

COORDENAÇÃO ANA CAROLINA WEBER
FABIANA DE CERQUEIRA LEITE

LEI DE
ARBITRAGEM
COMENTADA

LEI Nº 9.307/1996

Adriana Regina Sarra de Deus
Alice Moreira Franco
Aline de Miranda Valverde Terra
Aline Dias
Ana Cândida Menezes Marcato
Ana Carolina Beneti
Ana Carolina Weber
Ana Clara Viola Ladeira
Ana Gerdau de Borja Mercereau
Ana Luiza Nery
Ana Olivia Antunes Haddad
Ane Elisa Perez
Bettina Omizzolo
Betyna Heidrich Jaques
Bianca Azzi Ferreira
Carmen Tiburcio
Carolina Noronha
Caroline Gomes de Moura
Daniela Monteiro Gabbay
Debora Visconte
Eleonora Coelho
Eliana Baraldi
Eliane Carvalho
Elis Wendpap
Erica Franzetti
Eugenia Cristina Cleto Marolla
Fabiana de Cerqueira Leite

Fabiane Verçosa
Fernanda de Gouvea Leão
Fernanda Dias de Almeida
Flávia Bittar Neves
Flavia Foz Mange
Giovana Benetti
Gisela Ferreira Mation
Giulia Cavallieri
Isabel Cantidiano
Isabela Lacreta
Isabela Monnerat Mendes
Judith Martins-Costa
Julia Guimarães Rossetto
Juliana Botini Hargreaves Vieira
Karina Goldberg Brito
Karina Riccio
Katherine Spyrides
Lara Fernanda Yokota
Laura Ghitti
Letícia Barbosa e Silva Abdalla
Letícia de Souza Baddauy
Lidia Spitz
Louise Maia de Oliveira
Lucila de Oliveira Carvalho
Luíza Kömel
Marcela Kohlbach de Faria
Marcela Levy

Marcela Tarré Bernini
Maria Beatriz Rizzo Delamuta
Maria Claudia Procopiak
Maria do Céu Marques Rosado
Mariana Cattel Gomes Alves
Mariana Conti Craveiro
Mariana Martins-Costa Ferreira
Marília Canto Gusso
Marina Leal Galvão Maia
Michelle Grando
Nadia de Araujo
Natália Mizrahi Lamas
Nathália Dalbianco Novaes Pereira
Patrícia Kobayashi
Paula Akemi Taba Vaz
Paula Butti Cardoso
Raquel Marangon Duffles Neves
Renata C. Steiner
Renata Lorenzi Lório
Selma Maria Ferreira Lemes
Sheila Neder Cerezetti
Sílvia Julio Bueno de Miranda
Sílvia Rodrigues Pachikoski
Suzana Santi Cremasco
Tainá Moreira de Araújo
Vânia Wongtschowski Kleiman
Vera Cecília Monteiro de Barros

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

LEI DE ARBITRAGEM COMENTADA

Lei nº 9.307/1996

ANA CAROLINA WEBER
FABIANA DE CERQUEIRA LEITE
Coordenação

Diagramação: WK Editoração Gráfica Ltda.
Impressão: DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99.

© desta edição [2023]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

Juliana Mayumi Ono
Diretora responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia

CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

As autoras gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 9h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacr@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [03-2023]

Profissional

Fechamento desta edição [03.02.2023]



ISBN 978-65-260-0309-1

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

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.

Nadia de Araujo¹

Lidia Spitz²

Carolina Noronha³

1. O paradigma da Convenção de NY

Muito embora a Lei de Arbitragem⁴ tenha sido promulgada cerca de seis anos antes da internalização da Convenção de NY no Brasil⁵, o instrumento internacional inspirou sobremaneira a legislação doméstica. Em 1996, a Convenção de NY já era um dos tratados de maior sucesso global e o legislador nacional tinha deliberado interesse em alinhar a regulamentação doméstica sobre a matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras ao instrumento uniforme.

Assim é que o art. 38 da Lei de Arbitragem guarda estreita semelhança com o art. V(1) da Convenção de NY, elencando, tanto um dispositivo quanto o outro, essencialmente as seis mesmas hipóteses em que o reconhecimento e subsequente execução de uma sentença arbitral estrangeira poderão ser negados pela

autoridade judiciária do Estado requerido. São elas: incapacidade das partes; invalidade da convenção de arbitragem; ausência de notificação e cerceamento do devido processo legal no curso do procedimento arbitral; não observância, pela sentença arbitral estrangeira, dos limites da convenção de arbitragem; instituição do procedimento arbitral em desacordo com a convenção de arbitragem; e carência de obrigatoriedade da sentença arbitral estrangeira ou ter a mesma sido anulada ou suspensa por órgão judicial do país em que proferida.

O rol previsto no art. 38, combinado com o art. 39 da Lei de Arbitragem, é taxativo e deve ser interpretado restritivamente, à luz da diretriz *favor recognitionis* que perpassa a interpretação de toda Convenção de NY⁶ e que tanto inspirou o diploma nacional. A exaustividade das hipóteses de recusa, todavia, não

1 Doutora em Direito Internacional, USP. Mestre em Direito Comparado, George Washington University. Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio. Sócia de Nadia de Araujo Advogados.

2 Doutora e Mestre em Direito Internacional, UERJ. LL.M. em International Business Regulation, Litigation and Arbitration, NYU. Sócia de Nadia de Araujo Advogados.

3 Doutoranda em Direito, PUC-Rio. Mestre em Direito Internacional, UERJ. Sócia de Nadia de Araujo Advogados.

4 Lei nº 9.307/96, conforme alterada.

5 A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (“Convenção de NY”) foi promulgada pelo Decreto 4.311/02.

6 Por todos, Gary Born: “Developed international arbitration regimes adopt an avowedly ‘pro-enforcement’ approach to the recognition and enforcement of international arbitral awards. Assuming that the existence of an award, satisfying

se confunde com a sua obrigatoriedade, ao menos no que diz respeito ao art. 38.

Com efeito, à autoridade judiciária pátria é conferida discricionariedade na determinação da denegação do reconhecimento e, com isso, da posterior execução da sentença arbitral estrangeira, tendo a Lei de Arbitragem, novamente inspirada na Convenção de NY, optado pela escolha consciente da expressão “poderá ser denegada”. Claramente, abre-se ao STJ, encarregado do processamento da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras⁷, a possibilidade (e não a obrigatoriedade) de indeferir o pedido. Só poderá fazê-lo, contudo, se o caso concreto se subsumir a uma das hipóteses previstas no art. 38 (ou no art. 39 como se verá adiante) da Lei de Arbitragem (correspondente ao art. V da Convenção de NY).

Com relação à prevalência normativa entre um ou outro instrumento para fins de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, por força do princípio da especialidade, consagrado no art. 960, § 3^o, c/c art. 13^o do CPC, preponderam as regras da Convenção de NY, seguidas daquelas previstas na Lei de Arbitragem e, por último, das expressas no CPC. É a mesma a conclusão que se extrai a partir da leitura do art. 34, *caput*¹⁰, da Lei de Arbitragem e da regra de

direito intertemporal de que norma posterior derroga norma anterior.

Em miúdos, especificamente quanto às hipóteses de recusa, significa a preponderância do art. V da Convenção de Nova Iorque¹¹, seguido dos arts. 38 e 39 da Lei de Arbitragem e, por fim, do art. 963 do CPC. Nada obstante, como o art. VII(1)¹² da Convenção de NY estabelece que as disposições do instrumento internacional não privarão as partes de se utilizarem da lei nacional se essa for mais favorável ao reconhecimento do que as regras uniformes ali previstas, poderão ser aplicadas as regras da Lei de Arbitragem se consubstanciam legislação mais favorável ao reconhecimento. É o que de fato pode acontecer no Brasil, pois embora as hipóteses de recusa sejam essencialmente as mesmas entre os normativos, há algumas diferenças.

Importante registrar que, no âmbito da ação de homologação, não há espaço para qualquer revisão do mérito das questões submetidas à arbitragem. Com efeito, a ação de homologação de sentença arbitral estrangeira possui um mérito próprio, consubstanciado em um juízo de delibação que se destina a analisar a possibilidade de a decisão emanada de tribunal arbitral com sede no exterior produzir efeitos no Brasil, em vista dos pressupostos estabelecidos na lei¹³.

applicable jurisdictional requirements, has been proven by the award-creditor, these regimes adopt a rule of presumptive validity of arbitral awards and impose an obligation on national courts to recognize and enforce such awards.” BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Third Edition. Kluwer Law International, 2021. pp. 3717-3718.

- 7 O reconhecimento de decisões estrangeiras chama-se, no Brasil, *homologação*. A Constituição da República estabelece em seu art. 105(I)(i) que a homologação de sentenças estrangeiras, sejam elas arbitrais ou judiciais, é competência originária do Superior Tribunal de Justiça, ao passo que sua execução compete ao juízo federal (art. 109, X, da Constituição da República). A atribuição dessa competência ao STJ ocorreu por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, sendo que até então, e por mais de um século, coube ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre as sentenças provenientes do exterior.
- 8 Art. 960, § 3^o, do CPC: “A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo.”
- 9 Art. 13 do CPC: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.”
- 10 Art. 34, *caput*, da Lei de Arbitragem: “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.”
- 11 De acordo com o critério geográfico expresso no art. I da Convenção de Nova Iorque, as regras ali previstas incidem sobre o reconhecimento e a execução por um Estado Contratante de sentença arbitral proferida em qualquer outro Estado, seja ou não um Estado Contratante.
- 12 Art. VII(1) da Convenção de NY: “As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.”
- 13 STJ. Agravo Interno na Homologação de Decisão Estrangeira nº 3.233. Corte Especial. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 12.04.2022. Destaca-se: “Assim, as alegações da agravante dizem respeito integralmente a questões de direito material e visam ao reexame das questões de mérito da sentença homologanda, o que ultrapassa o âmbito próprio do procedimento de homologação de sentença estrangeira, que se restringe à averiguação dos requisitos dos arts. 216-C, D e E do RISTJ.”

