofreram limitações, pela natureza cogente de certas regras²³¹.

Por mais que se anuncie o princípio da autonomia da vontade na essencialidade dos contratos internacionais do comércio, sempre estarão presentes restrições impostas pelos ordenamentos jurídicos nacionais, com base em diversos elementos componentes dos direitos fundamentais de cada país, denominadas “reservas de ordem pública”. Isto quer dizer que a vontade pode determinar o surgimento e o conteúdo do contrato, mas não pode contrariar a ordem pública e os bons costumes²³².

Na arbitragem, a autonomia da vontade tem papel de destaque, já que se trata de jurisdição privada, de origem contratual, onde as partes têm liberdade de escolher os julgadores, o direito aplicável à solução do litígio, assim como a forma de instituição e condução do procedimento arbitral.

A arbitragem tem por premissa a autonomia da vontade, mas ela se desenvolve dentro dos limites postos pela lei e, muitas vezes, ela depende do Estado para sua plena eficácia, seja na instância de controle da validade da sentença arbitral, seja no processo executivo, ou ainda quando do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira.

²³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 14.

²³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, tomo III, pp. 63-64.

²³² “A autonomia da vontade no Direito Internacional Privado implica em autorização para criar para as partes do contrato novas formas e modelos contratuais, cláusulas e modalidades de cumprimento, pagamentos e garantia, assim como a possibilidade de escolha do órgão jurisdicional competente para dirimir eventuais litígios decorrentes do mesmo, e do procedimento para seu curso. No entanto, essa liberdade de ação conferida às partes contratantes não é ilimitada, uma vez que não pode afastar a aplicabilidade das chamadas normas de ordem pública vigentes nos países com os quais o contrato internacional esteja relacionado, ou seja, aquelas jurisdições nas quais referido contrato internacional produzirá seus efeitos”. (FINKELSTEIN, Cláudio. Decisão arbitral estrangeira e a exceção de ofensa à ordem pública. *Direito internacional em expansão*. **Arraes Editores em Revista**. Set./2012 Disponível em: <http://www.direitointernacional.org/arquivos/20120913062735_arquivo.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

Na arbitragem comercial internacional a ordem pública assume papel relevante e serve de limite à ampla liberdade dos contratantes. A ordem pública está no centro de preocupação das partes e dos árbitros interessados na composição do litígio e na eficácia plena da sentença arbitral.

Nas palavras de Almeida, mesmo que os árbitros internacionais não tenham “foro”, ainda que a arbitragem internacional seja independente de qualquer jurisdição nacional, ainda que às partes possa ser permitido guardar fidelidade apenas ao seu contrato ou a outras fontes jurígenas de origem não estatal ou supranacional, como os usos e costumes, os princípios gerais de direito e as regras internacionais do comércio, tornam-se inevitavelmente pertinentes considerações de ordem pública no tocante a pelo menos três ordens de problemas: arbitrabilidade, regras de direito aplicáveis à solução do litígio e controle judicial da sentença arbitral (anulação da sentença arbitral e reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira)²³³.

O objeto central deste estudo está na ordem pública no que toca ao reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, que será analisada detidamente mais adiante. De toda forma, tratar-se-á muito brevemente dos demais pontos, com algumas considerações que parecem importantes²³⁴.

3.3.1 Arbitrabilidade

Primeiramente, tratar-se-á da arbitrabilidade, tema de extrema importância e relevância para a arbitragem, que guarda certa proximidade com a ordem pública, uma vez que se apresenta como critério para se delimitar os litígios arbitráveis e os inarbitráveis.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a arbitrabilidade se refere, de um lado, à capacidade das partes de valer-se da arbitragem para dirimir conflitos (“arbitrabilidade subjetiva”) e, de outro lado, à possibilidade de a matéria em litígio ser suscetível de ser resolvida por arbitragem (“arbitrabilidade objetiva”).

²³³ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4.

²³⁴ Para aprofundamento do tema, indica-se a obra, bastante citada neste estudo, e que é fruto de sua brilhante dissertação de mestrado: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

No que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva, na medida em que a arbitragem decorre de um ajuste de natureza contratual, apenas as partes capazes de contratar podem valer-se da arbitragem para dirimir seus litígios. Já no que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, onde a divergência é maior, há matérias que podem ser resolvidas por arbitragem, enquanto que outras não.

A questão é bem mais complexa no que se refere à arbitrabilidade objetiva, uma vez que, sobretudo no âmbito da arbitragem internacional, a definição dos limites e do tratamento dado ao assunto varia bastante entre os ordenamentos jurídicos. Cada Estado decide quais matérias podem ou não ser resolvidas por arbitragem, em harmonia com sua própria ordem política, social e econômica. Alguns exemplos clássicos envolvem relações familiares, ações trabalhistas, falência e fatos puníveis criminalmente.

O rol das matérias que não podem ser resolvidas por arbitragem, contudo, tem diminuído ao longo do tempo, em virtude da ampla aceitação da arbitragem como forma de solução de conflitos. Ademais, muitas jurisdições reconhecem a distinção entre conflitos domésticos e aqueles de natureza internacional, concedendo um escopo da arbitrabilidade mais abrangente para estes últimos.

É bastante radical a opção legislativa de alguns sistemas jurídicos de excluir da arbitragem todos os litígios que digam respeito a matérias de interesse da ordem pública. Tal opção reduz drasticamente a adoção da arbitragem como método de resolução de conflitos, e não prospera em um ambiente global totalmente favorável ao desenvolvimento da arbitragem. Por essa razão, o legislador brasileiro preferiu adotar o critério da patrimonialidade e disponibilidade, limitando o papel desempenhado pela ordem pública em matéria de arbitrabilidade.

A Lei Brasileira de Arbitragem estabelece, em seu art. 1º, que podem ser resolvidos por arbitragem os “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Ao citar o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira, Santos afirma que o critério diferenciador entre direitos patrimoniais e direitos não patrimoniais é dado pela sua expressão econômica ou pecuniária. Diz que patrimoniais são os direitos que têm expressão econômica e que por isso integram o patrimônio da pessoa, e que os não patrimoniais são os direitos que não têm conteúdo econômico²³⁵.

²³⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Ordem pública e arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 395.

O mesmo autor assevera que apesar de os direitos patrimoniais serem em regra disponíveis, devido à sua qualidade de pecuniariedade, enquanto os direitos extrapatrimoniais são indisponíveis, nem todos os direitos patrimoniais são disponíveis, razão pela qual o legislador necessitou ser preciso na delimitação do objeto da arbitragem. Desse modo, pondera que os litígios relativos a direitos extrapatrimoniais ou sobre os quais a parte não tem disposição são de competência exclusiva da jurisdição estatal.

Apesar de o legislador brasileiro ter adotado o critério da patrimonialidade e disponibilidade em matéria de arbitrabilidade, parte da doutrina nacional coloca como requisito para que um litígio seja arbitrável que este não interesse à ordem pública. Entretanto, não há na Lei Brasileira de Arbitragem qualquer referência à ordem pública no contexto da arbitrabilidade, não se podendo deduzir a inarbitrabilidade de um litígio a partir da ordem pública, mesmo que a indisponibilidade de direitos normalmente seja determinada por uma regra ou princípio de ordem pública. Toda indisponibilidade decorre, direta ou indiretamente, da ordem pública, mas nem toda a matéria de interesse da ordem pública resulta na indisponibilidade dos direitos e inarbitrabilidade dos litígios²³⁶.

Na ordem internacional, por sua vez, a dúvida que se põe é saber qual a lei que regula a arbitrabilidade objetiva, uma vez que o art. II da Convenção de Nova Iorque é silente quanto à lei segundo a qual a arbitrabilidade deve ser determinada, deixando a cargo dos tribunais arbitrais ou estatais decidir sobre a questão²³⁷.

O favorecimento da arbitragem como modo de resolução de conflitos do comércio internacional implica que a arbitrabilidade seja apreciada com maior flexibilidade em contextos internacionais, em que estão presentes um ou mais elementos de estraneidade. Nestes contextos surge o problema do conflito de lei, sendo indispensável que se determine qual o direito aplicável para reger a situação jurídica, inclusive sob o ponto de vista da arbitrabilidade.

A questão é bastante polêmica. Alguns defendem que os tribunais arbitrais ou estatais podem escolher dentre diversas alternativas, incluindo-se a *lex fori* (os critérios nacionais de arbitrabilidade pertinentes à própria lei do foro); a lei da sede da arbitragem; a

²³⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 108.

²³⁷ O controle da arbitrabilidade pode ocorrer em momentos distintos: (i) antes do início da arbitragem, quando a parte vai ao Judiciário para buscar a tutela jurisdicional, mesmo diante de uma convenção arbitral; (ii) no início da arbitragem, perante o tribunal arbitral ou estatal; (iii) após o término da arbitragem, quando uma das partes busca anular a sentença ou durante o processo de reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral estrangeira.

lei que rege a convenção de arbitragem; a lei aplicável ao mérito do litígio; ou a lei do local onde a sentença arbitral será executada. Outros que se deve adotar o método conflitual, identificando-se o elemento de conexão relevante.

Tem-se, assim, uma multiplicidade de normas de Direito com base nas quais os tribunais arbitrais ou estatais podem determinar a arbitrabilidade da controvérsia, mas não há consenso sobre o critério mais adequado²³⁸.

Parece natural, portanto, que a arbitrabilidade do litígio seja uma condição de validade da convenção de arbitragem, que busca no direito de regência da convenção de arbitragem a resposta sobre a natureza arbitrável ou não de determinada controvérsia.

Cumpra observar, contudo, que recentemente a *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) publicou um guia sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque, no qual afirma que

a solução mais adequada e menos problemática é a aplicação da *lex fori*. É a mais adequada (isso se, ausente uma convenção de arbitragem, o tribunal estatal viesse a ter jurisdição) à luz da Convenção de Nova Iorque, uma vez que está em consonância com o art. V (2) (a), que prevê a aplicação de critérios de arbitrabilidade da *lex fori* em matéria de homologação de sentenças arbitrais. E é também a menos problemática, porque a aplicação de critérios estrangeiros de arbitrabilidade por tribunais domésticos é dificultada pelo fato de que esses critérios não estão necessariamente contidos em leis, mas são muitas vezes determinados pela jurisprudência, importando em extensa pesquisa a respeito de ordens jurídicas estrangeiras²³⁹.

Ainda em seu guia, a *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) sugere que

os critérios de arbitrabilidade devem ser interpretados observando-se a presunção de validade da Convenção de Arbitragem Internacional regulada pela Convenção de Nova Iorque. Assim, nem todas as exceções de não arbitrabilidade que seriam procedentes nos casos de arbitragem puramente doméstica poderão ser invocadas em relação a convenções de arbitragem internacional.

De todo modo, independentemente do critério a ser adotado para a determinação do direito aplicável à arbitrabilidade, parece recomendável que o árbitro verifique a questão

²³⁸ Sobre o assunto recomenda-se a leitura da tese de doutorado de Eduardo Damião Gonçalves sobre a *Arbitrabilidade objetiva*, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²³⁹ Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese_guide_composite_for_website_final.pdf>. Acesso em: 01 out. 2012.

sob todos os sistemas legais potencialmente envolvidos a fim de evitar o risco que pesará sobre as partes, caso a sentença arbitral tenha seu reconhecimento e/ou execução negados.

3.3.2 Regras de direito aplicáveis à solução do conflito

Passa-se agora à segunda ordem de problema apontada anteriormente, qual seja, as regras de direito aplicáveis à solução do conflito. No que diz respeito a esse ponto, é importante destacar inicialmente que a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual o conflito será resolvido é ponto fundamental da arbitragem.

O art. 2º da Lei Brasileira de Arbitragem, seguindo a maioria dos sistemas jurídicos vigentes, e buscando privilegiar a autonomia da vontade, que ainda é princípio controvertido no direito internacional privado brasileiro, estabelece que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade. Também, que as partes poderão escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, aí compreendidas as regras de forma e de fundo, desde que, contudo, não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. As partes ainda poderão convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio²⁴⁰.

Seguindo a tendência universal, percebe-se que o legislador brasileiro adotou expressamente a autonomia da vontade no campo da arbitragem comercial internacional, permitindo a escolha de partes de determinado ordenamento jurídico para a regência do litígio, assim como a opção pela equidade, pelos usos e costumes, pelas regras internacionais do comércio ou pelos princípios gerais do direito. Todavia, apesar de universalmente aceito o princípio da autonomia da vontade na escolha das regras de direito aplicáveis à solução do conflito, de acordo com a Lei Brasileira de Arbitragem, para ser reconhecida e produzir efeitos essa escolha deve conciliar com as exigências da ordem pública dos ordenamentos conectados com a causa²⁴¹.

²⁴⁰ Art. 2º: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

²⁴¹ “Note-se que não se encontra, na legislação comparada, preceito semelhante ao da lei brasileira, criando diretamente uma obrigação de respeito à ordem pública. Encontra-se regularmente a reserva de ordem pública, mas no contexto do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, ou do controle judicial da sentença arbitral nacional, não no tocante às regras de direito aplicáveis à solução do litígio pelo árbitro. A criação de uma obrigação positiva, direta para as partes e indireta para o árbitro, de respeito aos bons costumes e à ordem pública é, portanto, uma peculiaridade da Lei nº 9.307/96”. (ALMEIDA, Ricardo

Diferentemente da Lei de Introdução ao Código Civil, o legislador, no que se refere à arbitragem, prestigiou o princípio da autonomia da vontade. Enquanto o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que o lugar da constituição das obrigações deve regê-las, a Lei de Arbitragem, em sentido contrário, prestigia a autonomia da vontade e permite maior segurança nas contratações. As partes, desde logo, poderão apontar a lei material que será empregada para qualificar e reger as obrigações que assumirem, estando limitadas, apenas, pela ordem pública e pelos bons costumes²⁴². A liberdade outorgada às partes afastará a aplicação de lei que, muitas vezes, não tenha vínculo com o negócio firmado entre os contratantes, tornando mais razoável a solução de possíveis controvérsias.

Os bons costumes, que estão englobados na noção genérica de ordem pública que mais adiante se buscará conceituar, expressam a honestidade e o decoro que se espera das pessoas, bem como a dignidade e o recato social. Trata-se de princípios de conduta impostos pela moralidade média do povo²⁴³.

É inegável que a Lei de Arbitragem ampliou consideravelmente as possibilidades de escolha dos contratantes ao dar liberdade às partes de escolher as regras que pretendem ver aplicadas na hipótese de conflito, mas impôs freios ao dispor que as escolhas das partes não poderão violar os bons costumes e a ordem pública.

A ordem pública sempre será fator de resistência ao pleno exercício da autonomia da vontade das partes, não podendo ser conferidos poderes aos árbitros que contraponham o desenvolvimento do procedimento arbitral à ordem pública. Qualquer disposição que

Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 197-198).

²⁴² “Ao analisar se caberia ao árbitro ou ao juiz recusar a validade da escolha da lei aplicável diante de violação da ordem pública, Carlos Alberto Carmona entende que a competência deve ser tida como concorrente, de tal sorte que tanto o árbitro quanto o juiz togado podem e devem perquirir se a escolha das regras de direito que serão aplicadas à arbitragem violam ou não a ordem pública. Diz que o árbitro deve tomar sempre o cuidado de aferir se a escolha levada a efeito na convenção de arbitragem fere preceitos tidos como absolutamente inafastáveis no território onde a decisão deverá ser cumprida ou executada, mas que a decisão do árbitro não esgota a questão, pois o juiz togado também será instado a se manifestar sobre a ordem pública diante de uma sentença arbitral que lhe seja submetida para execução, ou antes, se for instado a colaborar com o árbitro na concretização de providência instrutória, executivas ou coativas em geral”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 70-71).

²⁴³ “Bons costumes são, em geral, os princípios de conduta impostos pela moralidade média do povo. É no meio social que se apuram tais princípios e não de acordo com certa religião ou filosofia. E tem-se em vista a moralidade média do povo, considerada indispensável para a manutenção da ordem social e para harmonia nas relações humanas. As leis concernentes aos bons costumes têm as mesmas características que as leis de ordem pública e seguem os mesmos princípios”. (BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Internacional Privado**. São Paulo: RT, 1977, v. I, p. 266).

confira ao árbitro poder que contrarie regra de ordem pública retira da decisão sua força executória.

Deve-se esclarecer, ainda, que mesmo que o julgamento seja por equidade ou se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio, ele não pode conflitar com a ordem pública.

3.3.3 Controle judicial da sentença arbitral

Passa-se agora à terceira ordem de problema, ou seja, o controle judicial da sentença arbitral, que é limitado pela lei e pela própria natureza da atividade arbitral.

Importante destacar, desde logo, que apesar de desejável e necessário, o controle da sentença arbitral estrangeira deve ser bastante moderado. Como bem aponta Dinamarco,

no sistema brasileiro as decisões arbitrais jamais se sujeitam ao controle jurisdicional estatal no que se refere à substância do julgamento, ou seja, ao *meritum causae* e possíveis *errores in judicando*; não comportam censura no tocante ao modo como apreciam fatos e provas, ou quanto à interpretação do direito material ou aos pormenores de sua motivação. A definitividade dos pronunciamentos dos árbitros é efeito do livre exercício da autonomia da vontade dos litigantes, manifestada quando optam por esse meio alternativo. Essa singela e óbvia constatação vale como reflexão destinada a advertir contra os exageros em provocar o controle judicial das sentenças arbitrais. A liberalização desse controle pelos juízes estatais, quando levada a patamares de abuso, seria um perigosíssimo fator de esvaziamento do instituto da arbitragem, pois comprometeria os fundamentos e objetivos deste [...]²⁴⁴.

O primeiro momento em que o controle da ordem pública se manifesta é no início do procedimento arbitral. Na medida em que a questão da arbitrabilidade afeta a jurisdição do tribunal arbitral, a possibilidade de o litígio ser resolvido por meio de arbitragem deverá ser analisada no início do procedimento.

A parte que pretender levantar questões relativas à competência do árbitro, bem como à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade em que se manifestar, na linha do disposto no art. 20 da LBA²⁴⁵. E

²⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coords.). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam** do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, pp. 330-331.

²⁴⁵ A Lei Brasileira de Arbitragem repete preceito da Lei-Modelo da UNCITRAL.

cabe ao árbitro, segundo o disposto no art. 8º, parágrafo único, da LBA, decidir de ofício ou por provocação das partes acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Sendo reconhecida a incompetência do tribunal arbitral ou a nulidade, a invalidade ou a ineficácia da convenção de arbitragem, será extinto o juízo arbitral e as partes são remetidas ao Judiciário.

O segundo momento em que o controle da ordem pública se manifesta ocorre depois de proferida a sentença arbitral, quando se busca a anulação da sentença arbitral.

O Poder Judiciário normalmente competente para conhecer a ação de anulação da sentença arbitral será o país da sede da arbitragem (para fins internacionais). O local da prolação da sentença arbitral será o local onde a arbitragem teve sua sede.

No Brasil, o art. 33 da LBA estabelece que a parte interessada pode pleitear a anulação da sentença arbitral nos casos previstos na referida Lei²⁴⁶.

Nota-se que embora o legislador tenha condicionado expressamente a validade das escolhas dos contratantes quanto à lei aplicável à arbitragem, ele não colocou a violação à ordem pública como uma das hipóteses de nulidade ou anulação da sentença arbitral, previstas no art. 32 da Lei Brasileira de Arbitragem. Apesar da omissão, entende-se que, violada a ordem pública, a sentença arbitral pode ser atacada, uma vez que o respeito à ordem pública é condição de validade da sentença arbitral²⁴⁷. Todavia, a ofensa à ordem pública só pode ser validamente invocada como fundamento de pretensão de anulação da

²⁴⁶ Art. 32: “É nula a sentença arbitral se: I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”. Art. 33: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

²⁴⁷ Nesse sentido: “[...] a ausência de expressa referência à ordem pública como fator de invalidação da sentença arbitral não impede que se retire de circulação decisão que ofenda valores importantes para a sociedade. [...] não teria cabimento que o legislador se preocupasse em repelir ataques à ordem pública vindos de laudos proferidos no exterior, mantendo aberto o flanco às sentenças arbitrais nacionais. A perplexidade aumentaria ainda mais num sistema como o nosso – ancorado com simplicidade no art. 34 da Lei de Arbitragem – onde basta que um laudo seja proferido no território brasileiro para que seja considerado nacional. Em outras palavras, se o legislador não levasse em consideração, como causa de anulação da sentença arbitral (nacional), a violação à ordem pública, todas as arbitragens certamente viriam dar em território nacional (todos os atos seriam praticados no exterior e apenas a sentença proferida no Brasil, o que tornaria a sentença arbitral – *ab absurdo* – imune a qualquer ataque por força de ofensa à ordem pública!). O argumento (*ad terrorem*, sem dúvida) serve para pôr à mostra a consequência de tentar evitar o reconhecimento do óbvio: o sistema arbitral brasileiro é coerente, de modo que tanto as sentenças arbitrais nacionais quanto as sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas à mesma condição geral de validade, qual seja, não atentar contra a ordem pública”. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 416).

sentença arbitral quando a violação for flagrante e concreta, e os juízes devem analisar com extremo cuidado e cautela eventual ação de anulação de sentença arbitral, tanto em arbitragens internas como nas internacionais.

E o terceiro momento em que o controle da ordem pública se manifesta é quando se está diante de uma sentença arbitral estrangeira, que é o objeto central deste estudo. Nesse caso, quando requerida a homologação, o STJ poderá denegá-la ao constatar que a decisão ofende a ordem pública nacional (art. 39 da LBA). Neste ponto a Lei Brasileira de Arbitragem está em consonância com o disposto na Convenção de Nova Iorque, que também estabelece a violação à ordem pública como uma das causas de recusa da homologação da sentença arbitral estrangeira.

Vale referir que a possibilidade de controle judicial da sentença foi explicitamente citada na jurisprudência americana, no famoso caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth*. A Suprema Corte justificou em parte sua decisão de confirmar a arbitralidade de matéria envolvendo o direito concorrencial pela possibilidade de revisão da sentença pelo juiz togado, diante do que se chama de *second look doctrine* (“doutrina do segundo olhar”)²⁴⁸. A Corte declarou que

tendo permitido a continuidade da arbitragem, as cortes nacionais dos Estados Unidos terão a oportunidade, na execução da sentença arbitral, de assegurar que os legítimos interesses no cumprimento da legislação concorrencial foram observados. A Convenção (de Nova York) reserva, a cada país signatário, o direito de recusar a execução de uma sentença arbitral se o “reconhecimento ou execução de uma sentença for contrário à ordem pública daquele país”.²⁴⁹

Apesar de ser instrumento de importância excepcional no controle das sentenças arbitrais, o conceito de ordem pública é ponto de enorme controvérsia na doutrina e de

²⁴⁸ A doutrina do *second look* é hoje considerada pouco aplicável, uma vez que os tribunais norte-americanos não a utilizaram mais após o caso *Mitsubishi*. Sobre o tema, vide: BARON, Patrick M.; LINIGER, Stefan. *A second look at arbitrability*. **Arbitration International**. London: London Court of International Arbitration (LCIA), 2003, v. 19, n. 1. p. 27-54. SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. A doutrina do segundo olhar (*second look doctrine*). In: FINKELSTEIN, Claudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). **Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 101-109. McCONNAUGHAY, Philip J. **The risks and virtues of lawlessness: a second look at international commercial arbitration**. *Northwestern University Law Review*, winter, 1999, v. 93, pp. 453-523.

²⁴⁹ “Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed. The Convention reserves to each signatory country the right to refuse enforcement of an award where the ‘recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country’”. (*MITSUBISHI MOTORS CORPORATION v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, United States Supreme Court, US No. 59, Not Indicated, 2 July 1985. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1986**. Kluwer Law International, 1986, v. XI, pp. 555-565).

grande indefinição na jurisprudência. Identificar o exato conteúdo da ordem pública interna e internacional de cada Estado é tarefa impossível²⁵⁰.

O conceito de ordem pública é fluído, pois varia no tempo e no espaço, conforme as mudanças culturais e valorativas de cada sociedade, em cada época²⁵¹. A noção de ordem pública não é estável e também não é idêntica de um país para outro, razão pela qual está no centro de preocupação das partes e dos árbitros, interessados na composição do litígio e na eficácia prática da sentença que vier a ser prolatada²⁵².

Diante do seu carácter extremamente subjetivo, cada jurisdição interpreta e adota um conceito de ordem pública, que pode resultar numa mesma sentença eficaz em determinado foro e ineficaz em outro. Diante da impossibilidade de se determinar de maneira exaustiva o conceito de ordem pública e por ser conceito fluído frente às alterações da sociedade, é bastante utilizado como subterfúgio pela parte que procura se subtrair do cumprimento de suas obrigações, dando margem a toda espécie de alegação infundada.

Tendo em vista o conteúdo subjetivo e volátil que cerca o conceito de ordem pública e a falta de homogeneização na sua aplicação, o que gera insegurança nas relações jurídicas internacionais, a seguir procura-se determinar sua noção, não para defini-la, mas com o fim de tentar limitar sua aplicação e alcance.

²⁵⁰ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996, p. 213.

²⁵¹ “Pode-se afirmar que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sociopolítico-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído. Mas não se encontra formulado o que vem a ser básico na filosofia, na política, na moral e na economia de um país. O aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir dentre o sistema jurídico de seu país o que seja fundamental, de ordem pública, não podendo ser desrespeitado pela vontade das partes ou pela aplicação de uma lei estrangeira, do que não seja essencial, podendo tolerar um pacto entre particulares, consagrando as suas vontades, ou admitir que se aplique uma lei estrangeira contendo norma jurídica diversa da constante no direito pátrio. A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em certa época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. Em nenhum aspecto do direito o fenômeno social é tão determinante como na avaliação do que fere e do que não fere a ordem pública. Compatível ou incompatível com o sistema jurídico de um povo – eis a grande questão medida pela ordem pública – para cuja aferição a Justiça deverá considerar o que vai na mente e no sentimento da sociedade”. (DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 394-395).

²⁵² ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.129-170.

3.4 CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA E SUA EXTENSÃO

No Direito Interno, a ordem pública funciona como limitadora da vontade das partes. Já no Direito Internacional Privado, a ordem pública impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças estrangeiras²⁵³. A ordem pública é o princípio mais importante do Direito Internacional Privado e desempenha um papel essencial na arbitragem comercial internacional, onde os interesses envolvidos são naturalmente ligados a mais de um ordenamento jurídico.

O conceito de ordem pública não é de simples definição, nem no plano interno e tampouco no Direito Internacional Privado²⁵⁴. Para Dolinger, “a principal característica da ordem pública é justamente a sua indefinição”. Segundo ele, “o princípio de ordem pública é de natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível”²⁵⁵.

De outra banda, Basso colocou muito bem a questão ao expressar que é

extremamente difícil conceituar ordem pública; grandes mestres como Irineu Strenger e Jacob Dolinger fizeram enorme esforço nesse sentido, em teses magistrais, e concluíram que o princípio de ordem pública deve ser entendido como o reflexo da filosofia sociopolítico-jurídica de toda legislação. É noção de foro íntimo do intérprete que em seu convencimento e decisão, no caso magistrados e árbitros, deve buscar a moral básica de uma nação. A noção de ordem pública deve atender sempre às necessidades econômicas de cada Estado, compreendendo os planos político, jurídico, econômico e moral de todo Estado constituído. Em outras palavras, a ordem pública emana de *mens populi*²⁵⁶.

²⁵³ “Se a definição da ordem pública é difícil e também desnecessária, e talvez difícil porque desnecessária, sendo daqueles fenômenos que melhor se compreendem com o sentimento do que com a razão, seus objetivos são claros. A ordem pública no direito interno visa manter o equilíbrio das forças que se debatem no processo social, e, se via de regra a autoridade administrativa não pode atentar contra as liberdades individuais, necessidades fundamentais da sociedade podem eventualmente suspender esta interdição, se as partes contratantes são livres para exercer soberanamente suas vontades, novamente as necessidades sociais têm a força de cercear esta autonomia. Da mesma forma no Direito internacional privado a ordem pública visa evitar a aplicação de leis estrangeiras, conforme o comando das múltiplas regras de conexão, cause traumatismo na sociedade nacional. O limite do universalismo imanente a toda ciência jurídica internacional reside no ponto em que a aplicação da lei estrangeira venha a chocar filosófica, sociológica, econômica, jurídica ou politicamente o foro processualmente competente para dirimir o conflito de interesses ou a declaração de direitos”. (DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional privado**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, p. XIII).

²⁵⁴ “Os estudiosos se dividem entre os que tentaram definir a ordem pública e os que quiseram demonstrar a impossibilidade de fazê-lo”. (DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional privado**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, p. 12).

²⁵⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

²⁵⁶ “Daí que é possível chegar a algumas constatações práticas que podem ser úteis à análise dos casos concretos: i) em nenhum diploma legal encontrar-se-á formulado o que venha ser “ordem pública”, isto é, o básico e fundamental na filosofia, na política, na moral e na economia de um país; ii) a ordem pública se

Ao que Dolinger complementa:

o princípio de ordem pública é o reflexo da filosofia sociopolítico-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, moral e econômico de todo Estado constituído²⁵⁷.

Em sua tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Dolinger afirmou que o

princípio da ordem pública é conceitual, filosófico, moral, indefinível, elástico, relativo, alterável, volúvel, sempre na dependência do conceito, da opinião, do sentimento, da sensibilidade média de um grupo social em determinada época que vai encontrar sua expressão clássica na sentença judicial²⁵⁸.

Aponta-se como ideia precursora da noção de ordem pública a distinção entre os *estatutos odiosos* e *estatutos favoráveis*, formulada por Bártolo. Os estatutos odiosos não poderiam ter aplicação fora das cidades onde haviam sido promulgados, enquanto que os estatutos favoráveis tinham efeitos extraterritoriais. Na terminologia moderna, portanto, os estatutos odiosos seriam contrários à ordem pública²⁵⁹.

Modernamente, há divergências na doutrina sobre quem teria introduzido o princípio da ordem pública no direito internacional privado. Para os norte-americanos teria sido Joseph Story, quando publicou os seus *Comentários sobre conflitos de leis*, em Boston, em 1834. Já para os europeus teria sido Savigny, em sua primeira edição do *Sistema de direito romano atual*, em 1849.

De acordo com os estudos de Batalha, Joseph Story foi um dos primeiros a formular o conceito de ordem pública baseado nos juristas anglo-americanos do século 19, os quais formularam a doutrina de que em cada unidade política existe uma *public policy*,

afere pela mentalidade e sensibilidade médias de determinada sociedade em certa época; iii) o intérprete e aplicador da lei não dispõem de uma bússola para distinguir, dentro do sistema jurídico de seu país, o que seja fundamental – de ordem pública; iv) deve ser rejeitado pelo tribunais o que vier do direito estrangeiro que seja chocante à mentalidade e sensibilidade médias de uma sociedade, em determinada época”. (BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 262).

²⁵⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

²⁵⁸ DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional privado**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, pp. 10-11.

²⁵⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Internacional Privado**. São Paulo: RT, 1977, v. I, p. 257.

cujas normas fundamentais não podem ser contrariadas por qualquer lei estrangeira. Mas foi com Savigny que a doutrina colocou o problema em foco.

Segundo Batalha, Savigny fazia alusão às *leis* “de natureza positiva rigorosamente obrigatórias”, e explicava não ser suficiente a distinção entre leis absolutas e leis supletivas. Segundo ele, algumas leis absolutas podem ser aplicadas fora dos limites do Estado que as elaborou, algumas são elaboradas apenas com o objetivo de garantir as pessoas titulares de direitos, e outras têm, ao contrário, seu objetivo e seu fim fora do domínio do direito concebido abstratamente, de maneira que não são unicamente feitas no interesse das pessoas titulares dos direitos. De acordo com o citado autor, as leis dessa classe podem ter por base um motivo moral e podem ser ditadas por um motivo de interesse geral, quer revistam elas um caráter político, de polícia ou de economia política. Tais leis, no seu entender, são de natureza excepcional e, em relação a sua aplicação, cada Estado deve ser considerado como absolutamente isolado²⁶⁰.

Independentemente de quem tenha introduzido o princípio da ordem pública, o fato é que ele é um dos “mais fortes pilares de sustentação do direito internacional privado”²⁶¹.

Diante das reconhecidas dificuldades em se definir a ordem pública, os autores usam conceitos vagos e indeterminados para defini-la. De todo modo, no texto que segue são apresentados alguns desses conceitos, os quais auxiliarão na compreensão do tema²⁶².

Segundo Strenger, a ordem pública pode ser definida como o “conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto”²⁶³.

De tal conceito depreende-se que a ordem pública pode vir expressa na rede legislativa, resultando em comando imperativo, bem como incorporada à cadeia de princípios norteadores da conduta ética e moral de uma sociedade.

Ainda de acordo com Strenger,

²⁶⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Internacional Privado**. São Paulo: RT, 1977, p. 258.

²⁶¹ BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 262.

²⁶² “*The English House of Lords in 1853 described public policy as ‘that principle of law which holds that no subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public, or against public good’. Cheshire and North refer to ‘some moral, social or economic principle so sacrosanct [...] as to require its maintenance at all costs and without exception’.*” (SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards. **Arbitration international**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248).

²⁶³ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996, p. 215.

quando a ordem pública plasma em normas, estamos perante a dimensão positiva do mecanismo, cuja operatividade se traduz na aplicação direta aos pressupostos internacionais, daqueles preceitos da *lex fori* que incorporam em si a definição desses valores essenciais. Estamos ante as chamadas normas de ordem pública de aplicação imediata ou necessária, ou normas imperativas.

Strenger prossegue afirmando que:

no caso dos princípios, a operatividade da ordem pública é distinta. Com efeito, neles se encarna o esquema de valores que impregna, de um lado, a regulamentação dada a determinada instituição jurídica e, de outro, o conjunto das bases axiológicas que aparecem resguardadas em dado sistema²⁶⁴.

De acordo com o renomado professor, a ordem pública atua como filtro em duas direções. De um lado, ela protege a homogeneidade das instituições do foro diante do jogo das regras estrangeiras reclamadas pelo próprio sistema conflitual, ou diante da eficácia dos atos outorgados ou das decisões ditadas em países estrangeiros. De outro lado, a ordem pública defende essa mesma homogeneidade sociojurídica perante o tráfico internacional *lato sensu*.

Quando a ordem pública vem incorporada à cadeia de princípios norteadores da conduta ética e moral de uma sociedade, a tarefa do julgador é evidentemente mais árdua, já que não positivado o princípio, torna subjetiva a sua identificação e interpretação²⁶⁵. Nessa linha, Carmona assevera “que quando tais regras são positivadas, torna-se relativamente simples identificá-las, o que não ocorre com os princípios, mais implícitos que explícitos, e que vão sendo paulatinamente detectados pela doutrina e pela jurisprudência”²⁶⁶.

Como muito bem apontado por Costa e Pimenta, seria inútil buscar um rol desses princípios, pois, citando Pontes de Miranda,

²⁶⁴ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996, pp. 215-216.

²⁶⁵ “[...] Torna-se então relativamente simples identificar o que seja matéria de ordem pública quando se está, de alguma forma, codificada. Porém, não tão simples é a tarefa de identificar os princípios de ordem pública não positivados”. (COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. *Ordem Pública na Lei n. 9.307/96*. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem** – a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, 1999, p. 375).

²⁶⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69.

o recurso à taxatividade seria ilusório [...]. Ao assunto repugna taxaço – é da natureza da ordem pública a própria intervenção elidente, esporádica [...] é impossível saber, permanentemente, quais os casos de ordem pública. Isto porque a ordem pública significa o inconsciente coletivo do que é “justo” em determinado momento e local.

Os princípios de ordem pública não podem ser elencados e, para encontrá-los deve-se analisar caso a caso, em cada local e momento, atentando-se sempre para pontos norteadores na localização de tais princípios. Deve-se, ainda, buscar na legislação positiva, assim como na jurisprudência, os pressupostos básicos a serem protegidos que, se violados, possibilitarão a intervenção da ordem pública²⁶⁷.

Nesse mesmo rumo Dolinger aponta com clareza que o

aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir dentro do sistema jurídico de seu país o que é fundamental, de ordem pública, não podendo ser desrespeitada a vontade das partes ou a aplicação de uma lei estrangeira, podendo tolerar um pacto entre particulares, consagrando as suas vontades, ou admitir que se aplique uma lei estrangeira contendo norma jurídica diversa da constante no direito pátrio.

Ainda nas palavras do renomado professor, a ordem pública

se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. Em nenhum aspecto do direito o fenômeno social é tão determinante como na avaliação do que fere e do que não fere a ordem pública²⁶⁸.

Voltando ao conceito de Strenger quanto à referência a esquema de valores básicos cuja tutela atende de forma especial cada sistema jurídico em seu próprio âmbito, o referido autor pondera que tal elemento leva a considerar a excepcionalidade que deve revestir o jogo da ordem pública em uma tripla dimensão:

a) a que se refere ao caráter absolutamente essencial que reveste a manifestação axiológica de tais princípios ou normas, para que se possa ativar este mecanismo de defesa da *lex fori*; b) a que atende a vertente de sua operatividade, reduzindo-se esta aos pressupostos nos quais se produza choque frontal entre os valores definidos pela *lex fori* e a lei

²⁶⁷ COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei n. 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem** – a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 375.

²⁶⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

estrangeira; c) a que aponta a concreção de seus efeitos nos aspectos efetivamente afetados por tal oposição²⁶⁹.

E por último, ainda dentro do conceito anteriormente apresentado, o esquema de valores que expressa a noção de ordem pública deve ser apresentado em relação com determinado momento histórico. Para Strenger esse elemento traduz-se em sua atualidade, que deve ser entendida como fator de concreção temporal da operatividade da ordem pública. Segundo ele, “os valores que podem excepcionar o jogo normal do sistema de Direito Internacional Privado são aqueles que têm plena vigência no momento em que o intérprete jurídico atende à regulamentação do pressuposto internacional em análise”. Resume afirmando que

a ordem pública constitui mecanismo técnico que tem finalidade corretiva e caráter excepcional. Com seu jogo, pretende-se manter a homogeneidade das respostas jurídicas obtidas através da aplicação de um único sistema – o da *lex fori* – ao mesmo tempo que defende as condições essenciais básicas de ordenação do concreto meio jurídico em que o sistema se aplica²⁷⁰.

Já Dolinger pondera que visto que o conceito de ordem pública emana da *mens populi*, “compreende-se que seja relativo, instável, variando no tempo e no espaço”. Para ele, assim como “a ordem pública não é idêntica de um país para outro, de uma região para outra, também não é estável, alterando-se ao sabor da evolução dos fenômenos sociais dentro de cada região”.

Ainda de acordo como renomado professor,

a instabilidade do que possa ofender a ordem pública obriga o aplicador da lei a atentar para o estado da situação à época em que vai julgar a questão, sem considerar a mentalidade prevalente à época da ocorrência do fato ou ato jurídico. Assim, só se negará aplicação de uma lei estrangeira se esta for ofensiva à ordem pública do foro à época em que se vai decidir a questão, sem indagar qual teria sido a reação da ordem pública do foro à época em que se deu o ato jurídico ou a ocorrência *sub judice*²⁷¹.

Nas palavras de Basso, tem-se que a ordem pública é um

²⁶⁹ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996, p. 216.

²⁷⁰ Id., *ibid.*, p. 217.

