



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fabiane Verçosa Azevedo Soares

**A Aplicação Errônea do Direito Brasileiro pelo Árbitro:
uma Análise à Luz do Direito Comparado**

Rio de Janeiro

2010

Fabiane Verçosa Azevedo Soares

**A Aplicação Errônea do Direito Brasileiro pelo Árbitro:
Uma Análise à Luz do Direito Comparado**

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Internacional e da Integração Econômica.

Orientador: Prof^ª. Dra. Carmen Tiburcio

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S471a Soares, Fabiane Verçosa Azevedo.
A Aplicação Errônea do Direito Brasileiro pelo Árbitro: Uma Análise à
Luz do Direito Comparado / Fabiane Verçosa Azevedo Soares. – 2010.
223 f

Orientador: Carmen Tibúrcio.
Tese (doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1. Direito comparado - Teses. 2. Arbitragem comercial - Teses. 3.
Etnologia jurídica – Teses. I. Tibúrcio, Carmen. II. Universidade do Estado
do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução parcial dessa tese.

Assinatura

Data

Fabiane Verçosa Azevedo Soares

**A Aplicação Errônea do Direito Brasileiro pelo Árbitro:
Uma Análise à Luz do Direito Comparado**

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Internacional e da Integração Econômica.

Aprovado em: 18 de março de 2010.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dra. Carmen Tiburcio (Orientadora)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dr^a. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Humberto Dalla B. de Pinho

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Luis Eduardo Olavo Baptista

Faculdade de Direito da USP

Prof. Dr. Carlos Alberto Carman

Faculdade de Direito da USP

Rio de Janeiro

2010

DEDICATÓRIA

Dedico esta tese às duas pessoas mais importantes da minha vida:

- (i) minha mãe, a quem (abaixo de Deus) devo simplesmente tudo; e
- (ii) meu marido, fonte inesgotável de felicidade e companheirismo, e com quem gerarei as outras pessoas que, no futuro, também farão parte deste rol.

AGRADECIMENTOS

Não é novidade que redigir uma tese de Doutorado não consiste em tarefa fácil. Ainda mais, quando (i) trabalha-se como advogada no maior projeto privado da América Latina nos últimos dez anos, sediado a duas horas de sua residência; e (ii) está-se recém-casada.

É com muita satisfação que chegamos ao final deste trabalho, após muita renúncia e pouquíssimas horas de sono diárias. Sem a colaboração de muitas pessoas, algumas das quais nomeio a seguir, teria sido simplesmente impossível concluir a presente tese.

Primeiramente, agradeço imensamente a Deus. Não há palavras suficientes neste mundo que possam expressar minha gratidão por tudo aquilo que merecidamente atribuo a Ele.

Em segundo lugar, à minha mãe, Prof. Nubia Verçosa Figueiredo, que jamais mediu carinho, atenção e esforços para me transformar na pessoa que sou hoje. Agradeço também por ter sempre me incentivado e por ter suprido tudo o que estava ao seu alcance para o meu desenvolvimento acadêmico e profissional. Por razões que apenas Deus sabe, minha vocação não foi trilhar os seus brilhantes caminhos na Anestesiologia nem em nenhuma outra especialidade médica. Entretanto, o seu gosto pela pesquisa científica e o seu amor pelo ensino universitário foram-me transmitidos geneticamente e me acompanharão pra sempre.

Ao meu pai, Sueido de Farias Azevedo, meu grande incentivador e amigo, que lamentavelmente não teve tempo de assistir à conclusão desta tese, mas que tanto torceu para que este dia finalmente chegasse. Saudades para sempre.

À caríssima Prof. Carmen Tiburcio, pela orientação do presente trabalho e por tudo o que ela representa para o Direito Internacional Privado de nosso País e para todos os seus alunos.

Ao tão estimado Prof. Ricardo Lobo Torres, do qual tive a honra de ser bolsista de iniciação científica, por ter ainda na Graduação despertado meu interesse pelo estudo do Direito Alemão, do qual ele é profundo e exímio conhecedor. E ao dileto Prof. Theophilo de Azeredo Santos, que nas aulas de Direito Comercial do Bacharelado em Direito na UERJ apresentou-me placidamente ao instituto da arbitragem.

Ao Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, sediado em Hamburgo, pela excelente e enriquecedora temporada de estudos em 2008, a qual revelou-se absolutamente indispensável à coleta de material para o presente trabalho.

Aos meus camaradas do outro lado do Atlântico Charo & Michael Keßler e Karin & Philipp Kahlstatt. Quando, aos dezesseis anos de idade, visitei os Keßler pela primeira vez em Bendorf, tive a certeza de que o alemão seria o idioma da minha vida. A Karin e Philipp agradeço imensamente por terem me recebido tão amavelmente em seu lar na Haeckelstraße 16, durante meu período de estudos no Max-Planck-Institut. *Vielen Dank für alles, Freunde!*

Aos exímios jovens arbitralistas Rafael Francisco Alves e Marco Deluigi. Cada um destes amigos paulistas, à sua maneira, contribuiu decisivamente para a elaboração do presente trabalho desde a sua fase ainda embrionária. Muito obrigada pelo envio de material, pelas preciosas discussões sobre o tema e, principalmente, pela efusiva torcida à distância.

Aos meus queridos amigos e amigas, que compreenderam que eu precisava me dedicar a esta tese e não desistiram de minha amizade apesar de tanto tempo de ausência. Em especial, cito minhas diletas companheiras Bruna Wanna Hargreaves, Monique Braga Cunha, Marcinha “Carrie” Weinberger e Ligia “Samantha” Rondon. Que nossa amizade dure para sempre!

Ao meu marido, Fabio Correia Luiz Soares, brilhante juslaboralista, que não apenas logrou demonstrar infinita compreensão e paciência pelos inúmeros momentos em que precisei estar ausente, mas também por ter feito tudo o que estava ao seu alcance para me ajudar na finalização desta tese. Se Deus quiser, terei a vida inteira para retribuir tamanho carinho.

“Awards that are tainted with egregious errors should constitute a breach of public policy not just at the domestic but at the international level. The enforcing/ supervisory courts of all civilized nations should adopt a policy of not tolerating awards that are tainted in such a way as to lead to demonstrably perverse results.”

(Michael Hwang and Amy Lai)¹

“[A]n agreement to arbitrate normally means accepting that the arbitrator might make a mistake in evaluating the merits of the parties’ claims and defences. It would make little sense to say that an award will be binding if litigants automatically get a second bite at the apple, turning arbitration into foreplay to court proceedings.”

(William W. Park)²

“Der Auftrag an die Schiedsrichter geht in der Tat dahin, das berufene Recht ‘richtig’ anzuwenden. Was aber richtig ist, weiß im Grunde niemand. Auch der Bundesgerichtshof weiß das nicht – er judiziert nur, was er für richtig hält. Der Auftrag an die Schiedsrichter geht also dahin, das Recht so anzuwenden, wie sie es vernünftigerweise für richtig halten können.”

(Menno Aden)³

“If awards are allowed to be questioned under any circumstances, it may be difficult to draw a line; but a line must be drawn somewhere.”

(Lord Denman C. J.)⁴

¹ HWANG; Michael; LAI, Amy. Do Egregious Errors amount to a Breach of Public Policy?. *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, v. 71, n. 1, fev. 2005, p. 24.

² PARK, William W. The Nature of Arbitral Authority: A Comment on Lesotho Highlands. *Arbitration International*, Londres, a. 4, v. 21, p. 483-492, 2005, p. 486-487.

³ ADEN, Menno. *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*. 2.ed. Munique: Beck, 2003, p. 62. “A missão dos árbitros consiste, de fato, em aplicar “corretamente” o Direito indicado. Mas, no fundo, ninguém sabe o que é correto. Nem o Supremo Tribunal Federal [Alemão] sabe – ele apenas julga conforme lhe parece correto. A missão dos árbitros consiste, portanto, em aplicar o Direito da forma que sensatamente lhes pode parecer correto.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

⁴ REINO UNIDO. *Hutchinson v. Shepperton*. [1849] 13 QB 1528

Não se glorie o sábio na sua sabedoria, nem o forte na sua força, nem o rico nas suas riquezas; mas o que se gloriar, glorie-se nisto: em me conhecer e saber que eu sou o Senhor e faço misericórdia, juízo e justiça na Terra; porque destas coisas me agrado.

Jeremias 9:34

RESUMO

SOARES, Fabiane Verçosa Azevedo. *A Aplicação Errônea do Direito Brasileiro pelo Árbitro: uma Análise à Luz do Direito Comparado*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

A presente tese versa sobre a aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito Brasileiro ao mérito do litígio. Tendo em vista o ineditismo, em nosso País, do estudo das consequências advindas à sentença arbitral prolatada mediante uma aplicação equivocada do Direito que rege o mérito da controvérsia, revelou-se fundamental uma análise de Direito Comparado. Assim, consultou-se o Direito dos Estados Unidos da América, do Reino Unido, da Alemanha, da Itália, da Áustria, da Suíça e da França, a fim de se constatar se é admissível, nos referidos Países, alguma medida judicial contra tal situação.

Primeiramente, empreendeu-se um exame das consequências que podem advir, nos 7 (sete) Países citados, a uma sentença arbitral doméstica, assim definida conforme a legislação de cada País. Como a medida habitual para se afastar uma sentença arbitral doméstica é a ação de anulação, buscou-se examinar as hipóteses que ensejam seu ajuizamento em cada País estudado, a fim de se constatar se dentre elas insere-se a aplicação errônea do Direito que rege o fundo da disputa. Ou, em caso negativo, se a violação à ordem pública inclui-se nas hipóteses de anulação. E, por último, se a ofensa à ordem pública compreende a aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito de cada País *sub examine*.

Em segundo lugar, examinaram-se as consequências que advêm para uma sentença arbitral estrangeira em que se aplicou erroneamente o Direito que rege o mérito da controvérsia. Como todos os sete Países examinados são Estados-membros da Convenção de Nova Iorque de 10 de junho de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que prevê em seu artigo V, nº 2, alínea b, a violação à ordem pública como óbice à homologação da sentença arbitral alienígena, a aplicação do referido dispositivo em cada Estado foi analisado. Tentou-se averiguar se a ofensa à ordem pública consubstanciada na referida Convenção poderia abranger a aplicação errônea do Direito material pelo árbitro.

Em seguida, examinou-se a legislação e a doutrina brasileiras – tanto no que tange à ação anulatória de laudos arbitrais brasileiros, quanto à homologação dos laudos estrangeiros –, a fim de se proporem soluções para esta questão em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, analisou-se se é possível, no Brasil, homologar uma sentença arbitral estrangeira que tenha sido anulada no País em que foi prolatada com base no argumento da aplicação errônea do Direito do referido Estado ao mérito da arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem. Aplicação. Lei aplicável. Direito material. Sentença arbitral.

ABSTRACT

This thesis concerns the erroneous application, by the arbitrator, of Brazilian Law to the merits of the case. Due to the originality in our country of the study of the consequences that arise to the arbitral award issued through an erroneous application of the Law that governs the merits of the dispute, the analysis of Comparative Law was fundamental. Therefore, the Laws of United States of America, United Kingdom, Germany, Italy, Austria, Switzerland and France were analysed, in order to discover whether any legal remedy is available against such situation.

First, we examined the consequences that can arise to a domestic arbitral award – as defined in the legislation of each country – in the seven (7) countries examined. Since the habitual measure to set aside a domestic arbitral award consists in its annulment, we tried to analyse the grounds to set aside such award in each country, so that we could find out whether the erroneous application of the governing law is included therein. Otherwise, we tried to find out whether the violation of public policy constitutes a ground for annulment. Last, we tried to analyse whether the violation of public policy encompasses the erroneous application of the national Law in each country examined.

Second, we examined the consequences that arise to a foreign arbitral award in which the governing law was wrongly applied. Once all seven countries are members of New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards dated June 10, 1958, (which stipulates in Article 5, no. 2, b, that the violation of public policy is an obstacle for the recognition of the foreign arbitral award), the application of the latter in each of the seven countries was examined. We tried to find out whether the violation of public policy set forth in the Convention could encompass the erroneous application by the arbitrator of material Law.

Afterwards, Brazilian Law and doctrine was examined – not only in what relates to the action to set aside Brazilian arbitral awards, but also the recognition of foreign awards – in order to suggest solutions to this question in our legal system.

Finally, we analysed whether it is possible to recognize in Brazil a foreign arbitral award that has been set aside in the country in which it was rendered due to the erroneous application of the Law of the relevant State to the merits of the dispute.

Keywords: Arbitration. Application. Applicable law. Material law. Arbitral award.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	12
1	A APLICAÇÃO ERRÔNEA, PELO ÁRBITRO, DO DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO DO LITÍGIO: UM EXAME DE DIREITO COMPARADO.....	18
1.1	Estados Unidos da América.....	18
1.1.1	<u>Introdução.....</u>	18
1.1.2	<u>Sentenças arbitrais domésticas.....</u>	19
1.1.2.1	Contornos do manifest disregard of the law.....	20
1.1.2.2	<i>Manifest disregard of the law</i> como hipótese de anulação de uma sentença arbitral doméstica na visão dos tribunais federais norte-americanos.....	23
1.1.2.2.1	O caso <i>Wilko v. Swan</i>	23
1.1.2.2.2	Os casos <i>La Pine v. Kyocera</i> e <i>Hall Street v. Mattel</i>	24
1.1.2.2.2.1	<i>La Pine v. Kyocera</i>	24
1.1.2.2.2.2	<i>Hall Street v. Mattel</i>	26
1.1.2.2.3	A repercussão da decisão da Suprema Corte em <i>Hall Street v. Mattel</i>	29
1.1.2.2.4	O <i>manifest disregard of the law</i> ainda como argumento para anulação da sentença arbitral doméstica, mesmo após <i>Hall Street v. Mattel</i>	31
1.1.2.2.5	Penalidades impostas por tribunais federais norte-americanos em face da utilização do argumento do <i>manifest disregard of the law</i>	34
1.1.2.3	Conclusão.....	36
1.1.3	Sentenças Arbitrais Estrangeiras.....	36
1.2	Reino Unido.....	38
1.2.1	<u>Sentenças Arbitrais Domésticas.....</u>	38
1.2.2	<u>A Arbitration Act de 1996.....</u>	38
1.2.2.1	<i>A serious irregularity challenge</i>	39
1.2.2.2	<i>A appeal on question of law</i>	41
1.2.3	<u>Breves notas sobre a legislação anterior (1950, 1975 e 1979).....</u>	43
1.2.4	<u>A jurisprudência britânica sobre o assunto. O caso <i>Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA and others</i>.....</u>	45
1.2.4.1	Resumo dos fatos.....	46
1.2.4.2	A sentença arbitral.....	47

1.2.4.2	Os remédios judiciais.....	50
1.2.4.2.1	O julgamento pela House of Lords.....	51
1.2.5	<u>Sentenças arbitrais estrangeiras</u>	53
1.2.6	<u>Conclusão</u>	54
1.3	República Federativa da Alemanha	55
1.3.1	<u>Introdução</u>	55
1.3.2	<u>Sentenças arbitrais domésticas</u>	56
1.3.2.1	Anulação da sentença arbitral doméstica.....	60
1.3.2.1.1	O § 1059(2) do ZPO.....	61
1.3.2.1.2	Prazo.....	68
1.3.2.1.3	Legitimidade <i>ad causam</i>	70
1.3.2.1.4	Alguns aspectos processuais relevantes	71
1.3.2.1.5	A ofensa à ordem pública como fundamento para a anulação.....	72
1.3.2.1.6	Aplicação errônea do Direito como violação processual? O entendimento de Menno Aden	78
1.3.2.2.	Declaração de exequibilidade da sentença arbitral doméstica.....	79
1.3.2.3	Conclusão acerca das sentenças arbitrais domésticas.....	83
1.3.3	<u>Sentenças Arbitrais Estrangeiras</u>	83
1.3.4	<u>Conclusão</u>	84
1.4	República Italiana	84
1.4.1	<u>Introdução</u>	85
1.4.2	<u>Esclarecimentos preliminares</u>	86
1.4.2.1	A “arbitrato <i>irrituale</i> ” italiana.....	86
1.4.2.2	O conceito de “arbitragem internacional” do Direito Italiano.....	88
1.4.3	<u>Sentenças arbitrais domésticas</u>	90
1.4.3.1	Depósito.....	90
1.4.3.2	Remédios judiciais.....	91
1.4.3.2.1	Impugnação por nulidade.....	92
1.4.3.2.1.1	Violação da regra de direito relativa ao mérito da controvérsia.....	96
1.4.3.2.1.2	Ofensa à ordem pública.....	100
1.4.3.2.2	Revogação e oposição de terceiros.....	102
1.4.3.2.3	Correção do laudo.....	103
1.4.4	<u>Sentenças arbitrais estrangeiras</u>	104
1.4.5	<u>Conclusão</u>	107

1.5	República da Áustria	107
1.5.1	<u>Introdução</u>	108
1.5.2	<u>Sentenças arbitrais domésticas</u>	109
1.5.2.1	Anulação da sentença arbitral doméstica.....	110
1.5.2.2	Hipóteses de anulação.....	113
1.5.2.2.1	Ofensa à ordem pública material.....	114
1.5.2.3	Outras formas de se afastar uma sentença arbitral.....	117
1.5.3	<u>Sentenças arbitrais estrangeiras</u>	118
1.6	Confederação Suíça	121
1.6.1	<u>Introdução</u>	121
1.6.2	<u>Sentenças arbitrais domésticas na Concordata</u>	123
1.6.2.1	Anulação da sentença arbitral doméstica.....	124
1.6.2.1.1	<i>Recours en nullité</i>	124
1.6.2.1.1.1	Hipóteses de anulação.....	126
1.6.2.1.2	<i>Révision</i>	128
1.6.3	<u>Sentenças arbitrais domésticas no Capítulo 12 da IPRG</u>	128
1.6.3.1	Anulação da sentença arbitral doméstica.....	130
1.6.3.2	Hipóteses de anulação.....	131
1.6.3.2.1	Ofensa à ordem pública.....	133
1.6.3.2.1.1	A aplicação errônea do Direito pelo árbitro configura ofensa à ordem pública no âmbito da IPRG?.....	133
1.6.3.3	Outros remédios jurídicos contra a sentença arbitral doméstica.....	136
1.6.4	<u>Conclusão sobre a anulação de sentenças arbitrais domésticas</u>	136
1.6.5	<u>Sentenças arbitrais estrangeiras</u>	137
1.7	República Francesa	139
1.7.1	<u>Introdução</u>	139
1.7.2	<u>Sentenças arbitrais domésticas</u>	140
1.7.3	<u>Sentenças arbitrais estrangeiras & sentenças proferidas na França ao fim de uma arbitragem internacional</u>	144
2	A APLICAÇÃO ERRÔNEA, PELO ÁRBITRO, DO DIREITO BRASILEIRO AO MÉRITO DO LITÍGIO	150
2.1	Introdução	150
2.2	Sentença Arbitral Doméstica	151
2.2.1	<u>Ação Judicial de Decretação da Nulidade da Sentença Arbitral</u>	153

2.2.2	<u>Anulação da Sentença Arbitral Doméstica Pelo Poder Judiciário Brasileiro por Ofensa à Ordem Pública.....</u>	155
2.3	Sentença Arbitral Estrangeira.....	156
2.3.1	<u>Denegação da Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira por Ofensa à Ordem Pública.....</u>	158
2.4	A Aplicação Errônea do Direito Brasileiro como Ofensa à Ordem Pública, a ponto de ensejar, no Brasil, a anulação de uma sentença arbitral doméstica ou a recusa à homologação de uma sentença arbitral estrangeira?.....	162
3.	A (IM?)POSSIBILIDADE DE SE HOMOLOGAR, NO BRASIL, UMA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA ANULADA NO PAÍS DE SUA PROLAÇÃO EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO ERRÔNEA, PELO ÁRBITRO, DO DIREITO DO REFERIDO PAÍS AO MÉRITO DO LITÍGIO.....	168
3.1	Introdução.....	168
3.2	O tratamento conferido à matéria pela Convenção de Nova Iorque.....	169
3.3	França.....	170
3.4	EUA.....	172
3.5	Brasil.....	173
3.6	Conclusão.....	174
4	CONCLUSÕES	175
	REFERÊNCIAS	177

INTRODUÇÃO

O dinamismo do Direito Internacional reclama soluções para problemas que, alguns anos atrás, jamais seriam sequer imaginados por seus mais ilustres autores. Para aplacar tais impasses, é imperioso que ele esteja em contínuo desenvolvimento. Como bem observa Antonio Celso Alves Pereira⁵:

A evolução do direito internacional nos últimos decênios exige, desse ramo da Ciência Jurídica, a permanente atualização de seus institutos básicos, para que eles possam acompanhar o ritmo impressionante da vida moderna e adaptar-se às realidades do nosso tempo.

O mesmo raciocínio pode ser empregado no que tange à arbitragem em nosso País. Após o período de ocaso experimentado pelo Direito Brasileiro a partir da promulgação do Decreto nº 3.900, de 1867⁶, que na prática desencorajou sobremaneira as partes a optarem pela arbitragem como método de resolução de controvérsias contratuais, o Brasil atravessa notável e surpreendente desenvolvimento desde 1996, com o advento da Lei de Arbitragem. Com efeito, em menos de 14 (quatorze) anos desta nova fase, em que a arbitragem ganhou grande impulso com a Lei nº 9.307, nosso País tem assistido a uma formidável majoração do número de processos arbitrais, tanto domésticos como internacionais.

Não apenas em termos quantitativos a arbitragem brasileira tem experimentado um significativo progresso, mas também no âmbito qualitativo, tendo em vista que a casuística pátria tem enfrentado questões que também atordoam os praticantes da arbitragem em países com vasta experiência na matéria, que há anos lidam exaustiva e ininterruptamente com a arbitragem.

É o caso da tese ora proposta. Basta uma sucinta análise de Direito Comparado para perceber quão tormentosa tem se revelado – em diversos países em que a arbitragem é um método de resolução de litígios correntemente utilizado há muitos anos – a questão sobre a

⁵ PEREIRA, Antonio Celso Alves. Direito Internacional e desenvolvimento econômico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan.-dez. 1993, p. 32.

⁶ O referido diploma legislativo subordinou a eficácia da cláusula compromissória a um acordo a ser assinado posteriormente entre as partes, mais especificamente quando do advento do litígio: o compromisso arbitral. Assim, tal regramento transformou a cláusula compromissória em mero *pactum in contrahendo* ou *pactum de compromittendo*, retirando-lhe o condão de levar à instauração da arbitragem desde logo, com o surgimento da controvérsia entre as partes.

qual nos debruçaremos neste estudo. Afinal, quais são as consequências (se é que existem) que advêm ao laudo em que o(s) árbitro(s) aplica(m) erroneamente o Direito que rege o mérito da controvérsia? Há algo que a parte prejudicada ou insatisfeita possa fazer para impugnar tal laudo ou esvaziá-lo de eficácia?

Por oportuno, cumpre empreender aqui uma breve digressão sobre a questão proposta. No caso de uma aplicação errônea, pelo juiz estatal, do Direito que disciplina a controvérsia submetida a um órgão judiciário, não há maiores questionamentos, já que contra a sentença judicial há sempre um recurso cabível segundo a *lex fori*, além de tantos outros recursos admissíveis contra as decisões judiciais que se seguem. Tal não ocorre com a sentença arbitral. Como se sabe, a sentença arbitral é, via de regra, irrecorrível. Após a prolação da decisão pelo(s) árbitro(s), normalmente não é dada aos litigantes uma segunda chance para rever ou reformar o mérito da decisão. Aliás, a celeridade (para a qual a irrecorribilidade da sentença arbitral contribui decisivamente), tem sido apontada como uma das principais razões que motivam as partes a optarem pela arbitragem. Ora, o farto sistema de recursos na esfera judicial pode fazer com que uma disputa dure anos - ou mesmo décadas - até ser solucionada de forma definitiva. Demais disso, na arbitragem é dada às partes a preciosa oportunidade de eleger o julgador de seu litígio. Normalmente, opta-se por especialista(s) na matéria e, em qualquer caso, por alguém que goza da confiança dos litigantes. Ademais, vale lembrar que a confidencialidade é um formidável atrativo que a arbitragem oferece. Impugnar a sentença arbitral perante um tribunal estatal significa por em risco o sigilo de todo o procedimento arbitral e da decisão em si. Assim, como admitir que as partes possam lançar mão de alguma medida contra a sentença arbitral que apresenta uma aplicação errônea do Direito que rege o fundo da controvérsia, se (i) isto pode comprometer sobremaneira a celeridade e também a confidencialidade da arbitragem; e (ii) se tal decisão foi proferida por alguém (ou por um colegiado) que as partes mesmas escolheram (ou aceitaram submeter sua disputa, conforme o caso) e na qual confiam (ao menos, supostamente)? Aceitar qualquer remédio jurídico neste cenário corresponderia a um genuíno contrassenso.

Neste exato sentido é o parecer de Andreas Lowenfeld⁷: “Choosing arbitration – whether to avoid delay in the courts, to preserve confidentiality, to secure decisions by experts, or whatever – means *excluding the courts*, except to vacate the results of *corruption or other misconduct*. (...)” (grifamos). Com efeito, na opinião de Lowenfeld, apenas a

⁷ LOWENFELD, Andreas F. Can arbitration coexist with judicial review? In: LOWENFELD, Andreas. *Lowenfeld on International Arbitration. Collected Essays over Three Decades*. Nova Iorque: Juris Publishing, 2005, p. 198.

corrupção, o abuso de poder e outros desvios graves de conduta poderiam justificar o afastamento, pelos tribunais estatais, da decisão prolatada pelo árbitro, que – em última análise - foi revestido pelas próprias partes da competência para apreciar aquela controvérsia.

Dignas de nota são também as palavras de Carlos Alberto Carmona⁸ sobre o assunto: “[a] Lei de Arbitragem está centrada numa pilastra importantíssima que é a autonomia da vontade. Mas autonomia com responsabilidade, o que tem preço.”

O imbróglio não é assim tão simples quanto pode parecer, porém.

Seria justo impor à parte prejudicada pela aplicação errônea do Direito a reger a arbitragem que ela pague o preço de erro de tal natureza cometido pelo julgador? Em condições normais, em que foi expressa e claramente escolhido pelas partes o Direito aplicável ao fundo da controvérsia, e em que foram eleitos árbitros tecnicamente competentes, ilibados e confiáveis, seria correto não restar nenhuma alternativa à parte que acaba sendo prejudicada pela aplicação errônea do Direito manifestamente eleito pelos litigantes para reger o fundo do litígio? Tal não significaria impor às partes de uma arbitragem um ônus desmedido, o qual sobre elas recairia simplesmente por terem optado por este método de solução de controvérsias e por terem nomeado um árbitro (ou tribunal arbitral) que elas acreditaram fosse julgar a controvérsia observando o Direito por elas escolhido?

Vale dizer que, embora seja mais previsível que o árbitro *estrangeiro* aplique erroneamente um Direito do qual ele não é nacional, não é difícil vislumbrar uma situação em que o árbitro empreenda uma aplicação errônea do seu próprio Direito, o qual ele supostamente deveria conhecer. Tal cenário torna-se ainda mais factível, quando se tem em mente que algumas legislações, como a brasileira⁹, não impõem que o árbitro seja um jurista. Ora, se o árbitro não necessita ser uma pessoa versada na Ciência Jurídica, pode-se facilmente imaginar que ele tenha escasso conhecimento do Direito que deve reger o fundo da controvérsia, ainda que este seja o seu próprio. Assim, na prática é factível que tanto o árbitro estrangeiro quanto o árbitro nacional efetuem uma aplicação errônea do Direito que rege o mérito da arbitragem.

Diversamente da nacionalidade do árbitro, que, afinal, é indiferente para o tema ora estudado, a nacionalidade da sentença pode fazer grande diferença para o deslinde do problema ora proposto. Afinal, o eventual remédio jurídico contra a aplicação errônea do Direito pelo árbitro – se houver – será distinto: (i) no caso da sentença arbitral doméstica, a

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. O Processo Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.1, nº 1, jan.-abr. 2004, p. 22.

⁹ Artigo 13 da Lei nº 9.307/96. Pode ser ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

medida cabível, via de regra, será a ação de anulação; (ii) já no que tange à sentença arbitral alienígena, a saída será invocar a referida aplicação errônea em sede de defesa nos autos da ação judicial de reconhecimento (ou homologação) e/ou execução do laudo estrangeiro.

Após o estudo do tema acima exposto nos 7 (sete) Países cujo Direito foi analisado, a saber: Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha, Itália, Áustria, Suíça e França, passaremos a examiná-lo sob a ótica do Direito Brasileiro, onde ele resta ainda inexplorado. Buscaremos, assim, encontrar solução em nosso ordenamento jurídico para este tormentoso problema, de inegável relevância teórica e prática.

Por derradeiro, será sucintamente examinada a complexa questão do reconhecimento e/ou execução de uma sentença arbitral estrangeira que foi anulada no País de sua prolação. Embora esta matéria não toque umbilicalmente o objeto do presente estudo (e, por isso mesmo, não cabe aqui emprendermos um aprofundado exame sobre ela), reputamos relevante sua breve inserção nesta tese, a fim de verificarmos se é possível homologar, no Brasil, uma sentença estrangeira que tenha sido anulada em seu País de proferimento por conta da errônea aplicação, pelo árbitro, do Direito material do referido País.

A presente tese ratifica a elevada importância do Direito Comparado para a evolução dos diversos ramos do Direito, sobretudo do Direito Internacional Privado. Nas palavras de Marilda Rosado¹⁰:

A valia do Direito Comparado para o Direito Internacional Privado se concretiza no momento da busca pela melhor composição para os conflitos envolvendo diferentes ordenamentos jurídicos. (...) A análise comparatista faz-se presente na interpretação do ordenamento jurídico pátrio, surgindo diante da necessidade de interpretação de normas para perquirir a que melhor se adegue a um regramento de comando duvidoso, *ou mesmo diante de uma lacuna no Direito Nacional*. (grifamos)

Alguns esclarecimentos importantes revelam-se oportunos na Introdução do presente trabalho. No estudo de cada um dos Países analisados, levar-se-á em consideração que o Direito a reger o mérito da controvérsia é o Direito Nacional de cada um dos Países. Assim, em cada capítulo da Seção de Direito Comparado, buscar-se-á descobrir as consequências que podem advir a um laudo arbitral em que se aplicou erroneamente o Direito daquele mesmo País analisado em cada caso. A título de exemplificação, no capítulo sobre a República Francesa, buscaremos descobrir o que pode advir a uma sentença arbitral em que se aplicou erroneamente o Direito Francês. Restam excluídos da análise em cada capítulo, portanto,

¹⁰ ROSADO, Marilda Ribeiro de Sá. A Importância do Direito Comparado. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto (coord.). *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Prof. Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 686.

qualquer Direito Estrangeiro, a *Lex Mercatoria*, os Princípios do UNDROIT de 1994, de 2004 ou quaisquer outros conjuntos de regras de *soft law*.

Ainda neste diapasão, vale salientar que não trataremos da hipótese em que se aplica, na arbitragem, um Direito Nacional *diverso* daquele que as partes explicitamente escolheram. Por exemplo, também no capítulo sobre a República Francesa, não será examinada a circunstância de o árbitro simplesmente aplicar o Direito Belga, quando as partes tinham expressamente indicado o Direito Francês como o aplicável ao fundo do litígio. Até porque, neste cenário, poder-se-ia facilmente ponderar que o árbitro não cumpriu a sua missão adequadamente, por não ter respeitado o que havia sido pactuado pelas partes na convenção de arbitragem¹¹, o que não geraria grandes questionamentos.

Da mesma forma, na presente tese considera-se como Direito aplicável ao mérito da controvérsia aquele que as partes manifestamente elegeram para reger sua disputa¹². Não tratar-se-á, nestas notas, de nenhuma outra forma de determinação do Direito que rege o fundo de uma arbitragem, como a *voie directe*¹³, por exemplo.

Ademais, será aposta a tradução para o vernáculo (livre pela candidata ou oriunda de alguma outra fonte) dos trechos originais em francês, alemão e italiano, restando sem tradução, nesta oportunidade, os trechos originais em inglês.

Por fim, esclarece-se que os 7 (sete) Países que compõem o presente estudo foram selecionados por razões metodológicas e de relevância científica para o tema escolhido. Todos os sete são Países que têm, ao longo dos anos, se destacado no cenário da arbitragem. Logo, apesar de o nosso Doutorado ser em Direito Internacional e da Integração Econômica, optou-se por excluir do presente estudo os Estados-membros que, juntamente com o Brasil, formam

¹¹ A atuação do árbitro que não obedece ao disposto na convenção da arbitragem é tido como comportamento punível em diversas legislações, como a francesa (artigo 1502, n° 3 do CPC) e a alemã, (artigo 1059(2)(1), d do ZPO) por exemplo. Sobre este assunto, recomenda-se a leitura de KASSIS, Antoine. *L'Autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*. Paris: L'Harmattan, 2007, 388-389 e DELVOLVÉ, Jean-Louis; ROUCHE, Jean; POINTON, Gerald H. *French Arbitration Law and Practice*. A Haia: Kluwer, 2003, p. 136-137.

¹² Conforme já tivemos oportunidade de nos manifestar, compartilhamos da opinião professada por João Bosco Lee, no sentido de que, no Brasil somente é dado às partes de uma arbitragem reputada como *internacional* eleger o Direito aplicável ao mérito da controvérsia. Vide VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem Interna v. Arbitragem Internacional: Breves Contornos da Distinção e sua Repercussão no Ordenamento Jurídico Brasileiro face ao Princípio da Autonomia da Vontade. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto (coord.). *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Prof. Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 421-449, 2006. Para as idéias de Lee sobre o tema, vide LEE, João Bosco. A Lei nº 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.*, São Paulo, n. 11, p. 347-359, jan.-mar. 2001. Vale dizer que este assunto não será abordado na presente tese.

¹³ Em poucas palavras, entende-se como *voie directe* os árbitros designarem diretamente o Direito que regerá algum aspecto da arbitragem (como o mérito, por exemplo), sem lançarem mão de regras conflituais. Tal expediente normalmente é utilizado na hipótese de as partes não terem eleito o Direito aplicável ao aspecto do litígio em questão.

o Mercado Comum do Sul - Mercosul (Argentina, Paraguai e Uruguai¹⁴). Entendeu-se que a análise do Direito dos referidos Países não apresentaria atrativos substanciais para o tema *sub examine*, razão pela qual deixamos sua apreciação para uma oportunidade futura.

¹⁴ A Venezuela solicitou ingresso no Mercosul como membro pleno, mas até a finalização desta tese sua adesão plena ao bloco ainda não havia sido implementada, conforme consta do site oficial do Mercosul, <http://www.mercosur.int>, consultado em 08 de fevereiro de 2010.

1 A APLICAÇÃO ERRÔNEA, PELO ÁRBITRO, DO DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO DO LITÍGIO: UM EXAME DE DIREITO COMPARADO

1.1 Estados Unidos da América

“Honest arbitrators do not manifestly disregard the law. But they may well misconstrue the law, or misapply it, or get the facts wrong. So, of course, may judges, administrative agencies, tax assessors, and other decision-makers. But whereas in virtually every judicial system a losing party has at least one chance to challenge the outcome of a legal proceeding, arbitration is different.”

(Andreas Lowenfeld)¹⁵

1.1.1 Introdução

A Federal Arbitration Act (doravante, “FAA”) distingue entre sentenças arbitrais domésticas e estrangeiras. O Capítulo II (denominado “Convention on the Recognition and Enforcement of *Foreign* Arbitral Awards” - grifamos) remete à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, sendo as hipóteses de impugnação ao laudo arbitral estrangeiro reguladas, no Direito Norte-Americano, por aquela Convenção.

Já o Capítulo I (chamado de “General Provisions”) traz a disciplina relativa ao questionamento das sentenças arbitrais proferidas nos Estados Unidos da América, conforme se pode inferir de trecho do § 9º da FAA¹⁶.

Assim, neste Capítulo dedicado aos Estados Unidos da América, justifica-se empreender separadamente a análise do tratamento conferido, pelo Direito Norte-Americano, às sentenças arbitrais estrangeiras e às sentenças arbitrais domésticas. Debruçaremos-nos primeiramente sobre estas.

¹⁵ LOWENFELD, Andreas F. Can arbitration coexist with judicial review? In: LOWENFELD, Andreas. *Lowenfeld on International Arbitration. Collected Essays over Three Decades*. Nova Iorque: Juris Publishing, 2005, p. 191.

¹⁶ Section 9. Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; procedure

If the parties in their agreement have agreed that a judgment of the court shall be entered upon the award made pursuant to the arbitration, and shall specify the court, then at any time within one year after the award is made any party to the arbitration may apply to the court so specified for an order confirming the award, and thereupon the court must grant such an order unless the award is vacated, modified, or corrected as prescribed in sections 10 and 11 of this title. If no court is specified in the agreement of the parties, *then such application may be made to the United States court in and for the district within which such award was made*. Notice of the application shall be served upon the adverse party, and thereupon the court shall have jurisdiction of such party as though he had appeared generally in the proceeding. If the adverse party is a resident of the district within which the award was made, such service shall be made upon the adverse party or his attorney as prescribed by law for service of notice of motion in an action in the same court. If the adverse party shall be a nonresident, then the notice of the application shall be served by the marshal of any district within which the adverse party may be found in like manner as other process of the court. (...) (grifos nossos)

1.1.2 Sentenças Arbitrais Domésticas

No que tange à possibilidade de impugnação das sentenças arbitrais domésticas nos Estados Unidos, a FAA contém 3 (três) dispositivos, a saber os §§ 9º, 10¹⁷ e 11¹⁸.

Segundo o § 9º, qualquer das partes de uma arbitragem pode solicitar ao órgão competente do Poder Judiciário Norte-Americano a confirmação da sentença arbitral, no prazo máximo de 1 (um) ano a contar da prolação da sentença.

Ainda conforme dispõe o § 9º, o pleito de confirmação da sentença arbitral deverá ser concedido pelo tribunal (estatal), a menos que referida sentença seja anulada, modificada ou corrigida na forma dos §§ 10 e 11 do FAA (*in verbis*: “the court *must* grant such an order unless the award is vacated, modified, or corrected as prescribed in sections 10 and 11 of this title.” – grifos nossos).

O § 10 dispõe sobre as hipóteses de anulação da sentença arbitral, enquanto que o parágrafo seguinte prevê os casos de modificação e correção do laudo arbitral.

De toda sorte, mesmo nas estritas hipóteses expressamente previstas na legislação, ao laudo arbitral é conferida efetiva deferência nos Estados Unidos, de forma que naquele País se reconhece uma verdadeira presunção em favor da validade da sentença arbitral. É o que demonstram diversos julgados, *e.g.*:

An arbitration panel must be afforded considerable deference.¹⁹

¹⁷ Section 10. Same; vacation; grounds; rehearing

(a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration(1) Where the award was procured by corruption, fraud, or undue means.

(2) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them.

(3) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced.

(4) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.

(5) Where an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired the court may, in its discretion, direct a rehearing by the arbitrators.

(b) The United States district court for the district wherein an award was made that was issued pursuant to section 590 of title 5 may make an order vacating the award upon the application of a person, other than a party to the arbitration, who is adversely affected or aggrieved by the award, if the use of arbitration or the award is clearly inconsistent with the factors set forth in section 582 of Title 5.

¹⁸ Section 11. Same; modification or correction; grounds; order

In either of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order modifying or correcting the award upon the application of any party to the arbitration

(a) Where there was an evident material miscalculation of figures or an evident material mistake in the description of any person, thing, or property referred to in the award.

(b) Where the arbitrators have awarded upon a matter not submitted to them, unless it is a matter not affecting the merits of the decision upon the matter submitted.

(c) Where the award is imperfect in matter of form not affecting the merits of the controversy.

The order may modify and correct the award, so as to effect the intent thereof and promote justice between the parties.

¹⁹ *Osram Sylvania, Inc. v. Teamsters Local Union*, 87 F. 3d 1261, 1263 (11th Circ. 1996).

The Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. par. 1 *et seq.*, creates a presumption in favor of confirming arbitration awards.²⁰

Judicial review of commercial arbitration awards is narrowly limited under the Federal Arbitration Act.²¹

Judicial review of an arbitration award is highly deferential and strictly limited.²²

Once an arbitration award is entered, the finality of arbitration weighs heavily in its favor and cannot be upset except under exceptional circumstances.²³

The federal policy favoring arbitration erects a high barrier to overturning arbitration awards.²⁴

Even if the Court is convinced that the [arbitrator] committed serious error, the award should not be vacated so long as the arbitrator is 'even arguably construing or applying the contract and acting within the scope of his authority.'²⁵

This provision [9U.S.C. par. 10(a)(3)] applies only in the 'very rare instances when an arbitrator's procedural aberrations rise to the level of affirmative misconduct.'²⁶

Após este necessário esclarecimento preliminar, torna-se imperioso indagar se o rol dos parágrafos 10 e 11 da FAA é *numerus clausus*, de forma que somente seriam providos os pedidos de anulação, modificação e correção que se enquadrassem em uma das hipóteses expressamente elencadas nos dois dispositivos

Trata-se de questão de grande importância, sobretudo em função de uma previsão contratual que não tem sido incomum nos Estados Unidos. Na convenção de arbitragem, não raro as partes dispõem que o laudo arbitral poderá ser anulado, modificado ou corrigido pelo Poder Judiciário se o(s) árbitro(s) cometer(em) um erro de direito.

Ademais, uma outra circunstância também é digna de nota no Direito Norte-Americano: trata-se da possibilidade de anulação, modificação ou correção do laudo arbitral se o(s) árbitro(s) incorrer(em) no já célebre “manifest disregard of the law”. É sobre a aceitação do *manifest disregard of the law* pelos tribunais norte-americanos como hipótese de anulação, modificação ou correção da sentença arbitral que nos debruçaremos a seguir.

1.1.2.1. Contornos do *manifest disregard of the law*

O *manifest disregard of the law* (expressão que poderia ser traduzida para a língua portuguesa como “manifesta desconsideração do direito [aplicável]”) é reiteradamente classificada pela doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos como um fundamento não-

²⁰ *Riccard v. Prudential Ins. Co.*, 307 f.3d 1277, 1288 (11th Circ. 2002).

²¹ *B.L. Harbert Intern., LLC v. Hercules Steel Co.*, 441 F.3d 905, 909 (11th Circ. 2006).

²² *Bowen v. Amoco Pipeline Co.*, 254 F. 3d 932 (10th Circ. 2001).

²³ *Hollern v. Wachovia Securities, Inc.*, 458 F.3d 1169, 1172 (10th Circ. 2006)

²⁴ *Merryl Linch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Savino*, Case no. 06 Civ. 868, 2007 WL 895767 (S.D.N.Y.), 23.03.2007.

²⁵ *United Paperworkers Int'l v. Misco*, 484 U.S. 29, 1987.

²⁶ *Supreme Oil Co. v. Abandolo* - Case no. 07-6479 (U.S.D.C.N.Y. July 31, 2008).

legislativo (“non-statutory ground”, i.e., não previsto na legislação), mas sim criado pelos tribunais estatais norte-americanos, para a anulação, modificação ou correção de uma sentença arbitral²⁷. Como atestou o Second Circuit no caso *Merryl Linch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Bobker*: “[m]anifest disregard of the law’ by the arbitrators is a *judicially-created ground* for vacating their arbitration award [that] was introduced by the Supreme Court in *Wilko v. Swan*. *It is not to be found in the federal arbitration law.*”²⁸ (grifamos)

O caso *Burchell v. Marsh*²⁹, julgado pela Suprema Corte na segunda metade do século XIX, é apontado pela doutrina³⁰ como a origem remota do *manifest disregard of the law*. Em *Burchell*, a Suprema Corte empreendeu uma distinção entre “mere errors of law” e “gross mistakes”. Semelhantemente, o *manifest disregard of the law* distingue-se umbilicalmente de “mere errors of interpretation”.

Afinal, para se caracterizar o *manifest disregard of the law*, é necessário que a manifesta desconsideração, pelo árbitro, do Direito aplicável, seja *deliberada*; não sendo suficientes a simples *negligência* ou mesmo a *ignorância* acerca do Direito que deveria reger aquela situação fática. Nas palavras do Tenth Circuit no caso *Bowen v. Amoco Pipeline Co.*³¹: “Manifest disregard of the law means ‘*willful* inattentiveness to the governing law” (grifamos). Assim, deve-se demonstrar que o árbitro tinha consciência do Direito que acabou sendo propositadamente desconsiderado por ele no caso concreto. Farta é a jurisprudência norte-americana acerca da referida definição, conforme se depreende dos trechos de acórdãos abaixo transcritos:

A manifest disregard of the law is more than a misinterpretation, misstatement or misapplication of the law... it involves a *conscious and deliberate decision to ignore the applicable law*. (...) Neither party has pointed the Court to the arbitration transcript as shedding light on how the panel treated the statute of limitations and parol evidence issues. In any event, there is no evidence that the Panel’s rulings on these issues exhibited a *conscious and deliberate decision to ignore applicable law, which is the appropriate standard of review*. (...) *in order to vacate an arbitration award there must be some showing that the arbitrators knew the law and expressly disregarded it*. (...) Unless it can be shown that a panel knowingly disregarded the law as they understood it, a court must confirm the award.³² (grifamos)

²⁷ Tendo em vista que o pleito mais frequente calcado no *manifest disregard of the law* é o de anulação da sentença arbitral doméstica, no presente capítulo faremos referência nominal, a partir deste trecho, apenas a “anulação” quando fundada no referido argumento, unicamente para fins metodológicos e de simplificação.

²⁸ *Merryl Linch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Bobker*. 808 F.2d 930, 933 (2d Circ. 1986)

²⁹ *Burchell v. Marsh*, 58 US (17 How) 344 (1854). Cumpre transcrever um outro trecho interessante do referido caso: “If the award is within the submission, and contains the honest decision of the arbitrators, after a full and fair hearing of the parties, a court of equity will not set it aside for error, either in law or fact. A contrary course would be a substitution of the judgment of the chancellor [the judiciary] in place of the judges chosen by the parties [the arbitrators], and would make an award the commencement, not the end, of litigation.” (grifamos)

³⁰ Citem-se, dentre todos, Michael Hwang e Amy Lai. HWANG; Michael; LAI, Amy. Do Egregious Errors amount to a Breach of Public Policy?. *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, v. 71, n. 1, fev. 2005, p. 8.

³¹ Caso citado na nota nº 8 acima.

³² *Pebbles v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 431 F.3d 1320, 1326 (11th Circ. 2005).

Legal error or misunderstanding of the law is not sufficient; *the arbitrator must have known the applicable law and explicitly disregarded it.*³³ (grifos nossos)

[I]t [manifest disregard of law] clearly means more than error or misunderstanding with respect to the law.³⁴

Neste diapasão, é também digno de nota o caso *DiRussa v. Dean Witter Reynolds, Inc.*³⁵, em que o Second Circuit negou provimento ao pedido de anulação de uma sentença arbitral, porque não havia ficado satisfatoriamente comprovado que o Direito aplicável havia sido levado ao conhecimento do árbitro. A Corte entendeu que não se podia dizer que o árbitro havia manifestamente desconsiderado o Direito acerca do qual ele não tinha sido devidamente informado.

Neste sentido é o acórdão proferido pelo mesmo Second Circuit em *Hoelt v. MVL Group, Inc.*³⁶: “Rather, vacatur from manifest disregard of the law is appropriate only when (1) the arbitrator knew of a governing legal principle yet refused to apply it or ignored it altogether, and (2) *the law ignored by the arbitrator was well defined, explicit and clearly applicable to the case.*” (grifou-se)

Cumprе ressaltar ainda que a invocação do *manifest disregard of the law* não se presta à anulação de uma sentença arbitral com base numa interpretação, pelo árbitro, distinta daquela que a corte estatal teria. É o que comprovam os julgados abaixo selecionados:

Even assuming *arguendo* that ‘manifest disregard’ remains a viable doctrine, ‘the reach of this doctrine is severely limited. In fact, even a court convinced that an arbitrator incorrectly applied the law is not free to vacate the award.’³⁷ (grifamos)

Vacatur is appropriate only when arbitral decisions ‘simply reflect the arbitrator’s own notions of industrial justice’ rather than an interpretation of the contract or agreement at issue. (...) *so far as the arbitrator’s decision concerns construction of the contract, the courts have no business overruling him because their interpretation of the contract is different from his.*³⁸ (grifos nossos)

The court finds the arbitrator’s decision, to the extent it conflicts with *Baut* [*Baut v. Pethick Const. Co.*, F. Supp. 350, 363 (D.C. Pa.), ação julgada em 1966 na Pensilvânia que concedeu ao seu Autor indenização com base em violação de patentes e royalties] does not constitute a ‘manifest disregard of the law’. The arbitrator declined to apply a rule from the general negligence caselaw of New York to the patent infringement context. *The arbitrator’s failure to follow Baut, a fifty-year old Pennsylvania case, absent additional support for doing so, is not reversible error.*³⁹ (grifou-se)

³³ *Hicks v. The Cadle Co.* (Case no. 04-2616 (USDC D. Col.). July 23, 2008).

³⁴ *Merryl Linch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Bobker*. Caso referido na nota nº 14 acima.

³⁵ *DiRussa v. Dean Witter Reynolds, Inc.* 121 F. 3d 818, 821 (2d Circ. 1997).

³⁶ *Hoelt v. MVL Group, Inc.* 343 F.3d 57, 64 (2d. Circ 2003)

³⁷ *Robert Lewis Rosen Associates, Ltd. v. William Webb. Memorandum Opinion and Order.* 07 Civ.11403 (RJH). S.D.N.Y. 07.07.2008.

³⁸ *Supreme Oil Co. v. Abandolo* - Case no. 07-6479 (U.S.D.C.N.Y. July 31, 2008).

³⁹ *Remote Solution Co. v. FGH Liquidating Corp.* Case no. 06-4 (USDC D. Del., July 31, 2008)

1.1.2.2 *Manifest disregard of the law* como hipótese de anulação de uma sentença arbitral doméstica na visão dos tribunais federais norte-americanos

1.1.2.2.1. O caso *Wilko v. Swan*

Não se pode avançar na análise do *manifest disregard of the law* sem antes fazer referência ao caso *Wilko v. Swan*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1953⁴⁰. Foi a partir deste caso que alguns tribunais estatais norte-americanos passaram a admitir fundamentos não-legislativos para a anulação, modificação ou correção de sentenças arbitrais perante o Poder Judiciário daquele País.

O trecho do julgamento em *Wilko* que levou diversas cortes a se orientarem neste sentido é o seguinte:

The interpretations of the Law by the arbitrators in contrast to manifest disregard are not subject, in the federal courts, to judicial review for error in interpretation.

No *dictum*⁴¹ acima transcrito, a Suprema Corte parece sugerir que os laudos arbitrais podem ser afastados pelo fundamento não-legislativo do *manifest disregard of the law*. Foi com base nesta assertiva, um tanto oblíqua, ambígua, e indireta da lavra da Suprema Corte, que muitos tribunais estatais norte-americanos acreditam ter encontrado os alicerces de uma gama de “non-statutory grounds” para a impugnação da sentença arbitral, todos reunidos sob a epígrafe do *manifest disregard of the law*.

Será que, com aquela redação tão vaga, a intenção da mais alta corte norte-americana foi realmente alargar as hipóteses de impugnação da sentença arbitral, de forma a permitir fundamentos não-elencados na legislação dos Estados Unidos? É de se notar que, em *Wilko v. Swan*, a Suprema Corte não asseverou categórica e expressamente que é possível anular uma sentença arbitral com fulcro no argumento do *manifest disregard of the law*. Parece-nos que, fosse mesmo este o propósito da Suprema Corte, ela teria lançado mão de termos mais precisos e claros, a fim de deixar incontestado tal orientação para as demais cortes norte-americanas.

Sobre este assunto convém invocar o parecer de Andreas Lowenfeld⁴²:

⁴⁰ *Wilko v. Swan*, 346 US 427 (1953).

⁴¹ Sobre o termo “dictum”, vide a nota nº 38 *infra*.

⁴² LOWENFELD, Andreas. *Ob. cit.*, p. 199.

Whatever “manifest disregard” means, *it is clear that the Supreme Court did not intend (...) to construct a system of judicial review of arbitral awards*, and in fact no such system has grown up since *Wilko* was decided, (...). (grifamos)

1.1.2.2.2. Os casos *La Pine v. Kyocera* e *Hall Street v. Mattel*

Conforme vimos, diversos tribunais estatais dos Estados Unidos têm invocado a vaga e dúbia redação empregada pela Suprema Corte no caso *Wilko v. Swan*, julgado na segunda metade do século passado, para ainda hoje utilizá-lo como sustentáculo ao alargamento do rol de hipóteses que ensejam a anulação de uma sentença arbitral doméstica – ainda que tal entendimento seja um tanto quanto questionável.

Mais que isso: determinados tribunais foram além e passaram a acatar o argumento aduzido por algumas partes no sentido de que, se as cortes poderiam reconhecer fundamentos não-previstos na FAA para a anulação da sentença arbitral doméstica, então as partes também poderiam, mediante mútuo acordo, pactuar a revisão judicial de laudos arbitrais com base em fundamentos por elas estabelecidos.

É desta última hipótese que cuidam dois importantes casos que merecem atenção em nosso trabalho: os casos *La Pine v. Kyocera* e *Hall Street v. Mattel*, ambos julgados pelo Ninth Circuit. Os dois têm em comum o acordo, firmado entre as partes, de que eventual laudo arbitral poderia ser objeto de revisão judicial caso o árbitro tivesse incorrido em erro de direito.

1.1.2.2.2.1. *La Pine v. Kyocera*

A companhia californiana *La Pine* e a empresa japonesa *Kyocera* celebraram um contrato visando à criação de um tipo específico de disco de computador. Na cláusula compromissória do referido contrato, as partes elegeram a United States District Court for the Northern District of California (doravante, “N.D.C.”) para examinar o laudo arbitral, seja para confirmá-lo, anulá-lo, modificá-lo ou corrigi-lo, a qual poderia fazê-lo, inclusive, caso as conclusões jurídicas dos árbitros fossem errôneas.

Após o advento de determinado litígio entre as partes e o desenrolar do subsequente procedimento arbitral, os árbitros prolataram uma sentença que favorecia predominantemente *La Pine*. Esta pleiteou a confirmação do laudo arbitral perante a N.D.C., enquanto *Kyocera* buscou a anulação da sentença perante o mesmo tribunal, sob a alegação de que as conclusões jurídicas empreendidas pelos árbitros haviam sido equivocadas.

A N.D.C. rejeitou o pedido de *Kyocera* e confirmou a sentença, sob o fundamento de que as únicas hipóteses de anulação da sentença arbitral encontram-se taxativamente previstas na FAA.

Kyocera recorreu à Corte de Apelações do Ninth Circuit, que deu provimento ao recurso, por entender que às partes é conferida a possibilidade de ampliar, por mútuo acordo, o rol que consta dos §§ 10 e 11 da FAA. Assim se manifestou o Judge Fernandez, membro

daquele tribunal: “I see no reason why Congress would object to enforcement of this agreement. This is not quite an express congressional authorization but, given the Arbitration Act’s policy, it’s probably enough.” O Ninth Circuit remeteu o processo de volta à N.D.C., com instruções para conduzir a revisão do laudo.

Esta decisão do Ninth Circuit foi alvo de duríssimas críticas pela doutrina norte-americana. Citem-se, dentre todos, os comentários de Andreas Lowenfeld⁴³ sobre o referido acórdão:

[in the FAA] No provision was made for a case stated, as in England; no provision was made for judicial review of a finding of fact, even if “clearly erroneous”; no provision was made for correcting errors of law; and no provision was made authorizing the parties to vary the role of the courts by agreement. (...)
 My instinct is that it would not be good for arbitration, and in particular for arbitration in the United States, if the view of the Ninth Circuit in *La Pine* came to prevail generally. (...)
 I hope “arbitration plus” does not catch on generally; I hope the Congress does not pick up; and I hope that if the proposition ever gets that far, the Supreme Court will relegate it to a footnote and not a milestone in the history of arbitration. (grifos nossos)

Após ter recebido os autos que lhe haviam sido remetidos pelo Ninth Circuit, a N.D.C. reiterou seu entendimento de manter a sentença arbitral, por considerar que as hipóteses de anulação do laudo arbitral são exclusivas, não sendo conferida às partes a oportunidade de pactuar outras.

Quatorze anos depois de ter analisado a mesma sentença arbitral, o Ninth Circuit novamente examinou a referida decisão, mas desta vez um novo colegiado julgou este caso, no formato *en banc*⁴⁴. Desta feita, o Ninth Circuit reviu seu ponto de vista e posicionou-se a favor da taxatividade do rol elencado no § 10 da FAA, por entender que não cabe às partes acordar sobre hipóteses outras no que tange à anulação de uma sentença arbitral. Vale mencionar as exatas palavras desta segunda decisão do Ninth Circuit, *en banc*:

Neither erroneous legal conclusions nor unsubstantiated factual findings justify federal courts review of an arbitral award under the statute, which is unambiguous in this regard. (...) we hold that parties may not contractually impose their own standard on the courts. (grifos nossos)

Assim, o laudo arbitral favorável a *La Pine* restou confirmado, com base no (posterior) entendimento do Ninth Circuit de que as hipóteses de anulação da sentença arbitral previstas nos §§ 10 da FAA são taxativos, não podendo ser ampliadas pelas partes, ainda que de comum acordo.

⁴³ LOWENFELD, Andreas. *Ob. cit.*, p. 198, 204 e 209.

⁴⁴ Por oportuno, cumpre trazer à baila a definição de “en banc” do Black’s Law Dictionary: “en banc: *adj & adv.* [Law French ‘on the bench’] With all judges present and participating; in full court <an en banc hearing> <the court heard the case en banc>.” GARNER, Bryan A. (ed. In chief). *Black’s Law Dictionary*. 8.ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 568.

1.1.2.2.2 *Hall Street v. Mattel*

Conforme já mencionado, também em *Hall Street v. Mattel* discutiu-se a possibilidade de as partes pactuarem novas hipóteses de anulação do laudo arbitral, além daquelas enumeradas na FAA.

Segue um breve resumo da situação fática:

Foi celebrado um contrato de locação entre Hall Street Associates LLC (locadora) e Mattel, Inc. (locatária) de um imóvel que era usado anteriormente como uma fábrica. O contrato tinha a previsão de que a locatária indenizaria a locadora por quaisquer custos provocados por ela própria (Mattel) ou pelo anterior locatário, que fossem oriundos de infração às normas ambientais durante o uso do imóvel locado.

Testes realizados na água de poço do imóvel em 1998 revelaram altos níveis de tricloretileno (TCE), o aparente resíduo de descargas da fábrica do locatário anterior à Mattel, que ocupou o imóvel entre 1951 e 1980. Após o Depto. de Qualidade Ambiental de Oregon (DEQ) ter descoberto ainda mais poluentes, a Mattel parou de extrair água do poço e assinou um termo com o DEQ comprometendo-se a limpar o local.

Anos mais tarde, em 2001, após Mattel ter notificado Hall Street sobre sua intenção de rescindir o contrato de locação, Hall Street ajuizou uma ação, para (i) contestar a intenção da Mattel de rescindir o contrato; e (ii) reivindicar os danos causados e a limpeza do terreno. Após o julgamento pela United States District Court for the District of Oregon (doravante, a “D.O.”), Mattel foi vitoriosa quanto à questão da rescisão. No que tange à indenização, as partes tentaram, sem êxito, uma mediação e posteriormente submeteram a disputa à arbitragem. A convenção de arbitragem por elas firmada previa expressamente que a D.O. poderia anular, modificar ou corrigir qualquer laudo nas seguintes hipóteses, *in verbis*: “(i) where the arbitrator’s findings of facts are not supported by substantial evidence and (ii) where the arbitrator’s conclusions of law are erroneous.” (grifos nossos)

Ao fim da arbitragem, o árbitro deu razão à Mattel. Ele achou que esta não devia indenização à Hall Street, porque a obrigação locatícia dela consistia em obedecer a todas as leis ambientais aplicáveis federais, estaduais e locais e que tal previsão não impunha obediência aos requerimentos de testes da Lei sobre Água Potável de Oregon (“a Lei de Oregon”); esta lei foi caracterizada pelo árbitro como relacionada à *saúde humana*, distinta da contaminação ambiental.

Hall Street então ajuizou uma ação perante a D.O. visando à anulação da decisão arbitral, sob o fundamento de que o árbitro tinha cometido um erro de direito ao não tratar a Lei de Oregon como uma “lei ambiental aplicável”. A D.O. acatou o pedido de Hall Street e anulou a sentença arbitral, remetendo-a ao árbitro para reapreciação. A D.O. expressamente invocou o padrão de revisão escolhido pelas partes na convenção de arbitragem, que incluía revisão por erro jurídico.

Quando a decisão lhe foi remetida, o árbitro seguiu a decisão da D.O. de que a Lei de Oregon se tratava de uma “lei ambiental aplicável” e modificou a decisão em favor de Hall Street. Então, cada parte pleiteou modificação da sentença arbitral e novamente a D.O. aplicou o padrão estipulado pelas partes de revisão por erro jurídico, mantendo assim a nova decisão arbitral, corrigindo apenas o cálculo de juros feito pelo árbitro. Cada parte então apelou à Corte de Apelações do Ninth Circuit. Mattel invocou a segunda decisão do Ninth Circuit nos autos do caso *La Pine v. Kyocera* (mencionado *supra*), em que o Ninth Circuit havia considerado, em sua formação *en banc*, inexecutível uma convenção de arbitragem muito similar, em que as partes pactuaram a possibilidade de revisão judicial por erro de direito. Em oposição, Hall Street alegou que a tal segunda decisão era diferente da hipótese em *Hall Street v. Mattel* e que o acordo relativo à revisão judicial não era separável da convenção de arbitragem.

O Ninth Circuit reformou a decisão em favor de Mattel ao sustentar que “under Kyocera the terms of the arbitration agreement controlling the mode of judicial review are *unenforceable and severable*”. (grifos nossos) O Ninth Circuit remeteu o caso de volta à D.O. e a instruiu a confirmar a primeira decisão do árbitro (o laudo arbitral original, que havia julgado o caso a favor de Mattel).

Depois que a D.O. novamente julgou a favor de Hall Street (por entender que o acordo das partes tem o condão de ampliar as hipóteses elencadas nos §§ 10 e 11 da FAA) e após o Ninth Circuit novamente reverter a decisão da D.O., a Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre o caso, em sede de *writ of certiorari*.

A decisão foi proferida em 25 de março de 2008 e estava sendo aguardada pela comunidade arbitral de todo o mundo, devido à sua grande relevância prática. Afinal, pela primeira vez, a Suprema Corte finalmente iria se manifestar acerca da taxatividade do rol previsto nos §§ 10 e 11 da FAA, já que em *La Pine* não foi interposto recurso à Corte Suprema dos EUA. Ademais, conforme já mencionado, em *Wilko v. Swan*, a Suprema Corte não enfrentou direta e especificamente esta questão.

Em vista de sua relevância, vale traduzir alguns trechos da decisão prolatada pela Suprema Corte em *Hall Street*⁴⁵:

O Congresso Americano promulgou a FAA para substituir a indisposição quanto à arbitragem por uma “política nacional que a favorecesse e colocasse as convenções de arbitragem no mesmo nível de todos os outros contratos”. (...)

A FAA também fornece mecanismos para a execução dos laudos arbitrais: um decreto judicial confirmando a sentença arbitral, uma ordem judicial anulando-a ou uma ordem judicial modificando-a ou corrigindo. *De acordo com os termos do § 9º, a corte judicial tem de confirmar uma sentença arbitral a menos que seja anulada, modificada ou corrigida tal como previsto nos §§ 10 e 11.* (...)

O Nono Circuito provocou uma divisão na exclusividade destes fundamentos legislativos quando as partes usam o atalho da FAA para confirmar, anular ou modificar uma sentença arbitral, com alguns dizendo que os fundamentos são exclusivos e outros os considerando meras previsões iniciais abertas a expansão por meio de consentimento. Como já mencionado, quando este litígio começou, o Nono Circuito estava no lado inicial do debate [de que se podia expandir o rol dos §§ 10 e 11 por meio de convenção entre as partes] (caso *La Pine v. Kyocera*), lado do qual ele depois saiu, *en banc*, em favor da visão de exclusividade do rol, o qual foi seguido no presente caso. Nós sustentamos agora que os §§ 10 e 11 elencam, respectivamente, os fundamentos taxativos da FAA para anulação e modificação da sentença arbitral. (...)

Quando, no § 9º, a FAA diz que a corte “deve conceder” a execução da sentença arbitral, a menos que esta seja anulada, modificada ou corrigida com base nos §§ 10 e 11, *a nós não parece nem remotamente como uma previsão que diga à corte como agir apenas na hipótese de as partes nada terem disposto em contrário.* Sejam quais forem as consequências de nosso entendimento, a redação da FAA não nos dá margem para expandir os casos elencados pela referida lei.⁴⁶ (grifamos)

A Suprema Corte prossegue sua análise fazendo referência ao caso *Wilko v. Swan* e sublinha a *vagueza* da redação adotada naquele caso. Afirma ainda que, ao empregar a expressão *manifest disregard of the law* em *Wilko*, talvez a intenção do tribunal tenha sido dizer que tratava-se de um novo motivo para revisão, mas também é possível que a intenção tenha sido simplesmente referir-se a todos os motivos do § 10 coletivamente, em vez de acrescentar um novo motivo ao rol do referido dispositivo.

A Suprema Corte ressaltou ainda que alguns tribunais acreditam que o termo *manifest disregard of the law* seja uma outra forma de se referir aos §§ 10(a)3 e 10(a)4, que são as subseções que autorizam expressamente a anulação quando os árbitros foram “guilty of misconduct” ou “excederam seus poderes”.

Por fim, vale acrescentar que a Suprema Corte ainda asseverou que fraude e *manifest disregard of the law* “não são pedaços do mesmo pano”.

⁴⁵ Supreme Court of the United States. *Hall Street Associates, L.L.C v. Mattel, Inc.*. Case no. 06-989. 25.03.2008. Extraído do site <http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-989.pdf>, consultado em 08.01.2010.

⁴⁶ [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

1.1.2.2.3. A repercussão da decisão da Suprema Corte em *Hall Street v. Mattel*

Após o aguardado julgamento do caso *Hall Street* pela Suprema Corte, seguiram-se diversas outras decisões jurisprudenciais em que se adotou a mesma posição, sobretudo no sentido de não dilatar as possibilidades de anulação, modificação ou correção do laudo arbitral enumeradas nos §§ 10 e 11 da FAA. Por oportuno, cumpre mencionar alguns destes casos, cujos trechos relevantes transcreveremos a seguir:

(i) *Supreme Oil Co. v. Abandolo*⁴⁷

This provision [§ 10(a)(3)] applies only in the very rare instances when an arbitrator's procedural aberrations rise to the level of affirmative misconduct. (...) [T]he Supreme Court recently held that the FAA sets out the exclusive statutory grounds for vacating a commercial arbitration award.

(ii) *Robert Lewis v. Rosen Associates, Ltd. v. William Webb*⁴⁸

However, the SC has recently held that the FAA's narrow statutory grounds for vacatur are *exclusive*. In *Hall Street*, the petitioner had argued that *if courts may supplement the statutory grounds* – as petitioners *believed* the SC had done in *Wilko* – then the parties to the agreement should be allowed to do so as well. The [Supreme] Court found that this argument was “too much” for *Wilko* to bear.” The [Supreme] Court noted that (...) *Wilko* expressly rejected the general review of an arbitrator's legal errors sought by petitioners. Finally, the Court found that *Wilko*'s reference to ‘manifest disregard’ was *ambiguous* – it might name a new ground of review, or it *might refer to the par. 10 grounds collectively or to either par. 10(a)(3) or 10(a)(4)*. (...)

The [Supreme] Court held that ‘expanding the detailed categories [for modification and vacatur contained in par. 10 and 11] would rub too much against the grain of the § 9 language where provision for judicial confirmation carries no hint of flexibility. (...) *Analyzing par. 9, the [Supreme] Court found that ‘[t]here is nothing malleable about ‘must grant’, which unequivocally tells courts to grant confirmation, except when one of the ‘prescribed’ exceptions applies.*

Necessary to *Hall Street*'s holding are two related propositions: first, that the FAA's statutory grounds are *exclusive*, and second, that the *Supreme Court has never endorsed manifest disregard as an independent basis for vacatur*. (...)

As the Second Circuit's traditional understanding of Wilko and of §10 – that Wilko endorsed manifest disregard and that par. 10's grounds are not exclusive - is inconsistent with the basis for the holding in Hall Street, the [Supreme] Court finds that manifest disregard of the law standard is no longer good law.

Even assuming *arguendo* that ‘manifest disregard’ remains a viable doctrine, ‘the reach of this doctrine is *severely limited*. In fact, *even a court convinced that an arbitrator incorrectly applied the law is not free to vacate the award.*

See *Wallace v. Buttar*, 378 F. 3d 182, 190 (2d. Cir. 2004) (holding that ‘a federal court cannot vacate an arbitral award merely because it is convinced that the arbitration panel made the wrong call on the law.’).

The Court denied RLR's petition to vacate the arbitral award and granted Webb's cross motion for confirmation of the arbitral award. (grifamos)

(iii) *Grigsby & Associates, Inc. v. M Securities Investment, Inc.*⁴⁹

⁴⁷Caso referido na nota nº 23 *supra*.

⁴⁸ United States District Court – Southern District of New York. *Robert Lewis Rosen Associates, Ltd. v. William Webb. Memorandum Opinion and Order*. 07 Civ.11403 (RJH). July 07, 2008.

⁴⁹United States District Court – Southern District of Florida. Miami Division. *Grigsby & Associates, Inc. v. M Securities Investment, Inc.* Case no. 06-23-35 (USDC S.D.Fla). July 29, 2008.

Grigsby asserts that the Panel exhibited a manifest disregard for the law by refusing to apply the statute of limitations and by improperly considering parol evidence. (...) [A]ny doubts concerning the scope of arbitrable issues must be resolved in favor of arbitration. (...) The Panel's actions and decisions do not meet the *high standard* required to vacate the award. (grifamos)

(iv) *Citigroup Global Markets Inc. v. Debra Bacon*⁵⁰

Neste caso, decidido em 05 de março de 2009 e revisado no dia 18 do mesmo mês, o Fifth Circuit anulou o julgamento que havia sido realizado pela United States District Court for the Southern District of Texas (em que foi decretada a anulação do laudo arbitral com fulcro no *manifest disregard of the law*) e remeteu de volta o caso à referida corte, para que esta verificasse se o laudo arbitral poderia ser anulado por algum outro argumento que não o *manifest disregard of the law*. Invocando *Hall Street*, o Fifth Circuit declarou ultrapassada qualquer decisão sua anterior que amparava o *manifest disregard of the law* e ainda asseverou:

We conclude that *Hall Street* restricts the grounds for vacatur to those set forth in § 10 of the FAA, and consequently, manifest disregard of the law is no longer an independent ground for vacating arbitration awards under the FAA. (...) *Hall Street* unequivocally held that the statutory grounds are the exclusive means for vacatur under the FAA. (...) Thus, to the extent that manifest disregard of the law constitutes a nonstatutory ground for vacatur, it is no longer a basis for vacating awards under the FAA.

(v) *Ramos-Santiago v. United Parcel Service (“UPS”)*⁵¹

Neste caso, decidido pelo First Circuit em 24 de abril de 2008, logo após o julgamento de *Hall Street*, o tribunal aclamou o entendimento esposado pela Suprema Corte de que o *manifest disregard of the law* não deveria mais ser considerado um fundamento para anulação do laudo arbitral. Este caso, todavia, não apresenta acentuada relevância para o presente trabalho, tendo em vista que o First Circuit declarou que a FAA não incide sobre a hipótese objeto do acórdão, *in verbis*:

We acknowledge the Supreme Court's recent holding in Hall Street Assocs., L.L.C. v. Mattel, Inc., No. 06-989, 2008 WL 762537, at *4-5 (March 25, 2008), *that manifest disregard of the law is not a valid ground for vacating or modifying an arbitral award in cases brought under the FAA.*⁵² Because the case at hand is not an FAA case - neither party has invoked the FAA's expedited review provisions, and the original complaint was filed in Puerto Rico state court under a mechanism provided by state law - *we decline to reach the question of whether Hall Street precludes a manifest disregard inquiry in this setting. Whether or not Hall Street applies, Ramos's claim fails.* (grifamos)

⁵⁰ United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. *Citigroup Global Markets Inc. v. Debra Bacon*. Case no. 07-20670. March 05, 2009; rev. March 18, 2009.

⁵¹ 524 f.3d 120, 124 n. 3 (1st Circ. 2008)

⁵² Pode-se dizer que este exato trecho do acórdão proferido pelo First Circuit (“We acknowledge (...) under the FAA”) consiste em um *dictum*, que corresponde a uma afirmação que faz parte da fundamentação do acórdão, mas que é desnecessária para a decisão da controvérsia. Convém transcrever a definição de “judicial dictum” do Black’s Law Dictionary: “An opinion by a court on a question that is directly involved, briefed and argued by counsel, and even passed on by the court, *but that is not essential to the decision.*” (grifos nossos). GARNER, Bryan A. (ed. In chief). *Ob. cit.*, p. 485.

1.1.2.2.4. O *manifest disregard of the law* ainda como argumento para anulação da sentença arbitral doméstica, mesmo após *Hall Street v. Mattel*

Após 25 de março de 2008, quando *Hall Street v. Mattel* foi julgado pela Suprema Corte, parecia que o *manifest disregard of the law* havia sido definitivamente afastado como fundamento não-legislativo de impugnação de um laudo arbitral doméstico nos EUA. A discussão, entretanto, curiosamente ainda não chegou ao fim.

É o que comprovam alguns julgamentos ocorridos no segundo semestre de 2008 ao longo de 2009 em tribunais federais norte-americanos, conforme segue:

(i) *Stolt-Nielsen AS v. Animal Feeds Intern. Corp.*⁵³

Neste caso, julgado em 04 de novembro de 2008, o Second Circuit não chegou a anular o laudo arbitral, mas declarou expressamente que, em *Hall Street*, a Suprema Corte não eliminou as hipóteses não-legislativas de revisão da sentença arbitral.

(ii) *Coffee Beanery, Ltd. v. WW, LLC*⁵⁴

No caso acima, apreciado pelo Sixth Circuit em 14 de novembro de 2008, o referido tribunal não apenas entendeu – a exemplo do Second Circuit – que o argumento do *manifest disregard* ainda existe, mas também anulou a sentença arbitral com base neste fundamento. Citem-se trechos do acórdão:

The Supreme Court did not come to a conclusion regarding the precise meaning of *Wilko*, holding only that *Wilko* could not be read to allow parties to expand the scope of judicial review by their own agreement. (...) In light of the Supreme Court's hesitation to reject the "manifest disregard" doctrine in all circumstances, we believe it would be imprudent to cease employing such a universally recognized principle. (grifamos)

(iii) *Comedy Club, Inc. v. Improv West Associates*⁵⁵

⁵³ 548 F.3d 85 (2d Cir. Nov 04, 2008).

⁵⁴ No. 07-1830, 2008 WL 4899478 (6th Cir. Nov 14, 2008)

⁵⁵ Nos. 05-55739 and 05-56100, 2009 WL 205046 (9th Cir. Jan 29, 2009)

Caso decidido em 29 de janeiro de 2009 pelo Ninth Circuit.

Do contrato celebrado entre Comedy Club e Improv West constava uma cláusula limitativa de concorrência bastante ampla, que incluía a própria Comedy Club e seus afiliados, assim definidos no próprio contrato como “family members, family members of shareholders, all collateral relatives, former spouses and all collateral relatives of former spouses.”

Ao final do procedimento arbitral realizado entre as partes, o tribunal arbitral entendeu que a cláusula limitativa de concorrência era válida e eficaz. Cabe ressaltar que o Direito do Estado da Califórnia tem uma previsão expressa de que cláusulas limitativas de concorrência são nulas.

O laudo arbitral foi submetido ao Ninth Circuit duas vezes (uma antes do julgamento de *Hall Street v. Mattel* pela Suprema Corte e outra, depois). Em ambos os julgamentos, a decisão pelo Ninth Circuit foi quase a mesma, mas houve uma mudança na análise, influenciada por *Hall Street*: antes do julgamento de *Hall Street* pela Suprema Corte, o Ninth Circuit anulou a sentença arbitral invocando o *manifest disregard of the law*, afirmando que ele consistia num argumento não-legislativo para a anulação da sentença arbitral. Depois da decisão da Suprema Corte em *Hall Street*, porém, o Ninth Circuit anulou a mesma sentença arbitral também com base no *manifest disregard of the law*, mas desta vez o Ninth Circuit expressamente rejeitou o entendimento de que *Hall Street* teria eliminado o *manifest disregard* como um fundamento para revisão do laudo. Ao revés, o Ninth Circuit reafirmou sua posição de que o *manifest disregard* era apenas uma forma para descrever o padrão existente de revisão contido no §10(a)(4) da FAA, que permite que o tribunal estatal anule uma sentença arbitral se os árbitros tiverem excedido seus poderes.

Assim, o Ninth Circuit utilizou o caso *Hall Street* não para decidir a questão acerca da existência ou não do *manifest disregard of the law*. Na verdade, o Ninth Circuit focou no trecho de *Hall Street* em que a Suprema Corte afirmou que o *manifest disregard* era uma *mera referência aos fundamentos estatutários e não, a criação de um*

fundamento não-estatutário autônomo. E, no fim das contas, o Ninth Circuit anulou duas vezes o mesmo laudo arbitral com base no *manifest disregard of the law*. Em cada análise, a referida corte empregou raciocínios distintos, chegando, contudo, ao mesmo resultado.

- (iv) *DMA International, Inc. v. Qwest Communications International, Inc. and affiliated entities*⁵⁶

O presente caso, decidido em 04 de novembro de 2009 pelo Tenth Circuit, consiste no mais recente acórdão de que temos conhecimento acerca do *manifest disregard of the law* exarado por um tribunal federal norte-americano⁵⁷. Infelizmente, seu exame é de certa forma frustrante, pois o referido tribunal não se posiciona muito claramente acerca da questão ora *sub examine*.

No referido julgado, o Tenth Circuit dá a entender que prossegue reconhecendo, mesmo após *Hall Street*, que o *manifest disregard of the law* consiste num argumento não-legislativo que ainda enseja a impugnação de um laudo arbitral e cita um precedente seu neste sentido, anterior a *Hall Street*. Ao mesmo tempo e paradoxalmente, parece que deixou para debruçar-se sobre o assunto numa próxima oportunidade, uma vez que o árbitro não teria incorrido em *manifest disregard of the law* naquele caso específico:

An arbitration award will only be vacated for the reasons enumerated in the FAA, 9 U.S.C. § 10, or for a “handful of judicially-created reasons.” *Sheldon v. Vermonty*, 269 F.3d 1202, 1206 (10th Circ. 2001) (observing that a district court may set aside an arbitration award based on a violation of public policy, *manifest disregard of the law* or the denial of a fundamentally fair hearing.) DMA’s principal argument on appeal is that the arbitrator’s award should be vacated because the arbitrator acted in manifest disregard of the law. (...) [em nota de rodapé:] *Whether manifest disregard of the law remains a valid ground for vacatur is an interesting issue*, but as the district court noted, *one not central to the resolution of this case*. As described below, the arbitrator did not act with manifest disregard of the law or in any other way that would justify vacatur. (grifamos)

Logo, como se depreende dos quatro casos acima citados, a celeuma acerca da aplicabilidade do *manifest disregard of the law* como fundamento não-legislativo para se

⁵⁶ United States Court of Appeals Tenth Circuit. *DMA International, Inc. v. Qwest Communications International, Inc. and affiliated entities*, no. 08-1392, Nov 04, 2009.