Art. 38

A oposição do réu fundamentada na configuração de uma das hipóteses de recusa constantes do art. 38 (ou 39) da Lei de Arbitragem integra o mérito da ação de homologação, devendo necessariamente ser apreciada pelo STJ.

No que concerne ao ônus da prova relativo às hipóteses de recusa previstas no art. 38 da Lei de Arbitragem, o texto da lei é bastante claro ao indicar que ele deve ser suportado pelo réu. No mesmo diapasão, consta do art. V da Convenção de NY que cabe à “parte contra a qual ela é invocada” comprovar a configuração de uma das circunstâncias que ensejam o indeferimento do pedido.

2. Incapacidade das partes (art. 38(I))

O art. 38(I) da Lei de Arbitragem prevê que poderá ser negado o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira se “as partes na convenção de arbitragem eram incapazes”. Essa hipótese de recusa muito se assemelha àquela prevista na primeira parte do art. V(1)(a) da Convenção de NY, segundo o qual “as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei as elas aplicável, de algum modo incapacitadas”.

Se o réu demonstrar que o tribunal arbitral baseou o exercício de sua jurisdição em convenção de arbitragem pactuada por parte incapaz¹⁴, quer seja pessoa física ou jurídica, o pedido poderá ser negado¹⁵.

A capacidade atinge diretamente o pressuposto do poder jurisdicional do juízo arbitral, decorrente que é da manifestação válida da vontade das partes em a ele se submeter, renunciando ao juízo estatal. Caso, no momento da conclusão da convenção de arbitragem, um dos contratantes estiver destituído da aptidão de exercer direitos e assumir deveres¹⁶, essa

circunstância importará na ausência de jurisdição do tribunal arbitral para decidir, ensejando a possibilidade de recusa do pleito de homologação da sentença arbitral. A aferição deve ser feita levando-se em conta o momento em que as partes concluíram a convenção de arbitragem, e não a situação presente ao tempo em que formulado o pedido de homologação¹⁷.

A principal questão que emerge da aplicação do art. 38(I) refere-se à determinação da lei aplicável para fins de qualificação da parte como sendo incapaz. A Convenção de NY, em seu art. V(1)(a), primeira parte, fornece um critério a esse respeito, indicando a “lei a elas aplicável”. Embora esse critério da lei pessoal não tenha sido reproduzido textualmente na Lei de Arbitragem, deve ser ele empregado, haja vista a internalização da Convenção de NY. A questão passa a ser definir, sob a perspectiva brasileira, as regras de direito internacional privado aplicáveis à determinação da lei pessoal que rege a capacidade das partes.

Como se sabe, quando a demanda apresenta elementos de estraneidade – como é o caso de uma sentença arbitral proferida fora do território nacional –, a atuação da autoridade judiciária pressupõe primeiramente a fixação de sua jurisdição para decidir. Uma vez confirmada a jurisdição, é necessário recorrer às regras de direito internacional privado locais para fins de determinação da lei aplicável. Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não há automática correspondência entre a jurisdição e a lei aplicável, sendo plenamente possível que a autoridade judiciária brasileira decida a questão posta com base em lei estrangeira.

No Brasil, o sistema adotado para fins de determinação da lei aplicável consiste no método conflitual, retratado nos artigos 7º a 11 da Lei de Introdução às

14 Conforme apropriada ressalva de Eduardo Grebler, conquanto o dispositivo tenha sido redigido no plural, a incapacidade alcança geralmente apenas uma das partes. 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 Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 189-213, em especial p. 194.

15 É o que parte da doutrina chama de “invalidade subjetiva da convenção de arbitragem”, em contraposição à “invalidade objetiva da convenção de arbitragem”, constante da segunda parte do art. V(1)(a) da Convenção de NY. ABBUD, André; LEVY, Daniel de Andrade; ALVES, Rafael Francisco. *The Brazilian Arbitration Act: A Case Law Guide*. Kluwer Law International, 2019. p. 186.

16 Referindo-se ao art. V(1)(a) da Convenção de NY, o Guia da Uncitral sobre a Convenção de NY esclarece que: “The text of article V (1)(a) confirms that incapacity refers to the legal restriction preventing a party from entering into a legal and binding relationship, here an arbitration agreement, in its own name and on its own account”. Uncitral Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). 2016 Edition. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards. Acesso em 08.06.2022.

17 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 132.

Normas do Direito Brasileiro ("LINDB"¹⁸). Simplificadamente, esse sistema se desenvolve em 3 etapas consecutivas: na primeira, a relação jurídica é qualificada em uma categoria preestabelecida no direito interno; na segunda, o juízo se refere à norma indireta conhecida como *regra de conexão*; e, na terceira, a relação passa a ser regida por certo sistema jurídico.

De acordo com o art. 7º da LINDB, a regra de conexão eleita para fins de aferição da capacidade corresponde à lei *domicílio* do indivíduo¹⁹. Sendo a convenção de arbitragem assinada por sujeitos domiciliados no Brasil (isto é, que mantenham residência no país com ânimo definitivo²⁰), a sua capacidade será regida pelo Código Civil, em particular pelos arts. 1º a 5º. Coerentemente, quanto a indivíduos domiciliados em qualquer outro Estado, a lei a eles aplicável será aquela desse mesmo Estado.

No que se refere à capacidade das pessoas jurídicas, o art. 11 da LINDB elege como regra de conexão a lei do Estado em que se *constituírem*²¹. Por conseguinte, as pessoas jurídicas brasileiras, assim consideradas aquelas constituídas na forma do art. 1.126 do Código Civil, terão a sua capacidade examinada segundo a lei nacional²². Já as sociedades constituídas em outros Estados serão regidas pelas respectivas leis locais.

É importante frisar que, quando a regra de conexão da LINDB remete à utilização de lei estrangeira, há que se desconsiderar qualquer remissão da lei deste país a outra lei, sendo expressamente vedado o reenvio em nosso sistema legal²³. Com efeito, a referência é sempre à lei interna do sistema jurídico estrangeiro, sendo suprimidas para todos os efeitos as regras de direito internacional privado ali vigentes.

Em suma, pode-se dizer, com respaldo em abalizada doutrina internacional²⁴ sobre o similar art. V(1)(a), primeira parte, da Convenção de NY, que, para fins de apreciação da capacidade das partes na convenção de arbitragem, a lei que rege a capacidade é aquela determinada pelas regras de direito internacional privado do Estado acionado para o reconhecimento. Em processos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, a capacidade dos indivíduos deve ser aferida pela lei do seu domicílio, ao passo que a capacidade das pessoas jurídicas deve ser examinada à luz da lei do local de sua constituição²⁵.

3. Invalidade da convenção de arbitragem (art. 38(II))

O art. 38(II) da Lei de Arbitragem versa sobre a invalidade da convenção de arbitragem como circunstância apta a ensejar a recusa do pedido de ho-

18 Decreto-lei nº 4.657/1942.

19 Art. 7º da LINDB: "A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família."

20 Art. 70 do Código Civil: "O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo."

21 Art. 11 da LINDB: "As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem."

22 A representação da pessoa jurídica por pessoa que não tem poderes para tanto já foi equiparada à incapacidade do agente. V. o que registrou em seu voto o Min. Luiz Fux: "[n]a medida em que uma pessoa firma um documento semelhante a uma cláusula compromissória e não tem poderes para tal, isso se equipara à incapacidade do agente". STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 866. Corte Especial. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em: 17.05.2006.

23 Art. 16 da LINDB: "Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei."

24 V. George Bermann: "The most reasonable conclusion may be that national courts in which recognition or enforcement of an award is sought should apply forum choice of law rules to determine the law "applicable" to the capacity issue (with the disadvantage that jurisdictions differ among themselves as to the law applicable to the capacity of persons and the result that the Convention's designation of a common choice of law becomes illusory". BERMAN, George A. *International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, v. 381, 2016, pp. 53-479. p. 443. V. também Albert van den Berg: "The question must therefore be resolved by means of the conflict of laws rules of the law of the court before which the enforcement of the arbitral award is sought. These conflict rules are different in the various countries, ranging, in the case of a physical person, from the law governing the nationality of a party to domicile or habitual residence, and in the case of a legal person, from the place of incorporation to the place of business". VAN DEN BERG, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Kluwer Law International, 1981. p. 276.

25 No mesmo sentido, ABBUD, André; LEVY, Daniel de Andrade; ALVES, Rafael Francisco. *The Brazilian Arbitration Act: A Case Law Guide*. Kluwer Law International, 2019. p. 186; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 134-135.

Art. 38

mologação. Tal como na primeira hipótese de recusa, considerando que a arbitragem é um mecanismo de solução de disputas alternativo à jurisdição estatal e que a sua escolha depende da vontade das partes, se a convenção de arbitragem é desprovida de validade, inevitavelmente carece o tribunal arbitral de jurisdição para decidir a disputa.