²⁷¹ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 397-398.

conjunto de regras e princípios de caráter imperativo do ordenamento jurídico de determinado Estado que tem como fundamento a proteção de estruturas constitucionais e das relações privadas, cujos efeitos vinculantes devem ser observados pelo juiz nacional no momento da aplicação ou denegação da aplicação do direito estrangeiro e não podem ser afastados pelas partes, no exercício da autonomia da vontade. A ordem pública, portanto, é “própria de cada foro, de cada sistema jurídico”, alterando-se conforme a evolução dos fenômenos sociais e adaptando-se às circunstâncias e exigências de cada época²⁷².

Na opinião de Carmona, a ordem pública trata-se de um

conjunto de regras e princípios, muitas vezes fugidos ou nebulosos, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça de moral de determinada sociedade em determinada época²⁷³.

Enquanto isso, Wald afirma que “a ordem pública é o conjunto de normas essenciais à convivência nacional”²⁷⁴.

Pelos conceitos supracitados, depreende-se que a ordem pública, que varia no tempo e no espaço, consubstancia valores filosóficos, sociais, políticos, éticos, morais e econômicos, essenciais de convivência de uma nação, extraídos do momento sociopolítico vividos por seus cidadãos e que caracteriza o estado de legalidade corrente²⁷⁵.

Destaca-se que apesar do conceito de ordem pública ser necessariamente referido a um ordenamento jurídico determinado, é natural que haja convergências entre diversos ordenamentos que compartilham tradições jurídicas comuns²⁷⁶.

²⁷² BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 269.

²⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69.

²⁷⁴ WALD, Arnoldo. Jurisprudência comentada: STJ, Corte Especial, SEC nº 802, Min. José Delgado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, out/dez. 2005, nº 7, p. 201.

²⁷⁵ “A public policy provision can be found in almost every international convention or treaty relating to these matters. Its function is basically to be the guardian of the “fundamental moral convictions or policies of the forum. The reason why the concept of public policy is so difficult to grasp is that the degree of fundamentality of moral conviction or policy is conceived differently for every case in the various States”. (VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Convention of 1958**. Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: Kluwer Law International, 1981, p. 382).

²⁷⁶ “O Direito interno dos Estados, com o processo de internacionalização, tende a adquirir características de uniformidade ainda maior, desenvolvendo-se inclusive consenso quanto aos dogmas que se espalham pelos vários universes jurídicos. O Direito nacional, cada vez mais influenciado pelo que ocorre no plano internacional, vai se amoldando a ele”. (MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** – Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 993).

Como bem apontado por Almeida,

[na] arbitragem comercial internacional, tais convergências são valorizadas, com o escopo de restringir o campo de possíveis alegações de ofensa à ordem pública, sendo consideradas não só normais, mas até mesmo desejáveis, por estarem a serviço da eficácia e circulação das sentenças arbitrais no âmbito internacional (isto é, a disseminação de seu reconhecimento e execução), propósito esses notoriamente consentâneos com o regime jurídico da arbitragem comercial internacional em escala mundial²⁷⁷.

No Brasil, a regra da ordem pública no plano do Direito Internacional Privado está contida no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, que exclui a aplicação de leis estrangeiras, bem como de atos e sentenças estrangeiras, sempre que estes ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes: “as leis, atos e sentenças, de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Nesse sentido destaca Valladão:

denega-se no Brasil, efeito ao direito estrangeiro que choca concepções básicas de foro, que estabelece normas absolutamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política que ali orientam a respectiva legislação. É uma noção fluída relativíssima, que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência a cada caso²⁷⁸.

Importante destacar, por fim, que para fins de homologação da sentença arbitral estrangeira, que é o objeto central deste estudo, não se deve confundir o conceito de ordem pública e as normas de aplicação imediata, também conhecidas por normas cogentes, normas imperativas, leis de ordem pública ou *lois de police*²⁷⁹. Tal distinção é essencial

²⁷⁷ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 27.

²⁷⁸ VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, v. I, p. 503.

²⁷⁹ Dolinger entende que as leis não são de ordem pública. De acordo com o renomado professor, a ordem pública não é um fator imanente à ordem jurídica. Esta pode ser imperativa ou proibitiva, ter caráter obrigatório, *ius cogens*, mas a característica é exógena. A ordem pública terá constituído, no entendimento da hermenêutica, a *mens legis*, entendimento que pode perfeitamente alterar-se com a mudança das condições sociais. A ordem pública é utilizada pelo julgador na aplicação da norma, mas permanece sempre como um fenômeno externo, não embutido na própria norma. Esta poderá ter sido protegida e reforçada pela ordem pública ontem, e não hoje, podendo ocorrer também o contrário. A norma sobrevive apesar dessas alterações. (DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979. p. 40).

para permitir uma interpretação mais flexível dos requisitos para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e, ao mesmo tempo, não submeter as partes a particularidades do ordenamento interno do país receptor.

A diferença entre elas foi bastante discutida pela doutrina francesa. Araújo explica que para os franceses,

a ordem pública é considerada uma exceção quando, após a determinação da lei aplicável pela regra de conexão, deixa-se de aplicá-la para solucionar a questão, porque contrária à concepção do foro a esse respeito. Já as consideradas como de aplicação imediata (*lois de police*) são aquelas cujo conjunto é considerado como de domínio de regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país. Dispensa a mediação normal da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço²⁸⁰.

Por sua vez, Almeida define as normas de aplicação imediata como normas positivas materiais de intensa carga valorativa e que definem por si mesmas, independentemente do recurso a um sistema de conflito de leis, o seu âmbito espacial de aplicação. Segundo ele, tais normas têm a “vontade” de aplicar-se a qualquer relação jurídico-material que se enquadre em suas condicionantes espaciais, independentemente do jogo de conflito de leis. O autor nota que as normas de aplicação imediata sobrepõem as regras de conflito, dispensando sua intervenção, e que seu funcionamento é fundamentalmente distinto da atuação do princípio de ordem pública, pois este teria a precípua função negativa de afastar a lei normalmente aplicável, indicada pela regra de conflito, sempre que o resultado a que conduziria a aplicação de tal lei se mostrasse intolerável diante das concepções fundamentais do ordenamento jurídico do foro²⁸¹.

Sobre a distinção, Wald afirma que embora para fins didáticos, em direito privado se costumasse identificar as normas imperativas com as de ordem pública, ou ao menos considerar que as primeiras interessam à ordem pública, o mesmo não acontece em direito internacional. O renomado professor destaca que

enquanto a norma imperativa é toda norma que não é supletiva ou dispositiva, ou seja, aquela que não pode ser afastada pela vontade das partes, a de ordem pública está vinculada aos valores fundamentais da

²⁸⁰ ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado**. Teoria e prática brasileira. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.107-109.

²⁸¹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 52-55.

sociedade. Assim, numerosas normas imperativas não são de ordem pública. Seria o caso de uma norma de trânsito ou até de lei que dispõe sobre horários de bancos. Ao contrário, as regras que regem as instituições fundamentais da sociedade são de ordem pública²⁸².

Nessa linha, o Comitê de Arbitragem Comercial Internacional, em Relatório publicado em 2003, ponderou que os tribunais de muitos países concluíram que nem todas suas leis imperativas são relevantes quando se analisa se uma sentença estrangeira será ou não reconhecida, uma vez que toda regra de ordem pública é imperativa, mas nem toda regra imperativa é de ordem pública²⁸³.

Desse modo, para fins de homologação da sentença arbitral estrangeira, a ordem pública não deve ser confundida com as normas imperativas. Uma decisão estrangeira pode eventualmente violar regra imperativa e, ainda assim, não infringir a ordem pública, razão pela qual Fouchard, Gaillard e Goldman afirmam que “*not every breach of a mandatory rule of the host country could justify refusing recognition or enforcement of a foreign award*”²⁸⁴. [“nem todas as violações de uma regra obrigatória do país anfitrião poderiam justificar a recusa de reconhecimento ou de execução de uma sentença arbitral estrangeira”. Tradução livre].

Já Sheppard, no relatório citado anteriormente, destacou que “*we would submit that it is only in those situations where the dispositive aspect of the award requires the doing of some act which is unequivocally prohibited in the forum State that recognition/enforcement should be refused*”²⁸⁵. [“diríamos que é apenas nas situações em que o aspecto dispositivo da sentença requer a execução de algum ato que é inequivocamente proibido no Estado que o reconhecimento e execução deverão ser recusados”. Tradução livre].

Ao considerar, no entanto, que uma sentença estrangeira pode eventualmente violar regra imperativa e, ainda assim, não infringir a ordem pública, parece relevante a

²⁸² WALD, Arnaldo. Jurisprudência comentada: STJ, Corte Especial, SEC nº 802, Min. José Delgado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, out/dez. 2005, n. 7, p. 206.

²⁸³ “[...] the courts of many countries have concluded that not all of their respective prohibitive or proscriptive laws are relevant when considering whether or not to enforce a foreign award. Put most simply: every public policy rule is mandatory, but not every mandatory rule forms part of public policy”. (SHEPPARD, Audley. Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248).

²⁸⁴ FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 996.

²⁸⁵ SHEPPARD, Audley. Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248.

classificação da ordem pública em ordem pública interna e ordem pública internacional, tal como se verá detalhadamente adiante, já que a violação de regra imperativa que não faça parte da ordem pública internacional não deve barrar o reconhecimento e a execução da sentença estrangeira. Nem toda norma imperativa de direito interno deve ser levada em consideração para se aferir se a sentença estrangeira contraria ou não a ordem pública brasileira, na medida em que o conceito de ordem pública internacional é bem mais restrito que o conceito de ordem pública interna, como se verá a seguir²⁸⁶.

Antes, contudo, deve-se mencionar que em seu artigo sobre a arbitragem e a decisão por equidade, Lemes ressalta que o direito suíço distingue as regras de ordem pública das regras simplesmente imperativas. Afirmar que as regras de ordem pública são um conjunto de regras que protegem o interesse geral, isto é, um interesse fundamental da sociedade, enquanto que as regras simplesmente imperativas são as que protegem interesses privados²⁸⁷.

Como coautora da Lei Brasileira de Arbitragem, Lemes lembra que para Racine esta solução é conhecida no direito francês, que distingue a “ordem pública de proteção” (editada em razão do interesse das partes) e “ordem pública de direção” (editada em razão do interesse público) e que, tanto na França como na Suíça, o árbitro que julga como “*amiable compositeur*” deve sempre respeitar as regras de ordem pública que protegem os interesses gerais²⁸⁸. E conclui que as regras simplesmente imperativas na terminologia

²⁸⁶ Segundo o Relatório da ILA, o professor Mayer não entende dessa forma: “[...] *Professor Mayer contends that the common observation that international public policy is narrower than internal public policy (because the former focuses only on the most fundamental norms) has no relevance for the applicability of lois de police. This is because lois de police, by their nature, are necessarily applicable, regardless of how ‘international’ the arbitration may be. In addition, the body of international public policy rules can in fact be wider, not narrower, than domestic public policy, because there is a number of lois de police that apply only to international relationships (e.g. rules relating to foreign investment)*”. (SHEPPARD, Audley. Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248).

²⁸⁷ LEMES, Selma. A arbitragem e a decisão por equidade no Direito brasileiro e comparado. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 219.

²⁸⁸ “*Le droit suisse distingue donc les règles simplement imperatives, celles qui ne protègent qu’un intérêt privé, et les règles d’ordre public, celles qui protègent l’intérêt general. Seules les seconds lient l’arbitre amiable compositeur. Une telle solution rejoint la distinction connue en droit français entre ordre public de protection et ordre public de direction. Tant en Suisse qu’en France, l’arbitre amiable compositeurs doit toujours respecter les règles d’ordre public protégeant l’intérêt general. El peut, en revanche, écarter les règles imperatives selon la terminologie Suisse et les règles d’ordre public de protection en droit français, dans la mesure où les droits de la personne protégée ont été acquis. Les solutions héritées du droit suisse et du droit français ne sont donc pas très éloignées l’une de l’autre*”. (RACINE, Jean-Baptiste. **L’arbitrage commercial international et l’ordre public**. Paris: LGDJ, 1999, p. 253).

Suíça equivaleriam às normas de proteção francesa e que estas poderiam ser afastadas pelos árbitros²⁸⁹.

Usando o mesmo raciocínio no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, que é o objeto deste estudo, pode-se ousar dizendo que somente eventual violação da ordem pública de direção (que protege o interesse público) não poderia ser afastada quando do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira. Entretanto, eventual violação da ordem pública de proteção, que engloba disposições de proteção as quais os protegidos eventualmente optam por renunciar, pode ser relevada, desde que a sentença não contrarie os grandes princípios e os valores e direitos considerados fundamentais.

3.5 OS PLANOS DE ATUAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

3.5.1 A ordem pública interna e ordem pública internacional

A doutrina costuma assinalar que o conceito de ordem pública pode ser compreendido em dois níveis: o primeiro, mais amplo, consiste na ordem pública interna; o segundo, mais estreito, se refere à ordem pública internacional. Ambos os níveis são provenientes de um mesmo ordenamento jurídico estatal. A diferença entre eles consiste nos efeitos com relação à sua incidência. No plano interno a ordem pública está relacionada a valores fundamentais, às leis cogentes ou imperativas, que não podem ser

²⁸⁹ Sobre o tema, vale trazer a lição de Eros Grau, ao tratar da distinção que os franceses estabelecem entre ordem pública econômica de direção e ordem pública econômica de proteção: “Farjat (*Droit Privé de l'Économie*, PUF, Paris, 1975, pp. 306-309) observa que a primeira tende a estabelecer uma certa organização da economia nacional, enquanto que a segunda tem por fim proteger, em certos contratos, a parte economicamente mais fraca. Daí, também, a distinção entre uma ordem pública superior e uma ordem pública inferior. A ordem pública econômica de direção, mais próxima da ordem pública clássica, dela se distingue por não ser exclusivamente negativa, como no liberalismo, mas também positiva; seu conteúdo é extremamente móvel. A ordem pública econômica de proteção, por outro lado, engloba disposições (de proteção) das quais podem eventualmente renunciar os protegidos, embora somente após a sua efetiva aquisição. A propósito, as considerações de Jacques Ghestin (Traité de Droit Civil – *Les obligations – Le contrat*. Paris: LGDJ, 1980, pp. 90-91): “*Ce qui justifie cet effort de qualification, malgré sa difficulté, c’est la nécessité d’y avoir recours afin d’essayer de systématiser le régime des règles qui constituent l’ordre public économique. Les règles que se rattachent à la protection de certaines catégories de personnes ne peuvent, en effet, être soumises au même régime que celles d’ordre public de direction. Tout d’abord, si une règle impérative vise à protéger l’une des parties contre l’autre, il semble difficile d’ouvrir à cette dernière l’action en annulation. On a vu également que l’ordre public de protection constituait un minimum auquel les contrats pouvaient toujours déroger à la condition que ce soit en faveur de la partie protégée. Un tel principe est évidemment inapplicable à l’ordre public de direction, que vise à imposer une politique économique et sociale. Enfin il est logique de permettre à la personne protégée de renoncer au bénéfice des droits qu’elle a ainsi obtenus, une fois du moins que la protection n’est plus nécessaire. Une telle renonciation ne se conçoit guère pour l’ordre public de direction*”. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55).

derrogados pela vontade das partes. Já no plano internacional, a ordem pública impede a aplicação da lei estrangeira ou o reconhecimento de sentenças estrangeiras, quando atentatórias à ordem jurídica, moral ou econômica do foro.

Almeida lembra que a distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional surgiu na doutrina internacionalista a partir dos anos 1860²⁹⁰, com maior desenvolvimento na França, onde se sustentou que a ordem pública interna aplicar-se-ia exclusivamente às relações jurídicas de direito interno e teria como propósito essencial controlar a licitude de cláusulas contratuais pactuadas entre pessoas privadas, no exercício de sua autonomia jurígena, com efeitos na ordem jurídica interna. A ordem pública internacional, por sua vez, diria respeito às relações jurídicas multiconectadas, que contassem com um elemento de estraneidade, visando a impedir que fossem aplicadas pelo juiz francês normas jurídicas estrangeiras, indicadas como aplicáveis pelas regras de conexão do foro, incompatíveis com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico francês²⁹¹. A ordem pública interna projetaria seus efeitos exclusivamente sobre as relações jurídicas internas, enquanto que a ordem pública internacional sobre as relações jurídicas internacionais²⁹².

De acordo com o referido autor, tal doutrina teve ampla projeção, embora tivesse sido combatida logo após seu lançamento pela escola que sustentava a inexistência de uma diferença de substância entre a ordem pública interna e a internacional, mas apenas uma

²⁹⁰ A distinção foi sugerida por Paolo Esperson, na Itália, e por Charles Brocher, na França.

²⁹¹ “Em primeiro lugar cumpre desfazer o equívoco da absoluta maioria dos autores ao atribuírem a iniciativa desta distinção a Charles Brocher. Charles Knapp (*La Notion de L'Ordre Public dans les Conflits de Lois*, p. 33) informa que Paolo Esperson foi o precursor desta colocação, ao chegar à conclusão que a ordem pública é diferente nas regras do Direito Civil e do Direito Internacional Privado. A distinção de Brocher, que se tornou tão famosa, é encontrada em seu clássico *Cours de Droit International Privé suivant les principes consacrés par le droit positif français* (1882) e já anteriormente em trabalho publicado em 1872, na *Revue de Droit International ET de Legislation Comparée*, sob o título de *Théorie Du Droit International Privé*. Acontece que Esperson alude à distinção, não somente em seu artigo *Le Droit International prive dans la législation italienne*, no *Clunet*, de 1880, a páginas 254 e seguintes, como já a ela se referira em seu livro *Il principio de nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*” (Pavie, 1868). Portanto, com antecipação de quatro anos a Brocher, Esperson foi o precursor da ideia da existência de duas regras de ordem pública, baseando sua teoria no art. 12 das Disposições Preliminares do Código Civil Italiano, de 1865, que será transcrito no capítulo dedicado ao Direito Positivo. O dispositivo, segundo o jurista italiano, compreende duas regras, sendo uma de direito civil e a outra de direito internacional privado, eis que não se fala apenas de leis, atos e sentenças de um país estrangeiro, mas também de “disposições e convenções particulares” (DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, pp. 26-27).

²⁹² ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 140-141.

distinção de aplicação²⁹³. A ordem pública internacional se reservaria à negativa de aplicação do direito estrangeiro ou de reconhecimento de decisões estrangeiras, somente quando a incompatibilidade com os preceitos do ordenamento jurídico do foro fosse mais acentuada, “dizendo respeito à integridade desse mesmo ordenamento e à coerência com seus princípios fundamentais”²⁹⁴.

Parte dos doutrinadores brasileiros adotou a distinção de Charles Brocher entre ordem pública interna e ordem pública internacional, valendo citar Clóvis Beviláqua, Haroldo Valladão²⁹⁵, Irineu Strenger e Eduardo Espínola²⁹⁶. Outros rejeitaram a distinção, como Oscar Tenório²⁹⁷, Gama e Silva e Wilson de Souza Campos Batalha²⁹⁸.

²⁹³ “Com Antoine Pillet a dicotomia passa a ser criticada, demonstrando este autor, que pontificou nos séculos XIX e XX, que só há uma ordem pública em cada país, a ordem pública que tem por finalidade, em última análise, proteger a segurança, a conservação do Estado e que tem seus efeitos refletidos no campo do direito interno e no das relações privadas internacionais. [...] Henri Batiffol manteve aceso o combate à noção de duas ordens públicas, sustentando que a ordem pública é uma, com duas aplicações diferentes, cabendo, tão-somente, distinguir entre a incidência da ordem pública no campo do direito interno e no campo do Direito Internacional Privado”. (DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 404).

²⁹⁴ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 141.

²⁹⁵ “Haroldo Valladão [...] defende a distinção de Brocher: havia, realmente, necessidade de qualificar a ordem pública no DIP para diferenciá-la da ordem pública no direito interno em geral. E foi o que fez Brocher ao chamar não perfeitamente, de ordem pública externa ou internacional, mas vingou no DIP em geral, opondo-se à aplicação da lei estrangeira, funcionando nas relações internacionais. Diz Valladão (id., ibid, nota 10) que preferiria denominá-la ordem pública de DIP ao invés de ordem pública internacional”. (DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, p. 36).

²⁹⁶ “Se é ainda fluida a definição de ordem pública, porquanto seu conteúdo é variável com o tempo e sua implementação acaba recaindo no Judiciário, controvérsia maior gera a discussão em torno da distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional. Na doutrina clássica [...] acolhida por Valladão, a ordem pública interna restringe a liberdade individual, enquanto a internacional limita a eficácia extraterritorial de leis estrangeiras. Contempla-as o Código de Bustamante e a elas se refere o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil. Não obstante, parte da doutrina mais moderna não admite a existência da ordem pública internacional por não considerar possível a coexistência entre ambas. Há quem sustente, por outro lado, que “a ordem pública é uma só instituição, com aplicabilidade diferente no direito interno e no direito internacional” (Costa e Pimenta, “Ordem pública na Lei n. 9.307/96”, nesta obra). A afirmação da unicidade da ordem pública implica a aceitação de que o seu conteúdo é basicamente sempre o mesmo: conjunto de regras e princípios que representam valores de justiça e moral destinados a assegurar a unidade das instituições do Estado e seu relacionamento com os demais Estados (idem). Na ordem interna, a ordem pública limita a autonomia da vontade das partes; na ordem internacional impede que leis e decisões estrangeiras gerem no território brasileiro efeito contrário à ordem pública interna”. (SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Ordem pública e arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 393).

²⁹⁷ “Oscar Tenório (*Lei de introdução ao Código Civil brasileiro*, p. 452) acompanha o entendimento de Thomas H. Healy, em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia (*Théorie générale de l'ordre public*, in *Recueil des Cours*, tomo 9, 1925) de que a distinção entre leis de ordem pública interna e leis de ordem pública internacional é “destituída de maior utilidade”. (DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, p. 36).

²⁹⁸ “Bartin (I, p. 269) e Pillet (p. 372 e 395) combateram essa enganosa terminologia. Seguiram-nos na crítica Hans Lewald (*Récueil des Cours*, tomo 69, 1939, III, p. 122), Savatier (p. 235), Batiffol (p. 424) e Roberto

Nesse rumo, Castro assevera que Brocher percebeu e não soube articular que a ordem pública pode ser ameaçada por atividade desenvolvida exclusivamente na jurisdição indígena, por leis, atos e sentenças de outro país, bem como por declarações de vontade feitas no estrangeiro. Destaca que

a ordem pública, entretanto, considerada em si mesma, é una e indivisível; mas como pode ser agredida de dois modos, por ataques provenientes de situações diversas, é sempre defendida por duas formas. A terminologia empregada por Brocher deu lugar a supor-se haver duas espécies de ordem pública, quando isto é inconcebível. Diferença se encontra nos meios de defesa da ordem pública, não nesta em si mesma, que não pode deixar de ser uma só, sempre original, impar e indivisível, porque todas as manifestações sociais que a compõem se influenciam reciprocamente [...]²⁹⁹.

Já Carmona aduz que a ordem pública interna “diz respeito às normas e princípios que não podem ser afastados pela vontade das partes, impondo barreiras limitadoras à atividade individual de contratar”, e a ordem pública internacional “vincula-se aos atos praticados no exterior com repercussão nacional”. Segundo o renomado professor,

a ordem pública interna denota a possibilidade de derrogação, pela vontade privada, de normas materiais, enquanto que a ordem pública internacional funciona como verdadeiro filtro de leis, sentenças (arbitrais ou estatais) e atos em geral que devam ter eficácia no território nacional, impedindo tal eficácia quando ameaçados relevantes valores de justiça e de moral³⁰⁰.

Ago (p. 202). É claro, diz Bartin, que, se a disposição de ordem pública internacional é a disposição de Direito interno que o juiz empresta a sua própria legislação para substituí-la à disposição de Direito interno de uma lei estrangeira que as regras normais de conflito de sua própria legislação determinam seja aplicada, a única expressão correta que possa designar tão estranho fenômeno é a expressão de disposições de ordem pública nacional, expressão que corresponde a essas disposições nacionais de ordem pública, excepcionalmente aplicáveis, em dado país, a litígios de caráter internacional. Não existem, pondera Pillet, leis de ordem pública internacional que devam ser opostas à ordem pública nacional; ao se denominar leis de ordem pública internacional aquelas de que se cogita, está se fazendo alusão à propriedade que elas possuem de obrigar os estrangeiros como os nacionais, mas se for considerada a sua natureza será necessário admitir que cada Estado não é, em seu território, senão guardião de sua própria ordem pública, que é, portanto, a ordem pública nacional que impõe suas exigências aos estrangeiros. Daí a razão por que Hans Lewald assinala que não há em Direito internacional privado, nada mais nacional que precisamente a ordem pública dita internacional. A distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional, ressalta Ago, não só importa uma terminologia assaz infeliz, mas resulta completamente inútil quando se tenha presente a verdadeira natureza da ordem pública; pois que, entre as normas imperativas, às quais a autonomia das partes não pode derrogar, e um limite que tenda a vedar o acesso no ordenamento interno a normas que lhe perturbariam a harmonia, não existem nem mesmo relações conceituais que justifiquem a necessidade lógica de uma distinção. Tal distinção resulta, como adverte Ballardore Pallieri (p. 116), de uma confusão entre dois pontos de vista: o do Direito civil e o do Direito internacional privado”. (BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito internacional privado**. São Paulo: RT, 1977, v. I, pp. 266-269).

²⁹⁹ CASTRO, Amílcar. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 276-277.

³⁰⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 69-70.

No entendimento de Basso, a ordem pública interna regula as relações jurídicas no plano interno, no âmbito do direito privado e do direito público, e corresponde aos princípios que condicionam e neutralizam a vontade das partes contrárias às leis internas cogentes obrigatórias. Já a ordem pública internacional

existe no plano do direito internacional privado e impede e condiciona: (i) a aplicação do direito estrangeiro; (ii) o reconhecimento de atos praticados, das declarações de vontade de fatos ocorridos no exterior; e (iii) a execução de sentenças proferidas por tribunais estrangeiros³⁰¹.

Para Costa e Pimenta, entretanto, “a ordem pública interna significa aquelas normas e princípios que não podem ser afastados pela vontade das partes”. São, citando Rodrigues, “barreiras limitadoras da liberdade individual em matéria de contrato”. Segundo eles, a ordem pública interna incide sobre situações da vida privada que, por serem relevantes ao todo social, não estão sujeitas ao total arbítrio das partes. A ordem pública internacional, por sua vez, incide sobre leis, sentenças estrangeiras e atos praticados no exterior que busquem eficácia no território nacional. Assim, em se tratando de lei estrangeira apontada como a competente para regular determinada situação, o tribunal nacional indagará se tal lei fere concepções fundamentais do foro (ou seja, sua ordem pública), deixando de aplicar tal lei se a resposta resultar positiva. Já em relação aos atos e sentenças praticados no exterior, que busquem eficácia no território nacional, se verificado que estes ferem concepções básicas da lei do foro, seu reconhecimento será negado³⁰².

O argentino Naón também faz a distinção entre ordem pública interna e internacional. Para ele, a ordem pública interna

conciene la imperatividade del derecho sustantivo del foro o del derecho sustantivo foráneo designado por la norma de conflicto de un foro nacional determinado. Está normalmente contenido en normas y principios sustantivos o materiales que no son renunciabiles por las partes o que, de poder ser renunciados, no lo han sido. La norma de conflicto atribuye la regulación normativa de la relación jurídica que motiva la controversia a un ordenamiento nacional determinado, incluidos sus normas y principios imperativos o de orden público interno.

³⁰¹ BASSO, Maristela. **Curso de Direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 267.

³⁰² COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei n. 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem** – a nova lei brasileira (9.307/96) e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 377.

[imperatividade diz respeito ao direito material do foro ou direito material estrangeiro designado pela norma de conflito de um fórum nacional particular. Está normalmente contido em normas e princípios substantivos ou materiais que não são renunciáveis pelas partes ou que podem ser dispensados, mas não foram. A norma de conflito atribui a regulação normativa da relação jurídica que motiva a controvérsia a um ordenamento nacional determinado, incluindo suas normas e princípios imperativos ou de ordem pública interna. Tradução livre].

A ordem pública internacional, por sua vez, para Naón, é aquela que

*encarna valores de la comunidad local de naturaleza tal que su sacrificio, si se tolerara la aplicación de derecho extranjero, importaría conmovir al menos algunos de los fundamentos mismos en torno a los cuales dicha comunidad se encuentra edificada. Las partes no pueden ignorar el orden público internacional o los principios esenciales que esas comunidades estén dispuestas a defender, cuya aplicación les será impuesta aun contra su voluntad*³⁰³.

[encarna os valores da comunidade local de tal natureza que seu sacrifício, se tolerada a aplicação do direito estrangeiro, importaria passar pelo menos alguns dos fundamentos em torno dos quais a comunidade se constrói. As partes não podem ignorar a ordem pública internacional ou os princípios essenciais que estas comunidades estejam dispostas a defender, cuja aplicação será imposta ainda que contra sua vontade. Tradução livre].

Almeida, por sua vez, explica com bastante clareza que se admitindo a distinção, a ordem pública interna e a ordem pública internacional seriam graficamente representadas por dois círculos concêntricos: “o círculo maior, exterior, seria o da ordem pública interna, ao passo que o círculo menor, contido no maior, seria o da ordem pública internacional. Tratar-se-ia, essa última, para usar uma expressão da doutrina belga, do ‘núcleo duro’ da ordem pública”³⁰⁴.

Enquanto isso, Strenger cita o estudo de Sanders, segundo o qual é possível cada vez mais observar o aumento da distinção entre ordem pública doméstica ou interna e ordem pública internacional. Esta última, porém, é menos restritiva que a primeira. Ordem pública internacional, de acordo com a doutrina geralmente aceita, está confinada à violação de concepções realmente fundamentais da ordem legal do país concernente. Para

³⁰³ NAÓN, Horacio A. Grigera. *Orden público y arbitraje*. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1998, pp. 80-83.

³⁰⁴ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132.

o fim da arbitragem comercial internacional, a distinção entre ordem pública doméstica e internacional é de grande importância³⁰⁵.

Na lição de Van Den Berg, grande estudioso da Convenção de Nova Iorque, a distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional é baseada na premissa de que o que pertence à ordem pública em casos internos não necessariamente deve ser considerado como pertencente à ordem pública em casos internacionais. Nesse sentido, o campo da ordem pública em casos internacionais pode ser mais estreito do que em casos internos.

De acordo com o renomado professor, a distinção é justificada pelos diferentes propósitos das relações domésticas e internacionais. Ele pondera, inclusive, que a distinção vem ganhando crescente aceitação pelos Tribunais, que a têm aplicado nas questões envolvendo arbitrabilidade e outros casos de ordem pública. Com relação à questão da arbitrabilidade, Van Den Berg traz como exemplo os casos *Scherk v. Alberto-Culver Co.* e *Soler v. Mitsubishi*, já citados neste estudo. E, como exemplo da aplicação da distinção em outros casos de ordem pública, traz a sentença sem fundamentação.

Van Den Berg ainda expressa que a aplicação da distinção entre ordem pública interna e internacional também pode ser vista como consequência da regra geral de interpretação restritiva das hipóteses de recusa do reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras previstas no art. V da Convenção de Nova Iorque, como a Corte Americana de Apelação do Segundo Circuito observou no caso *Parsons & Whittemore v. RAKTA*, que o reconhecimento da sentença apenas deve ser recusado nos casos em que a recepção viole noções básicas de moralidade e justiça do Estado do foro³⁰⁶.

³⁰⁵ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996, p. 232.

³⁰⁶ “The distinction between domestic and international public policy means that what is considered to pertain to public policy in domestic relations does not necessarily pertain to public policy in international relations. According to this distinction, the number of matters considered as falling under public policy in international cases is smaller than that in domestic ones. The distinction is justified by the differing purposes of domestic and international relations. In cases falling under the Convention, the distinction is gaining increasing acceptance by the courts. They apply it to both the question of arbitrability (ground a of Art. V(2)) and other cases of public policy (ground b of Art. V(2)). An example of the former is the decision of the US Supreme Court in the *Scherk v. Alberto-Culver Co.* case (US no. 4, reported in Volume I p. 203). In that case the Supreme Court held that, although disputes arising out of securities transactions cannot be submitted to arbitration if the contract is domestic, disputes arising out of such transactions are arbitrable if the contract is international. Similarly, the US Supreme Court held in *Soler v. Mitsubishi* that, although claims relating to antitrust matters are traditionally viewed by the courts in the United States as incapable of settlement by arbitration, they can in any case be submitted to arbitration in the international context (US no. 59, reported in Volume XI pp. 555-566). An example of an application of the distinction in other cases of public policy (ground b of Art. V(2)) is the award without reasons. In a number of countries it is mandatory that an award contain the reasons on which the arbitral decision is based. In contrast, in several Common Law countries it

Vale destacar que de acordo com o Relatório Final do Comitê da Associação de Direito Internacional (ILA) sobre o recurso à ordem pública como motivo de recusa de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, publicado em 2003 e elaborado com base na prática internacional sobre o assunto, a expressão “ordem pública internacional” é usada para designar o corpo de princípios e regras reconhecidos por um Estado. Estas, por sua natureza, podem barrar o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral proferida no contexto da arbitragem comercial internacional, caso o reconhecimento ou execução de tal sentença implique na violação dessas regras, seja em razão do procedimento sob o qual a sentença foi proferida (ordem pública processual), seja em razão do seu conteúdo (ordem pública material)³⁰⁷.

No mesmo relatório foi destacado que a ordem pública internacional de um Estado compreende: (i) os princípios fundamentais relativos à justiça e à moral, que o Estado deseja proteger, mesmo quando ele não está diretamente envolvido; (ii) as regras destinadas a servir aos interesses políticos, sociais ou econômicos de um Estado, conhecidas pelos nomes de leis de polícia e leis de ordem pública³⁰⁸; (iii) o dever do Estado de respeitar as suas obrigações perante outros Estados ou organizações

is customary not to give reasons for the award. By applying the distinction between domestic and international public policy, the courts of the countries under whose law the giving of reasons is mandatory enforce awards made in countries where such awards are valid (e.g., Court of Appeal of Florence, Italy no. 29 sub 7, reported in Volume IV pp. 289-292). The application of the distinction between domestic and international public policy in cases falling under the Convention also can be seen as a consequence of the general rule of interpretation to construe narrowly the grounds for refusal of enforcement in Art. V of the Convention. Or, as the US Court of Appeals for the Second Circuit observed in Parsons & Whittemore v. RAKTA (US no. 7, reported in Volume I p. 205), arbitral awards should be denied enforcement only when the asserted public policy ‘would violate the forum State’s most basic notions of morality and justice’. (VAN DEN BERG, Albert Jan. **New York Convention of 1958** – Consolidated Commentary – Cases Reported in volumes XXII (1997) – XXVII (2002). Yearbook Comm. Arb’n XXVIII (2003).

³⁰⁷ “The expression ‘international public policy’ is used in these recommendations to designate the body of principles and rules recognized by a State, which, by their nature, may bar the recognition or enforcement of an arbitral rendered in the context of international commercial arbitration when recognition or enforcement of said award would entail their violation on account either of the procedure pursuant to which it was rendered (international public policy) or of contents (substantive international public policy)”. (MAYER, Pierre; SHEPPARD, Audley. Final ILA report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 249-263).

³⁰⁸ “Ressalte-se, todavia, que a inclusão de normas cogentes na noção de ordem pública foi criticada por alguns estudiosos, como, por exemplo, Pierre Mayer, para quem o simples fato de uma regra não poder ser derogada pelas partes, não significa que esta seja representante do interesse coletivo, estando, na verdade, relacionada, em diversos casos, a interesses estritamente privados. [...] No acórdão ora analisado estabeleceu-se como sendo “leis de ordem pública: (a) as constitucionais; (b) as administrativas; (c) as processuais; (d) as penais; (e) as de organização judiciária; (f) as fiscais; (g) as de polícia; (h) as que protegem os incapazes; (i) as que tratam de organização da família; (j) as que estabelecem condições e formalidades para certos atos; (k) as de organização econômica (atinentes aos salários, à moeda, ao regime de bens)”. A tendência verificada na maioria dos países e defendida por muitos autores foi, portanto, seguida pelo STJ, o que conduz à conclusão de que, no Brasil, a ordem pública abrange a maioria das regras imperativas, mas não todas”. (WALD, Arnoldo. Homologação de sentença arbitral estrangeira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, out./dez. 2005, v. 7, p. 206).

internacionais. E que a ordem pública internacional pode ser dividida em três categorias: princípios fundamentais, *lois de police* e obrigações internacionais³⁰⁹.

Vale notar que na recomendação nº 3 (a) constante do referido relatório, o Comitê de Arbitragem Comercial Internacional estatuiu que a violação de mera regra imperativa (*a mere 'mandatory rule'*) (i.e. a regra que é imperativa, mas não é parte da ordem pública internacional) não deve barrar o reconhecimento e execução da sentença, mesmo quando referidas regras forem parte da lei do foro, da lei que governa o contrato ou da lei da sede da arbitragem. Desse modo, vê-se que uma sentença estrangeira pode violar regra cogente e, ainda assim, não infringir a ordem pública.

Percebe-se, pois, que grande parte da doutrina distingue a ordem pública interna da internacional, e que esta última é mais restrita que a primeira. O escopo da distinção é restringir as hipóteses de recusa da homologação de uma sentença arbitral estrangeira, dando maior segurança às relações internacionais e ao desenvolvimento do comércio internacional.

Nesse sentido percebe-se que Dolinger entende ser equivocada a distinção entre ordem pública interna e internacional³¹⁰. Para o renomado professor, a ordem pública tem aplicação distinta nos planos interno e internacional, mas não há uma distinção conceitual substancial que justifique a duplicidade do princípio.

Dolinger coloca que o princípio da ordem pública tem aplicação em três níveis, que seguem uma gradação decrescente na incidência de sua aplicação. No seu primeiro nível a ordem pública funciona no plano do direito interno para garantir o império de determinadas regras jurídicas, impedindo que sua observância seja derogada pela vontade das partes (leis de proteção aos menores, aos incapazes, à família, à economia nacional,

³⁰⁹ “*The international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as ‘lois de police’ or ‘public policy rules’; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations. International public policy can be broken down into three categories: fundamental principles; lois de police; and international obligations*”. (MAYER, Pierre; SHEPPARD, Audley. Final ILA report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards. **Arbitration international**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 249-263).

³¹⁰ “[...] não há que se falar em ordem pública interna e ordem pública internacional. A ordem pública é uma, indivisível e indefinível, abstrata, espiritual e anônima, que flutua sobre o sistema jurídico nacional como um anjo protetor, que aplica critérios diferentes dentro de uma tolerância graduada, e que, apesar de toda esta incerteza é entendida pelos juristas e aplicada pelos julgadores com uma constância e uniformidade que supera, às vezes, a interpretação de normas jurídicas concretas, sujeitas à intermináveis divergências da doutrina e da jurisprudência”. (DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito internacional privado**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, p. 42).

dentre outras). O segundo nível de funcionamento da ordem pública, segundo o renomado professor, é mais restrito: “trata do impedimento à aplicação de leis estrangeiras indicadas pelas regras de conexão do D.I.P.” E o terceiro nível da intervenção da ordem pública se situa no reconhecimento de direitos adquiridos no exterior³¹¹.

3.5.2 A ordem pública transnacional

Como bem observa Menezes, após a Segunda Guerra Mundial aconteceu um reordenamento da ordem mundial. Desde então as relações do Direito Internacional e do Direito Interno mudaram substancialmente. A nova ordem econômica, adotada a partir do encontro de Bretton Woods (1944), assentou-se sobre um tripé (moeda, finanças e comércio) que seria o ponto de partida para a regulamentação internacional da economia. Esta ordem internacionalizada foi regulada pelo Direito Internacional³¹².