⁵⁷ A presente tese foi finalizada em 20.02.2010.

impugnar um laudo arbitral doméstico nos EUA aparentemente ainda está longe de terminar, mesmo depois do julgamento de *Hall Street v. Mattel* pela Suprema Corte em 2008. Nas palavras de Maurício Gomm dos Santos e Quinn Smith⁵⁸ sobre o assunto: “[t]he future of manifest disregard is still unresolved, and the Federal Courts are adopting a wide array of opinions.” (grifamos)

1.1.2.2.5. Penalidades impostas por tribunais federais norte-americanos em face da utilização do argumento do *manifest disregard of the law*

Forçoso é admitir que muitas vezes, na prática, o *manifest disregard of the law* é empregado pela parte perdedora da arbitragem como uma derradeira tentativa (e que muitas vezes resta infrutífera, conforme vimos) de evitar a derrota já decretada no procedimento arbitral ou de, ao menos, protelar a execução do laudo arbitral contra ela proferido.

Conforme bem observam Maurício Gomm Santos e Quinn Smith⁵⁹: “it might seem like this [*manifest disregard of the law*] is some kind of *magic bullet*, used by a defeated party to delay proceedings and gamble on vacating the award.” (grifos nossos)

Tal propósito acaba subtraindo da arbitragem não só a celeridade, mas também atinge sua credibilidade, gerando ainda uma acentuada insegurança jurídica. Nas palavras de Andreas Lowenfeld⁶⁰ acerca da questão:

For one thing, as the La Pine case itself demonstrates, judicial review of the merits *would inevitably prolong the process, negating the expeditiousness that is one of the important advantages of arbitration.* (grifamos)

Vale também invocar a impressão de O’Mullan⁶¹ sobre o *manifest disregard of the law*: “The continued existence of this ground for review allows parties to plead ordinary legal error thereby causing *undue expense and delay, without the probability of meaningful review.*” (grifos nossos)

Esta percepção da doutrina chegou aos tribunais federais norte-americanos. É o que se depreende de uma decisão exarada em 21 de abril de 2008 pela United States Court of Appeal

⁵⁸ SANTOS, Maurício Gomm; SMITH, Quinn. Comments on the development of U.S. arbitration law. *Miami Arbitration Reports*, Miami, v. 1, n. 2, 10.03.2009, p. 3.

⁵⁹ SANTOS, Maurício Gomm; SMITH, Quinn. *Ob. cit.*, p. 10.

⁶⁰ LOWENFELD, Andreas. *Ob. cit.*, p. 204.

⁶¹ O’ MULLAN. *Seeking Consistency in Judicial Review of Securities Arbitration: An Analysis of the Manifest Disregard of the Law Standard.* 64 *Fordham L. Rev.* 1121 (1995). p. 1135. *Apud* HWANG, Michael; LAY, Amy. *Ob. cit.*, p. 10.

for the Eleventh Circuit. No caso *Harbert Inn, LLC v. Hercules Steel Co.*⁶² (doravante, “*Hercules Steel*”), o Eleventh Circuit classificou de “frívolo” o recurso interposto pela parte que invocou o *manifest disregard of the law* como fundamento de anulação do laudo arbitral, e fez-lhe uma advertência nos seguintes termos:

Courts cannot prevent parties from trying to *convert arbitration losses into court victories*, but it may be that we can and should insist that if a party on the short end of an arbitration award attacks that award in court without any real legal basis for doing so, *that party should pay sanctions*. (grifos nossos)

No acórdão acima, o Eleventh Circuit invocou o poder que lhe é inerente para impor sanções (inclusive pecuniárias), mas asseverou que não iria condenar a referida parte em uma multa, por causa da ausência de pedido de condenação pela parte contrária. Mesmo assim, tal advertência obviamente teve imensa repercussão nos EUA.

Alguns meses após o julgamento de *Hercules Steel* pelo Eleventh Circuit, cortes do Alabama e da Flórida levaram a efeito a ameaça e impuseram uma condenação à parte que levianamente tentou anular uma sentença arbitral com base no argumento da *manifest disregard of the law*.

Primeiramente, o United States District Court for the Middle Court of Florida julgou o caso *SII Inest, Inc. v. Jenks*⁶³, em que condenou a parte pecuniariamente pelo seu frívolo intento de anular o laudo arbitral, com fulcro na Regra 11 do Federal Rule of Civil Procedure⁶⁴ (Rule 11 (b) (2) c/c (c) (2)). Algum tempo depois, o United States District Court for the Northern District of Alabama seguiu similar orientação ao julgar o caso *Rueter v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*⁶⁵. Com fulcro no dispositivo legal acima mencionado, aquele tribunal do Alabama condenou ao pagamento de multa a parte que ajuizou levianamente o pleito de anulação do laudo arbitral.

⁶² 441 F.3d 905, 913-914 (11th Circ. 2006).

⁶³ No. 08:05-CV-2148-T-23MAP, 2006 WL 2092639 at *6 9M.D. Fla. July 27, 2006.

⁶⁴ (b) Representations to the Court

By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper — whether by signing, filing, submitting, or later advocating it — an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances: (2) the claims, defenses, and other legal contentions are warranted by existing law or by a *nonfrivolous* argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law; (grifamos)

(c) Sanctions

(2) Motion for Sanctions. A motion for sanctions must be made separately from any other motion and must describe the specific conduct that allegedly violates Rule 11(b). The motion must be served under Rule 5, but it must not be filed or be presented to the court if the challenged paper, claim, defense, contention, or denial is withdrawn or appropriately corrected within 21 days after service or within another time the court sets. If warranted, the court may award to the prevailing party the reasonable expenses, including attorney's fees, incurred for the motion.

⁶⁵ 440 F. Supp.2d 1256 (N.D.Ala 2006).

1.1.2.3. Conclusão

Conforme exposto adrede, ainda resta indefinido se a manifesta desconsideração, pelo árbitro, do direito aplicável ao mérito da controvérsia continuará a ser reconhecido jurisprudencialmente nos EUA como um fundamento não-legislativo para a anulação da sentença arbitral doméstica norte-americana. Tal cenário persiste ainda hoje, mesmo após a aguardada decisão da Suprema Corte no caso *Hall Street v. Mattel*, que aparentemente poria fim à tormentosa discussão.

Talvez ainda mais incerto seja o futuro da posição adotada por alguns tribunais federais norte-americanos de fixar uma pena pecuniária à parte que frivolamente intenta anular um laudo arbitral doméstico invocando o *manifest disregard of the law*.

Por ora, resta-nos tão somente assistir ao desenvolvimento do assunto na jurisprudência daquele País.

1.1.3. Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Inicialmente, cumpre esclarecer que o *manifest disregard of the law* só é invocado na impugnação de sentenças arbitrais domésticas, não figurando nos EUA entre as hipóteses de recusa à homologação de uma sentença arbitral estrangeira⁶⁶.

Figurando os EUA entre os Estados-membros da Convenção de Nova Iorque, as únicas hipóteses que ensejam óbice ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras estão elencadas no taxativo rol do artigo V, *in verbis*:

⁶⁶ Farta é a doutrina a validar tal constatação. “That an award may be vacated on the ground that the arbitrator manifestly disregarded the law is traditionally a judicially created American doctrine applied in challenging *American domestic awards*, (...)”.(grifamos). HWANG, Michael; LAI, Amy. *Ob. cit.*, p. 5. “For the reasons given above, it must be deemed that the defence of ‘manifest disregard of the law’ is not one which can be made against *the enforcement of an award falling under the Convention* [Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução da Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, que entrou em vigor nos EUA em 29 de dezembro de 1970]”. JUNKER, Joel R.. The Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *California Western International Law Journal*, San Diego, n. 7, 1977, p. 237. Por sua vez, Michael Kronenburg, em livro específico acerca da jurisprudência norte-americana sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras nos Estados Unidos, assevera que o *manifest disregard of the law* é um argumento destinado às arbitragens domésticas realizadas naquele País, não podendo ser invocado em relação a arbitragens internacionais nos EUA. “In Anbetracht dieser Entscheidung kann die *manifest disregard of the law*-Doktrin für die Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit als bedeutunglos angesehen werden”. KRONENBURG, Michael. *Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in den USA. Die Rechtsprechung US-amerikanischer Gerichte*. Frankfurt am Main: Lang, 2001, p. 268-269. “Considerando estas decisões [prolatadas por tribunais federais norte-americanos em pleitos de anulação de sentenças arbitrais domésticas em que se invocou o *manifest disregard of the law*], a doutrina do *manifest disregard of the law* pode ser considerada insignificante para a prática da arbitragem internacional.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

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

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

- a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou
- b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Como se depreende do artigo acima transcrito, não há nenhuma hipótese que expressamente permita a recusa à homologação ou execução de um laudo arbitral estrangeiro em que o(s) árbitro(s) aplicou(aram) erroneamente o Direito local (no caso, o norte-americano) ao julgarem o mérito da controvérsia.

O único inciso que poderia remeter a esta ideia seria o do nº 2, alínea *b*. Assim, se a autoridade judicial competente constatar que a tal aplicação errônea resulta em violação à ordem pública dos Estados Unidos da América, talvez o laudo arbitral *sub examine* pudesse ter denegados seu reconhecimento ou execução naquele País.

Não temos conhecimento, contudo, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência norte-americanas, de registros de provimento a tal alegação. Assim, permitimo-nos concluir que, nos EUA, a homologação ou execução de uma sentença arbitral estrangeira não poderiam ser recusados em face do argumento de que o Direito norte-americano foi erroneamente aplicado ao mérito da controvérsia.

1.2 Reino Unido

“Commenting on judicial review of administrative actions and statutory arbitrations, Lord Denning once suggested that ‘Whenever a tribunal goes wrong in law, it goes outside the jurisdiction conferred on it and its decision is void. According to this view, since mistakes are not authorized, by definition they constitute an excess of authority. The logic of Denning’s position might, of course, be extended to commercial arbitration. The argument would run that arbitrators are never asked to commit error, and thus in making a mistake they go beyond their mission. Happily, the decision in *Lesotho Highlands* rejected such approach.”

(William W. Park)⁶⁷

1.2.1 Sentenças Arbitrais Domésticas

A legislação do Reino Unido destaca-se por ser uma daquelas a prever expressamente a possibilidade de se impugnar uma sentença arbitral doméstica com fulcro em um erro de direito. Embora se observem 3 (três) alterações na legislação britânica que trata da arbitragem (em 1975, 1979 e 1996, conforme veremos mais adiante), tal possibilidade sempre existiu, com algumas variações. E é por isso que se justifica, na presente tese, o estudo do tratamento conferido no Reino Unido aos laudos arbitrais domésticos que alegadamente apresentam um erro de direito.

1.2.2 A Arbitration Act de 1996

Atualmente, vige no Reino Unido a Arbitration Act editada em 17 de junho de 1996 (doravante, a “AA1996”), que se aplica no caso de a arbitragem ter sede na Inglaterra, no País de Gales ou na Irlanda do Norte⁶⁸.

A AA1996 prevê 3 (três) ações que podem ser ajuizadas perante o Poder Judiciário do Reino Unido para se atacar uma sentença arbitral prolatada ao cabo de uma arbitragem que teve sede em um dos países acima mencionados⁶⁹: (i) a *substantive jurisdiction challenge*, estabelecida no artigo 67, restrita à hipótese de o(s) árbitro(s) não ter(em) jurisdição sobre a

⁶⁷ PARK, William W. The Nature of Arbitral Authority: A Comment on Lesotho Highlands. *Arbitration International*, Londres, a. 4, v. 21, p. 483-492, 2005, p. 488.

⁶⁸ Section 2. (1) The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland.

Para exceções a este dispositivo, vide os n°s (2) e (3) do mesmo artigo.

⁶⁹ Curiosamente, apesar de a Escócia também fazer parte do Reino Unido, o artigo 2(1) da AA1996 exclui de seu âmbito de aplicação as arbitragens com sede no referido país.

controvérsia por ele(s) decidida⁷⁰; (ii) a *serious irregularity challenge*, cuja disciplina encontra-se no artigo 68; e (iii) a *appeal on question of law*, disposta no artigo 69. O prazo para ajuizamento de qualquer das três ações é de 28 (vinte e oito) dias, a contar da prolação da sentença arbitral⁷¹. Vale dizer que tais ações somente são cabíveis se seu autor demonstrar que esgotou todos os mecanismos prévios possíveis contra tal decisão⁷², seja na esfera arbitral (tais como recursos e revisões perante o(s) próprio(s) árbitro(s) ou perante o órgão interno competente da câmara arbitral⁷³) ou na própria esfera judicial, como a ação do artigo 57 da AA1996⁷⁴. Tendo em vista que as 2 (duas) ações que mais interessam a este estudo são aquelas elencadas nos itens (ii) e (iii) acima, debruçaremos-nos somente sobre estas na presente tese.

1.2.2.1 A *serious irregularity challenge*

⁷⁰ A definição de “substantive jurisdiction” é fornecida pelo artigo 82 (1) da AA1996, *in verbis*:

Section 82 – Minor definitions

(1) In this Part (...)

"substantive jurisdiction", in relation to an arbitral tribunal, refers to the matters specified in section 30(1)(a) to (c), and references to the tribunal exceeding its substantive jurisdiction shall be construed accordingly.

⁷¹ Section 70. - Challenge or appeal: supplementary provisions.

(1) The following provisions apply to an application or appeal under section 67, 68 or 69. (...)

(3) Any application or appeal must be brought within 28 days of the date of the award or, if there has been any arbitral process of appeal or review, of the date when the applicant or appellant was notified of the result of that process.

⁷² Section 70. - Challenge or appeal: supplementary provisions. (...)

(2) An application or appeal may not be brought if the applicant or appellant has not first exhausted -

(a) any available arbitral process of appeal or review, and

(b) any available recourse under section 57 (correction of award or additional award).

⁷³ Na Liverpool Cotton Association (doravante, “LCA”), por exemplo, os recursos porventura interpostos, ainda na esfera arbitral, contra a sentença prolatada ao cabo de uma arbitragem administrada pela LCA, é julgada pelo Technical Appeal Committee, cujos membros *ad hoc* são nomeados pelos Diretores da LCA.

⁷⁴ Section 57. - Correction of award or additional award.

(1) The parties are free to agree on the powers of the tribunal to correct an award or make an additional award.

(2) If or to the extent there is no such agreement, the following provisions apply.

(3) The tribunal may on its own initiative or on the application of a party -

(a) correct an award so as to remove any clerical mistake or error arising from an accidental slip or omission or clarify or remove any ambiguity in the award, or

(b) make an additional award in respect of any claim (including a claim for interest or costs) which was presented to the tribunal but was not dealt with in the award. These powers shall not be exercised without first affording the other parties a reasonable opportunity to make representations to the tribunal.

(4) Any application for the exercise of those powers must be made within 28 days of the date of the award or such longer period as the parties may agree.

(5) Any correction of an award shall be made within 28 days of the date the application was received by the tribunal or, where the correction is made by the tribunal on its own initiative, within 28 days of the date of the award or, in either case, such longer period as the parties may agree.

(6) Any additional award shall be made within 56 days of the date of the original award or such longer period as the parties may agree.

(7) Any correction of an award shall form part of the award.

O campo de aplicação da ação judicial enunciada no artigo 68 da AA1996⁷⁵ é o laudo arbitral que apresenta ao menos uma das “sérias irregularidades” elencadas nas alíneas (a) a (i) da Section 2 do referido artigo 68, irregularidade esta que causou ou causará uma “injustiça substancial” ao autor da ação mencionada. Cumpre ressaltar que a propositura de tal ação não pode ser afastada previamente pela vontade das partes. Como apontam Lawrence W. Newman e Grant Hanessian⁷⁶, “[u]nder English law (...) the right to apply to the court in the event of a serious irregularity *cannot be contracted out.*” (grifos nossos)

Dentre as hipóteses permissivas ao ajuizamento de tal ação, a que mais interessa à presente tese é aquela prevista na alínea (b) do artigo 68(2), que trata do excesso, pelo árbitro único ou tribunal arbitral, de seu poder jurisdicional. Neste caso, verifica-se que o(s) árbitro(s) ultrapassou(ram) o poder judicante que lhe havia sido conferida pelos litigantes. Comentando a relevância da ação mencionada no artigo 68(2), b da AA1996, William W. Park afirma⁷⁷:

A simple error is normally not subject to appeal, since the litigants have asked an arbitrator, not a judge, to decide the legal and factual merits of their disputes. By contrast, no court should recognize an award *failing beyond the arbitrator's authority*. Thus *some measure of judicial scrutiny over arbitral jurisdiction remains a vital safeguard to the integrity of the process, and constitutes an essential corollary to enforcement of legitimate awards.* (grifos nossos)

⁷⁵ Section 68. - Challenging the award: serious irregularity.

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court challenging an award in the proceedings on the ground of serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award. A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant -

- (a) failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal);
- (b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67);
- (c) failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties;
- (d) failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it;
- (e) any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers;
- (f) uncertainty or ambiguity as to the effect of the award;
- (g) the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy;
- (h) failure to comply with the requirements as to the form of the award; or
- (i) any irregularity in the conduct of the proceedings or in the award which is admitted by the tribunal or by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award.

(3) If there is shown to be serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award, the court may -

- (a) remit the award to the tribunal, in whole or in part, for reconsideration,
- (b) set the award aside in whole or in part, or
- (c) declare the award to be of no effect, in whole or in part. The court shall not exercise its power to set aside or to declare an award to be of no effect, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.

(4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

⁷⁶ NEWMAN, Lawrence W; HANESSIAN, Grant (ed.). *International Arbitration Checklists*. Nova Iorque: Juris, 2004, p. 175.

⁷⁷ PARK, William W. The Nature of Arbitral Authority: A Comment on Lesotho Highlands. *Arbitration International*, Londres, a. 4, v. 21, 2005, p. 483.

Sutton, Gill e Gearing⁷⁸, contudo, advertem que: “(...) ground (b) should never lead to the *re-examination of the merits* of the award.” (grifamos) E ilustram:

To give an example of an error which may be triggered under ground (b) the tribunal may exceed its powers by *appointing an expert to inspect the site of a property in dispute where such power is excluded in the arbitration agreement.* (grifos nossos)

Por derradeiro, cumpre oportunamente distinguir a ação prevista na alínea (b) daquela enunciada na alínea (e)⁷⁹, ambas do artigo 68(2) da AA1996. Embora bem parecidas, elas não se confundem: enquanto o primeiro dispositivo trata do excesso de poderes praticado pelo(s) árbitro(s); a alínea (e) disciplina o excesso de poderes praticado pela entidade arbitral ou similar. Conforme apontam Sutton, Gill e Gearing⁸⁰:

As to excess of powers by an arbitral institution (ground e) an arbitration agreement will often provide for the appointment of the tribunal by a *third party, usually an arbitral institution.* That institution would exceed its power of appointment, for example, by appointing a tribunal of three persons where the arbitration agreement specified a sole arbitrator⁸¹. That excess of powers would be an irregularity. (grifamos)

1.2.2.2. A *appeal on question of law*

O artigo 69 da AA1996 oferece às partes a possibilidade de comparecerem perante o Poder Judiciário a fim de apresentar uma *appeal on question of law*, sendo certo que a definição de *question of law* está no artigo 82(1) do mesmo diploma legal⁸². Quanto a tal definição, vale invocar a observação de Sutton, Gill e Gearing⁸³: “It does not include issues of foreign law, even if the tribunal proceeds on the basis that for all practical purposes English law is the same as the foreign governing law.”

Cumpre ressaltar que tal possibilidade é dispositiva, no sentido de que pode ser afastada por mútuo consentimento dos litigantes.

Para que a *appeal on question of law* seja admitida por uma corte estatal britânica, é necessário: (i) que todas as partes envolvidas concordem com sua interposição; ou (ii)

⁷⁸ SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. *Russell on Arbitration*. 23. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, p. 493.

⁷⁹ (2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant: (...)

(e) any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers;

⁸⁰ SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. *Ob. cit.*, p. 492.

⁸¹ Vale notar que este exemplo é dado pela House of Lords no julgamento do caso Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA and others, objeto de análise do item 1.II.4 *infra*.

⁸² Section 82 – Minor definitions

(1) In this Part (...)

"question of law" means:

(a) for a court in England and Wales, a question of the law of England and Wales, and

(b) for a court in Northern Ireland, a question of the law of Northern Ireland;

⁸³ SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. *Ob. cit.*, p. 506.

autorização da corte para tanto⁸⁴, a qual somente será concedida se presentes cumulativamente presentes as 4 (quatro) condições estabelecidas no artigo 69(3) da AA1996 de *a a d, in verbis*:

- (3) Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied
 - (a) that the determination of the question will substantially affect the rights of one or more of the parties,
 - (b) that the question is one which the tribunal was asked to determine,
 - (c) that, on the basis of the findings of fact in the award -
 - (i) the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or
 - (ii) the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt, and
 - (d) that, despite the agreement of the parties to resolve the matter by arbitration, it is just and proper in all the circumstances for the court to determine the question.

Vale destacar que a alínea *c* exige, alternativamente, que a decisão prolatada pelos árbitros seja “obviamente equivocada”⁸⁵ ou que a questão *sub examine* seja de importância pública geral e que a decisão arbitral ao menos abra margens a dúvida.

De acordo com o artigo 69(7) da AA1996, as medidas que o tribunal pode conceder em relação à sentença, ao examinar a *appeal on a question of law*, são (i) confirmá-la; (ii) emendá-la; (iii) remetê-la ao(s) árbitro(s) para sua reconsideração parcial ou total à luz do que o tribunal estatal tiver entendido; ou (iv) sua anulação parcial ou total. Vale notar que a própria lei diz que esta última hipótese somente ocorrerá quando o tribunal estatal entender que a hipótese (iii) acima não é efetivamente apropriada.

É de se notar que, muitas vezes, percebe-se que a ação judicial cabível, que o autor realmente deveria propor, seria a *appeal on question of law*, pois o autor nela pleiteia a correção de um erro de direito engendrado pelo(s) árbitro(s). Mas, por uma série de fatores, seu ajuizamento pode não ser possível (por exemplo, se as partes haviam expressamente excluído a possibilidade de propositura de tal ação ou se as partes tinham eleito uma câmara cujo regulamento exclui tal possibilidade, como o da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”)^{86 87 88}). E, neste caso, o autor acaba lançando

⁸⁴ Artigo 69(2) da AA1996.

⁸⁵ Como é intuitivo, a expressão “obviously wrong” é bastante vaga e ambígua, o que faz Sutton, Gill and Gearing indagarem, afinal: “what is obviously wrong?” SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. *Ob. cit.*, p. 513.

⁸⁶ Artigo 28(6). Toda Decisão obriga as partes. Ao submeter a controvérsia à arbitragem segundo o presente Regulamento, as partes comprometem-se a cumprir a Decisão sem demora e *renunciam a todos os recursos a que podem validamente renunciar.* (grifamos)

⁸⁷ Yves Derains e Eric A. Schwartz assim pronunciam-se sobre o assunto: “This [Article 28.6] should have the effect of preventing appeals against the Arbitral Tribunal’s findings of fact of law in jurisdictions where such appeals may still be permitted.” Em nota de rodapé a este trecho (nota nº 687), os autores fazem expressa referência ao artigo 69 da AA1996. DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. A Haia: Kluwer, 1998, p. 297.

⁸⁸ Tal hipótese é altamente discutível. Ora, o Regulamento de Arbitragem de muitas câmaras arbitrais estabelece, como a CCI, que a decisão dos árbitros é “final and binding”. Logo, caso assim se entenda, todas as vezes em que as partes optarem

mão da ação do artigo 68(2)*b*, sobre a qual nos debruçamos no item 1.II.2. 1. *supra*. Entretanto, a finalidade desta última medida não é a correção de um erro de direito. Por este motivo, percebe-se um número restrito de pedidos em que se dá provimento nas ações do artigo 68(2)*b*. Citem-se os comentários de Sutton, Gill e Gearing⁸⁹ sobre o assunto:

[I]t does not matter how significant the error is; no relief will be afforded under s. 68. The issue is not whether the [arbitral] tribunal has come to the right conclusion; the sole issue is whether it committed a serious irregularity resulting in a substantial injustice. (grifos nossos)

Ao comentar esta hipótese, William W. Park, por sua vez, assevera⁹⁰:

A party disappointed by an award will sometimes attempt a ‘backdoor’ appeal’, through arguments which depict the arbitrator’s mistake as an excess of authority rather than a contract misinterpretation. Errors of law in contract interpretation seem to lend themselves to being portrayed as excess of jurisdiction. (grifamos)

Para finalizar esta seção, cumpre invocar as sempre oportunas lições de Sutton, Gill e Gearing:

*Apart from applying to the court to challenge an award under s. 67 (lack of substantive jurisdiction) or s. 68 (serious irregularity), a party may be able to appeal to the court on a question of law arising out of an arbitral award. The right to appeal may be excluded by clear agreement and even if there is no exclusion agreement, which is often included by virtue of the parties choosing an institutional set of rules which contain a general exclusion of the right to appeal, there are a number of restrictions on the right to bring an appeal. Unless all the parties agree to the appeal, the appellant must obtain leave from the court, which will only be given if the court is satisfied on certain specific matters, (...). A further restriction is that appeals can only be brought on questions of English law: this automatically rules out appeals on the great many international arbitrations seated in London pursuant to a foreign governing law. There restrictions mean that appeals on questions of law are often “dressed up” as challenges under s. 68 which can be brought as of right. (grifamos)*⁹¹

1.2.3 Breves notas sobre a legislação anterior (1950, 1975 e 1979)

pelas principais entidades arbitrais internacionais para administrarem suas arbitragens, elas estão (conscientemente ou não) abrindo mão da *appeal on a question of law* do artigo 69 da AA1996, reduzindo sobremaneira a possibilidade de ajuizamento de tal medida. A nosso ver, tendo em vista que, mediante o *exclusion agreement*, as partes estão renunciando ao direito de adotarem uma medida prevista em lei contra a sentença arbitral, acreditamos que tal acordo deveria ser expresso entre as partes, não sendo suficiente a genérica disposição encontrada em vários regulamentos. Aliás, é de se notar que tal entendimento é encontradiço na jurisprudência britânica. No caso *Essex County Council v. Premier Recycling Ltd.*, julgado em 09.03.2006, a Court of Appeal entendeu que a mera referência a “final and binding” que existia no regulamento da câmara arbitral não era suficiente para excluir a aplicação do artigo 69 (i.e., a *appeal on a question of law*). Extraído do site www.nadr.co.uk, consultado em 07.07.2009.

⁸⁹ SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. *Ob. cit.*, p. 485.

⁹⁰ PARK, William W. *Ob. cit.*, p. 485.

⁹¹ SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. *Ob. cit.*, p.cit.

Desde o primeiro diploma legislativo vigente no Reino Unido sobre Arbitragem, datado de 1950, verificam-se 3 (três) novas Leis de Arbitragem: de 1975, 1979 e, finalmente, a AA1996.

Não se insere no propósito da presente tese de Doutorado efetuar um estudo aprofundado de cada um dos textos legislativos acima mencionados. Por isso, nos concentraremos naquilo que realmente interessa ao presente trabalho: o poder conferido aos tribunais estatais para alterar ou afastar o laudo proferido pelo árbitro.

Mediante um breve exame dos três textos que antecederam à AA1996, percebe-se facilmente que o controle judiciário das sentenças arbitrais foi sendo progressivamente reduzido ao longo do tempo. De fato, percebe-se claramente na AA1996 a intenção do legislador de reduzir sobremaneira as possibilidades de abusos que poderiam ser praticados sob a égide da lei de 1979 (na qual, vale dizer, tais possibilidades já haviam sido consideravelmente abreviadas em relação aos diplomas anteriores).

Até porque, como é de se esperar, a própria previsão de um recurso ao Poder Judiciário com vistas à impugnação da sentença – sobretudo com fulcro num erro de direito (artigo 69 da AA1996) - tem sido altamente criticada. Tal disposição não consta de muitas legislações internas e tampouco da Lei-Modelo da UNCITRAL. Entretanto, a doutrina do Reino Unido considera conveniente a manutenção de tal previsão. Cite-se, dentre todas, a impressão de Sutton, Gill and Gearing⁹² sobre o assunto:

A necessary provision? The very existence of s. 69 has been criticized in some quarters as being an unwarranted encroachment on the powers of the tribunal to decide the case as they see fit. (...) However, in most quarters, the provision is accepted as a necessary compromise between the desire to entrench arbitral authority on the one hand, and the desire on the other to continue the development of the body of English commercial law, with the link between the courts and tribunal remaining in place. There is no equivalent provision in the Model Law; this provision was derived very substantially from s. 1 of the Arbitration Act 1975, (...). (grifos no original)

Acerca do artigo 69 do que, naquela época, era o Projeto da AA1996, o Departmental Advisory Committee on Arbitration Law (o “DAC”) asseverou ao Parlamento Britânico, ainda na fase da promulgação do projeto:

[T]here is no doubt that *our law has been subject to international criticism* that the courts intervene more than they should in the arbitral process, thereby tending to frustrate the choice the parties have made to use arbitration rather than litigation as the means for resolving their disputes. Nowadays the courts are much less inclined to intervene in the arbitral process than used to be the case. (...) [T]he courts nowadays generally only intervene in order to support rather than displace the arbitral process. We are very much in favour of this modern approach (...). (grifos nossos)

⁹² SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. *Ob. cit.*, p. 506.

Cabe mencionar, ademais, desde 1979 constata-se também o intuito de fazer de Londres uma sede mais atrativa para as arbitragens internacionais. Por isso, é que a Arbitration Act de 1979 foi o primeiro diploma legislativo do Reino Unido a dispor sobre o *exclusion agreement* (por meio do qual as partes refutam a possibilidade de apelarem da sentença arbitral) mantido posteriormente na AA1996, na parte inicial do artigo 69(1)⁹³. O *exclusion agreement* foi um forma encontrada pelo legislador britânico para minorar, na seara internacional, a repercussão negativa de se ainda conservar um dispositivo como o do artigo 69.

Assim, as poucas hipóteses ainda existentes de controle judiciário da sentença arbitral no Reino Unido restringem-se hoje apenas aos artigos 67 a 69 da AA1996.

Sobre o assunto, cumpre invocar a sempre oportuna lição de Andreas Lowenfeld, que ufana o Direito do Reino Unido neste ponto ao compará-lo com o Direito Norte-Americano, quando critica uma das decisões prolatadas no caso *La Pine v. Kyocera*, abordado no capítulo 1.I *supra*:

But the opportunity to appeal remains (...). If the court does grant leave to appeal, it may confirm the award, vary the award, remand the award to the arbitral tribunal, or set the award aside in whole or in part. The parties may, however, enter into an exclusion agreement, thereby eliminating the possibility of appeal. Thus the compromise in the current English law is the opposite of what the U.S. court upheld in the La Pine case. *In the English practice for international arbitrations, the parties can opt out of the possibility of appeal. In the American practice, if La Pine becomes generally accepted, the parties will be able to opt in to an appeal procedure (...)*. (grifos nossos)

Por derradeiro, cumpre mencionar que a Arbitration Act de 1950 (doravante, a “AA1950”) não foi integralmente revogada pelas leis de 1975, 1979 ou sequer pela AA1996. É que, em teoria, a sua Parte II ainda permanece em vigor. O tema será analisado com mais vagar oportunamente, no item 1.II.5.

A jurisprudência britânica sobre o assunto. O caso *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA and others*

⁹³ Section 69. - Appeal on point of law

(1) *Unless otherwise agreed by the parties*, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings. An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the court's jurisdiction under this section. (grifamos)

Em 30 de junho 2005, a House of Lords julgou aquele que tem sido considerado, até a presente data, o mais relevante caso envolvendo o artigo 68(2) da AA1996 desde a promulgação desta: *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA and others*. O objeto do recurso interposto consistia em saber se os árbitros haviam excedido seus poderes nos termos do artigo 68(2)*b* da AA1996, conforme exposto mais detalhadamente a seguir:

1.2.4.1 Resumo dos fatos

Em 15 de fevereiro de 1991, a Lesotho Highlands Development Authority (doravante, “Lesotho Authority”) celebrou um contrato com um consórcio visando à construção da represa de Katse, em Lesoto. O consórcio, formado por 7 (sete) empresas de 5 (cinco) diferentes países (Reino Unido, África do Sul, Itália, Alemanha e França), recebeu a denominação de Highlands Water Venture (doravante, “Consórcio HWV”). O Direito de Lesoto foi eleito pelas partes para reger o contrato.

A cláusula 60(11)⁹⁴ previa que o loti (a moeda corrente em Lesoto, que era atrelada à Faixa Sul-Africana) seria a moeda do contrato e que, para fins de pagamento, a conversão entre o maloti⁹⁵ e determinadas moedas europeias ocorreria de acordo com a cláusula 72(1) do contrato⁹⁶, a qual congelou as taxas de câmbio no que tange a uma certa data. Elas foram subsequentemente ajustadas, por um acordo posterior, com taxas de câmbio específicas para cada moeda. A ideia de tal ajuste ulterior era, presumivelmente, proteger o governo de Lesoto da volatilidade do loti.

O contrato previa que as disputas porventura surgidas entre as partes deveriam ser solucionadas, em primeira instância, pelo engenheiro que seria oportunamente indicado pela Lesotho Authority. Caso as partes não ficassem satisfeitas com a solução aventada pelo engenheiro mencionado, elas poderiam recorrer à arbitragem, que seria administrada pela CCI em conformidade com seu Regulamento de Arbitragem.

Ao longo da execução do contrato, o custo do projeto elevou-se consideravelmente e o Consórcio HVM formulou diversos *claims* referentes ao reembolso de despesas adicionais, os

⁹⁴ 60(11). The currency of account shall be Maloti and for the purposes of payment, conversion between Maloti and the currencies stated in the Contract shall be made in accordance with the rates of exchange determined in accordance with Clause 72.

⁹⁵ Quando expressa em múltiplos valores, o loti se denomina “maloti”.

⁹⁶ 72(1) Payments to the Contractor shall not be subject to variations in the rates of exchange between Maloti and the foreign currencies that have been stated in the Contract. The rates of exchange to be used for the contract shall be the selling rates applicable at close of business of the Central Bank of Lesotho 42 days before the closing date for submission of tenders, which rates shall have been notified to the Contractor by the Employer prior to the submission of tenders and included in the Contract.

quais foram integralmente rejeitados pela Lesotho Authority e subsequentemente submetidos ao engenheiro por esta nomeado. Ele foi favorável à Lesotho Authority e, em seguida, a disputa foi submetida pelo Consórcio HVM à arbitragem sob os auspícios da Corte Internacional de Arbitragem da CCI.

Por oportuno, cumpre mencionar que, entre o marco final de vigência do contrato e a instauração da arbitragem, a Faixa Sul-Africana experimentou forte declínio e, via de consequência, o loti sofreu uma acentuadíssima desvalorização.

1.2.4.2 A sentença arbitral

Em 29 de setembro de 1999, foi firmado o termo de arbitragem, que reafirmou a previsão contratual de que o Direito aplicável ao mérito da controvérsia era o de Lesoto. Tendo em vista que a sede da arbitragem era Londres, os aspectos processuais da arbitragem seriam regidos pelo Direito do Reino Unido.

Duas das questões submetidas ao tribunal arbitral, expressamente consignadas no termo de arbitragem, eram: (i) a moeda em que deveria(m) ser expressa(s) a(s) sentença(s) arbitral(is), quais sejam a integral e eventuais sentenças parciais; e (ii) se deveriam ser pagos juros sobre qualquer montante porventura considerado devido. O termo de arbitragem trazia a seguinte disposição:

8.1 The tribunal shall have the power to make a partial, or interim, award on any issue or matter before making a final award. Any such award or awards shall to the extent to which the tribunal considers to be appropriate, *specify a single net amount* (if any) to be paid by one party to the other, having regard both to the claimants' claim[s] and the respondent's counter-claim. (grifos nossos)

Cerca de dois anos e meio após a lavratura do termo de arbitragem, o tribunal arbitral proferiu uma sentença parcial a favor do Consórcio HVM, na qual os árbitros consideraram que a Lesotho Authority devia ao consórcio vários montantes com fulcro no contrato entre 01 de julho de 1996 e 01 de julho de 1997. No que tange às questões (i) e (ii) do termo de arbitragem acima referidas, os árbitros decidiram o seguinte, em síntese:

- questão (i) do termo de arbitragem:

the following sums, *expressed in Maloti*, [are] due to the appellants in respect of the claims:
(...)
The arbitrators decided that the partial award *should be expressed in European currencies* in the following proportions:

Currency	%
Italian Lira	26.34
UK Pounds	24.83
French Francs	32.12
Deutsche Marks	16.71
	100

[The] sums presently stated in Maloti should be converted in the same *ratio, inter se*, as the four European currencies are stated.

Os árbitros extraíram a proporção acima dos anexos A e O do contrato celebrado entre as partes. Já as taxas de câmbio dos valores expressos em maloti empregadas pelos árbitros foram aquelas previstas na cláusula 72 do contrato. Vale dizer: tais taxas de câmbio eram diversas daquelas praticadas à época da lavratura da sentença arbitral, pois eram aquelas utilizadas durante o cumprimento do contrato. E são, ressalte-se, anteriores ao colapso do loti.

Assim, percebe-se que a proporção e as taxas de câmbio adotadas pelos árbitros foram aquelas que as próprias partes haviam pactuado no contrato. Entretanto, a moeda que as partes haviam escolhido, no contrato, para os pagamentos era o loti e não, o euro e a libra britânica, conforme consta da sentença arbitral parcial, prolatada em 2002⁹⁷.

Para decidir desta forma, os árbitros invocaram o artigo 48(2)(4) da AA1996, que dispõe, *in verbis*:

Section 48. - Remedies

(1) The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal as regards remedies.

(2) *Unless otherwise agreed by the parties*, the tribunal has the following powers. (...)

(4) *The tribunal may order the payment of a sum of money, in any currency.* (grifos nossos)

Com esteio no dispositivo acima mencionado, os árbitros entenderam que a AA1996 atribui-lhes a possibilidade de estipular, na sentença arbitral, a moeda corrente que bem lhes aprouver para a enunciação das quantias por eles consideradas devidas. E ainda acresceram a este entendimento o seguinte: o loti foi a moeda que as partes estabeleceram, de comum acordo, para os *pagamentos* que deveriam ser feitos no curso do contrato. Já para a *prolação da sentença arbitral* as partes não estabeleceram nenhuma moeda corrente. Então, na opinião

⁹⁷ Os árbitros usaram as proporções aduzidas no contrato (que incluíam a lira italiana, os francos franceses, os marcos alemães e as libras britânicas). Todavia, quando a sentença arbitral parcial foi prolatada, o euro já era a moeda corrente que substituíra as três primeiras moedas citadas.

dos árbitros, as partes não “otherwise agreed” quanto à moeda corrente a ser estipulada na sentença arbitral para os montantes considerados devidos pelos árbitros. E, com isso, concluíram que eles detinham a faculdade estabelecida no artigo 48(4) da AA1996.

Por este raciocínio, a parte que teria de arcar com o ônus da desvalorização do loti seria a parte inadimplente, i.e., a Lesotho Authority, que não efetuou os pagamentos no devido tempo, ainda durante a vigência do contrato. Até porque, na época da prolação do laudo arbitral, o Consórcio HVM não mais precisava de maloti para pagar fornecedores e subcontratados envolvidos na construção da represa de Katse, uma vez que a obra já havia sido concluída.