Embora o dispositivo mencione apenas a invalidade da convenção de arbitragem, também se aplica à hipótese de inexistência da convenção de arbitragem.²⁶ É preciso apenas ter o cuidado para não se confundir inexistência ou invalidade da convenção de arbitragem com inexistência ou invalidade do contrato principal, eis que a hipótese de recusa analisada abarca tão somente a primeira situação²⁷.

Ao contrário do que ocorre com relação à incapacidade das partes (art. 38(I)), o inciso II do art. 38 menciona expressamente a lei aplicável para fins de aferição da invalidade do pacto arbitral, nos seguintes termos: “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”. Trata-se de reprodução praticamente literal da segunda parte do art. V(1)(a) da Convenção de NY, que prevê: “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”.

Conforme se extrai da redação legal, é conferida primazia à vontade das partes, de sorte que a validade do pacto arbitral deve ser examinada de acordo com a lei porventura escolhida para reger especificamente esse acordo. Na prática, contudo, as partes não costumam

fazer esse tipo de previsão. Normalmente, o que ocorre é a escolha de uma determinada lei para reger o contrato. Nesse caso, podem surgir dúvidas quanto ao alcance da escolha.

Como se sabe, a convenção de arbitragem é autônoma com relação ao contrato no qual está inserida. Tanto assim que um contrato pode ser considerado inválido por um tribunal arbitral, sendo mantida hígida a convenção de arbitragem, o que justamente legitima a atuação jurisdicional dos árbitros. Se levada ao extremo a lógica da autonomia da convenção de arbitragem, a escolha de certa lei para reger o contrato não englobaria a convenção de arbitragem, cabendo recorrer à segunda parte do art. 38(II) para determinar a lei aplicável. Ou seja, inexistindo menção expressa e específica à lei aplicável à convenção de arbitragem, a lei do país da sede da arbitragem regeria a validade da convenção de arbitragem.

Essa não parece ser a melhor interpretação para o art. 38(II)²⁸. Afinal, se as partes expressamente escolheram uma determinada lei para reger o contrato, por que chamar outra lei – diversa daquela escolhida consensualmente – para reger uma disposição específica?²⁹

Em linha com a compreensão dominante quanto ao art. V(1)(a) da Convenção de NY, a melhor leitura do art. 38(II) é que, na ausência de escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem, a validade do pacto deve ser aferida de acordo com a lei escolhida pelas partes para reger o contrato principal³⁰.

Na falta de indicação de lei aplicável, a segunda parte do art. 38(II) informa que a invalidade da convenção de arbitragem deve ser avaliada com base na lei do país onde a sentença arbitral foi proferida,

26 V., por todos, BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Third Edition. Kluwer Law International, 2021. p. 3770: “The better view is therefore clearly that Article V(1)(a) applies equally to claims that no arbitration agreement exists and to claims that the arbitration agreement is invalid.”

27 É o que esclarece Gary Born: “Article V(1)(a) therefore does not permit recognition courts to consider claims that the parties’ underlying contract was invalid, terminated, unenforceable, or illegal; those claims do not concern the existence or validity of the arbitration agreement, instead relating only to the validity of the underlying contract”. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Third Edition. Kluwer Law International, 2021. p. 3774.

28 No mesmo sentido com relação ao art. V(1)(a) da Convenção de NY, George Bermann aduz que: “If They intended any particular law to govern that issue, it most probably is the law that the parties saw fit to designate as the chosen law in the contract in which the arbitration clause is found. At least a general choice of law clause expresses an intention to designate an applicable law, even if it not specifically the law applicable to a contract’s arbitration clause”. BERMANN, George A. *International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law. Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, v. 381, 2016, pp. 53-479, esp. p. 448.

29 BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN; Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Student version. Sixth Edition. Oxford University Press, 2015. p. 158.

30 *Uncitral Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 1958). 2016 Edition. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards, pp. 141-142. Acesso em 08.06.22.

isto é, a lei da sede da arbitragem. De acordo com a lógica do dispositivo, é incabível o espelhamento de regras domésticas acerca da validade da convenção de arbitragem para fins de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira³¹.

Esse critério é alvo de críticas nos casos em que o Estado da sede da arbitragem não guarda relação com as partes ou com o negócio por elas entabulado, tendo sido eleito, por exemplo, pela respeitabilidade da câmara arbitral ali situada³².

Ao contrário do que se verifica com relação ao art. V(1)(a) da Convenção de NY que, mediante referência ao art. II, acaba por exigir que o acordo arbitral tenha sido escrito, o texto da Lei de Arbitragem não reproduz esse requisito. Por conseguinte, a legislação doméstica é mais favorável ao reconhecimento, cabendo alusão à cláusula do direito mais favorável prevista no art. VII do instrumento internacional para fins de fundamentar a dispensa da convenção de arbitragem constar de acordo escrito³³. Do ponto de vista brasileiro, portanto, outros elementos podem vir a ser considerados em suporte ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, confirmando-se o pacto arbitral em troca de e-mails, nas negociações entabuladas³⁴ e na configuração de um acordo tácito de vontades mediante a não impugnação da cláusula arbitral quando instaurado o procedimento³⁵. Nada obstante, pode-se dar notícia de caso em que a homologação de sentença arbitral foi negada diante da ausência de cláusula compromissória escrita e assinada pelas partes³⁶.

Tal como se verifica com relação a todas as demais hipóteses de recusa à homologação previstas no art.

38, o ônus da prova da invalidade da convenção de arbitragem incumbe ao réu.

4. Ausência de notificação e cerceamento do devido processo legal (art. 38(III))

A terceira hipótese de recusa prevista no art. 38 da Lei de Arbitragem é configurada quando o réu demonstrar que “*não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa*”. A redação é fortemente inspirada no art. V(1)(b) da Convenção de NY, segundo o qual: “*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*”.

São duas situações diversas, que foram agrupadas em um único dispositivo em razão da correlação que apresentam entre si, a saber, (i) ausência de notificação quanto à designação do árbitro ou do procedimento arbitral e (ii) violação do devido processo legal, consubstanciada na privação do direito à ampla defesa.

Genericamente falando, ambas as situações estão atreladas à confiança depositada pelas partes na arbitragem como um mecanismo justo para a solução de disputas. A preocupação é assegurar às partes efetiva e integral participação no procedimento, inclusive na fase que precede à sua instauração, com vistas a preservar a justiça e a legitimidade da sentença arbitral que vier a ser proferida. Essencialmente, pretende-se salvaguardar às partes igual oportunidade de serem ouvidas, de produzirem as provas que considerem pertinentes a comprovar a sua visão

31 Pontuando aspectos particulares dos requisitos da legislação brasileira que não são aplicáveis caso a lei de regência da convenção de arbitragem seja a brasileira, v. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 138.

32 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 137.

33 FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich; FELLAS, John. *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. Edward Elgar Publishing, 2021. p. 225.

34 STJ. Homologação de Decisão Estrangeira nº 2.545. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 29.06.2021. Destaca-se: “*segundo jurisprudência da Casa, pode o órgão arbitral aferir o assentimento das partes contratantes em relação à convenção da arbitragem a partir das negociações entabuladas e não apenas em decorrência da aposição de assinatura em contrato formal.*”

35 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 856. Corte Especial. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 18.05.2005. Destaca-se: “*Em conclusão, considerando 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 indubidosa sobre a existência acordada da cláusula compromissória.*”

36 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 11.593. Corte Especial. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em: 16.12.2015.

Art. 38

sobre a controvérsia, de conhecerem e se oporem aos argumentos e provas trazidos pela parte contrária e, de um modo geral, de participarem de todos os atos procedimentais.

Tanto o art. 38(III) da Lei de Arbitragem como o equivalente art. V(1)(b) da Convenção de NY não indicam, nem mesmo implicitamente, a lei aplicável à aferição das questões processuais relativas à notificação e ao devido processo legal. Não se trata de omissão e sim de deliberada opção, ante a ausência de rigor processual característica da arbitragem, no propósito de proporcionar deferência às decisões do tribunal arbitral sobre questões dessa natureza³⁷.

A primeira parte do art. 38(III) estabelece que cabe recusa do pedido de homologação caso o réu comprove que não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento. Trata-se de requisito associado à convocação da parte demandada para tomar conhecimento da existência do procedimento contra si instaurado a fim de que possa ter a oportunidade de impugnar a nomeação do árbitro indicado e oferecer defesa.

Hipótese semelhante de recusa é aplicável às decisões estrangeiras de um modo geral, prevendo o art. 963(II) do CPC que constitui requisito indispensável à homologação da decisão “*ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia*”. Esse requisito se aplica tanto às decisões judiciais definitivas como também às decisões não judiciais que, pela lei brasileira, tenham natureza jurisdicional³⁸, sendo irrelevante

o efetivo oferecimento de defesa no processo em curso no exterior, na medida em que o requisito é preenchido também caso ocorra revelia.

Conquanto o CPC exija que o *autor* da ação de homologação comprove que a decisão estrangeira tenha sido precedida de regular citação do réu, a Lei de Arbitragem inverte o ônus probatório, estabelecendo caber ao *réu* comprovar que não foi notificado do procedimento arbitral. Nada obstante, sendo geralmente impossível a produção de prova negativa, cabe ao autor, na prática, comprovar que a citação foi realizada³⁹.