Menezes pondera que a implementação de uma ordem econômica internacional a partir de Bretton Woods e o estabelecimento de regras e mecanismos para a dinamização econômica “contribuíram para o aparecimento de sujeitos importantes e de mecanismos para implementação das regras de Direito Internacional econômico”. Dentre esses mecanismos se destacam as empresas transnacionais (aquelas que se expandem além das fronteiras dos Estados), a arbitragem comercial internacional (importante instrumento jurídico a serviço do capital internacional e transnacional) e a nova *lex mercatoria*³¹³.

A arbitragem ganhou força no cenário mundial a partir da internacionalização do capital e da economia e começou a ser sistematizada nos foros internacionais, como um instrumento a ser utilizado e viabilizado internamente pelos Estados “para solução de controvérsias oriundas das transações e o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre sujeitos de diferentes países (...)”³¹⁴.

Menezes lembra que no âmbito do comércio internacional existem termos técnicos que são utilizados e práticas determinadas pelos usos e costumes comerciais, são normas criadas e praticadas pelo mercado internacional, existindo uma relação entre a arbitragem e uma tendência à sistematização de uma lei de mercado. Ele destaca que o intenso desenvolvimento econômico comercial transnacional verificado nos últimos anos tem forjado o surgimento de um conjunto de regras corporativas, fundadas tanto na arbitragem

³¹¹ DOLINGER, J. **Direito internacional privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 406-407.

³¹² MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2005, pp. 77-83.

³¹³ Id., Ibid., p. 84.

³¹⁴ Id., Ibid., p. 89.

como nas negociações, que de forma alheia à existência dos sistemas jurídicos estatais têm se autoproclamado um sistema próprio, que deve disciplinar as relações comerciais internacionais³¹⁵.

Menezes assevera que a nova *lex mercatoria* (definida por ele como um sistema de normas visando à regulamentação do comércio internacional, amparada em uma ampla liberdade das partes não só em estabelecer a arbitragem como mecanismo próprio de solução de controvérsias, mas também por utilizar suas regras à margem daquelas determinadas e sistematizadas pelo ordenamento do Estado, graças, sobretudo, à transnacionalização do capital e à internacionalização da ordem econômica) tem sua expressão jurisdicional na arbitragem, levando o mercado internacional, dentro da ideia de transnacionalidade das normas que operam o mercado, a contar com um Direito próprio. Com a *lex mercatoria* o mercado se posiciona como um sistema próprio, “dirigido por sua práticas, seus costumes, seus princípios, muito além da combatida soberania nacional, que pouco espaço tem, nesta seara, no plano internacional contemporâneo”³¹⁶.

Neste contexto, sustenta-se mais recentemente a existência de uma “ordem pública transnacional” (ou ordem pública verdadeiramente internacional), associada ao conjunto de normas e princípios que informam o comércio internacional³¹⁷.

A ordem pública transnacional (ou verdadeiramente internacional) compreende os princípios gerais de justiça e moral compartilhados pelas nações civilizadas.

A ordem pública transnacional é a área de convergência das diversas ordens públicas nacionais, mais restrita que a ordem pública internacional³¹⁸. É a síntese das

³¹⁵ MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, pp. 92-93.

³¹⁶ Id., Ibid., pp. 93-94.

³¹⁷ “Some commentators also argue for the existence of a ‘Transnational public policy’ that finds application any time an arbitral tribunal applies the principles of *lex mercatoria* as the governing law of the dispute. It is not clear how the application of such public policy is related to the public policy of the place of enforcement nor seems to be possible to ask a national court to ‘apply fundamental general principles of law without inquiring whether the dispute has any relationship to a particular state’, including the enforcing one. As a matter of fact, transnational public policy has been lately defined as to infer from the international nature of the case and the existence of a consensus within the international community with regard to the public policy principle the Court is considering applicable. ‘When such consensus exists, the term ‘transnational public policy’ may be used to describe such norms’”. (CASTAGNO, Niccolò Pietro. International commercial arbitration and punitive damages. In: VERDERA Y TRUELLS, Evelio; ROZAS, José Carlos Fernández (eds). **Arbitraje** – Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. IproLex, 2011, v. 4, Issue 3, pp. 729-751).

³¹⁸ Seria nas palavras do autor, “o verdadeiro núcleo duro da ordem pública, ou na classificação de ordem pública de Jacob Dolinger, a ordem pública “de terceiro grau”. (GONÇALVES, Eduardo Damião. Comentários ao artigo V (2) (A) (B) da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional**: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 290).

diversas noções nacionais de ordem pública, tendo um autêntico caráter de internacionalidade, não só quanto a seus efeitos, mas também quanto à sua origem.

De acordo com Almeida, a arbitragem comercial internacional, por sua autonomia em relação a quaisquer ordenamentos jurídicos determinados, é um fórum privilegiado para a recepção e aplicação prática desses princípios que transcendem nacionalidades e idiossincrasias. O autor cita Gaillard, para quem os árbitros são livres para adotar uma concepção verdadeiramente transnacional da ordem pública internacional, desde que a emanção não seja de uma ordem jurídica determinada³¹⁹.

Na visão de Barrocas, a ordem pública transnacional desempenha uma dupla função: a) é um alicerce e um elemento identificador da autonomia da arbitragem internacional relativamente à arbitragem interna, refletindo nela as necessidades e características próprias do comércio internacional; b) constitui um corpo anacional de princípios e valores comumente aceitos, quando não o mesmo, ao menos certos princípios e valores universalmente aceitos³²⁰.

Almeida destaca nesse sentido que uma matéria sensível à ordem pública transnacional também é relevante às concepções nacionais de ordem pública, afinal, a ordem pública transnacional é, em certo sentido, uma síntese das concepções mais difundidas e comumente consideradas como pertinentes no âmbito internacional³²¹.

No entendimento de Santos, exemplos dessa ordem pública transnacional são dados por Strenger, como os princípios de boa-fé e dos bons costumes. Outros autores, porém, identificam seu contorno nos “princípios indisputáveis e reconhecidos como válidos e obrigatórios em razão de seu acolhimento por via de tratados (cf. Tavares Guerreiro, Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional)”³²².

³¹⁹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132.

³²⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Ed. Almedina, 2010, p. 679.

³²¹ “Se, para citar alguns exemplos, o princípio da boa-fé objetiva, a defesa dos hipossuficientes, a transparência e legalidade na administração pública, o respeito ao devido processo legal, a proteção dos direitos humanos, a garantia contra expropriações sem justa indenização, a proteção a bens culturais e ao meio-ambiente, *inter alia*, são matéria de interesse da ordem pública transnacional, são da mesma forma protegidos pela ordem pública nacional da maioria dos países integrantes da comunidade internacional – e indubitavelmente também pelas concepções brasileiras de ordem pública”. (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 251).

³²² SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Ordem pública e arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem – lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 393.

Nesse mesmo sentido Strenger conclui que

a ordem pública transnacional rege as ações tanto das partes como do árbitro. Os primeiros podem pretender, por exemplo, obter por meio da arbitragem, o reconhecimento ou a execução, direta ou indireta, de contrato internacional contrário a *bonos mores* pelo seu objeto (tráfico de drogas, assistência à subversão ou terrorismo), ou pelas circunstâncias de sua execução (suborno). No tocante ao árbitro, estaria ele violando ordem pública transnacional – que deve proteger e garantir – se aceitasse violações oriundas das partes, ou condutas contra a boa-fé (seria esse o caso, por exemplo, se aprovasse ou reconhecesse, contra princípios supramencionados, a alegação de um Estado de sua própria incapacidade de arbitrar, ou a rescisão unilateral de cláusula arbitral)³²³.

3.6 CONTEÚDOS DA ORDEM PÚBLICA: A ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL E A ORDEM PÚBLICA MATERIAL

Neste item analisam-se as duas dimensões da ordem pública internacionalmente relevantes para a homologação da sentença arbitral estrangeira: a ordem pública processual e a material.

A ordem pública processual deve ser distinguida da ordem pública material, uma vez que garante às partes o direito a uma decisão independente sobre as conclusões e fatos submetidos ao tribunal arbitral, em conformidade com a lei processual aplicável³²⁴. Ela é violada quando princípios fundamentais geralmente reconhecidos são agredidos, resultando em uma contradição intolerável aos sentimentos de justiça, de tal maneira que a

³²³ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996, pp. 242-243.

³²⁴ “O Código de Processo Civil traz indicações do que se costuma classificar como as questões de ordem pública (de direito processual) existentes em nosso ordenamento. A disciplina básica deste tema está no artigo 267, § 3º, que permite ao juiz conhecer de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria dos incisos IV, V e VI do mesmo artigo, que por sua vez trazem hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de condições da ação ou dos pressupostos processuais. A partir das referências do próprio Código de Processo Civil e da casuística mais frequentemente encontrada na doutrina, pode-se considerar o rol a seguir representativo das questões de ordem pública de natureza processual em nosso sistema: pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, condições da ação, requisitos de regularidade do processo e do procedimento, inexistência de pressupostos negativos, como a coisa julgada, perempção e a litispendência. [...] Não por acaso, a confirmar as dificuldades em torno do tema, Dinamarco diz ser impossível definir os contornos de quais normas processuais são de ordem pública e quais não o são. Propõe, entretanto, um critério geral, de que “são de ordem pública as normas destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes”. Desde logo, pode-se de fato afirmar que os objetivos da ordem pública processual estão relacionados à missão e à função jurisdicional do Estado. Os valores que informam a ordem pública, como não poderia deixar de ser, são extraídos das sociedades que a aplicam, daí porque a doutrina que se dedicou ao tema é praticamente unânime ao afirmar que tais valores variam conforme o tempo e o lugar. Aspectos tidos como relevantes e de interesse geral em certa época perdem importância, outros anteriormente secundários se tornam essenciais, e todas estas variações influem diretamente nos elementos que passam a integrar a ordem pública”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**. O tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 11-12).

decisão parecerá inconciliável com os valores reconhecidos em um Estado de direito³²⁵. Vale notar que não é toda violação à regra processual que constitui uma agressão da ordem pública processual, mas apenas de uma regra essencial³²⁶.

A ordem pública material, por sua vez, é violada quando os princípios fundamentais do direito material são agredidos, de tal forma que não são mais consistentes com a ordem jurídica e o sistema de valores reconhecidos³²⁷. É caracterizada uma ofensa à ordem pública material quando o conteúdo da sentença arbitral ofende as normas que regulam precipuamente aspectos econômicos e estatais fundamentais³²⁸.

³²⁵ “[...] a ordem pública processual pode ser definida como o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatória observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio. É fora de dúvida que os aspectos que a jurisdição elege como sensíveis recebem tratamento diferenciado, para escapar à disponibilidade das partes, para receber um tratamento sistemático próprio. Entretanto, são, ainda assim, mera etapa prévia ou, para usar expressão comum ao direito do trabalho, mera ‘atividade meio’, para que se realize a atividade jurisdicional mais relevante (que se poderia até denominar de atividade jurisdicional propriamente dita), que é a de julgar o mérito da demanda, conceder a uma das partes o bem da vida em litígio. Nenhuma análise de aspectos estritamente processuais, como são as questões de ordem pública, pode receber mais ênfase do que se deve dar à ‘atividade-fim’ da jurisdição”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**. O tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 105-106).

³²⁶ “An award can be attacked if it is incompatible with public policy [...]. A distinction is made between material public policy and procedural public policy. Procedural public policy guarantees the parties the right to an independent ruling on the conclusions and facts submitted to the arbitral tribunal in compliance with the applicable procedural law; procedural public policy is violated when fundamental, commonly recognized principles are infringed, resulting in an intolerable contradiction with the sentiments of justice, to the effect that the decision appears incompatible with the values recognized in a State governed by the rule of law [...]. However, it should be explained that not every violation, even arbitrary, of a procedural rule constitutes a violation of procedural public policy. Only the violation of a rule that is essential to ensure the fairness of proceedings can be taken into consideration [...]”. (A & B. v Comité International Olympique (CIO) et Fédération Internationale de Ski (FIS), Federal Tribunal, 1st Civil Division, 27 May 2003 (excerpt) in Matthieu Reeb (ed), *Digest of CAS Awards III 2001-2003, III 2001-2003*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, pp. 674-695).

³²⁷ “Substantive public policy should be distinguished from procedural public policy. In its most recent decisions, the Federal Tribunal defined both concepts as follows [...]. Procedural public policy guarantees to the parties the right to an independent judgment issued consistently with applicable procedural law as to the submissions and the facts submitted to the Arbitral Tribunal; procedural public policy is violated when fundamental and generally recognized principles were not respected, thus leading to an unsustainable contradiction with the sentiment of justice, so that the decision appears inconsistent with the values recognized by a state ruled by law. An award is contrary to substantive public policy if it violates fundamental principles of material law in such a serious way that it is no longer consistent with the legal order and the pertinent system of values; amongst such principles are the binding nature of contracts, the respect for the rules of good faith, the prohibition of abuse of rights, the prohibition of discriminatory or confiscatory measures, as well as the protection of incapable persons”. (X. S.p.A. v. Y. S.r.l., Swiss Supreme Court, 4P.278/2005, 8 March 2006, ASA Bulletin. The Hague: Kluwer Law International 2006, v. 24 Issue 3, pp. 550-560).

³²⁸ “Public policy (Art. 190 (2) (e) PILA) has both substantive and procedural contents (BGE 132 III 389 at 2.2.1 p. 392; 128 III 191 at 4a p. 194; 126 III 249 at 3b p. 253 with references). The substantive adjudication of a dispute violates public policy only when it disregards some fundamental legal principles and consequently becomes completely inconsistent with the important, generally recognized values, which according to dominant opinions in Switzerland should be the basis of any legal order. Among such principles

Segundo o Relatório do Comitê da Associação de Direito Internacional (ILA),

*substantive public policy (ordre public au fond) goes to the recognition of rights and obligations by a tribunal or enforcement court in connection with the subject matter of the award (as opposed to procedural public policy, which goes to the process by which the dispute was adjudicated)*³²⁹.

[A ordem pública material segue para o reconhecimento dos direitos e obrigações por um tribunal ou tribunal de execução ligado ao mérito da sentença (ao contrário da ordem pública processual, que segue para o processo pelo qual a disputa foi adjudicada). Tradução livre].

Para ilustrar a distinção entre a ordem pública material e a processual, Almeida tomou emprestadas as palavras do Tribunal Federal suíço, na decisão proferida no caso 4P.124/2001, julgado em 07.08.2001:

Distinguem-se uma ordem pública material e uma ordem pública processual [...]. Uma sentença é contrária à ordem pública material quando viola princípios jurídicos fundamentais de direito substancial, a ponto de não ser mais conciliável com a ordem jurídica e o sistema de valores reconhecidos; no número desses princípios figuram, notadamente, a fidelidade contratual, o respeito às regras de boa-fé, a proibição do abuso de direito, a proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, assim como a proteção das pessoas civilmente incapazes [...]. A ordem pública processual garante às partes o direito a um julgamento independente a partir de conclusões tiradas dos fatos submetidos ao tribunal de uma maneira consistente com o direito processual aplicável; há violação da ordem pública processual quando princípios fundamentais e geralmente reconhecidos são violados, conduzindo a uma contradição insuportável com o sentimento de justiça, de forma tal que a decisão parecerá incompatível com os valores reconhecidos em um Estado de direito [...]. Para que haja contrariedade à ordem pública não basta que as provas tenham sido mal apreciadas [...] ou que uma regra de direito tenha

are the rule of pacta sunt servanda, the prohibition of abuse of rights, the requirement to act in good faith, the prohibition of expropriation without compensation, the prohibition of discrimination and the protection of incapables (BGE 132 III 389 at 2.2.1; 128 III 191 at 6b p. 198 with references). However the enumeration is not exhaustive (judgment 4A_458/2009 of June 10, 2010 at 4.1, in: SJ 2010 I p. 417). The promise of bribes would also violate public policy to the extent that it can be proved (BGE 119 II 380 at 4b p. 384 f.; judgment 4P.208/2004 of December 14, 2004 at 6.1). Furthermore the Federal Tribunal held that a judgment which would violate, albeit indirectly, such a fundamental principle of law as the prohibition of forced labour, would violate public policy (judgment 4A_370/2007 of February 21, 2008 at 5.3.2). A breach of public policy is thus conceivable in case of a violation of Art. 27 ZGB (see judgment 4A_458/2009 of June 10, 2010 at 4.4.3.2, in: SJ 2010 I p. 417; 4A_320/2009 of June 2nd, 2010 at 4.4; 4P.12/2000 of June 14, 2000 E. 5b/aa with references). The arbitral award under appeal is moreover annulled only when its result contradicts public policy and not merely its reasons (BGE 120 II 155 at 6a p. 167). (MATUZALEM, Francelino da Silva v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), First Civil Law Court of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011).

³²⁹ SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248.

sido claramente violada [...]. Somente a violação de um princípio fundamental pode conduzir à anulação da sentença atacada³³⁰.

No próximo capítulo, onde analisa-se a ofensa a ordem pública como causa de recusa da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, tratar-se-á das questões específicas que envolvem a ordem pública processual e material³³¹. Analisar-se-á, por exemplo, uma questão bastante polêmica que envolve a ordem pública processual, que é a relativa à sentença arbitral estrangeira desprovida de fundamentação. Tema também bastante sensível no plano internacional, que é passível de indagação à luz da ordem pública material, é quanto à condenação ao pagamento de juros e *punitive damages*.

³³⁰ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 293-294.

³³¹ “In 2000 and 2002 the International Law Association Committee on International Commercial Arbitration published a report and a resolution public policy as a bar to the enforcement of foreign arbitration awards. The report offers a guidance for the classification of public policy grounds as procedural or substantive. Accordingly, possible procedural public policy grounds include fraud in the composition of the tribunal; breach of natural justice; lack of impartiality; lack of reasons in the award; manifest disregard of the law; manifest disregard of the facts; annulment at place of arbitration. The report further lists as substantive public policy grounds mandatory rules / lois de police; fundamental principles of law; actions contrary to good morals; and national interests / foreign relations. This classification although it has merit may not be universally accepted as it emerges from case law in a limited number of countries. Further, public policy has by its very nature, a dynamic character, so that any classification may crystallize public policy only at a certain period of time”. (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 722-723).

4 A OFENSA À ORDEM PÚBLICA COMO CAUSA DE RECUSA DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

Como já se viu anteriormente, para que uma sentença arbitral estrangeira produza efeitos no território nacional, ela deve ser controlada pelo juiz estatal do Estado receptor da sentença. Este procedimento de controle ou de homologação se limita a verificar se a sentença preenche certas condições postas pela ordem jurídica do Estado requerido.

O sistema adotado pelo Brasil para o reconhecimento de sentenças estrangeiras é o de delibação, onde não é admitida a revisão do mérito da sentença homologanda. No juízo de delibação, o exame mais profundo da decisão estrangeira só é feito com vistas a verificar eventual ofensa à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes³³². Essa é a única questão de mérito que pode levar à recusa da sentença estrangeira³³³.

A ofensa à ordem pública impede a homologação de sentença arbitral estrangeira, conforme disposto no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, que estabelece que a homologação de uma sentença arbitral estrangeira poderá ser recusada caso se constate que o reconhecimento ou a execução da sentença for contrário à ordem pública do país onde se tenciona obter o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral.

A Lei Brasileira de Arbitragem tem dispositivo semelhante (art. 39, II), mas enquanto o texto do ato internacional não afirma expressamente qual a ordem pública que atuaria restritivamente ao pedido de homologação, a LBA fala em *ordem pública nacional*. Ao fazer referência à ordem pública nacional, a Lei Brasileira de Arbitragem acaba sendo alvo de críticas e dá margem a diferentes interpretações.

A doutrina nacional ainda é escassa em comentários de relevo sobre o assunto, mas há quem defenda que no texto legal *nacional* é sinônimo de *interna*, e quem defenda que o

³³² “Segundo o juízo de mera delibação, adotado no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras tanto no direito interno como nas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, a contestação ao pedido é limitada. Apenas poderá versar sobre questões de forma (v.g., ausência de tradução juramentada – STF, SEC 6.689-1/Áustria) ou de regularidade da arbitragem (v.g., prova da convenção arbitral – STF, SEC 6.6753-7/Reino Unido; ausência de citação do réu – STF, SEC 5.378-1/França), vedando-se a discussão de aspectos ligados ao mérito da sentença estrangeira, a não ser para estabelecer eventual afronta à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes”. (SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: novas perspectivas? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: IOB, jan./mar. 2005, v. 5, pp. 62-66).

³³³ “SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CONTRATO INTERNACIONAL FIRMADO COM CLÁUSULA ARBITRAL. REQUISITOS ATENDIDOS. PEDIDO DEFERIDO. 1. Resguardada a ordem pública e a soberania nacional, o juízo de delibação próprio da ação de homologação de sentença estrangeira não comporta exame do mérito do que nela ficou decidido”. (SEC 4439, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.2011).

legislador empregou a expressão *ordem pública nacional* não como sinônimo de *ordem pública interna*, mas como sinônimo de *ordem pública brasileira* ou *ordem pública do país*, em consonância com a Convenção de Nova Iorque.

Diante da controvérsia acerca da interpretação do texto da Convenção de Nova Iorque e da Lei Brasileira de Arbitragem, analisar-se-á a extensão que a doutrina e a jurisprudência têm conferido aos dispositivos.

4.1 A EXTENSÃO QUE A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA TÊM CONFERIDO AO CONCEITO DE *ORDEM PÚBLICA* DE QUE TRATA O ART. V (2) (B) DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E O ART. 39, II DA LEI Nº 9.307/96

Como já se falou mais de uma vez ao longo do presente estudo, diante do disposto no art. 34, *caput*, da Lei nº 9.307/96, o regime geral de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é o da Convenção de Nova Iorque, internalizada no ordenamento jurídico nacional com a promulgação do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, que prevalece sobre o disposto na Lei Brasileira de Arbitragem.

A Convenção de Nova Iorque estabelece, em seu artigo V (2) (b), que

reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: [...] b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Na medida em que a Convenção não afirma expressamente qual a ordem pública que atuaria restritivamente ao pedido de homologação, tendo ficado a cargo da doutrina e da jurisprudência delimitar o sentido e o conteúdo do seu art. V (2) (b), é indispensável que se examine a extensão que a doutrina e a jurisprudência conferem a tal conceito.

Fouchard, Gaillard e Goldman são bastante claros ao afirmarem que o dispositivo certamente se refere à ordem pública internacional e não à ordem pública interna. De acordo com os renomados autores, nem toda a violação de norma cogente do país de acolhimento pode justificar uma recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira. Tal recusa, segundo eles, somente se justifica quando a sentença contraria princípios considerados, no país de acolhimento, como refletindo suas convicções fundamentais ou como tendo um valor absoluto ou universal³³⁴.

³³⁴ “1710. - Although Article V, paragraph 2(b) is not explicit on this point, there is no doubt that the reference in that provision to public policy is in fact a reference to the international public policy of the host

Gaillard já havia afirmado em outra oportunidade que embora o art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque não seja explícito, não é contestável que o texto faça referência à ordem pública internacional do Estado de recepção da sentença³³⁵.

Lew, Mistelis e Kroll foram enfáticos ao afirmarem que apenas a violação à ordem pública do país de reconhecimento com respeito a relações internacionais (ordem pública internacional) é uma defesa válida. Segundo eles, exemplos de violação da ordem pública internacional incluem parcialidade de árbitros, ausência de fundamentação da sentença, sérias irregularidades no procedimento, alegações de ilegalidade, corrupção e fraude, entre outros. E ponderam que é rara a recusa da homologação de uma sentença por violação da ordem pública internacional³³⁶.

No já citado Relatório Final do Comitê da Associação de Direito Internacional (ILA) sobre o recurso à ordem pública como motivo de recusa de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras também constou que o propósito da Convenção de Nova Iorque é favorecer a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e que o conceito de ordem pública deve ser construído de forma bastante limitada. De acordo com o referido Relatório, a homologação da sentença arbitral estrangeira somente deve ser recusada diante de uma violação à ordem pública internacional, que deve ser compreendida no exato

*jurisdiction. 1711. - The provision certainly refers to international public policy, and not domestic public policy. Not every breach of a mandatory rule of the host country could justify refusing recognition or enforcement of a foreign award. Such refusal is only justified where the award contravenes principles which are considered in the host country as reflecting its fundamental convictions, or as having an absolute, universal value. The case law generated by the various courts which have applied Article V, paragraph 2 generally supports this view. In a 1975 decision, the Hamburg Court of Appeals stated that not all mandatory provisions of the host country were matters of public policy, as the latter only cover extreme cases. In a 1974 decision, the United States Court of Appeals for the Second Circuit rightly defined the concept of public policy under the Convention as being limited to "the forum state's most basic notions of morality and justice. That has been reiterated on a number of occasions by courts in the United States. In the same spirit, the Court Of Justice of the Canton of Geneva held, in a 1976 decision, that a violation of public policy implies 'a violations of fundamental principles of the Swiss legal order, hurting intolerably the feeling of justice'". (FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 996-997).*

³³⁵ GAILLARD, Emmanuel. Sentence arbitrale. Controle étatique. Droit conventionnel. **Jurisclasseur Droit International**. Fasc. 586-11, 1992.

³³⁶ "Public policy 'is never argued at all but where other points fail'. This ground to resist enforcement, as all other grounds in Article V, must be construed narrowly. In fact, only violation of the enforcement state's public policy with respect to international relations (international public policy or ordre public policy international) is a valid defence. This defence is only available "where the enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice. [...] Widely accepted examples of violations of international public policy include biased arbitrators, lack of reasons in the award, serious irregularities in the arbitration procedure, allegations of illegality, corruption or fraud, the award of punitive damages and the breach of competition law. It is generally rare that an award is successfully refused enforcement in a state because of violation of its international public policy". (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 721-723).

significado que lhe confere o direito internacional privado, como aquela parcela da ordem pública de um determinado Estado que, se violada, impede a parte de utilizar a lei estrangeira ou a decisão proferida no exterior³³⁷.

Racine, que produziu um texto sobre o tema da ordem pública na arbitragem internacional, afirmou que o espírito liberal da Convenção de Nova Iorque faz com que seus comentadores afirmem que o art. V (2) (b) se refere à ordem pública internacional. O autor afirma que a reduzida aceitação da reserva de ordem pública traduz a ideia que o malferimento de qualquer norma imperativa do ordenamento jurídico de controle não permite recusar execução à sentença. Para ele, o objetivo perseguido é o de liberalizar o controle das sentenças, a fim de atender às necessidades do comércio internacional³³⁸.

Mayer também manifestou expressamente que a eficácia internacional das sentenças no contexto das arbitragens comerciais internacionais deve ser assegurada, exceto na presença de circunstâncias excepcionais. Segundo o autor, essas circunstâncias podem consistir no fato de que o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira são contrárias à ordem pública internacional³³⁹.

³³⁷ "It is an accepted norm that a State has the ultimate right to refuse to enforce an arbitral award within its jurisdiction on grounds of public policy. This was acknowledged by the drafters of the New York Convention (Article V.2(b)) and of the Model Law (Article 36(1)(b)(ii)). The public policy exception is referred to in most other enforcement conventions and in domestic legislation. Similarly, it is included in international instruments concerning the enforcement of foreign judgments (e.g. the 1968 Brussels Convention, the 1988 Lugano Convention, and the 2001 EC Council Regulation), and accepted by the drafters of the Hague Convention. In the context of enforcement of arbitral awards, the legislatures and courts of a number of countries have sought to qualify or restrict the scope of public policy by applying a test of 'international public policy'. Leading commentators have also approved the narrowing of the public policy exception and the application of 'international public policy'. The Committee endorses the application of a test of 'international public policy'. In these Recommendations, the expression 'international public policy' is to be understood in the sense given to it in the field of private international law; namely, that part of the public policy of a State which, if violated, would prevent a party from invoking a foreign law or foreign judgment or foreign award. It is not to be understood, in these Recommendations, as referring to a public policy which is common to many States (which is better referred to as 'transnational public policy') or to public policy which is part of public international law. International public policy is generally considered to be narrower in scope than domestic public policy. There have been attempts to define the contents of 'public policy' and 'international public policy' but no precise definition is possible". (MAYER, Pierre; SHEPPARD, Audley. Final ILA Report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 249-263).

³³⁸ "La Convention de New York de 1958 se réfère dans son article V (2) (b) à ordre public sans préciser si celui-ci est interne ou international. Cependant, l'esprit libéral que a preside à l'élaboration de la Convention de New York a conduit ses commentateurs à tenir pour acquis que seul l'ordre public international était vise dans l'article V (2) (b). C'est pourquoi, les auteurs ont place la distinction entre ordre public interne et ordre public international sous le sceau de l'evidence [...] L'acception réduite de la reserve de l'ordre public traduit l'idée que la méconnaissance de n'importe quelle disposition impérative de l'ordre juridique de controle ne permet pas de refuser l'execution à la sentence. L'objectif poursuivi est de libéraliser le controle dès sentences afin de répondre aux besoins du commerce international". (RACINE, Jean-Baptiste. **L'arbitrage commercial international et l'ordre public**. Paris: LGDJ, 1999, pp. 475-476).

³³⁹ "1(a) L'efficacité internationale dès sentences rendues dans le contexte d'un arbitrage commercial international doit être assurée, sauf en présence de circonstances exceptionnelles. 1(b) Ces circonstances

Caivano também trata do assunto em artigo sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Segundo ele, ainda que a distinção entre ordem pública interna e internacional possa parecer difusa, é necessário separar claramente os conceitos. De acordo com o autor, toda norma de ordem pública internacional (todo princípio jurídico básico) é uma norma de ordem pública interna (os ordenamentos jurídicos costumam traduzir em proibições concretas aqueles princípios), mas nem toda norma de ordem pública interna é um princípio de ordem pública internacional. Caivano pondera ainda que quando o art. V (2) (b) da CNI se refere à ordem pública, os tribunais dos principais países ratificantes da Convenção de Nova Iorque têm interpretado que se está querendo significar precisamente o que se conhece como ordem pública internacional, ou seja, os princípios fundamentais do ordenamento, e não cada uma das normas imperativas que o integram³⁴⁰.

A jurisprudência também segue a mesmo sentido que a doutrina, valendo citar o emblemático caso *Parsons & Whittemore Overseas Co Inc vs. Société Generale De L'Industrie Du Papier*, em que se decidiu que o reconhecimento e a execução de sentença arbitral estrangeira não podem ser negados, exceto nos casos em que a recepção viole noções básicas de moralidade e justiça do Estado do foro³⁴¹.

A Corte de Justiça do Cantão de Genebra também adotou posição semelhante, no caso *Léopold Lazarus Ltd. vs. Chrome Ressources S.A*, afirmando que a ordem pública pressupõe uma violação dos princípios fundamentais da ordem jurídica suíça, ferindo de forma intolerável o sentimento de justiça³⁴².

exceptionnelles oeuvent consister dans le fait que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale internationale serait contraire à ordre public international". (MAYER, Pierre. *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*. **Revue de l'arbitrage**, 2002, nº 4).

³⁴⁰ "Aun cuando la diferencia entre orden público interno y orden público internacional pueda parecer difusa, resulta necesario separar claramente ambos conceptos: si bien toda norma de orden público internacional (todo principio jurídico básico) es a su vez una norma de orden público interno (los ordenamientos jurídicos suelen traducir em prohibiciones concretas aquellos principios), no toda norma de orden público interno es a su vez um principio de orden público internacional. [...] En el tema que nos ocupa, los tribunales de los principales países ratificantes de la Convención de Nueva York han interpretado que cuando el art. V.2.b) de la misma se refiere al orden público, está queriendo significar precisamente lo que se conoce como orden público internacional, es decir, los principios fundamentales del ordenamiento, y no cada una de las normas imperativas que lo integran". (CAIVANO, Roque J. *Reconocimiento e ejecución de laudos arbitrales extranjeros*. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998, pp. 156-157).

³⁴¹ US Court of Appeals for the Second Circuit, 23-11-1974, 508 F.2d 969.

³⁴² VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: Kluwer Law International, 1981, p. 360 e ss.

Born citou a seguinte decisão:

*The public policy of the State where the arbitral award is invoked is thus not the internal public policy of that country, but its international public policy, which is defined as being all that affects the essential principles of the administration of justice or the performance of contractual obligations*³⁴³.

[A ordem pública do Estado onde a sentença arbitral é invocada não é, assim, a ordem pública interna do país, mas a sua ordem pública internacional, que é definida como sendo tudo o que afeta os princípios essenciais da administração da justiça ou a execução de obrigações contratuais. Tradução livre].

Decisão também interessante foi proferida pela Corte de Apelação de Celle, em que se buscava a homologação de sentença arbitral proferida segundo as regras da Corte de Arbitragem Internacional da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa (ICAC). A parte requerida alegou que a homologação da sentença violaria a ordem pública em razão das irregularidades procedimentais ocorridas na arbitragem e também porque a sentença arbitral deu eficácia a uma elevada multa contratual. A Corte afastou os argumentos da parte requerida afirmando que:

No caso específico de sentenças arbitrais estrangeiras, o desvio, na arbitragem estrangeira, de regras imperativas domésticas relativas ao processo não representa [automaticamente] violação à ordem pública. Ao contrário, deve haver violação à ordem pública internacional. Portanto, a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras está, em regra, sujeita a um regime menos estrito do que a homologação de sentenças arbitrais

³⁴³ “Most commentators also approve the application of international, rather than domestic, public policy for purposes of recognition of awards under Article V(2). Despite these authorities, it is not always clear what is meant by the formula “international public policy.” First, some formulations appear to require looking directly to “international” public policy – that is, to substantive norms derived from international sources and not from national law sources. This appears to be equivalent to what some European commentators term “truly international public policy” or “transnational public policy.” This approach to the public policy defense has the effect of transforming the exception from an escape device for national law into another form of uniform international standard. Second, “international public policy” can also be interpreted to mean that a court may consider the public policy of the recognition forum, but only if those policies are consistent with international principles recognized in various nations as constituting vital public policies. This analysis requires developing various principles of “international public policy” from international sources, and then applying these principles to limit the scope of national law. This approach parallels the international prohibitions imposed under Articles II and V(1)(d) of the Convention against discriminatory or idiosyncratic national law rules of substantive contract validity, non-arbitrability and mandatory arbitral procedures. Third, “international public policy” arguably means those of the recognition forum's public policies which are intended by that state to have international application. This requires looking to the intentions and purposes of local legislation or judicial decisions, but not directly to international sources”. (BORN, Gary B. Recognition and enforcement of international arbitral awards - D. Grounds for Refusing to Recognize International Arbitral Awards. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 2836-2837).

domésticas. A questão aqui não é se um juiz alemão chegaria a um resultado diferente baseado nas regras imperativas do direito alemão. Ao contrário, há violação à ordem pública internacional apenas quando as consequências da aplicação da lei estrangeira a um caso concreto é tão diversa das disposições alemãs que a torna inaceitável segundo os princípios alemães. Não é esse o caso aqui³⁴⁴.

Vale notar que a França foi o primeiro país a prever expressamente que o controle deveria ser feito de acordo com a ordem pública internacional. De acordo com o art. 1514 do Código de Processo Civil Francês, as sentenças serão reconhecidas ou executadas na França se não forem manifestamente contrárias à ordem pública internacional³⁴⁵.

Vê-se que a doutrina e jurisprudência indicam que a ordem pública daquele país de que trata o art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque deve ser interpretada como a ordem pública internacional do país onde se busca o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira³⁴⁶.

Parte da doutrina chegou a cogitar que a ordem pública visada pela Convenção de Nova Iorque era a chamada ordem pública transnacional (ou verdadeiramente internacional), analisada anteriormente³⁴⁷. Apesar de serem poucos os estudos

³⁴⁴ “*In the specific case of foreign arbitral awards, the departure in the foreign arbitration from mandatory rules of domestic procedure is not [automatically] a violation of public policy. Rather, there must be a violation of international public policy [...]. Hence, the recognition of foreign arbitral awards is as a rule subject to a less strict regime than [the recognition of] domestic arbitral decisions. The issue is not whether a German judge would have reached a different result based on mandatory German law. Rather, there is a violation of international public policy only when the consequence of the application of foreign law in the concrete case is so at odds with German provisions as to be unacceptable according to German principles. This is not the case here*”. (Germany n. 99, Seller v. Buyer, Oberlandesgericht [Court of Appeal], Celle, 8 Sch 6/05, 6 October 2005. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 2007**. The Hague: Kluwer Law International, 2007, v. XXXII, pp. 322-327).

³⁴⁵ Art. 1514: “*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*”.

³⁴⁶ “Accordingly, many authorities have “recognize[d] the ultimate right of State courts to determine what constitutes public policy in their respective jurisdictions, and to determine whether an arbitral award should be enforced.” As noted above, these authorities nonetheless generally look to those public policies defined as “international” by national law in the recognizing state, in an effort to cabin the public policy exception and minimize the risk of parochial, archaic results. Thus, it is well-settled that a narrower concept of public policy should apply to foreign awards than is applied to domestic awards. Whereas public policy is essentially national (i.e., it is considered in a national context, namely in the national legal system of the forum), public policy in the field of international commercial arbitration should “invoke something more than contravention of [domestic] law.” Rather, only those national public policies which mandatorily demand application to international matters, taking into account the potential absence of any direct connection to the judicial recognition forum, constitute public policy for purposes of Article V(2)(b)”. (BORN, Gary B. Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards - D. Grounds for Refusing to Recognize International Arbitral Awards. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 2730-2872).

³⁴⁷ “The concept of ‘transnational public policy’ or ‘truly international public policy’ is of even more restricted scope, but of universal application, comprising fundamental rules of natural law, principles of

aprofundados sobre o tema no Brasil, alguns doutrinadores entendem que somente a violação à ordem pública verdadeiramente internacional seria capaz de impedir a aceitação de situações já consumadas no exterior, como é o caso das sentenças arbitrais estrangeiras. Gonçalves, por exemplo, afirma é com base no terceiro nível da ordem pública apresentado por Dolinger, que corresponde à ordem pública aplicada ao reconhecimento de direitos adquiridos no exterior, que a aplicação do art. V (2) (b) deve ser limitada apenas a situações extremas e excepcionais. Destaca que é

pela compreensão desta hipótese, de recepção de direitos adquiridos legitimamente no exterior, que se entende que a recusa nesses casos se dará em razão do desrespeito à ordem pública verdadeiramente internacional³⁴⁸.

Discorda-se, contudo, de tal entendimento, pois só parece fazer sentido falar na aplicação da ordem pública verdadeiramente internacional pelos árbitros internacionais que, não possuindo foro, devem respeitar as concepções transnacionais.

Nessa linha, Fouchard, Gaillard e Goldman afirmam ser claro que o art. V (2) (b) da CNI se refere ao conceito de ordem pública internacional do país onde se busca o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira e não a ordem pública verdadeiramente internacional. Para eles, o conceito de ordem pública transnacional só é relevante para árbitros internacionais que, sem foro, são chamados a aplicar apenas conceitos genuinamente transnacionais. Segundo ponderam, a lógica do art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque é totalmente diferente: é permitir que o país onde se busca o reconhecimento ou execução possa recusar uma sentença arbitral estrangeira que contrarie suas convicções fundamentais³⁴⁹.

*universal justice, jus cogens in public international law, and the general principles of morality accepted by what are referred to as 'civilized nations'. Whilst we know of no examples where a court has expressly applied 'transnational public policy', there are a few decisions which clearly make reference to the concept as, for example, the Milan Court of Appeal decision referred to supra. Also the Swiss Federal Tribunal in W. v. F. and V. (1994) was in favour of taking into account a 'universal conception of public policy, under which an award will be incompatible with public policy if it is contrary to the fundamental moral or legal principles recognized in all civilized countries'. And a number of cases have recognized certain activities, such as corruption, drug trafficking, smuggling and terrorism, to be illicit virtually the world over". (SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2. pp. 217-248).*

³⁴⁸ GONÇALVES, Eduardo Damião. Comentários ao artigo V (2) (A) (B) da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281.