- questão (ii) do termo de arbitragem:

Os árbitros invocaram a faculdade conferida pelo artigo 49(3) da AA1996⁹⁸, não obstante a previsão que constava da Cláusula 60(10) do contrato⁹⁹ e as disposições aplicáveis estabelecidas no Direito de Lesoto, para asseverar:

The tribunal therefore concludes, prima facie, that the power under section 49(3) to award simple or compound interest is available. The respondent, however, contended that the provisions dealing with interest under the contract constitute an agreement 'otherwise' which excludes the tribunal's powers under section 49(3). In the tribunal's opinion, section 60(10) of the contract cannot be read as covering the claimants' entitlement to interest upon an award given in these proceedings. The section expressly covers payments following certification. Necessarily, these proceedings are concerned with sums which have not been certified. The contention that section 60(10) effectively deprives the claimants of any interest on sums ultimately held to be due in arbitration proceedings in so far as it is at variance with any normal commercial practice, that the tribunal could not reach such a conclusion without clear words. No such clear words are to be found in the contract and the tribunal is satisfied that it was not 'otherwise agreed' by the parties for the purpose of section 49(2). Accordingly, the tribunal concludes that the power to award interest under section 49(3) is available. (grifos nossos)

Assim, o tribunal arbitral estipulou como marco inicial para a fluência dos juros a data em que cada montante devido pela Lesotho Authority deveria ter sido pago ao Consórcio

⁹⁸ (3) The tribunal may award simple or compound interest from such dates, at such rates and with such rests as it considers meets the justice of the case -

(a) on the whole or part of any amount awarded by the tribunal, in respect of any period up to the date of the award;

(b) on the whole or part of any amount claimed in the arbitration and outstanding at the commencement of the arbitral proceedings but paid before the award was made, in respect of any period up to the date of payment.

⁹⁹ 60(10). The amount due to the Contractor under any interim certificate issued by the Engineer pursuant to this Clause, or to any other term of the Contract, shall, subject to Clause 47, be paid by the Employer to the Contractor within 28 days after such interim certificate has been delivered to the Employer, or, in the case of the Final Certificate referred to in Sub-Clause 60.8, within 56 days, after such Final Certificate has been delivered to the Employer. Provided that any amount in respect of any claim as certified by the Engineer pursuant to Sub-Clause 53.5 shall be paid by the Employer to the Contractor within 182 days after the interim certificate has been delivered to the Employer. In the event of the failure of the Employer to make payment within the times stated, the Employer shall pay to the Contractor interest at the rate stated in the Appendix to Tender upon all sums unpaid from the date by which the same should have been paid, excepting in the case of any unpaid sums in respect of any claim where such interest shall be paid from 56 days after the delivery of the Interim certificate to the Employer. The provisions of this Sub-Clause are without prejudice to the Contractor's entitlement under Clause 69.

HMV. Ignorou, desta forma, não só a Cláusula 60(1) do Contrato, mas também o Direito de Lesoto, que estabelece o cômputo de juros somente a partir da prolação da sentença.

1.2.4.2 Os remédios judiciais

Na constância do prazo de 28 (vinte e oito) dias estabelecido pelo artigo 70(3) da AA1996¹⁰⁰, a Lesotho Authority ajuizou uma ação para afastar a sentença arbitral no que tange a dois de seus itens: a questão da moeda corrente em que foram fixados os montantes devidos e os juros fixados anteriormente à sentença. Os argumentos invocados pela Lesotho Authority foram a “lack of substantive jurisdiction”, do artigo 67 da AA1996 e “excess of powers” (uma das hipóteses de “serious irregularity”), prevista no artigo 68(2)(b).

Em primeira instância, o magistrado reconheceu a jurisdição dos árbitros e negou provimento a este pedido da Lesotho Authority. Quanto ao excesso de poderes, contudo, o juiz de primeiro grau entendeu que os árbitros realmente haviam incorrido em tal falta, ao (i) empregarem na sentença arbitral moeda diversa daquela que as partes haviam estabelecido; e (ii) estipularem juros em circunstâncias não permitidas pelo Direito de Lesoto. Assim, o juiz remeteu a sentença arbitral ao tribunal arbitral, para que corrigi-la segundo suas instruções nestes dois sentidos.

A Lesotho Authority recorreu à Corte de Apelações, com vistas à anulação da sentença arbitral. Em seu recurso, ela abandonou o pleito baseado no artigo 67 (“substantive jurisdiction”) e concentrou-se no “excess of powers” praticado pelos árbitros quanto à moeda corrente e aos juros anteriores à sentença. A Corte de Apelações manteve nos dois itens, por unanimidade, a decisão do juiz de primeira instância, nos seguintes termos aduzidos pelo Relator, Brooke LJ:

- quanto à questão da moeda corrente:

Section 48(4) does not create a free-standing power to choose whatever currency arbitrators might think appropriate when the terms of a contract are clear. (...) I therefore agree with the judge that the *arbitrators exceeded their powers when they thought that section 48(4) of the 1996 Act gave them any power to depart from what the parties had agreed*. I would therefore dismiss the appeal on the currency point. (grifamos)

- quanto à questão dos juros anteriores à sentença:

Where the law of a different jurisdiction, like the law of the Kingdom of Lesotho, confers a substantive right to interest *ex mora*, there is no room for any discretionary procedural power. (...) By article 7.2 of their terms of reference the arbitrators were bound to apply the law of the Kingdom of Lesotho to the substance of the dispute. That law was the law of the contract, and by that law the contractors were entitled as of substantive right to interest on

¹⁰⁰ Vide transcrição na nota 5 acima.

sums which they ought to have been paid, subject to the 'duplum' cap.(...) The arbitrators therefore exceeded their powers when they had recourse to what would have been their discretionary powers in section 49(3) to resolve a matter to which they should have applied the substantive law of the contract. (grifos nossos)

A Lesotho Authority recorreu novamente, desta vez à House of Lords (doravante, “HL”).

1.2.4.2.1 O julgamento pela House of Lords

No presente caso, a HL identificou as seguintes questões a serem por ela enfrentadas:

- (1)(a) Está correta a interpretação do artigo 48(4) da AA1996 que os árbitros empreenderam, no sentido de que eles realmente tinham poderes para fixar, na sentença arbitral, o montante da condenação na moeda em que escolheram?
- (b) Caso a resposta do item (a) acima seja negativa e a decisão dos árbitros monte a um erro de direito, isto constitui um excesso de poderes nos termos do artigo 68(2)(b) da AA1996?
- (2)(a) Está correta a interpretação do artigo 49(3) da AA1996 que os árbitros empreenderam, no sentido de que eles realmente tinham poderes para fixar juros anteriores à sentença arbitral como lhes aprouvesse e não precisavam observar a cláusula relevante do contrato ou o Direito de Lesoto neste particular?
- (b) Caso a resposta do item (a) acima seja negativa e a decisão dos árbitros monte a um erro de direito, isto constitui um excesso de poderes nos termos do artigo 68(2)(b) da AA1996?

O Relator do caso na HL, Lord Steyn, inicia seu voto com um breve histórico da legislação britânica sobre arbitragem, para exaltar os avanços introduzidos pela AA1996. Em seguida, Lord Steyn assevera que a Corte de Apelações não observou tais alterações efetivadas pela AA1996 e que, ao julgar o recurso que lhe foi submetido, a referida corte levou em consideração o regime legal anterior.

Assim, Lord Steyn respondeu afirmativamente à questão mencionada em (1)(a) acima, entendendo que a conduta dos árbitros estava de acordo com o artigo 48(4) da AA1996. Mas, para argumentar, Lord Steyn considerou que, mesmo que se entendesse que os árbitros tenham cometido um erro de direito, o recurso interposto à HL não seria o palco adequado para esta discussão. Afinal, a ação para se examinar eventual erro de direito é aquela enunciada no artigo 69 (*appeal on question of law*) e não, a ação em que o presente recurso foi interposto (68(2)(b) da AA1996). Vale transcrever alguns trechos do voto de Lord Steyn, que respondem ao item (1)(b) acima:

This required the courts below to address the question whether the tribunal purported to exercise a power which it did not have or whether it erroneously exercised a power that it did have. If it is merely a case of erroneous exercise of power vesting in the tribunal no excess of power under section 68(2)(b) is involved. There was no more than an erroneous exercise of the power available under section 48(4). The jurisdictional challenge must therefore fail. (...) An error, however gross, in the exercise of his powers does not take an arbitrator outside his jurisdiction and this is so whether his decision is on a matter of substance or procedure. (...)

[N]owhere in section 68 is there any hint that a failure by the tribunal to arrive at the "correct decision" could afford a ground for challenge under section 68. (...)

Até porque, a HL espousa o entendimento de que, ao optarem pela CCI para administrar seu procedimento arbitral, as partes abriram mão da “appeal on a question of law” prevista no artigo 69 da AA1996, já que o artigo 28.6 das Regras de Arbitragem da CCI¹⁰¹ equivaleriam, na opinião da HL, ao *exclusion agreement* contido na expressão “[u]nless otherwise agreed by the parties” da parte inicial do artigo 69(1) da AA1996¹⁰². Neste diapasão, não só a ação do artigo 68 não se presta a corrigir erros de direito, mas também as partes sequer poderiam pleitear tal correção perante o Poder Judiciário britânico (por meio da ação do artigo 69), porque simplesmente renunciaram à possibilidade de seu ajuizamento.

No que tange à estipulação, pelos árbitros, de juros anteriormente à sentença, a HL entendeu que os árbitros não excederam os poderes que lhe foram conferidos pelas partes. A HL considerou que a cláusula 60(1) do contrato não trazia uma expressa disposição sobre o assunto que pudesse corresponder às partes terem “otherwise agreed” sobre o tema. E, tendo em vista que o artigo 5(1) da AA1996¹⁰³ prevê que os acordos entre as partes só são efetivos se tiverem sido por escrito, não havia nenhum acordo entre os litigantes que obstasse a fixação de juros pré-sentença pelos árbitros. Ademais, para a HL não faz diferença se o Direito de Lesoto, eleito pelas partes para reger o mérito da disputa, tem alguma previsão neste sentido (i.e., se estabelece que os juros devem fluir somente a partir da data da sentença). Porque, na opinião dos Lordes, “[t]he law of Lesotho is not an agreement to the contrary in writing.”¹⁰⁴

Desta forma, a HL respondeu à questão aposta em (2)(a) acima. E, em seguida, asseverou, para argumentar, que ainda que estivesse incorreta a interpretação do artigo 49(3) da AA1996 empreendida pelos árbitros (que concluíram que eles se revestiam dos poderes para fixar juros conforme acreditassem mais apropriado à justiça do caso), aquela ação não

¹⁰¹ Vide a nota 20 *supra*.

¹⁰² Tal entendimento da HL tem sido alvo de críticas e não é uniforme na jurisprudência do Reino Unido. Vide a nota 21 *supra*.

¹⁰³ Section 5. - Agreements to be in writing.

(1) The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing. The expressions "agreement", "agree" and "agreed" shall be construed accordingly.

¹⁰⁴ Como é de se supor, tal entendimento da HL tem sido duramente criticado. *Data máxima* venia, não nos parece adequado que os árbitros tenham total liberdade para simplesmente ignorar o que dispõe o Direito que as partes elegeram. Além das considerações acerca da insegurança jurídica que pode advir deste entendimento da HL, vale citar o comentário de Adam Samuel tecida ao fim de sua análise do presente caso: “It is tempting to see this as a great ‘triumph’ for arbitration in England. However, a sense of unease remains. *Should arbitrators be allowed the temptation of riding rough-shod through choice-of-law provisions designed to help the parties settle their cases with some degree of certainty about the likely result?* (grifamos) SAMUEL, Adam. Lesotho Highlands: Denaturing an Arbitration Statute and an Express Choice of Law does not involve the arbitrator exceeding his powers. *Journal of International Arbitration*, A Haia, v. 23, n.3, 2006, p. 263.

poderia ser empregada para corrigir tal incorreção. Citem-se os seguintes trechos do voto de Lord Steyn:

By its very terms section 68(2)(b) assumes that the tribunal acted within its substantive jurisdiction. Section 68(2)(b) does not permit a challenge on the ground that the tribunal arrived at a wrong conclusion as a matter of law or fact. It is not apt to cover a mere error of law. This view is reinforced if one takes into account that a mistake in interpreting the contract is the paradigm of a "question of law" which may in the circumstances specified in section 69 be appealed unless the parties have excluded that right by agreement. In cases where the right of appeal has by agreement, sanctioned by the Act, been excluded, it would be curious to allow a challenge under section 68(2)(b) to be based on a mistaken interpretation of the underlying contract. Moreover, it would be strange where there is no exclusion agreement, to allow parallel challenges under section 68(2)(b) and section 69. (...)it must always be borne in mind that the erroneous exercise of an available power cannot by itself amount to an excess of power. A mere error of law will not amount to an excess of power under section 68(2)(b). (grifamos)

Lord Steyn asseverou também, interessantemente, que: “arbitration would not be binding if awards could be vacated simply because arbitrators misinterpreted the contract or imperfectly exercised their powers”. E, ao final do julgamento, concluiu:

For these reasons the Court of Appeal erred in concluding that the tribunal exceeded its powers on the currency point. If the tribunal erred in any way, it was an error within its power. (...) If the view of the Court of Appeal had been upheld, a very serious defect in the machinery of the 1996 Act would have been revealed. (grifos nossos)

Cumprе ressaltar que o caso foi julgado por maioria, tendo sido vencido o Lord Philipps of Worth Matravers no que tange à estipulação, pelos árbitros, do montante devido em moeda diversa daquela prevista no contrato.

1.2.5 Sentenças arbitrais estrangeiras

O Direito Britânico prevê dois regimes distintos para a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, conforme o caso aplicável. O primeiro está previsto na Parte II da AA1950, parte esta que não foi revogada pelas leis de 1975, 1979 nem de 1996. Tal parte II impõe observância ao Protocolo de Genebra de 1923. Ocorre, entretanto, que de acordo com o artigo 99 da AA1996, as sentenças arbitrais prolatadas ao cabo de arbitragens com sede em um dos Países-Membros da Convenção de Nova Iorque são regidas por esta última. Assim, a Parte II da AA1950 somente se aplicaria aos países que são parte do Protocolo de Genebra de 1923, mas que não o são da Convenção de Nova Iorque. Ocorre que hoje absolutamente todos os

países que são membros do Protocolo de Genebra também são membros da Convenção de Nova Iorque¹⁰⁵. Então, na prática, a Parte II da AA1950 não se aplica mais a nenhum caso.

O segundo regime está previsto nos artigos 100 a 104 da AA1996 e aplica-se a todos os Países-membros da Convenção de Nova Iorque (ou seja, quase todos do mundo), sendo a disciplina de execução prevista nos artigos mencionados idêntica àquela prevista na referida Convenção.

Cumprе ressaltar que este segundo regime (que, na prática, corresponde ao único existente hoje) aplica-se quando a sentença arbitral *tiver sido prolatada* (e não, teve sua sede) em um dos Estados-Membros da Convenção de Nova Iorque.

No Reino Unido, o pedido de *execução* (note que não se trata de homologação, que é dispensada no Reino Unido) é apresentado diretamente à High Court.

Ao receber o pedido de execução, a High Court profere uma *enforcement order* que é enviada ao Executado, que tem 14 (quatorze) dias para apresentar um pedido de *anulação* da referida ordem. Tal anulação (que, na prática, equivale a negar provimento à execução) somente pode ocorrer com base nas hipóteses do artigo 103 da Arb Act 1996, as quais cabe ao Executado provar. Tais hipóteses, repise-se, são exatamente iguais às do artigo V da Convenção de Nova Iorque.

Uma das objeções possíveis ao pedido de execução é a alegação de que o laudo arbitral ainda não é vinculante ou que foi anulado no Estado de sua prolação ou, ainda, foi suspensa (artigo V, nº 1, aliena *e* da NYC). A High Court pode suspender o processo de execução, caso tenha sido efetivamente ajuizada uma ação anulatória da referida sentença arbitral no país em que foi proferida. No caso de tal suspensão, entretanto, a High Court pode exigir do Executado a prestação de uma caução.

1.2.6 Conclusão

Ao final estas notas, permitimo-nos inferir que a legislação do Reino Unido possui, de fato, algumas medidas

as que visam à impugnar a sentença arbitral doméstica, dentre as quais se destaca a *appeal on a question of law*, voltada aos erros de direito cometidos pelo(s) árbitro(s). Entretanto, conforme vimos, o ajuizamento de tais medidas somente é permitido em circunstâncias estritas, sendo certo que a jurisprudência britânica não leva, como diz o ditado popular, “gato por lebre”. Como demonstrou a HL ao apreciar o caso *Lesotho Highlands Development*

¹⁰⁵ Para a lista completa de todos os 144 (cento e quarenta e quatro) Países que são membros da Convenção de Nova Iorque, consulte www.uncitral.org. Última consulta em 07.07.2009.

Authority v. Impregilo SpA and others, a ação do artigo 68(2)*b* da AA1996 não se presta a corrigir erros de direito, sendo tal finalidade exclusiva da ação enunciada no artigo 69 da AA1996. Tal julgamento pela HL apresenta alguns pontos controversos: (i) o fato de a HL considerar como *exclusion agreement* a previsão de muitos regulamentos de entidades arbitrais de que a decisão proferida pelo(s) árbitro(s) ser “final and binding”; e (ii) o entendimento de que as partes não podem recorrer ao Poder Judiciário britânico com vistas a afastar uma sentença arbitral em que o(s) árbitro(s) simplesmente ignoraram o Direito escolhido pelas partes para reger o mérito da arbitragem. Inobstante estes dois desluzes, contudo, a decisão da HL no caso acima referido parece condizente com as modernas perspectivas da arbitragem internacional.

Quanto à execução das sentenças arbitrais estrangeiras, parece-nos não haver qualquer tipo de remédio jurídico contra as sentenças em que se constate uma aplicação errônea do Direito daquele País ao mérito da arbitragem.

1.3 República Federativa da Alemanha

“Es besteht kein Zweifel darüber, dass das Schiedsverfahren ein *einstufiges jurisdiktionelles Verfahren* sein soll und die Unanfechtbarkeit des Schiedspruchs in der Sache zu den angestrebten Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit gehört.”
(Klaus Lionnet e Annette Lionnet)¹⁰⁶
(grifos nossos)

1.3.1 Introdução

A legislação alemã que trata da Arbitragem sofreu diversas modificações desde que o Zivilprozessordnung (“ZPO” – “Código de Processo Civil”) foi editado, em 30 de janeiro de 1877. Em 1986, seu Livro X, que versa sobre a Arbitragem, sofreu uma ampla reforma. Entretanto, foi apenas em 1998 que ele passou a adquirir as feições que hoje apresenta, quando a República Federativa Alemã adotou, quase que literalmente, a Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (doravante, a “LMU”). O Livro X do

¹⁰⁶ LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*. Stuttgart: Boorberg, 2005, p. 424. “Não subsiste dúvida de que o procedimento arbitral deve consistir em um procedimento jurisdicional de um degrau apenas e que a in anulabilidade da sentença arbitral está entre as mais almejadas vantagens que a arbitragem apresenta.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

ZPO é de tal forma similar à LMU que alguns autores chegam a afirmar que os dois diplomas são praticamente idênticos¹⁰⁷. Em alguns dispositivos do Livro mencionado, verificam-se também diversas semelhanças com a Convenção de Nova Iorque, o que nos permite concluir que as profundas modificações introduzidas na legislação alemã sobre arbitragem tiveram 3 (três) objetivos precípuos: adequá-la ao que vinha sendo praticado internacionalmente em sede de arbitragem, inserir definitivamente a Alemanha no cenário mundial da arbitragem e tornar aquele País uma sede atrativa para procedimentos arbitrais domésticos e internacionais.

Neste contexto, cumpre apontar que o Livro X do ZPO aplica-se à arbitragem que tenha sede na Alemanha, seja ela nacional ou internacional, conforme dispõe o § 1025 (1) do ZPO¹⁰⁸.

1.3.2 Sentenças arbitrais domésticas

Na Alemanha, assim como no Brasil¹⁰⁹, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos jurídicos da sentença judicial¹¹⁰. Isto vale tanto para a sentença arbitral doméstica, como para a estrangeira.

¹⁰⁷ Cite, dentre todos, David W. Rivkin, que se manifesta nos seguintes termos: “This is particularly true because Germany adopted the Model Law *without significant change and to apply to both domestic and international disputes.*” (grifamos) RIVKIN, David. W. Prefácio de BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Arbitration in Germany. The Model Law in Practice*. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2007, p.(iii).

¹⁰⁸ § 1025

Anwendungsbereich

(1) Die Vorschriften dieses Buches sind anzuwenden, *wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens im Sinne des § 1043 Abs. 1 in Deutschland liegt.* (grifamos)

Section 1025

Scope of application

(1) The provisions of this Book apply if the *place of arbitration* as referred to in section 1043 subs. 1 is *situated in Germany.* (grifamos)

A versão em inglês dos dispositivos do Livro X do ZPO empregadas na presente tese foram extraídas do CD-Rom organizado pela candidata que é parte integrante do livro ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, contendo legislação brasileira e estrangeira, convenções internacionais, regulamentos de instituições arbitrais e jurisprudência brasileira pós-lei de Arbitragem.

¹⁰⁹ Lei n 9.307/ 1996 - Artigo 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹¹⁰ § 1055 do ZPO

Wirkungen des Schiedsspruchs

Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

Section 1055

Effect of arbitral award

The arbitral award has the same effect between the parties as a final and binding court judgment.

O laudo arbitral alienígena será apreciado mais adiante. Trataremos, num primeiro momento, dos laudos arbitrais nacionais, compreendidos como aqueles proferidos ao cabo de uma arbitragem que teve sede na República Federativa Alemã, independentemente de onde tal laudo tenha sido efetivamente prolatado¹¹¹.

Na Alemanha, a sentença arbitral doméstica pode ser submetida a 2 (duas) modalidades de controle pelo Poder Judiciário, controle este que não deve ser considerado um *Rechtsmittel* (“recurso”) e sim, um *Rechtsbehelf* (“remédio jurídico”) que se destina apenas a averiguar se a sentença arbitral doméstica foi prolatada mediante a observância de certos requisitos (como o devido processo legal, por exemplo) e se pode ser executada. Assim, a parte que deseja recusar ou impugnar a sentença arbitral pode, perante o tribunal estatal alemão competente:

- (i) ajuizar uma *ação de anulação*, nos termos do § 1059¹¹² do ZPO; ou

¹¹¹ Examinaremos melhor o caráter doméstico de um laudo proferido ao fim de um procedimento arbitral em curso na Alemanha no item seguinte (1.III.2.1).

¹¹² §1059 Aufhebungsantrag

(1) Gegen einen Schiedsspruch kann nur der Antrag auf gerichtliche Aufhebung nach den Absätzen 2 und 3 gestellt werden.

(2) Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, wenn der Antragsteller begründet geltend macht, daß

a) eine der Parteien, die eine Schiedsvereinbarung nach §§ 1029, 1031 geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich maßgebend ist, hierzu nicht fähig war, oder daß die Schiedsvereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach deutschem Recht ungültig ist; oder

b) er von der Bestellung eines Schiedsrichters oder von dem schiedsrichterlichen Verfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist oder daß er aus einem anderen Grund seine Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht geltend machen können; oder

c) der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die in der Schiedsabrede nicht erwähnt ist oder nicht unter die Bestimmungen der Schiedsklausel fällt, oder daß er Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der Schiedsvereinbarung überschreiten; kann jedoch der Teil des Schiedsspruchs, der sich auf Streitpunkte bezieht, die dem schiedsrichterlichen Verfahren unterworfen waren, von dem Teil, der Streitpunkte betrifft, die ihm nicht unterworfen waren, getrennt werden, so kann nur der letztgenannte Teil des Schiedsspruchs aufgehoben werden; oder

d) die Bildung des Schiedsgerichts oder das schiedsrichterliche Verfahren einer Bestimmung dieses Buches oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat und anzunehmen ist, daß sich dies auf den Schiedsspruch ausgewirkt hat; oder wenn das Gericht feststellt, daß

a) der Gegenstand des Streites nach deutschem Recht nicht schiedsfähig ist; oder

b) die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (ordre public) widerspricht.

(3) Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, muß der Aufhebungsantrag innerhalb einer Frist von drei Monaten bei Gericht eingereicht werden. Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem der Antragsteller den Schiedsspruch empfangen hat. Ist ein Antrag nach § 1058 gestellt worden, verlängert sich die Frist um höchstens einen Monat nach Empfang der Entscheidung über diesen Antrag. Der Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs kann nicht mehr gestellt werden, wenn der Schiedsspruch von einem deutschen Gericht für vollstreckbar erklärt worden ist.

(4) Ist die Aufhebung beantragt worden, so kann das Gericht in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei unter Aufhebung des Schiedsspruchs die Sache an das Schiedsgericht zurückverweisen.

(5) Die Aufhebung des Schiedsspruchs hat im Zweifel zur Folge, daß wegen des Streitgegenstandes die Schiedsvereinbarung wiederauflebt.

- (ii) invocar, em sua defesa, os mesmos motivos que ensejam a ação de anulação nos autos do processo judicial em que se pleiteia o reconhecimento da sentença arbitral doméstica, conforme previsto no § 1060¹¹³ do mesmo diploma legal.

Logo, se a sede da arbitragem tiver sido na Alemanha, verifica-se que o Poder Judiciário alemão é competente tanto para anular a sentença arbitral doméstica, como para declarar

Application for setting aside

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with subsections 2 and 3 of this section.

(2) An arbitral award may be set aside only if:

the applicant shows sufficient cause that:

a) a party to the arbitration agreement referred to in sections 1029 and 1031 was under some incapacity pursuant to the law applicable to him; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under German law; or

b) he was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

c) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration; provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set

aside; or

d) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with a provision of this Book or with an admissible agreement of the parties and this presumably affected the award; or

the court finds that :

a) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under German law; or

b) recognition or enforcement of the award leads to a result which is in conflict with public policy (ordre public).

(3) Unless the parties have agreed otherwise, an application for setting aside to the court may not be made after three months have elapsed. The period of time shall commence on the date on which the party making the application had received the award. If a request had been made under section 1058, the time-limit shall be extended by not more than one month from receipt of the decision on the request. No application for setting aside the award may be made once the award has been declared enforceable by a German court.

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate, set aside the award and remit the case to the arbitral tribunal.

(5) Setting aside the arbitral award shall, in the absence of any indication to the contrary, result in the arbitration agreement becoming operative again in respect of the subject-matter of the dispute.

¹¹³ § 1060

Inländische Schiedssprüche

(1) Die Zwangsvollstreckung findet statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist.

(2) Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Aufhebungsgründe sind nicht zu berücksichtigen, soweit im Zeitpunkt der Zustellung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung ein auf sie gestützter Aufhebungsantrag rechtskräftig abgewiesen ist. Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 sind auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn die in § 1059 Abs. 3 bestimmten Fristen abgelaufen sind, ohne daß der Antragsgegner einen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs gestellt hat.

Section 1060

Domestic awards

(1) Enforcement of the award takes place if it has been declared enforceable.

(2) An application for a declaration of enforceability shall be refused and the award set aside if one of the grounds for setting aside under section 1059 subs. 2 exists. Grounds for setting aside shall not be taken application for a declaration of enforceability is served, an application for setting aside based on such grounds has been finally rejected. Grounds for setting aside under section 1059 subs. 2, no. 1 shall also not be taken into account if the time-limits set by section 1059 subs. 3 have expired without the party opposing the application having made an application for setting aside the award.

exequível a referida sentença arbitral, sem o quê ela não pode ser executada. Note-se que tal competência não leva em consideração o local em que a sentença tiver sido prolatada e sim, o local da sede da arbitragem¹¹⁴.

Acerca das consequências de se eleger um local no território alemão como sede da arbitragem, cabe invocar a apropriada observação de Klaus Sachs e Torsten Lörcher¹¹⁵:

Pursuant to § 1025 (1) ZPO, most of the German Arbitration Law only apply if the place of arbitration is located in Germany. (...) If the place of arbitration is, however, in Germany, the German arbitration law is fully applicable, in particular, its mandatory provisions. Second, the place of arbitration determines which state courts have jurisdiction with regard to the arbitral proceedings (§ 1062 (1) ZPO). Furthermore, the place of arbitration is crucial for the question whether an award qualifies as domestic or foreign, and therefore determines whether the recognition and enforcement of the award is governed by § 1060 ZPO (domestic awards) or § 1061 ZPO (foreign award. (...) *The place of arbitration and the applicable arbitration law is thus decisive for the question whether an arbitral award may be set aside, in particular which reasons for setting aside may be raised and which court has jurisdiction in this respect.*" (grifamos)¹¹⁶

Cumpra mencionar, por fim, que para os dois procedimentos judiciais cabíveis acima mencionados, o tribunal estatal alemão competente é a *Oberlandsgericht* (em inglês, "High Regional Court" e, doravante, "OLG") do local da sede da arbitragem. Entretanto, as partes podem atribuir, na convenção de arbitragem, tal competência a uma outra OLG. Logo, se as partes não tiverem apontado na convenção de arbitragem qual será a OLG competente pra a anulação, competente será a da comarca do local da sede da arbitragem, conforme preceitua o § 1062 (1) do ZPO¹¹⁷.

¹¹⁴ Neste particular, portanto, a legislação alemã difere da brasileira. O Poder Judiciário Brasileiro é competente para anular as sentenças arbitrais que tiverem sido *proferidas* no território nacional, as quais são tidas como domésticas, numa interpretação a *contrario sensu* do artigo 34, parágrafo único da Lei nº 9.307, de 1996, *in verbis*:

Artigo 34. (...)

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional. Assim, nada impede que a arbitragem tenha sede em determinado país e tenha o laudo arbitral proferido em outro país, como no Brasil, por exemplo. Neste caso, pelo Direito Brasileiro a sentença será brasileira e poderá ser anulada pelo Poder Judiciário pátrio. Sobre o assunto, vide VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem Interna v. Arbitragem Internacional: Breves Contornos da Distinção e sua Repercussão no Ordenamento Jurídico Brasileiro face ao Princípio da Autonomia da Vontade. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto (coord.). O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Prof. Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, p. 421-449, 2006.

¹¹⁵ Os autores redigiram o Capítulo V ("Conduct of Arbitral Proceedings") da obra BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. Cit.*, p. 298-299.

¹¹⁶ Sachs e Lörcher concluem sua anotação/ ponderação com uma conveniente advertência, da qual todo advogado que milita na seara da arbitragem internacional é amplamente ciente: "[w]hen determining the place of arbitration, the parties should bear in mind the consequences of their choice and are [ou diríamos, "are supposed to be"] well advised to take into account whether or not the legal system at the place of arbitration provides for an arbitration-friendly environment." *Ob. cit.*, p. 299.

¹¹⁷ § 1062

Zuständigkeit

1.3.2.1 Anulação da sentença arbitral doméstica

Antes de mais nada, cumpre repisar que ao Poder Judiciário alemão somente cabe anular uma sentença arbitral *doméstica* - assim entendida, como vimos, como aquela prolatada no âmbito de uma arbitragem sediada na Alemanha. No que tange aos laudos arbitrais estrangeiros, resta apenas ao Poder Judiciário germânico negar-lhe reconhecimento. Sobre o assunto, assim se manifesta Jens-Peter Lachmann: “Ausländische Schiedssprüche können entgegen dem Wortlauts des § 1062 ZPO nicht von deutschen staatlichen Gerichten aufgehoben werden.”¹¹⁸

No mesmo sentido, oportuna é a lição de Klaus e Annette Lionnet¹¹⁹:

Nur inländische Schiedssprüche können aufgehoben werden. (...) Die Aufhebung eines Schiedsspruchs kann immer *nur in den Land erfolgen, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, also im Land des Verfahrensortes*¹²⁰. Der Schiedsspruch ist hier ein “inländischer Schiedsspruch”. Im Ausland kann gegen den Schiedsspruch nur im Verfahren zur Vollstreckbarerklärung vorgegangen werden. *Es wäre undenkbar, dass die Gerichte im Ausland Schiedssprüche aufheben können, die nicht ihre Nationalität haben und damit nicht*

(1) Das Oberlandesgericht, das in der Schiedsvereinbarung bezeichnet ist oder, wenn eine solche Bezeichnung fehlt, *in dessen Bezirk der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens liegt*, ist zuständig für Entscheidungen über Anträge betreffend die Bestellung eines Schiedsrichters (§§ 1034, 1035), die Ablehnung eines Schiedsrichters (§ 1037) oder die Beendigung des Schiedsrichteramtes (§ 1038); die Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 1032) oder die Entscheidung eines Schiedsgerichts, in der dieses seine Zuständigkeit in einem Zwischenentscheid bejaht hat (§ 1040); die Vollziehung, Aufhebung oder Änderung der Anordnung vorläufiger oder sichernder Maßnahmen des Schiedsgerichts (§ 1041); die Aufhebung (§ 1059) oder die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs (§§ 1060 ff.) oder die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung (§ 1061). (grifos nossos)

Section 1062

Competence

(1) The Higher Regional Court ("Oberlandesgericht") designated in the arbitration agreement or, failing such designation, the Higher Regional Court *in whose district the place of arbitration is situated*, is competent for decisions on applications relating to the appointment of an arbitrator (sections 1034 and 1035), the challenge of an arbitrator (section 1037) or the termination of an arbitrator's mandate (section 1038); the determination of the admissibility or inadmissibility of arbitration (section 1032) or the decision of an arbitral tribunal confirming its competence in a preliminary ruling (section 1040); or the enforcement of the declaration of enforceability (section 1061). (grifos nossos)

¹¹⁸ LACHMANN, Jens-Peter. *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*. 3. ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2008, p. 521. “Sentenças arbitrais estrangeiras não podem, em violação ao conteúdo textual do § 1062 do ZPO, ser anuladas pelos tribunais estatais alemães.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹¹⁹ LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 409 e 408. “Somente sentenças arbitrais domésticas podem ser anuladas. (...) A anulação de uma sentença arbitral pode sempre ter curso apenas no local em que foi proferida, ou seja, no *local da sede da arbitragem*. No exterior, contra uma sentença arbitral somente se pode proceder ao seu pedido de reconhecimento. *Seria impensável que os tribunais estatais do exterior pudessem anular sentenças que não têm sua nacionalidade e não se submetem à sua soberania jurisdicional*. Neste caso, a sentença arbitral é uma “sentença arbitral estrangeira”. [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹²⁰ Na esteira da nota 7 acima, permitimo-nos discordar dos autores no sentido de que não é automática a conclusão de que o local da prolação da sentença arbitral é necessariamente o mesmo da sede da arbitragem. O entendimento de tais doutrinadores justifica-se, pois a parte final do § 1054(3) do ZPO traz expressamente tal presunção (“Der Schiedsspruch gilt als an diesem Tag und diesem Ort erlassen.”/ “The award shall be deemed to have been made on that date and at that place.”). No Brasil, diversamente, não há tal previsão expressa em lei. Assim, conforme mencionamos adrede, o país da sede da arbitragem pode não coincidir com o país da efetiva prolação da sentença arbitral.

ihrer Gerichtshoheit unterliegen. Der Schiedsspruch ist dort ein "ausländischer Schiedsspruch". (grifamos)

1.3.2.1.1 O § 1059(2) do ZPO

Os motivos que ensejam a anulação de uma sentença arbitral encontram-se basicamente no § 1059(2) do ZPO, que consiste em uma reprodução quase fiel¹²¹ do artigo 34, nº 2 da LMU¹²². Basta uma sucinta leitura dos dois dispositivos, para se verificar a notável semelhança entre eles, a qual é ostensivamente sublinhada pela doutrina alemã, aliás¹²³.

No que tange aos fundamentos de anulação da sentença arbitral, a adoção da LMU pela República Federativa da Alemanha correspondeu a uma grande guinada no sentido de realinhar o Direito Alemão de Arbitragem à prática internacional. Nas palavras dos Lionnet, “[d]iese Liste, die dem Art. 34 LMU entnommen ist, gilt als ‘*internationally accepted bases*

¹²¹ Acerca das poucas discrepâncias entre o § 1059(2) do ZPO e o artigo 34, nº 2 da LMU, Stefan Kröll e Peter Kraft, autores do Capítulo VII (“Recourse against Award”) do livro mencionado na nota 8 *supra*, asseveram: “Differences exist in relation to the shortened time-limits in cases where an application for correction or interpretation has been made and in relation to the absence of the possibility to stay the setting aside proceedings to allow the arbitral tribunal to remedy the alleged defects. Instead, § 1059 (4) ZPO explicitly foresees the remittance of the case to the arbitral tribunal after the award has been set aside.” BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.*, p. 439.

¹²² Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters

not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

¹²³ Citem-se, dentre todos, Klaus e Annette Lionnet: “Die Ablehnungsgründe sind im Model Law und der deutschen ZPO für beide Verfahren *völlig gleich geregelt.*” LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 408. “Os fundamentos de anulação são na Lei-Modelo e no Código de Processo Civil alemão regulados integralmente de forma idêntica.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

for attacking an award’.”¹²⁴ (grifamos). Stefan Kröll e Peter Kraft, por sua vez, destacam que a nova legislação germânica de arbitragem perpetrou uma completa reedição das hipóteses de anulação do laudo arbitral em relação à lei alemã anterior, cujo objetivo cardeal foi harmonizá-las com as hipóteses de recusa à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras¹²⁵. Tal propósito, aliás, deixa claro que o novo Livro X do ZPO buscou inspiração também na Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras da UNCITRAL, finalizada em 10 de junho de 1958 em Nova Iorque (a qual passará a ser referida também como “Convenção de Nova Iorque” ou simplesmente “NYC” ao longo da presente tese), ao elencar os fundamentos de anulação do laudo arbitral. Os Lionnet também ressaltam a identidade entre a NYC e o Livro X do ZPO, *in verbis*: “Sie [die Ablehnungsgründe] entsprechen den Gründen des Art. V Abs. 1 NYC zur Versagung der Annerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs.”¹²⁶ Na mesma linha, pronuncia-se Denis Solomon: “Die Aufhebungsgründe sind abschließend in Art. 34 Abs. 2 ModellG bzw. § 1059 Abs. 2 ZPO aufgezählt. Sie sind grundsätzlich identisch mit den Gründen, aus denen nach Art. V UNÜ die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs versagt werden.”¹²⁷ (grifamos)

Os motivos que ensejam a anulação do laudo arbitral interno na Alemanha são substancialmente taxativos. Nas palavras de Thomas Rauscher, Peter Wax e Joachim Wenzel, “[d]ie Aufzählung ist ebenso abschließend wie erschöpfend”.¹²⁸ Os autores empreendem uma interessante análise do termo “nur” (“somente”), não por acaso presente tanto no item (1)¹²⁹

¹²⁴ LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 410. “Esta lista, que foi extraída do artigo 34 da LMU, vale como ‘as bases internacionalmente aceitas para se atacar um laudo arbitral.’” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹²⁵ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.*, p. 440. Na mesma página, Kröll e Kraft destacam mais uma sensível alteração na ação de anulação alemã: enquanto, sob a égide da lei anterior, o pedido de anulação era ajuizado como uma ação e tomava a forma de um processo judicial (“Klageverfahren”), hoje ele é apresentado ao Poder Judiciário como um requerimento e a decisão é proferida sob a forma de ordem judicial (“Beschlussverfahren”).

¹²⁶ LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 408. “Eles [os motivos de anulação] correspondem aos motivos do artigo V, n° 1 da NYC para a recusa do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹²⁷ SOLOMON, Dennis. *Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. Munique: Sellier, 2007, p. 205. “Os motivos de anulação estão terminantemente enumerados no artigo 34, n° 2 LMU e respectivamente no § 1059(2). *Eles são basicamente idênticos aos motivos pelos quais, de acordo com o artigo V da NYC, o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral podem ser recusados.*” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹²⁸ RAUSCHER, Thomas; WAX, Peter; WENZEL, Joachim (coord.). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 3. §§ 946-1086. EGZPO – GVG – EGGVG – UklaG – Internationales Zivilprozessrecht*. 3. ed. Munique: Beck, 2008, cap. 7.I. § 4. “A enumeração é tanto conclusiva quanto exauriente.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹²⁹ § 1059 Aufhebungsantrag

quanto no item (2)¹³⁰ do § 1059 do ZPO. Aduzem os doutrinadores: “[a]bs. 1 betont hier zuerst das *Exklusivitätsprinzip* (...). Abs. 2 schließt daran das *Enumerationsprinzip* (...). Diese ‘Prinzipien der Dualität’ betont der umständlich anmutende Brückenschlag von Abs.1 auf Abs.2, der ModG Konzession ist.”¹³¹ (grifos nossos)

Assim, os autores de um dos livros de comentários ao ZPO mais consultados na Alemanha ressaltam a *exclusividade* presente no (1) do § 1059, aduzindo que somente pode ser ajuizada uma ação de anulação da sentença arbitral se tal ação estiver de acordo com os (2) e (3) do mesmo parágrafo). E assinalam também a *enumeração*, presente no (2), no sentido de que apenas em uma das hipóteses taxativamente elencadas nos itens 1 e 2 do (2) pode ser ajuizada tal ação.