Se de um lado o CPC se faz valer da expressão *citação regular*, a Lei de Arbitragem utiliza o termo *notificação*. Acertadamente, recorre-se, no caso da arbitragem, a uma expressão mais genérica, dissociando o ato de chamamento da parte demandada ao procedimento arbitral do ato formal de citação regulado pelo diploma processual nacional⁴⁰.

Tanto não se exige correlação entre as regras de citação que o art. 39, § único, da Lei de Arbitragem prevê expressamente não caracterizar ofensa à ordem pública nacional a cientificação de parte domiciliada no Brasil nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal⁴¹.

No âmbito da ação de homologação, o que não pode ser verificado é acentuada discrepância entre os critérios utilizados em nosso país e aqueles empregados pelo tribunal arbitral para confirmar a notificação das

37 É o que comenta George Bermann com relação à Convenção de NY, igualmente aplicável à Lei de Arbitragem: “The Convention should not be read as adopting any set of national procedural rules. That the Convention would distance itself from national procedural law seems obvious. Parties, in choosing arbitration, clearly rejected application of any particular jurisdiction’s purely domestic rules of procedure. Indeed, most scholars addressing the issue go further, reading the Convention as also rejecting any particular nation’s general conception of ‘due process’. Importing national rules of procedure as binding – even national rules of due process – would not only diminish the Convention’s uniform application, but also undermine its pro-enforcement philosophy, its general attitude of deference to arbitral discretion in matters of procedure, and its support for procedural informality”. BERMANN, George A. *International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law. Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, v. 381, 2016, p. 452.

38 Art. 961, § 1º, do CPC: “É passível de homologação a decisão judicial definitiva, bem como a decisão não judicial que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional.” Entre inúmeros exemplos, o critério da substância do provimento estrangeiro foi empregado pelo STJ em 2020 quando homologou decreto administrativo de dissolução de casamento emitido pela Prefeitura de Kawagoe, no Japão. STJ. Homologação de Decisão Estrangeira nº 2.971. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 30.09.2020.

39 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 152.

40 STJ. Homologação de Decisão Estrangeira nº 2.545. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 29.06.2021.

41 Art. 39, § único, da Lei de Arbitragem: “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.”

partes quanto à designação do árbitro e do procedimento arbitral⁴².

No que se refere à segunda parte do art. 38(III), o dispositivo estabelece que constitui óbice à homologação a violação do contraditório, consubstanciada na privação do direito à ampla defesa. Não se trata de transposição automática das garantidas fundamentais previstas na Constituição da República, constantes do art. 5º, LV⁴³ e LVI⁴⁴⁻⁴⁵. Ao revés, o STJ deve se basear – tanto quanto possível – em um padrão internacional uniforme de justiça processual, uma vez que a Lei de Arbitragem tem forte inspiração na Convenção de NY⁴⁶.

Entre outras manifestações universalmente aceitas dos princípios do contraditório e ampla defesa, podemos mencionar a necessidade de tratamento igualitário dispensado a ambas as partes, conferindo-se a todos os atores do procedimento arbitral a mesma oportunidade de apresentar o seu caso⁴⁷. Ademais, é preciso que seja concedido às partes um prazo razoável para a realização das diligências determinadas pelo tribunal arbitral, além da oportunidade de apresentar o caso mediante audiência oral, quer seja presencial ou remota. Adicionalmente, as decisões do tribunal arbitral recusando a produção de provas documentais ou a oitiva de testemunhas requeridas pelas partes devem ser razoáveis e bem fundamentadas, sob pena de se caracterizarem como violadoras da ampla defesa⁴⁸.

Por fim, vale registrar que as manifestações atreladas ao contraditório e ampla defesa estão muitas vezes associadas a valores fundamentais de justiça processual do foro, sendo possível haver concorrência entre a hipótese do art. 38(III) e aquela prevista no art. 39(II), i.e., ofensa à ordem pública nacional⁴⁹. Mas essa correspondência não é automática, já que determinada violação do procedimento arbitral não importa necessariamente em afronta ao núcleo duro da ordem pública brasileira.

5. Sentença arbitral fora dos limites da convenção de arbitragem (art. 38(IV))

Como quarta hipótese de denegação do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, prevê o art. 38(IV) da Lei de Arbitragem, inspirado no art. V(1)(c) da Convenção de NY, a possibilidade de indeferimento do pedido de homologação quando “a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem”.

De início, importa compreender o que vem a ser uma sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Como se sabe, a jurisdição arbitral deriva da autonomia das partes, isto é, da vontade de submeter eventuais disputas advindas de sua relação contratual ao juízo arbitral, e não ao Judiciário. É a vontade das partes, veiculada na convenção de

42 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 Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 189-213, em especial p. 207.

43 Art. 5º, LIV, da CR: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

44 Art. 5º, LV, da CR: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

45 Uma das principais defesas utilizadas pelo réu em ações de homologação de sentença arbitral estrangeira consiste na alegação de ocorrência de desrespeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Nada obstante, o STJ é, com razão, bastante rigoroso ao analisar essas questões. Por exemplo, STJ. Agravo Interno na Homologação de Decisão Estrangeira nº 3.233. Corte Especial. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 12.04.2022 (tema: alegação relativa ao *standard* probatório fixado no início do procedimento arbitral não fere devido processo legal); STJ. Homologação de Decisão Estrangeira nº 3.664. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 09.06.2020.

46 Veja-se Gary Born: “Article V(1)(b) is best viewed as providing the basis for uniform international standards of procedural fairness in international arbitral proceedings.” BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Third Edition. Kluwer Law International, 2021. p. 3822.

47 STJ. Homologação de Decisão Estrangeira nº 1.914. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em: 05.06.2019.

48 Para diversos outros exemplos atrelados à falha no devido processo legal do procedimento arbitral, suscitadas no processo de reconhecimento e execução da sentença arbitral em Estado estrangeiro, v. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Third Edition. Kluwer Law International, 2021. pp. 3839-3874.

49 LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 711: “This ground to refuse enforcement may overlap with the international public policy defence of Article V(2)(b). This is so because fairness and observance of due process are often seen as international public policy of many states. However, according to Article V(2)(b) the only relevant public policy is that of the enforcing state”.

arbitragem, que confere legitimidade e autoridade ao tribunal arbitral para decidir. A sentença arbitral somente será passível de homologação na medida em que se conformar aos limites do acordo de vontades inscrito na convenção de arbitragem⁵⁰.

Tendo a convenção de arbitragem delimitado os contornos da questão posta à jurisdição arbitral, não se admite que a sentença exceda os poderes conferidos aos árbitros, seja qualitativa (*extra petita*) ou quantitativamente (*ultra petita*). Para que se possa determinar se o tribunal arbitral agiu além do poder jurisdicional a ele conferido, é necessário interpretar a convenção de arbitragem, o que deve ser feito de acordo com a mesma lei de regência da validade do acordo, nos termos do art. 38(II) da Lei de Arbitragem⁵¹.

A sentença *extra petita* é aquela em que o tribunal decide questões que estão fora da alçada de sua jurisdição, não estando abarcadas no alcance da convenção de arbitragem. É o que se passa, por exemplo, quando o tribunal arbitral determina a incidência de certa medida não especificada no contrato.

Por sua vez, a sentença *ultra petita* é aquela em que o tribunal determina quantidade superior àquilo que foi requerido, ultrapassando os limites do que houver sido convencionado no termo de arbitragem. É o que ocorre, a título exemplificativo, quando o montante

da condenação imputado à parte perdedora excede a pretensão pleiteada pela parte vencedora.

Quando a sentença arbitral se fundamenta em dispositivos legais ou conceitos jurídicos diferentes daqueles invocados pelas partes, não resta configurada, a princípio, a hipótese do art. 38(III). No entanto, caso a fundamentação da sentença se baseie em questões de direito não suscitadas pelas partes, o reconhecimento poderá ser recusado caso importe em violação ao direito das partes de serem ouvidas (art. 38(III)) ou à ordem pública do foro (art. 39(II))⁵².

Conforme autoriza a segunda parte do art. 38(IV), caso seja possível segregar o que a sentença arbitral houver excedido (*extra e ultra petita*), cabe a homologação do que não tiver sido acometido pelo vício, configurando-se verdadeiro *dépeçage* (ou fracionamento)⁵³. Importa saber, para os fins da aplicação do art. 38, IV, em que circunstâncias é possível fazer o recorte, isto é, separar a parte passível de homologação daquela que não pode ser recepcionada.

Tanto a sentença *extra petita* como a *ultra petita* não se confundem com a decisão que resolve apenas parte da controvérsia. O cabimento de sentenças arbitrais parciais e a possibilidade de sua homologação é inquestionável⁵⁴, encontrando previsão legislativa⁵⁵ e eco na prática judicial nacional⁵⁶. Inclusive, esta é a ra-

50 Narra André de Albuquerque Cavalcanti Abbud que a adstrição do julgado aos limites estabelecidos na convenção de arbitragem “*representa verdadeira máxima incidente sobre o processo, seja ele arbitral ou judicial*”, guardando estreita relação com o postulado da inércia judicial e o princípio da demanda, incidentes, também, sobre o processo arbitral. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 155.

51 No mesmo sentido, FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich; FELLAS, John. *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. Edward Elgar Publishing, 2021. p. 226. Nada obstante, para George Bermann, normalmente os tribunais judiciais, ao interpretar o escopo da convenção de arbitragem, não se referem a uma lei em particular, e simplesmente realizam a leitura do texto da cláusula e o interpretam da melhor forma possível. BERMANN, George A. *International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, v. 381, 2016. p. 456.