³⁴⁹ "It is equally clear that Article V, paragraph 2(b) refers to the host country's conception of international public policy, and not to a "genuinely international public policy" rooted in the law of the community of nations. The latter concept is only of relevance to international arbitrators who, having no forum, are

No Brasil, como visto anteriormente, a Lei Brasileira de Arbitragem tem dispositivo semelhante ao da Convenção de Nova Iorque (art. 39, II), mas enquanto o texto da Convenção não afirma expressamente qual a ordem pública que atuaria restritivamente ao pedido de homologação, a LBA fala em *ordem pública nacional*, dando margem a diferentes interpretações, sendo, por tal razão, alvo de muitas críticas.

Há doutrinadores que defendem que *nacional* é sinônimo de *interna*, e os que defendem que o legislador empregou a expressão *ordem pública nacional* não como sinônimo de *ordem pública interna*, mas como sinônimo de *ordem pública brasileira* ou *ordem pública do país*, em consonância com a Convenção de Nova Iorque.

Souza Júnior afirma que a noção a ser levada em conta é a de ordem pública internacional e não de ordem pública nacional, como posto na norma³⁵⁰.

Abbud tem a mesma posição, que de fato parece a mais acertada. Segundo ele, o sentido mais restrito e internacionalista de ordem pública deve ser o adotado pelo juiz brasileiro, no processo de homologação, afinal, a locução ordem pública nacional, contida no art. 39, inc. II, da Lei nº 9.307/96, “deve ser interpretada à luz de sua norma inspiradora, o art. V, nº 2, “b”, da Convenção de Nova Iorque, redigido em termos idênticos (*public policy of that country*)”³⁵¹.

Almeida também entende que o legislador empregou a expressão *ordem pública nacional*, no art. 39, II da LBA, não como sinônimo de *ordem pública interna*, mas como sinônimo de *ordem pública brasileira*, ou *ordem pública do País*, em consonância com a Convenção de Nova Iorque. O citado autor, com quem se concorda plenamente, afirma que

required to apply only genuinely transnational concepts. The logic of Article V, paragraph 2(b) of the New York Convention is entirely different: it is to enable the country where recognition or enforcement is sought to refuse to accept into its legal order an award which contravenes its fundamental convictions. The text of the Convention leaves no room for doubt on that point. However, there is nothing to prevent each country from adopting, as part of its conception of international public policy, principles having some claim to universality, whether voluntarily or in order to honor its international commitments”. (FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 997).

³⁵⁰ “Parece, aqui, que o legislador nacional optou por seguir na contramão da tendência legislativa, doutrinária e jurisprudencial verificada no direito comparado. Tratando-se de arbitragens internacionais – e de sentenças proferidas no estrangeiro –, é certo que a noção a ser levada em conta é a de ordem pública internacional e não de ordem pública nacional, como posto na norma examinada”. (SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 422).

³⁵¹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 209.

parece mais acertado o entendimento de que, no contexto de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a Lei só pode estar se preocupando com a manutenção da integridade essencial do ordenamento jurídico nacional, no mesmo sentido em que tradicionalmente se aplica a exceção de ordem pública à homologação de sentenças judiciais estrangeiras, vale dizer, no sentido próprio do direito internacional privado – às vezes identificado com a designação “ordem pública internacional” –, que é específico de relações jurídicas multiconectadas, internacionais, não se confundindo com o emprego do princípio da ordem pública no plano das relações civis exclusivamente internas³⁵².

Na mesma linha, Fichtner e Monteiro asseveram que

para fins de homologação de sentença arbitral estrangeira, o que importa é a ordem pública internacional (ou ordem pública de segundo grau). É com base nessa noção de ordem pública que se deve interpretar o art. V, item 2, “b”, da Convenção de Nova York e, também, o art. 39, inciso II, da Lei de Arbitragem brasileira. Assim, tanto a expressão do texto convencional “ordem pública do país receptor” (*the public policy of that country*) quanto a expressão da Lei de Arbitragem brasileira “ordem pública nacional” deve ser interpretada como se referindo à ordem pública internacional (ou ordem pública de segundo grau)³⁵³.

Diante de todo o exposto, conforme posição que predomina tanto na doutrina como na jurisprudência, pode-se afirmar que tanto o art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, como o art. 39, II, da Lei Brasileira de Arbitragem, consagram o conceito de ordem pública internacional, e não de ordem pública interna, para fins de homologação de sentença arbitral estrangeira.

4.2 TEMAS QUE JÁ SUSCITARAM QUESTIONAMENTOS DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA

Neste tópico tratar-se-á de alguns temas que parecem relevantes para a arbitragem comercial internacional, pois já suscitaram questionamentos de ofensa à ordem pública. Não se tem, contudo, a pretensão de esgotar o assunto, até porque isso não seria possível diante da própria volatilidade do conceito de ordem pública. De todo modo, entende-se que essa abordagem, mesmo que limitada e apenas a título exemplificativo, é importante para que se tenha uma visão prática e concreta do que já se tratou no presente estudo.

³⁵² ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 278-279.

³⁵³ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. **Temas de arbitragem**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 340.

Inicialmente serão tratadas algumas questões que envolvem a ordem pública processual e, em seguida, as que envolvem a ordem pública material.

4.2.1 Violação do devido processo legal e irregularidades do procedimento arbitral

A violação ao devido processo legal ofende a ordem pública, razão pela qual não deve ser homologada a sentença estrangeira emanada de processo arbitral onde desrespeita tal garantia fundamental. Devem, portanto, ser concedidas às partes iguais oportunidades de participar do procedimento arbitral.

O devido processo legal é princípio fundamental de direito. Tal princípio exige que as partes tenham as mesmas oportunidades de serem ouvidas. Deve-se considerar, contudo, que se depois de devidamente notificada uma parte se recusar a participar do procedimento, ou permanecer inativa durante a arbitragem, ela tenha deliberadamente perdido a oportunidade. A contrapartida do devido processo legal é uma participação ativa na arbitragem³⁵⁴.

Como já mencionado anteriormente, ao se tratar do art. V (1) (b) da Convenção de Nova Iorque, o desrespeito ao devido processo legal pode integrar dois fundamentos distintos deste artigo, em oposição ao pedido homologatório, os quais convivem de forma harmônica. O art. V (1) (b) cuida de matéria de exceção, caso tenha havido afronta às regras do contraditório e da ampla defesa previstas na lei aplicável à arbitragem, que só pode ser conhecida pela autoridade competente mediante provocação da parte, enquanto que o art. V (2) (b) é aplicável quando a própria autoridade competente entender ter havido violação irredutível do devido processo legal, de acordo com a ordem pública do país onde se busca o reconhecimento.

Determinadas irregularidades do procedimento arbitral, desde que graves, também podem violar a ordem pública e integrar os mesmos artigos da Convenção de Nova Iorque, levando à recusa do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

³⁵⁴ “Default of party: Due process, which pertains to public policy, implies as a fundamental principle, that the parties have an equal opportunity to be heard. This principle demands that each party must have been effectively offered such opportunity. But if, after having been duly notified, a party refuses to participate or remains inactive in the arbitration, it must be deemed to have deliberately forfeited the opportunity. Default in arbitration, after having been duly notified, has been invariably held not to bar enforcement of a Convention award. In other words, the counterpart of due process is an active participation in the arbitration”. (VAN DEN BERG, Albert Jan. **New York Convention of 1958** - Consolidated commentary – Cases reported in volumes XXII (1997) – XXVII (2002). Yearbook Comm. Arb’n XXVIII, 2003).

Já se discutiu a violação do devido processo legal ao ser analisado o art. V (1) (b) da Convenção, razão pela qual se fará aqui apenas uma breve síntese.

Não tendo a parte oportunidade de influir na instauração da arbitragem, não sendo informada da instauração do procedimento ou sendo prejudicado seu direito de expor suas razões, deverá ser denegado o reconhecimento da sentença arbitral.

A notificação válida encaminhada às partes para que participem do procedimento arbitral é requisito formal essencial para o reconhecimento da sentença estrangeira. A ausência de notificação caracteriza ofensa ao *due process of law*, pois impede a parte de exercer seu direito elementar de participar da formação do tribunal arbitral ou de se defender no procedimento por não ter conhecimento de sua instauração. A impossibilidade de apresentação de argumentos no decorrer do procedimento, que equivale ao não exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, assim como certas irregularidades graves do procedimento arbitral, também são causas de denegação do reconhecimento da sentença arbitral.

A ausência de notificação apropriada sobre a existência do processo arbitral, assim como a falta de notificação da parte acerca de seu direito de designar árbitro, constituem vícios capazes de fulminar de nulidade todos os atos que se seguirem. Do mesmo modo, a impossibilidade de a parte apresentar seus argumentos de defesa no curso do procedimento ofende direitos fundamentais da parte.

É preciso, contudo, ter bastante cuidado ao se perquirir a hipótese de impossibilidade de apresentação de argumentos, pois algumas situações podem de fato implicar cerceamento do direito de defesa, mas o procedimento arbitral internacional não pode se submeter a um rigor exagerado para não frustrar a própria finalidade da arbitragem³⁵⁵.

³⁵⁵ “Although the clear weight of authority reaches contrary results, a few national court decisions have invoked the public policy exception to deny recognition to a foreign arbitral award. When national courts have invoked public policy it has sometimes been on grounds of procedural irregularities (which could readily have been considered under Article V(1)(b) or (d)). This is referred to by a few authorities page as ‘procedural public policy’ (to be distinguished from “substantive public policy”). Thus, the German Bundesgerichtshof has declared that: ‘From the viewpoint of German procedural public policy, the recognition of a foreign arbitral award can therefore only be denied if the arbitral procedure suffers from a grave defect that touches the foundation of the State and economic functions’. Swiss authority is similar: ‘A foreign decision can be incompatible with the Swiss legal system not only because of its substantive content, but also because of the procedures that lead to it. In this respect, Swiss public policy requires compliance with the fundamental principles of procedure, as deduced from the Constitution, such as the right to a fair process and the right to be heard’”. (BORN, Gary B. Recognition and enforcement of International Arbitral

Poucos são os casos apontados pela doutrina estrangeira em que o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira foi recusado diante da alegação de violação ao *due process of law*.

Pode-se trazer como exemplo uma interessante decisão da Corte de Apelação Alemã (*Oberlandesgericht*), onde foi negado o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira por violação ao devido processo legal, uma vez que uma importante carta apresentada por uma das partes não foi encaminhada para a contraparte³⁵⁶.

Outra decisão em que também foi recusado o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira foi igualmente proferida pela Corte de Apelação Alemã, quando foi negado o reconhecimento da sentença porque os nomes dos árbitros não foram comunicados às partes³⁵⁷.

Awards - D. Grounds for Refusing to Recognize International Arbitral Awards. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 2730-2872).

³⁵⁶ "The German firm F and the U.S. firm P had referred their dispute to arbitration under the Rules of the American Arbitration Association (AAA). The single arbitrator decided on the basis of documents, not permitting oral hearings. The U.S. firm P submitted a letter, which the arbitrator did not forward to the German firm F, which had consequently no knowledge of its existence. On the other hand, the German firm F submitted a letter of a German Ministry, which contradicted the letter of the U.S. firm P. The arbitrator did not, however, take account of this letter. The award was made in favour of the U.S. firm P. The District Court of Oregon (U.S.A.) declared the award to be enforceable. The German Court of first instance (*Landgericht*) granted enforcement. On appeal, the Court of Appeal (*Oberlandesgericht*) refused to enforce the award. The Court of Appeal first observed that the German-American Treaty of Friendship, Commerce and Navigation of 1954 (Art. VI) had still to be applied to the present case, because the U.S.A. had only ratified the New York Convention in 1970 after the parties had concluded their contract. With respect to the defence of the German firm F that it had not been able to present its case (*audi et alteram partem*), the Court of Appeal referred to a leading decision of the Supreme Court of 21 October 1971 which draws a distinction between domestic and international public policy with respect to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Reference was made to the same trend in France and Switzerland where the same distinction, in the case of foreign arbitral awards, is made. It was held, however, that in the case of a foreign award, not every infringement of the mandatory provisions of German law constitutes a violation of German public policy. Only in extreme cases, where a party had not been able to present his case in an arbitration abroad, would the basic principles of the German legal order be violated. The Court of Appeal deemed that such an extreme case was present. The arbitrator and the A.A.A. had not only violated the principle of a fair hearing, but the award was made without giving an opportunity to the German firm F to obtain knowledge of the letter the other party had submitted. Moreover, the arbitrator had not paid any attention to the letter of the German Ministry, which was submitted by the German firm F. The Court observed that the German firm F had rightly remarked that the A.A.A. Rules make little allowance for foreign parties. On the other hand it referred to Section 31, para. 2, last sentence, of the A.A.A. Rules, which states that all parties shall be afforded opportunity to examine documents. The violation could not be cured by the fact that the arbitral decision would not have been otherwise if there had been a fair trial. The Court of Appeal stated that a violation is present as soon as it cannot be excluded that a hearing (of the German firm F) could have led to a more favourable decision (for the German firm F)". (3 April 1975 - *Oberlandesgericht Hamburg* in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1977**. The Hague: Kluwer Law International, 1977, v. II, p. 241).

³⁵⁷ "The Court of Appeal continued by considering that 'the institution of challenge can be effective only if the parties have the possibility of knowing the names of the judges or arbitrators who take part in the decision of the dispute in question. Only if this condition is fulfilled, can it be investigated whether the judge or arbitrator who takes part is partial and can his participation be prevented. In international law also, great importance is attached to the disclosure of the names of arbitrators: in the New York Convention (Art. V, para. 1 under b) as well as in the European Convention (Art. IX, para. 1 under b), the lack of notification of

4.2.2 Imparcialidade do árbitro

Ainda dentro do contexto da ordem pública processual, outro tema que traz diversos questionamentos de ofensa à ordem pública é a imparcialidade do árbitro. Vale notar que embora normalmente tal questão venha invocada dentro do contexto do art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, algumas vezes ela vem tratada sob a esfera do art. V (1) (b) da Convenção, que, como já visto, condiciona o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira à observância dos postulados basilares do devido processo legal.

A imparcialidade do árbitro é da essência de sua função jurisdicional e é fundamental dentro de qualquer arbitragem. O árbitro não pode ter nenhum interesse na causa e deve ser totalmente independente das partes. É indispensável que seja mantida a equidistância entre o órgão julgador e as partes. Deve ser recusada a homologação de sentença arbitral onde se verifique que houve a parcialidade do árbitro, por ofensa à ordem pública.

É importante, contudo, que fique constatado que o árbitro de fato agiu de modo parcial durante a arbitragem, com a intenção de favorecer uma das partes. Não é suficiente, porém, que a parte apresente argumentos ou meros indícios que poderiam levar ao comprometimento da parcialidade dos árbitros³⁵⁸. A alegação de falta de imparcialidade deve ser feita de boa-fé.

*the appointment of the arbitrators is mentioned expressly as a ground for refusal of recognition and enforcement'. The Court of Appeal declared that it did not ignore that the regulation contained in Rules 4 and 6 may strengthen the impartiality of arbitrators in a specific case as the non-disclosure of their names may serve the freedom of decision-making. However, this regulation excludes the possibility for the parties to challenge a partial arbitrator. The latter principle is more important. The Court of Appeal reasoned also that it is not sufficient for the right to challenge that the parties may object to one or more persons on the list of arbitrators. Since the parties are not informed of the names of the arbitrators who actually take part in the arbitration, they cannot investigate whether the persons objected to have in fact been excluded. Moreover, it may be possible that persons have acted as arbitrator who were not mentioned on the list. Furthermore, the Court of Appeal declared that it was also not sufficient that the Danish petitioner could prove that in the arbitration in question no arbitrators had participated who were employees of, or linked in another manner with, him. This does not exclude the possibility that other arbitrators, especially arbitrators not mentioned on the list of arbitrators, have acted who were not impartial". (Germany n. 14, Danish buyer v. German (F.R.) seller, Oberlandesgericht Köln, 10 June 1976 in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1979**. The Hague: Kluwer Law International, 1979, v. IV, pp. 258-260).*

³⁵⁸ *"Lack of impartiality of arbitrator: The arbitrator's impartiality is also a fundamental requirement for every arbitration. This condition requires that the arbitrator have no personal interest in the case and is independent vis-à-vis the parties. Whilst clearly confirming this principle in the cases decided under the Convention, the courts generally distinguish between the case where there are circumstances which might have created the lack of impartiality on the part of the arbitrator ("imputed bias" or "appearance of bias"), and the case where the arbitrator has effectively not acted in an impartial manner ("actual bias"). As a rule, it is in the latter case only where the courts are prepared to refuse enforcement of the award. In particular, the courts had held that the constitution and composition of arbitral tribunals in former Eastern European*

Tal questão pode ser ilustrada por dois casos apresentados pelo professor Van Den Berg, em um de seus trabalhos sobre a Convenção de Nova Iorque³⁵⁹. No primeiro deles, a corporação americana Baruch Foster se opôs a uma sentença proferida em arbitragem realizada entre ela e o governo da Etiópia, onde o árbitro, o renomado professor francês René David, tinha sido impugnado por ter escrito, entre 1954 e 1958, o Código Civil da Etiópia. A Corte de Apelação do Quinto Circuito rejeitou os argumentos da referida corporação, fazendo referência à integridade e reputação do professor René David e afirmando que “*Baruch Foster had failed to come forward with anything tending to show that the claim was asserted in good faith and for any reason other than delay*”³⁶⁰. [“Baruch Foster falhou em apresentar qualquer coisa que mostrasse que a ação foi proclamada em boa fé e por qualquer outra razão que não o atraso”. Tradução livre].

No segundo caso, a parte havia alegado que o reconhecimento da sentença arbitral deveria ser recusado porque um dos árbitros era presidente de uma firma que havia servido como agente para uma empresa armadora que apresentou queixa contra ela em arbitragem e processos judiciais anteriores. A Corte Distrital de Nova Iorque entendeu que a relação do árbitro com a parte havia sido muito tênue para desqualificar um experiente e respeitado árbitro, especialmente quando a parte não apresentou argumentos sobre a integridade pessoal do referido árbitro³⁶¹.

Decisão bastante interessante envolvendo alegação de imparcialidade dos árbitros em virtude da nacionalidade comum entre eles e uma das partes foi proferida por Corte Alemã. A Corte entendeu que “*impartiality could not be found on the basis of the arbitrators's nationality only and that the impression of bias should have been proved by concrete facts*”³⁶². [“A imparcialidade não pode ser fundamentada em função apenas da

Socialist countries (in several of which arbitrators could be chosen solely from a list composed of nationals of the Socialist country in question) did not constitute in and of themselves a violation of public policy. The courts pointed out, in this case also, that what matters is that in a given case the arbitrators have not acted in an impartial manner (e.g., Swiss Federal Supreme Court, Switzerland no. 3, reported in Volume I p. 200; German Federal Supreme Court, FR Germany no. 30 sub 4-8, reported in Volume XII pp. 489-491). (VAN DEN BERG, Albert Jan. **New York Convention of 1958** - Consolidated commentary – Cases reported in volumes XXII (1997) – XXVII (2002). Yearbook Comm. Arb’n XXVIII, 2003).

³⁵⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Convention of 1958**. Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: Kluwer Law International, 1981, p. 377.

³⁶⁰ 19 July 1976 – United States Court of Appeals (Fifth Circuit) in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1977**. The Hague: Kluwer Law International, 1977, v. IV, p. 251.

³⁶¹ 15 June 1979 - United States District Court, Southern District Of New York in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1981**. The Hague: Kluwer Law International, 1981, v. VI, p. 244.

³⁶² Germany 114. Oberlandesgericht [Court of Appeal], Karlsruhe, 14 September 2007, 9 Sch 02/07 in Albert Jan van den Berg (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 2008**. The Hague: Kluwer Law International, 2008, v. XXXIII, pp. 541-548.

nacionalidade dos árbitros e que a impressão de parcialidade deveria ter sido provada por fatos concretos”. Tradução livre].

Vale citar, ainda, outra decisão interessante, onde se alegou que o único árbitro não era imparcial porque fazia parte de uma associação da qual duas companhias relacionadas a uma das partes também eram membros, a Corte de Apelação Alemã não acolheu o argumento sob o fundamento de que no caso de imparcialidade do árbitro: “[...] *the violation must be ‘totally incompatible with the principles governing the performance of the judicial office’ and concretely affect the arbitrator’s decision*”³⁶³. [“a violação deve ser ‘totalmente incompatível com os princípios que regem o desempenho da função jurisdicional’ e concretamente afetar a decisão do árbitro”. Tradução livre].

A Corte ponderou que:

*[...] violations of the requirement of neutrality lead to refusing recognition only when they are totally incompatible with the principles governing the performance of the judicial office, for instance because they justify, in the eyes of a neutral observer, the concrete fear that the arbitrator is only the enforcer of the will of one of the parties or unilaterally promotes the interest of one party because of external considerations [...]. Further, the principle of supra parties administration of justice must have had a concrete impact on the arbitration. It must be certain that the appointed [arbitrator] was unsuited to be an arbitrator because of his special relationship to one party or that he was prejudiced in respect of one party and let himself be led by [that prejudice] in his decision*³⁶⁴.

[violações da exigência de neutralidade levam à recusa do reconhecimento somente quando eles são totalmente incompatíveis com os princípios que regem o desempenho das funções jurisdicionais, por exemplo, no caso deles justificarem, aos olhos de um observador neutro, o medo concreto de que o árbitro seja apenas o executor da vontade de uma das partes ou unilateralmente promove o interesse de uma parte devido a motivações externas [...]. Além disso, deve ter tido um impacto concreto sobre a arbitragem. Devemos estar seguros de que o árbitro apontado era inadequado para ser um árbitro devido a sua relação especial com uma das partes ou porque ele mostrou preconceito em relação a uma das partes ou porque ele deixou-se ser conduzido por esse preconceito em sua decisão. Tradução livre].

³⁶³ Germany 112. Oberlandesgericht [Court of Appeal], Celle, 31 May 2007, 8 Sch 06/06. In: Albert Jan van den Berg (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 2008**. The Hague: Kluwer Law International, 2008, v. XXXIII, pp. 524-533.

³⁶⁴ Id., *ibid*.

Cabe também citar o caso *Goldtron Ltd. vs Media Most B.V.*, em que foi denegado o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira em razão de desvios procedimentais graves que afetaram o devido processo legal. Durante o procedimento arbitral, sediado em Moscou, sob as regras de uma instituição arbitral local, o presidente do Tribunal Arbitral entrou por engano em contato com a parte requerente, achando se tratar da parte requerida, sugerindo a apresentação de reconvenção com determinadas características. Passado algum tempo, a parte apresentou reconvenção com o mesmo teor sugerido pelo presidente do Tribunal Arbitral. Apesar de apresentada fora do prazo, a reconvenção foi admitida pelo Tribunal Arbitral.

Diante desse cenário, a parte requerente apresentou manifestação, dirigida ao presidente da instituição arbitral, arguindo a parcialidade do árbitro presidente. O presidente da instituição arbitral rejeitou a alegação sob o fundamento de que seria intempestiva, considerando como termo *a quo* do prazo de 15 dias previsto no regulamento da instituição a data do primeiro contato equivocado do presidente do Tribunal Arbitral e não a data em que a parte requerida apresentou a reconvenção. Prolatada a sentença arbitral, integralmente favorável à requerida, foi apresentada a um tribunal holandês para o reconhecimento e execução da decisão.

Ao analisar a questão, o tribunal holandês recusou o reconhecimento da sentença, com base no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, por entender que o processo arbitral havia violado o princípio do devido processo legal, tutelado pela ordem pública holandesa. Ao tomar tal decisão a corte holandesa julgou equivocada a fixação do termo *a quo* do prazo para arguição da suspeição e entendeu que o presidente da instituição arbitral deveria ter fundamentado porque deixou de aplicar, em vista das circunstâncias do caso, a previsão do regulamento de flexibilização desse prazo “se a demora fosse justificada”³⁶⁵.

Pelos casos aqui relatados vê-se que os tribunais não acolhem qualquer alegação infundada de imparcialidade do árbitro, devendo ficar demonstrado que o árbitro efetivamente foi parcial durante o procedimento arbitral. Meros indícios não são levados em consideração, já que como se viu, as hipóteses de recusa ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira devem ser aplicadas de forma bastante restrita. Contudo, na presença de evidências de desvios procedimentais graves o pedido de homologação deve ser recuado para que princípios fundamentais do direito não sejam afetados.

³⁶⁵ Este caso foi extraído do relato da obra de: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 315-316.

4.2.3 Sentença arbitral estrangeira desprovida de fundamentação

Uma das questões mais polêmicas que envolve a ordem pública processual é a relativa à sentença arbitral estrangeira desprovida de fundamentação.

As leis dos Estados de tradição romano-germânica tradicionalmente exigem a motivação das sentenças, enquanto que vários países pertencentes ao sistema da *common law* não demandam a fundamentação das decisões ou permitem que esta seja bastante sucinta.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a prática é de que as sentenças arbitrais não precisam ser motivadas. Desse modo, algumas instituições arbitrais norte-americanas não exigem que a sentença proferida pelos árbitros seja fundamentada, a menos se a parte assim o solicitar ou se o árbitro assim entender apropriado, como é o caso da *American Arbitration Association* (AAA), que é a maior Câmara de Arbitragem Comercial do país.

Não se pode deixar de mencionar que há diversas jurisdições que aceitam a decisão arbitral sem motivação. Na Inglaterra, por exemplo, o *Arbitration Act*, de 1996, deixa às partes, como regra geral, a escolha da forma que revestirá a sentença. As partes podem expressamente dispensar a fundamentação das sentenças³⁶⁶.

Diante de tal situação, já se tentou, diversas vezes, tanto no Brasil como no exterior, obstar a homologação de uma sentença arbitral estrangeira por ausência de motivação. Tal situação se faz comum quando o sistema processual do Estado de origem permite que a sentença não seja fundamentada, ou apresente fundamentação sucinta, enquanto que o sistema adotado no país onde se busca a homologação exige a fundamentação.

No Brasil, o dever de motivação das decisões é norma constitucional integrada à ordem pública interna. O art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) determina que todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. A Lei Brasileira de Arbitragem também exige expressamente que a decisão arbitral seja fundamentada (art. 26 da LBA). Essas são as disposições legais levantadas

³⁶⁶ “52 Form of award: (1) The parties are free to agree on the form of an award. (2) If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply. (3) The award shall be in writing signed by all the arbitrators or all those assenting to the award. (4) The award shall contain the reasons for the award unless it is an agreed award or the parties have agreed to dispense with reasons. (5) The award shall state the seat of the arbitration and the date when the award is made”.

pelas partes que se opõem ao reconhecimento, no Brasil, das sentenças arbitrais desprovidas de fundamentação.

Acontece, porém, que a exigência constitucional de motivação das sentenças judiciais, além de se direcionar expressamente aos órgãos do Poder Judiciário, é regra integrada à ordem pública nacional, de cunho doméstico, e não postulado da ordem pública brasileira em suas relações internacionais³⁶⁷. A disposição do art. 26 da Lei Brasileira de Arbitragem, por sua vez, constitui-se em uma regra de direito interno, que não integra o arcabouço constitucional, e que somente se aplica às sentenças aqui proferidas³⁶⁸. Tal exigência não se aplica à sentença arbitral estrangeira, que deve observar a lei do local da sede ou a lei escolhida pelas partes, não a lei do Estado em que se vai buscar a homologação da decisão.

As regras utilizadas para o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras são aquelas previstas na Convenção de Nova Iorque, que regula a circulação de tais sentenças no plano internacional. A Convenção, entretanto, nada fala a respeito da necessidade de fundamentação das sentenças, podendo-se depreender que a validade da sentença estrangeira não fundamentada dependerá da regra escolhida pelas partes e das disposições da lei da sede da arbitragem.

No guia publicado pelo *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque foi apresentada a seguinte orientação quanto ao reconhecimento e execução de sentenças diante da alegação de ofensa à ordem pública: “Ausência de fundamentação: tribunais dos países em que a fundamentação da

³⁶⁷ Não se está em hipótese alguma afirmando a inaplicabilidade dos princípios fundamentais do processo em sede de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, como, por exemplo, a ampla defesa e contraditório. A infração a tais princípios impede a homologação de uma sentença arbitral estrangeira, mas não porque são princípios basilares na ordem jurídica brasileira, e sim porque integram a ordem pública internacional do Brasil.

³⁶⁸ “A imperatividade da fundamentação das decisões, sem dúvida nenhuma, é princípio caro à ordem jurídica brasileira. E não sem propósito. A exposição dos motivos permite às partes conhecer as razões da tomada de decisão, atesta o cumprimento das demais garantias processuais e fornece parâmetros objetivos para controle do decidido por órgãos superiores, dentre outros papéis relevantes. Por isso mesmo, a motivação é requisito a que é submetida a validade das sentenças prolatadas no Brasil, tanto judiciais como arbitrais (CPC, art. 458, inc. II; LA, art. 26, inc. II). Isso não torna lícito ao juiz do processo homologatório, no entanto, projetar a importância que a motivação das decisões tem no território pátrio ao âmbito internacional, especialmente o da arbitragem realizada no exterior. Como visto, o dever de fundamentação não integra o núcleo essencial da cláusula *due process* em matéria arbitral, tal como interpretada e aplicada mundo afora. Não faz parte, assim, da ideia de ordem pública aplicável ao reconhecimento de laudos estrangeiros”. (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 214).

sentença é obrigatória geralmente aceitam homologar sentenças arbitrais não motivadas, mas que tenham sido proferidas em países onde essas sentenças são válidas”³⁶⁹.

Importante notar que a Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) prevê que as partes podem escolher se a sentença arbitral será ou não motivada, segundo o disposto no art. 31: “[...] 2 - A sentença será fundamentada a não ser que as partes tenham acordado que não deverá haver fundamentação ou se se tratar de uma sentença proferida com base num acordo das partes nos termos do artigo 30”.

Cumprir destacar que tal previsão constante da Lei Modelo da UNCITRAL, que serviu de inspiração para diversas legislações nacionais, denota que a fundamentação das sentenças arbitrais não é um requisito essencial dos sistemas jurídicos mais representativos do comércio internacional, que acabam por admitir como válidas as decisões não motivadas.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes sobre o tema, mas não firmou uma posição firme sobre a questão. Há muitos precedentes que reputam indispensável a motivação para o reconhecimento da sentença³⁷⁰, mas há também precedentes que reputam a ausência de fundamentação plenamente compatível com a ordem pública³⁷¹.

O Superior Tribunal de Justiça já analisou a questão na SEC 879 e na SEC 880³⁷². Na SEC 879, o STJ indeferiu o pedido de homologação tendo como um dos motivos a ausência de motivação da decisão homologanda, reconhecida como matéria de ordem pública. E no julgamento da SEC 880, o STJ entendeu que a fixação do *quantum debeatur* da condenação, com base em juízo de equidade, não cumpria o requisito da motivação suficiente e, portanto, o julgado violava a ordem pública.

³⁶⁹ Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese_guide_composite_for_website_final.pdf>. Acesso em: 01 out. 2012.

³⁷⁰ Vide SE 2.766, Rel. Min. Oscar Corrêa, DJ 23.09.1983; SEC 3.977, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 26.08.1988; e SEC 3.976, Rel. Paulo Brossard, DJ 15.09.1989.

³⁷¹ “SENTENÇA ESTRANGEIRA – FORMALIDADES – DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. A sentença estrangeira deve estar revestida das formalidades impostas pela legislação do país em que é prolatada. Descabe cogitar da estrutura de tal peça considerados o Código de Processo Civil e a Constituição nacionais – inciso III do art. 217 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. (SEC 4.590-7, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.07.1992).

³⁷² STJ, SEC 879, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25.9.2006, e SEC 880, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 6.11.2006.

No julgamento da SEC 760, o STJ apreciou pedido de homologação da sentença com fundamentação sucinta. A parte requerida alegou que uma decisão proferida por tribunal arbitral constituído sob as regras da *American Arbitration Association* (AAA), nos Estados Unidos, implicava a nulidade da sentença arbitral por ter fundamentação sucinta. A Corte do STJ entendeu que a decisão “apresentou fundamentação suficiente para o julgamento da *quaestio*, demonstrando as razões para a condenação da parte requerida”³⁷³.

Na SEC 5692/US se busca a homologação de uma sentença arbitral estrangeira cujo procedimento arbitral foi regido pelas Regras de Arbitragem da Bolsa de Valores ICE Futures US, em que a parte requerida aduziu como uma das razões para o não reconhecimento da sentença a ofensa à ordem pública pelo fato de a sentença ser despida de motivação³⁷⁴. Tal SEC ainda está pendente de julgamento.

Na jurisprudência internacional já se aceitou diversas vezes a homologação de sentenças provenientes de países onde a fundamentação pode ser dispensada. A Corte de Düsseldorf, por exemplo, declarou que uma sentença arbitral proferida segundo as regras da *American Arbitration Association* (AAA) tinha plena eficácia na Alemanha, a despeito de a decisão ser despida de motivação. A Corte entendeu que a ausência de motivação era admitida pelas regras da AAA e não representava violação aos princípios básicos da ordem jurídica alemã. O Tribunal alemão registrou que a ausência de motivação não era, por si só, uma ofensa à ordem pública, e sim um elemento a ser considerado caso houvesse uma violação ao devido processo legal³⁷⁵.

A Corte de Apelação de Reims já reconheceu que a falta de fundamentação de uma sentença de acordo com a lei escolhida pelas partes não é contrária à ordem pública internacional da França³⁷⁶. O Tribunal Supremo da Espanha também já afastou alegação de ausência de motivação de uma sentença porque a parte não provou que a falta de fundamentação era contrária à lei do país onde a sentença foi proferida³⁷⁷.

³⁷³ STJ, SEC 760, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 19.06.2006.

³⁷⁴ STJ, SEC 5692, Rel. Min. Ari Pargendler.

³⁷⁵ Germany n°. 135. Seller v. Buyer (Germany). Oberlandesgericht [Court of Appeal]. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>. Acesso em: 01 out. 2012.

³⁷⁶ “*Having regard to the applicable English law, the appeal arbitration board was not obliged to give reasons for the award. An absence of reasons in conformity with the foreign law chosen by the parties is not, as such, contrary to French international public policy*”. (France n° 6. 23 July 1981 – Cour d'appel of Reims (Civil Chamber) in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1984**. The Hague: Kluwer Law International, 1984, v. IX, pp. 400-402).

³⁷⁷ “*The Spanish respondent also opposed enforcement of the award on the grounds that it lacked reasons. The Supreme Court dismissed the contention. The Court held that the respondent had failed to prove that lack of reasons is contrary to the law of the place where the award has been rendered*”. (Spain n° 6, 14 de

Vê-se que a distinção entre ordem pública interna e internacional é extremamente relevante no caso de uma sentença arbitral estrangeira desprovida de fundamentação, tanto que com base em referida distinção, a grande maioria dos Estados-membros da Convenção de Nova Iorque admite o reconhecimento de julgados arbitrais imotivados.

Van Den Berg já disse que

[...] as leis de arbitragem de muitos países preveem de forma obrigatória que o laudo arbitral deve conter as razões em que se baseia a decisão. Nestes países, considera-se fundamental que as partes sejam informadas como foi feita a justiça no seu caso. Por outro lado, em vários países de *common law* é comum que não haja fundamentação na sentença arbitral. Aqui, mais uma vez, fazendo-se a distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional, os tribunais dos países em cujas leis a motivação é obrigatória geralmente conferem eficácia a laudos arbitrais proferidos em países em que esses laudos são válidos³⁷⁸.

Essa interpretação acerca da necessidade de motivação da sentença arbitral estrangeira, de acordo com a melhor interpretação da Convenção de Nova Iorque e em sintonia com a jurisprudência de vários países signatários da Convenção, parece ser a mais correta. A ausência de fundamentação, por si só, não fere a ordem pública do foro em que se pretende homologar a decisão. Se a sentença arbitral estrangeira foi proferida de acordo com as regras que lhe eram aplicáveis, e não havendo nessas regras qualquer obrigatoriedade de motivação da decisão, acredita-se que não exista óbice à homologação.

4.2.4 Validade da convenção de arbitragem

Mais adiante serão analisados casos em que o STJ indeferiu pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira com base na ofensa à ordem pública, em questões cujo tema central era a falta de aceitação da convenção arbitral, ante a ausência de

janeiro de 1983. Supremo Tribunal. In Albert Jan van den Berg (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1986**. The Hague: Kluwer Law International, 1986, v. XI, pp. 523-524).

³⁷⁸ “As is the case for an uneven number of arbitrators, the arbitration laws of many countries prescribe mandatorily that the award must contain the reasons on which the arbitral decision is based. In these countries, it is considered fundamental that the parties are informed how just has been done to their case. On the other hand, in several Common Law countries it is customary not to give reasons in the award. Here again, whilst making the distinction between domestic and international public policy, the courts of the countries under whose law the giving of reasons is mandatory generally enforce awards without reasons made in countries where such awards are valid”. (VAN DEN BERG. Albert. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: Kluwer Law International, 1981, pp. 308-381).

prova inequívoca da manifestação de vontade da parte em se submeter ao juízo arbitral. Tal situação se deu, por exemplo, no julgamento da SEC 866³⁷⁹.

Como já se viu até aqui, uma das hipóteses de recusa legítima ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira está contida no art. V (1) (a) da Convenção de Nova Iorque, que se refere à situação em que o acordo arbitral não seja válido. A falta de aceitação expressa da convenção de arbitragem se enquadra nessa hipótese de recusa legítima ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira e deve ser alegada e provada pela parte contra a qual ela é invocada. Eventual ofensa à ordem pública deveria ser analisada em momento posterior, após o exame dos requisitos para a homologação.

Ao indeferir o pedido homologatório no julgamento da SEC 866, diante da falta de elementos seguros que comprovasse a aceitação da cláusula compromissória por parte da Requerida, a Corte Especial do STJ poderia ter fundamentado sua decisão na impossibilidade de verificação da validade da convenção arbitral, nos termos dos arts. V (1) (a) da Convenção de Nova Iorque e 38, II, da LAB.

No julgamento da SEC 6.753-7³⁸⁰, que será analisada mais adiante, o Supremo Tribunal Federal também negou a homologação de sentença arbitral prolatada no âmbito da *Liverpool Cotton Association*, por violação à ordem pública, entendendo que a parte brasileira não havia assinado os contratos, nem concordado com a instituição da arbitragem. Nesse caso entende-se novamente que a Suprema Corte poderia ter fundamentado sua decisão no art. V (1) (a) da Convenção de Nova Iorque. De toda forma, vê-se que a questão da validade da convenção de arbitragem acabou sendo inserida, pelo menos aqui no Brasil, dentro do contexto da ordem pública.

4.2.5 Fraude e corrupção

Conforme reconhecido no Relatório da ILA já citado neste estudo, há um consenso internacional de que o reconhecimento de uma sentença deve ser recusado em caso de fraude ou corrupção³⁸¹.

³⁷⁹ SEC 866, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16.10.2006.

³⁸⁰ STF, SEC n. 6.753-7, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 04.10.2002.

³⁸¹ SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration international**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19. Issue 2. pp. 217-248.