Ademais, sendo *numerus clausus* o rol contido no § 1059(2) do ZPO, não é dada às partes a possibilidade de pactuar hipóteses outras que levem à anulação da sentença arbitral doméstica que não estejam compreendidas naquele dispositivo, ainda que tal pacto ocorresse antes mesmo do início da arbitragem. Aí se insere também o acordo, celebrado entre as partes, que permitisse a anulação da sentença com fulcro na incorreção da decisão pelo árbitro¹³². Como bem apontam os autores do Münchener Kommentar zur ZPO¹³³:

“So gibt es weder parteiautonom vereinbarter (Zusatz-) Gründe noch eine inhaltliche (staats-) gerichtliche Überprüfung jenseits der order public-Klausel: Verbot einer révision au fond (...) – keine Inhaltskontrolle des Schiedsspruches (...)”¹³⁴.” (grifos no original)

(1) Gegen einen Schiedsspruch kann *nur* der Antrag auf gerichtliche Aufhebung nach den Absätzen 2 und 3 gestellt werden. (grifamos)

Section 1059

Application for setting aside

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made *only* by an application for setting aside in accordance with subsections 2 and 3 of this section. (grifamos)

¹³⁰ (2) Ein Schiedsspruch kann *nur* aufgehoben werden, (...) (grifamos)

(2) An arbitral award may be set aside *only* if: (grifamos)

¹³¹ *Idem, ibidem*, cap. 7, II, §1. “O parágrafo 1 acentua aqui primeiramente o *princípio da exclusividade* (...). O parágrafo 2 encerra o *princípio da enumeração* (...). Estes ‘Princípios da Dualidade’ acentuam o aparentemente complicado liame entre os parágrafos 1 e 2, que é uma concessão da LMU.” (grifos nossos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹³² Nas palavras de Lachmann: “Eine Abrede der Parteien, wonach die *Aufhebungssgründe* dahin *erweitert* werden, dass das staatliche Gericht auch die Richtigkeit der Sachentscheidung des Schiedsgerichts überprüfen soll, *unwirksam* ist.” (grifos no original) LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. Cit.*, p. 521. “Um acordo das partes, por meio do qual os *fundamentos de anulação* fossem *ampliados*, para prever que o tribunal estatal também devesse examinar a correção do mérito da sentença arbitral, é *ineficaz*.” (grifos no original) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹³³ RAUSCHER, Thomas; WAX, Peter; WENZEL Joachim (coord.). *Ob. cit.*, p. 7, II, § 1. “Portanto, não podem existir nem motivos adicionais combinados pelas partes com base no princípio da autonomia da vontade, e muito menos um exame do conteúdo da sentença arbitral pelo tribunal estatal além da ofensa à ordem pública: a revisão do mérito é proibida – não há controle do conteúdo da sentença arbitral.” (grifos no original) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹³⁴ Sobre o “Verbot auf révision au fond” no Direito Alemão, nos debruçaremos mais adiante, no item 1.III.2.1.5. *infra*.

Lachmann¹³⁵, contudo, faz importante advertência sobre o assunto: diversa é a solução caso as partes convençionem que, se uma delas ou todas não ficarem satisfeitas com o laudo arbitral, qualquer delas poderá, num determinado prazo, comparecer a juízo para que o tribunal estatal *decida o litígio*. Ora, o tribunal estatal passará a decidir a controvérsia como se não tivesse havido decisão de outra autoridade jurisdicional (no caso, o tribunal arbitral) e, a partir daí, tal julgamento seguirá o trâmite normal de qualquer processo judicial. Neste caso, portanto, tal pacto será plenamente eficaz. Até porque, o exame empreendido pelo tribunal estatal não será em sede de ação anulatória, mas sim no âmbito de um verdadeiro processo de conhecimento.

De igual maneira, é defeso às partes excluir previamente, por mútuo consentimento, uma das hipóteses ou a própria propositura da ação de anulação contra a sentença arbitral a ser prolatada ao final da arbitragem realizada entre elas. Afinal, o dispositivo contido no § 1059(2) do ZPO reveste-se de natureza cogente. Conforme bem apontam Klaus e Annette Lionnet: “[d]ie Überprüfung des Schiedsspruchs im Aufhebungsverfahren darf den Parteien also nicht genommen werden.” Acrescentam os autores que tal exclusão, ainda que fosse possível, não seria aconselhável, absolutamente: “die Parteien mit einem Ausschluss des Aufhebungsverfahrens nichts gewinnen, aber viel verlieren.”¹³⁶

Kröll e Kraft, por seu turno, têm uma visão um pouco diferenciada do assunto, a qual vale mencionar aqui. Na opinião dos autores, somente existe vedação à exclusão quanto às duas últimas hipóteses enunciadas no § 1059(2) do ZPO, sobre as quais nos debruçaremos mais detidamente adiante: (i) arbitrabilidade objetiva segundo o Direito Alemão e (ii) ordem pública. Quanto aos demais casos, as partes poderiam renunciar a invocar um ou mais dentre eles para ajuizar uma ação de anulação¹³⁷.

¹³⁵ “Dass der BGH die Auffassung vertritt, die Parteien könnten in der Schiedsvereinbarung wirksam festlegen, dass das Staatliche Gericht innerhalb einer bestimmten Frist angerufen werden könne, falls eine von ihnen den Schiedsspruch nicht akzeptieren will, ändert an diesem Ergebnis nichts. In diesem Fall findet *kein Aufhebungsverfahren*, sondern ein regulärer Prozess statt, der in der ersten Instanz, in der Regel also beim Landgericht, beginnt.” (grifos no original) LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit., p. cit.* “Este resultado [de que é ineficaz qualquer pacto das partes no sentido de expandir os fundamentos de anulação] não se altera por conta da opinião esposada pelo BGH [Bundesgerichtshof] de que as partes poderiam, na convenção de arbitragem, eficazmente estabelecer que o tribunal estatal dentro de determinado prazo poderia ser demandado se uma delas não aceitasse a sentença arbitral. Neste caso, não ocorre um processo de anulação, mas sim um processo judicial regular, que começa em primeira instância na *Landgericht* [tribunal inferior à OLG, a qual é a competente para apreciar a ação de anulação.] [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹³⁶ LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 416. “O exame da sentença arbitral no processo de anulação não pode ser subtraído pelas partes.” “as partes nada ganham com uma exclusão do processo de anulação, mas perdem muito.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹³⁷ “The right to apply for the setting aside of the award as such may not be excluded by the parties in advance, i.e. before the arbitral proceedings have been started. In the light of the constitutionally required minimum

De qualquer forma, mesmo que não se permita a exclusão expressa, pelas partes, da propositura da ação anulatória num ou noutro caso, é certo que qualquer das partes pode simplesmente deixar de ajuizar a referida ação, ainda que se verifique um dos motivos que ensejam a anulação. Ocorreria, neste caso, uma renúncia *tácita* a tal propositura.

Cumpra trazer à baila mais uma questão acerca da taxatividade do rol contido no § 1059(2) do ZPO. Não à toa mencionamos acima que tal elenco é *substancialmente* taxativo. É que, em 02 de novembro de 2000, o Bundesgerichtshof (doravante, “BGH”) – “Federal Court of Justice”, que seria algo similar ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro¹³⁸ - julgou o caso IIIZB 55/99¹³⁹, no qual entendeu que mais uma hipótese, que não está arrolada no § 1059(2) do ZPO, poderia ser invocada com vistas à anulação de um laudo arbitral. Trata-se da violação ao § 826 do Código Civil Alemão (“Bürgerliches Gesetzbuch”, doravante “BGB”)¹⁴⁰, que faz referência à ofensa aos bons costumes.

control of the arbitral process such exclusion agreements are invalid. However, *this prohibition to exclude setting aside proceedings as such must be distinguished from the waiver of reliance on a particular ground*. The parties the two grounds listed in § 1059(2) No. 2 ZPO. They serve a public interest and cannot therefore validly be waived in advance. By contrast, reliance on the grounds in No. 1 may, in principle, be waived with the effect that applications based on such grounds have to be rejected as unfounded. (...) there is no need to protect parties which can evaluate the scope of their waiver.” (grifos nossos) BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.*, p. 440.

¹³⁸ Justifica-se, por oportuno, uma brevíssima palavra sobre o sistema judiciário alemão, extraída do site <http://www.bbgerman.com/german-judicial-system.html> consultado em 09 de agosto de 2009:

“The German Judicial system can be classified into three types of courts. These three types are: i) Ordinary court, ii) Constitutional court and iii) Specialized court. The Supreme Court of Germany is called the Federal Constitutional Court. i) Ordinary court: - The ordinary courts decide on criminal, civil and family legal matters. The ordinary courts are further classified into four levels: (i) the Local Court - basic level (“Amtsgericht”); (ii) the Regional Court (“Landgericht”); (iii) the Higher Regional Court (“Oberlandsgericht”) and (iv) the Federal Court of Justice - top level (“Bundesgerichtshof”).

In the Local Court, legal matters are decided by a single judge. The Local Courts administer all types of criminal matters. If they are serious, then there are up to two additional judges who assist the principal judge. Civil matters may or may not be registered with the Local Courts since they can be directly filed with the Regional Courts. Legal matters decided in the Local Courts can only be appealed to the next two levels of courts. There are many hundreds of Local Courts in Germany. The Regional Courts are above the local courts. The Regional Courts hand down judgments on criminal and civil matters. They also hand down judgments for criminal and civil matters on appeal from the local courts. Regional court judges are specialized in specific fields (e.g. criminal or civil). There are over one hundred regional courts in Germany.

The Higher Regional Courts are one level above the Regional Courts. These courts mainly rule on matters that have been appealed in the lower courts. They also decide on legal matters involving treason. The Judges in these courts are also classified according to their specialty, i.e. civil, criminal, etc. The Federal Court of Justice is the highest court where those cases heard in the Regional or Higher Regional Courts can be appealed. The Federal Court of Justice only rules on appeals of lower court decisions. It does not directly hear other legal matters.”

Ademais, um fluxograma com todas as instâncias judiciais da Alemanha pode ser consultado, em inglês, no site do Ministério da Justiça alemão: <http://www.bmj.bund.de/files/-/976/Schaubild%20Gerichtsaufbau%20-%20englisch.pdf>, acessado em 09.08.2009.

¹³⁹ A íntegra do acórdão pode ser obtida no site <http://www.bundesgerichtshof.de>. Consultado em 23.07.2009. Disponível também na *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)* 2001, p. 373-374.

¹⁴⁰ § 826 - Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung

Na opinião do BGH, pode-se anular uma sentença arbitral que tenha sido proferida mediante fraude processual, com fulcro no § 826 do BGB. No caso acima citado, assim se manifestou o tribunal:

Analog den in § 1059 Abs. 2 ZPO bezeichneten Aufhebungsgründen ist der Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs gemäß § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO abzulehnen, wenn zugunsten des Antragsgegners der Einwand der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung (§ 826 BGB) greift. (grifamos)^{141 142}

Cumpra mencionar que o § 138 (1) do BGB¹⁴³ preceitua que o ato jurídico contrário aos bons costumes é nulo.

Por fim, vale dizer que tal hipótese, jurisprudencialmente introduzida no ordenamento jurídico alemão pelo BGH, é de forma geral aceita pelos doutrinadores daquele País¹⁴⁴. Jens-Peter Lachmann¹⁴⁵, contudo, não concorda com esta ampliação empreendida pelo BGH e classifica de “problemático” o entendimento do referido tribunal, por entender que ele (i) amplia um rol que é categoricamente taxativo; e (ii) infringe o § 1026 do ZPO¹⁴⁶. Além disso,

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

§ 826 – Dano intencional contrário aos bons costumes

Quem, contrariando os bons costumes, intencionalmente causa dano a outrem, responde a este por perdas e danos. [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

Aqui, uma importante advertência revela-se necessária. Existe um site oficial do Ministério da Justiça Alemão, em conjunto com a Juris GmbH, em que há a tradução (teoriamente oficial, portanto), de diversos diplomas legislativos alemães para o inglês: <http://bundesrecht.juris.de>. Neste site, a tradução do § 826 do BGB faz, erroneamente, menção a “ordem pública”, em vez de a “bons costumes”, *in verbis*:

Section 826 - Intentional damage contrary to *public policy*

A person who, in a manner contrary to *public policy*, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage. (grifamos)

Extraído do site http://bundesrecht.juris.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#BGBengl_000P826, consultado em 14.07.2009. É importante ressaltar que “guten Sitten” corresponde a “bons costumes” em português e que a expressão alemã para “ordem pública” é “öffentliche Ordnung”, sendo também amplamente usada naquele País a expressão francesa “ordre public”.

À guisa de ilustração, cumpre observar que os comentários ao BGB de Jan Kropholler, no trecho dedicado ao § 826, não fazem qualquer referência à noção de ordem pública, somente à de bons costumes. KROPHOLLER, Jan. *BGB. Studienkommentar*. 7.ed. Munique: Beck, 2004, p. 596-597.

¹⁴¹“Em analogia aos motivos de anulação descritos no § 1059(2) ZPO, o pedido de declaração de exequibilidade da sentença arbitral, nos termos do § 1060 (2) n° 1 do ZPO, deve ser recusado *se, a favor do réu, a objeção alcança o dano doloso contrário aos bons costumes (§ 826 do BGB)*. (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁴² Conforme veremos no item 1.III.2.2, os motivos de anulação da sentença arbitral também podem ser invocados com vistas à recusa do pedido de declaração de exequibilidade de tal sentença.

¹⁴³ § 138

Sittenwidriges Rechtsgeschäft

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

Artigo 138. Ato jurídico contrário aos bons costumes

(1) Um ato jurídico que viola os bons costumes é nulo. [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

A mesma advertência que fizemos na nota 35 *supra* também vale para este parágrafo do BGB.

¹⁴⁴ Vide, por exemplo, LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 410.

¹⁴⁵ LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 523 3 559.

¹⁴⁶ § 1026

Lachmann acredita que a ideia de “bons costumes” insere-se na noção de ordem pública, sendo desnecessário criar jurisprudencialmente uma nova hipótese de anulação, se ela já se encontra abrangida no motivo enunciado no § 1059(2), nº 2, alínea *b*¹⁴⁷. Conclui o referido autor¹⁴⁸:

Es ist zu erwarten, dass die zitierte Entscheidung als Grundlage auch recht ‘windiger’ Versuche missbraucht wird, Schiedssprüche mit dem neuen Aufhebungsgund der Erschleichung ‘auszuhebeln’. Daher liegt es in der Luft, dass die Rechtsprechung sich früher oder später zu Eingrenzungen der geschildeten Grundsätze veranlasst wird.

Ainda quanto à enumeração, no § 1059(2) do ZPO, dos motivos que conduzem à anulação de uma sentença arbitral, os Lionnet observam o seguinte: na época dos trabalhos legislativos que levaram à promulgação do novo Livro X do ZPO, vislumbrou-se a possibilidade de se incluírem motivos outros além daqueles enumerados no artigo 34, nº 2 da LMU, tais como falso juramento no depoimento testemunhal ou pessoal da parte, suborno aceito pelo árbitro ou pela testemunha e a descoberta de novas provas ou fatos. Entretanto, como aduzem os autores, desistiu-se de tal intento, pois entendeu-se que todos estes fundamentos eram, de alguma forma, abrangidos pelos demais, principalmente pela ofensa à ordem pública (do qual trataremos com mais vagar adiante).¹⁴⁹

Dentre os motivos elencados no § 1059(2) do ZPO, pode-se estabelecer a seguinte classificação: os fundamentos previstos na primeira parte do referido dispositivo (“wenn der Antragsteller begründet geltend macht, daß”¹⁵⁰) referem-se a falhas processuais verificadas no curso da arbitragem e dependem de prova a ser produzida pela parte que o alega; já as hipóteses arroladas na segunda parte do enunciado legal (“wenn das Gericht feststellt, daß”¹⁵¹) podem ser declarados *ex officio* pelo tribunal. Estas últimas correspondem à

Umfang gerichtlicher Tätigkeit

Ein Gericht darf in den in §§ 1025 bis 1061 geregelten Angelegenheiten nur tätig werden, soweit dieses Buch es vorsieht.

Section 1026

Extent of court intervention

In matters governed by sections 1025 to 1061, no court shall intervene except where so provided in this Book.

¹⁴⁷ Examinaremos com mais profundidade esta opinião de Lachmann no item 1.III.2.1.5 *infra*.

¹⁴⁸ LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 560. “É de se esperar que a decisão citada venha a ser usada como base para tentativas juridicamente infundadas de anular sentenças com o novo motivo de anulação, de obtenção fraudulenta. Daí se conclui que a jurisprudência mais cedo ou mais tarde irá limitar as hipóteses de anulação com base nos princípios mencionados.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁴⁹ LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. cit. “Die Vorschläge wurden aber abgelehnt, weil die Auffassung vorherrschte, dass fast alle weiteren Gründe schon von den bestehenden Gründen, insbesondere der Verletzung des Ordre Public, erfasst werden.” (grifamos) “As propostas, contudo, foram recusadas, pois prevaleceu a opinião de que quase todos os outros motivos já estavam compreendidos nos motivos existentes, especialmente na violação à ordem pública.” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁵⁰ “the applicant shows sufficient cause that”

¹⁵¹ “the court finds that”

arbitrabilidade objetiva do litígio e à infração à ordem pública. Sobre elas, pronunciam-se Rauscher, Wax e Wenzel¹⁵²:

Die Gründe der Nr. 2 zu kontrollieren, obliegt dem Gericht: erforderlich ist, dass sie ‘das Gericht feststellt’ (ModG: ‘the court finds’). Hier wie dort hat der Staat ein ursprüngliches Eingeninteresse strikt zu wahren, das gestattet die Parallele.

Já quanto às primeiras hipóteses, cabe à parte autora provar adequadamente a sua existência na sentença arbitral. Tal mecanismo visa a garantir a segurança jurídica e a credibilidade na arbitragem. Conforme apontam Kröll e Kraft sobre as referidas hipóteses: “Their mere existence, even if apparent from the arbitral tribunal’s files, is not sufficient. The requirement of ‘showing sufficient cause’ is interpreted strictly by the courts”¹⁵³.

Os mesmos autores¹⁵⁴ acrescentam, contudo, que não se exige da parte autora a correta designação do fundamento que ela invoca para anular o laudo arbitral. Em atenção ao brocardo latino *jura novit curia*, ainda que uma parte nomeie equivocadamente o fundamento que ela está tentando provar, se o tribunal entender que tal fundamento está de fato presente na sentença arbitral, sua incorreta denominação pela parte não ensejará a recusa à anulação. A lição dos autores do Münchener Kommentar zur ZPO é neste mesmo sentido, *in verbis*: “Die Gründe Nr. 1 verlangen erhöhte [Partei-]Aktivität: sie müssen ‘begründet geltend [ge]macht werden (ModG: ‘the party ... furnishes proof’). Das meint aber nicht etwa die rechtlich korrekte Benennung des Aufhebungsgrundes (*iura novit curia*).”¹⁵⁵

1.3.2.1.2 Prazo

¹⁵² RAUSCHER, Thomas; WAX, Peter; WENZEL Joachim (coord.). *Ob. cit.*, cap. 7, II, § 5, nº 50. “É responsabilidade do tribunal estatal apreciar os fundamentos do número do § 1059 ZPO: é necessário que o referido tribunal constate o motivo que enseja a anulação (LMU: o tribunal estatal entenda). Aqui como lá o Estado tem um interesse próprio originário para garantir rigidamente que se permita o paralelo.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁵³ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.*, p. 448.

¹⁵⁴ “The applicant is required to submit the facts upon which its application is based, describe the relevant defect and specify which grounds for setting aside are fulfilled by these defects.” (...) However, in the light of the considerable overlap between the various grounds, as well as the differences in classifying the particular defects, it should be sufficient if the application contains the factual background and sets out broadly which provisions and principles have been violated. The exact legal classification is left to the court.” (...) It is generally possible to change one’s pleading from one ground for setting aside to the other in the course of the proceeding to set aside the award. Parties may also supplement and clarify the facts submitted.” (grifos nossos) BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.*, p. 449.

¹⁵⁵ RAUSCHER, Thomas; WAX, Peter; WENZEL Joachim (coord.). *Ob. cit.*, cap. 7, II, § 5, nº 51. “Os motivos do Nr. 1 exigem elevada atividade [da parte]: elas devem fornecer prova de que o(s) motivo(s) estão presentes. Isto não significa, contudo, que elas precisem apor a denominação jurídica correta para o(s) alegado(s) motivo(s) de anulação *iura novit curia*.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

No regime legal anterior, não havia prazo para o ajuizamento da ação de anulação. A parte que quisesse invocar os motivos que ensejam a anulação poderia esperar até que a outra parte começasse a execução da sentença, e só então decidir em qual processo ela iria se valer dos fundamentos de anulação: na ação de anulação propriamente dita ou na execução da sentença arbitral. A grande desvantagem disso era a insegurança jurídica e a incontestante falta de clareza acerca da inafastabilidade da sentença arbitral, que durava muito tempo para ocorrer. Para evitar este problema, o § 1059(3) do ZPO¹⁵⁶ adotou *ipsis literis* o prazo de 3 (três) meses estipulado no artigo 34, n° 3 da LMU¹⁵⁷.

Vale dizer que, segundo a maioria dos autores consultados no presente estudo¹⁵⁸, este prazo de 3 meses começa a fluir no *dia* do recebimento da sentença arbitral, sendo dispensada uma notificação formal para o início do decurso do prazo.

No caso de pedido de esclarecimento (os vulgar e erroneamente denominados “embargos arbitrais”), o prazo para a anulação da sentença arbitral é expandido, mas não mais do que 1 mês além do prazo original de 3 meses.

Importante ressaltar uma peculiaridade da legislação alemã sobre arbitragem neste particular: o prazo de 3 meses para o ajuizamento da ação anulatória é dispositivo, tendo em

¹⁵⁶ § 1059

(3) Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, muß der Aufhebungsantrag innerhalb einer Frist von drei Monaten bei Gericht eingereicht werden. Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem der Antragsteller den Schiedsspruch empfangen hat. Ist ein Antrag nach § 1058 gestellt worden, verlängert sich die Frist um höchstens einen Monat nach Empfang der Entscheidung über diesen Antrag. Der Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs kann nicht mehr gestellt werden, wenn der Schiedsspruch von einem deutschen Gericht für vollstreckbar erklärt worden ist.

Section 1059

(3) Unless the parties have agreed otherwise, an application for setting aside to the court may not be made after three months have elapsed. The period of time shall commence on the date on which the party making the application had received the award. If a request had been made under section 1058, the time-limit shall be extended by not more than one month from receipt of the decision on the request. No application for setting aside the award may be made once the award has been declared enforceable by a German court.

¹⁵⁷ (3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

¹⁵⁸ Lachmann e os Lionnet aduzem que o prazo começa a correr no mesmo dia em que a parte autora recebe a sentença arbitral. Já Kröll e Kraft dizem expressamente que o prazo somente começa a fluir no dia seguinte ao recebimento. A seguir, as respectivas citações:

LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 567. “Die Frist beginnt mit *dem Tag*, an dem der Antragsteller den Schiedsspruch *empfangen hat* (§ 1059 Abs. 3 Satz 2 ZPO).” (grifamos) “O prazo começa com o *dia* em que o autor da ação recebeu a sentença arbitral (§ 1059 (3) frase 2 do ZPO). (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 414. “Die Frist für das Auhhebungsverfahren beginnt mit *dem Tag*, an dem der Antragsteller den Schiedsspruch empfangen hat.” (grifos nossos) “O prazo para o processo anulatório começa com o *dia* e que o autor da ação recebeu a sentença arbitral.” (grifos nossos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.* p. 450.

“(…) the time will start to rum on the day after the award has been received.” (grifamos) “(…) o tempo começará a correr no dia seguinte àquele em que a sentença arbitral foi recebida.” (grifamos)

vista que as partes podem convencionar, antes do início da arbitragem, um prazo diverso daquele previsto no § 1059 (3) do ZPO (tanto para dilatá-lo como para reduzi-lo). Conforme bem aponta Denis Solomon, esta possibilidade de pactuação, pelas partes, de um prazo distinto para a propositura da ação de anulação foi consagrado no Direito Alemão, mas durante os trabalhos de elaboração da LMU – grande paradigma do Livro X do ZPO, ele chegou a ser cogitado, mas foi definitivamente rejeitado¹⁵⁹.

Por fim, cumpre mencionar que a estipulação de um prazo para a ação anulatória não vale para as duas hipóteses mencionadas na segunda parte do § 1059(2) do ZPO (arbitrabilidade objetiva e violação à ordem pública), em que a tal ação pode ser ajuizada a qualquer tempo. Esta é a opinião da doutrina alemã¹⁶⁰ e também do BGH, que no caso III ZB 55/99 *supra* referido, assim se manifestou:

Die Aufhebungsgründe des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sind im Verfahren der Vollstreckbarerklärung – von Amts wegen (...) – auch nach Ablauf der für den Aufhebungsantrag bestimmten Frist (§ 1059 Abs. 3 ZPO) zu berücksichtigen (...).¹⁶¹ (grifos no original)

1.3.2.1.3 Legitimidade *ad causam*

Na Alemanha, somente pode ajuizar a ação anulatória a parte que tenha sido negativamente afetada pela sentença arbitral, ou seja, uma parte cujos pedidos foram parcial ou integralmente rejeitados pelo tribunal arbitral. Vale ressaltar que uma decisão denegatória no que tange às custas e despesas da arbitragem¹⁶² ou quanto aos honorários já é suficiente para caracterizar a legitimidade *ad causam* da parte no que tange a este aspecto. Ademais,

¹⁵⁹ SOLOMON, Denis. *Ob. cit.*, p. 207.

¹⁶⁰ Podemos exemplificar com Lachmann: “Beide Gruppen werden verfahrensrechtlich unterschiedlich behandelt. Die von Amts wegen zu beachtenden Gründe unterliegen nicht der Verfristung und können auch erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren geltend gemacht werden.”, “Ambos os grupos são tratados processualmente de forma distinta. Os motivos que podem ser apreciados de ofício não se sujeitam a limitação de prazo e também podem ser, a princípio, provados pela parte que o alega.” LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 523 e Kröft e Krall: “In deviation from the Model Law, the expiry of the time-limit also excludes any reliance on the defects covered by § 1059(2) No. 1 ZPO in actions to have the award declared enforceable. (...), only a violation of public policy and the lack of arbitrability may still be raised [depois do decurso do prazo].” BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.* p. 451.

¹⁶¹ Extraído do site <http://www.bundesgerichtshof.de>, consultado em 23.07.2009. “Os motivos de anulação do § 1059(2), n° 2 do ZPO podem ser analisados *ex officio* no processo de declaração de exequibilidade também após o decurso do prazo definido para a ação anulatória (...).” (grifos no original). [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁶² Assim Carlos Alberto Carmona comenta as duas expressões acima: “T tecnicamente, o vocábulo *custas* serve para designar as despesas do processo ou os encargos dele decorrentes, fixados por lei, enquanto as *despesas* são os gastos advindos do processo com o pagamento de peritos, avaliadores, diligências, e outros encargos pecuniários consequentes do andamento do processo.” Adverte o autor, contudo, mais adiante: “o emprego das duas expressões (...) caracterizaria técnica pleonástica, justificável para evitar qualquer tipo de dúvida.” (grifos no original). CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 373.

como apontam Kröll e Kraft, “[t]hird party interveners may also initiate setting aside proceedings where they are negatively affected by the award”¹⁶³.

1.3.2.1.4 Alguns aspectos processuais relevantes

Segundo observam Kröll e Kraft, na Alemanha a ação anulatória é o único processo judicial relacionado à arbitragem em que a designação de audiência pelo tribunal estatal é obrigatória¹⁶⁴. Como a parte deve necessariamente ser representada por um advogado na audiência, é somente por isso que se verifica a indispensabilidade do advogado na ação de anulação, já que o pleito em si poderia ser ajuizado independentemente de advogado.

Uma vez deferida pelo tribunal estatal, a anulação da sentença arbitral opera efeitos *ex tunc*, como se jamais tivesse existido no ordenamento jurídico alemão.

Além disso, após ter sido declarada nula pelo tribunal estatal, a sentença não pode ser de forma alguma por este modificada, corrigida ou emendada¹⁶⁵. Entretanto, a sentença arbitral pode ser remetida ao tribunal arbitral, para que ele próprio a altere, nos termos do § 1059 (4)¹⁶⁶ do ZPO, que prevê a “Zurückverweisung” (“reenvio”). Ressalte-se que ela só pode ser remetida ao tribunal arbitral depois de necessariamente ter sido anulada pelo Poder Judiciário. Neste diapasão, revela-se oportuno invocar o § 1056(3) do ZPO¹⁶⁷, mediante o qual o *munus* do tribunal arbitral somente se encerra com o término da arbitragem. Quanto ao novo julgamento pelo tribunal arbitral, cumpre invocar a interessante observação de Lachmann: “Das Schiedsgericht ist den Parteien gegenüber verpflichtet, einen (...) *nicht*

¹⁶³ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.* p. 449.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 451.

¹⁶⁵ Aqui, o Direito Alemão difere do Britânico, pois conforme vimos no item 1.II.2.2 *supra*, no Reino Unido ao tribunal estatal é dado modificar ou corrigir o laudo arbitral submetido à sua apreciação na *appeal on a question of law*, conforme preceitua o artigo 69(7), alínea *b* da AA1996

¹⁶⁶ §1059

(4) Ist die Aufhebung beantragt worden, so kann das Gericht in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei unter Aufhebung des Schiedsspruchs die Sache an das Schiedsgericht zurückverweisen.

Section 1059

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate, set aside the award and remit the case to the arbitral tribunal.

¹⁶⁷ §1056 (...)

(3) Vorbehaltlich des § 1057 Abs. 2 und der §§ 1058, 1059 Abs. 4 endet das Amt des Schiedsgerichts mit der Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens.

Section 1056 (...)

(3) The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of sections 1057 subs. 2, 1058 and 1059 subs. 4.

aufhebbaren neuen Schiedsspruch zu erlassen.”¹⁶⁸ (grifamos) E, neste novo julgamento, a função dos membros deste permanece inalterada. O tribunal não precisa ser redesenhado, embora obviamente fique a critério das partes recompô-lo parcial ou integralmente¹⁶⁹.

Na esteira do exposto acima, dispõe o § 1059(5) do ZPO que a convenção de arbitragem sobrevive à anulação da sentença arbitral, a menos que as partes tenham disposto diversamente. Assim, mesmo que a sentença seja anulada, competente para julgar a controvérsia objeto de tal sentença continua sendo o tribunal arbitral, numa clara expressão dos efeitos positivo e negativo da sentença arbitral^{170 171}. Vale ressaltar que este dispositivo não possui similar na LMU, caracterizando-se como uma peculiaridade do Direito Alemão¹⁷².

1.3.2.1.5 A ofensa à ordem pública como fundamento para a anulação

O Direito de Arbitragem Alemão não prevê – no dispositivo pertinente, qual seja o § 1059(2) do ZPO - nenhuma hipótese que expressamente se refira ao exame do mérito da sentença arbitral a ensejar a anulação desta (distintamente do que ocorre no Reino Unido, conforme vimos no capítulo 1.II *supra*). Nas palavras de Kröll e Kraft: “As a first consequence – reiterated in § 1059(2) ZPO (‘only if’) – awards may not be set aside for grounds other than those enumerated in subsection 2. Thus, a review on the merits is impossible”. (grifos nossos)¹⁷³

¹⁶⁸ LACHMANN, Jens-Peter. *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*. 3. ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2008, p. 571. “O tribunal arbitral é obrigado perante as partes a *preferir uma nova sentença arbitral não anulável*.” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁶⁹ *Idem, ibidem, p. cit.*

¹⁷⁰ Em breves palavras, entende-se por efeito positivo da convenção de arbitragem a ideia de que, uma vez validamente pactuada esta, somente o(s) árbitro(s) tem(têm) competência para julgar a lide que se insere no âmbito de tal convenção. E, por efeito negativo, temos o “reverso da mesma moeda”: a referida lide é terminantemente subtraída da competência do Poder Judiciário.

¹⁷¹ Conforme assevera Lachmann, “[a]uf Seiten des Gesetzgebers kommt das weitere Anliegen hinzu, die staatliche Justiz zu entlasten.” *Idem, ibidem*, p. 570. “Percebe-se o interesse do legislador em desincumbir a justiça estatal.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁷² Sobre este ponto, permitimo-nos fazer uma pequena digressão: a sobrevivência da convenção de arbitragem, a nosso ver, a princípio poderia efetivar-se apenas se o motivo de anulação for qualquer do § 1059(2) do ZPO, exceto o previsto no n° 1, alínea *a* (a) a party to the arbitration agreement referred to in sections 1029 and 1031 was under some incapacity pursuant to the law applicable to him; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under German law; or), já que nesta hipótese o que enseja a anulação é a incapacidade de uma das partes e a inarbitrabilidade objetiva do litígio. Logo, tendo a sentença arbitral sido anulada por uma questão de inarbitrabilidade (subjéctiva ou objectiva), aquele litígio escapa da competência do juízo arbitral, devendo ser apreciado pelo Poder Judiciário. Aliás, é isto que a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei n° 9.307/96) preceitua em seu artigo 33, § 2°, inciso I. Se for nula a convenção de arbitragem, seja ela o compromisso ou a cláusula compromissória (numa interpretação extensiva do artigo 32, inciso I, que preceitua que é nulo o “compromisso”), o Poder Judiciário deve anular a sentença arbitral e não, determinar que o tribunal arbitral profira um novo laudo.

¹⁷³ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.*, p. 439.

Por conseguinte, dentre todos os motivos que ensejam a anulação de uma sentença arbitral na República Federativa Alemã, o que mais interessa à presente tese consiste na violação à ordem pública, estipulada no § 1059(2), nº 2, alínea *b* do ZPO¹⁷⁴. Afinal, como bem aponta Lachmann: Das Aufhebungsverfahren ermöglicht den staatlichen Gerichten (...) *eine Kontrolle der Sachentscheidung jedoch nur im Rahmen des ordre public*. Auch in diesem Rahmen ist eine Korrektur des Schiedsspruchs nur unter engen Voraussetzungen möglich. (grifamos)¹⁷⁵

Trata-se de uma das hipóteses que devem ser aferidas *ex officio* pelo tribunal estatal, o qual deverá anular a sentença arbitral doméstica caso constate que seu reconhecimento ou execução levará a um resultado que conflite com a ordem pública.

Esta hipótese de anulação não foi uma novidade introduzida pela reforma de 1998, pois já desde a legislação anterior já constava do Direito Alemão (§ 1044, *b*, parágrafo 2º, nº 2 do ZPO antigo, anterior à reforma de 1998).

Inicialmente, deve-se ressaltar que a ordem pública referida no § 1059(2), nº 2, alínea *b* do ZPO consiste na ordem pública alemã¹⁷⁶ e que esta deve ser compreendida de forma ampla, de maneira a compreender não só a ordem pública *nacional*, mas também a *internacional* daquele País¹⁷⁷, sendo certo que esta é bem mais restrita que aquela¹⁷⁸.

¹⁷⁴ § 1059(2)

wenn das Gericht feststellt, daß

(...)

b) die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (ordre public) widerspricht.

Section 1059

the court finds that :

(...)

b) recognition or enforcement of the award leads to a result which is in conflict with public policy (ordre public).

¹⁷⁵ LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 522. “O processo anulatório permite aos tribunais estatais um controle do mérito, *todavia somente no âmbito da ordem pública*. Também neste *a correção da sentença arbitral somente é possível sob rígidas condições*.” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁷⁶ Como bem apontam os Lionnet: “Der Maßstab für den Ordre Public ist primär *der Lex Fori zu entnehmen*.” (grifamos) LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 412. “A medida da ordem pública deve ser primariamente extraída da *lex fori*.” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA] No mesmo sentido, é a lição de Rauscher, Wax e Wenzel: “Gemeint ist hierbei die bundesdeutsche Binnenordnung.”. RAUSCHER, Thomas; WAX, Peter; WENZEL Joachim (coord.). *Ob. cit.*, p. 7, II, § 5, nº 41. “Aqui se trata do ordenamento jurídico interno da República Federativa Alemã.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁷⁷ Nas palavras de Lachmann: “Unter ordre public ist die *öffentliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, die auch den ‘ordre public international’ umfasst*.” (grifos no original) LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 549. “Sob [a epígrafe da] ordem pública, está *a ordem pública da República Federativa da Alemanha, que também abrange a ‘ordem pública internacional’*.” (grifos no original) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁷⁸ Acerca da diferenciação entre ordem pública nacional e internacional, inarredável é a lição de Jacob Dolinger em DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 398-400. Dolinger afirma que a ordem pública é una e indivisível, mas que tem aplicação em três níveis. O primeiro nível funciona no plano do direito interno, para garantir o império de determinadas regras jurídicas, impedindo que sua observância seja derogada pela vontade das partes. O segundo nível impede a aplicação de leis estrangeiras indicadas pelas regras de conexão do Direito

Ademais, a violação também pode ser aferida tanto sob a ótica da ordem pública material, como da processual¹⁷⁹. Por fim, podemos apontar que conceituar a ideia de ordem pública consiste em tarefa duríssima (não só na Alemanha, aliás)¹⁸⁰.

A doutrina alemã é unânime em afirmar que a ordem pública corresponde aos princípios fundamentais do Direito Alemão e que sua violação torna a sentença arbitral intolerável àquele ordenamento jurídico¹⁸¹. Unissona também é constatação de que não é qualquer violação de uma regra imperativa que pode ser rotulada como “ofensa à ordem pública alemã”; é necessário mais que isso¹⁸². É preciso que a norma violada tenha o *status* de

Internacional Privado, quando ofensivas aos princípios básicos da ordem jurídica do foro. Já o terceiro nível refere-se ao não-reconhecimento de direitos adquiridos no exterior. Sobre o assunto, vide também DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 90, p. 205-232, 1986 e DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública Internacional e seus diversos patamares. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 828, p. 33-42, 2004.

¹⁷⁹ “Systematisch kann man noch zwischen *materiellem* (art. 6 EGBG) und *prozessualen ordre public* (...) trennem. Die Maßstäbe dürften aber jeweils ähnlich sein.” (grifos no original) RAUSCHER, Thomas; WAX, Peter; WENZEL Joachim (coord.). *Ob. cit.*, p. 7, II, § 5, n° 42. “Sistematicamente pode-se ainda distinguir entre ordem pública *material* e *processual*. As medidas poderiam, porém, ser respectivamente parecidas.” (grifos no original) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁸⁰ Dentre todos os autores alemães, cite-se Lachman, que afirma que o critério para se caracterizar uma ofensa à ordem pública não é muito preciso. LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 550. E acrescenta: “Zum ordre public zählen dabei insb. die Grundrechte und die *guten Sitten*, alle Grundprinzipien des deutschen Rechts sowie ein Mindeststandard an Verfahrensgerechtigkeit.” (grifamos). *Idem, ibidem, p. cit.* Neste particular, é de se notar que Lachmann discorda do BGH, que ao julgar o caso III ZB 55/99, arrolou a ofensa aos bons costumes como uma hipótese autônoma a ensejar a ação de anulação. Para Lachmann, a infração aos bons costumes está compreendida na ideia de ofensa à ordem pública. “Para a ordem pública contam, principalmente, os direitos fundamentais e os *bons costumes*, todos os princípios básicos do Direito Alemão, bem como um padrão mínimo da justiça processual.” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁸¹ Exemplificadamente, citem-se os autores do Münchener Kommentar zur ZPO: “Das ‘public policy’ entspricht den ‘wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts’.” RAUSCHER, Thomas; WAX, Peter; WENZEL Joachim (coord.). *Ob. cit.*, p. 7, II, § 5. “A ordem pública corresponde aos princípios básicos fundamentais do Direito Alemão”. Em trecho subsequente, Rauscher, Wax e Wezel afirmam textualmente que sua violação torna a sentença arbitral intolerável ao ordenamento jurídico alemão. *Idem, ibidem*. Citem-se também os Lionnet: “Eine Ablehnung des Schiedsspruchs ist nur in begrenztem Maß möglich, z.B. wenn das Schiedsverfahren *so von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechtes abweicht*, dass ‘nach der deutschen Rechtsordnung das Urteil nicht als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden kann’, oder wenn schwere Mängel des Schiedsspruchs vorliegen, welche *‘fundamentale Rechtswerte berühren, die das Entscheidungsergebnis nicht mehr trag-und hinnehmbar erscheinen lassen’.*” (grifos nossos) LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 412-413. “Uma refutação à sentença arbitral somente é possível em restrita medida; por exemplo, quando o procedimento arbitral *devia-se tanto dos princípios básicos do Direito Processual Alemão*, que ‘de acordo com o ordenamento jurídico alemão a sentença não pode ser encarada como se tivesse sido proferida em um processo legal ordenado’, ou quando existem severas falhas na sentença arbitral *‘que tocam garantias jurídicas fundamentais, falhas estas que não permitem mais que o resultado da decisão pareça suportável e aceitável’.*” (grifos nossos) [TRADUÇÕES LIVRES DA CANDIDATA]

¹⁸² Sobre este ponto, vale invocar a lição de Kröll e Kraft: “(...) even for awards rendered in purely domestic cases, the *mere infringement of mandatory laws by itself does not necessarily constitute a violation of public policy. Not every mandatory provision forms part of public policy but only those rules which protect fundamental values.* According to the commonly used definition, public policy is only affected if the award or the procedure upon which it is based disregards mandatory laws [that] form the basis for a functioning public and economic life *and/or* violates the most basic notions and principles of German law. *The latter is only assumed if the award is likely to undermine confidence in the predictability of legal decisions generally and the*

essencial, fundamental àquele Direito e que sua infração corresponda a uma mácula às noções elementares de justiça alemã¹⁸³. Logo, o fundamento da ofensa à ordem pública deve ser empregado pelo tribunal estatal mediante a observância de limites rígidos, até para coibir excessos e abusos que não devem ser tolerados e que fogem totalmente à *mens legis* (da LMU, inclusive).