52 FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich; FELLAS, John. *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. Edward Elgar Publishing, 2021. p. 228.

53 Nesse sentido, ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 157.

54 Os regulamentos de arbitragem das principais câmaras aludem à possibilidade de prolação de sentenças arbitrais parciais e a própria Lei de Arbitragem assim o autoriza, equiparando os efeitos destas àqueles das sentenças finais, nos seus arts. 23, § 1º, e 33, § 1º, introduzidos pela Lei 13.129 de 26.05.2015. Não foi sempre assim. Como rememoram Gilberto Giusti e Douglas Depieri Catarucci, apenas com a reforma do CPC é que “*a alteração do conceito de sentença processo civil, retirando a ideia do ao que põe fim por completo ao processo e introduzindo a do ato que ou resolve o mérito (não necessariamente de uma vez só ou todo o mérito) ou não resolve o mérito, trouxe maior segurança à tese do cabimento de sentenças arbitrais parciais*”. GIUSTI, Gilberto; CATARUCCI, Douglas Depieri. *Sentenças arbitrais parciais: visão doutrinária e prática do tema nos últimos 20 anos*. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords). *20 Anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 560.

55 Art. 961, § 2º, do CPC e art. 216-A, § 2º, do Regimento Interno do STJ.

56 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 2.410. Corte Especial. Relator p/ acórdão: Ministra Nancy Andriighi. Julgado em: 18.12.2013.

ção pela qual a diretriz prescrita na Lei de Arbitragem, no sentido de recepcionar apenas a parte da sentença arbitral estrangeira que se coaduna à convenção de arbitragem, não nos causa estranhamento.

Importante registrar que o reconhecimento e a execução de sentenças *infra petita* não estão abarcados pelo art. 38(III), sendo incabível qualquer interpretação extensiva nesse sentido. Nessa situação, diversas leis nacionais, inclusive a brasileira, autorizam que a parte que se sentir prejudicada requeira a prolação de sentença arbitral complementar⁵⁷.

Na prática, é raro que a defesa baseada no art. 38(IV) tenha sucesso quando invocada, pois existe uma presunção de que os árbitros não excederam o seu poder jurisdicional⁵⁸.

6. Constituição do tribunal arbitral em desconformidade com a convenção de arbitragem (art. 38(V))

O art. 38(V) da Lei de Arbitragem prevê que poderá ser negada a homologação da sentença arbitral estrangeira se “a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória”. A hipótese se assemelha àquela prevista no art. V(1)(d) da Convenção de NY, de acordo com a qual “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”.

A recusa, aqui, está relacionada a um vício do procedimento arbitral, tendo, por assim dizer, a mesma natureza da exceção prevista no art. 38(III) da Lei de Arbitragem e do art. V(1)(b) da Convenção de NY.

O fundamento da possibilidade de recusa à homologação, mais uma vez, é a vontade das partes contratantes. Se a instituição de arbitragem não obedece ao que houver sido convencionado, isso significa dizer que o poder jurisdicional conferido ao tribunal arbitral se encontra maculado e, portanto, que a sentença arbitral é desprovida de legitimidade.

trabal se encontra maculado e, portanto, que a sentença arbitral é desprovida de legitimidade.

Ao contrário do que se passa com relação às outras hipóteses de indeferimento do pedido de homologação, neste caso há diferenças acentuadas entre o texto da lei doméstica e o instrumento internacional. A uma, a Lei de Arbitragem prevê tão somente a hipótese em que a instituição não esteja de acordo com a convenção arbitral, ao passo que a Convenção de NY acrescenta a situação em que o procedimento como um todo não tenha sido realizado em conformidade com o acordado pelas partes. A duas, a Convenção de NY prevê que, na ausência de acordo das partes, a impugnação é cabível quando a composição da autoridade arbitral ou o procedimento conflitem com o rito previsto na lei da sede da arbitragem, disposição essa que não é reproduzida na Lei de Arbitragem.

Na hipótese de conflito entre a Lei de Arbitragem e a Convenção de NY, prepondera o instrumento internacional, por força de previsão expressa do art. 960, § 3º, do CPC⁵⁹ e do art. 13 do CPC⁶⁰. Todavia, considerando que a própria Convenção de NY prevê em seu art. VII a prevalência do direito mais favorável ao reconhecimento, a possibilidade de recusa porque o procedimento não obedeceu ao que fora convencionado entre as partes é incabível em ações de homologação propostas no Brasil com fundamento no art. 38(V), muito embora possa, eventualmente, configurar hipótese de recusa nos termos do art. 38 (III)⁶¹.

Como a Lei de Arbitragem não reproduz a parte final do art. V(1)(d) da Convenção de NY, tampouco há que se falar em aplicação subsidiária da lei do local de arbitragem, caso não tenha havido acordo entre as partes sobre as regras de instituição da arbitragem.

Em sede de homologação, quando a questão for suscitada pelo réu, cabe ao Judiciário examinar se a instituição de arbitragem obedeceu às normas previstas no acordo celebrado entre as partes, desde que tal

57 No caso de sentença *infra petita*, a Lei de Arbitragem autoriza no seu art. 33, § 4º, que: “A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.”

58 Cf. LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 714.

59 Art. 960, § 3º, CPC: “A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo.”

60 Art. 13: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.”

61 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 162.

Art. 38

acordo seja válido⁶². A validade desse acordo é sujeita à mesma lei que rege a convenção arbitral⁶³. Apenas caso inexistir acordo sobre a instituição da arbitragem é que o exame acerca das regras de instituição da arbitragem deve ser feito à luz da lei do país onde a arbitragem ocorreu.

7. Sentença arbitral ainda não obrigatória, anulada ou suspensa (art. 38(VI))

O art. 38(VI) da Lei de Arbitragem trata da hipótese em que “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”. É uma reprodução quase literal do art. V(1)(e) da Convenção de NY, que tem a seguinte redação: “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”.

Em uma mesma alínea, três situações independentes e que apresentam distinto grau de relevância sob uma perspectiva prática são tratadas, quais sejam, (i) sentença arbitral não obrigatória; (ii) sentença arbitral anulada e (iii) sentença arbitral suspensa.

A referência inserida no art. 38(VI) à sentença arbitral não obrigatória (“not yet become binding”) gera fundada dúvida quanto à incidência dessa hipótese para fins de recusa do pedido de reconhecimento e execução. Afinal, se um dos pilares da arbitragem

consiste na vinculação das partes à decisão do tribunal arbitral, haveria um contrassenso lógico caso algumas decisões fossem desprovidas justamente dessa força obrigatória.

A inserção dessa disposição na Convenção de Nova Iorque – reproduzida na Lei de Arbitragem – explica-se por uma análise histórica. A Convenção de Genebra de 1927, predecessora da Convenção de NY, impunha o duplo *exequatur* da sentença arbitral, isto é, a sentença arbitral era primeiramente submetida à autoridade judiciária do Estado onde proferida e, uma vez reputada definitiva, poderia ser reconhecida pela autoridade judiciária do Estado requerido. Em uma tentativa deliberada de aprimorar o sistema de circulação de sentenças arbitrais e evitar a necessidade de duplo *exequatur*, a Convenção de NY deixou de lado o requisito da definitividade, e passou a se valer da noção de obrigatoriedade da sentença arbitral⁶⁴. É o que se extrai do art. III e do art. V(1)(e), que utilizam a expressão *obrigatória* (“binding”) e não definitiva (“final”)⁶⁵.

De um lado, alguns tribunais entendem que a “obrigatoriedade” de uma sentença arbitral deve ser aferida de acordo com o que dispõe a lei nacional a respeito, quer seja a lei da sede da arbitragem⁶⁶ ou a lei aplicada na sentença arbitral⁶⁷. Essa interpretação não configura em absoluto um retorno à obrigatoriedade de obtenção de *exequatur* na origem⁶⁸, o que esvaziaria

62 Embora não tenha sido feita menção ao art. 38(V) da Lei de Arbitragem, a Corte Especial do STJ indeferiu o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira em caso em que a autoridade (ainda que arbitral) não era competente, nos termos do que havia sido contratado pelas partes. Registrou-se que, de acordo com a cláusula constante do distrato, a sentença arbitral deveria ter sido prolatada por 3 árbitros, e não por árbitro único. STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 12.236. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 16.12.2015.

63 FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich; FELLAS, John. *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. Edward Elgar Publishing, 2021. p. 230.

64 Conforme preciso relato de Albert van den Berg, “the term ‘binding’ is acknowledged to be one of the major improvements of the Convention in comparison with its predecessor, the Geneva Convention of 1927 which required the award to be ‘final’. The term was probably the most discussed proviso of the Convention at the New York Conference of 1958”, VAN DEN BERG, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Kluwer Law International, 1981. p. 332.

65 Art. III: “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.”

66 Gary Born explica que: “addressing this issue, some national court decisions look to the law of the arbitral seat to determine whether the award is binding, particularly where the parties’ arbitration agreement specifies or incorporates that law.” BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Third Edition. Kluwer Law International, 2021. p. 3959.

67 Conforme resumem Redfern e Hunter: “some national courts still consider it necessary to investigate the law applicable to the award to see if it is ‘binding’ under that law”. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Student version. Sixth Edition. Oxford University Press, 2015. p. 634.

68 PAULSSON, Marike R.P. *The 1958 New York Convention*. Kluwer Law International, 2016. p. 197.

um dos principais propósitos da Convenção de NY, mas sim parte da premissa de que eventuais formalidades exigidas pela lei nacional devem ser verificadas.