Austrália, Nova Zelândia, Índia e Zimbábue promulgaram versões modificadas da Lei Modelo da UNCITRAL, prevendo que para evitar dúvidas e sem limitar a generalidade dos arts. 34 e 36 da Lei Modelo, uma sentença é contrária à ordem pública se “*the making of the award was induced or affected by fraud or corruption*”. [“a emissão da sentença foi induzida ou afetada por fraude ou corrupção”. Tradução livre].

A Convenção de Washington incluiu como uma das causas para anulação da sentença “*that there was corruption on the part of a member of the Tribunal*” (art. 52 “c”). [“que houve corrupção por parte de um dos membros do Tribunal”. Tradução livre].

Segundo consta do referido Relatório, há diferenças de opinião sobre a possibilidade de a fraude/corrupção ter afetado o resultado do julgamento. O Comitê manifestou que a fraude envolvendo o Tribunal Arbitral deve levar ao não reconhecimento da sentença, mesmo sem a prova de seus efeitos, enquanto que a fraude cometida pela parte vitoriosa deve ter influenciado o resultado para levar ao não reconhecimento da decisão.

4.2.6 Manifesta violação de lei

Os Tribunais de diversos países como, por exemplo, França, Inglaterra e Alemanha, têm rejeitado o argumento de que a interpretação errada da lei substantiva é motivo suficiente para recusar o reconhecimento da decisão por ofensa à ordem pública³⁸².

Nos Estados Unidos, a manifesta violação de lei é uma defesa à execução no âmbito da Lei de Arbitragem, mas as Cortes têm sustentado que esta não é uma defesa válida de acordo com a Convenção de Nova Iorque e não se enquadra no âmbito do art. V (2) (b). Em um caso recente, entretanto, o Tribunal de Apelação do Segundo Circuito considerou que as normas da Lei da Arbitragem, incluindo a manifesta violação de lei, se

³⁸² “For example, the Austrian Supreme Court found no infringement of public policy where an ICC arbitral tribunal sitting in Vienna applied an ‘international lex mercatoria’. The French courts have reached a similar conclusion. In *D.S.T. v. Rakoil* (1987), the English Court of Appeal rejected the argument that enforcement of an award based upon ‘internationally accepted principles of law governing contractual relations’ (and more specifically, common practice in international arbitrations, particularly in the field of oil drilling concessions), rather than upon any national system of law, should be refused on grounds of public policy. Section 46(1)(b) of the English Arbitration Act 1996, which provides that the parties may agree the basis upon which the tribunal is to determine the dispute, has removed any lingering doubt that the English courts might consider an award made on the basis of *lex mercatoria*, or *ex aequo et bono*, or *amiable composition* to be contrary to public policy”. (SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration international**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248).

aplicam às sentenças estrangeiras proferidas nos Estados Unidos. O erro deve ir além de uma mera falha por parte do árbitro na interpretação e aplicação da lei, devendo ser óbvio e capaz de ser facilmente percebido pelo homem médio qualificado para atuar como árbitro³⁸³.

4.2.7 Manifesta violação dos fatos

De acordo com o já referido Relatório da ILA, uma sentença também pode ser contrária aos fatos ou fundamentalmente perversa ou irracional. É normalmente considerado que tal perversidade (desacompanhada por alguma irregularidade grave) não é suficiente para se recusar o reconhecimento de uma sentença por ofensa à ordem pública.

Segundo consta do Relatório, uma recente decisão da Suprema Corte do Zimbábue é exceção. A Corte decidiu que

[...] under Article 34 or 36 (of the Model Law) the court does not exercise an appeal power either (to) uphold or set aside or decline to recognize and enforce an award by having regard to what it considers should have been the correct decision. Where, however, the reasoning or conclusion in an award goes beyond mere faultiness or incorrectness and constitutes a palpable inequity that is so far reaching and outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that a sensible and fair minded person would consider that the conception of justice in Zimbabwe would be intolerably hurt by the award, then it would be contrary to public policy to uphold it. The same consequence applies where the arbitrator has not applied his mind to the question or has totally misunderstood the issue, and the resultant injustice reaches the point mentioned above³⁸⁴.

³⁸³ “In the United States, ‘manifest disregard of the law’ is a defence to enforcement under the Federal Arbitration Act; but federal courts have held that it is not a valid defence to an enforcement action under the New York Convention, and that the manifest disregard standard does not fall within the scope of Article V.2(b). However, in one recent case, the Court of Appeals for the Second Circuit held that the Federal Arbitration Act standards, including manifest disregard of the law, do apply to non-domestic awards rendered in the United States. To vacate an award for manifest disregard of the law, it has been held that there must be something beyond, and different from, a mere error in the law or failure on the part of the arbitrators to understand or apply the law. The error must have been obvious and capable of being readily and instantly perceived by the average person qualified to serve as an arbitrator. Moreover, the term ‘disregard’ implies that the arbitrator appreciates the existence of a clearly governing principle but decides to ignore or pay no attention to it”. (SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration international**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248).

³⁸⁴ SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration international**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248.

[nos termos do artigo 34 ou 36 (da Lei Modelo), o Tribunal não exerce um poder de apelo para manter, ou recusar-se a reconhecer e executar uma sentença pelo que considera que deveria ter sido a decisão correta. Onde, no entanto, o raciocínio ou conclusão de uma sentença vai além da mera falta ou incorreção e constitui uma injustiça palpável, que é tão em seu desafio à lógica ou aos padrões morais aceitos que uma pessoa sensata e justa consideraria que o conceito de justiça no Zimbábue seria intoleravelmente ferido pela sentença, então mantê-la seria contrário à ordem pública. A mesma consequência se aplica quando o árbitro não dedicou à questão ou não tenha entendido completamente a causa, e a injustiça resultante chegue ao ponto mencionado acima. Tradução livre].

4.2.8 Direito da concorrência

Passa-se a apresentar a partir de agora alguns exemplos de temas que suscitaram questionamentos de ofensa à ordem pública material. Inicialmente tratar-se-á do direito da concorrência.

No âmbito do direito comunitário europeu já se admite a existência de uma ordem pública de dimensão regional. Na União Europeia, os tribunais nacionais devem reconhecer e aplicar a ordem pública comunitária sob o controle do Tribunal de Justiça da União Europeia, que os orienta seguindo o mecanismo previsto no art. 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ex-artigo 234 do TCE).

O então art. 81 do Tratado que institui a Comunidade Europeia³⁸⁵ proíbe práticas que tenham por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência entre os Estados Membros³⁸⁶. O Tribunal de Justiça da União Europeia elevou essa regra para o nível de ordem pública.

³⁸⁵ Com o Tratado de Lisboa (2009), a numeração dos artigos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia foram alterados. O artigo 81 passou a ser 101.

³⁸⁶ “Art. 81: 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições do n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas e — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que

Diante de tal dispositivo compreende o Comitê que elaborou o Relatório Interino da ILA que um árbitro que entenda que ocorreu uma violação deve, por sua própria iniciativa, se recusar a reconhecer o acordo. Da mesma forma, um Tribunal Nacional da União Europeia, diante de uma sentença arbitral estrangeira que viole o art. 81 do Tratado (atual artigo 101), deve recusar o reconhecimento da decisão por violação à ordem pública ou submeter a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos do art. 267 do mesmo Tratado³⁸⁷.

No caso *Eco Swiss China Time v. Benetton*³⁸⁸, citado no referido Relatório, Benetton pretendia denunciar o acordo de licença relativo à fabricação e distribuição de relógios com o nome Benetton. Foi proferida sentença favorável a Eco Swiss, empresa de Hong Kong, concedendo indenização de mais de 26 milhões de dólares. Derrotada na arbitragem, a Benetton propôs ação de anulação da sentença arbitral perante tribunal estatal holandês, alegando ofensa à ordem pública, sustentando que o contrato era nulo diante do

não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.

³⁸⁷ “Art. 267: O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível”.

³⁸⁸ Case C-126/97. Judgment of the Court of 1 June 1999. - *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*. - Reference for a preliminary ruling: Hoge Raad - Netherlands. - Competition - Application by an arbitration tribunal, of its own motion, of Article 81 EC (ex Article 85) - Power of national courts to annul arbitration awards. Summary: “1 Where domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy, it must also grant such an application where it is founded on failure to comply with the prohibition laid down in Article 85 of the Treaty (now Article 81 EC). That provision constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market. Also, Community law requires that questions concerning the interpretation of the prohibition laid down in Article 85 should be open to examination by national courts when they are asked to determine the validity of an arbitration award and that it should be possible for those questions to be referred, if necessary, to the Court of Justice for a preliminary ruling. 2 Community law does not require a national court to refrain from applying domestic rules of procedure according to which an interim arbitration award which is in the nature of a final award and in respect of which no application for annulment has been made within the prescribed time-limit acquires the force of *res judicata* and may no longer be called in question by a subsequent arbitration award, even if this is necessary in order to examine, in proceedings for annulment of a subsequent arbitration award, whether an agreement which the interim award held to be valid in law is nevertheless void under Article 85 of the Treaty (now Article 81 EC), where the time-limit prescribed does not render excessively difficult or virtually impossible the exercise of rights conferred by Community law”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0126:EN:HTML>>. Acesso em: 07 jan. 2013.

disposto no art. 81 do Tratado da Comunidade Europeia. A questão chegou até a Suprema Corte da Holanda, que manteve a sentença, concluindo que o art. 81 não devia ser considerado uma norma imperativa “*which is so fundamental that no restrictions of a procedural nature should prevent it from being observed*”, mas submeteu a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia. [“que é tão fundamental que nenhuma restrição de natureza processual devesse impedir que fosse observado”. Tradução livre].

O Tribunal de Justiça da União Europeia observou que, de acordo com o interesse da eficiência dos procedimentos arbitrais, a revisão da sentença arbitral deveria ser limitada a circunstâncias excepcionais. E decidiu que

[...] where ‘its domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitration award where such an application is founded on a failure to observe national rules of public policy, it must also grant such an application where it is founded on failure to comply with the prohibition laid down in Article 81(1) EC.

[onde suas regras internas de procedimento exigem um tribunal nacional para conceder um pedido de anulação de uma decisão arbitral, onde tal pedido se baseia em uma violação de normas nacionais de ordem pública, deve também conceder esse pedido onde ele estiver fundamentado no não cumprimento da proibição prevista no artigo 81 (1) CE. Tradução livre].

O Tribunal de Justiça da União Europeia considerou ainda, que as disposições do art. 81 constituem disposições fundamentais essenciais para a realização das tarefas confiadas à Comunidade e para o funcionamento do mercado interno. Assim, estavam sendo consideradas como questão de ordem pública na acepção da Convenção de Nova Iorque.

Na medida, entretanto, em que a Benetton deixou transcorrer o prazo decadencial previsto na legislação holandesa para pleitear a anulação da sentença arbitral (parcial) que estabeleceu sua responsabilidade, somente vindo a propor a ação anulatória contra a sentença final, o Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que deveriam prevalecer os preceitos processuais internos que obrigavam a parte interessada a pleitear tempestivamente a anulação da sentença parcial declaratória de sua responsabilidade ao invés de aguardar a sentença final³⁸⁹.

³⁸⁹ SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration international**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248.

4.2.9 Cobrança de juros e *punitive damages*

Ainda no que diz respeito à ordem pública material, a condenação ao pagamento de juros e *punitive damages* são temas passíveis de indagações dentro do contexto da ordem pública. A legislação de muitos países contém dispositivos de caráter cogente sobre a limitação da cobrança de juros e aplicação de *punitive damages*³⁹⁰.

Muitos países como, por exemplo, Itália e Alemanha, não reconhecem os danos punitivos como um remédio para a quebra de contrato. Os referidos países entendem que os danos punitivos são incompatíveis com os princípios fundamentais da responsabilidade civil e não podem ser impostos. Como consequência, uma sentença em que tiverem sido concedidos tais danos, é suscetível de ter seu reconhecimento negado.

No Caso CCI nº 5.946, por exemplo, foi recusado o pedido de aplicação de danos punitivos numa arbitragem com sede em Genebra, com aplicação do direito de Nova Iorque, sob o fundamento de que a aplicação de danos punitivos, além dos compensatórios, constituiria punição contrária à ordem pública³⁹¹.

³⁹⁰ “Putting aside decisions based on procedural fairness or natural justice considerations, there are a limited number of decisions, from developed jurisdictions, where local statutory protections and substantive public policies have been relied upon to deny recognition to foreign arbitral awards. (One U.S. court concluded that imposition of 5% excess interest (above and beyond otherwise applicable market interest rates under foreign law) was violative of applicable U.S. public policy against contractual penalties. An Austrian court reached a similar conclusion (where the relevant page interest rate was nearly 100% per annum). Another decision held that an award would be contrary to Austrian public policy if it arose from a margin sales contract that was illegal under Austrian law. It also appears well-settled that awards requiring payment of the proceeds of corruption or orders to commit criminal actions are subject to non-recognition, as are other awards requiring conduct in violation of at least some mandatory laws. It has been held (or suggested) that an arbitral tribunal's refusal to apply principles of *res judicata*, statutes of limitations, or *pacta sunt servanda* would be a violation of public policy. It is unclear, however, why arbitrators' misapplications of these doctrines – comparable to rules of substantive law – should be regarded differently from misapplications of substantive laws”. (BORN, Gary B. Recognition and enforcement of International Arbitral Awards - D. Grounds for refusing to recognize International Arbitral Awards. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 2730-2872).

³⁹¹ “Respondent claims exemplary damages of US\$ 100,000 for claimant's alleged unilateral and unprovoked termination of the Agreement, its commencement of litigation instead of arbitration and its refusal to resolve this dispute. To the extent that respondent has sustained and proven legal expenses in connection with claimant's unjustified bringing suit before the Federal Court in New York, respondent is already adequately compensated (see para. [49]). Damages that go beyond compensatory damages to constitute a punishment of the wrongdoer (punitive or exemplary damages) are considered contrary to Swiss public policy, which must be respected by an arbitral tribunal sitting in Switzerland even if the arbitral tribunal must decide a dispute according to a law that may allow punitive or exemplary damages as such (see Art. 135(2) Swiss Private International Law Statute, which refuses to allow enforcement of a judgment awarding damages that cannot be awarded in Switzerland; ⁽⁶⁾ Swiss Federal Council's message to the draft of that statute, p. 165 et seq.). In addition, it must also be emphasized that even if an award of punitive damages were not found to be inconsistent with Swiss public policy, respondent has not proven that under New York law a claim for such punitive or exemplary damages would lie (D.B. Dobbs, Remedies, p. 205 et seq.)”. (Seller v. Buyer, Final award in case no. 5946 of 1990 in Albert Jan van den Berg (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1991**. The Hague: Kluwer Law International, 1991, pp. 97-118).

Mesmo nos Estados Unidos, onde os danos punitivos são atualmente aceitos, há um precedente em que um Tribunal norte-americano recusou o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira por entender que esta era incompatível com princípios fundamentais do direito americano. Foi negado o reconhecimento da sentença, com fundamento em violação à ordem pública, porque a decisão de origem francesa havia condenado uma pessoa jurídica sediada no Estado norte-americano da Geórgia ao pagamento de juros acrescidos de 5% se a parte condenada não quitasse o débito espontaneamente em até dois meses após a notificação da decisão. O tribunal norte-americano entendeu que o acréscimo de 5% teria caráter penal, e não compensatório, considerando o reconhecimento da sentença como contrário à ordem pública da Geórgia³⁹².

³⁹² “Notwithstanding the fact that the public policy defence, even if often invoked, finds little application in most cases, it could still represent a strong bias against the enforcement of punitive damages awards. The feature of international public policy that comes into consideration is the one related to the application of general principles of law of the enforcing country: several Civil law and Common law countries do not recognize punitive damages as a lawful remedy for breach of contract actions. For instance, in Italy there are no grounds on which one can argue for the availability of punitive damages: they clearly are against Italian public policy to the extent that they are not consistent with Italian principles on remedies. The result will be that the enforcement of an arbitral award granting them is likely to be refused by Italian courts. The same could be said with regard to Germany, where compensation is the only purpose of contract and tort law: the German Supreme court held that punitive damages are incompatible with fundamental tort principles and therefore they cannot be forced. As stated above, there also are Common law countries in which, while in tort law punitive damages are allowed, they are not in contract actions: this is the case of England. Furthermore, in case of multiple damages award, the Protection of Trading Interests Act 1980 prevents English courts from enforcing them. A similar provision can be found in Canada, where according to the Foreign Extraterritorial Measures Act the Attorney General, when the recognition or enforcement of a judgment rendered under a foreign trade law in Canada is likely to adversely affect significant Canada's interests, may (a) declare the judgment not enforceable or (b) reduce the amount of money awarded. The only exception is the United States, where arbitral awards of punitive damages are currently enforced and affirmed, as we had the chance to see *supra*. Nonetheless, absolute certainty is not possible even in the U.S. The public policy exception has been used to refuse the enforcement of a foreign award that was considered inconsistent with U.S. fundamental principles of law. The case was *Laminoirs–Trefileries–Cableries de Lens, S. A. v. Southwire Co.* and it was about the judgement for the recognition and enforcement of an award made by an international arbitral tribunal between a French manufacturer and a Georgia corporation who entered in a purchase agreement. The arbitral tribunal awarded interest to *Laminoirs* plus 5% p.a. from the date of the award according to the French law. The Georgia Supreme Court argued that the additional interest rate was penal rather than compensatory and “bears no reasonable relation to any damage resulting from delay in recovery of the sums awarded” eventually not enforcing that part of the award. This case, however, may be considered to some extent overruled by the interpretation U.S. courts gave of the FAA policy favouring arbitration, as purported above. Nonetheless, the underpinning of *Garrity* may still constitute some appeal when arguing on the basis of Article V (2) (b) – namely the argument against the displacement of social justice from courts to arbitrators by granting them the possibility to award punitive damages. This view is mainly supported by the extent that the American jurisprudence on the point is not as clear as it should be, evidencing a disarray on the doctrine on which the argument for the exclusion of punitive damages may still be grounded”. (CASTAGNO, Niccolò Pietro. International Commercial Arbitration and punitive damages. In: VERDERA Y TUELLS, Evelio; ROZAS, José Carlos Fernández (eds). **Arbitraje**: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. IproLex, 2011, v. 4, Issue 3, pp. 729-751).

4.2.10 Decisões contrárias aos bons costumes

Algumas atividades são consideradas como contrárias aos bons costumes em todo o mundo como, por exemplo, pirataria, terrorismo, genocídio, escravidão, pedofilia, tráfico de drogas. Acordos que versem sobre tais atividades são ilegais e, consequentemente, as sentenças que tratem de tais questões não devem ser reconhecidas.

No caso *Soleimany v Soleimany*, por exemplo, a Corte de Apelação Inglesa recusou-se a reconhecer uma sentença que deu efeito a um contrato entre um pai e um filho, que exigia o contrabando de tapetes para fora do Irã, violando as leis iranianas, sob o fundamento de que o contrato era ilegal. O Tribunal de Justiça do rabino-chefe em Londres, aplicando a lei judaica, tinha atribuído ao filho uma percentagem dos lucros da venda dos tapetes. O Tribunal considerou que o acordo era ilegal e, como tal, violava a ordem pública³⁹³.

Ainda com relação a decisões contrárias aos bons costumes, vale mencionar que há um consenso internacional de que corrupção e suborno são práticas contrárias à ordem pública. Em 1993, por exemplo, a Corte de Apelação de Paris reconheceu que um contrato

³⁹³ “One of the more intriguing cases to arise under the public policy defence in England is the case of *Soleimany v Soleimany*. An agreement was entered into between a father and son, of Iranian Jewish origin, concerning valuable Persian carpets exported from Iran. The son had gone over to Iran to free a consignment of carpets that had been seized by the Iranian customs authorities. The export of the carpets was in contravention of the Iranian revenue and export controls laws. This was not disputed. The carpets were sold by the father in England and a dispute arose about the division of the proceeds of sale. When efforts at mediation failed the parties agreed to go to arbitration before the Beth Din (Court of Chief Rabbi, in London). The tribunal applied Jewish law and found in favour of the son. The award acknowledged the illegality of smuggling the carpets out of Iran but this was held not to undermine the contractual rights of the parties. The award ordered a payment by the father to the son. When the father refused to voluntarily comply with the award, the son sought enforcement in the English courts. The father argued that the illegality of the arrangement rendered the award unenforceable in England as it was contrary to public policy. Although this case does not stem from a traditional international commercial arbitration it is illustrative of the approach taken by the English courts when questions of illegality are raised. It is the first ever case which refused enforcement of an award because of public policy considerations. The facts of the case highlight the illegality issue. The Court of Appeal confirmed that the English courts exercise control over enforcement proceedings of arbitration awards. It held where public policy is involved, the interposition of an arbitration award does not isolate the successful party's claim from the illegality which gave rise to it. The court ultimately held that the agreement was illegal and as such it was contrary to public policy to enforce such an English award. The court also concluded that it would also not enforce “a contract governed by the law of a foreign and friendly state, or which requires performance in such a country, if performance is illegal by the law of that country.” Smuggling is not an activity which the English courts would uphold even in a case where the governing law took a more relaxed view of the illegality. This case was, in effect, a domestic matter as both father and son were resident in England where the contract was made, and English law was the putative applicable law but for their choice of the rabbinic courts to decide the issue. It is not clear if the outcome would have been different if the Court of Appeal had been deliberating on the enforcement of an award made outside England and where at least one of the parties was not resident nor carried on its business in England”. (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 687-732).

que tinha por finalidade e objeto um tráfico de influência por meio do pagamento de propina era contrário à ordem pública internacional francesa e à ética do comércio internacional³⁹⁴.

4.2.11 Interesses nacionais e relações internacionais

O Relatório da ILA, já mencionado aqui diversas vezes, também identificou alguns casos que relataram interesses nacionais e relações internacionais, os quais envolveram discussões de ordem pública bastante interessantes³⁹⁵.

No emblemático caso *Parsons vs. Whittemore* (1974), por exemplo, o Tribunal de Apelação dos Estados Unidos considerou que a ordem pública não se equipara com *política nacional* (no sentido de política diplomática ou estrangeira), e que não iria se recusar a executar uma sentença em favor do partido egípcio simplesmente por causa de tensões entre os Estados Unidos e Egito. O Tribunal Arbitral havia entendido que a empresa americana tinha descumprido o contrato ao abandonar a construção de uma fábrica de papelão no Egito depois que este rompeu relações diplomáticas com os Estados Unidos pouco antes da Guerra dos Seis Dias. O Tribunal de Apelação entendeu que o reconhecimento da decisão somente poderia ser recusado se a política nacional tivesse impedido a execução do contrato.

Este entendimento foi posteriormente confirmado no caso *National Oil Corp. vs. Libyan Sun Oil Corp.* (1990), em que havia uma sentença favorável à Líbia (*um estado conhecido por patrocinar o terrorismo internacional*). O Tribunal de Delaware observou que os Estados Unidos ainda reconheciam o governo da Líbia, não tinham declarado guerra contra ele e tinham especificamente dado permissão para propor uma ação para confirmar a sentença.

O Tribunal afirmou que

³⁹⁴ “A contract having as its aim and object a traffic in influence through the payment of bribe is, consequently, contrary to French international public policy as well as to the ethics of international commerce as understood by the large majority of States in the international community”. (SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248).

³⁹⁵ Id., *ibid.*

to read the public policy defence as a parochial device protective of national political interests would seriously undermine the [New York] Convention's utility. This provision was not meant to enshrine the vagaries of international politics under the rubric of 'public policy'.”³⁹⁶

³⁹⁶ “Sun Oil’s final challenge to confirmation of the award rests solely on the public policy exception contained in Art. V(2)(b) of the Convention. Both parties in this case agree that the public policy defence ‘should be construed narrowly’, and that confirmation of a foreign award should be denied on the basis of public policy ‘only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice’. *Parsons & Whittemore Overseas Co.*, 508 F.2d at 974 ⁽¹¹⁾ (citations omitted); see also *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, 737 F.2d 150, 152 (2d Cir. 1984). ⁽¹²⁾ Not too surprisingly, however, the parties do not agree as to whether this particular case fits within such a definition of the public policy defence. “Sun Oil argues that confirmation of the award in this case would violate the public policy of the United States for three reasons. First, Sun Oil contends that because confirmation would ‘penalize Sun for obeying and supporting the directives and foreign policy objectives of its government’, other companies and individuals would be less likely to support US sanctions programs, thereby diminishing ‘[t]he ability of the US government to make and enforce policies with economic costs to US citizens and corporations....’ ... Secondly, Sun Oil contends that confirming the award would simply be ‘inconsistent with the substance of United States antiterrorism policy’..., and thirdly, that it would also ‘undermine the internationally-supported antiterrorism policy ... by sending a contradictory signal concerning US commitment to this policy and by making possible the transfer to ... Libya ... funds which could be employed to finance its continuing terrorist activities’.... Sun Oil also presents much statistical and historical information designed to demonstrate the character of the Qadhafi Government.... [asserting that Libyan activities ‘threaten the most basic standards of human behavior’]. “The problem with Sun Oil’s arguments is that ‘public policy’ and ‘foreign policy’ are not synonymous. For example, in *Parsons & Whittemore Overseas Company*, 508 F.2d at 974, the Second Circuit addressed this very issue, saying: ‘To read the public policy defence as a parochial device protective of national political interests would seriously undermine the Convention’s utility. This provision was not meant to enshrine the vagaries of international politics under the rubric of “public policy”. “In *Parsons*, the court faced a situation similar to the one in this case. There, a US corporation claimed force majeure when, following the outbreak of the Arab-Israeli Six Day War, the Egyptian government severed diplomatic ties with the US and ordered most Americans out of Egypt. The US corporation contended that ‘various actions by United States officials subsequent to the severance of American-Egyptian relations ... required Overseas [the US corporation], as a loyal American citizen, to abandon the project’. Sun Oil argues that this case is different because Libya’s terrorist activities, which have been condemned internationally, are hardly just a parochial interest of the US. On the other hand, the US Government’s policy towards Egypt in the 1960’s, the foreign policy at issue in *Parsons*, was just ‘an outgrowth of an important but nonetheless conventional regional conflict’.... “Despite Sun Oil’s attempts to distinguish *Parsons*, it is clear that the policy objectives at issue here and the ones at issue in *Parsons* differ, at most, in degree and not in kind. This Court does not doubt that the ugly picture of the Qadhafi Government painted by Sun Oil’s papers is accurate. The Court is similarly cognizant of the fact that Libya itself is not a signatory to the Convention; and hence, ‘if the tables were turned’, as Sun Oil points out, a US company would not necessarily be able to enforce an arbitral award against NOC in the Libyan courts.... But Libya’s terrorist tactics and opportunistic attitude towards international commercial arbitration are simply beside the point. “The United States has not declared war on Libya, and President Bush has not derecognized the Qadhafi Government. In fact, the current Administration has specifically given Libya permission to bring this action in this Court. Given these facts and actions by our Executive Branch, this Court simply cannot conclude that to confirm a validly obtained, foreign arbitral award in favor of the Libyan Government would violate the United States’ ‘most basic notions of morality and justice’. “Although Sun Oil argues that confirmation of this award would mean that US dollars would end up financing Qadhafi’s terrorist exploits, the Court has already pointed out that the President is empowered to prevent any such transfer through the Libyan Sanctions Regulations. Furthermore, Sun Oil’s argument that US companies will be less likely to support sanctions if this award is confirmed assumes that Sun Oil is correct on the central issue in the arbitration underlying this petition for confirmation: that is, that Sun Oil was justified in suspending performance under the EPSA. The Arbitral Tribunal, however, concluded that Sun Oil was not justified in suspending performance because of US actions at that time. Because Sun Oil was able to present all of these arguments, regarding force majeure and Sun Oil’s attempts to support US policy, before the Arbitral Tribunal, this Court will not reexamine that issue here”. (US n. 110, *National Oil Corporation v. Libyan Sun Oil Company*, United States District Court, District of Delaware, Not Indicated, 15 March 1990

[“ler a defesa da ordem pública como um dispositivo de proteção local de interesses políticos nacionais comprometeria seriamente a Convenção de Nova Iorque. Esta disposição não foi feita para consagrar os caprichos da política internacional sob a marca (ou rubrica) de ‘ordem pública’”. Tradução livre.]

No caso *Dalmia Dairy Industries Ltd vs National Bank of Pakistan* (1978), também citado no relatório da ILA, a Corte de Apelação Inglesa rejeitou o argumento de que seria contrário à ordem pública inglesa o reconhecimento de uma sentença da CCI (feita na Suíça) entre dois países que estiveram em guerra (Índia e Paquistão), quando ambos mantiveram relações amistosas com a Inglaterra.

Esses são alguns exemplos de questões que envolveram questionamentos de ofensa à ordem pública. Como já se afirmou, longe de ser um rol exaustivo, os exemplos apresentados auxiliam a ter uma visão prática de tudo o que foi apresentado ao longo deste estudo. Em seguida será apresentada a forma como os Tribunais Superiores brasileiros já trataram os pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras com alegações de ofensa à ordem pública.

4.3 CASOS JÁ JULGADOS PELO STF E STJ DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA COM ALEGAÇÃO DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA

Passa-se a analisar neste tópico os casos já julgados pelo STF e STJ de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras com alegação de ofensa à ordem pública.

A confiabilidade da arbitragem comercial internacional depende diretamente do respeito que os tribunais estatais conferem às regras da Convenção de Nova Iorque, com uma interpretação uniforme desta fonte internacional do direito. O reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, ponto forte da cooperação jurídica internacional, deve ser tido como regra geral e quase absoluta.

As hipóteses constantes do art. V da Convenção (basicamente repetidas nos arts. 38 e 39 da LBA) representam um padrão mínimo para que a circulação das sentenças arbitrais não ofenda direitos fundamentais ou valores essenciais da cultura jurídica dos países que a ratificaram. A aplicação de tal dispositivo deve ser feita sempre com cautela e equilíbrio.

Os Estados aos quais é requerido o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras devem entender as lides que lhes são submetidas sempre dentro do contexto internacional e uniforme da Convenção, certamente mais amplo que o das lides domésticas, pois só assim contribuirão para os objetivos da cooperação global em matéria de arbitragem.

Ao aderir à Convenção de Nova Iorque e dar a ela aplicação séria e interpretação apropriada, o Poder Judiciário brasileiro colabora com o comércio internacional e gera a confiança de que o país é um parceiro comercial confiável e seguro. Esta maior confiança certamente leva à diminuição da percepção de risco de se fazer negócios com o Brasil.

Após a entrada em vigor da Lei Brasileira de Arbitragem, o STF julgou cinco pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira³⁹⁷. Desses, três pedidos foram homologados³⁹⁸ e dois não foram homologados³⁹⁹.

O STF somente tratou da questão da ordem pública na SEC 6.753-7⁴⁰⁰, onde se deparou com a suposta violação do princípio da autonomia da vontade e acabou por indeferir a homologação da sentença arbitral estrangeira. As partes haviam celebrado dois contratos de compra e venda de algodão cru da Nigéria e, por meio de um aditivo, foi incluída uma cláusula com o seguinte teor: “As normas da LCA substituem e cancelam todas as normas deste contrato onde a jurisdição for questionada”⁴⁰¹. Após o inadimplemento por parte da empresa compradora (Santana) que alegava má qualidade do produto e atraso na entrega, a vendedora (Plexus) submeteu a controvérsia a juízo arbitral na *Liverpool Cotton Association*. Embora tenha questionado inicialmente a jurisdição arbitral, a compradora participou do procedimento que culminou com sentença favorável à vendedora Plexus, que buscou a homologação no Brasil.

O STF indeferiu, por unanimidade, o pedido homologatório tendo em vista que não foi possível aferir a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira. O Relator, Ministro Maurício Corrêa, registrou que os contratos não foram sequer assinados pela

³⁹⁷ 1) SEC 5847, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 17.12.1999; 2) SEC 5378, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25.02.2000; 3) SEC 5828, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 23.02.2001; 4) SEC n. 6.753-7, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 04.10.2002; 5) Ag na SE 5206-7, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004.

³⁹⁸ 1) SEC 5847, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 17.12.1999; 2) SEC 5828, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 23.02.2001; 3) Ag na SE 5206-7, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004.

³⁹⁹ 1) SEC 5378, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25.02.2000 e 2) SEC n. 6.753-7, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 04.10.2002.

⁴⁰⁰ STF, SEC n. 6.753-7, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 04.10.2002.

⁴⁰¹ Original em inglês: “The LCA rules supersede all rules of this contract where the jurisdiction might be questioned”.

empresa compradora. O Relator entendeu, ainda, que não havia cláusula compromissória específica no contrato, mas a menção às normas da LCA no formulário de embarque internacional. Assim, o Relator concluiu que ainda que fosse possível superar a falta de assinatura no contrato, não seria possível verificar a eleição do juízo arbitral com base na cláusula supratranscrita, uma vez que a lei exige a clara manifestação de vontade das partes. Ademais, o comparecimento ao juízo arbitral sob protesto, suscitando preliminarmente incompetência do órgão arbitral, não significa aceitação tácita da cláusula.

Assim, concluiu o STF que,

[...] não havendo sido demonstrado nos autos que as partes se sujeitaram, de forma legítima, às regras de arbitragem da LCA, não se pode ter a sentença (sic) homologanda estrangeira como proferida por juízo competente, razão pela qual procede a alegação de ofensa à ordem pública nacional. Restam, desse modo, desatendidas as exigências dos artigos 217, I do RISTF, 37, II, 38, I e II e 39, II da Lei 9.307/96, o que inviabiliza a homologação pretendida.

O STJ, por sua vez, desde que passou a ter competência para julgar os pedidos de homologação de sentença arbitrais estrangeiras, já julgou 37 casos⁴⁰² e se tem ciência de pelo menos mais 12 pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira em andamento⁴⁰³. Esta pesquisa abrange o período de 30 de dezembro de 2004, data em que a Emenda Constitucional 45 entrou em vigor, até 31 de julho de 2012.

⁴⁰² 1) SEC 856, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 27.06.2005; 2) SEC 802, Rel. Min. José Delgado, DJ 19.09.2005; 3) SEC 967, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.03.2006; 4) SEC 887, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 03.04.2006; 5) SEC 611, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 04.05.2006; 6) SEC 874, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 15.05.2006; 7) SEC 760, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 28.08.2006; 8) SEC 968, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 25.09.2006; 9) SEC 866, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16.10.2006; 10) SEC 833, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.10.2006; 11) SEC 349, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 21.05.2007; 12) SEC 1.210, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 06.08.2007; 13) SEC 839, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 13.08.2007; 14) SEC 918, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 13.08.2007; 15) SEC 507, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.11.2007; 16) SEC 831, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 19.11.2007; 17) SEC 1.305, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 06.12.2007; 18) SEC 1.657, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 01.02.2008; 19) SEC 1302, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 06.10.2008; 20) SEC 894, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 09.10.2008; 21) SEC 966, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 04.12.2008; 22) SEC 2.707, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19.02.2009; 23) SEC 978, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.03.2009; 24) SEC 3.661, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 15.06.2009; 25) SEC 3.660, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 25.06.2009; 26) SEC 3.035, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 31.08.2009; 27) SEC 3.313, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 22.03.2010; 28) SEC 4.415, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 19.08.2010; 29) SEC 885, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 10.09.2010; 30) SEC 826, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 14.10.2010; 31) SEC 4.980, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 07.06.2011; 32) SEC 2.716, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 06.12.2011; 33) SEC 4.933, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19.12.2011; 34) SEC 4.439, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.2011; 35) SEC 001, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 01.02.2012; 36) SEC 6.335, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 12.04.2012; 37) SEC 3.709, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.06.12.

⁴⁰³ 1) SE 901 - *Cluett Peabody e CO Inc. v. Sellinvest do Brasil S/A* (autuado em 11.03.2005); 2) SEC 853 - *GE Medical Systems Information Technologies Inc. v. Tecnimed Paramedics Eletromedicina Comercial*

O balanço da atuação do STJ nesses últimos anos é bastante positivo⁴⁰⁴, pois dos 37 pedidos, apenas sete foram indeferidos ou denegados⁴⁰⁵ e cinco foram extintos⁴⁰⁶, resultando em 25 sentenças arbitrais estrangeiras homologadas.

O primeiro caso em que o STJ analisou o conceito de ordem pública foi a SEC 802⁴⁰⁷. A parte requerida havia impugnado o pedido homologatório, alegando que a decisão arbitral violava a ordem pública e a soberania nacional, pois a sentença lhe impediu de compelir a requerente a cumprir suposta obrigação de entrega à Marinha Brasileira dos dados brutos (dados coletados com o levantamento do perfil do leito dos rios). Antes de decidir sobre a questão, a Corte Especial do STJ discorreu sobre o conceito de ordem pública a fim de demonstrar as dificuldades enfrentadas pela doutrina para esclarecer o seu significado, e concluiu que a alegação da parte requerida, de que não efetuou o pagamento das quantias devidas à requerente em face da regra do art. 1.092 do CC de 1916, não se enquadrava no conceito de violação a ordem pública⁴⁰⁸.

Ltda. (autuado em 24.05.2005); 3) SEC 854 - *GE Medical Systems Information Technologies Inc. v. Tecnimed Paramedics Eletromedicina Comercial Ltda.* (autuado em 03.08.2005); 4) SEC 2.410 - *Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S/A v. Supervia Concessionária de Transportes Ferroviário S/A* (autuado em 04.07.2007); 5) SEC 3687 - *Gold Circle Films LLC v. Cannes Produções S/A* (autuado em 24.11.2008); 6) SEC 4046 - *Macquarie Cotton International Inc. v. Ari Giongo* (autuado em 06.04.2009); 7) SEC 3.892 - *Weil Brothers Cotton Inc. v. Agropecuária Basso Ltda.* (autuado em 06.07.2009); 8) SE 5.692 - *Newedge USA LLC v. Fluxo-Cane Overseas LTD e Manoel Fernando Garcia* (autuado em 18.05.2010); 9) SEC 5781 - *Jader Silva Mello Correia de Lima v. Viação Aérea São Paulo S/A* (autuado em 04.10.2010); 10) SEC 6.753 - *Queensland Cotton Corporation Ltd. v. Agropecuária Basso Ltda.* (autuado em 04.04.2011); 11) SEC 5.782 - *EDF International S/A v. Endesa Latinoamérica S/A* (autuado em 07.06.2011); 12) SEC 6760 - *Queensland Cotton Corporation Ltd. V. Pedro Ivo de Freitas* (autuado em 15.08.2011).

⁴⁰⁴ “O STJ, com a nova tarefa imposta pela EC n. 45/2004, que lhe outorgou competência para a homologação de sentença estrangeira (judicial ou arbitral), renova na área da cooperação jurídica internacional, em especial ao imprimir à Convenção de Nova Iorque interpretação apropriada e consentânea aos negócios internacionais. Com efeito, o STJ inaugura uma nova era para a arbitragem internacional no Brasil, contribui para a segurança jurídica e sinaliza, aos agentes econômicos, uma postura afeita às necessidades e tendências de um mundo globalizado”. (LEMES, Selma Ferreira. **O Superior Tribunal de Justiça – STJ e o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira à luz da Convenção de Nova Iorque de 1958**. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri03.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011).

⁴⁰⁵ 1) SEC 967, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.03.2006; 2) SEC 866, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16.10.2006; 3) SEC 833, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.10.2006; 4) SEC 2.707, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19.02.2009; 5) SEC 978, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.03.2009; 6) SEC 885, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 10.09.2010; 7) SEC 826, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 14.10.2010.

⁴⁰⁶ 1) SEC 968, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 25.09.2006; 2) SEC 1.657, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 01.02.2008; 3) SEC 966, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 04.12.2008; 4) SEC 3.313, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 22.03.2010; 5) SEC 2.716, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 06.12.2011.

⁴⁰⁷ SEC 802, Rel. Min. José Delgado, DJ 19.09.2005.