Diante do exposto, torna-se imperioso inferir que, na Alemanha, é fadado ao fracasso um pedido de anulação de sentença arbitral doméstica alicerçado no argumento de que a aplicação errônea, pelo tribunal arbitral, do Direito que rege o mérito da disputa viola a ordem pública.

Este é o parecer dos autores alemães que se debruçam sobre o tema, *in verbis*:

Allerdings ist diese *Kontrolle auf die ordre-public-Relevanz zu beschränken*. Sie darf nicht als Mittel eingesetzt werden, die Anwendung des materiellen Rechts auch außerhalb dieses Bereiches zu überprüfen.”¹⁸⁴ (grifos no original)

Eine Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen und der rechtlichen Würdigung findet im Verfahren über die Ablehnung des Schiedsprucns nicht statt. *Die Verletzung des materiellen Rechts stellt keine Verletzung des Ordre Public dar*. Zum Verbot der ‘révision au fond’ gehört auch die Frage, ob das Schiedsgericht den Sachverhalt richtig festgestellt oder Beweismittel falsch gewürdigt oder gar nicht berücksichtigt hat.¹⁸⁵ (grifos nossos)

[T]he notion of public policy has to be interpreted narrowly to avoid any abuse as a gateway to challenge an award on its merits. *The courts do not review whether the arbitral tribunal applied the law or at least its mandatory provisions correctly but merely whether the content of the award is such that its enforcement would be contrary to public policy*. That may be the case if the award is either contrary to those mandatory rules which protect the bases of the German public and economic order, or contrary to fundamental principles of law or otherwise infringes public order or good morals. (...) [O]nly gross violations of the principle of

reliability of arbitral procedures.” (grifamos) BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.*, p. 467-468.

¹⁸³ Por oportuno, citem-se as palavras de Lachmann sobre o tema: “Um einen Verstoß gegen den ordre public feststellen zu können, *bedarf es der näheren Konkretisierung derjenigen Grundsätze, die zur öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland zählen*. Dies sind - zunächst negativ abgegrenzt - *nicht alle zwingenden, der Parteidisposition entzogen Normen*. (...) Es steht fest, dass zum ordre public *alle wesentlichen, fundamentalen Normen und Rechtsgrundsätze* zählen. (...) Der ordre public umfasst sämtliche Normen des zwingenden Rechts, die die *Grundlagen des staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens berühren, sowie die elementaren Gerechtigkeitsvorstellungen*.” (grifos no original) LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 549-550. “Para se poder constatar uma ofensa à ordem pública, *é necessária a concretização mais pormenorizada daqueles princípios que contam para a ordem pública da República Federativa da Alemanha*. Estes não são – a princípio delimitados de forma negativa – todas as *normas cogentes*, que estão excluídas da disposição das partes. (...) É certo que contam para a ordem pública *todas as normas essenciais, fundamentais e os princípios jurídicos*. (...) A ordem pública compreende todas as normas imperativas de Direito, que tocam *as bases da vida estatal ou econômica, bem como as noções elementares de justiça*. (grifos no original) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁸⁴ LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 562. “Todavia, este *controle da relevância da ordem pública deve ser limitado*. Ele não pode ser utilizado para fora deste domínio, para também se examinar a aplicação do direito material.” (grifos no original) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁸⁵ LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 413. “Um exame das constatações de fato e da apreciação jurídica não ocorre no processo de recusa da sentença arbitral. *A ofensa do direito material não se apresenta como ofensa à ordem pública*. À proibição de revisão do mérito também pertence a questão, se o tribunal arbitral constatou corretamente o mérito ou se apreciou erroneamente as provas ou se não as tomou absolutamente em consideração.” (grifos nossos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

proportionality leading to an arbitrary decision fall within the narrow public policy ground. Thus, even awards which are *obviously wrong*¹⁸⁶ may only violate public policy if the infringement of the law has *reached a level which would seriously affect the principle of legal certainty and the confidence in arbitration*.¹⁸⁷ (grifamos)

Kein Verstoß [gegen die öffentliche Ordnung] ist (...) einer *fehlende*, unlogische bzw. Schlechthin unnachvollziehbare Begründung [des Schiedsspruches] (...).¹⁸⁸ (grifos nossos)

Assim, embora na prática seja quase irrefreável a tentação da parte vencida em buscar mais uma chance perante o Poder Judiciário, numa tentativa exasperada de invocar o argumento acima citado com vistas a emendar uma alega incorreção do tribunal arbitral ao aplicar o Direito cabível, verifica-se que os tribunais estatais alemães têm reiteradamente frustrado tal intento, conforme se depreende, exemplificadamente, dos dois casos abaixo referidos:

(i) OLG de Karlsruhe:

Caso que envolvia questão sobre o reajuste anual da aposentadoria da parte autora frente ao instituto de previdência, a qual havia sido decidida pelo tribunal arbitral (formado no seio do próprio instituto) em primeira instância e também pelo tribunal superior arbitral da mesma instituição em grau recursal. A autora ajuizou uma ação de anulação de ambas as sentenças arbitrais e para isso invocou a violação da ordem pública alemã pelos dois tribunais arbitrais, com fulcro no § 1059(2), nº 2, alínea *b* do ZPO. A referida ação foi apreciada pela OLG de Karlsruhe (caso nº 10 Sch 4/01¹⁸⁹), que teceu interessantes comentários sobre o conteúdo da expressão “ordem pública”:

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 2b ZPO, der der einzige Ansatzpunkt für eine allerdings sehr beschränkte inhaltliche Überprüfung des Schiedsspruchs ist (...), grundsätzlich restriktiv auszulegen ist und keiner ausdehnenden Auslegung fähig ist. (...)

Überprüft werden (...) nur, ob der angegriffene Schiedsspruch eine Norm verletzt, die die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens im Bund oder in einem der Länder in zwingender, dem Parteibelieben entzogener Weise regelt und nicht nur auf bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen beruht (...). Damit zählen zum ordre public alle wesentlichen fundamentalen Normen und Rechtsgrundsätze, die die Grundlagen des staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens berühren, sowie die elementaren Gerechtigkeitsvorstellungen (...). Zum ordre public zählen daher insbesondere auch die Grundrechte, (...).¹⁹⁰

¹⁸⁶ Neste ponto, a legislação alemã difere da do Reino Unido, conforme exposto no item 1.II.2.2 *supra* do presente trabalho, como disposto no artigo 69(3), alínea *c*, (i) da AA1996.

¹⁸⁷ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Ob. cit.*, p. 468.

¹⁸⁸ RAUSCHER, Thomas; WAX, Peter; WENZEL Joachim (coord.). *Ob. cit.*, p. 7, II, § 5, nº 46. “Não existe ofensa [à ordem pública] se se verifica uma motivação da [sentença arbitral] *errônea*, ilógica, improdutivo por excelência, respectivamente (...)”. (grifos nossos)

¹⁸⁹ Inteiro teor do acórdão enviado diretamente pela OLG Karlsruhe por e-mail à candidata em 27.07.2009.

¹⁹⁰ “Sobre isto, deve-se inicialmente chamar a atenção para o fato de que o motivo de anulação do § 1059(2), nº 2, *b* do ZPO, que é o único ponto para um exame do conteúdo da sentença arbitral, exame este com certeza

Ademais, a OLG de Karlsruhe afirmou categoricamente que a mera violação do Direito material aplicável à arbitragem (no caso, o Direito alemão), não conduz a uma violação da ordem pública daquele País, nos seguintes termos:

Auch eine bloße Verletzung des materiellen Rechts führt nicht zu einer Aufhebung, da ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung nicht schon deswegen bejaht werden kann, weil eine Entscheidung nicht paragraphengerecht ist (...).¹⁹¹

Assim, em 14 de setembro de 2001, a OLG de Karlsruhe negou provimento ao pedido de anulação, por não entender que as sentenças arbitrais violavam a ordem pública alemã.

(ii) OLG de Stuttgart

Caso referente à lide decidida por tribunal arbitral constituído no âmbito das Ligas de Licenciamento da Deutschen Fußballbundes (“Federação Alemão de Futebol”) sobre a licença da parte autora no que tange à temporada 2002/2003.

A parte vencida na arbitragem ajuizou o pedido de anulação com base no § 1059(2), n° 2, *b* do ZPO, alegando ofensa ao “Wahrheitspflicht” (“dever de verdade”) constante do § 138 do ZPO¹⁹², por conta das falsas declarações aduzidas por uma das testemunhas arroladas pela parte contrária. Tais declarações foram tomadas em consideração pelo tribunal arbitral e formaram parte da fundamentação do entendimento deste.

muito limitado, (...), deve ser interpretado basicamente de forma restritiva e não permite uma interpretação extensiva. (...) Somente se examina se a sentença arbitral atacada viola uma norma que toca os princípios obrigatórios da vida estatal ou econômica da República ou de um dos estados da Federação, que regula de forma subtraída da vontade das partes e que não só se refere a meras ponderações de conveniência (...). Com isto, contam para a ordem pública todas as normas fundamentais essenciais e princípios jurídicos, que tocam a vida estatal e econômica, bem como as noções elementares de justiça (...). Para a ordem pública contam, portanto, especialmente os direitos fundamentais, (...).”TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁹¹ “Também uma mera violação do direito material não conduz a uma anulação, pois uma ofensa à ordem pública já não pode ser por isso afirmada, pelo fato de a decisão não ser justa (...). [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁹² § 138 do ZPO

Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht

(1) Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.

(2) Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären.

(3) Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

(4) Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

O pleito foi julgado pela OLG de Stuttgart (caso nº 1 Sch 8/02¹⁹³), cujos pertinentes comentários sobre a ordem pública vale transcrever aqui:

Es kann auch nicht der Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Ziff. 2 lit. b ZPO festgestellt werden. Ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung ("ordre public") ist im Blick auf die Entscheidungsfindung des Schiedsgerichts nicht gegeben. *Der Aufhebungsantrag ist kein Rechtsmittel zur Überprüfung der sachlichen Richtigkeit des Schiedsspruchs. Nur in extremen Ausnahmefällen, wenn die Hinnahme des Schiedsspruchs als unerträglich zu werten wäre, greift der "ordre public" ein.* Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor.
 (...) Das vom Antragsteller dem Zeugen S. vorgeworfene betrügerische Vorgehen ist nicht geeignet, einen Verstoß gegen den ordre public zu belegen. ¹⁹⁴(grifamos)

Tendo em vista o acima exposto, a OLG de Stuttgart negou provimento ao pedido de anulação em 16.07.2002.

1.3.2.1.6 Aplicação errônea do Direito como violação processual? O entendimento de Menno Aden

No que tange à aplicação errônea do Direito escolhido pelas partes para reger o mérito de sua arbitragem, há uma posição minoritária na Alemanha que deve ser considerada no presente estudo. Trata-se do entendimento de Menno Aden, que já desenvolveu a ideia em diversas de suas obras¹⁹⁵. Como os demais doutrinadores de seu País, Aden também entende que a aplicação errônea do Direito pelo tribunal arbitral não pode ser considerada uma ofensa à ordem pública e não se enquadraria no § 1059(2), nº 2, *b* do ZPO. Mas, ele invoca um outro dispositivo do mesmo § 1059(2) do ZPO para defender a anulação da sentença arbitral neste caso; trata-se do nº 1, alínea *d*, *in fine*: o procedimento arbitral não estar em conformidade com a convenção de arbitragem e isto ter presumivelmente afetado a sentença arbitral.¹⁹⁶

¹⁹³ Inteiro teor do acórdão extraído do site <http://lrhw.juris.de>, consultado em 28.07.2009.

¹⁹⁴ “Não se pode tampouco constatar a hipótese de anulação do § 1059(2), nº 2, *b* do ZPO. Uma violação à ordem pública não ocorreu, sob a ótica da decisão do tribunal arbitral. *O pedido de anulação não é um recurso para a análise da correção do mérito da sentença arbitral. Somente em extremos casos excepcionais, quando se aceita que a sentença arbitral seria considerada insuportável, alcança-se a ordem pública.* Tal caso excepcional não existe [no presente processo]. (...). A acusação feita pelo autor de que a testemunha S. teria procedido fraudulentamente não é adequada para se comprovar uma ofensa à ordem pública. (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁹⁵ Neste sentido, vide os livros: ADEN, Menno. *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*. Munique: Beck, 2003, p. 60-61. ADEN, Menno. *Internationales Privates Wirtschaftsrecht*. Munique: Oldenbourg, 2006. E o artigo: ADEN, Menno. Fehlerhafte Rechtsanwendung als Verfahrensverstöß im Schiedsgerichtsverfahren. (no prelo, enviado por e-mail à candidata em arquivo eletrônico diretamente pelo autor).

¹⁹⁶ § 1059(2), nº 1

d) (...) das schiedsrichterliche Verfahren (...) *einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat und anzunehmen ist, daß sich dies auf den Schiedsspruch ausgewirkt hat*; oder
 Section 1059(2), no. 1

d) (...) the arbitral procedure was not in accordance with a provision of this Book or *with an admissible agreement of the parties and this presumably affected the award*, or; (grifamos)

Menno Aden propugna que, quando o tribunal arbitral aplicou erroneamente o Direito eleito pelas partes para reger a controvérsia, na verdade, ele cometeu uma infração processual que conduz à anulação do laudo arbitral nos termos do dispositivo acima referido. Isto porque, ao se calcar no Direito, eleito pelas partes, de forma incorreta, tal fundamentação (inexata) baseou toda a interpretação e análise do caso concreto pelo tribunal arbitral. Assim, um aspecto da arbitragem (na hipótese, a aplicação do Direito que rege a disputa) *não observou o disposto na convenção de arbitragem e afetou decisivamente a decisão* corporificada no *laudo arbitral*.

Aden invoca a “Geprägetheorie” (“teoria da gravação” ou “da cunhagem”) como substrato à sua ideia: ele diz que o Direito aplicável cunha, grava, imprime-se em toda a fundamentação da decisão do caso submetido ao tribunal arbitral. Se a cunhagem for errada, toda a fundamentação é deficiente e aí se verifica uma falha processual¹⁹⁷, a qual tem o condão de anular o laudo arbitral. Ele conclui, asseverando: “Die Entscheidung ist daher nur dann verfahrensrichtig, wenn sie vernünftig begründet ist und nachvollzogen werden kann.”¹⁹⁸

Trata-se, portanto, de uma posição doutrinária a se considerar, sobretudo pelo fato de inaugurar um novo viés para a análise da questão. Como mencionamos adrede, contudo, tal entendimento ainda consiste em um entendimento minoritário na doutrina alemã, ao qual nenhum dos outros autores citados neste estudo fez menção. Cumpre verificar se, no futuro, doutrinadores outros e/ou a jurisprudência germânica passarão a adotar a posição de Menno Aden aqui exposta.

1.3.2.2. Declaração de exequibilidade da sentença arbitral doméstica

Conforme mencionado no item 1.III.2 *supra*, resta à disposição da parte vencida em uma arbitragem com sede na Alemanha mais um *Rechtsbehelf* (“remédio jurídico”) perante o Poder Judiciário Alemão: invocar, no âmbito do processo de declaração de exequibilidade da referida sentença (normalmente instaurado pela parte vencedora da arbitragem), os mesmos motivos que ensejam a anulação da sentença arbitral, conforme franqueado pela parte inicial

¹⁹⁷ “Verfahrensrichtig ist danach ein Schiedsspruch nur dann, wenn seine Begründung von dem anwendbaren Recht geprägt ist.” ADEN, Menno. Fehlerhafte Rechtsanwendung als Verfahrensverstöß im Schiedsgerichtsverfahren. (no prelo). “Só é correta processualmente uma sentença arbitral quando sua fundamentação é cunhada pelo direito aplicável [corretamente].” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

¹⁹⁸ *Idem, ibidem*. “Assim, a decisão é, portanto, correta processualmente apenas se ela é sensatamente fundamentada e se puder ser compreendida”

do § 1060(2)¹⁹⁹. Esta sistemática também está presente no artigo 36 da LMU²⁰⁰, embora seja pertinente apontar que, na LMU, tal possibilidade vale tanto para as sentenças arbitrais domésticas, quando para as estrangeiras. Na Alemanha, conforme veremos mais adiante, as hipóteses de recusa ao reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira são aquelas previstas na NYC.

Cumpra esclarecer que não nos deteremos, neste item, a reexaminar os fundamentos de anulação da sentença arbitral, pois tudo o que foi mencionado anteriormente sobre o mérito das hipóteses arroladas no § 1059(2) do ZPO também se aplica ao pleito judicial ora *sub examine*. Apenas nos restringiremos a acrescentar que a hipótese jurisprudencialmente estabelecida pelo BGH (referente à violação aos bons costumes, preceituada no § 826 do BGB) também encontra amparo na ação de reconhecimento da sentença arbitral²⁰¹.

Primeiramente, revela-se imprescindível destacar que, na República Federativa da Alemanha, a sentença arbitral não é exequível por si só; ela só pode ser executada após ter sido declarada exequível pelo Poder Judiciário²⁰². Neste ponto, o Direito Alemão difere do

¹⁹⁹ § 1060

(2) Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. (...)

Section 1060

(2) An application for a declaration of enforceability shall be refused and the award set aside if one of the grounds for setting aside under section 1059 subs. 2 exists. (...)

²⁰⁰ Article 36. Grounds for refusing recognition or enforcement

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or

(b) if the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

²⁰¹ A rigor, é de se notar que o caso julgado pelo BGH (III ZB 55/99) tratava-se, na verdade, de uma ação de declaração de exequibilidade de sentença arbitral. Assim, a rigor, a violação aos bons costumes foi um motivo que impediu o reconhecimento de uma sentença arbitral doméstica e, por força do § 1060(2), aplica-se também à anulação da sentença arbitral.

²⁰² § 1060

Brasileiro, no qual a sentença arbitral constitui título executivo judicial, caso tenha caráter condenatório²⁰³.

Acerca da necessidade de declaração de executoriedade pelo Poder Judiciário Alemão, cumpre citar os ensinamentos de Lachmann²⁰⁴:

Der Schiedsspruch als solcher ist der Zwangsvolltreckung nicht fähig. Die Zwangsvolltreckung findet nur statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist (§ 1060 Abs. 1 ZPO). *Vollstreckunstitel ist allein die Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs*, nicht aber dieser selbst.” (...) Die Vollstreckbarerklärung ist keine Maßnahme der Zwangsvolltreckung, sondern deren Voraussetzung.” (grifos no original)

Cumpre observar, ainda, que o requerimento da declaração de executoriedade da sentença arbitral doméstica configura um pedido autônomo ao Poder Judiciário alemão, distinto e independente do processo de execução. Primeiramente, a OLG (tribunal competente para apreciar tal pleito²⁰⁵) declara a sentença arbitral exequível e, apenas depois, pode ser ajuizado o pedido de execução da referida sentença. É o que nos ensinam os Lionnet²⁰⁶, *in verbis*:

Wenn jedoch eine Vollstreckung des Schiedsspruchs erforderlich wird, muss die staatliche Gerichtsbarkeit den Schiedsspruch zuerst einmal für vollstreckbar erklären (sog. Exequatur). *Das Verfahren zur Vollstreckbarerklärung ist noch nicht das Vollstreckungsverfahren selbst*, sondern nur *ein Vorverfahren*, das die Voraussetzung für das Vollstreckungsverfahren schafft. (grifos nossos)

Inländische Schiedssprüche

(1) Die Zwangsvollstreckung findet statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist.

Section 1060

Domestic awards

(1) Enforcement of the award takes place if it has been declared enforceable.

²⁰³ Lei nº 9.307/96

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

Código de Processo Civil

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

(...)

IV – a sentença arbitral;

²⁰⁴ LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 573. “A sentença arbitral, como tal, não é passível de execução forçada. A execução forçada somente ocorre, quando a sentença arbitral é declarada exequível (§ 1060(1) do ZPO). *O título executivo é a decisão[judicial]sobre a declaração de executoriedade da sentença arbitral*, e não esta última por si só. (...) A declaração de executoriedade não é uma medida para a execução forçada, e sim o requisito desta.” (grifos nossos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²⁰⁵ Conforme mencionado adrede, a OLG do local da sede da arbitragem é o tribunal competente tanto para a ação de anulação da sentença arbitral, quanto para o pedido de reconhecimento e execução da sentença arbitral.

²⁰⁶ LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Ob. cit.*, p. 417. “Quando se tenciona a execução da sentença arbitral, a jurisdição estatal deve primeiramente declará-la uma vez exequível (é o chamado “exequatur”). *O processo que visa à declaração de exequibilidade ainda não é o processo de execução em si mesmo, e sim apenas um processo prévio, o qual cumpre o requisito para o processo de execução.*” (grifos nossos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

No que tange à necessidade de caráter condenatório para que a sentença arbitral seja considerada exequível, a jurisprudência alemã consolidou-se no sentido de que ele não é necessário²⁰⁷. Assim, os laudos arbitrais com teor meramente declaratório ou constitutivo também podem ser objeto de tal ação.

Ainda conforme a lição de Lachmann²⁰⁸, vale dizer que somente podem ser declaradas exequíveis as sentenças definitivas; uma sentença parcial ou uma decisão interlocutória arbitral não pode receber o *exequatur* do Poder Judiciário alemão.

Por fim, uma última palavra deve ser dita quanto às hipóteses de anulação da sentença arbitral no que tange ao pedido de declaração de executoriedade da referida sentença: elas não podem ser invocadas se não tiverem sido reconhecidas na ação própria (de anulação), na época da citação da ação de declaração de executoriedade²⁰⁹. Ademais, conforme preceitua a última parte do § 1060(2)²¹⁰, as mesmas hipóteses de anulação também devem ser desconsideradas caso tenham sido invocadas, na ação de declaração de executoriedade, após o decurso do prazo de 3 (três) meses, sem que a parte vencida na arbitragem tenha ajuizado a ação de anulação neste espaço de tempo. O propósito deste dispositivo é evitar que a parte tenha à sua disposição, mesmo após o transcurso do prazo de ação de anulação, uma nova chance de discutir em juízo os motivos que levam à anulação do laudo arbitral. Logo, por força do dispositivo acima mencionado, a parte vencida na arbitragem que não tenha ajuizado uma ação de anulação somente poderá alegar em sua defesa as hipóteses do § 1059(2) do ZPO em sede de ação de reconhecimento da sentença arbitral doméstica se ainda não tiver

²⁰⁷ É o que relata Lachmann, *in verbis*: “Die Frage, ob der Schiedsspruch einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben muss, war zeitweise umstritten, ist für die Praxis nunmehr jedoch geklärt und vom BGH verneint worden.” (grifamos) *Idem, ibidem*, p. 574. “A questão se o laudo arbitral tem de ter conteúdo exequível restou temporariamente controversa, todavia na prática sempre foi clara e foi negada pelo BGH.” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²⁰⁸ LACHMANN, Jens-Peter. *Ob. cit.*, p. 573

²⁰⁹ § 1060

(2) (...) Aufhebungsgründe sind nicht zu berücksichtigen, soweit im Zeitpunkt der Zustellung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung ein auf sie gestützter Aufhebungsantrag rechtskräftig abgewiesen ist. (...)

Section 1060

(2) (...) Grounds for setting aside shall not be taken into account, if, at the time when the application for a declaration of enforceability is served, an application for setting aside based on such grounds has been finally rejected. (...)

²¹⁰ § 1060

(2) (...) Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 sind auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn die in § 1059 Abs. 3 bestimmten Fristen abgelaufen sind, ohne daß der Antragsgegner einen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs gestellt hat.

Section 1060

(2) (...) Grounds for setting aside under section 1059 subs. 2, no. 1 shall also not be taken into account if the time-limits set by section 1059 subs. 3 have expired without the party opposing the application having made an application for setting aside the award.

transcorrido o prazo de 3 (três) meses estipulado no § 1059(3) do ZPO. Note-se que, para isto, é preciso que a parte vencedora tenha pleiteado judicialmente tal reconhecimento ainda na pendência do prazo mencionado.

1.3.2.3 Conclusão acerca das sentenças arbitrais domésticas

Tendo em vista o exposto, permitimo-nos concluir que a legislação alemã não prevê nenhuma hipótese de controle, pelo Poder Judiciário, de erros de Direito porventura cometidos pelo tribunal arbitral – aí se incluindo a aplicação errônea do Direito escolhido pelas partes para reger a controvérsia. Dentre os motivos que ensejam a anulação da sentença arbitral doméstica ou a negação do pedido de seu reconhecimento, elencados taxativamente no § 1059(2) do ZPO (com exceção da violação aos bons costumes, que foi jurisprudencialmente introduzida pelo BGH), há a ofensa à ordem pública (nº 2, alínea *b* do referido dispositivo), a qual deve ser empregada pelo tribunal estatal mediante restritíssimos limites, de forma a jamais possibilitar uma análise judicial da correção da decisão prolatada no juízo arbitral. Neste diapasão, uma posição ainda minoritária na doutrina (capitaneada por Menno Aden) defende que uma sentença arbitral pode ser anulada – ou ser declarada inexecutável - caso o tribunal arbitral tenha incorretamente aplicado o Direito eleito pelas partes para reger o mérito da arbitragem, com fulcro no § 1059(2), nº 1, alínea *d* do ZPO (inconformidade do procedimento arbitral em relação à convenção de arbitragem, a qual tenha influenciado a decisão consubstanciada no laudo arbitral).

1.3.3 Sentenças Arbitrais Estrangeiras

No que tange ao tratamento conferido às sentenças arbitrais alienígenas na Alemanha, o cenário não é muito diferente no que tange à existência de remédios jurídicos que possam ser apresentados em face da aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito Alemão ao fundo do litígio. Aliás, dificilmente uma posição tão refratária a qualquer possibilidade de reivindicação contra uma sentença arbitral doméstica em que se verifique tal aplicação errônea - como a adotada na Alemanha -, iria apresentar feições diferentes em se tratando de laudos arbitrais estrangeiros.

Com efeito, o Direito Alemão adota a cabal orientação de que, também diante de sentenças arbitrais estrangeiras, não cabe nenhum tipo de controle judicial do mérito.

A Alemanha é Estado-membro da Convenção de Nova Iorque, que vige naquele País desde 28 de setembro de 1961. O artigo V, nº 2, alínea *b* é aplicado da forma mais restritiva possível, de forma que certamente seria infrutífero qualquer intento de invocar o referido dispositivo para se tentar afastar a homologação de um laudo arbitral estrangeiro alegando-se aplicação errônea do Direito Alemão ao mérito da arbitragem.

Na lição de Karl-Heinz Böckstiegel²¹¹:

[C]laiming that the arbitrators misinterpreted the facts or misapplied the law of a case, is no ground for refusal of recognition and enforcement. (...) Even a clear misapplication of mandatory rules and public law rules of the applicable law is not sufficient, because as mentioned before, they are not automatically part of public policy.

E o professor prossegue, aludindo a circunstâncias extremas que poderiam levar à denegação da homologação e execução do laudo, as quais não incluem a aplicação errônea do Direito Alemão ao mérito da arbitragem, conforme segue:

Nevertheless, all this does not exclude that, in exceptional circumstances, the court may look into the substance of the case and find the recognition and enforcement of the decision to be contrary to public policy. Examples are cases where the fulfillment of the award would constitute a criminal offence, would enforce or protect prohibited activities such as terrorism, drug trafficking, money laundering, smuggling, or genocide.

1.3.4. Conclusão

De todo o acima exposto depreende-se que, seja doméstica ou alienígena a sentença arbitral, revela-se inadmissível qualquer medida judicial na Alemanha que permita impugnar ou negar a produção de efeitos, respectivamente, se a referida decisão apresenta uma aplicação errônea do Direito Alemão ao fundo da controvérsia.

1.4 República Italiana

“Il giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale non costituisce un comune appello rispetto alla pronunzia degli arbitri, pur avendone in parte i caratteri, in quanto è limitato all'accertamento, positivo o negativo, dei vizi di nullità previsti dall'art. 829 c.p.c. e dedotti con l'atto d'impugnazione; questa è, pertanto, inammissibile se tende soltanto ad ottenere un riesame del fatto deciso dagli arbitri o ad offrire una diversa interpretazione della volontà negoziale dei contraenti più favorevole alla parte che la prospetta.”

²¹¹ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Public policy as a limit to arbitration and its enforcement. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 6, n. 27, abr.-jun. 2009, p. 170-171.

(Maurizio de Tilla e Nino Ferrelli)²¹²

1.4.1 Introdução

O regime legal italiano que versa sobre a arbitragem experimentou numerosas e profundas modificações nos últimos anos. De fato, desde a promulgação do Código de Processo Civil Italiano, em 1942, o Título VIII de seu Livro IV foi alterado por diversos diplomas posteriores, conforme segue: (i) Lei nº 28, de 09 de fevereiro de 1983²¹³; (ii) Lei nº 25, de 05 de janeiro de 1994²¹⁴; e (iii) o Decreto Legislativo nº 40, de 02 de fevereiro de 2006.²¹⁵

O DL 40/ 2006 alterou o CPC em diversos dispositivos, não tendo se limitado apenas à arbitragem. Quanto a este instituto, por exemplo, ele modificou substancialmente o procedimento de impugnação por nulidade das sentenças arbitrais domésticas – que toca diretamente o objeto da presente tese. Por esta razão e também por este ser o diploma legislativo mais recente, o DL 40/ 2006 será analisado com mais vagar dentre todos os outros três anteriormente citados.

²¹² TILLA, Maurizio de; FERRELLI, Nino. *Nuovo Arbitrato, Conciliazione e Costituzione di Camere Arbitrali. Con commento articolo per articolo del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40*. Milão: Il Sole 24 Ore, 2006, p. 140. “O juízo de impugnação por nulidade do laudo arbitral não constitui uma apelação comum a respeito da pronúncia dos árbitros, apesar de ter algumas das características desta, tendo em vista que é limitada à verificação, positiva ou negativa, dos vícios de nulidade previstos no artigo 829 do CPC e suscitada com o ato de impugnação; esta é, portanto, inadmissível se visa apenas à obtenção de um reexame do fato decidido pelos árbitros ou a oferecer uma interpretação diferente da vontade negocial dos contraentes mais favorável à parte que a apresenta.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²¹³ Dentre outras alterações, a Lei nº 28/83 estabeleceu que o árbitro poderia ser cidadão italiano ou estrangeiro.

²¹⁴ Assim se manifestam Fouchard, Gaillard e Goldman sobre as inovações introduzidas pela Lei nº 25/94 na disciplina italiana sobre arbitragem: “The rules on domestic arbitration, which appear in Article 806 to 831 of the Code of Civil Procedure, finally provide the consistency and efficiency which was lacking at all stages of such proceedings. The new provisions relating to international arbitration (Arts. 832 to 838) and to foreign awards (Arts 839 and 840) make it easier to enforce the latter and underline the autonomy of the former.” GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE; John. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer: A Haia, 1999, p. 79.

²¹⁵ A rigor, um quarto diploma legislativo em matéria de arbitragem na Itália também é digno de nota. Trata-se do Decreto Legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003, que trouxe importantes inovações na arbitragem relativa ao Direito Societário. Em apertada síntese, o DL 5/2003 determinou que, para que a cláusula compromissória introduzida no estatuto social ou contrato social de uma sociedade após sua constituição vincule todos os sócios, ela deve ser aprovada pelo quórum qualificado de 2/3 do capital social da empresa. Além disso, o referido DL estabelece o exercício do direito de retirada, em 90 (noventa) dias, dos sócios que não concordem com tal inclusão. Como as alterações introduzidas pelo DL 5/2003 escapam ao propósito do presente estudo, elas não serão objeto de uma análise acurada nesta tese. Acerca do referido DL, vide MAKANT, Barbara; QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários ao Decreto legislativo nº 5, 17 gennaio 2003 – a reforma da legislação societária italiana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 3, set.-dez. 2004, p. 293.

Ainda à guisa de introdução, cabe mencionar que a legislação italiana sobre arbitragem também reflete a adesão do Estado Italiano à Convenção de Nova Iorque e à Convenção Europeia de Genebra de 21 de abril de 1961.

Ainda sob o propósito de introduzir este capítulo sobre a República Italiana, cumpre destacar que sua legislação insere-se dentre aquelas que permitem a anulação do laudo arbitral em que o(s) árbitro(s) violaram a regra de direito aplicável à controvérsia, tal qual a legislação do Reino Unido, que foi objeto de análise no capítulo 1.II.

1.4.2. Esclarecimentos preliminares

1.4.2.1. A “*arbitrato irrituale*” italiana

Inicialmente, cumpre tecer, por oportuno, algumas considerações acerca de uma peculiar figura no Direito Italiano sobre arbitragem. Trata-se da *arbitrato irrituale* (“arbitragem irritual”) ou *libero* ou *contratuale*, chamada ainda de *arbitraggio* ou de *biancosegno*, que se opõe à *arbitrato ritual* (“arbitragem ritual”), a qual consiste na arbitragem como é adotada e reconhecida na maioria dos países. Não por acaso, a arbitragem ritual é a modalidade mais empregada nas arbitragens internacionais que envolvem pessoas físicas ou jurídicas italianas.

Para se examinar este singular instituto, próprio do Direito Italiano, deve-se fazer menção a um caso julgado pela Corte de Cassação de Torino em 27 de dezembro de 1904²¹⁶, acerca da seguinte situação: tratava-se de conflito no seio de uma associação de categoria (mais precisamente da indústria e comércio da seda e afins), cujo estatuto previa a constituição de um colégio de árbitros, escolhido anualmente pelo Conselho da referida associação, para resolver eventuais controvérsias entre os associados ou entre estes e terceiros. A Corte de Cassação de Torino foi instado a ser manifestar acerca da eficácia dos “veredictos” (como eram chamados) do referido colégio de árbitros. Após analisar as especificidades do caso, o tribunal atribuiu a tais veredictos a eficácia jurídica de obrigação contratual e asseverou que eles são despidos de eficácia de sentença, sendo, em substância, um pacto convencional para cuja redação não se revela necessária a observância de uma forma processual específica.

Ora, a diferença entre arbitragem ritual e irritual é clara. Enquanto a primeira é disciplinada pelo CPC Italiano, a irritual é mais simples e não exige do árbitro a observância a

²¹⁶ O referido acórdão foi publicado em *Il Foro Italiano*, Roma, v. I de 1905, p. 366.

formas procedimentais específicas e previamente determinadas. Maurizio de Tilla e Nino Ferrelli chegam a afirmar que a arbitragem irritual “não tem muito a ver com a arbitragem verdadeira e própria”²¹⁷; e concluem: “si tratta di invenzioni della pratica suggerite da motivazioni che in parte, come vedremo, *non esistono più.*”²¹⁸ (grifamos)

A figura da arbitragem irritual italiana, prevista no artigo 808-ter do CPC²¹⁹, reflete a ideia da potencialidade da vontade negocial no que tange à composição das controvérsias. Como observam Maurizio de Tilla e Nino Ferrelli, ela valoriza, em particular, a possibilidade de as partes realizarem, pela via negocial, a composição dos interesses particulares ligados à circunstâncias supervenientes, a qual não seria realizada em juízo²²⁰. Ademais, para haver a “arbitrato irrituale”, é necessária expressa manifestação de vontade das partes no sentido da eleição desta categoria específica de arbitragem.

Como a arbitragem irritual italiana apresenta uma acentuada feição negocial, o laudo prolatado ao final de tal procedimento arbitral tem caráter *contratual*, pois corresponde a uma composição, a um verdadeiro acordo entre as partes acerca do objeto de sua controvérsia. Em

²¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 55. “non hanno molto a che vedere con l’arbitrato vero e proprio.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²¹⁸ *Idem, ibidem, p. cit.* “Trata-se de invenção da prática sugerida pela motivação que, em parte, conforme veremos, *não existe mais.*” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²¹⁹ Artigo 808-ter (Arbitrato irrituale).

Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo. Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I: 1) se la convenzione dell'arbitrato e' invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione e' stata sollevata nel procedimento arbitrale; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; 3) se il lodo e' stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validita' del lodo; 5) se non e' stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

Al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825.

Article 808 *ter* ('Arbitrato irrituale') – The parties may establish in writing that the dispute be settled by the arbitrators through a contractual determination as an exception to the provision of Article 824-*bis*. Failing this, the provisions of this Title shall apply. The contractual award may be set aside by the competent court according to the provisions of Book I:

- 1) if the arbitration agreement is invalid or the arbitrators have decided questions exceeding its limits and the relevant objection has been raised during the arbitral proceedings;
- 2) if the arbitrators have not been appointed in the form and manner contemplated by the arbitration agreement;
- 3) if the award has been rendered by a person which could not be appointed as arbitrator according to Article 812;
- 4) if the arbitrators have not applied the rules prescribed by the parties as a condition for the validity of the award;
- 5) if the principle of contradictory proceedings ('*principio del contraddittorio*') has not been respected in the arbitral proceedings.

Article 825 is not applicable to the contractual award.

[Esta e todas as traduções para o inglês da seção de Arbitragem do CPC Italiano atualmente vigente apostas a este capítulo são de autoria do Prof. Piero Bernardini e encontram-se em *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXXI, 2006.]

²²⁰ TILLA, Maurizio de; FERRELLI, Nino. *Ob.cit.*, p. 54.

face de tal laudo, não cabem o depósito²²¹ nem a declaração de executoriedade (institutos acerca dos quais nos debruçaremos mais adiante). Para se obter a execução forçada do referido laudo, a parte interessada deve simplesmente ajuizar uma ação de inadimplemento contratual – com ordinário juízo de cognição pelo Poder Judiciário (no caso, a Corte de Apelação), frise-se -, já que a parte renitente meramente deixou de cumprir o *acordo* por ela firmado. Por fim, cumpre apontar que as hipóteses de anulação de tal laudo são bem mais restritos que aquelas cabíveis contra o laudo prolatado ao cabo da arbitragem ritual e se encontram taxativamente elencadas no artigo 808-ter do CPC, transcrito na nota 8 *supra*. (que, em resumo, coincidem basicamente com as hipóteses que conduzem à anulação do negócio jurídico). Não é cabível a anulação em virtude da violação da regra de direito aplicável ao mérito da controvérsia, hipótese de que trataremos mais adiante, no item 1.IV.3.2.1.1 *infra*, restrita à arbitragem ritual, nem é anulável por errônea aplicação de uma norma de hermenêutica contratual.