De outro lado, muitos tribunais entendem que o caráter obrigatório da sentença arbitral deve ser examinado de modo autônomo à luz do contexto e objetivos da Convenção de NY⁶⁹, o que permitiria a sua interpretação uniforme pelos tribunais dos diversos países⁷⁰. Quanto a essa visão, a dificuldade que surge é como caracterizar, uniformemente, uma sentença arbitral como sendo “obrigatória”. O que é pacífico é que o simples ajuizamento de ação anulatória não desfigura o caráter obrigatório (“binding”) de uma sentença arbitral. Noutros termos, a pendência de ação de anulação no Estado de origem não implica na subtração da força obrigatória de uma sentença arbitral⁷¹ e tampouco legitima a recusa do reconhecimento, eis que a segunda parte do 38(VI) da Lei de Arbitragem trata da hipótese em que a autoridade judiciária do país em que proferida a sentença já tenha efetivamente se manifestado, seja anulando ou suspendendo os efeitos da sentença arbitral (“tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada”).

Com relação às sentenças anuladas, a Corte Especial do STJ lidou diretamente com essa hipótese na SEC 5.782⁷², entre as partes EDF International S.A. e

Endesa Latinoamérica S.A., tendo decidido que não cabe a homologação de sentenças arbitrais anuladas no Estado da sede. O Min. Relator, Jorge Mussi, justificou seu voto aduzindo que: “não se pode olvidar que o procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, arbitral ou não, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus efeitos em nosso País, não servindo, pois, a homologação de sentença para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão do Estado estrangeiro”.

Adotou-se, no Brasil, a noção de que a arbitragem está ancorada na jurisdição da sede do procedimento. Essa jurisdição tem amplo poder para decidir quanto ao cabimento ou não da nulidade da sentença arbitral, com fundamento nas regras domésticas sobre a matéria, em estágio precedente ao reconhecimento e execução. Uma sentença arbitral anulada no Estado da sede deixa de ter existência legal, e, portanto, se torna incapaz de gerar efeitos em outros Estados. Afinal, nada surge do nada (“ex nihilo nil fit”)⁷³.

Em outras palavras, em sede de controle secundário, seria incabível conferir efeitos à sentença arbitral estrangeira reputada ineficaz na origem, devendo ser prestada deferência ao juízo do Estado da sede da arbitragem, que é aquele que exerce controle primário sobre a sentença arbitral⁷⁴.

69 Em consonância com o art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, internalizada no Brasil pelo Decreto 7.030/2009.

70 LY, Filip J.M. De. Chapter 2: Uniform Interpretation: What Is Being Done. In: FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich. *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*. Wolters Kluwer, 2021. pp. 13-26.

71 Por todos, BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Third Edition. Kluwer Law International, 2021. pp. 3963-3964.

72 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 5.782. Corte Especial. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em: 02.12.2015. Sobre o caso, v. (i) LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas: uma análise a partir da SEC 5782, STJ. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 49, pp. 43-66, abr./jun. 2016; (ii) REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada em foro judiciário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, pp. 165-176, jul./set. 2016; (iii) NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 53, pp. 29-46, abr./jun. 2017.

73 Diversos doutrinadores apontam que essa parece ter sido a intenção dos delegados dos Estados que participaram da construção da Convenção de NY. V. PAULSSON, Marike R.P. *The 1958 New York Convention*. Kluwer Law International, 2016. p. 202 (“The delegates recognized that the rule of thumb for awards that had been set aside is ex nihilo nil fit: nothing follows out of nothing. An annulled award has ceased to exist and cannot be enforced”). V. tb. VANDENBERG, Albert. Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished? *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2013, pp. 1-26, esp. pp. 4-5. (“First, if the award had been set aside in the country of origin, it ceases to legally exist. Professor Pieter Sanders, the most prominent ‘founding father’ of the New York Convention, wrote shortly after returning from the New York Conference in 1958 that if an award was set aside in the country of origin, ‘the Courts will refuse the enforcement as there does no longer exist an arbitral award and enforcing a non-existing arbitral award would be an impossibility or even go against the public policy of the country of enforcement’”).

74 Nada obstante, outros Estados realizam uma leitura diversa do correspondente art. V(1)(e) da Convenção de NY. A corrente pluralista, adotada na França, compreende a arbitragem como sendo um procedimento deslocalizado, e, portanto, desenraizado de qualquer jurisdição específica. Uma vez proferida a sentença arbitral, é como se integrasse uma

Art. 38

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (i) ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008; (ii) ABBUD, André; LEVY, Daniel de Andrade; ALVES, Rafael Francisco. *The Brazilian Arbitration Act: A Case Law Guide*. Kluwer Law International, 2019; (iii) ARAUJO, Nadia de. A aplicação da Convenção de Nova Iorque no processo de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras: breves apontamentos teóricos. *In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. 25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; (iv) ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020; (v) BERMANN, George A. *International Arbitration and Private International Law. Recueil International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law*. *Recueil International Arbitration and Private International Law*, v. 381, 2016; (vi) BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Student version. Sixth Edition. Oxford University Press, 2015; (vii) BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Third Edition. Kluwer Law International, 2021; (viii) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009; (ix) FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich; FELLAS, John. *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. Edward Elgar Publishing, 2021; (x) FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. As causas de denegação da homologação da sentença arbitral estrangeira no Brasil. *In: FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Temas de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; (xi) GIUSTI, Gilberto; CATARUCCI, Douglas Depieri. Sentenças arbitrais parciais: visão doutrinária e prática do tema nos últimos 20 anos. *In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords). 20 Anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017; (xii) 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 Ferreira (Coord.). Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011; (xiii) LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas: uma análise a partir da SEC 5782, STJ. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 49, pp. 43-66, abr./jun. 2016; (xiv) LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003; (xv) LY, Filip J.M. De. Chapter 2: Uniform Interpretation: What Is Being Done. *In: FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich. Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*. Wolters Kluwer, 2021; (xvi) MELO, Leonardo de Campos. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil: A Practitioner's Guide*. Kluwer Law International, 2015; (xvii) NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 53, pp. 29-46, abr./jun. 2017; (xviii) PAULSSON, Marike R.P. *The 1958 New York Convention*. Kluwer Law International, 2016; (xix) REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada em foro judiciário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, pp. 165-176, jul./set. 2016; (xx) Uncitral Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). 2016 Edition. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards; (xxi) VAN DEN BERG, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Kluwer Law International, 1981; (xxii) WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ordem legal autônoma, de modo que mesmo se anulada no Estado da sede, poderia produzir efeitos em outros Estados, a partir de suas próprias concepções sobre o que constitui uma sentença válida. Há, ainda, uma terceira corrente com uma abordagem intermediária, de acordo com a qual os tribunais focam nas circunstâncias específicas que ensejaram a anulação da sentença arbitral na origem, admitindo-se excepcionalmente o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais anuladas. Ou seja, fica aberta a possibilidade de reconhecimento e execução de sentença anulada na sede em restritas hipóteses em que a base legal a justificar a decisão judicial de anulação não é aceita no Estado acionado. É o que se passa, por exemplo, nos Estados Unidos.

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça 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.

Nadia de Araujo¹

Lidia Spitz²

Carolina Noronha³

1. Considerações gerais

O art. 39 da Lei de Arbitragem elenca duas hipóteses de recusa ao reconhecimento e à execução de sentença arbitral estrangeira complementares àquelas listadas no art. 38. São elas a inarbitrabilidade objetiva do litígio e a ofensa à ordem pública nacional. Essas hipóteses são as mesmas daquelas expressas no art. V(2) da Convenção de NY, as quais serviram de paradigma à legislação nacional⁴.

Os arts. 38 e 39 da Lei de Arbitragem, lidos conjuntamente, consubstanciam um rol taxativo de situações aptas a ensejar o indeferimento do pedido de homologação, sendo sua interpretação necessariamente restritiva⁵.

Nada obstante, é fundamental pontuar que os dispositivos apresentam uma significativa diferença entre si, tanto no que diz respeito ao grau de seriedade do vício que macula a sentença arbitral estrangeira, como no que se refere à alocação do ônus probatório.

Como vimos no tópico antecedente, o art. 38 expressa que “*poderá ser negada a homologação*” quando

verificada uma das hipóteses ali previstas, o que denota certa margem de discricionariedade ao julgador nacional para deferir ou indeferir o pedido. Em sentido diverso, a redação do art. 39 é categórica ao dispor que, diante das circunstâncias ali expressas, a sentença arbitral estrangeira “*será denegada*”. Noutros termos, não há qualquer margem de discricionariedade atribuída ao juízo nacional: ao identificar que o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem ou que há ofensa à ordem pública nacional, a recusa à homologação é medida que se impõe.

Uma segunda diferença entre os dispositivos é que, enquanto o art. 38 estabelece incumbir ao réu o ônus da prova para a demonstração de uma das hipóteses ali previstas, o art. 39 autoriza o juízo a atuar *sua sponte* na constatação das circunstâncias do art. 39, sendo certo que, se não agir *ex officio*, o ônus da prova continua tendo que ser suportado pelo réu⁶. Essa distinção pode ser explicada por uma diferença ontológica entre as hipóteses de recusa reunidas sob um e outro artigo⁷. Enquanto as hipóteses do art. 38 existem,

1 Doutora em Direito Internacional, USP. Mestre em Direito Comparado, George Washington University. Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio. Sócia de Nadia de Araujo Advogados.