⁴⁰⁸ Sobre a SEC 802, valiosos são os comentários do prof. Arnoldo Wald: “Na discussão, ficou esclarecido que não cabia ao Tribunal examinar a interpretação dada pelos árbitros ao art. 1.092 do nosso Código Civil, por se tratar de homologação de sentença estrangeira e não de julgamento tendo como finalidade a uniformização da jurisprudência. 14. Na realidade, adotou o Tribunal a distinção feita na doutrina e na jurisprudência internacional entre as normas imperativas e as de ordem pública internacional. Embora se equiparem ambas no direito civil clássico, por serem consideradas de ordem pública interna as normas não podem ser afastadas pela vontade das partes, o mencionado critério não se aplica, com a mesma intensidade,

Em diversos outros casos com alegações de violação à ordem pública, porém, o STJ decidiu pela homologação das respectivas sentenças sem, contudo, discorrer sobre o entendimento da Corte a respeito de tal princípio⁴⁰⁹. Nestes, a Corte Especial do STJ se limitou a declarar que a sentença arbitral não ofendia a ordem pública, baseando-se no art. 6º da Resolução nº 9/2005 do STJ⁴¹⁰, ou que foram atendidos os requisitos indispensáveis ao pedido homologatório, como os dos arts. 38 e 39 da LAB e os da referida Resolução nº 9/2005.

Ao analisar as SECs 874⁴¹¹ e 507⁴¹², por sua vez, a Corte Especial do STJ afastou a alegação de que a própria utilização da arbitragem violaria a ordem pública, fundando-se na vigência da LAB e na ausência de prova de que a parte requerida havia se submetido a essa via compulsoriamente.

Ainda na SEC 507, o STJ destacou que a arbitragem foi legalmente instituída no Brasil por meio da Lei 9.307/96, e que a referida norma foi considerada constitucional pelo STF, “não violando a ordem pública brasileira a utilização da arbitragem como forma de

quando se trata de homologação de sentença estrangeira. A questão foi raramente discutida no Supremo Tribunal Federal, a não ser no caso das sentenças estrangeiras de divórcio, e não tinha merecido maior atenção na jurisprudência brasileira. Ao contrário, no exterior, a doutrina, inspirada em Bartolo, já se referia, há muito tempo, aos “estatutos odiosos”, que não podiam ter os seus efeitos reconhecidos, não se confundindo com as leis internas de caráter imperativo. Quer se aceite a distinção entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional, quer se prefira caracterizar situações nas quais a lei estrangeira não pode ser aplicada por chocar concepções básicas do direito nacional, não há dúvida de que a ordem pública incide nas homologações de sentença, para limitar a aplicação do direito estrangeiro tão-somente quando conflitante com “os princípios essenciais da ordem pública do foro”, sejam eles jurídicos, morais, religiosos ou até econômicos e políticos. 15. Essa distinção foi feita com muita clareza no acórdão do STJ, reduzindo os casos de contestação da homologação aos seus justos limites, concebida a ordem pública, no plano internacional, como o conjunto de valores de um país e suas políticas públicas (*public policies*) consagrados pelas normas básicas e abrangendo os direitos fundamentais do homem constitucionalmente garantidos ou decorrentes de tratados internacionais. [...] 18. Podemos, pois, concluir que, no acórdão da SEC 802, foi reiterado o princípio do controle limitado, que caracteriza a homologação, e firmada a conceituação da ordem pública internacional, como abrangendo os valores básicos consagrados pela nossa cultura e não se confundindo necessariamente com a totalidade das leis internas de direito civil e a interpretação que lhes dão os nossos tribunais”. (WALD, Arnaldo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação às sentenças arbitrais. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, jan./mar. 2006, v. 8. p. 7-16).

⁴⁰⁹ Por exemplo: SEC 760, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 28.08.2006 (*Tremond Alloys v. Metaltubos*); SEC 1.210, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 06.08.2007 (*ICT v. Odil Pereira*); SEC 918, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 13.08.2007 (*Guidosimplex v. Cavenaghi*); SEC 839, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 13.08.2007 (*Bouvery v. Valex*); SEC 1302, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 06.10.2008 (*Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda. v. Carbografite Comércio Indústria e Participações Ltda.*); SEC 894, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 09.10.2008 (*Litsa v. SV Engenharia*); e SEC 3.661, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 15.06.2009 (*Plexus v. Ari Giongo*).

⁴¹⁰ Art. 6º da Resolução nº 9/2005 do STJ: “Não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* à carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública”.

⁴¹¹ SEC 874, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 15.05.2006: “[...] Não viola a ordem pública brasileira a utilização de arbitragem como meio de solução de conflitos, tanto que em plena vigência a Lei n. 9307/96 (Lei de arbitragem), não se podendo afirmar, de outro turno, ter a ora requerida eleito esta via alternativa compulsoriamente, como sugere, até mesmo porque sequer levantou indício de tal ocorrência”.

⁴¹² STJ, SEC 507, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.11.2007.

solução de conflitos”. E asseverou que não resta configurada a ofensa à ordem pública quando houver “inequívoca manifestação de vontade das partes contratantes no tocante à escolha do procedimento arbitral para a solução de conflitos”. A Corte do STJ também analisou alegação da requerida no sentido de que vige no Brasil a regra da exceção do contrato não cumprido, argumento que a teria autorizado a não cumprir os contratos, concluindo, na mesma linha adotada na SEC 802, que a referida questão não tem natureza de ordem pública, não se vinculando ao conceito de soberania nacional.

No julgamento da SEC 831⁴¹³, o STJ novamente analisou a questão da manifestação de vontade. A parte requerida havia alegado violação à ordem pública sob o fundamento de ser a arbitragem um direito personalíssimo e a cláusula arbitral intransferível, sendo necessária sua expressa e manifesta declaração de vontade. O STJ, contudo, aduziu que “a Inepar, ao incorporar a SVIS, assumiu todos os direitos e obrigações da cedente, inclusive a cláusula compromissória em questão, que fora prevista no Acordo de Consórcio firmado com a ora requerente”, afastando a alegação de violação à ordem pública.

Também na SEC 4.415⁴¹⁴ o STJ afastou a alegação de ofensa à ordem pública por suposto vício na expressão da vontade. Os requeridos aduziram que erraram ao aceitar a inclusão da cláusula de arbitragem nos contratos e que “o requerido não poderia ter considerado a possibilidade de interpretar a cláusula de arbitragem de uma maneira restritiva e inconsistente, conforme foi pelo Tribunal Arbitral”, mas a Corte Especial do STJ afastou todos os argumentos e asseverou ser hígido o pleito homologatório da requerente.

Instado a se manifestar sobre suposta violação à ordem pública por inexistência de lei disciplinadora da arbitragem no Brasil ao tempo da assinatura do contrato, ao apreciar a SEC 349 (*Mitsubishi v. Evadin*)⁴¹⁵, o STJ asseverou que desde 1923, com o Protocolo de Genebra⁴¹⁶, não havia distinção entre o efeito coativo da cláusula e do compromisso arbitral no direito internacional. O STJ concluiu que o juízo arbitral havia sido constituído pela vontade das partes, não tendo aplicação o princípio da irretroatividade da lei, já que a nova legislação convalidou o juízo arbitral. O STJ reconheceu, ainda, que a cláusula compromissória validamente celebrada importou renúncia da jurisdição estatal. Também

⁴¹³ STJ, SEC 831, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 19.11.2007.

⁴¹⁴ STJ, SEC 4.415, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 19.08.2010.

⁴¹⁵ STJ, SEC 349, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 21.05.2007.

⁴¹⁶ Promulgado pelo Decreto n. 21.187, de 22.03.1932, publicado no Diário Oficial de 29.03.1932.

nesse caso, o STJ enfrentou a alegação de ofensa à ordem pública por haver julgamento pendente no Judiciário brasileiro em ação em que supostamente se discutiam questões prejudiciais à pretensão homologatória. O STJ homologou a sentença arbitral estrangeira sem adentrar em outros debates sobre o referido princípio, tendo o Ministro Francisco Peçanha Martins esclarecido que “o fato de ter sido instaurada lide perante autoridade brasileira não obsta a homologação da sentença estrangeira”.

A alegação de violação à ordem pública por ausência de citação por carta rogatória também já foi devidamente afastada pelo STJ em diversas ocasiões, admitindo a citação postal e confirmando que a citação por outra via que não a carta rogatória não ofende a ordem pública.

A questão do direito aplicável ao mérito da arbitragem como causa de violação à ordem pública nacional foi objeto da SEC 3.035⁴¹⁷. A requerida sustentou que a sentença arbitral ofendia a ordem pública nacional porque não teria sido aplicado o direito substantivo suíço, conforme expressamente eleito pelas partes, mas as “regras de direito suíças”. Ao analisar tal alegação, o STJ entendeu que a questão se confundia com o próprio mérito da sentença arbitral, que, “na esteira da jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça, não pode ser apreciado por esta Corte, já que o ato homologatório da sentença estrangeira restringe-se à análise dos seus requisitos formais”.

No julgamento da SEC 4.933⁴¹⁸, o STJ mais uma vez afastou alegação de ofensa à ordem pública e homologou sentença arbitral estrangeira. Trata-se de pedido de homologação de sentença proferida pela Junta de Conciliação e Arbitragem da cidade de Juarez, Chihuahua. O requerido alegou que acordo celebrado na Junta de Conciliação e arbitragem ofendia a ordem pública, uma vez que pactuado perante órgão arbitral que não dispõe de competência para dirimir conflitos que envolvam direitos indisponíveis. Ao homologar a decisão o STJ afirmou ter sido demonstrado que a Junta de Conciliação e Arbitragem de Juarez integra a Justiça Trabalhista dos Estados Unidos do México e constitui órgão competente para examinar os dissídios trabalhistas formados entre empregados e não ofende a ordem pública e tampouco a soberania nacional.

⁴¹⁷ STJ, SEC 3.035, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 31.08.2009.

⁴¹⁸ STJ, SEC 4.933, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19.12.2011.

Ao analisar a SEC 4.439⁴¹⁹, o STJ novamente afastou a alegação de ofensa à ordem pública e homologou sentença arbitral estrangeira proferida pelo Tribunal Arbitral em Londres/Inglaterra, que acolheu pedido de indenização da empresa requerente em face da requerida por alegado descumprimento do contrato de afretamento de embarcação para transporte marítimo de minério de ferro do Porto de Santos/Brasil a Nantong/China. A parte requerida havia sustentado, dentre outros argumentos, a impossibilidade de homologação da sentença porque a conclusão a que o árbitro chegou ao condená-la foi, segundo ela, sem amparo documental, legal e técnico, já que não levou em consideração os argumentos no sentido de que o comandante da embarcação contratada descumpriu “as orientações e normas da Autoridade Portuária de Santos e da Marinha Brasileira”, além das normas internacionais de navegação, havendo, por conseguinte, violação à ordem pública e à soberania nacional. O STF entendeu, contudo, que o simples julgamento contrário aos interesses de uma parte não configura, por si só, violação à soberania nacional ou a ordem pública.

Vê-se que, em todos os casos anteriormente citados, o STJ mostrou um posicionamento firme, afastando alegações infundadas e genéricas de ofensa à ordem pública.

Houve casos, contudo, em que o STJ indeferiu pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira com base na ofensa à ordem pública, cujas questões tratavam de temas como a falta de aceitação da convenção arbitral ante a ausência de prova inequívoca da manifestação de vontade da parte em se submeter ao juízo arbitral.

No exame da SEC 967⁴²⁰, a Corte Superior do STJ indeferiu a homologação da sentença arbitral estrangeira basicamente porque o STF já havia indeferido pedido anterior com o mesmo objeto (SEC 6.753) devido à ausência de cláusula compromissória expressa, não podendo a questão ser reexaminada⁴²¹.

⁴¹⁹ STJ, SEC 4.439, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.2011.

⁴²⁰ SEC 967, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.03.2006, publicada na **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 13, jul./set. 2007, RT, p. 193-210, com comentários de José Emilio Nunes Pinto.

⁴²¹ Constatou equivocadamente do acórdão que o Relator, ministro José Delgado, havia sido vencido na preliminar de coisa julgada, razão pela qual examinaria o contrato apresentado pela Requerente. Tal questão, contudo, foi esclarecida em sede de embargos de declaração (EDcl na SEC 967, DJ 04.09.2006), que foram conhecidos com a finalidade de correção do erro material. O ministro destacou no acórdão dos embargos de declaração que “embora o voto tenha registrado, em sua fundamentação, elementos de reflexão sobre o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à caracterização ou não de cláusula arbitral, tal não importa em contradição ou vício que lhe retire a eficácia e a adequação da aplicação do direito ao caso concreto, ou ainda em dissociação do teor registrado com o que efetivamente foi julgado”.

Apesar de entender que a questão não poderia ser reapreciada em virtude da coisa julgada, o Ministro José Delgado, Relator do caso refletiu sobre o que foi decidido pelo STF, destacando não ter conseguido identificar na documentação apresentada pela requerente a existência de cláusula compromissória aceita pela parte requerida, e destacou que em todas as oportunidades em que esta compareceu ao juízo arbitral havia alegado a sua incompetência.

O Relator ressaltou, ainda, que o Tribunal Arbitral aceitou ser competente, afastando a exceção, sob o argumento de que, conforme as leis inglesas, a cláusula de arbitragem dentro de um contrato produz efeitos, seja este assinado ou não pelas partes; entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro inexistente a regra apontada no direito inglês⁴²².

O Relator também ponderou que a discussão está centrada na ausência da manifestação voluntária por escrito da Requerida em aceitar a cláusula arbitral, havendo, portanto, ofensa à ordem pública por ir de encontro ao princípio insculpido no ordenamento jurídico brasileiro, que exige aceitação expressa das partes para submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem.

Ao concluir pelo indeferimento do pedido renovado de homologação, o Relator destacou que o caso em análise não se amolda ao princípio da aceitação tácita do juízo arbitral e que não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição dessa via de solução de litígio, o que obstaría a homologação.

Apesar de a denegação parecer correta, já que o STF já havia apreciado o mérito do pedido de homologação, estando a decisão coberta pela coisa julgada material, entende-se que a ausência da manifestação voluntária por escrito da requerida em aceitar a cláusula arbitral não deve ser confundida com ofensa à ordem pública. Não se trata, em princípio, de ofensa à ordem pública, mas sim da falta de um requisito de validade da convenção arbitral.

⁴²² “No caso em questão, o STJ entrou no mérito da decisão arbitral para discutir a aplicação do direito inglês pela corte competente, a corte arbitral, e com isso ultrapassou os limites da contenciosidade limitada imposta ao processo de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil, pois não lhe cabia analisar como o tribunal arbitral aplicou a legislação inglesa. Isso fica demonstrado quando alude ao que decidiu aquele tribunal arbitral: ‘O Tribunal de arbitragem aceitou ser competente, afastando a exceção, sob o argumento de que, conforme as leis inglesas, ‘cláusula de arbitragem dentro de um contrato produz efeito seja assinado ou não pelas partes (fl. 95).’ No nosso ordenamento jurídico inexistente a regra apontada do direito inglês.’ Ao meu sentir, a questão da competência não era parte do mérito da decisão arbitral, mas, da leitura do trecho acima, fica-nos a impressão contrária”. (ARAÚJO, Nadia de. O STJ e a homologação dos laudos arbitrais estrangeiros: balanço positivo de quatro anos de atuação. **Revista Semestral de Direito Empresarial**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro - RSDE nº 3 – jul./dez. 2008, p. 229-265).

Como já se viu, uma das hipóteses de recusa legítima ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira está contida no art. V (1) (a) da Convenção de Nova Iorque e no art. 38, II, da LAB, que se referem à situação em que o acordo arbitral não seja válido. A falta de aceitação expressa da convenção de arbitragem se enquadra em tal hipótese de recusa legítima ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira e deve ser alegada e provada pela parte contra a qual é invocada⁴²³. Eventual ofensa à ordem pública deveria ser analisada em momento posterior, após o exame dos requisitos para a homologação, razão pela qual o STJ poderia ter fundamentado sua decisão de indeferimento na falta de um requisito de validade da convenção arbitral.

Entende-se, também, que ao indeferir o pedido homologatório no julgamento da SEC 866⁴²⁴, diante da falta de elementos seguros que comprovasse a aceitação da cláusula compromissória por parte da requerida⁴²⁵, a Corte Especial do STJ poderia ter fundamentado sua decisão na impossibilidade de verificação da validade da convenção arbitral, nos termos dos arts. V (1) (a) da Convenção de Nova Iorque e 38, II, da LAB.

Deve-se citar, ainda, a SEC 978 (*Indutech v. Algocentro*)⁴²⁶, na qual o STJ mais uma vez indeferiu o pedido de homologação, tendo em vista a ausência de manifestação expressa das partes acerca de sua opção pelo juízo arbitral. A Corte Especial do STJ considerou que

[...] faltando aos autos prova da manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da arbitral, o pedido importa em violação do artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.307/96, do princípio da autonomia da vontade e em ofensa à ordem pública brasileira, restando inviabilizada a homologação, nos termos dos artigos 5º, inciso I e 6º da Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005, deste Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento da SEC 885⁴²⁷, já mencionada anteriormente, a Corte Especial do STJ indeferiu o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, por entender não

⁴²³ Essa disposição representa um avanço em relação às disposições da Convenção de Genebra de 1927 sobre o Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Segundo o art. IV da Convenção de Genebra, caberia à parte que invocasse o seu reconhecimento fazer prova dos requisitos constantes do art. I daquele texto convencional.

⁴²⁴ STJ, SEC 866, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16.10.2006.

⁴²⁵ “[...] A decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (art. 37, II, c/c art. 39, II, da Lei nº 9.307/96)”.

⁴²⁶ STJ, SEC 978, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.03.2009.

⁴²⁷ STJ, SEC 885, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 10.09.2010.

ter restado demonstrada a competência do juízo arbitral estrangeiro para a solução da controvérsia. O STJ manifestou não estar comprovada a existência de cláusula compromissória, inexistindo documento apto a demonstrar o consentimento da Requerida com procedimento arbitral. Apesar de o STJ não ter fundamentado sua decisão especificamente em ofensa à ordem pública, a parte Requerida, ao contestar o pedido de homologação, alegou a ilegitimidade do órgão prolator da sentença, por não ter sido eleito pela empresa compradora, afirmando que teria sido violado o princípio da autonomia da vontade, contrariando o art. 39, II, da LBA e art. 217, I, do Regimento Interno do STF.

No exame da SEC 826⁴²⁸, o STJ mais uma vez indeferiu a homologação da sentença arbitral estrangeira, desta vez por entender haver ofensa à soberania nacional. Ao contestar o pedido de homologação, a parte requerida alegou ofensa à ordem pública, por haver ação em curso no Brasil, visando à rescisão do contrato de compra e venda objeto da homologação, além de concordata preventiva concedida em julho de 1998, em que o crédito da parte requerente já havia sido declarado. O STJ entendeu que não obstante a adoção da justiça arbitral em cláusula compromissória, a própria requerente se submeteu voluntariamente à competência da Justiça estatal, habilitando seu crédito nos autos da concordata preventiva deferida pela Justiça brasileira antes da prolação da sentença arbitral. Dessa forma, o STJ indeferiu o pedido de homologação sob pena de ofensa à soberania nacional, nos termos do art. 6º da Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005.

Por fim, apesar de não tratar especificamente da questão da ordem pública, vale mencionar o julgamento da SEC 833⁴²⁹, em que o STJ, por maioria, indeferiu a homologação da sentença arbitral estrangeira. Tratava-se de pedido de homologação de sentença estrangeira proferida pelo Tribunal de Arbitragem da Associação de Arbitragem Americana (AAA). Apesar de desnecessária a homologação na jurisdição do local da sede, visto que já sob o regime da Lei nº 9.307/96, tal sentença arbitral foi posteriormente confirmada pela Corte Distrital de Connecticut (EUA). Diante da revelia da parte requerida no processo de homologação no Brasil, nomeou-se curador especial que arguiu irregularidade de citação, a ser sanada, ou pelo comparecimento da parte interessada, ou por carta rogatória transitada em julgado.

No momento da homologação perante o STJ, suscitou-se a dúvida sobre a decisão que se pretendia homologar: a judicial ou a arbitral. A maioria entendeu que se tratava de

⁴²⁸ STJ, SEC 826, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 14.10.2010.

⁴²⁹ STJ, SEC 833, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 30.10.2006.

homologação de decisão judicial estrangeira, o que torna obrigatória a citação da parte brasileira por via da carta rogatória. Em que pese a tecnicidade da decisão da maioria quanto a tal questão persistiu a dúvida quanto à sentença que se pretendia homologar e que, no caso de se considerar como objeto da homologação a sentença arbitral, a citação seria considerada regular, diante do disposto no parágrafo único do art. 39, da LBA.

De todo modo, a Corte Especial do STJ entendeu, por maioria, que a sentença objeto da homologação era a judicial, e declarou que resta pacífico que a citação por carta rogatória deixaria “estreme de dúvidas que a comunicação chegou ao seu destino”, no caso de não ser possível a citação postal ou por edital da parte requerida para o procedimento arbitral. Em suma, o STJ indeferiu a homologação da sentença estrangeira diante da incerteza quanto à sentença que se pretendia homologar (judicial ou arbitral), sendo a citação por meio de carta rogatória o mecanismo que afasta as dúvidas de que a comunicação alcançou o seu destino.

Vê-se que são poucos os casos em que o STJ indeferiu pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira com fundamento em ofensa à ordem pública. As SECs cuja homologação foi indeferida pela Corte Especial, basicamente tinham como tema central a ausência da convenção arbitral ou de prova inequívoca da manifestação de vontade das partes em se submeter ao juízo arbitral, e, como se viu, esta ainda não é uma questão pacífica no Tribunal Superior brasileiro.

Conclui-se pela análise das decisões que as partes recorrentemente alegam ofensa à ordem pública na tentativa de impedir a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. No entanto, apesar do caráter extremamente subjetivo do conceito de ordem pública, o STJ, assim como o STF no passado, tem mostrado amadurecimento e não tem se curvado às infundadas alegações das partes que se opõem ao reconhecimento e à execução da sentença arbitral, e utilizam o argumento de ofensa à ordem pública como um veículo para meras frustrações.

O STJ tem se mostrado favorável ao sistema da autonomia da vontade nos contratos internacionais, utilizado na escolha da arbitragem em detrimento da justiça estatal, e não tem admitido alegações genéricas de ofensa à ordem pública, mostrando um posicionamento firme e ponderado sobre o assunto⁴³⁰.

⁴³⁰ Com a ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil, em 23.07.2002, o processo de homologação de sentença arbitral estrangeira deve seguir os dispositivos da referida Convenção. O que se nota, contudo, é que em apenas poucas decisões foram verificadas referências ao texto da Convenção de Nova Iorque (a

4.4 O POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO NOS PEDIDOS DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS COM ALEGAÇÃO DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Para que a Convenção de Nova Iorque proporcione segurança jurídica aos negócios comerciais, diminuindo os custos de transação dos contratos internacionais que prevejam a arbitragem como forma de solução de controvérsias, seus dispositivos devem ser interpretados e aplicados de forma harmônica pela doutrina, assim como pelo Poder Judiciário dos Estados signatários.

O Poder Judiciário influencia o ambiente de negócios, pois as suas decisões produzem efeitos que repercutem nas ações dos agentes privados. As decisões dos tribunais sobre a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras geram impactos nas estratégias das organizações, uma vez que o ambiente institucional é capaz de afetar os custos de transação das organizações. Se as regras do jogo não estiverem claras para os agentes, o ambiente institucional gerará incerteza, aumentando os custos de transação nas negociações.

Este estudo já analisou a maneira como o Poder Judiciário brasileiro tem tratado o argumento mais utilizado pelas partes que buscam a recusa do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira (ofensa à ordem pública). A partir de agora será avaliado, mediante a Análise Econômica do Direito, como o posicionamento da jurisprudência brasileira afeta os custos de transação dos contratos internacionais, especialmente aqueles representados por contratos internacionais que prevejam a arbitragem como forma de solução de controvérsias.

4.4.1 A análise econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito, nas palavras de Posner (um dos *pais* da disciplina), compreende a “aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as

maioria das decisões faz referência aos arts. 38 e 39 da LBA). Isso decorre do fato de a Lei de Arbitragem consagrar causas impeditivas de homologação semelhantes àquelas previstas na Convenção de Nova Iorque, o que não enseja grande preocupação na distinção entre os dois documentos legislativos. No entanto, é importante que o STJ entenda as lides no contexto internacional e uniforme da Convenção de Nova Iorque e se valha da rica jurisprudência internacional construída à luz das normas convencionais. De todo modo, é certo que as decisões da Corte brasileira, na grande maioria dos casos se alinham com os princípios e ditames da Convenção de Nova Iorque, não trazendo grande prejuízo para a desejada e essencial segurança jurídica que reclama o comércio internacional.

instituições centrais do sistema jurídico”⁴³¹. Já Salama⁴³² conceitua a disciplina como “um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”⁴³³.

A Análise Econômica do Direito fundamenta-se em certos postulados, cuja compreensão é essencial para o correto entendimento das conclusões que se pretende buscar neste estudo.

As principais premissas da escola do pensamento econômico, apresentadas em detalhes por Salama no mesmo artigo anteriormente mencionado, são: (i) os recursos da sociedade são escassos, de modo que os indivíduos precisam realizar escolhas, as quais pressupõem um custo, chamado de *custo de oportunidade*⁴³⁴; (ii) para realizar tais escolhas os agentes ponderam os custos e benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que melhor atenda seus interesses pessoais – os indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar⁴³⁵; (iii) o equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente; (iv) a alteração da estrutura de incentivos (incentivos são preços implícitos) tem relação direta com o comportamento dos agentes; (v) as condutas e ações são realizadas em um ambiente chamado de *mercado*, cujo objetivo maior é o equilíbrio entre os custos e benefícios das trocas realizadas; (vi) eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos, sendo que um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos; (vii) a racionalidade dos agentes é limitada, de modo que os contratos celebrados por eles são incompletos.

⁴³¹ POSNER, Richard A. The economic approach to law. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.

⁴³² SALAMA, Bruno M. O que é direito e economia? In: TIMM, Luciano B. (Org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴³³ Salama esclarece que usa o termo “instituição” no sentido empregado por Douglass North, segundo o qual as instituições “são as regras do jogo em uma sociedade, ou, mais precisamente, são as restrições que moldam as interações humanas... [sendo] perfeitamente análogas às regras do jogo em uma competição esportiva” (NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, pp. 3-4). Isso quer dizer que as instituições compreendem tanto as regras formais (Constituição, leis ordinárias, etc.) quanto as regras informais (normas de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, costumes, religiões, etc.) que pautam a atuação dos diversos indivíduos e entes sociais (inclusive empresas, consumidores, sindicatos, órgãos de imprensa, ONGs, igrejas, escolas, congressistas, juízes, partidos políticos, funcionários públicos, etc.). (SALAMA, Bruno M. O que é direito e economia? In: TIMM, Luciano B. (Org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

⁴³⁴ A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *trade-offs* (“sacrifícios”). Para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa (mesmo que somente o tempo) – esse algo de que se abre mão é o chamado “custo de oportunidade”.

⁴³⁵ A suposição de maximização racional leva ao chamado processo de decisão marginalista. Nos processos de tomada de decisão os indivíduos somente realizarão a atividade marginal, qualquer que seja ela, se os benefícios marginais (estimados *ex ante*) forem maiores ou iguais aos custos marginais (estimados *ex ante*).

A Análise Econômica do Direito é um campo teórico que tem se desenvolvido bastante nos últimos anos. Neste estudo será tratada sob a luz da Nova Economia Institucional⁴³⁶, partindo da base teórica fornecida pelos trabalhos de Coase, North e Williamson⁴³⁷.

4.4.2 O Poder Judiciário como instituição econômica

A compreensão do papel das instituições na Economia e dos fatores que influenciam o desenvolvimento econômico, faz com que economistas reconheçam que as leis, o Poder Judiciário e o sistema jurídico em geral exercem um papel essencial na organização da atividade econômica.

Enquanto na visão dos juristas as instituições representam a ordenação sistemática de determinada disciplina, na teoria econômica, segundo North, instituições organizam as regras do jogo numa sociedade e, mais formalmente, representam os limites estabelecidos pelo homem para disciplinar as interações humanas⁴³⁸.

Uma das premissas adotadas pela Análise Econômica do Direito é que os agentes econômicos são seres racionais que reagem à estrutura de incentivos, representada pelas instituições (regras jurídicas e os tribunais compõem as instituições). Os agentes econômicos reagem aos incentivos fornecidos pelo ambiente em que vivem⁴³⁹, sendo que tais incentivos podem ser fornecidos pelo ordenamento jurídico.

⁴³⁶ A Nova Economia Institucional emprega a ciência econômica para analisar normas e regras sociais que sustentam a atividade econômica. O conceito central dessa teoria é a análise dos custos de transação. Enquanto a teoria econômica tradicional estuda os mercados e considera a firma como uma função de produção, minimizadora de custos indiferente à sua estrutura interna e às condições do ambiente, exceto aos preços, a Nova Economia Institucional aborda a estrutura interna da firma, suas relações verticais e horizontais.

⁴³⁷ Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson são os idealizadores da escola da Nova Economia Institucional (NEI). A Análise Econômica do Direito e das Organizações com base no instrumental teórico da Nova Economia Institucional adota o conceito de racionalidade limitada, flexibiliza a hipótese clássica que as instituições evoluem necessariamente de forma eficiente e explica por que surgem direitos de propriedade e formas de alocação de recursos econômicos ineficientes. (SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia** – Análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005).

⁴³⁸ Segundo NORTH, Douglas C. **Custos de transação, instituições e desenvolvimento econômico**. Instituto Liberal (2002), as instituições compreendem tanto restrições informais (tabus, tradições e costumes), como regras formais (constituições, leis e direito de propriedade). Ao longo da história, as instituições foram projetadas pelos seres humanos para estabelecer a ordem e reduzir a incerteza durante as trocas (NORTH, Douglass. *Institutions*. Journal of Economic Perspectives. Winter 1991, v 5, n. 1. p. 97-112).

⁴³⁹ Os incentivos funcionam de forma análoga ao sistema de preços em determinado mercado, na medida em que indivíduos agirão, em certo contexto institucional, para maximizar seus próprios benefícios, realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus ganhos. (SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM,

As instituições buscam a estabilidade e existem, principalmente, para reduzir a incerteza nas relações sociais⁴⁴⁰, mas elas podem ser ineficientes, com implicações negativas para agentes econômicos⁴⁴¹. Instituições eficientes exercem influência positiva na Economia e a prestação jurisdicional eficiente é pressuposto para o desenvolvimento econômico sustentável.

Sendo o Poder Judiciário uma instituição destinada a conferir eficácia ao sistema legal e segurança às transações realizadas em mercado, ele constitui fator importante no processo de redução de custos e na busca da eficiência econômica⁴⁴². O ambiente institucional tem o papel de reduzir incertezas, especialmente no que tange à influência do Judiciário nas relações econômicas, mas se o ambiente institucional for ineficiente, trará implicações negativas para agentes econômicos⁴⁴³.

4.4.3 O Posicionamento do Judiciário e seu reflexo nos custos de transação

É indispensável a compreensão do que são os chamados *custos de transação* para o estudo da Análise Econômica do Direito

De acordo com a doutrina especializada, *custos de transação*⁴⁴⁴ são os custos que possibilitam a realização de intercâmbios econômicos. Todos os custos que o indivíduo incorre em função dos relacionamentos que deve manter com os demais integrantes do

Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coords). **Arbitragem no Brasil** – Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008).

⁴⁴⁰ SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito e economia** – Análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005.

⁴⁴¹ Coase afirma que instituições apenas não seriam necessárias se não existisse assimetria informacional e se os custos de transação fossem iguais a zero. Como essa situação é inexistente no mundo real, instituições possuem um papel crucial na alocação dos recursos. (COASE, Ronald. The problem of social cost. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990).

⁴⁴² O ambiente institucional é formado por entidades que determinam as normas que serão seguidas e o sistema de controle. A forma pela qual está estruturado o ambiente institucional pode interferir diretamente nos custos de produção e transação.

⁴⁴³ Williamson afirma que o arranjo institucional tem como função principal a redução dos custos contratuais, de monitoramento do desempenho, de organização das atividades ou de adaptação às respostas eficientes dos agentes ao problema de transacionar (WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of governance**. Oxford/New York: Oxford University, 1996). O referido autor caracterizou duas correntes complementares dentro da Nova Economia Institucional: Ambiente Institucional e Instituições de Governança. As duas se complementam, pois o ambiente institucional, dependendo de como está formado, pode reduzir ou aumentar os custos de transação das organizações (WILLIAMSON, Oliver. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, n. 36, p.269-296, jun. 1991).

⁴⁴⁴ O conceito de custos de transação foi introduzido por Ronald Coase, em 1937, com o famoso artigo *The nature of the firm*. Coase se referiu aos custos de transação como os “custos para a utilização dos mecanismos de preço”. (COASE, Ronald. **The nature of the firm**. The firm, the market and the Law. University of Chicago Press, 1990).

sistema produtivo podem ser chamados de *custos de transação*. Assim, compreendem todos os custos associados à procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico⁴⁴⁵.

Segundo Williamson, definem-se custos de transação os custos *ex ante* de preparar, negociar e garantir um acordo, bem como os custos *ex post* dos ajustamentos e adaptações que resultam, quando a execução de um contrato é afetada por falhas, erros, omissões e alterações inesperadas. Em suma, são os custos de fazer funcionar o sistema econômico⁴⁴⁶.

Salama⁴⁴⁷ ensina que um exemplo clássico de custos de transação diz respeito aos custos relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual. Quando analisa a conveniência e a oportunidade de celebração de um contrato⁴⁴⁸, o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos: (a) de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte (e.g. confirmação de pagamento das parcelas, ou aferição da qualidade do produto prometido); e (b) a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor o interesse do indivíduo em tomar parte no negócio jurídico a ser entabulado⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Identifica-se uma necessidade de convivência constante entre os conceitos econômico e jurídico de empresa, sobretudo considerando-se a teoria consagrada por Williamson, Posner e Coase que considera a empresa (*firm*) como um “feixe de contratos”, um centro de tomada de decisões consubstanciadas em instrumentos contratuais elaborados a partir de uma análise dos custos da realização das transações no interior da estrutura empresarial ou no mercado (custos de transação).

⁴⁴⁶ WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of governance**. Oxford/New York: Oxford University, 1996.

⁴⁴⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coords). **Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁴⁴⁸ Impende ressaltar o conceito econômico de contrato trazido por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn: “[...] Conforme afirmam Werin e Wijkander, a Teoria Econômica ignorou os contratos por muitos anos. Influenciados pelo trabalho de Ronald Coase, os economistas e cientistas das organizações passaram a ver as transações como reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos mecanismos lastreados nos contratos. A partir do trabalho de Coase, abriu-se o caminho para o tratamento mais realista do fenômeno que denominados firma vista como um feixe particular de contratos cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos. [...] A essência econômica do contrato é o de promessa. Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas. Vistas como um conjunto de contratos, as firmas representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam as promessas definidas em conjunto pelos agentes. Assim, são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado (regulação). (SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (orgs). **Direito e economia – Análise econômica do direito e das organizações**. São Paulo: Campus/ Elsevier, 2005, pp. 102-103).

⁴⁴⁹ Os custos de transação devem ser analisados pelo caráter microanalítico que se revela por três pressupostos básicos: (1) pressupostos comportamentais, (2) dimensão das operações, e (3) característica do processo. Com essas ferramentas, a teoria tem como principal objeto explicar e, se possível, prever a

Na projeção dos custos de transação, os possíveis conflitos decorrentes dos contratos são considerados, bem como a forma e o tempo para solucioná-los.

A Economia dos Custos de Transação assume a existência de pressupostos comportamentais, como a racionalidade limitada e a possibilidade de ação oportunista. A racionalidade limitada⁴⁵⁰ é uma característica natural do ser humano, já que não é possível ou muito custoso conseguir e/ou processar todas as informações necessárias para pautar a tomada de decisão como, por exemplo, para elaborar contratos sem deixar espaço que permita a ação oportunista da outra parte. O oportunismo⁴⁵¹ resulta da ação dos indivíduos na busca do seu autointeresse, mas com uma conotação não cooperativa⁴⁵².

Existe uma possibilidade real de comportamento oportunista pós-contratual quando aumentam as possibilidades de ganhos em decorrência desse comportamento oportunista. Existem custos e benefícios em decorrência da quebra contratual. A quebra contratual é considerada eficiente quando os benefícios decorrentes são maiores que as perdas geradas. Cada agente avaliará se os ganhos serão maiores do que os custos das sanções, econômicas e jurídicas (as sanções jurídicas não são escritas no contrato, mas possuem importância, sobretudo nas próximas relações, como ocorre com o efeito reputacional)⁴⁵³.

A criação de riqueza depende das trocas que, normalmente, se instrumentalizam por meio da celebração de contratos. Quando se analisa a conveniência de celebração de um contrato, a pessoa (física ou jurídica) leva em consideração a eficácia dos remédios oferecidos pela lei para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Nessa análise as normas e os tribunais assumem papel muito importante. No surgimento de uma controvérsia quanto à execução ou cumprimento de um contrato, que por pressuposto é

dinâmica dessas transações, com base na premissa de que os agentes têm como objetivo final minimizar os custos de transação, em busca de maior eficiência econômica.

⁴⁵⁰ Considera-se que o agente econômico busca um comportamento otimizador e racional, mas que não consegue satisfazer esse desejo dada sua limitação na capacidade cognitiva de receber, armazenar, recuperar e processar informações.

⁴⁵¹ Williamson define oportunismo como a busca do autointeresse com avidez (*self-interest seeking with guile*) (WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and Hierarchies**. New York: The Free Press, 1975. p. 26-37). Explica, também, que o oportunismo deve ser distinguido da simples busca do autointeresse, de acordo com a qual os indivíduos jogam um jogo com regras fixas que costumam ser seguidas. Oportunismo envolve um esforço calculado de induzir a erro e confundir a outra parte, por meio de divulgação incompleta e distorcida de informação. (WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985, p. 47).

⁴⁵² Um indivíduo pode ter uma informação privilegiada sobre a realidade de outro agente e, com base nisso, agir oportunisticamente, aproveitando a situação para fazer lucro.

⁴⁵³ KLEIN, Benjamin. Contracts and incentives: The Role of Contracts Terms in Assuring Performance. In: WERIN, L.; WIJKANDER, R. **Contract economics**. Oxford: Blackwell, 1992.

incompleto, os tribunais irão preencher as lacunas existentes, reduzindo, em tese, os custos de transação para os agentes.

Na medida, porém, em que os tribunais forem ineficientes devido à existência de autointeresse, informação incompleta e racionalidade limitada dos agentes, ou falharem na aplicação das normas ou na identificação das regras mais apropriadas para cada caso, pode-se aumentar o custo de transação para os agentes.

4.4.4 O posicionamento do Poder Judiciário brasileiro e a diminuição dos custos de transação dos negócios comerciais internacionais

O Poder Judiciário influencia o ambiente de negócios, pois as suas decisões produzem efeitos que repercutem nas ações dos agentes privados⁴⁵⁴.

As decisões dos tribunais estatais sobre a exceção da ordem pública no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras geram impactos nas estratégias das organizações, uma vez que dependendo da forma como um estado recebe sentenças arbitrais estrangeiras, os custos de transação das relações comerciais internacionais podem aumentar ou diminuir. É inegável, portanto, que os precedentes jurisprudenciais repercutem nos custos de transação.