Em vista de todo o exposto, podemos concluir com Maurizio de Tilla e Nino Ferrelli que²²²:

L'arbitrato irrituale non è attività giurisdizionale, come già ditto; con quest'arbitrato, che a dire il vero dell'arbitrato usurpa il nome, le parti si obbligano a fare propria la determinazione prodotta dal giudizio arbitrale, esattamente come se si trattasse di un accordo tra le parti stesse. Con l'arbitrato irrituale le parti conferiscono agli arbitri un mandato per l'espletamento di una attività negoziale in sostituzione delle parti stesse, e non per l'esercizio di una attività giurisdizionale. Qualora le parti non dovessero poi adempere spontaneamente al lodo irrituale, ci si dovrà necessariamente rivolgere al giudice di primo grado, e cominciare praticamente da zero il corso della giustizia ordinaria.

1.4.2.2 O conceito de “arbitragem internacional” do Direito Italiano

Tradicionalmente, a expressão “arbitrato internazionale” (arbitragem internacional) era restrita, na Itália, à arbitragem entre Estados, entre sujeitos soberanos de Direito Internacional Público. No que tange aos particulares, a distinção residia simplesmente entre arbitragem

²²¹ Não se aplica à arbitragem irritual, portanto, o artigo 825 do CPC italiano, que será objeto de análise no item 1.IV.3.1 *infra*. Da mesma forma, tampouco se aplica o artigo 824-*bis*, que confere ao laudo arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial a partir da data da sua última assinatura. Também examinaremos este dispositivo mais detidamente quando tratarmos da arbitragem ritual.

²²² TILLA, Maurizio de; FERRELLI, Nino. *Ob.cit.*, p. 58. “A arbitragem irritual não é atividade jurisdicional, conforme já dito; com esta arbitragem, que usurpa da verdadeira arbitragem o nome, as partes se obrigam a fazerem própria a determinação produzida pelo juízo arbitral, exatamente como se se tratasse de um acordo entre as partes mesmas. Com a arbitragem irritual, as partes conferem aos árbitros um mandato para a conclusão de uma atividade negocial em substituição à das partes mesmas, e não para o exercício de uma atividade jurisdicional. Se por acaso as partes não tiverem cumprido espontaneamente o lodo irritual, deve-se necessariamente dirigir-se ao juízo de primeiro grau e começar praticamente do zero o curso da justiça ordinária.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

interna (chamada de “nazionale”) e arbitragem externa (denominada de “straniero”, estrangeira). Com o passar dos anos, passou-se a se reconhecer, tanto na legislação, na doutrina e na jurisprudência, uma feição internacional também nas relações entre particulares²²³.

Assim dispunha o artigo 832 do Código de Processo Civil Italiano, introduzido pela Lei 25/ 1994:

Art. 832. Arbitrato internazionale

Qualora alla data della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso almeno una delle parti risieda o abbia la propria sede effettiva all'estero oppure qualora debba essere eseguita all'estero una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce, le disposizioni dei capi da I a V del presente titolo si applicano all'arbitrato in quanto non derogate dal presente capo. Sono in ogni caso salve le norme stabilite in convenzioni internazionali.²²⁴

Segundo o dispositivo acima transcrito, a arbitragem seria classificada como internacional caso cumprisse um de 2 (dois) requisitos: (i) a residência ou sede de ao menos uma das partes era situada no exterior na data da assinatura da cláusula compromissória; ou (ii) uma porção relevante da prestação originada da relação jurídica entre as partes deve ser cumprida no exterior.

A Reforma de 2006 suprimiu o conceito de arbitragem internacional da legislação italiana, de forma que não só foi revogado o artigo 832 *supra*, mas todo o Capítulo VI (“Dell’arbitrato Internazionale”) do CPC, que regulava, nos artigos 832 a 838, a arbitragem internacional na Itália.

Como constatam Cassano e Nisati, após 2006 verifica-se uma “[s]oppressione dell’instituto dell’arbitrato internazionale, con tendenziale estensione della relativa disciplina all’arbitrato interno, salvi gli opportuni adattaenti.”²²⁵

²²³ É o que relatam Giuseppe Cassano e Massimiliano Nisati. CASSANO, Giuseppe; NISATI, Massimiliano. *La Riforma Dell’Arbitrato. Monografia ragionata sulla riforma del processo arbitrale*. Giuffrè: Milão, 2006, p. 131.

²²⁴ Art. 832. International Arbitration.

If at the date of signing the arbitration clause or submission to arbitration at least one of the parties has its domicile or principal place of business abroad, or if a substantial part of the obligations arising out of the relationship to which the dispute refers must be performed abroad, the provisions of Chapters I to V of this Title shall apply to arbitration in so far as they are not derogated from by this Chapter. The provisions of international treaties shall in any case be applicable.

Tradução para o inglês extraída do site www.lexmercatoria.org, consultado em 12.10.2009.

²²⁵ *Idem, ibidem*, p. 312. “[s]upressão do instituto da arbitragem internacional, com tendencial extensão à disciplina relativa à arbitragem interna, salvo as oportunas adaptações.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

1.4.3 Sentenças arbitrais domésticas

1.4.3.1. Depósito

A legislação italiana impõe, ainda hoje, a necessidade de se homologar o laudo arbitral (ritual) doméstico. Tal procedimento, chamado de depósito, é previsto no artigo 825 do CPC Italiano²²⁶. Vale notar que apenas o laudo depositado pode ser executado judicialmente; só ele reveste-se do *exequatur*. Faz-se mister notar que, após o advento do DL n° 40, de 02/02/2006, passou-se a dispensar o depósito o para a impugnação, para a revogação e também para a oposição de terceiros²²⁷ (das quais trataremos mais adiante, no item seguinte). Ou seja, o depósito não é mais exigido para o ajuizamento dos remédios judiciais contra o laudo arbitral doméstico.

Por outro lado, o depósito faz-se necessário para que o laudo tenha efeitos de sentença judicial. É o que se depreende da parte inicial do artigo 824 bis²²⁸. Conforme ensinam Maurizio de Tilla e Nino Ferrelli²²⁹:

il lodo arbitrale, pronunciato in Italia, è reso esecutivo nell'ambito dell' ordinamento italiano ed acquisisce l'attitudine ad *assumere efficacia di giudicato sostanziale unicamente dopo*

²²⁶ Art. 825 (Deposito del lodo)

La parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale, o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto.

Del deposito e del provvedimento del tribunale e' data notizia dalla cancelleria alle parti nei modi stabiliti dell'articolo 133, secondo comma. Contro il decreto che nega o concede l'esecutorietà del lodo, è ammesso reclamo mediante ricorso alla corte d'appello, entro trenta giorni dalla comunicazione; la corte, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con ordinanza.

Article 825 (*Deposit of the award*) – The party wishing to have the award enforced in the territory of the Republic shall file a request to that effect by depositing an original or a certified copy of the award, together with the original or a certified copy of the arbitration agreement, with the registry of the tribunal of the district in which the arbitration has its seat. The tribunal, after ascertaining that the award meets all formal requirements, shall declare the same enforceable by decree. The award which has been declared enforceable may be registered (*trascritto*) or annotated in all cases where a judgment of the same content would be subject to registration or annotation. The clerk shall give notice to the parties of the deposit and of the tribunal's decree in the manner provided for in Article 133, paragraph 2. A recourse against the decree denying or granting the enforcement of the award may be filed by petition to the court of appeal within thirty days of said notice; the court of appeal, having heard the parties, shall decide in chambers by an order.

²²⁷ É o que estabelece a segunda sentença do artigo 827: “I mezzi d'impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo.” “The recourse may be filed irrespective of the deposit of the award.”

²²⁸ 824-bis (Efficacia del lodo)

Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

824 bis (*Efficacy of the award*) – Except as provided by Article 825, as from the date of its last signature the award shall have the same effects as a judgment rendered by the judicial authority.

²²⁹ TILLA, Maurizio de; FERRELLI, Nino. *Ob.cit.*, p. 141.

l' "exequatur", successivo al deposito in cancelleria, e che le nuove norme introdotte dalla predetta legge (grifos nossos).

O procedimento homologatório (ou de depósito) do laudo arbitral ritual italiano é classificado como de jurisdição voluntária e se conclui mediante *decreto* do tribunal, o qual lhe concederá o *exequatur* caso conclua pela regularidade formal do laudo. Nos termos da primeira sentença do artigo 825 do CPC, a parte que pretende executar o laudo no território da República Italiana deve entregar à chancelaria do tribunal em cuja circunscrição se situa a sede da arbitragem o original ou cópia autenticada (“copia conforme”) do laudo²³⁰. No depósito, o controle do tribunal é meramente formal, sendo analisados unicamente os aspectos extrínsecos da decisão arbitral e jamais o seu mérito. Na lição de Giuseppe Cassano e Massimiliano Nisati²³¹: “Si noti che Il controllo del Tribunale è un controllo meramente formale, mai relativo alla sussistenza di eventuali vizi che giustificano l’impugnabilità del lodo”.

É interessante notar que, na Itália, o procedimento homologatório do laudo interno corre sem contraditório.

Após a reforma de 2006, cabe recurso da decisão do tribunal em 30 (trinta) dias a contar da notificação desta, sendo hoje cabível tal recurso tanto se ela for denegatória do pedido de homologação ou se o acolhe. Sob a égide do diploma legal de 1994, apenas cabia recurso se o tribunal negasse o pedido. Uma vez interposto recurso contra a decisão do tribunal, aí sim haverá contraditório, já em âmbito recursal.

Por fim, acrescenta-se que o depósito pode ser requerido a qualquer tempo pela parte que tenciona executar o laudo, o que não ocorre com os remédios judiciais a serem apresentados em face do laudo arbitral, conforme veremos a seguir.

1.4.3.2 Remédios judiciais

Conforme disposto no artigo 827 do CPC²³², são 3 (três) os remédios judiciais que podem ser intentados contra o laudo arbitral doméstico na Itália: a impugnação por nulidade

²³⁰ Vide a nota nº 15 *supra*.

²³¹ CASSANO, Giuseppe; NISATI, Massimiliano. *Ob. cit.*, p. 105. “Nota-se que o controle do tribunal é um controle meramente formal, nunca relativo à subsistência de eventuais vícios que justificam a impugnabilidade do laudo.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²³² Art. 827 (Mezzi di impugnazione)

Il lodo è soggetto all’impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo. I mezzi d’impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo. Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che

(correspondente à ação anulatória brasileira), a revogação e a oposição de terceiro, sobre as quais nos debruçaremos a seguir.

1.4.3.2.1 Impugnação por nulidade

A impugnação por nulidade é prevista nos artigos 828 a 830 do CPC Italiano. Seu objeto não consiste no reexame do mérito do laudo ritual pelo Poder Judiciário Italiano; diversamente, ela visa a averiguar se a referida decisão arbitral apresenta algum dos vícios exaustivamente enumerados no artigo 829, o que justifica a sua anulação. Acerca desta última, vale mencionar as palavras de Cassano e Nisati²³³: “[e]ssa, infatti, consiste nell’individuazione di una serie di vizi, tassativamente indicati dalla legge, in presenza dei quali il lodo deve essere annullato.”

E prosseguem os referidos autores²³⁴: “[n]ell’appello il riesame della controversia è limitato nell’ âmbito dei motivi di impugnazione, per cui la cognizione del giudice *non può superare cio che ha costituito oggetto di specifica censura.*” (grifamos) Neste ponto, podemos concluir que a legislação italiana difere do regime estabelecido pela Lei-Modelo da UNCITRAL, na qual é dado ao tribunal judicial anular o laudo arbitral *ex officio* se entender que há algum motivo de nulidade na referida decisão, ainda que ele porventura não tenha sido apontado pela parte autora da impugnação por nulidade.²³⁵

Em atenção ao princípio da lealdade processual, a segunda sentença do artigo 829 do CPC²³⁶ estabelece que à parte no procedimento arbitral que deu causa à nulidade é defeso

risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo.

Article 827 (*Means of recourse*) – The award may be subject to recourse for nullity, for revocation or third party opposition. The recourse may be filed irrespective of the deposit of the award. The award which decides partially the merits of the dispute may be challenged immediately, whereas the award which decides some of the issues without resolving the dispute submitted to arbitration may be challenged only together with the final award.

²³³ CASSANO, Giuseppe; NISATI, Massimiliano. *Ob. cit.*, p. 109. “[e]la, de fato, consiste na individuação de uma série de vícios, taxativamente indicados na lei, na presença dos quais o laudo deve ser anulado.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA].

²³⁴ “*Idem, ibidem, p. cit.*: “[n]a apelação, o reexame da controversia é limitado ao âmbito dos motivos de impugnação, pelos quais a cognição do juiz não pode superar o que constituiu objeto de censura específica.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²³⁵ Sobre a questão, vide o item 1.III.2.1.1 *supra*, que trata do tema na legislação alemão, que incorporou a LMU no que tange à arbitragem.

²³⁶ La parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non puo' per questo motivo impugnare il lodo.

The party having caused a ground for nullity or which has waived such a ground or has not objected to the violation of a rule regulating the course of the arbitral proceedings in the first statement or statement in reply subsequent to the violation, cannot challenge the award on this ground.

ajuizar a impugnação por nulidade e invocar esta. Reconhece-se em tal proibição um reflexo processual da vedação do *venire contra factum proprium*.

Na Itália, é admitida a impugnação da sentença parcial, nos termos da parte inicial da terceira sentença do artigo 827 (“Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, (...)”). Assim, caso os árbitros tenham, em determinado caso, prolatado uma decisão acerca do *an debeatur* e apenas posteriormente profiram um outro laudo sobre o *quantum debeatur*, o primeiro laudo já é anulável desde logo.

Paralelamente, se o vício incide somente sobre uma parte do laudo, apenas a porção maculada por tal vício será anulada pelo tribunal judicial, restando incólumes as demais partes do laudo²³⁷.

A impugnação por nulidade deve ser proposta no prazo de 90 (noventa) dias da notificação do laudo perante a Corte d’Appello em cujo distrito²³⁸ se situa a sede da arbitragem, como preceitua o *caput* do artigo 828²³⁹. Deve-se notar, contudo, que este prazo deve ser observado em conjunto com o disposto na segunda sentença do mesmo artigo, que prevê que a impugnação não é mais proponível após o decurso de um ano da data da última subscrição. Assim, a parte que busca anular o laudo arbitral ritual deve ter em mente não apenas a data em que dele foi notificada (a partir da qual ela terá noventa dias para ajuizar a ação anulatória), mas também a data da última assinatura aposta ao laudo, após a qual decairá o direito da referida parte em ajuizar a impugnação por nulidade. Permitimo-nos concluir que *a impugnação não pode ser ajuizada após um ano da última subscrição, mesmo que ainda falem alguns dias para o decurso do prazo de noventa dias acima referido*. Vale dizer que ambas os prazos (de noventa dias da notificação e um ano após a última assinatura) já constavam da Lei nº 25, de 05.01.1994, não se caracterizando como uma novidade da reforma de 2006.

²³⁷ É o que dispõe a segunda sentença do artigo 830, *in verbis*: “Se il vizio incide su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre, dichiara la nullità parziale del lodo.” “When the defect affects only a part of the award which is separable from the others, it shall declare the partial nullity of the award.”

²³⁸ Antes da reforma de 2006, o CPC referia-se a “circunscrição”.

²³⁹ Art. 828 (Impugnazione per nullità)

L’impugnazione per nullità si propone, nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo, davanti alla corte d’appello nel cui distretto è la sede dell’arbitrato.

828 (*Recourse for nullity*) – A recourse for nullity may be filed with the court of appeal of the district in which the arbitration has its seat, within ninety days after the notification of the award.

O mérito da impugnação por nulidade é tratado no artigo 829 do CPC²⁴⁰, a seguir transcrito:

Art. 829. Casi di nullità

L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti:

- 1) se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma;
- 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, purchè la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale;
- 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;
- 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma, o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso;
- 5) se il lodo non ha i requisiti indicati nei numeri 5), 6), 7) dell'articolo 823;
- 6) se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'articolo 821;
- 7) se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata;
- 8) se il lodo è contrario ad altro precedente lodo non piu' impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti purchè tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel

²⁴⁰ Article 829 (*Grounds for nullity*) – Notwithstanding any prior waiver, a recourse for nullity may be filed in the following cases:

- 1) if the arbitration agreement is invalid, without prejudice to the provision of Article 817, paragraph 3 [to be read: paragraph 2];
- 2) if the arbitrators have not been appointed in the form and manner laid down in Chapters II and VI of this Title, provided that this ground for nullity has been raised in the arbitral proceedings;
- 3) if the award has been rendered by a person who could not be appointed as arbitrator according to Article 812;
- 4) if the award exceeds the limits of the arbitration agreement, without prejudice to the provision of Article 817, paragraph 4 [to be read: paragraph 3], or has decided the merits of the dispute in all other cases in which the merits could not be decided;
- 5) if the award does not comply with the requirements of Article 823, numbers (5), (6) and (7);
- 6) if the award has been rendered after the expiry of the prescribed time-limit, subject to the provisions of Article 821;
- 7) if during the proceedings the formalities prescribed by the parties under express sanction of nullity have not been observed and the nullity has not been cured;
- 8) if the award is contrary to a previous award which is no longer subject to recourse or to a previous judgment having the force of *res judicata* between the parties, provided such award or such judgment has been submitted in the proceedings;
- 9) if the principle of contradictory proceedings (*principio del contraddittorio*) has not been respected in the arbitration proceedings;
- 10) if the award terminates the proceedings without deciding the merits of the dispute and the merits of the dispute had to be decided by the arbitrators;
- 11) if the award contains contradictory provisions;
- 12) if the award has not decided some of the issues and objections raised by the parties in conformity with the arbitration agreement.

The party having caused a ground for nullity or which has waived such a ground or has not objected to the violation of a rule regulating the course of the arbitral proceedings in the first statement or statement in reply subsequent to the violation, cannot challenge the award on this ground.

The recourse for violation of the rules of law relating to the merits of the dispute shall be admitted if so expressly provided by the parties or by the law. The recourse against decisions which are contrary to public policy shall be admitted in any case.

The recourse for violation of the rules of law relating to the merits of the dispute shall always be admitted:

- 1) with regard to the disputes contemplated by Article 409;
- 2) if the violation of the rules of law concerns the solution of a preliminary issue over a matter which may not be made subject to an arbitration agreement.

As regards the disputes contemplated by Article 409, the award may be subject to recourse also for violation of the collective contracts and agreements.

procedimento;

9) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio;

10) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri;

11) se il lodo contiene disposizioni contraddittorie;

12) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato.

La parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo.

L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico.

L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa:

1) nelle controversie previste dall'articolo 409;

2) se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato.

Nelle controversie previste dall'articolo 409, il lodo è soggetto ad impugnazione anche per violazione dei contratti e accordi collettivi.

Todas as hipóteses enunciadas nos números 1 a 12 do artigo acima constituem *errores in procedendo* do(s) árbitro(s), os quais justificam a anulação do laudo. Na redação vigente até 2006, eram apenas 9 (nove) as hipóteses, tendo o DL 40/ 2006 acrescentado os números 10 a 12, que antes não existiam. Fora estes três novos casos ensejadores da impugnação por nulidade, a lista permaneceu bem similar àquela prevista na Lei 25/1994²⁴¹.

O *caput* do artigo 829 adverte peremptoriamente que os casos previstos nos n^{os} 1 a 12 não admitem nenhuma espécie de renúncia; caso ela tenha sido pactuada pelas partes, será nula de pleno direito. Conforme aduzem Cassano e Nisati²⁴²: “l’eventuale rinuncia, preventivamente prestata, è inammissibile, e *deve considerarsi nullo il patto nel quale essa è stata manifestata*”.(grifos nossos)

Vale ressaltar, contudo, que a renúncia mencionada no *caput* do artigo 829 não exclui a renúncia preceituada no artigo 306²⁴³, que pode ser feita já no curso do procedimento.

²⁴¹ O n^o 5 da nova redação estabelece que é nulo o laudo que não contém os requisitos enumerados nos n^{os} 5, 6, e 7 do artigo 823. Na redação da Lei 25/ 1994, o mesmo n^o 5 fazia referência aos n^{os} 3 a 6 do artigo 823, que são basicamente os mesmos previstos no DL 40/ 2006, com exceção da indicação da sede da arbitragem, prevista no n^o 2 do artigo 823.

²⁴² CASSANO, Giuseppe; NISATI, Massimiliano. *Ob. cit.*, p. 110. “a eventual renúncia, preventivamente prestada, é inadmissível e deve considerar-se nulo o pacto na qual ela se manifesta”. [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²⁴³ Artigo 306. Rinuncia agli atti del giudizio

Il processo si estingue per rinuncia agli atti del giudizio quando questa è accettata dalle parti costituite che potrebbero aver interesse alla prosecuzione. L'accettazione non è efficace se contiene riserve o condizioni. Le dichiarazioni di rinuncia e di accettazione sono fatte dalle parti o da loro procuratori speciali, verbalmente all'udienza o con atti sottoscritti e notificati alle altre parti. Il giudice, se la rinuncia e l'accettazione sono regolari, dichiara l'estinzione del processo. Il rinunciante deve rimborsare le spese alle altre parti, salvo diverso accordo tra loro. La liquidazione delle spese è fatta dal giudice istruttore con ordinanza non impugnabile.

Por fim, cumpre examinar sucintamente o artigo 830, que determina que a nulidade do laudo será - se assim concluir a Corte d'Appello - declarada mediante sentença pelo referido tribunal. Revela-se oportuno destacar a seguinte previsão do mencionado artigo 830²⁴⁴:

Art. 830. Decisione sull'impugnazione per nullità

(...) Tuttavia, se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta.(...)

Com fulcro em tal enunciado, se uma das partes da arbitragem residia ou era sediada no exterior à época da celebração da convenção de arbitragem, a Corte d'Appello somente terá competência para decidir o mérito da controvérsia (uma vez anulada por ela a sentença arbitral), se as partes assim tiverem pactuado já na convenção de arbitragem ou se tiverem formulado pedido neste sentido ao tribunal.

1.4.3.2.1.1 Violação da regra de direito relativa ao mérito da controvérsia

A hipótese de anulação que mais interessa à presente tese consiste na “violação da regra de direito relativa ao mérito da controvérsia”, disposta nas terceira, quarta e quinta sentenças do artigo 829 do CPC Italiano²⁴⁵. Ora, de acordo com a legislação da República Italiana, é franqueado às partes pleitear a declaração judicial de nulidade do laudo arbitral ritual com fulcro na aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito aplicável ao mérito do litígio.

É importante notar que tal possibilidade, em termos gerais, não consiste em uma novidade introduzida pelo DL 40/2006. Afinal, antes da entrada em vigor deste último

²⁴⁴ Article 830 (*Decision on the recourse for nullity*)

(...) However, if one of the parties has its residence or its actual seat abroad on the date of the signature of the arbitration agreement, the court of appeal shall decide the merits of the dispute only if the parties have so provided in the arbitration agreement or if they make a joint request to that effect. (...)

²⁴⁵ Artigo 829 (Casi di nullità)

(...) L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico. L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa:
1) nelle controversie previste dall'articolo 409;
2) se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato. (...)

Article 829 (*Grounds for nullity*)

The recourse for violation of the rules of law relating to the merits of the dispute shall be admitted if so expressly provided by the parties or by the law. The recourse against decisions which are contrary to public policy shall be admitted in any case. The recourse for violation of the rules of law relating to the merits of the dispute shall always be admitted:

1) with regard to the disputes contemplated by Article 409;

2) if the violation of the rules of law concerns the solution of a preliminary issue over a matter which may not be made subject to an arbitration agreement.

As regards the disputes contemplated by Article 409, the award may be subject to recourse also for violation of the collective contracts and agreements.

diploma, a ideia do controle judicial da observância, pelo árbitro, da cabível regra de direito já estava presente na legislação italiana. Mas, faz-se mister observar que, enquanto a Lei 25/1994 fazia menção à “*inobservância* da regra de direito” pelo árbitro, a disciplina hoje vigente refere-se à “*violação* da regra de direito relativa ao mérito da controvérsia”.

Acerca de tal modalidade de impugnação por nulidade, cumpre invocar a importante digressão empreendida por Francesco P. Luiso: diante da interpretação dos fatos pelo árbitro, ou seja, de um *error in iudicando* ordinário (que o autor chama de *error in iudicando de facto*), não há nada a se fazer, sendo incabível o ajuizamento da impugnação por nulidade²⁴⁶. Neste ponto, portanto, o laudo arbitral difere do “appello” - recurso que corresponde à apelação do Direito Brasileiro -, contra a qual pode ser intentada junto à Corte de Cassazione uma impugnação por revogação (“*impugnazione di revocazione*”) caso o Tribunal *a quo* tenha feito uma avaliação errônea dos fatos ou das provas a ele apresentadas, nos termos do artigo 395 (4) do CPC italiano, *in verbis*:

Artigo 395. Casi di revocazione

Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione:

(...)

4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non constitui' un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; (grifamos)

Distinta é a solução se o árbitro tiver empreendido uma errônea apreciação da *quaestio iuris* envolvida na controvérsia, ou seja, se ele tiver se equivocado ao efetuar a subsunção da norma jurídica ao caso concreto. É o que Francesco Luiso chama de *error in iudicando de iure*. É precisamente desta hipótese que trata a terceira sentença do artigo 829 do CPC, ao referir-se à violação da regra de direito relativa ao mérito da controvérsia. Assim, diversamente do *error in iudicando de facto* cometido pelo árbitro - contra o qual não há nada a se fazer, no caso de um *error in iudicando de iure* a parte interessada pode ajuizar uma impugnação por nulidade, observando-se as condições estabelecidas no dispositivo legal acima mencionado.

²⁴⁶ “in linea di principio, la ‘ingiustizia’ del lodo non è motivo di invalidità dello stesso. Questo è sempre vero per ciò che attiene all’*quaestio facti*; la parte soccombente non ha mai la possibilità di impugnare il lodo, lamentando che l’arbitro ha errato nell’accertamento dei fatti storici (c.d. *error in iudicando de facto*). LUISO, Francesco P. *Direito Processuale Civile*, v. IV. I *Processi Speciali*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 33.21. “em linha de princípio, a ‘injustiça’ do laudo não é motivo de invalidade do mesmo. Isto é sempre verdade no que tange à questão fática: a parte sucumbente nunca tem a possibilidade de impugnar o laudo, lamentando que o árbitro errou na verificação dos fatos históricos. [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

Nas palavras de Luiso²⁴⁷:

Sarebbe un errore (...) concludere che è quindi esclusa la falsa applicazione delle norme di diritto, poichè vi è violazione della norma *sai quando l'errore sta nella premessa maggiore, sai quando esso sta nell'applicazione della norma ai fatti storici accertati.* (grifos nossos)

É de se frisar, ademais, que a reforma de 2006 introduziu significativa alteração no que tange à admissibilidade desta modalidade de impugnação por nulidade.

De fato, a legislação anteriormente vigente dispunha o seguinte:

L'impugnazione per nullità è altresì ammessa se gli arbitri nel giudicare *non hanno osservato le regole di diritto*, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità, *o avessero dichiarato il lodo non impugnabile.* (grifamos)

Assim, somente em 2 (duas) hipóteses era vedada a impugnação do laudo arbitral ritual com fulcro na inobservância, pelo árbitro, da regra de direito material aplicável à controvérsia: (i) se as partes o tivessem autorizado a decidir por equidade (o que é, a princípio, intuitivo, e que hoje, sob a nova disciplina legislativa, a doutrina ainda reconhece como óbice à impugnação por nulidade, mesmo diante da ausência de previsão legal²⁴⁸)²⁴⁹; e (ii) caso as partes tivessem previamente renunciado à faculdade de impugnar o laudo por nulidade²⁵⁰.

O DL 40/ 2006 alterou radicalmente a sistemática estabelecida pela Lei 25/1994, ao estabelecer de forma categórica quais são os casos em que a impugnação por nulidade em virtude da violação da regra de direito pelo árbitro é *admitida* (em vez de enumerar os casos em que tal impugnação é *proibida*, conforme optou o legislador de 1994), a saber:

- (i) previsão expressa na lei;
- (ii) ofensa à ordem pública;

²⁴⁷ LUISO, Francesco P. *Ob. cit.*, p. 33.23. “Seria um erro (...) concluir que é, por consequência, excluída a errada aplicação da norma de direito, uma vez que ocorre violação da norma *seja quando o erro está na premissa maior, seja quando este está na aplicação da norma aos fatos históricos verificados.*” (grifos nossos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²⁴⁸ Citem-se, dentre todos, Giuseppe Cassano e Massimiliano Nisati, *in verbis*: “Per quanto riguarda l’art. 829, secondo comma, Codice procedura civile, è opportuno notare che ad essere resa inapplicabile è soltanto la prima parte del comma; *se le parti hanno previsto che il lodo sia pronunciato secondo equità, l’impugnazione per violazione delle norme di diritto è esclusa.*” (grifamos) CASSANO, Giuseppe; NISATI, Massimiliano. *Ob. cit.*, p. 162. “No que diz respeito ao art. 829, § 2º do Código de Processo Civil, é oportuno notar que é inaplicável, porém, a primeira parte do parágrafo; *se as partes previram que o laudo seja proferido segundo a equidade, a impugnação por violação da norma de direito é excluída.*” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

²⁴⁹ Entretanto, a jurisprudência italiana tem hoje admitido, surpreendentemente, que cabe a impugnação por nulidade do laudo por violação da norma de direito mesmo quando o(s) árbitro(s) foram autorizados pelas partes a julgar por equidade. É o que relatam Maurizio de Tilla e Nino Ferrelli. TILLA, Maurizio de; FERRELLI, Nino. *Ob.cit.*, p. 24, em especial a nota nº 13.

²⁵⁰ Neste último ponto, o Direito Italiano anterior assemelhava-se à legislação do Reino Unido ora vigente, em virtude do artigo 69(1) da AA1996, conforme vimos no item 1.II.2 *supra*.

- (iii) nas controvérsias individuais de trabalho, enunciadas no artigo 409 do próprio CPC^{251 252};
- (iv) se a violação da regra de direito refere-se à solução de uma questão prejudicial sobre matéria que não pode ser objeto de convenção de arbitragem; e
- (v) se houve expressa manifestação de vontade das partes neste sentido.

Podemos concluir, portanto, que do ponto de vista *subjetivo*, o DL 40/ 2006 modificou substancialmente a admissibilidade de tal impugnação, nos seguintes termos: se antes a anulação só não era admitida se as partes a tivessem categoricamente excluído, hoje ela somente é admitida caso seu ajuizamento tenha sido explicitamente permitido pelas partes, de comum acordo. Logo, em 1994, a regra era a possibilidade de anulação do laudo em que o árbitro aplicou erroneamente o dispositivo legal aplicável. Hoje, tal possibilidade configura uma exceção.

Por oportuno, cumpre também traçar um paralelo com as hipóteses de impugnação por nulidade previstas nos n^{os} 1 a 12 do mesmo artigo 829 (item 1.IV.3.2.1 acima). Nestas, a impugnação por nulidade é irrenunciável, sendo bem distinta a disciplina aplicável quando se trata de violação da regra de direito aplicável ao mérito da controvérsia, conforme vimos.

Diante do exposto, podemos concluir que a disciplina da impugnação fundada na violação da regra de direito aplicável ao mérito da controvérsia é profundamente marcada pelo princípio de que a possibilidade de controle do laudo pelo Poder Judiciário somente se verifica nos casos em que há explícita declaração das partes neste sentido, exceção feita aos casos previstos em lei, à violação à ordem pública e às hipóteses enunciadas na quinta sentença do artigo 829, em que a impugnação é sempre admitida.

Por oportuno, cabe acrescentar que a modalidade de impugnação por nulidade *sub examine* não compreende violação de *disposição contratural* da avença que constitui objeto da

²⁵¹ Artigo 409. Controversie individuali di lavoro

Si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a:
 1) rapporti di lavoro subordinato privato, anche se non inerenti all'esercizio di una impresa;
 2) rapporti di mezzadria, di colonia parziaria, di compartecipazione agraria, di affitto a coltivatore diretto, nonche' rapporti derivanti da altri contratti agrari, salva la competenza delle sezioni specializzate agrarie;
 3) rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato;
 4) rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica;
 5) rapporti di lavori dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico, sempreche' non siano devoluti dalla legge ad altro giudice.

²⁵² Sobre este ponto, vale citar a última sentença do artigo 829: “Nelle controversie previste dall'articolo 409, il lodo e' soggetto ad impugnazione anche per violazione dei contratti e accordi collettivi.” “As regards the disputes contemplated by Article 409, the award may be subject to recourse also for violation of the collective contracts and agreements.” Assim, nos dissídios trabalhistas individuais, além da impugnação por nulidade do laudo, ainda cabe a impugnação da violação do contrato (de trabalho) e do acordo coletivo (de trabalho).

controvérsia. Foi neste sentido o entendimento da Corte Suprema de Cassação Italiana, ao julgar em 12 de abril de 2007 (portanto, já sob a égide do DL 40/2006) o caso nº 8798/07, em que assim se manifestou²⁵³:

(...) dell'azione ndi nullità, com il disporre, nel primo comma, um rimedio di carattere formale ed irrinunciabile per specifici *errores in procedendo* e con il prevedere, nel capoverso, la possibilita d'impugnare il lodo per *errores in iudicando*, *id est* um rimedio simile all'appello, sebbene limitato al rilievo della violazione e falsa applicazione di norme diritto nel significato voluto dall'art. 360, n. 3 CPC, (...) no s'estendono al riesame delle valutazioni di mérito compiute dagli arbitri, ma sono limitati ad um sindacato di legittimità inteso ad accertare se vi siano stati negazione o fraintendimento d'una disposizione di legge esistente, od affermazione d'una disposizione di legge inesistente, od ancora se una norma di legge pur rettamente intesa sia stata applicata ad una fattispecie concreta non corrispondente a quella astratta prevista dalla norma stessa. (...) *Ne consegue che, ove la fonte genética della regolamentazione del rapporto che s'assume violata non sia la legge, ma una disposizione negoziale*, il lodo arbitrale può essere impugnato soltanto *per violazione od erronea applicazione di norme o principi legali d'ermeneutica contrattuale*.(grifos nossos)

Assim, nas palavras da Corte Suprema de Cassação, apesar de se admitir a impugnação por nulidade com fulcro em violação de regra de interpretação contratual, não cabe tal remédio judicial se a violação alegada pela parte autora é de uma disposição do próprio contrato.

1.4.3.2.1.2 Ofensa à ordem pública

Uma outra hipótese que enseja a impugnação por nulidade consiste em o laudo arbitral contrariar a ordem pública italiana, conforme disposto na quarta sentença do artigo 829, *in verbis*²⁵⁴:

Artigo 829. Casi di nullità.
(...) L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia e' ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. *E' ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarieta' all'ordine pubblico*. (...) (grifos nossos)

Vale ressaltar que a impugnação por nulidade neste caso é sempre admitida, restando ineficaz qualquer tipo de renúncia (prévia) das partes a tal possibilidade.

É de se notar também que o dispositivo do CPC italiano refere-se à ordem pública material, a ser detectada no que tange ao mérito do laudo arbitral e não, à ordem pública

²⁵³Inteiro teor do acórdão enviado diretamente por e-mail pelo próprio Tribunal à candidata em 21.07.2009, conforme por esta solicitado em mensagem enviada ao endereço eletrônico cassazione@giustizia.it.

²⁵⁴ Article 829 (*Grounds for nullity*). The recourse for violation of the rules of law relating to the merits of the dispute shall be admitted if so expressly provided by the parties or by the law. The recourse against decisions which are contrary to public policy shall be admitted in any case.

processual. Afinal, algumas hipóteses de violação à ordem pública processual já estão elencadas dentre os n^{os} 1 a 12 da primeira sentença do mesmo artigo 829²⁵⁵.

Numa primeira leitura da quarta sentença do artigo 829, acima transcrita (em grifos), pode parecer que o motivo ensejador da nulidade consiste necessariamente na “violação da regra de direito aplicável ao mérito da controvérsia que contraria a ordem pública italiana”. Ou, em outros termos: a ofensa à ordem pública como ensejadora da nulidade da decisão arbitral seria uma modalidade, uma espécie do gênero “violação da regra de direito aplicável ao mérito da controvérsia”. Ora, a própria localização do referido dispositivo corrobora este entendimento: ele encontra-se topograficamente situado, no artigo 829, entre duas sentenças referentes à violação da regra de direito²⁵⁶.

Uma análise mais acurada, contudo, demonstra que não é exatamente este o propósito da referida norma. Apesar de a técnica legislativa empregada pelo legislador italiano talvez não ter sido a melhor – pois de fato pode conduzir ao raciocínio acima exposto -, a impugnação por nulidade pode ser ajuizada na Itália em qualquer hipótese em que a decisão arbitral violar a ordem pública daquele País, independentemente de o árbitro ter aplicado erroneamente a regra de direito aplicável à controvérsia.

Como bem assevera Francesco P. Luiso, a ofensa à ordem pública não constitui propriamente um *error in iudicando*, já que se verifica o contraste com a ordem pública todas as vezes em que o *resultado* produzido pelo laudo afeta *objetivamente* os princípios fundamentais do ordenamento jurídico italiano. Assim, no entendimento de Francesco P. Luiso, quando se trata da infração à ordem pública, não interessa se o árbitro aplicou correta ou incorretamente o direito aplicável ao mérito do litígio, e sim se o resultado que advém do laudo é encarado como intolerável pelo Direito Italiano²⁵⁷. Neste diapasão, Luiso fornece o seguinte exemplo: “o árbitro, talvez *aplicando corretamente* o direito material aplicável ao contrato, conclui que devem ser ressarcidos os danos devidos pelo inadimplemento de um contrato que foi considerado nulo porque ofende determinada regra comunitária sobre concorrência.”²⁵⁸

²⁵⁵ É o que aduz Francesco P. Luiso. LUISO, Francesco P. *Ob. cit.*, p. 33.23.

²⁵⁶ São elas: “L’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge” e “L’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa: (1) nelle controversie previste dall’articolo 409; (2) se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato.” “The recourse for violation of the rules of law relating to the merits of the dispute shall be admitted if so expressly provided by the parties or by the law.” e “The recourse for violation of the rules of law relating to the merits of the dispute shall always be admitted: 1) with regard to the disputes contemplated by Article 409; 2) if the violation of the rules of law concerns the solution of a preliminary issue over a matter which may not be made subject to an arbitration agreement”

²⁵⁷ *Idem, ibidem, p. cit.*

²⁵⁸ *Idem, ibidem, p. cit.*

No mesmo diapasão é a observação de Sergio Menchini²⁵⁹:

Tuttavia, sarebbe sbagliato concludere che ogni volta che gli arbitri abbiano male interpretato o male applicato questo tipo di norme il lodo sai, per ciò solo, nullo per contrarietà all'ordine pubblico; a tale fine, infatti, è necessario qualche cosa di più e di diverso: dalla violazione della disposizione inderogabile deve derivare una disciplina del rapporto giuridico contrastante con quanto da essa previsto. Occorre *guardare al risultato della decisione, al contenuto di essa*: “la contrarietà all'ordine pubblico va valutata non in base all'abstratta applicazione della norma, quanto *in base al risultato concreto di tale applicazione*”. (grifos nossos)

Assim, para o banimento do laudo do ordenamento jurídico italiano com fulcro na quarta sentença do artigo 829 do CPC, importa que o resultado da decisão arbitral contrarie objetivamente a ordem pública italiana, não sendo exigido que tal contrariedade decorra necessariamente de uma violação à regra de direito aplicável ao mérito da controvérsia.

1.4.3.2.2 Revogação e oposição de terceiros

Apenas para título de informação, tendo em vista que não interessam ao propósito da presente tese, cumpre dedicar brevíssimas palavras aos 2 (dois) outros remédios judiciais cabíveis contra um laudo arbitral doméstico italiano. Trata-se da “revocazione” e da “*opposizione di terzo*”, previstas no artigo 831 do CPC²⁶⁰:

Art. 831. Revocazione ed opposizione di terzo

Il lodo, nonostante qualsiasi rinuncia, e' soggetto a revocazione nei casi indicati nei numeri 1), 2), 3) e 6) dell'articolo 395²⁶¹, osservati i termini e le forme stabiliti nel libro secondo.