2 Doutora e Mestre em Direito Internacional, UERJ. LL.M. em International Business Regulation, Litigation and Arbitration, NYU. Sócia de Nadia de Araujo Advogados.

3 Doutoranda em Direito, PUC-Rio. Mestre em Direito Internacional, UERJ. Sócia de Nadia de Araujo Advogados.

4 Remetemos o leitor aos comentários relativos ao art. 38 supra, em particular ao tópico em que a Convenção de NY é estudada como paradigma da Lei de Arbitragem.

5 FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich; FELLAS, John. *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. Edward Elgar Publishing, 2021. p. 222.

6 FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich; FELLAS, John. *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. Edward Elgar Publishing, 2021. p. 223.

7 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 197.

Art. 39

precipualemente, para salvaguardar os interesses da parte demandada, as hipóteses do art. 39 atendem, sobretudo, aos interesses do Estado acionado para o reconhecimento.

2. Objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem (art. 39(I))

O art. 39(I) da Lei de Arbitragem prevê que o pedido de homologação deve ser indeferido se for constatado que, “segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem”. Redação bastante semelhante é empregada na Convenção de NY, segundo a qual pode haver recusa do pedido de reconhecimento se, “segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem”.

Pela Lei de Arbitragem, a aferição da arbitrabilidade objetiva⁸ para fins de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira rege-se pela lei do foro. É preciso que, segundo a lei brasileira, o objeto do litígio seja suscetível de ser resolvido por arbitragem, o que nos remete ao art. 1º da Lei de Arbitragem, parte final, segundo o qual a arbitrabilidade *ratione materiae* refere-se aos “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

É possível que uma sentença arbitral trate de matéria arbitrável sob a perspectiva da lei aplicável à arbitragem ou daquela vigente no Estado da sede, e, nada obstante, a questão seja inarbitrável segundo a lei brasileira. Nesse caso, deverá a autoridade judiciária nacional indeferir o pedido de homologação, com fundamento no art. 39(I). Não fosse assim, seria fácil desrespeitar o art. 1º da Lei de Arbitragem mediante a prolação de sentença arbitral fora do território nacional⁹.

Não é difícil vislumbrar que o eventual reconhecimento de uma sentença versando sobre matéria inarbitrável, para além de ferir a regra do art. 39(I), também

implicaria em violação à ordem pública nacional. Nada obstante, embora o inciso (I) apenas materialize uma expressão da regra subsequente, mereceu, por razões históricas¹⁰, uma previsão individualizada, devendo ser particularmente indicado pela parte requerida, quando for o caso.

3. Ofensa à ordem pública nacional (art. 39(II))

O art. 39(II) da Lei de Arbitragem expressa que a homologação da sentença arbitral estrangeira será denegada se o STJ constatar que a “a decisão ofende a ordem pública nacional”. Trata-se de redação semelhante àquela prevista no art. V(2)(b) da Convenção de NY, que possibilita a recusa se “o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”.

O princípio da ordem pública consubstancia o mais importante princípio do direito internacional privado, suscitando complexas dificuldades em sua aplicação, de toda ordem. A começar, inexistente uma definição do que seja ordem pública. Em conhecida caracterização, Jacob Dolinger informa que a ordem pública é o “reflexo da filosofia socio-política-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado”¹¹. Trata-se do núcleo duro de determinado ordenamento jurídico, isto é, das regras e valores fundamentais que não são possíveis de serem flexibilizados, nem mesmo pela vontade das partes. Por óbvio, a determinação do que configura ordem pública não é uniforme entre os Estados¹². No Brasil, sua noção está relacionada ao respeito aos direitos fundamentais, os quais foram alçados ao topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico com a Constituição de 1988¹³.

Em famosa citação de tribunal inglês, a ordem pública foi comparada a um cavalo rebelde (“*unruly horse*”), justamente a indicar que é uma noção aberta

8 Conforme explica Ricardo Almeida, “[a] arbitrabilidade determina a aptidão de determinado litígio para ser resolvido por arbitragem, podendo ser apreciada sob o foco subjetivo pertinente às pessoas aptas a submeter-se à arbitragem, ou sob o foco objetivo, pertinente à matéria ou espécies de litígios arbitráveis”. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 79.

9 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 475.

10 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 197.

11 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 446.

12 THOMA, Ioanna. Public Policy (Ordre Public). In: BASEDOW, Jürgen; RÜHL, Giesela; FERRARI, Franco; ASENSIO, Pedro de Miguel (Ed.). *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017. pp. 1453-1460.

13 ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 93.

e que a sua incidência é difícil de ser precisada¹⁴. A ordem pública varia no tempo e no espaço, ao sabor da evolução dos fenômenos sociais, econômicos e políticos. Por essa razão, a violação à ordem pública deve ser sempre aferida no momento do julgamento, e não de acordo com os valores prevalentes quando foram realizados os fatos jurídicos.

Como se sabe, em sede de homologação de sentenças estrangeiras, tanto as arbitrais como as judiciais, a mera diferença entre a lei do foro e a lei aplicada pelo juízo estrangeiro não são suficientes para obstar o reconhecimento¹⁵. O reconhecimento só é obstado se a diferença entre um e outro normativo reside, justamente, em matéria que configure ordem pública no foro acionado para o reconhecimento. Contudo, no contexto internacional, a ordem pública assume contornos mais estritos do que quando empregada para fins internos¹⁶. Dessa forma, a caracterização de afronta à ordem pública se dá em sentido mais restrito¹⁷, exigindo-se uma manifesta, patente, severa, evidente e flagrante contrariedade ao núcleo duro do ordenamento jurídico.

Assim, as sentenças estrangeiras que atingirem o alto patamar exigido para configuração da violação à ordem pública no contexto internacional, consubstanciando um resultado absolutamente incompatível com o sistema jurídico brasileiro, é que terão os seus efeitos negados no país. Se o juízo estrangeiro

houver decidido mal, tiver compreendido os fatos incorretamente, houver aplicado a lei erroneamente ou de forma distinta do que se poderia esperar de uma decisão proferida no Brasil¹⁸, nada disso obstará o reconhecimento.

Como a aferição da violação à ordem pública é feita segundo a lei nacional, por expressa determinação do art. 39(II), é possível que certa decisão seja contrária a valores essenciais do Estado brasileiro, e não obstante passível de reconhecimento em outros Estados. Conquanto inexista uma fórmula padrão para se aferir a violação à ordem pública, devendo a análise ser conduzida caso a caso, a partir dos elementos e particularidades em concreto, não se admite que a válvula de escape da ordem pública, em decorrência de sua vagueza e indeterminação, seja utilizada para impedir desarrazoadamente a circulação das sentenças arbitrais¹⁹.

Não é demais frisar que no âmbito da ação de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira é incabível qualquer revisão de mérito acerca da questão posta ao juízo arbitral no estrangeiro²⁰. Nada obstante, a autoridade judiciária pode sim efetuar uma limitada incursão na substância da sentença arbitral tão somente na medida necessária para aferição de eventual violação ao núcleo duro do ordenamento jurídico brasileiro, necessariamente sob a perspectiva internacional, que é ainda mais restrita. A violação,

14 *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing 229, p. 252. No original: "Public policy is a very unruly horse, and when you get astride, you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail."

15 GILL, Judith; BAKER, David. The Public Policy Exception Under Article V.2(b) of the New York Convention: Lessons From Around the World, 18-2 *Asian Dispute Review* 74, 76 (2016); HOLLANDER, Pascal. Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, 10 *Disp. Resol. Int'l* 35, 43 (2016).

16 Por todos, Chesire e North, "the conception of public policy is, and should be, narrower and more limited in private international law than in internal law". CHESIRE; NORTH; FAWCETT. *Private International Law*. 15ª ed., 2017. p. 133.

17 SPITZ, Lidia. *Refusal of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on Public Policy Grounds in the Hague Judgments Convention: a comparison with the 1958 New York Convention*. Yearbook of Private International Law, Vol. 21 (2019/2020). pp. 333-363. A ordem pública internacional não se confunde com a ordem pública transnacional, que corresponderia aos valores essenciais compartilhados por diversas jurisdições.

18 Destaca-se o que precisamente resumem Gary Born e Peter Rutledge: "It is often said that the mere fact that the enforcing forum's law would not have permitted the foreign plaintiff to recover in an original action in that forum is not sufficient to warrant nonrecognition of a foreign judgment on public policy grounds. (...) Rather, for the public policy exception to apply, the foreign judgment (or the claim on which that judgment was based) must run directly contrary to some fundamental policy of the forum where enforcement is sought". BORN, Gary; RUTLEDGE, Peter. *International Civil Litigation in the United States Courts*. 6ª ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2018. p. 1131.

19 SPITZ, Lidia. *Refusal of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on Public Policy Grounds in the Hague Judgments Convention: a comparison with the 1958 New York Convention*. Yearbook of Private International Law, Vol. 21 (2019/2020). pp. 333-363.

20 Segundo Gary Born: "It is an almost sacrosanct principle of international arbitration law that courts will not review the substance of arbitrators' decisions contained in foreign or non-domestic arbitral awards in recognition proceedings". BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Third Edition. Kluwer Law International, 2021. p. 4069.

caso efetivamente constatada, pode se referir à ordem pública internacional *substancial*, afeita às questões de fundo da controvérsia, ou à ordem pública internacional *processual*, relativa às questões do procedimento, como a independência e imparcialidade do árbitro ou a paridade de armas na defesa do caso²¹.