Uma das maiores preocupações está na grande subjetividade do conceito de ordem pública, que faz com que cada jurisdição a interprete de uma forma, podendo resultar em uma sentença arbitral eficaz em determinado foro e ineficaz em outro. A indeterminação do conceito de Ordem Pública também faz com que muitas vezes seja utilizada pela parte que procura fugir do cumprimento de suas obrigações, podendo servir de sucedâneo para a consagração de injustiças.

Existe, também, o fundado temor de que as cortes estatais favoreçam a parte nacional em detrimento da parte estrangeira, o que pode levar uma das partes a incluir em seus custos a parcela correspondente ao risco de litigar em ambiente jurídico desfavorável. Tudo isso faz com que o ambiente institucional seja capaz de afetar os custos de transação dessas relações comerciais internacionais.

⁴⁵⁴ “O Judiciário, apesar de vinculado às regras, define quais serão aplicadas, quando podem ou não ser violadas, abrindo exceções para a sua quebra por determinados agentes, e criando incentivos – tanto positivos quanto negativos – às pessoas seguirem ou não as determinações desse jogo”. (TIMM, Luciano Benetti; FERREIRA ALVES, Francisco Kümmel. Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? *Revista de Direito Público da Economia*. 2007, v. 19, pp. 125-158).

Se as regras do jogo não estiverem claras para os agentes econômicos, o ambiente institucional gerará incerteza, aumentando os custos de transação nas transações seguintes, elevando, também, a importância das sanções econômicas⁴⁵⁵.

Instituições jurídicas com alta qualidade (Judiciário e Lei) reduzem os custos de transação, pois geram a confiança nos investidores de que os contratos serão cumpridos e de que as instituições jurídicas do país funcionam, se necessitarem utilizá-las⁴⁵⁶.

Há casos em que a intervenção do Judiciário, ao negar a homologação de uma sentença arbitral estrangeira por ofensa à ordem pública, se faz realmente necessária. A não homologação de sentenças arbitrais estrangeiras por eventuais protecionismos locais ou até mesmo por questões políticas, porém, pode vir a aumentar a incerteza e, consequentemente, os custos de transação para todos os agentes.

Ao decidir indevidamente pela não homologação de uma sentença arbitral estrangeira o tribunal gera efeitos secundários que acarretam a diminuição dos contratos, dificultando a negociação futura para todos os agentes. Se os tribunais brasileiros produzissem decisões tecnicamente incorretas ao analisar os pedidos de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, as empresas estrangeiras ficariam receosas de negociar contratos com empresas brasileiras que precisassem, por alguma razão, ser homologados no Brasil, uma vez que não poderiam contar com a segurança jurídica de que o contrato seria cumprido.

Salama já escreveu sobre a Economia da Arbitragem e concluiu que a arbitragem poderá reduzir os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional e pode favorecer o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos, maximizando os ganhos na relação comercial entre as partes⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

⁴⁵⁶ BERKOWITZ, Daniel; MOENIUS, Johannes; PISTOR, Karherina. Legal institutions and international trade flows. **Michigan Journal of International Law**, 2004, n. 26, p.163.

⁴⁵⁷ Bruno Salama verificou que se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional. Em primeiro lugar, em razão da agilidade com que é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais, não se submete ao regime dos infundáveis recursos a instâncias superiores, e os árbitros, não raro, contam com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez. A possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da especialização dos árbitros, também pode representar economia para as partes, já que a expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos das partes relativos à negociação de contratos. A diminuição de custos também pode ser reflexo de uma maior garantia de imparcialidade do árbitro. (SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coords). **Arbitragem no Brasil** – Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008).

Acontece, porém, que caso seja necessária a homologação da sentença arbitral estrangeira para o seu reconhecimento ou execução no Brasil, a parte interessada na homologação será obrigada a requerê-la ao Superior Tribunal de Justiça, que é a instância competente para a homologação de sentenças estrangeiras. Diante disso, a parte que elegeu a arbitragem justamente para buscar a sua eficiência, fica obrigada a buscar junto ao Poder Judiciário, a homologação da sentença, ficando, conseqüentemente, sujeita à jurisdição estatal que queria evitar ao eleger a arbitragem como forma de solução de controvérsias.

A expectativa de decisões mais ágeis e acertadas no futuro diminui o risco de comportamento oportunista no presente. As partes terão, levando em conta a forma com que os tribunais brasileiros têm analisado os casos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, incentivos para cumprir as obrigações assumidas no contrato. Se, ao contrário, os tribunais brasileiros negassem a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras por quaisquer motivos, a parte devedora não teria incentivos para cumprir a sentença arbitral, assim como para cumprir o contrato.

Os indivíduos optam, em regra, pela solução mais eficiente disponível no mercado. Eventual falta de eficiência do Estado será um incentivo para que o indivíduo resolva suas disputas, alterando seus padrões negociais, de forma a evitar ou tornar desnecessária a disputa judicial. A parte estrangeira pode, por exemplo, aumentar as taxas de juros e encargos em seus contratos a fim de compensar uma eventual inadimplência.

O sistema jurídico fornece incentivos aos tomadores de decisões econômicas. Decisões judiciais proferidas em prol da previsibilidade e da estabilidade das relações entre particulares se desdobram em efeitos sobre a eficiência econômica e a segurança jurídica.

A criação de incertezas sobre a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras guiaria as empresas a buscarem soluções extrajudiciais que minimizassem os custos e maximizassem os ganhos de suas relações jurídicas, fazendo com que toda a sociedade pagasse pela falta de eficiência do Estado.

A falta de recepção pelo Estado de sentenças arbitrais estrangeiras aumentaria os custos sociais, contrariando o interesse público de que as relações negociais sejam eficientes na produção de riquezas para a sociedade. Se os tribunais brasileiros acolhessem de maneira desmedida alegações oportunistas de infração à ordem pública nacional, empresas estrangeiras evitariam firmar contratos com empresas brasileiras que tivessem que eventualmente ser reconhecidos ou executados no Brasil.

Os precedentes favoráveis à arbitragem proferidos pelo STJ acabam incentivando o cumprimento dos contratos, assim como a celebração de novos negócios. Os precedentes estudados no item anterior, desincentivam demandas judiciais abusivas.

Quanto maior o grau de incerteza, maiores seriam os incentivos para que as empresas estrangeiras alterassem seus padrões negociais ou simplesmente reduzissem sua participação em atividades econômicas com empresas brasileiras, reduzindo-se, conseqüentemente, a geração de riqueza social.

O posicionamento correto e previsível do Judiciário inibe condutas oportunistas da parte que pretende descumprir o contrato. Nessa lógica, o posicionamento do Judiciário se insere numa sistemática contratual eficiente, criando um sistema de desincentivos para as partes adotarem comportamentos oportunistas durante a vigência da relação contratual.

A diminuição da probabilidade de não homologação equivocada de uma sentença arbitral estrangeira diminui o risco de inadimplemento injustificado, tornando o contrato mais atrativo para as partes e mais eficiente para o mercado.

4.4.5 Um breve comentário sobre o fator *tempo*

Segundo levantamento feito pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), cujo grupo de pesquisadores realizou a análise das decisões envolvendo o processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, o STJ leva em média de 12 a 18 meses para julgar um pedido de homologação⁴⁵⁸. Apesar de se perceber uma diminuição no prazo de avaliação dos processos em relação ao tempo médio decorrido quando a competência era do STF, parece que o mesmo ainda é bastante longo.

Essa demora na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras eleva o custo econômico das partes, na medida em que, em regra, ficam privadas dos bens ou direitos em litígio durante o período que precede o efetivo cumprimento da sentença arbitral. Deve-se computar, também, nesse cálculo, o custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em juízo.

⁴⁵⁸ Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf>. Acesso em: 04 nov. 12.

4.4.6 Apontamentos conclusivos sobre o posicionamento do Judiciário

Ao ratificar a Convenção de Nova Iorque e ao interpretá-la apropriadamente, o Poder Judiciário brasileiro gera a confiança de que o Brasil é um parceiro comercial confiável e seguro, gerando externalidades positivas para todos os agentes econômicos que se beneficiam com os custos de transação.

Ao aderir à Convenção de Nova Iorque e dar a ela aplicação séria e positivamente previsível, o Brasil passa às partes estrangeiras maior confiança de que terão à sua disposição os meios necessários para fazer valer seus eventuais direitos. Essa maior confiança certamente leva à diminuição da percepção de risco de se fazer negócios com o Brasil e sinaliza aos agentes econômicos uma postura afeita às necessidades e tendências de um mundo globalizado.

Ao imprimir à Convenção de Nova Iorque interpretação apropriada e consentânea aos negócios internacionais, o Poder Judiciário brasileiro contribui para a segurança jurídica e colabora com o comércio internacional, diminuindo os custos de transação dos negócios internacionais.

4.5 NECESSIDADE DE SE RESTRINGIR O CAMPO DE APLICAÇÃO E ALCANCE DOS QUESTIONAMENTOS DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA

A Convenção de Nova Iorque foi redigida com a intenção de que o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras seja recusado apenas em um número limitado de circunstâncias, previstas em seu art. V. Coube ao referido artigo a difícil tarefa de guardar o equilíbrio entre os interesses de desenvolvimento e expansão da arbitragem e a garantia do atendimento de determinados princípios e valores fundamentais dos países signatários da Convenção⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ “Recommendation 1(a): The finality of awards rendered in the context of international commercial arbitration should be respected save in exceptional circumstances. Those who drafted the New York Convention intended that enforcement should be refused only in a number of limited circumstances (see Article V). This was also the objective of the UNCITRAL Model Law (see Article 36). An enforcement court must carry out a balancing exercise between finality and justice. The New York Convention and the Model Law permit such an exercise by making the court's power discretionary, i.e. enforcement ‘may’ be refused”. (MAYER, Pierre; SHEPPARD, Audley. Final ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 249-263).

Muitos tribunais têm expressado uma política que favorece o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras⁴⁶⁰. A Corte Europeia de Justiça, por exemplo, no caso *Eco Swiss China Time Ltd vs Benetton International NV* (1999) afirmou expressamente que: “[...] é no interesse da eficiência dos procedimento arbitrais que a revisão das sentenças arbitrais deve ser limitada em escopo e que a anulação ou recusa para reconhecer uma sentença deve ser possível apenas em circunstâncias excepcionais”⁴⁶¹.

O Comitê que elaborou os Relatórios sobre a ordem pública como causa de recusa do reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras endossou essa política e recomendou que o reconhecimento das sentenças seja recusado apenas em circunstâncias excepcionais⁴⁶².

Seguindo a linha de que o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras deve ser recusado apenas em hipóteses excepcionais, é consequência lógica que a exceção de ofensa à ordem pública, prevista no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, deve ser interpretada restritivamente. Como já se viu ao longo deste estudo, a intervenção deve ser excepcional, limitada aos casos em que a sentença é radicalmente inaceitável no país em que se tenciona o reconhecimento e a execução, por violação de uma regra fundamental⁴⁶³.

⁴⁶⁰ “There is an international policy favouring enforcement of awards. With exceptions, it is increasingly rare to find “horror stories” of non enforcement in published cases. Indeed, according to one report, as of 1996 more than 95% of cases where enforcement was sought the awards were enforced by the courts. In another survey the figure for voluntary enforcement or enforcement by state courts is 98%. This is the result of harmonisation of the rules relating to recognition and enforcement in, and the extensive acceptance by so many states of, the New York Convention”. (LEW, Julian M.; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 687-732).

⁴⁶¹ “[...] it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognize an award should be possible only in exceptional circumstances”. (Case C-126/97, reported at [1999] 2 All ER (Comm) 44 and [1999] European Court Reports I-3055).

⁴⁶² “The Committee endorses this policy and recommends that enforcement should be refused only in exceptional circumstances. [...] Some members of the Committee considered that court interference in the enforcement process should be strongly discouraged, and that the public policy exception to enforcement should be restricted to the greatest extent possible. Some members of the Committee, mainly from developing countries, were of the view that State courts should be entitled to protect the State from perverse and/or prejudiced awards, and there should be no attempt to restrict the scope of public policy. The majority of the Committee, however, considered that court intervention should be limited, and approved the pro-enforcement policy referred to above. The majority recognized that a State is ultimately entitled to refuse to enforce an award that it found offensive, but concluded that the Recommendations as formulated by the Committee provided the appropriate balance between the various interests; namely, those of the parties to a specific arbitration, of arbitration users generally and of the State”. (MAYER, Pierre; SHEPPARD, Audley. Final ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 249-263).

⁴⁶³ “In the context of enforcement of an arbitral award, the English Court of Appeal (Sir John Donaldson MR), in *D.S.T. v. Rakoil* (1987), stated: Considerations of public policy can never be exhaustively defined, but they should be approached with extreme caution. ... It has to be shown that there is some element of illegality or that the enforcement of the award would be clearly injurious to the public good or, possibly, that

Ao tratar desse assunto, Paulsson, com bastante propriedade afirma que:

[...] debe quedar en claro que la excepción de orden público del artículo 5.2.b opera solo en las circunstancias más excepcionales. En la medida en que el orden público no es susceptible de una definición precisa e invariable, cualquier juez debería ser consciente de que apelar a este para rechazar un laudo arbitral es algo extraordinario, a lo que solo debe recurrirse después de pensarlo demasiado para no lesionar el sistema de la CNY.

[...] deve ficar claro que a exceção de ordem pública do artigo 5.2.b opera apenas em circunstâncias mais excepcionais. Na medida em que a ordem pública não é suscetível de uma definição precisa e invariável, qualquer juiz deveria ser consciente de que apelar a esta para rechaçar uma sentença arbitral é algo extraordinário, a que somente se deve recorrer depois de pensar bastante para não lesionar o sistema da CNI. Tradução livre].

O renomado autor faz referência ao Informe do Comitê de Arbitragem Comercial Internacional da 69ª Conferência da *International Law Association*, ponderando que:

[...] para que tenga éxito un argumento basado en el orden público tiene que demostrarse que existe algún elemento de ilegalidad o que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían claramente nocivos para el bien público, o, también posiblemente, que el reconocimiento o la ejecución serían completamente ofensivos para aquel miembro del público que es corrientemente razonable y está completamente informado y en cuyo nombre se ejercen los poderes del Estado⁴⁶⁴.

[...] para que tenha êxito um argumento baseado na ordem pública tem-se que demonstrar que existe algum elemento de ilegalidade ou que o reconhecimento ou a execução da sentença seriam claramente nocivos para o bem público, ou, também possivelmente, que o reconhecimento ou a execução seriam completamente ofensivos para aquele membro do público, que é normalmente razoável e está completamente informado e em cujo nome se exercem os poderes do Estado. Tradução livre].

Lew, Mistelis e Kroll também se posicionam nesse sentido e deixam bem claro que a ofensa à ordem pública prevista no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, como uma das hipóteses de recusa do reconhecimento e/ou execução da sentença arbitral

*enforcement would be wholly offensive to the ordinary reasonable and fully informed member of the public on whose behalf the powers of the State are exercised". (SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2, pp. 217-248).*

⁴⁶⁴ PAULSSON, Jan. El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales. In: TAWIL, Guido Santiago; ZULETA, Eduardo (dirs.). El Arbitraje Comercial Internacional. **Estúdio de la Convención de Nueva York com motivo de su 50º aniversario**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, pp. 609-616.

estrangeira, deve ser interpretada de forma bastante restrita, assim como as demais hipóteses do art. V da Convenção, e destacam ser bastante rara a recusa ao reconhecimento de uma decisão arbitral por violação à ordem pública⁴⁶⁵.

Born, por sua vez, manifesta que a maioria dos tribunais nacionais fortemente favorece o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, não obstante as alegações de ofensa à ordem pública. Ao citar uma posição pró-reconhecimento, manifesta que muitos tribunais norte-americanos adotaram uma restrita visão da exceção de ordem pública constante do art. V (2) (b) da CNI⁴⁶⁶.

A exceção de ordem pública com vistas a impedir o reconhecimento e/ou execução de sentenças estrangeiras deve ser empregada apenas quando for verificada ofensa à ordem pública internacional, bem mais restrita que a ordem pública interna. A aplicação da ordem pública internacional, estritamente definida, faz com que a ordem pública raramente seja uma causa de recusa para o reconhecimento de uma sentença estrangeira. O emprego da ordem pública para evitar a homologação de sentenças estrangeiras constitui medida excepcional de defesa do Estado, dos valores básicos contidos no ordenamento jurídico⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ “Public policy ‘is never argued at all but where other points fail’. This ground to resist enforcement, as all other grounds in Article V, must be construed narrowly. In fact, only violation of the enforcement state’s public policy with respect to international relations (international public policy or ordre public policy international) is a valid defence. This defence is only available “where the enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice. [...] It is generally rare that an award is successfully refused enforcement in a state because of violation of its international public policy”. (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 721-723).

⁴⁶⁶ “Consistent with their general statements that the public policy defense is exceptional and exceedingly narrow, most national courts have strongly favored the recognition of international arbitral awards, notwithstanding defenses based on public policy. Citing a basic “pro-enforcement” policy towards international arbitral awards, a number of U.S. lower courts have adopted very narrow views of Article V(2)(b)’s public policy exception. In one commentator’s somewhat exaggerated words, “the courts have given the public policy defense so narrow a construction that it now must be characterized as a defense without meaningful definition”. (BORN, Gary B. Recognition and enforcement of International Arbitral Awards - D. Grounds for Refusing to Recognize International Arbitral Awards. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 2848-2849).

⁴⁶⁷ “Obviamente los ordenamientos legales no determinan cuáles de sus normas deben considerarse parte del orden público internacional, por lo que su consideración queda a criterio del juez ante quien se promueve la acción tendiente a obtener el reconocimiento o la ejecución del laudo. Es por ello importante que los jueces sean sumamente cautos a la hora de juzgar estas cuestiones, ya que una utilización irrestricta de la excepción de orden público internacional llevaría inexorablemente a la negación del Derecho Internacional Privado, mientras que el exceso opuesto conduciría a la corrosión del sistema jurídico interno al contravenir sus principios rectores. Lo que se propicia es, em definitiva, que los tribunales del exequatur hagan um prudente uso de esta excepción, evitando pecar por exceso o por defecto; que mantengan uma línea jurisprudencial coherente, que no sea refractaria o poço tolerante a las diferencias existentes entre el sistema jurídico vigente em el lugar de donde proviene el laudo, pero que tampoco resulte exageradamente permisiva de diferencias que resultan intolerables para la mora media de su sociedad”. (CAIVANO, Roque J. Reconocimiento e ejecución de laudos arbitrales extranjeros. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1998, p. 158).

A exceção de ofensa à ordem pública em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira só deve ser acolhida quando for inviável a aplicação indireta da lei estrangeira, diante de sua absoluta incompatibilidade com os princípios e valores fundamentais da ordem nacional. Essa incompatibilidade deve constituir verdadeira afronta ao sistema nacional e não apenas mera distinção de regras jurídicas entre dois países. A simples diferença entre as leis interna e estrangeira aplicada na sede da arbitragem ou no foro estrangeiro não pode ser interpretada como ofensa à ordem pública.

Deve-se levar em conta que embora a ordem pública atue no sentido negativo ao impedir a aplicação indireta da lei estrangeira e o reconhecimento da sua sentença, ela também atua em um sentido positivo ao impor a aplicação do direito estrangeiro como parte integrante do sistema brasileiro.

Diante do seu caráter flexível e mutável, a análise de eventual contrariedade à ordem pública deve ser analisada de modo a não serem qualificadas como atentatórias da ordem pública as sentenças estrangeiras contrárias às normas vigentes ou imperativas do direito brasileiro. O conceito de ordem pública internacional aplicável em sede de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras não pode exigir identidade de regras jurídicas aplicáveis, devendo se curvar à autoridade do direito estrangeiro aplicado na sentença⁴⁶⁸.

Se a sentença arbitral estrangeira for contrária a uma regra imperativa do foro, mas que não faça parte de sua ordem pública internacional, o reconhecimento e a execução da sentença devem ser autorizados. É nesse sentido, inclusive, a recomendação 3 (a) do Relatório Final da ILA sobre a ordem pública como causa de recusa do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira: a violação por parte de uma sentença de mera regra imperativa não deverá impedir seu reconhecimento e execução, inclusive quando mencionada regra faça parte da lei do foro, da lei aplicável ao contrato, da lei do lugar de execução do contrato ou da lei da sede da arbitragem⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ “[...] sentença estrangeira que se busca homologar foi proferida com fundamento nas leis vigentes no direito americano, lá encontrando seu fundamento de validade [...] a ausência de previsão semelhante no ordenamento pátrio, além de não tornar nulo o ato estrangeiro, não implica, no presente caso, ofensa à ordem pública ou aos bons costumes. (STJ, SEC 5.493, Rel. Min. Felix Ficher, DJ 06.10.2011).

⁴⁶⁹ “An award’s violation of a mere ‘mandatory rule’ (i.e. a rule that is mandatory but does not form part of the State’s International public policy so as to compel its application in the case under consideration) should not bar its recognition or enforcement, even when said rule forms part of the law of the forum, the law governing the contract, the law of the place of performance of the contract or the law of the seat of the arbitration”. (MAYER, Pierre; SHEPPARD, Audley. Final ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 249-263).

Como muito bem apontado por Dolinger,

a ordem pública funciona no Direito Internacional Privado como válvula de segurança que poderá ser abusivamente utilizada por aqueles que resistem à aplicação da lei estrangeira por não assimilar adequadamente a noção de comunidade jurídica internacional. É preciso que o aplicador da lei se conscientize de que ao princípio da ordem pública se deve recorrer com parcimônia, somente quando absolutamente necessário para manter o equilíbrio da convivência da sociedade internacional com os fundamentos do direito de cada grupo nacional. Neste espírito muitas convenções internacionais, ao inserir a exceção da ordem pública, se referem a ela no sentido de que a aplicação da lei estrangeira seja manifestamente incompatível com a ordem pública do foro⁴⁷⁰.

Especialmente no campo da arbitragem, a recusa da homologação da sentença estrangeira fundada na ofensa à ordem pública deve ser aplicada de maneira bastante restrita, sob pena de ferir os princípios fundamentais da cooperação jurídica internacional. Somente em situações de flagrante ofensa aos valores fundamentais de um Estado, a exceção de ofensa à ordem pública deve ser considerada suficiente para barrar o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. Ademais, apenas devem ser considerados afrontosos à ordem pública casos extremamente graves, contrários aos princípios basilares e mais relevantes fundamentos da sociedade⁴⁷¹.

A restritiva interpretação dada ao conceito de ordem pública ficou bastante clara no emblemático caso *Parsons & Whittemore Overseas Co Inc VS. Societé Generale De L'Industrie Du Papier*, citado diversas vezes ao longo deste estudo, em que se decidiu que o reconhecimento e a execução de sentença arbitral estrangeira não podem ser negados, exceto nos casos em que a recepção viole noções básicas de moralidade e justiça do Estado

⁴⁷⁰ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 394.

⁴⁷¹ “Notwithstanding the foregoing international limits under Article V(2)(b), the public policy exception remains potentially unpredictable and expansive. As conflicts teachers around the world invariably recite, public policy can be an unruly horse that carries its rider to unpredictable destinations. Partially in reaction to this, courts in many developed jurisdictions have taken very restrictive views of public policy, both in the context of recognizing arbitral awards and otherwise. Indeed, some authorities have characterized public policy as the last refuge of those without any other arguments. Despite the potentially expansive and unruly character of ‘public policy’, courts in most developed jurisdictions have been very reluctant to invoke the exception to deny recognition to international arbitral awards. Rather, they have underscored the narrow, exceptional character of the public policy defense in recognition proceedings, emphasizing that the exception is not satisfied merely because foreign law or a foreign tribunal reached a different result, or even an entirely opposite result, from that provided by domestic law. One leading Swiss judicial decision sums up this approach as follows: ‘The appellant forgets that the enforcement court does not decide on the arbitral award as an appellate instance; the merits of the award cannot be reviewed under the cover of public policy’”. (BORN, Gary B. Recognition and enforcement of International Arbitral Awards – D. Grounds for Refusing to Recognize International Arbitral Awards. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 2730-2872).

do foro. Na referida decisão o tribunal americano se posicionou acerca da interpretação a ser dada à ordem pública prevista na Convenção de Nova Iorque, afirmando que a exceção de ordem pública deve ser interpretada de forma restrita: “a leitura da exceção da ordem pública como um mecanismo provinciano para proteger os interesses políticos nacionais comprometeria seriamente a utilidade da Convenção”. Segundo a Corte Americana, o art. V (2) (b) da CNI não foi concebido para alimentar as idiossincrasias da política internacional sob a rubrica de ordem pública. Ao contrário, uma noção circunscrita de ordem pública foi idealizada pelos redatores da Convenção e toda evidência é que, ao ratificar a Convenção, os EUA subscreveram esta concepção⁴⁷².

Os tribunais ao redor do mundo, como é possível constatar em alguns exemplos a seguir, têm seguido essa orientação e também têm amplamente aplicado uma interpretação bastante restrita da ordem pública quando do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

Nesse sentido, a Suprema Corte da Região Administrativa Especial de Hong Kong reconheceu que perante uma jurisdição que tenha aderido à Convenção de Nova Iorque, para que haja a recusa à execução de uma sentença arbitral estrangeira por motivo de ordem pública, a sentença deve ser tão fundamentalmente ofensiva às noções de justiça daquela jurisdição que, a despeito de ser parte daquela Convenção, não pode ignorar aquela objeção. Para assegurar a consecução desse objetivo sem que haja intervenção excessiva por parte dos tribunais que irão executar a sentença, as disposições do art. V, notadamente o art. V (2) (b) relativas à ordem pública, são interpretadas restritivamente⁴⁷³.

A Suprema Corte da Coreia adotou visão semelhante, em decisão que merece ser transcrita:

The basic tenet of [Article V (2) (b)] is to protect the fundamental moral beliefs and social order of the country where recognition and enforcement of the award is sought from being harmed by such recognition and enforcement. As due regard should be paid to the stability of international commercial order, as well as domestic concerns, this provision should be interpreted narrowly. When foreign legal rules applied in an arbitral award are in violation of mandatory provisions of Korean law, such a violation does not necessarily constitute a reason for refusal. Only when the concrete outcome of recognizing such an award is

⁴⁷² US Court of Appeals for the Second Circuit, 23-11-1974, 508 F.2d 969.

⁴⁷³ Hong Kong 20. Corte de Apelação, 09.10.2007 e 16.06.2008, Apelação Cível n. 121 de 2003. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>. Acesso em: 08 jul. 2012.

*contrary to the good morality and other social order of Korea, will its recognition and enforcement be refused*⁴⁷⁴.

[O princípio básico do [Artigo V (2) (b)] é proteger as crenças morais fundamentais e a ordem social do país onde o reconhecimento e a execução da sentença é procurada para não ser prejudicada por este reconhecimento e esta execução. Como a devida consideração deve ser dada à estabilidade da ordem comercial internacional, bem como às preocupações locais, esta disposição deve ser interpretada de forma restritiva. Quando regras jurídicas estrangeiras aplicadas a uma sentença arbitral violam disposições mandatórias da lei coreana, tal violação não constitui, necessariamente, um motivo para a recusa. Somente quando o resultado concreto de reconhecer essa sentença é contrário à boa moral e à ordem social da Coreia, seu reconhecimento e execução serão recusados. Tradução livre].

A necessidade de se aplicar restrição à ordem pública prevista no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque também ficou bem definida no caso *Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd.*:

*Before a (1958 New York) Convention jurisdiction can [...] refuse enforcement of a Convention award on public policy grounds, the award must be so fundamentally offensive to that jurisdiction's notions of justice that, despite its being a party to the Convention, it cannot reasonably be expected to overlook the objection. However, the object of the Convention was to encourage the recognition and enforcement of commercial arbitration agreements in international contracts and to unify the standards by which agreements to arbitrate are observed and arbitral awards are enforced [...]. In order to ensure the attainment of that object without excessive intervention on the part of courts of enforcement, the provisions of Art. V, notably Art. V (2) (b) relating to public policy, have been given a narrow construction. It has been generally accepted that the expression "contrary to the public policy of that country" in Art. V (2) (b) means "contrary to the fundamental conceptions of morality and justice" of the forum*⁴⁷⁵.

[Perante a Convenção (1958 New York) a jurisdição pode [...] recusar executar uma sentença por razões de ordem pública, a sentença deve ser tão fundamentalmente ofensiva às noções de justiça desta jurisdição que, apesar de ser uma das partes da convenção, não pode razoavelmente esperar que ignore a objeção. No entanto, o objeto da Convenção foi incentivar o reconhecimento e a execução de acordos de arbitragem comercial em contratos internacionais e unificar os padrões pelos quais acordos para arbitrar são observados e sentenças arbitrais são executáveis [...]. A fim de assegurar o alcance desse objetivo sem intervenções excessivas por parte dos tribunais de execução, o disposto no art. V, em

⁴⁷⁴ Judgment of 14 February 1995, *Adviso NV v. Korea Overseas Constr. Corp.*, XXI Y.B. Comm. Arb. 612, 615 (Korean S.Ct.) (1996).

⁴⁷⁵ *Hebei Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd* [1999]. Disponível em: <www.kluwerarbitration.com>. Acesso em: 30 nov. 2012.

especial art. V (2) (b) relativo à ordem pública, recebeu uma construção restritiva. Tem sido geralmente aceito que a expressão “contrário à ordem pública daquele país” no art. V (2) (b) significa “contrário às concepções fundamentais de moralidade e justiça” daquele fórum. Tradução livre].

Vale também citar a decisão da Suprema Corte de Hong Kong, que assim expressa:

In dealing with the submission that enforcement would be contrary to the public policy of Hong Kong, I note the words of Professor Albert Jan van den Berg in his book, The New York Convention of 1958. He says, at p. 364, that: 'the public policy limitation of the Convention is to be construed narrowly and to be applied only where the enforcement would violate the forum State's most basic notions of morality and justice.' "This statement has been upheld by various courts in several jurisdictions and I agree with this approach. The public policy ground for refusal must not be seen as a catch-all provision to be used wherever convenient. It is limited in scope and is to be sparingly applied. I do not see that any aspect of this case could offend Hong Kong's 'basic notions of morality and justice'⁴⁷⁶.

[Ao lidar com a alegação de que a execução seria contrária à ordem pública de Hong Kong, eu observo as palavras do Professor Albert Jan van den Berg, em seu livro *A Convenção de Nova Iorque*, de 1958. Ele diz, na pág. 364, que: “a limitação da ordem pública da Convenção deve ser interpretada de forma restritiva e ser aplicada apenas quando a execução viola as noções mais básicas de moral e justiça do Estado.” “Esta declaração tem sido confirmada por vários tribunais em várias jurisdições, e eu concordo com esta abordagem. O motivo de recusa por ordem pública não deve ser visto como uma disposição totalmente abrangente para ser usado sempre que for conveniente. Ele é limitado no seu âmbito, e deve ser frugalmente aplicado. Eu não vejo que qualquer aspecto deste caso poderia ofender as ‘noções básicas de moralidade e justiça’ de Hong Kong. Tradução livre].

Nos Estados Unidos, a Corte de Apelação do Segundo Circuito também estabeleceu que o art. V (2) (b) deve ser interpretado restritivamente a fim de abranger somente as circunstâncias em que o reconhecimento viola as noções mais básicas de moralidade e de justiça⁴⁷⁷.

Em outra decisão americana a necessidade de uma interpretação restritiva da ordem pública também foi reconhecida:

⁴⁷⁶ 5 January 1993 – Supreme Court of Hong Kong, High Court, No. MP 1150 in Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1994 - Volume XIX*, Kluwer Law International, 1994, pp. 675-679.

⁴⁷⁷ Estados Unidos 682. Corte de Apelação dos Estados Unidos, Segundo Circuito, 08.10.2009. Disponível em: <<http://kluwerarbitration.com>>. Acesso em: 08 jul. 2012.

*The public policy defense under Art. V(2)(b) of the Convention is an extremely narrow one, which pertains only when ‘enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice’ [...] An expansive construction of this defense would vitiate the Convention's basic effort to remove preexisting obstacles to enforcement*⁴⁷⁸.

[A defesa baseada em ordem pública nos termos do art. V (2) (b) da Convenção é extremamente estreita, e é relevante apenas quando ‘a aplicação violaria as noções mais básicas de moralidade e justiça do Estado fórum’. [...] Uma construção expansiva desta defesa viciaria os esforços fundamentais da Convenção de eliminar os obstáculos preexistentes à execução. Tradução livre].

Na mesma linha, mais uma decisão americana:

*The public policy exception in Art. V(2)(b) of the Convention is very narrow, and applies only where enforcement of the award would violate ‘the most basic notions of morality and justice’ of the forum where enforcement is sought*⁴⁷⁹.

[“A exceção de ordem pública no art. V (2) (b) da Convenção é muito restrita, e se aplica somente quando a execução da sentença violaria ‘as noções mais básicas de moralidade e justiça’ do fórum onde é pedida a execução”. Tradução livre].

Vale citar, também no mesmo sentido, decisão da Suprema Corte da Áustria:

*The relevant standard for the autonomous public policy review of the foreign arbitral award by the court of the enforcement state, Austria, is whether the arbitral award is irreconcilable with the fundamental principles of the Austrian legal system because it is based on a foreign legal principle that is totally irreconcilable with the domestic legal system [...]. This reservation clause is an exceptional rule that must be used sparingly, in order not to disturb the harmony of international decisions unnecessarily. It does not suffice that the law or legal relation itself is at odds with public policy: also its enforcement must be intolerable for the domestic legal system [...]. The fundamental principles concerned by public policy are especially the basic principles of the federal constitution, but also (the basis principles) of criminal, private and procedural law. (In all cases) it is not the path followed or the reasons given (in the award) but the outcome of the arbitral award that is decisive to determine whether the award is compatible (with public policy).*⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ United States 590. United States District Court, Western District of Pennsylvania, 31 July 2006, Civil Action No. 06-386 in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2007 - Volume XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 789-796.

⁴⁷⁹ Europcar Italia S.p.A. v. Maiellano Tours, Inc., 156 F.3d 310, 315 (2d Cir. 1998) - Reported in Yearbook XXIV (1999) pp. 860-870 (US no. 280)

⁴⁸⁰ 26 January 2005 – Oberster Gerichtshof [Supreme Court], No. 3Ob221/04b in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2005 - Volume XXX, Kluwer Law International, 2005, pp. 421-436.

[O padrão relevante para a revisão autônoma da ordem pública da sentença arbitral estrangeira pelo tribunal do Estado de execução, Áustria, é se a sentença arbitral é incompatível com os princípios fundamentais do sistema jurídico austríaco porque se baseia em um princípio jurídico estrangeiro que é totalmente incompatível com o sistema jurídico nacional [...]. Esta cláusula de reserva é uma norma excepcional que deve ser usada com moderação, a fim de não perturbar desnecessariamente a harmonia de decisões internacionais. Não basta que a lei ou relação jurídica em si esteja em desacordo com a ordem pública: também a sua aplicação deve ser intolerável para o sistema jurídico nacional [...]. Os princípios fundamentais afetados pela ordem pública são especialmente os princípios básicos da Constituição federal, mas também (os princípios de base) de direito penal, privado e processual. (Em todos os casos) não é o caminho seguido ou as razões apresentadas (na sentença), mas o resultado da sentença arbitral que é decisivo para determinar se a sentença é compatível (com a ordem pública). Tradução livre].

Em outra decisão da Áustria, a cláusula de ordem pública foi assim registrada:

*is an exception to the system and must in principle be used very sparingly. A mere unfairness of the result, just as the mere contrariness to mandatory Austrian provisions, does not suffice. Rather, the violation must concern basic principles of the Austrian legal system*⁴⁸¹.

[é uma exceção ao sistema e deve, em princípio, ser usada muito moderadamente. A mera injustiça do resultado, assim como a mera contrariedade às disposições austríacas mandatórias, não é suficiente. Em vez disso, a violação deve afetar os princípios básicos do sistema jurídico austríaco. Tradução livre].

Pode-se mencionar, ainda, decisão proferida por Corte Alemã, cujo texto apontou que o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira pode ser recusado apenas quando a arbitragem é viciada por uma falta grave, que afeta os fundamentos da vida social e econômica⁴⁸².

E, por derradeiro, cita-se decisão do Tribunal Federal Suíço, onde ficou expresso:

⁴⁸¹ Austria 16. Oberster Gerichtshof [Supreme Court], 26 Apr. 2006, case n. 3Ob211/05h in Albert Jan van den Berg (ed). Yearbook Commercial Arbitration, 2007, v. 32. Kluwer Law International, 2007, pp. 259-265.

⁴⁸² “The declaration of enforcement also does not violate the public policy of the Federal Republic of Germany in the sense of Art. V(2)(b). The recognition of this arbitral award does not lead to a manifest violation of the fundamental principles of German law, in particular of its constitutional principles. Nor do the awarding of compound interest, the ex officio awarding of interest, or the absence of reasons [in the part of] the decision concerning interest have this effect. Especially in the field of arbitration, enforcement of a foreign arbitral award can be denied only when the arbitration is vitiated by a grave fault, which affects the fundamentals of social and economic life. There are no such grave procedural faults here”. (30 July 1998 - Oberlandesgericht [Court of Appeal], Hamburg in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2000 - Volume XXV, Kluwer Law International, 2000, pp. 641-1164).

*[...] the substantive judicial review of an international arbitral award by the Federal Tribunal is limited to the issue as to whether the award is compatible with public policy or not (BGE 121 III 331 at 3a p. 333). The adjudication of a substantive claim breaches public policy only when it disregards some fundamental legal principles and becomes incompatible with the important, generally recognized value order which according to the prevailing opinion in Switzerland, should be the basis of any legal order. Among such principles are the sanctity of contracts (*pacta sunt servanda*), the prohibition of abuse of rights, the general principle of good faith, the prohibition of expropriation without compensation, the prohibition of discrimination, the protection of incapables and the prohibition of beyond measure commitments (Art. 27 (2) ZGB12) when the latter represents an obvious and severe infringement of privacy. The award under appeal is annulled only when its result and not only its reasons are contrary to public policy⁴⁸³.*

[A revisão substantiva judicial de uma sentença arbitral internacional pelo Tribunal Federal se limita à questão de saber se a sentença é compatível com a ordem pública ou não (BGE 121 III 331 na 3a p. 333). A adjudicação de uma ação substantiva viola a ordem pública somente quando desconsidera alguns princípios jurídicos fundamentais e torna-se incompatível com a importante e coletivamente reconhecida ordem de valor que, de acordo com a opinião prevalecente na Suíça, deve ser a base de qualquer ordem jurídica. Dentre tais princípios são a inviolabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*), a proibição do abuso de direito, o princípio geral da boa-fé, a proibição de expropriação sem compensação, a proibição da discriminação, a proteção dos incapazes e a proibição de manter compromissos imensuráveis (artigo 27 (2) ZGB12) quando este último representa uma violação evidente e grave de privacidade. A sentença que está sendo recorrida é anulada somente quando o seu resultado, e não apenas as suas razões, são contrários à ordem pública. Tradução livre].

Percebe-se que a postura dos tribunais favoráveis ao reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras atua no sentido de que raras vezes tenham sucesso as alegações de ofensa à ordem pública, frequentemente suscitadas pelas partes que se opõem ao reconhecimento dessas sentenças.

Nessa linha, citando Holtzmann, Strenger atesta que os indivíduos, afrontados pelos potenciais problemas da ordem pública, como a defesa nos casos de arbitragem, sentem-se encorajados em poder relatar que essa defesa tem tido cada vez menos sucesso perante as Cortes modernas. E conclui que as Cortes estão cada vez mais reconhecendo que essas estreitas bases nacionalísticas da ordem pública aplicáveis nos casos domésticos são impróprias nos casos internacionais⁴⁸⁴.

⁴⁸³ First Civil law Court of the Swiss Federal Tribunal. *Football Association of Serbia v. M.*, 4A_654/2011.

⁴⁸⁴ STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1996, p. 232.

Importante destacar, por fim, que se apenas parte da sentença arbitral estrangeira for contrária à ordem pública, sendo possível, tal parte deve ser separada daquela que não viole a ordem pública, podendo a decisão ser parcialmente reconhecida. Tal entendimento constou, inclusive, do Relatório Final da ILA, diversas vezes citado neste estudo, tendo havido uma recomendação expressa nesse sentido do Comitê que elaborou o citado Relatório⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ “*Recommendation 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 recognized or enforced. The Committee recommends that enforcement courts, if possible, separate those parts of an award that violate international public policy from those that do not, and enforces the latter. The New York Convention (Article V.1(c)) and the UNCITRAL Model Law (Article 36(1)(a)(iii)) sanction such separation, where the award deals with differences not contemplated by, or not falling within, the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration. Whilst neither the New York Convention nor the Model Law refers to separation in the context of public policy violations, separation of offending parts from non-offending parts, where possible, would not be inconsistent with the provisions and objectives of those instruments. This approach has been adopted by several courts*”. (MAYER, Pierre; SHEPPARD, Audley. Final ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. pp. 249-263).

5 CONCLUSÃO

A partir do século 20 a arbitragem comercial internacional encontrou um rápido desenvolvimento graças ao crescimento do comércio e a fatores ligados à necessidade de decisões mais rápidas, maior especialização dos árbitros, possibilidade de resguardo absoluto do sigilo e realização da arbitragem em foros considerados neutros, situados em locais que não os domicílios das partes interessadas.

Mundialmente reconhecida, a arbitragem comercial internacional é atualmente prática adequada para a solução das pendências surgidas no cenário do comércio internacional. É alternativa eficiente para solução de tais pendências e tem sido introduzida em praticamente todas as contratações internacionais de grande porte econômico ou complexidade jurídica, como fórmula para a solução de controvérsias que eventualmente venham a surgir no cumprimento de tais contratos.

Na arbitragem, o consenso das partes prevalece sobre os ditames do Estado, sendo que são elas que escolhem, por acordo mútuo, o árbitro ou o critério para sua designação, o processo a ser adotado e as regras de direito a serem aplicadas na solução do conflito. Há ainda a possibilidade de se escolher o idioma usado no procedimento arbitral e o lugar em que o julgamento será proferido.

Apesar de ser um instituto legislado e conhecido há muito no Brasil, sua legislação não acompanhou a evolução da arbitragem, mantendo por muito tempo uma feição superada, impedindo seu reconhecimento como instrumento hábil de solução de controvérsias. A arbitragem não se firmou como uma opção viável em contratos celebrados em território nacional até a edição da Lei Brasileira de Arbitragem, que felizmente acabou por validar definitivamente a arbitragem no Brasil, conferindo execução específica à cláusula compromissória, removendo o obstáculo que sempre impediu o desenvolvimento da arbitragem no país.

Além de equiparar a decisão arbitral a uma sentença judicial (art. 31) e proporcionar o conceito de sentença arbitral estrangeira, definindo-a como aquela proferida fora do território nacional (art. 34, parágrafo único), a Lei Brasileira de Arbitragem também resolveu os dois maiores embaraços à implementação da arbitragem internacional no Brasil ao extinguir o sistema da dupla homologação dos laudos arbitrais proferidos no exterior e ao admitir a utilização da via postal para a citação da parte domiciliada no Brasil.

De menor valia, porém, seria a aceitação da arbitragem comercial internacional por parte de empresas estrangeiras e brasileiras se o Brasil não ratificasse a Convenção de Nova Iorque, aplicando ao procedimento de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras os parâmetros lá definidos. Apesar de a Lei Brasileira de Arbitragem ter introduzido no sistema legal brasileiro os conceitos consagrados pela aludida Convenção (arts. 34 a 40 da Lei Brasileira de Arbitragem), desde que promulgou a Convenção o Brasil passou a integrar o grupo de países que cooperam para a efetividade da arbitragem comercial, conferindo segurança jurídica em seu território às decisões arbitrais proferidas no exterior.

A Lei Brasileira de Arbitragem confiou posição de relevo às convenções internacionais, especialmente no que toca ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, dispondo em seu art. 34 que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno e, na sua falta, de acordo com os termos da citada lei. Diante do disposto no referido artigo, como visto no presente estudo, atualmente o regime geral de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é o da Convenção de Nova Iorque, que foi criada com o objetivo de assegurar a efetividade das sentenças arbitrais estrangeiras em todos os Estados que a subscreveram e já foi ratificada por mais de 140 países.

A regra geral consagrada no art. III da Convenção de Nova Iorque é que a sentença arbitral estrangeira será objeto de reconhecimento e execução pelos Estados dela signatários. No entanto, uma vez que a Convenção não pode desconsiderar postulados fundamentais dos Estados que a subscreveram, ela também regula, em seu art. V, as hipóteses de recusa do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral estrangeira.

Restou demonstrado ao longo do presente estudo que as situações previstas no art. V têm caráter de exceção à regra geral e devem ser interpretadas restritivamente. De todo modo, para que a Convenção de Nova Iorque possa proporcionar segurança jurídica aos negócios comerciais, seus dispositivos devem ser interpretados de maneira harmônica pela doutrina, assim como pelo Poder Judiciário dos Estados signatários, razão pela qual analisou-se cada uma das hipóteses de recusa ao reconhecimento e/ou execução da sentença arbitral estrangeira.

Por ser o objeto central deste estudo, procedeu-se uma análise profunda do disposto no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, que estabelece que a homologação de uma sentença arbitral estrangeira poderá ser recusada caso se constate que o reconhecimento ou a execução da sentença é contrário à ordem pública do país onde se tenciona o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral.

Diante do caráter extremamente subjetivo e volátil da ordem pública que, como se registrou neste estudo, varia no tempo e no espaço e consubstancia valores filosóficos, políticos, éticos, morais e econômicos essenciais à convivência nacional, verifica-se que não raras vezes tal motivo de recusa é utilizado pela parte que procura se subtrair do cumprimento de suas obrigações, dando margem a toda espécie de alegação infundada.

Ao se analisar a jurisprudência e a doutrina sobre o assunto, assim como os temas que já suscitaram questionamentos de ofensa à ordem pública, constata-se que são raras as vezes em que os tribunais nacionais têm acolhido alegações de violação à ordem pública.

Ficou bastante claro ao longo deste estudo que a Convenção de Nova Iorque foi de fato redigida com a intenção de que o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras seja recusado apenas em um número bastante limitado de circunstâncias, previstas no art. V da Convenção. E, após a análise profunda da doutrina e da jurisprudência, verificou-se que a grande maioria dos tribunais nacionais tem expressado uma política que favorece o reconhecimento das sentenças arbitrais, recusando o reconhecimento das decisões estrangeiras apenas em circunstâncias excepcionais, inclusive com relação à exceção da ordem pública.

Verificou-se, ainda, que o Poder Judiciário brasileiro tem seguido a mesma tendência, aplicando de maneira bastante restrita as hipóteses do art. V da Convenção de Nova Iorque, especialmente no que diz respeito à ordem pública.

Pela análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça, que é o órgão responsável pela homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, em que houve questionamentos de ofensa à ordem pública, concluiu-se que o Poder Judiciário tem mostrado amadurecimento, recusando a homologação em pouquíssimos casos.

Apesar de as partes recorrentemente alegarem ofensa à ordem pública na tentativa de impedir a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e mesmo diante do caráter extremamente subjetivo do conceito de ordem pública, o STJ não tem se curvado às

infundadas alegações das partes que se opõem ao reconhecimento e à execução da sentença arbitral.

Ao ratificar a Convenção de Nova Iorque e ao dar a ela interpretação apropriada, o Poder Judiciário brasileiro gera a confiança de que o país é um parceiro comercial confiável e seguro. Esta confiança certamente leva à diminuição da percepção de risco de se fazer negócios com o Brasil e sinaliza aos agentes econômicos uma postura afeita às necessidades e tendências de um mundo globalizado.

Ao imprimir à Convenção de Nova Iorque interpretação harmônica e consentânea aos negócios internacionais, o Poder Judiciário brasileiro contribui para a segurança jurídica e colabora com o comércio internacional, diminuindo os custos de transação dos negócios internacionais.

Se o STJ acolhesse de maneira desmedida alegações oportunistas de infração à ordem pública, empresas estrangeiras evitariam firmar contratos com empresas brasileiras que tivessem que, eventualmente, ser reconhecidos ou executados no Brasil. Certamente, os precedentes favoráveis à arbitragem proferidos pelo STJ acabam incentivando o cumprimento dos contratos, assim como a celebração de novos negócios, inibindo condutas oportunistas da parte que pretende descumprir o contrato.

Diante das decisões que se teve oportunidade de analisar verificou-se que a exceção de ofensa à ordem pública, prevista no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, tem sido de fato interpretada restritivamente. Salvo raras exceções, a intervenção tem se mostrado excepcional, limitada aos casos em que a sentença é radicalmente inaceitável no país em que se tenciona o reconhecimento e a execução, por violação de uma regra fundamental.

Após avaliar a extensão conferida ao conceito de ordem pública de que trata o art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque e o art. 39, II, da Lei Brasileira de Arbitragem, constatou-se que a doutrina e a jurisprudência internacionais concordam em restringir o conceito de ordem pública previsto na Convenção e na Lei Brasileira de Arbitragem. Conforme entendimento majoritário, a exceção de ordem pública com vistas a impedir o reconhecimento e/ou execução de sentenças estrangeiras deve ser empregada apenas quando for verificada ofensa à ordem pública internacional, bem mais restrita que a ordem pública interna. Desse modo, raramente a ordem pública é aplicada como causa de recusa para o reconhecimento de uma sentença estrangeira.

No decorrer deste estudo restou evidente que a exceção de ofensa à ordem pública em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira só deve ser acolhida quando inviável a aplicação indireta da lei estrangeira, diante de sua absoluta incompatibilidade com os princípios e valores fundamentais da ordem nacional. Mera diferença entre a lei interna e a lei estrangeira aplicada na sede da arbitragem ou no foro estrangeiro não constitui, por si só, ofensa à ordem pública.

Em virtude do caráter flexível e variável, a análise acerca de eventual contrariedade à ordem pública deve ser analisada caso a caso, não podendo ser qualificadas como atentatórias da ordem pública todas as sentenças estrangeiras contrárias às normas vigentes ou imperativas do direito brasileiro. Se a sentença arbitral estrangeira for contrária a uma regra imperativa do foro, mas que não faça parte de sua ordem pública internacional, o reconhecimento e a execução da sentença devem ser autorizados.

A ordem pública não pode ser usada abusivamente pela parte que resiste ao cumprimento de suas obrigações e se insurge infundadamente contra o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira. Deve-se recorrer à ordem pública com muita parcimônia, apenas quando de fato forem violados princípios fundamentais da sociedade.

Deve-se, também, recusar a homologação da sentença estrangeira apenas em casos excepcionais, sob pena de se ferir os princípios fundamentais da cooperação jurídica internacional. Apenas em situações de flagrante ofensa aos valores fundamentais de um Estado, a exceção de ofensa à ordem pública deve ser considerada suficiente para barrar o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. O reconhecimento e a execução da decisão não podem ser negados, exceto nos casos em que a recepção viole noções básicas de moralidade e justiça do Estado do foro.

Para o bom desenvolvimento da arbitragem e para a estabilidade das relações internacionais, felizmente a postura dos tribunais é bastante favorável ao reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, fazendo com que raras vezes as alegações de ofensa à ordem pública levantadas pelas partes que se opõem ao reconhecimento das decisões arbitrais estrangeiras tenham sucesso.

REFERÊNCIAS

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

ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva; MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília. Algumas questões ainda polêmicas na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coords.). **Arbitragem**. Temas Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012. pp. 381-414.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: _____ (coord.). **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp.129-170.

_____. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**. O tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O STJ e a homologação dos laudos arbitrais estrangeiros: balanço positivo de quatro anos de atuação. **Revista Semestral de Direito Empresarial**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – RSDE, jul./dez. 2008, n. 3. p. 229-265.

ARFAZADEH, Homayoon. **Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation**. Zurich: Schulthess, 2005.

BARON, Patrick M.; LINIGER, Stefan. A second look at arbitrability. **Arbitration International**. London: London Court of International Arbitration (LCIA), 2003, v. 19, n. 1. pp. 27-54.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de direito internacional privado**. São Paulo: RT, 1977, v. I.

BERKOWITZ, Daniel; MOENIUS, Johannes; PISTOR, Karherina. Legal institutions and international trade flows. **Michigan Journal of International Law**, 2004, v. 26.

BORN, Gary B. Recognition and enforcement of international arbitral awards - D. Grounds for Refusing to Recognize International Arbitral Awards. **International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

BRAGHETTA, Adriana; LEMES, Selma. O artigo VII da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 235-273.

CAIVANO, Roque J. Reconocimiento e ejecución de laudos arbitrales extranjeros. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998. pp. 138-187.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem e processo**. Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem – Lei Brasileira e Praxe Internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____; GRUENBAUM, Daniel. Homologação da sentença arbitral estrangeira anulada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [s.d], v. 9.

CASTAGNO, Niccolò Pietro. International Commercial Arbitration and Punitive Damages. In: VERDERA Y TUELLS, Evelio; ROZAS, José Carlos Fernández (eds). **Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones**. IproLex, 2011, v. 4, Issue 3. pp. 729-751.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CBar. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/bib_pesquisa_fgv_cbar.html>. Acesso em: 15 mar. 2011.

_____. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2012.

COASE, Ronald. **The problem of social cost**. The firm, the market and the law. University of Chicago Press, 1990.

_____. **The nature of the firm**. The firm, the market and the Law. University of Chicago Press, 1990.

COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). 2. ed. rev. e ampl. **Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996. pp. 197-214.

DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no Direito Internacional privado**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, p. XIII.

_____; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direito internacional privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. **Temas de arbitragem**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coords.). **Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Decisão arbitral estrangeira e a exceção de ofensa à ordem pública. Direito internacional em expansão. **Arraes Editores em Revista**. Set./2012 Disponível em: <http://www.direitointernacional.org/arquivos/20120913062735_arquivo.pdf>. Acesso em: 29 set. 2012.

FOUCHARD, Philippe. La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine. **Revue de L'arbitrage**, 1997.

_____; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. Sentence arbitrale. Controle étatique. Droit conventionnel. **Jurisclasser Droit Internacional**, 1992, Fasc. 586-11.

_____; SAVAGE, John Savage. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GASPAR, Renata Álvares. **Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

GIUSTI, Gilberto; BARRADAS, Marcelo. *La taxatividad de los supuestos que obstan el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y la carga de la prueba invertida: factores que convierten al artículo V en un triunfo de la Convención de Nueva York*. In: TAWIL, Guido Santiago; ZULETA, Eduardo (dirs). **El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GONÇALVES, Eduardo Damião. Comentários ao artigo V (2) (A) (B) da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 275-293.

GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (Coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. pp. 217-235.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

GREBLER, Eduardo. A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no artigo V, (1) alíneas “A” e “B” da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Homologação de sentença estrangeira**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Novos rumos da arbitragem no Brasil**. São Paulo: Fiúza, 2004.

HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e Lex Mercatoria**. Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.

ICCA. International Council for Commercial Arbitration. **Guia de interpretação da Convenção de Nova Iorque**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese_guide_composite_for_website_final.pdf>. Acesso em: 01 out. 2012.

KLEIN, Benjamin. Contracts and incentives: The Role of Contracts Terms in Assuring Performance. In: WERIN, L.; WIJKANDER, R. **Contract Economics**. Oxford, Blackwell, 1992.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Juízo arbitral: homologação de decisão estrangeira**. RT 547/254.

LEE, João Bosco. A especificidade da arbitragem comercial internacional. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem – Lei Brasileira e Praxe Internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **L’arbitrage commercial international dans lês pays du Mercosud**. Paris: Universidade de Paris II, 2000.

_____. **Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 176-177.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro**. Princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001.

_____. A arbitragem e a decisão por equidade no Direito brasileiro e comparado. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **Arbitragem**. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 189-229.

_____; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem**. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **O Superior Tribunal de Justiça - STJ e o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira à luz da Convenção de Nova Iorque de 1958**. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri03.pdf>. Acesso em: 31 maio 2011.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. In: **Arbitragem interna e internacional**. Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A definição de sentença arbitral estrangeira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora RT, 2006, n. 9. pp. 62-71.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos em países do Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, out-dez/1999, ano 36, n. 144.

_____. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp. 436-441.

_____; GARCEZ, José Maria Rossani (coords.). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam** do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAYER, Pierre. Recommandations de l'association de droit international sur le recours a l'ordre public em tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales. **Revue de l'arbitrage**, 2002, n° 4.

_____; SHEPPARD, Audley. Final ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. Kluwer Law International, 2003, pp. 249-263.

McCONNAUGHAY, Philip J. **The risks and virtues of lawlessness: a second look at international commercial arbitration.** *Northwestern University Law Review*. Winter, 1999, v. 93. pp. 453-523.

MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade.** Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2005.

_____. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** – Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 961-1001.

NAÓN, Horacio A. Grigera. Orden público y arbitraje. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Arbitragem comercial internacional.** São Paulo: LTR, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípio do processo civil na constituição.** 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance.** Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. **Custos de transação, instituições e desenvolvimento econômico.** Instituto Liberal, 2002.

NUNES PINTO, José Emílio; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de New York: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo: RT, 2008, n. 18. pp. 50-72.

_____. **A arbitragem no Brasil e a convenção de New York de 1958 – questões relevantes.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3650/a-arbitragem-no-brasil-e-a-convencao-de-new-york-de-1958>. Acesso em 31 de maio de 2011.

_____. A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no artigo V, (1), alíneas (c) e (d), da Convenção de Nova Iorque e 1958. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 215-234.

PAULSSON, Jan. El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales. In: TAWIL, Guido Santiago; ZULETA, Eduardo (dirs.). **El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. pp. 609-616.

POSNER, Richard A. The economic approach to law. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4, 1975.

PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares.** São Paulo: Atlas, 2007. pp. 341-342.

_____; CÂMARA, Alexandre; ARAÚJO DE HOLANDA, Ana Paula et al. **Dez anos de arbitragem** – Aspectos atuais e perspectivas para o instituto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

RACINE, Jean-Baptiste. **L'arbitrage commercial international et l'ordre public**. Paris: LGDJ, 1999.

RECHSTEINER, Beat Walter. Sentença arbitral estrangeira – aspectos gerais de seu reconhecimento e de sua execução no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2005, n. 5. pp. 35-51.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. **Law and practice of international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2004.

SALAMA, Bruno M. O que é direito e economia? In: TIMM, Luciano B. (org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coords.). **Arbitragem no Brasil** – Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A jurisprudência do STJ sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. **BDJur**. Brasília, DF, 17 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23720>>. Acesso em: 15 mar. 2011

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Ordem Pública e arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

SHEPPARD, Audley. Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, v. 19, Issue 2. pp. 217-248.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. I-IV.

SOARES, Guido Fernando Silva. As arbitragens internacionais e aquelas reguladas no direito interno brasileiro, nos termos da Lei 9.307 de 23.9.1996 – alguns aspectos. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria (coords.). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA JÚNIOR. Lauro da Gama e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.) **Arbitragem: a nova Lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. pp. 406-425.

_____. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: novas perspectivas? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: IOB, jan./mar. 2005, v. 5. pp. 62-66.

_____. Recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: Peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma (coords.). **Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 235-273.

SPYRIDES, Katherine. Homologação na França de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas – Corte de Cassação Francesa. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: IOB, 2007, n. 15.

STETNER, Renato Pereira; PITOMBO, Eleonora Coelho. A Convenção de Nova Iorque: Ratificação pelo Brasil. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). **Novos rumos da arbitragem no Brasil**. São Paulo: Fiúza, 2004. pp. 307-325.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. AgRg na SE 5206/EP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001. Brasília: Imprensa Nacional, out./dez. 2004, v. 190. pp. 908-1027.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. São Paulo: RT, 1986.

_____. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

_____. Verdadeira projeção da arbitragem. Convenção de New York de 1958. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, jan./mar. 2003, n. 129.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia** – Análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005.

TAWIL, Guido Santiago; ZULETA, Eduardo (dirs.). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

_____. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; FERREIRA ALVES, Francisco Kümmel. Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? **Revista de Direito Público da Economia**, 2007, v. 19, pp. 125-158.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

UNCITRAL. Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 02 nov. 2012.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, v. 1.

VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Towards a uniform judicial interpretation. The Hague: Kluwer Law International, 1981.

_____. **New York Convention of 1958**. Consolidated Commentary. Cases Reported in Volumes XXII (1997) – XXVII (2002). Yearbook Comm. Arb'n XXVIII (2003).

_____. New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, 2007, v. 18, n. 2.

_____ (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 2007**. The Hague: Kluwer Law International, 2007, v. XXXII.

VERÇOSA, Fabiane. A (Des?) necessidade de homologação de laudos arbitrais estrangeiros após a entrada em vigor, no Brasil, da Convenção de Nova Iorque. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: RT, out./dez. 2003. pp. 382-402.

VIGORITI, Vincenzo. *L'arbitrato internazionale in Italia*. **Rivista di Diritto Civile**. Pádua: Cedam, 1989.

WALD, Arnoldo. Jurisprudência comentada: STJ, Corte Especial, SEC nº 802, Min. José Delgado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, out/dez. de 2005, n. 7. 201 p.

_____. Homologação de sentença arbitral estrangeira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, out./dez. 2005, n. 7.

_____. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação às sentenças arbitrais. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, jan./mar. 2006, v. 8. pp. 7-16.

_____. A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, 2008, n. 18. pp. 13-23.

_____. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, out./dez. 2009, v. 23.

_____; LEMES, Selma Maria Ferreira (coords.). **Arbitragem comercial internacional**. A Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and Hierarchies**. New York: The Free Press, 1975. p. 26-37.

_____. **The economic institutions of capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

_____. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, jun. 1991, n. 36. pp. 269-296.

_____. **The mechanisms of governance**. Oxford, New York: Oxford University, 1996.

OBRAS CONSULTADAS

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A livre circulação das decisões arbitrais no Mercosul. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coords.). **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam** do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

ARAÚJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça**. Comentários à Resolução nº 9/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

AYOUB, Luiz Roberto. **Arbitragem**: o acesso à justiça e a efetividade do processo. Uma nova proposta. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Notas sobre homologação de sentenças estrangeiras em direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1982, v. 556. pp. 268-277.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. In: **O direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 549-558.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944.

BISHOP, R. Doak; MARTIN, Elaine. **Enforcement of foreign arbitral awards**. Publicação eletrônica. Disponível em: <www.kslaw.com/library/pdf/bishop6.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2011.

BÖCKSTIEGEEL, Karl-Heinz. Public policy as a limit to arbitration and its enforcement. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2009, n. 21. pp. 163-174.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. **Homologação de sentença estrangeira e seus efeitos perante o STF**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. A emenda constitucional 45/2004 e a homologação de sentença estrangeira: primeiras impressões. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís

Roberto (orgs.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem internacional**. Revista Forense, 329/25.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Aspectos processuais da nova lei de arbitragem**. Revista Forense, 339/127.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários à lei de arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Direito arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro**. São Paulo: RT, 2002.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

DE LUIGGI, Marco. O controle de conformidade da sentença arbitral estrangeira à ordem pública material: a contribuição da experiência francesa e internacional para a prática brasileira. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre: IOB, 2008, n. 20. pp. 7-37.

DERAINS, Yves. Public policy and the Law applicable to the dispute in international arbitration. In: **Comparative arbitration practice and public policy in arbitration**. Congress series, 1986, n. 3-6. pp. 227-257.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Sentença arbitral**. Porto Alegre: Revista Jurídica, 2001, v. 49, n. 290. pp. 5-15.

_____. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coords.) **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: LTr, 2002. pp. 327-343.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares**. RT 828/33.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos arbitrais estrangeiros**. Reconhecimento e execução. Teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2003.

FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coords.). **Arbitragem doméstica e internacional**. Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1999.

FIÚZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2005, n. 6. pp. 40-74.

GARCEZ, José Maria Rossani. A arbitragem internacional e a lei brasileira de arbitragem – Lei nº 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (org.). **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. (coord.). **Arbitragem nacional e internacional**. Progressos recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GASPAR, Renata Álvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada – 2ª parte. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2010, n. 25. pp. 94-133.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem comercial internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993.

KALICHSZTEIN, Juliana. **Homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LALIVE, Pierre. Ordem pública transnacional e arbitragem internacional: conteúdo e realidade da ordem pública transnacional na prática arbitral. Trad. de Paulo Borba Casella. **Revista do Direito do Comércio das Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, v. 1. pp. 25-69.

LATORRE, Milton; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Observações práticas sobre a homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros no Brasil**. *Revista Forense* 176/311.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Ensaio sobre arbitragens comerciais**. São Paulo: RT, 1966.

LEMES, Selma Maria Ferreira; TIBURCIO, Carmen. Homologação de sentença estrangeira. Ausência de citação. Homologação indeferida. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2007, n. 13. pp. 211-238.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. In: PUCCI, Adriana Noemi. (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.

_____. A convenção de Nova Iorque e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, 2002, v. 18.

_____. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2008, n. 18. pp. 24-41.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos da arbitragem comercial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1990.

_____. **Questões que envolvem a homologação de sentença arbitral estrangeira**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 94/224.

MENEZES, Wagner. **Estudos de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2005/2007, v. 01-08.

MORAES, Guilherme Pena de. **Homologação de sentença estrangeira à luz da jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999.

NUNES PINTO, José Emílio. Homologação de sentença estrangeira. Descabimento. Ausência de manifestação expressa da parte requerida para eleição do juízo arbitral. Ofensa a princípio de ordem pública. Inexistência de omissão e contradição. Correção de erro material. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2007, n. 13. pp. 193-210.

_____; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de New York: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2008, n. 18. pp. 50-72.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Recognition and enforcement of international arbitral awards in Brazil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2009, n. 20. pp. 122-147.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0966.pdf>. Acesso em: 31 maio 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, tomo III. pp. 63-64.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. New York, Aspen Law & Business, 1998.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *El arbitraje em los países del MERCOSUL. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros según las normas vigentes em La República Argentina, em La República Federativa del Brasil, em La República del Paraguay, y em La República Oriental del Uruguay*. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____; CÂMARA, Alexandre; ARAÚJO DE HOLANDA, Ana Paula e outros. **Dez anos de arbitragem** – Aspectos atuais e perspectivas para o instituto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. O reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e a cooperação jurisdicional no MERCOSUL. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem brasileira**. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: RT, 2004.

ROMERO, Eduardo Silva. Algunas observaciones sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en América Latina. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2004, n. 3. pp. 80-90.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of litigation and the legal process**. Harvard Law School. Disponível em http://www.nber.org/papers/w9697.pdf?new_window=1. Acesso em 31 de maio de 2011.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Anotações sobre o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional. **Repro** 129/133.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. A doutrina do Segundo olhar (second look doctrine). In: FINKELSTEIN, Claudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coords.). **Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 101-109.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (dir.). **Convención de Nueva York de 1958**. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Peru: Instituto Peruano de Arbitraje, 2009.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. São Paulo: RT, 606/9.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito e economia**. Análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005.

SZTJAN, Rachel. Direito e economia. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, out/dez. 2006, v. 144.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Homologação de sentença estrangeira**: ofensa à ordem pública. São Paulo: Revista do Advogado, 88/75.

TIBURCIO, Carmen. **As inovações da EC 45/2004 em matéria de homologação de sentenças estrangeiras**. São Paulo: Revista de Processo, 132/123.

_____. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NÉRY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TIMM, Luciano B.; JOBIM, Eduardo. Arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica. **Revista Direito e Justiça**. Porto Alegre, jun. 2007, v. 33, nº 1.

_____. **Direito e economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VICENTE, Dário Moura. **Da arbitragem comercial internacional**. Direito aplicável ao mérito da causa. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal. SE 2.766. Rel. Min. Oscar Corrêa. DJ 23.09.1983. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 3.977. Rel. Min. Francisco Rezek. DJ 26.08.1988. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 3.976. Rel. Paulo Brossard. DJ 15.09.1989. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 4.590-7. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 01.07.1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC nº 4.724-2. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 19.12.1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 4.738. Min. Relator Celso de Mello. DJ 07.04.1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 5.093. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 13.12.1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 5.847. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 17.12.1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 5.378. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 25.02.2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 5.828. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 23.02.2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 6697/PC. Relator Ministro Moreira Alves. DJ 14.12.2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 6.753-7. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 04.10.2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. Ag na SE 5206-7. Rel. Min. Sepulveda Pertence. DJ 30.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Supremo Tribunal Federal. SEC 6.858. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 28.2.2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 856. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 27.06.2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 856. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 27.06.2005. Publicada na **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 6, jul./set. 2005, RT, p. 228-245, com comentários de Arnaldo Wald e Valeria Galíndez.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 802. Rel. Min. José Delgado. DJ 19.09.2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 967. Rel. Min. José Delgado. DJ 20.03.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 967. Rel. Min. José Delgado. DJ 20.03.2006. Publicada na **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 13, jul./set. 2007, RT, p. 193-210, com comentários de José Emilio Nunes Pinto.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 887. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ 03.04.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 611. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ 04.05.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 874. Rel. Min. Francisco Falcão. DJ 15.05.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 879. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 25.09.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 918. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJ 28.08.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 760. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 28.08.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 968. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 25.09.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 879. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 25.09.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 866. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 16.10.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 833. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 30.10.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 880. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ 06.11.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. RE nos EDcl na SEC n. 856. Decisão monocrática do Min. Vice-Presidente Francisco Peçanha Martins. DJ de 17.11.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 507/ED. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ 05.02.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 349. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 21.05.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 1.210. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ 06.08.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 839. Rel. Min. Barros Monteiro. DJ 13.08.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 918. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJ 13.08.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. RE nos EDcl na SEC n. 874. Decisão monocrática do Min. Vice-Presidente Francisco Peçanha Martins. DJ de 15.08.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 507. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ 13.11.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 831. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 19.11.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 831. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 19.11.2007. Publicada na **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 16, jan./mar. 2008, RT, p. 233-239, com comentários de Valeria Galíndez.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 1.305. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ 06.12.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 1.657. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. DJ 01.02.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. RE nos EDcl na SEC n. 833. Decisão monocrática do Min. Vice-Presidente Francisco Peçanha Martins. DJ de 19.02.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 1.302. Rel. Min. Paulo Gallotti. DJ 06.10.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. RE nos EDcl na SEC n. 831. Decisão monocrática do Min. Vice-Presidente Ari Pargendler. DJ de 06.10.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 894. Rel. Min. Nancy Andrichi. DJ 09.10.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 966. Rel. Min. Francisco Falcão. DJ 04.12.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 2.707. Rel. Min. Francisco Falcão. DJ 19.02.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 978. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ 05.03.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 3.661. Rel. Min. Paulo Gallotti. DJ 15.06.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 3.660. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 25.06.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 3.035. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ 31.08.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 3.313. Rel. Min. Nilson Naves. DJ 22.03.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 4.415. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. DJ de 19.08.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 885. Rel. Min. Francisco Falcão. DJ 10.09.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 826. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ 14.10.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.231.554. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 01.06.2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 4.980. Rel. Min. Ari Pargendler. DJ 07.06.2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 5.493. Rel. Min. Felix Ficher. DJ 06.10.2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 2.716. Rel. Min. Humberto Martins. DJ 06.12.2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 4.439. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ 19.12.2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 4.933. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 19.12.2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 001. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJ 01.02.2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 6.335. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 12.04.2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 3.709. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ 29.06.2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SE 901. *Cluett Peabody e CO Inc. v. Sellinvest do Brasil S/A*. Autuado em 11.03.2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 853. *GE Medical Systems Information Technologies Inc. v. Tecnimed Paramedics Eletromedicina Comercial Ltda.* Autuado em 24.05.2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 854. *GE Medical Systems Information Technologies Inc. v. Tecnimed Paramedics Eletromedicina Comercial Ltda.* Autuado em 03.08.2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 2.410. *Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S/A v. Supervia Concessionária de Transportes Ferroviário S/A*. Autuado em 04.07.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 3687. *Gold Circle Films LLC v. Cannes Produções S/A*. Autuado em 24.11.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 4046. *Macquarie Cotton International Inc. v. Ari Giongo*. Autuado em 06.04.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 3.892 - *Weil Brothers Cotton Inc. v. Agropecuária Basso Ltda.* Autuado em 06.07.2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

Superior Tribunal de Justiça. SE 5.692. *Newedge USA LLC v. Fluxo-Cane Overseas LTD e Manoel Fernando Garcia*. Autuado em 18.05.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 5781. *Jader Silva Mello Correia de Lima v. Viação Aérea São Paulo S/A*. Autuado em 04.10.2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 6.753. *Queensland Cotton Corporation Ltd. v. Agropecuária Basso Ltda.* Autuado em 04.04.2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 5.782. *EDF International S/A v. Endesa Latinoamérica S/A*. Autuado em 07.06.2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. SEC 6760. *Queensland Cotton Corporation Ltd. V. Pedro Ivo de Freitas*. Autuado em 15.08.2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Parsons & Whittemore Overseas Com. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RATKA), 508 F. 2nd 969 (2d Cir. 1974). Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

US Court of Appeals for the Second Circuit, 23.11.1974, 508 F.2d 969. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

3 April 1975 - Oberlandesgericht Hamburg in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1977**. The Hague: Kluwer Law International, 1977, v. II. p. 241. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

19 July 1976 - United States Court of Appeals (Fifth Circuit) in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1977**. The Hague: Kluwer Law International, 1977, v. IV. p. 251. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

15 June 1979 - United States District Court, Southern District Of New York in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1981**. The Hague: Kluwer Law International, 1981, v. VI. pp. 244-244. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Germany nº 14, Danish buyer v. German (F.R.) seller, Oberlandesgericht Köln, 10 June 1976 in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1979**. The Hague: Kluwer Law International, 1979, v. IV. pp. 258-260. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Belgium nº 2. Audi-NSU Auto Union A. G. v. S. A. Adelin Petit & Cie, Cour De Cassation (1st Chamber), 28 June 1979 in Pieter Sanders (ed), **Yearbook Commercial Arbitration 1980 - Volume V**, Volume V (Kluwer Law International 1980), pp. 257-259. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

France 6. 23 July 1981 – Cour d'appel of Reims (Civil Chamber) in Pieter Sanders (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1984**. The Hague: Kluwer Law International, 1984, v. IX. pp. 400-402). Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Spain 6. 14 de janeiro de 1983. Supremo Tribunal. In Albert Jan van den Berg (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1986**. The Hague: Kluwer Law International, 1986, v. XI. pp. 523-524). Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Société Pablak Ticaret Limited Sirketi vs Société Anonyme Norsolor, Cour de Cassation, 1ª Câmara Cível, julgamento em 09.10.1984, in JDI – Journal du Droit International, 1985, v. 3, p. 679 a 683.

Seller v. Buyer, Final award in case no. 5946 of 1990 in Albert Jan van den Berg (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1991**. The Hague: Kluwer Law International, 1991. pp. 97-118). Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

US nº 110, National Oil Corporation v. Libyan Sun Oil Company, United States District Court, District of Delaware, Not Indicated, 15 March 1990 in Albert Jan van den Berg (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 1991**. The Hague: Kluwer Law International, 1991, v. XVI. pp. 651-662). Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Amsterdam Court of Appels. July 16, 1992. G.W.L. Kersten & Co. B.V. v. Societé Commerciale Raoul Duval et Co., XIX Y.B. COM. Arb. 708 (1994). Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

5 January 1993. Supreme Court of Hong Kong, High Court, No. MP 1150. In Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1994 - Volume XIX*, Kluwer Law International, 1994, pp. 675-679. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Supreme Court of Hong Kong, High Court, Jan. 15, 1993, Paklito Inv. Ltd. V. Klockner East Asia Ltd., XIX Y.B. Com. Arb. 664 (1994). Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Adviso NV v. Korea Overseas Constr. Corp., XXI Y.B. Comm. Arb. 612, 615 (Korean S.Ct.) (1996). Judgment of 14 February 1995. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

30 July 1998 - Oberlandesgericht [Court of Appeal], Hamburg in Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 2000 - Volume XXV*. Kluwer Law International, 2000, pp. 641-1164. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Case C-126/97, reported at [1999] 2 All ER (Comm) 44 and [1999] European Court Reports I-3055). Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Hebei Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd [1999]. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Case C-126/97. Judgment of the Court of 1 June 1999. - Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV. - Reference for a preliminary ruling: Hoge Raad - Netherlands. - Competition - Application by an arbitration tribunal, of its own motion, of Article 81 EC (ex Article 85) - Power of national courts to annul arbitration awards. - Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0126:EN:HTML>>.

Europcar Italia S.p.A. v. Maiellano Tours, Inc., 156 F.3d 310, 315 (2d Cir. 1998) - Reported in *Yearbook XXIV* (1999) pp. 860-870 (US no. 280). Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

A & B. v Comité International Olympique (CIO) et Fédération Internationale de Ski (FIS), Federal Tribunal, 1st Civil Division, 27 May 2003 (excerpt) in Matthieu Reeb (ed), *Digest of CAS Awards III 2001-2003, III 2001-2003*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. pp. 674-695. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Russian Federation n° 15, AO Slovenska Konsolidachna, A.S. (Slovakia) v. KB SR Yakimanka (Russian Federation), Federal Arbitrazh Court, Moscow District, KG-A40/9998-04, 1 November 2004. In Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 2008 - Volume XXXIII*, Kluwer Law International, 2008, pp. 654-657. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

26 January 2005 - Oberster Gerichtshof [Supreme Court], No. 3Ob221/04b in Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 2005 - Volume XXX*, Kluwer Law International, 2005, pp. 421-436. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

X. S.p.A. v. Y. S.r.l., Swiss Supreme Court, 4P.278/2005, 8 March 2006, ASA Bulletin. The Hague: Kluwer Law International 2006, v. 24 Issue 3, pp. 550-560. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Austria nº 16. Oberster Gerichtshof [Supreme Court], 26 April 2006, case no. 3Ob211/05h in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2007 - Volume XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 259-265. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

United States nº 590. United States District Court, Western District of Pennsylvania, 31 July 2006, Civil Action No. 06-386 in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2007 - Volume XXXII, Kluwer Law International, 2007, pp. 789-796. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Germany nº 112. Oberlandesgericht [Court of Appeal], Celle, 31 May 2007, 8 Sch 06/06 in Albert Jan van den Berg (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 2008**. The Hague: Kluwer Law International, 2008, v. XXXIII. pp. 524-533. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Germany 114. Oberlandesgericht [Court of Appeal], Karlsruhe, 14 September 2007, 9 Sch 02/07 in Albert Jan van den Berg (ed). **Yearbook Commercial Arbitration 2008**. The Hague: Kluwer Law International, 2008, v. XXXIII. pp. 541-548. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Germany nº 135. Seller v. Buyer (Germany). Oberlandesgericht [Court of Appeal]. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Hong Kong nº 20. Corte de Apelação, 09.10.2007 e 16.06.2008, Apelação Cível n. 121 de 2003. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

Estados Unidos 682. Corte de Apelação dos Estados Unidos, Segundo Circuito, 08.10.2009. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

MATUZALEM, Francelino da Silva v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), First Civil Law Court of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

First Civil Law Court of the Swiss Federal Tribunal. Football Association of Serbia v. M., 4A_654/2011. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>.