Entre todas as hipóteses de recusa ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, certamente a violação à ordem pública é aquela mais empregada pelo réu. Nada obstante, o STJ tem sido bastante parcimonioso ao efetivamente recusar a homologação com fundamento nessa hipótese, sendo acertada a posição da Corte nesse sentido²². Normalmente, a parte requerida associa à alegação de violação da ordem pública outras causas que ensejam o indeferimento do pedido, tal como a violação ao contraditório e à ampla defesa (art. 38, III). Afinal, é possível que uma mesma situação se enquadre em uma circunstância particular do art. 38 e ao mesmo tempo configure ofensa à ordem pública²³.

Uma das mais conhecidas decisões do STJ sobre o tema ocorreu no julgamento da SEC 9.412, em 2017²⁴. Tratava-se de pedido de homologação de duas sentenças arbitrais estrangeiras favoráveis à Abengoa e desfavoráveis à Ometto, proferidas por um mesmo tribunal arbitral com sede em Nova Iorque, constituído segundo o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Ajuizada a ação de homologação no STJ, Ometto alegou, essencialmente, que houve violação à imparcialidade e à independência do árbitro presidente do tribunal arbitral, na medida em que esse indivíduo era sócio sênior de um escritório de advocacia que representara a Abengoa em diversas

causas judiciais, inclusive tendo recebido honorários decorrentes do patrocínio dessas demandas em defesa dos interesses da Abengoa no curso das arbitragens (na condição de sócio, e não por ter atuado diretamente nos casos). Esse árbitro teria supostamente violado o dever de revelação, pois não havia previamente comunicado a referida circunstância às partes, conduta essa que, segundo o requerido, representava uma violação à ordem pública brasileira e aos princípios do contraditório, ampla defesa e igualdade.

Para o Min. Noronha, a prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, de modo que a inobservância dessa prerrogativa ofende diretamente a ordem pública nacional. Nessa lógica, o recebimento pelo escritório de advocacia, integrado pelo árbitro presidente na condição de sócio sênior, de quantia paga por uma das partes do procedimento arbitral configurava hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do árbitro presidente. Sendo assim, a homologação de ambas as sentenças foi indeferida²⁵.

Outra objeção fundada na violação da ordem pública foi suscitada na SEC nº 5.692/US²⁶ e tratava de suposta ofensa decorrente da falta de fundamentação da sentença arbitral. O Min. Relator Ari Pargendler registrou que a motivação adotada na sentença arbitral seguiu os padrões do país onde proferida, não podendo sua concisão servir de pretexto para inibir a homologação pleiteada. Esse entendimento foi reiterado, mais recentemente, em diversos casos²⁷.

Ademais, o STJ já registrou que, em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, não se discute

21 SILBERMAN, Linda. *Some Judgements on Judgments: A View from America*, 19 KLJ 235, 249 (2008).

22 GILL, Judith; BAKER, David. *The Public Policy Exception Under Article V.2(b) of the New York Convention: Lessons From Around the World*, 18-2 *Asian Dispute Review* 74, 77 (2016).

23 HOLLANDER, Pascal. *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention*, 10 *Disp. Resol. Int'l* 35, 45 (2016).

24 STJ. *Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412*. Corte Especial. Relator para acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 19.04.2017.

25 *Sobre o caso*, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; de BARROS, Vera Monteiro; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *O Controle da Ordem Pública no Direito Brasileiro: Análise do Caso Abengoa*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 14, n. 56, 2017. pp. 107-142.

26 STJ. *Sentença Estrangeira Contestada nº 5.692/US*. Corte Especial. Relator: Ministro Ari Pargendler. Julgado em: 20.08.2014.

27 V. mais recentemente com relação a decisões judiciais: (i) STJ. *Homologação de Decisão Estrangeira nº 3.518*. Corte Especial. Relator: Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 22.04.2021; (ii) STJ. *Homologação de Decisão Estrangeira nº 2.168*. Corte Especial. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 01.08.2019; (iii) STJ. *Agravo Interno na Homologação de Decisão Estrangeira nº 328*. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em: 13.02.2019.

exceção do contrato não cumprido, e que essa matéria não possui natureza de ordem pública²⁸.

4. Citação e ordem pública (art. 39, parágrafo único)

O parágrafo único do art. 39 prevê 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”.

Trata o dispositivo de inovação da Lei de Arbitragem com relação à prática de citação de pessoas domiciliadas no Brasil para responderem a processos judiciais em curso no exterior, que necessariamente era feita por meio de carta rogatória. Há inúmeros precedentes do STJ, no âmbito de ação da homologação de sentença judicial estrangeira, declarando a invalidade da citação efetivada no processo que teve curso no exterior por não ter sido realizada a citação

por meio de carta rogatória quando o requerido era domiciliado no Brasil²⁹.

A Lei de Arbitragem prevê justamente ser possível que parte domiciliada no Brasil seja citada por mecanismos mais informais, inclusive pela via postal, nos moldes da convenção da arbitragem ou da lei do país onde a arbitragem tenha se realizado. Há diversos precedentes do STJ que confirmam o disposto no art. 39, parágrafo único, como a HDE 2.545³⁰, SEC 11.106³¹; SEC 10.702³²; SEC 8.847³³; e SEC 6.760³⁴.

É importante ter em mente que a confirmação da validade da citação do réu domiciliado pressupõe convocação inequívoca. Ao decidir a SEC 833, o STJ registrou que o fato de o procedimento arbitral ter tramitado à revelia não induz a crer que a requerida teria sido regularmente citada³⁵.

Recentemente, e sob inspiração da Lei de Arbitragem, o STJ tem flexibilizado a exigência de citação de pessoa jurídica³⁶ e pessoa física³⁷ domiciliadas no Brasil por carta rogatória para responderem a demandas judiciais em curso no exterior, admitindo também a via postal, desde que comprovada a ciência inequívoca da parte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(i) ABBUD, André; LEVY, Daniel de Andrade; ALVES, Rafael Francisco. *The Brazilian Arbitration Act: A Case Law Guide*. Kluwer Law International, 2019; (ii) ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008; (iii) ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; (iv) APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; de BARROS, Vera Monteiro; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *O Controle da Ordem Pública no Direito Brasileiro: Análise do Caso*

28 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 802. Corte Especial. Relator: Ministro José Delgado. Julgado em: 17.08.2005 (tema: exceção do contrato não cumprido não é matéria de ordem pública).

29 (i) STJ. Homologação de Decisão Estrangeira nº 855. Corte Especial. Relator: Ministro Francisco Falcão. Julgado em: 05.12.2018; (ii) STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 15.686. Corte Especial. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 06.09.2017; (iii) STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 14.851. Corte Especial. Relator: Ministro OG Fernandes. Julgado em: 05.04.2017; e (iv) STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 13.332. Corte Especial. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em: 04.05.2016.

30 STJ. Homologação de Decisão nº 2545. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 29.06.2021.

31 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 11.106. Corte Especial. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 17.05.2017.

32 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 10.702. Corte Especial. Relator: Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 04.03.2015.

33 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 8.847. Corte Especial. Relator: Ministro João Octávio de Noronha. Julgado em: 20.11.2013.

34 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 6.760. Corte Especial. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 25.04.2013.

35 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 833. Corte Especial. Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 16.08.2006.

36 STJ. Homologação de Decisão nº 896. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 16.05.2018 e STJ. Homologação de Decisão nº 89. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 18.10.2017.

37 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 10.370. Corte Especial. Relator: Ministro João Octávio de Noronha. Julgado em: 17.08.2016.

Abengoa. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 14, n. 56, 2017; (v) ARAUJO, Nadia de. A aplicação da Convenção de Nova Iorque no processo de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras: breves apontamentos teóricos. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira. *25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): história, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; (vi) ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020; (vii) BARROS, Vera Cecília Monteiro de. *Exceção de Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2017; (viii) BERMANN, George A. *International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, v. 381, 2016; (ix) BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Student version. Sixth Edition. Oxford University Press, 2015; (x) BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Third Edition. Kluwer Law International, 2021; (xi) BORN, Gary; RUTLEDGE, Peter. *International Civil Litigation in the United States Courts*. 6ª ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2018; (xii) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009; (xiii) FERRARI, Franco; ROSENFELD, Friedrich; FELLAS, John. *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. Edward Elgar Publishing, 2021; (xiv) GILL, Judith; BAKER, David. The Public Policy Exception Under Article V.2(b) of the New York Convention: Lessons From Around the World, *18-2 Asian Dispute Review* 74, 77 (2016); (xv) HOLLANDER, Pascal. Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, *10 Disp. Resol. Int'l* 35, 45 (2016); (xvi) LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003; (xvii) SPITZ, Lidia. *Refusal of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on Public Policy Grounds in the Hague Judgments Convention: a comparison with the 1958 New York Convention*. *Yearbook of Private International Law*, Vol. 21 (2019/2020); (xviii) THOMA, Ioanna. Public Policy (Ordre Public). In: BASEDOW, Jürgen; RÜHL, Giesela; FERRARI, Franco; ASENSIO, Pedro de Miguel (Ed.). *Encyclopedia of Private International Law*. Edward Elgar Publishing, 2017; (xix) Uncitral Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). 2016 Edition. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards; (xx) VAN DEN BERG, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Kluwer Law International, 1981; (xxi) WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.