²⁵⁹ MENCHINI, Sergio. Impugnazioni del lodo “rituale”. *Rivista dell'Arbitrato*. Roma, 2005, p. 864. “Todavia, seria errado concluir que toda vez em que os árbitros interpretaram mal ou aplicaram mal este tipo de norma [imperativa] o laudo seja, por isso, nulo por contrariedade à ordem pública; para tal fim, de fato, é necessário algo mais, uma coisa diferente: da violação da disposição inderogável deve derivar uma disciplina da relação jurídica contrastante com o que está previsto naquela norma. É necessário *olhar para o resultado da decisão, para o conteúdo desta*: “a ofensa à ordem pública vai avaliada não com base na aplicação abstrata da norma, mas *com base no resultado concreto de tal aplicação*.” (grifos nossos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA] É de se notar que a obra de Sergio Manchini foi redigida quando a Lei nº 25/1994 ainda estava em vigor. Entretanto, ela é perfeitamente cabível sob a égide da legislação atualmente vigente, introduzida pela reforma de 2006.

²⁶⁰ Article 831 (*Revocation and third party opposition*) – Notwithstanding any waiver, the award may be revoked in the cases indicated in Article 395, numbers 1), 2), 3) and 6), within the timelimits and according to the formalities provided for in Book II. If the cases mentioned in the first paragraph arise during the nullity proceedings, the time-limit for filing a request for revocation shall be suspended until notification of the judgment deciding on the nullity. The award shall be subject to third party opposition in the cases indicated in Article 404. The recourses for revocation and third party opposition shall be filed with the court of appeal of the district in which the arbitration has its seat, within the time-limits and according to the formalities provided for in Book II. The court of appeal may consolidate the recourses for nullity, revocation and third party opposition in the same proceedings, if the stage reached by the proceedings filed first allows an exhaustive discussion and decision of the other recourses.

²⁶¹ Art. 395. Casi di revocazione

Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione:

- 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra;
- 2) se si e' giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza;

Se i casi di cui al primo comma si verificano durante il corso del processo di impugnazione per nullità, il termine per la proposizione della domanda di revocazione e' sospeso fino alla comunicazione della sentenza che abbia pronunciato sulla nullità. Il lodo e' soggetto ad opposizione di terzo nei casi indicati nell'articolo 404²⁶². Le impugnazioni per revocazione e per opposizione di terzo si propongono davanti alla corte d'appello nel cui distretto e' la sede dell'arbitrato, osservati i termini e le forme stabiliti nel libro

secondo.
La corte d'appello puo' riunire le impugnazioni per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo nello stesso processo, se lo stato della causa preventivamente proposta consente l'esauriente trattazione e decisione delle altre cause.

O instituto da oposição de terceiros foi introduzido pela Lei nº 25/94. Ambos os remédios judiciais devem ser interpostos perante a Corte d'Appello do distrito²⁶³ onde se situa a sede da arbitragem. A revogação é irrenunciável pelas partes²⁶⁴.

1.4.3.2.3 Correção do laudo

Para finalizar a presente análise sobre as sentenças arbitrais domésticas, faz-se mister fazer uma breve referência à “correzione del lodo” italiana, que corresponde ao mecanismo do artigo 30 da Lei de Arbitragem Brasileira^{265 266}.

A “correzione del lodo” está prevista no artigo 826 do CPC Italiano²⁶⁷, abaixo transcrito:

3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o piu' documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; (...)

(6) se la sentenza e' effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato.

²⁶² Art. 404. Casi di opposizione di terzo

Un terzo puo' fare opposizione contro la sentenza passata in giudicato o comunque esecutiva pronunciata tra altre persone quando pregiudica i suoi diritti.

Gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando e' l'effetto di dolo o collusione a loro danno.

²⁶³ Vide a nota 24 *supra*.

²⁶⁴ Para mais informações acerca da “revocazione” e da “*opposizione di terzo*”, vide CASSANO, Giuseppe; NISATI, Massimiliano. *Ob. cit.*, p. 122-126 e TILLA, Maurizio de; FERRELLI, Nino. *Ob. cit.*, p. 148-149.

²⁶⁵ Artigo 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

²⁶⁶ Embora a similaridade com os embargos de declaração seja grande, não se deve falar em “embargos arbitrais”, tendo em vista que, diferentemente daqueles (que constituem um verdadeiro recurso à sentença judicial), em sede de arbitragem este mecanismo que visa a corrigir erros materiais, omissões, contradições e obscuridades não constitui um recurso ao laudo arbitral. Acerca do assunto, cumpre invocar a lição de Carlos Alberto Carmona: “Notificadas as partes da sentença arbitral, passa a fluir o curto prazo de cinco dias para que qualquer uma delas utilize remédio *semelhante* aos embargos de declaração, seja para correção de erros materiais, seja para correção de omissão, contradição ou obscuridade na decisão. O legislador evitou utilizar a expressão consagrada no Código de Processo Civil – embargos de declaração – pois o remédio tratado no artigo não é um verdadeiro recurso (como está hoje capitulado no art. 535 do Código de Processo Civil), além do que servirá não só para suprir omissões, contradições e obscuridades, mas também para corrigir erros materiais (função que os embargos de declaração não têm).” (grifos no original) CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 383.

²⁶⁷ Article 826 (*Correction of the award*) – Each party may request the arbitrators, within one year from the communication of the award:

Art. 826. Correzione del lodo

Ciascuna parte puo' chiedere agli arbitri entro un anno dalla comunicazione del lodo:
 a) di correggere nel testo del lodo omissioni o errori materiali o di calcolo, anche se hanno determinato una divergenza fra i diversi originali del lodo pure se relativa alla sottoscrizione degli arbitri;
 b) di integrare il lodo con uno degli elementi indicati nell'articolo 823, numeri 1), 2), 3), 4).
 Gli arbitri, sentite le parti, provvedono entro il termine di sessanta giorni. Della correzione e' data comunicazione alle parti a norma dell'articolo 824.
 Se gli arbitri non provvedono, l'istanza di correzione e' proposta al tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato.
 Se il lodo e' stato depositato, la correzione e' richiesta al tribunale del luogo in cui e' stato depositato. Si applicano le disposizioni dell'articolo 288, in quanto compatibili. Alla correzione puo' provvedere anche il giudice di fronte al quale il lodo e' stato impugnato o fatto valere.

Para a presente tese, o mais relevante no instituto da correção do laudo é que a sua apresentação ao(s) árbitros(s) não suspende o prazo para a impugnação por nulidade do laudo arbitral. Entretanto, se houver correção do laudo pelo(s) árbitro(s), a parte corrigida pode ser impugnada e o prazo para a impugnação por nulidade passa a ser o da notificação da correção. É o que prevê a terceira sentença do artigo 828²⁶⁸.

1.4.4 Sentenças arbitrais estrangeiras

No que tange ao laudo arbitral estrangeiro, o CPC Italiano reservou dois dispositivos: 839 e 840^{269 270}, que compõem o Capítulo VII - “Del lodi stranieri” (Do laudo estrangeiro), a seguir transcritos:

a) to correct any omissions, material errors or miscalculations in the text of the award, also in case they have caused a divergence among the various originals of the award even if relating to the signature of the arbitrators;
 b) to complete the award with one of the elements indicated in Article 823, numbers 1), 2), 3), 4).
 The arbitrators, having heard the parties, shall take action within sixty days. The correction shall be communicated to the parties according to Article 824. Should the arbitrators fail to act, the request for correction shall be filed with the tribunal in whose district the arbitration has its seat. If the award has already been filed, the request for correction shall be filed with the tribunal of the place where the award has been filed. The provisions of Article 288 shall be applicable in so far as they are compatible. The correction may be made also by the judge before whom the award has been challenged or invoked.

²⁶⁸ Art. 828 (Impugnazione per nullità)

(...) L'istanza per la correzione del lodo non sospende il termine per l'impugnazione; tuttavia il lodo può essere impugnato relativamente alle parti corrette nei termini ordinari, a decorrere dalla comunicazione dell'atto di correzione.

Article 828 (*Recourse for nullity*) (...)

The request to correct the award shall not suspend the time-limit for filing a recourse; however, the parts of the award which have been corrected may be challenged within the ordinary timelimit, which begins to run after notification of the decision on the correction.

²⁶⁹ Vale dizer que os dois artigos já constavam da Lei 25/94 e não foram alterados pelo DL 40/ 2006.

²⁷⁰ Article 839 (*Recognition and enforcement of foreign arbitral awards*)

The party wishing to enforce a foreign award in the Republic shall file a petition with the president of the court of appeal of the district in which the other party has its domicile; if that party has no domicile in Italy, the court of appeal of Rome shall have jurisdiction. The petitioner shall supply the original award or a certified copy thereof, together with the original arbitration agreement or an equivalent document, or a certified copy thereof. If the documents specified in the second paragraph are not written in Italian, the petitioner shall in addition produce a certified translation thereof. The president of the court of appeal, after having ascertained the formal regularity of the award, shall declare by decree the efficacy of the foreign award in the Republic unless:

Art. 839. Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri

Chi vuol far valere nella Repubblica un lodo straniero deve proporre ricorso al presidente della corte d'appello nella cui circoscrizione risiede l'altra parte; se tale parte non risiede in Italia e' competente la corte d'appello di Roma. Il ricorrente deve produrre il lodo in originale o in copia conforme insieme con l'atto di compromesso, o documento equipollente, in originale o in copia conforme. Qualora i documenti di cui al secondo comma non siano redatti in lingua italiana la parte istante deve altresì produrne una traduzione certificata conforme. Il presidente della corte d'appello, accertata la regolarità formale del lodo, dichiara con decreto l'efficacia del lodo straniero nella Repubblica, salvoché:

- 1) la controversia non potesse formare oggetto di compromesso secondo la legge italiana;
- 2) il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico.

Art. 840. Opposizione

Contro il decreto che accorda o nega l'efficacia del lodo straniero e' ammessa opposizione da proporsi con citazione dinanzi alla corte d'appello entro trenta giorni dalla comunicazione, nel caso di decreto che nega l'efficacia, ovvero dalla notificazione nel caso di decreto che l'accorda.

In seguito all'opposizione il giudizio si svolge a norma degli articoli 645 e seguenti in quanto applicabili. La corte d'appello pronuncia con sentenza impugnabile per cassazione. Il riconoscimento o l'esecuzione del lodo straniero sono rifiutati dalla corte d'appello se nel giudizio di opposizione la parte contro la quale il lodo è invocato prova l'esistenza di una delle seguenti circostanze:

- 1) le parti della convenzione arbitrale erano incapaci in base alla legge ad esse applicabile oppure la convenzione arbitrale non era valida secondo la legge alla quale le parti l'hanno sottoposta o, in mancanza di indicazione a tale proposito, secondo la legge dello Stato in cui il lodo e' stato pronunciato;
- 2) la parte nei cui confronti il lodo è invocato non e' stata informata della designazione dell'arbitro o del procedimento arbitrale o comunque e' stata nell'impossibilità di far valere la propria difesa nel procedimento stesso;
- 3) il lodo ha pronunciato su una controversia non contemplata nel compromesso o nella clausola compromissoria, oppure fuori dei limiti del compromesso o della clausola compromissoria; tuttavia, se le statuizioni del lodo che concernono questioni sottoposte ad arbitrato possono essere separate da quelle che riguardano questioni non sottoposte ad arbitrato, le prime possono essere riconosciute e dichiarate esecutive;
- 4) la costituzione del collegio arbitrale o il procedimento arbitrale non sono stati conformi all'accordo delle parti o, in mancanza di tale accordo, alla legge del luogo di svolgimento dell'arbitrato;
- 5) il lodo non e' ancora divenuto vincolante per le parti o e' stato annullato o sospeso da un'autorità competente dello Stato nel quale, o secondo la legge del quale, e' stato reso.

-
- 1) the subject matter is not capable of settlement by arbitration under Italian law;
 - 2) the award contains provisions contrary to public policy.

Article 840 (*Opposition*)

An opposition may be filed against the decree granting or denying enforcement of the foreign award by filing a writ of summons with the court of appeal within thirty days of communication of the decree denying enforcement or notification of the decree granting enforcement. After the filing of the opposition, the proceedings shall be held in accordance with Article 645 and following in so far as they are applicable. The court of appeal decides with a judgment subject to recourse before the supreme court. The court of appeal shall refuse the recognition or the enforcement of the foreign award if in the opposition proceedings the party against which the award is invoked proves the existence of one of the following circumstances:

- 1) the parties to the arbitration agreement were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the arbitration agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the State where the award was made;
- 2) the party against which the award is invoked was not informed of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present its case in the proceedings;
- 3) the award decided upon a dispute not contemplated in the submission to arbitration or in the arbitration clause, or exceeded the limits of the submission to arbitration or of the arbitration clause; nevertheless, if the decisions in the award which concern questions submitted to arbitration can be separated from those concerning questions not so submitted, the former can be recognized and enforced;
- 4) the composition of the arbitration tribunal or the arbitration proceedings was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such an agreement, with the law of the place where the arbitration took place;
- 5) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a competent authority of the State in which, or under the law of which, it was made.

If an application for the setting aside or suspension of the effects of the award has been made to the competent authority indicated at number 5) of the third paragraph, the court of appeal may adjourn the decision on the recognition or enforcement of the award; on the request of the party seeking enforcement it may, in the case of suspension, order the other party to give suitable security.

Allorche' l'annullamento o la sospensione dell'efficacia del lodo straniero siano stati richiesti all'autorita' competente indicata nel numero 5) del terzo comma, la corte d'appello puo' sospendere il procedimento per il riconoscimento o l'esecuzione del lodo; su istanza della parte che ha richiesto l'esecuzione puo', in caso di sospensione, ordinare che l'altra parte presti idonea garanzia.

Il riconoscimento o l'esecuzione del lodo straniero sono altresì rifiutati allorche' la corte d'appello accerta che: 1) la controversia non potesse formare oggetto di compromesso secondo la legge italiana; 2) il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico. Sono in ogni caso salve le norme stabilite in convenzioni internazionali.

Conforme se depreende dos artigos acima, o procedimento de reconhecimento e execução do laudo arbitral estrangeiro corre perante a Corte d'Appello (na pessoa de seu presidente) na circunscrição em que reside a parte contra a qual o laudo é invocado. Se tal parte não residir na Itália, competente será a Corte d'Appello de Roma. Imprescindível notar que o referido procedimento corre, num primeiro momento, sem contraditório (artigo 839 do CPC Italiano). De fato, o presidente do tribunal declarará –mediante decreto - a eficácia, na República Italiana, do laudo estrangeiro, caso verifique a regularidade formal deste. Neste diapasão, apenas duas circunstâncias podem obstar a prolação de tal decreto, circunstâncias estas que devem ser averiguadas pelo próprio presidente: (i) a inarbitrabilidade da controvérsia; e (ii) a ofensa à ordem pública.

Caso uma das partes não concorde com o decreto do presidente da Corte d'Appello (tendo sido ele denegatório ou concessório da eficácia), poderá contra este insurgir-se no prazo de 30 (trinta) dias da comunicação da referida decisão.

No caso de decreto que concedeu a eficácia ao laudo estrangeiro, a parte contra a qual o laudo é invocado deve provar a existência das circunstâncias taxativamente enumeradas no artigo 840, muito similares àquelas encontradas nos nºs 1 e 2 do artigo V da Convenção de Nova Iorque, da qual a Itália é parte desde 31 de janeiro de 1969²⁷¹. Destaque-se que aquelas

²⁷¹ A Convenção de Nova Iorque entrou em vigor na Itália desde 01 de maio de 1969.

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

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

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

duas circunstâncias encontradas no artigo 839 - que devem ser verificadas *ex officio* pelo presidente da Corte d'Appello, quando instado a se manifestar, sem contraditório, sobre a eficácia do laudo estrangeiro – também se encontram no artigo 840. Da mesma forma, ambas devem ser averiguadas de ofício pela Corte d'Appello no curso da “opposizione” prevista no artigo 840.

1.4.5 Conclusão

Ao fim destas notas, permitimo-nos concluir que, embora não haja registro de que a uma sentença arbitral estrangeira possa ser denegada a homologação em virtude da aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito Italiano ao mérito da controvérsia, diversa solução apresentase para a sentença arbitral doméstica. Conforme previsto no CPC daquele País, cabe à parte vencida pleitear impugnar o laudo arbitral doméstico em que se verifica um *erro judicando de jure* (nas palavras de Francesco Luiso), quando se constata uma aplicação errônea do Direito Italiano ao mérito da arbitragem.

Outrossim, a ofensa à ordem pública também pode ensejar, naquele País, a anulação de uma sentença arbitral doméstica. Cumpre lembrar, neste diapasão, a relevância atribuída na Itália ao *resultado efetivo* produzido pela ofensa à ordem pública acima referida.

1.5 República da Áustria

“Anders als Urteile werden Schiedssprüche regelmäßig im Zusammenhang mit ihrer Aufhebung oder Versagung der Anerkennung und Vollstreckung behandelt, weil die Besonderheit gegenüber den staatlichen Hoheitsakten darin besteht, daß der Schiedsspruch erst mit der Aufhebungsklage oder dem Antrag auf Anerkennung und Vollstreckung aus dem Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit in jenen der ordentlichen Gerichtsbarkeit ‚überführt‘ wird.”

(Tatjana Chiwitt-Oberhammer)²⁷²

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Extraído da versão portuguesa anexa ao Decreto nº 4.311, de 23.07.2002, que consta do site www.planalto.gov.br, consultado em 12.10.2009.

²⁷² CHIWITT-OBERHAMMER, Tatjana. *Der fehlerhafte Schiedsspruch*. Viena: Österreich, 2000, p. 46. “Diferentemente das sentenças judiciais, as sentenças arbitrais normalmente são examinadas no contexto de sua anulação ou da recusa de seu reconhecimento e execução, uma vez que a sua especificidade em relação à soberania estatal consiste em que a sentença arbitral somente é ‘transportada’ para fora do âmbito da arbitragem em direção à jurisdição ordinária após o ajuizamento da demanda de anulação ou do pedido de reconhecimento e execução. [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

1.5.1 Introdução

O regramento da arbitragem na República da Áustria foi alterado em 2006, quando a Lei-Modelo da UNCITRAL (doravante, “LMU”) foi incorporada, com algumas variações, ao ordenamento jurídico daquele País. Desde 1895, quando o legislador austríaco pela primeira vez editou normas sobre arbitragem, elas somente haviam sido modificadas uma vez, em 1983 (a chamada “Novelle”²⁷³). Com o decorrer do tempo, considerou-se necessário um conjunto de normas mais atuais, que (i) refletissem os padrões contemporâneos da arbitragem comercial internacional; e (ii) transformassem a Áustria numa sede mais atrativa para os procedimentos arbitrais²⁷⁴.

Assim, no ano de 2002, um grupo de trabalho capitaneado pelo Prof. Dr. Paul Oberhammer, do Ludwig-Boltzmann Institut für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen, sediado em Viena, preparou um projeto de lei de arbitragem²⁷⁵, idealizado para integrar o Código de Processo Civil daquele País. O referido projeto espelhava-se sobremaneira na LMU.

O Parlamento Austríaco levou 3 (três) anos para analisar o projeto e efetuar algumas alterações até finalizar o texto que se converteria em lei. Enfim, em 06 de dezembro de 2005, ele foi aprovado, mas somente entraria em vigor em 01 de julho de 2006.

Assim, a nova Seção IV do CPC austríaco (doravante, o “öZPO”) aplica-se a todos os procedimentos arbitrais iniciados após 30 de junho de 2006 que tenham sede no território austríaco²⁷⁶. A referida Seção é dividida em 10 (dez) Títulos, dos quais apenas (2) dois interessam à presente tese: o Título VII (denominado “Rechtsbehelf gegen den Schiedsspruch – Antrag auf Aufhebung eines Schiedsspruchs”²⁷⁷) e o Título VIII (intitulado “Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche”²⁷⁸).

²⁷³ “Reforma”, em português.

²⁷⁴ Conforme mencionado no item 1.III.1 *supra* da presente tese, este foi um dos propósitos que também motivou o legislador alemão a adotar a LMU em 1998.

²⁷⁵ Para o relatório de atividades do referido instituto no ano de 2002, do qual consta breve exposição sobre o projeto mencionado, vide www.lbg.ac.at/de/webfm_send/195, consultado em 01.11.2009.

²⁷⁶ É o que dispõe o § 577(1) do öZPO, *in verbis*:

§ 577. (1) Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind anzuwenden, wenn der Site des Schiedsgerichts in Österreich liegt.

Article 577. (1) The provisions of this section shall apply if the seat of the arbitral tribunal is within Austria.

[Esta e todas as traduções para o inglês do öZPO foram extraídas do site <http://www.rechtsfreund.at/law-austria.htm>, consultado em 06 de novembro de 2009]

²⁷⁷ “Remédios jurídicos contra a sentença arbitral – ação de anulação de uma sentença arbitral”

²⁷⁸ “Reconhecimento e declaração de exequibilidade de sentenças arbitrais estrangeiras”

Tal qual a lei antiga, a nova lei compreende arbitragens comerciais e não-comerciais e não diferencia entre arbitragens nacionais e internacionais²⁷⁹, aplicando-se indistintamente a ambas. Neste ponto, aliás, a lei austríaca vai além da LMU, que só se aplica às internacionais.

Para o estudo, à luz do Direito Austríaco, do tema proposto na presente tese, cumpre examinarmos separadamente as sentenças arbitrais domésticas e as estrangeiras.

1.5.2 Sentenças arbitrais domésticas

Na Áustria, é classificada como doméstica a sentença arbitral prolatada ao cabo de uma arbitragem sediada em território austríaco, conforme se depreende indiretamente do § 577(1) do öZPO²⁸⁰. Para se aferir a nacionalidade da sentença, portanto, não importa o *local onde foi efetivamente prolatada a sentença*²⁸¹, e sim, se a *sede* da arbitragem é situada na Áustria²⁸².

Tal qual ocorre no Brasil²⁸³, a sentença arbitral *doméstica* produz os mesmos efeitos da sentença judicial²⁸⁴ e consiste, de *per si*, uma vez transitada em julgado, em um título

²⁷⁹ Na opinião de Nikolaus Pitkowitcz, é mesmo desnecessária a distinção entre arbitragem interna e internacional, nem se justifica qualquer tratamento diferenciado entre elas, *in verbis*: “the present law does not recognize a distinction between international and national arbitration, nor is such a distinction necessary since there is no recognisable justification for different treatment.” PITKOWITZ, Nikolas. *The new Austrian Arbitration Act. Austria finally implements the UNCITRAL Model Law on International Arbitration*, p. 2. Extraído do site <http://www.gmp.at>, consultado em 13.10.2009.

²⁸⁰ É o que afirma Jenny Power, *in verbis*: “The term ‘domestic arbitral award’ is indirectly defined in Section 577(1), which provides as a general rule that the AA06 [Arbitration Act of 2006] only applies if the seat of arbitration is within the territory of Austria.” (grifos nossos) POWER, Jenny. *The Austrian Arbitration Act. A Practitioner’s Guide to Sections 577-618 of the Austrian Code of Civil Procedure*. Viena: Manz, 2006, p. 111.

²⁸¹ No Brasil, relevante para a averiguação da nacionalidade de uma sentença arbitral é o local da prolação da sentença. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 9.307/96: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”, flagrante expressão do chamado “critério geográfico” para a caracterização de uma sentença arbitral como nacional ou estrangeira.

²⁸² Vale notar que em outros Países é adotado o mesmo critério (i.e., a sede da arbitragem é que determina se o laudo arbitral é doméstico ou não, sendo irrelevante se o lugar da efetiva prolação do laudo era naquele País ou não). Neste diapasão, podemos citar, a título de exemplo, a lei atualmente vigente em Portugal (Lei nº 31/86) e o Direito Colombiano (Decreto nº 1818/98). Sobre o assunto, vide VERÇOSA, Fabiane. *Arbitragem Interna v. Arbitragem Internacional: Breves Contornos da Distinção e sua Repercussão no Ordenamento Jurídico Brasileiro face ao Princípio da Autonomia da Vontade*. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto (coord.). *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Prof. Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 424-425, nota nº 7.

²⁸³ Artigo 31 da Lei nº 9.307/96: A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

²⁸⁴ É o que prevê o § 607do öZPO:

§ 607. Der Schiedsspruch hat zwischen den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

Article 607. The award has the effect of a final and binding court judgement between the parties.

Interpretando-se o §577(2) do öZPO, conclui-se que o dispositivo acima transcrito não se aplica às sentenças estrangeiras, *in verbis*:

§ 577 (2) §§ 578, 580, 583, 584, 585, 593 Abs. 3 bis 6, §§ 602, 612 und 614 sind auch anzuwenden, wenn der Site des Schiedsgerichts nicht in Österreich liegt oder noch nicht bestimmt ist.

Article 577(2) Articles 578, 580, 583, 584, 585, 593 paragraph 3 to 6, articles 602, 612 and 614 are also applicable if the seat of the arbitral tribunal is not within Austria or has not yet been determined.

executivo judicial²⁸⁵, não lhe sendo imposto nenhum tipo de homologação ou reconhecimento pelos tribunais estatais.

Caso se tencione afastar uma sentença arbitral na Áustria, a medida a ser tomada diferirá em função de sua nacionalidade: em se tratando de um laudo *doméstico*, a medida por excelência²⁸⁶ será o ajuizamento de uma ação anulatória; caso o laudo seja *estrangeiro*, por sua vez, seu eventual afastamento dar-se-á em sede do pedido judicial de reconhecimento e de execução.

1.5.2.1 Anulação da sentença arbitral doméstica

Conforme mencionado adrede, apenas a sentença nacional poderá ser objeto de uma ação judicial de anulação. Ademais, na Áustria, diferentemente do que dispõe a LMU, tal ação poderá ser intentada não só contra a decisão da controvérsia mesma pelo(s) árbitro(s), mas também em face da decisão acerca da própria competência do árbitro único ou tribunal arbitral. De fato, é o que preceitua o § 611(1) do öZPO, *in fine*: “(1) Gegen einen Schiedsspruch kann nur eine Klage auf gerichtliche Aufhebung gestellt werden. *Dies gilt auch für Schiedssprüche, mit welchen das Schiedsgericht über seine Zuständigkeit abgesprochen hat.*”²⁸⁷ (grifos nossos)”

Assim, diversamente da legislação anterior, em que não se admitia a propositura de uma ação anulatória para se impugnar uma sentença parcial em que o(s) árbitro(s) reconhecia(m) sua própria competência, hoje tal possibilidade é franqueada pelo öZPO. Sobre o assunto, cumpre ressaltar a importância da referida alteração legislativa, conforme bem apontado por Jenny Power²⁸⁸:

Under the former legislation, there was no possibility to file a request to set aside a separate decision on the jurisdiction of an arbitral tribunal. An interim decision on the arbitral

²⁸⁵ É o que prevê o § 1(16) do Exekutionsordnung (diploma do qual trataremos mais adiante), *in verbis*:

§ 1. Executionstitel im Sinne des gegenwärtigen Gesetzes sind die nachfolgenden im Geltungsgebiete dieses Gesetzes errichteten Acte und Urkunden: (...)

16 - die einer Anfechtung vor einer höheren schiedsgerichtlichen Instanz nicht mehr unterliegenden Sprüche von Schiedsrichtern und Schiedsgerichten und die vor diesen abgeschlossenen Vergleiche;

“§ 1. Título executivo no sentido da presente lei são, para fins de aplicação desta lei, os seguintes atos e documentos“

[TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA].

²⁸⁶ A princípio, poder-se-ia dizer que a ação anulatória consiste na *única* medida judicial cabível contra uma sentença arbitral doméstica austríaca. É o que prevê, aliás, a primeira parte do artigo 611(1) do öZPO:

§ 611. (1) Gegen einen Schiedsspruch kann *nur* eine Klage auf gerichtliche Aufhebung gestellt werden. (grifamos)

Article 611. (1) An appeal to a court against an award may be made *only* by means of an action for setting aside. (grifamos)

Entretanto, como ensina Nikolas Pitkowitz, há 2 (duas) outras formas de se afastar a sentença arbitral doméstica na Áustria, como veremos mais adiante. Elas estão dispostas nos §§ 612 e 613 do öZPO.

²⁸⁷ Article 611. (1) An appeal to a court against an award may be made only by means of an action for setting aside. *This also applies to awards by which the arbitral tribunal has ruled on its jurisdiction.* (grifamos)

²⁸⁸ POWER, Jenny. *Ob. cit.*, p. 112.

tribunal's jurisdiction was not considered to be an award in terms of the [action to set aside], and such decisions were thus not subject to challenge in state courts (...). As a consequence, an arbitral tribunal's decision that it had jurisdiction to hear the case was only subject to challenge after the *final award on the merits* had been rendered. A party could raise the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal only as a ground for challenge of the final award. An arbitral tribunal's decision declining its jurisdiction was not subject to challenge at all and thus constituted a final and binding decision upon the parties. In contrast to the former legislation, Section 611 now provides for a uniform procedure for challenging awards in the jurisdiction of an arbitral tribunal, irrespective of whether the arbitral tribunal decides that it has jurisdiction or whether the arbitral tribunal declines its jurisdiction. (...) Article 16 (3) UML [, however,] only provides for a remedy if the arbitral tribunal has affirmed its jurisdiction; there is no such remedy if the arbitral tribunal has denied its jurisdiction. (...) *The challenge follows the uniform procedure set forth in S. 611 concerning the challenge of an award on the merits. Thus, no difference is made between awards on the merits and awards on jurisdiction. The new regime is intended to encourage arbitral tribunals to decide on their own jurisdiction in a separate decision early in the proceedings in the interests of both time and cost efficiency.* (...) Practice has shown that the former law led arbitral tribunals to affirm their jurisdiction in case of doubt, in order to enable the parties to have the decision regarding the jurisdiction scrutinized by the courts. (grifamos)

Segundo dispõe o § 615(1) do öZPO²⁸⁹, competente para apreciar a ação anulatória é o *Landsgericht* (“Regional Court”, em inglês e doravante, “LG”) competente para matéria cível que tiver sido eleito pelas partes na convenção de arbitragem ou sobre o qual as partes tenham mutuamente acordado. Na ausência de acordo entre as partes, competente será o LG do distrito da sede do procedimento arbitral de primeira (ou única) instância, independentemente do valor em disputa. Caso a sede ainda não tenha sido determinada, a *Handelsgericht* (“Commercial Court”) de Viena será o tribunal estatal competente.

No que tange aos prazos, é de se mencionar que o § 611(4)²⁹⁰ adota exatamente o que prevê a LMU neste ponto: 3 (três) meses, contados do *dia* em que a parte autora recebeu a

²⁸⁹ § 615. (1) Für die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs und die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schiedsspruchs sowie für Verfahren in Angelegenheiten nach dem dritten Titel ist in erster Instanz ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes das die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen ausübende Landesgericht zuständig, das in der Schiedsvereinbarung bezeichnet oder dessen Zuständigkeit nach § 104 JN vereinbart wurde oder, wenn eine solche Bezeichnung oder Vereinbarung fehlt, in dessen Sprengel der Sitz des Schiedsgerichts liegt. Ist auch der Sitz des Schiedsgerichts noch nicht bestimmt oder liegt dieser im Fall des § 612 nicht in Österreich, so ist das Handelsgericht Wien zuständig.

Article 615. (1) For the action for setting aside an award and for the action for a declaration of the existence or non-existence of an award, as well as for proceedings pertaining to matters addressed in the third chapter, the regional court having jurisdiction over civil law matters that was specified in the arbitration agreement or whose jurisdiction was agreed upon in accordance with article 104 of the Judicature Act, or, failing such specification or agreement, the regional court in whose district the arbitral tribunal has its seat shall have jurisdiction in the first instance, regardless of the value in dispute. If the seat of the arbitral tribunal has not yet been determined, or if, in the case of article 612, it is not within Austria, then the Commercial Court of Vienna shall have jurisdiction.

²⁹⁰ § 611 (4) Die Klage auf Aufhebung ist innerhalb von drei Monaten zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tag, an welchem der Kläger den Schiedsspruch oder den ergänzenden Schiedsspruch empfangen hat. Ein Antrag nach § 610 Abs. 1 Z 1 oder 2 verlängert diese Frist nicht. Im Fall des Abs. 2 Z 6 ist die Frist für die Aufhebungsklage nach den Bestimmungen über die Wiederaufnahmsklage zu beurteilen.

Article 611 (4) The action for setting aside must be brought within three months. The time period shall begin with the day on which the plaintiff received the award or the additional award. An application made in accordance with article 610, paragraph 1, number 1 or 2 of this law shall not extend this time period. In the case of paragraph 2, number 6, the time period for bringing the action for setting aside shall be judged according to the provisions on the application for the proceedings to be reopened.

sentença ou a sentença adicional (§ 610(1), nº 3²⁹¹). Cumpre observar que a eventual apresentação de pedidos de esclarecimento ao tribunal arbitral (nos termos do § 610(1), nºs 1 e 2 do öZPO²⁹²) de forma alguma interfere no prazo para o ajuizamento da ação anulatória^{293 294}.

É de se notar, contudo, que o prazo de três meses acima referido aplica-se a todas as hipóteses de anulação, exceto uma: aquela prevista no § 611(2), nº 6²⁹⁵, em que há motivos para a reabertura do procedimento (caso em que a sentença arbitral foi motivada por algumas condutas criminosas, tais como falso testemunho e contrafação). Conforme relata Nikolaus Pitkowitz²⁹⁶, trata-se de uma peculiaridade austríaca, em que o prazo para ajuizamento da ação anulatória é de 4 (quatro) semanas após a notificação do crime ou, no mais tardar, 10 (dez) anos após a notificação da sentença arbitral.

Por fim, cumpre tecer breves comentários ao (5) do § 611²⁹⁷. Segundo o referido dispositivo, a eficácia da convenção de arbitragem, a princípio, não seria afetada pela decretação da nulidade da sentença arbitral²⁹⁸. Entretanto - e aí reside uma peculiaridade do

²⁹¹ § 610. (1) Sofern die Parteien keine andere Frist vereinbart haben, kann jede Partei innerhalb von vier Wochen nach Empfang des Schiedsspruchs beim Schiedsgericht beantragen, (...)

3. einen ergänzenden Schiedsspruch über Ansprüche zu erlassen, die im Schiedsverfahren zwar geltend gemacht, im Schiedsspruch aber nicht erledigt worden sind.

Article 610. (1) Unless another period of time has been agreed upon by the parties, each party may, within four weeks of receipt of the award, request the arbitral tribunal (...)

3. to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings, but not dealt with in the award.

²⁹² § 610. (1) Sofern die Parteien keine andere Frist vereinbart haben, kann jede Partei innerhalb von vier Wochen nach Empfang des Schiedsspruchs beim Schiedsgericht beantragen,

1. Rechen-, Schreib- und Druckfehler oder Fehler ähnlicher Art im Schiedsspruch zu berichtigen;

2. bestimmte Teile des Schiedsspruchs zu erläutern, sofern die Parteien dies vereinbart haben;

Article 610. (1) Unless another period of time has been agreed upon by the parties, each party may, within four weeks of receipt of the award, request the arbitral tribunal:

1. to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of a similar nature;

2. if so agreed by the parties, to give an interpretation of certain parts of the award;

²⁹³ § 611 (4). (...)Ein Antrag nach § 610 Abs. 1 Z 1 oder 2 verlängert diese Frist nicht.

Article 611(4). (...)An application made in accordance with article 610, paragraph 1, number 1 or 2 of this law shall not extend this time period.

²⁹⁴ Conforme mencionado no item 1,IV.3.2.3 *supra*, há disposição semelhante no CPC Italiano. Trata-se do artigo 828, terceira sentença, primeira parte.

²⁹⁵ § 611(2) Ein Schiedsspruch ist aufzuheben, wenn (...)

6. die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen nach § 530 Abs. 1 Z 1 bis 5 ein gerichtliches Urteil mittels Wiederaufnahmsklage angefochten werden kann;

Article 611(2) An award shall be set aside if (...)

6. the requirements have been met according to which a judgement of a court can be appealed under article 530, paragraph 1, numbers 1 to 5 via an application for the proceedings to be reopened;

²⁹⁶ PITKOWITZ, Nikolaus. *The new Austrian Arbitration Act... Ob. cit.*, p. 4.

²⁹⁷ § 611 (5) Die Aufhebung eines Schiedsspruchs berührt nicht die Wirksamkeit der zugrunde liegenden

Schiedsvereinbarung. Wurde bereits zweimal ein Schiedsspruch über den selben Gegenstand rechtskräftig aufgehoben und ist ein weiterer hierüber ergehender Schiedsspruch aufzuheben, so hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien gleichzeitig die Schiedsvereinbarung hinsichtlich dieses Gegenstandes für unwirksam zu erklären.

Article 611 (5) The setting aside of an award has no influence on the effectiveness of the underlying arbitration agreement. If an award on the same subject matter has already been set aside twice in a final and binding way, and if a further award on the same subject matter is to be set aside, then the court, upon the application of a party, shall concurrently declare the arbitration agreement invalid with respect to that subject matter.

²⁹⁸ Semelhante norma é encontrada também na Alemanha, conforme vimos no item 1.III.1.1.4. *supra* (§1059(5) do ZPO).

Direto Austríaco -, se 2 (duas) sentenças arbitrais consecutivas prolatadas ao cabo de procedimentos oriundos da mesma convenção de arbitragem forem anuladas pelo mesmo motivo (dentre o rol do § 611(2), a seguir referido) e transitarem em julgado, o tribunal estatal deverá, mediante pedido de uma das partes, declarar aquela convenção de arbitragem inválida no que tange àquele motivo que ensejou a anulação das duas sentenças.

1.5.2.2 Hipóteses de anulação

Os motivos que podem levar à anulação de uma sentença arbitral na Áustria foram profundamente alterados na Reforma de 2006 e correspondem, em linhas gerais, às hipóteses previstas no artigo V da Convenção de Nova Iorque e no artigo 34 da LMU. Eles são taxativamente elencados no § 611(2) do öZPO, a seguir transcrito:

§ 611(2) Ein Schiedsspruch ist aufzuheben, wenn

1. eine gfültige Schiedsvereinbarung nicht vorhanden ist, oder wenn das Schiedsgericht seine Zuständigkeit verneint hat, eine gfültige Schiedsvereinbarung aber doch vorhanden ist, oder wenn eine Partei nach dem Recht, das für sie persönlich mgebend ist, zum Abschluss einer gfültigen Schiedsvereinbarung nicht fähig war;
2. eine Partei von der Bestellung eines Schiedsrichters oder vom Schiedsverfahren nicht gehorig in Kenntnis gesetzt wurde oder sie aus einem anderen Grand ihre Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht geltend machen konnte;
3. der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, für welche die Schiedsvereinbarung nicht gilt, oder er Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der Schiedsvereinbarung oder das Rechtsschutzbegehren der Parteien fiberschreiten; betrifft der Mangel nur einen trennbaren Teil des Schiedsspruchs, so ist dieser Teil aufzuheben;
4. die Bildung oder Zusammensetzung des Schiedsgerichts einer Bestimmung dieses Abschnitts oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien widerspricht;
5. das Schiedsverfahren in einer Weise durchgeführt wurde, die Grundwertungen der osterreichischen Rechtsordnung (ordre public) widerspricht;
6. die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen nach § 530 Abs. 1 Z 1 bis 5 ein gerichtliches Urteil mittels Wiederaufnahmsklage angefochten werden kann;
7. der Gegenstand des Streits nach inländischem Recht nicht schiedsfähig ist;
8. der Schiedsspruch Grundwertungen der osterreichischen Rechtsordnung (ordre public) widerspricht.²⁹⁹

²⁹⁹ Article 611(2) An award shall be set aside if

1. a valid arbitration agreement does not exist, or if the arbitral tribunal denies its jurisdiction despite the existence of a valid arbitration agreement, or if a party was not capable of concluding a valid arbitration agreement under the law which was personally relevant to that party;
2. a party was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or for another reason was unable to adequately defend itself or challenge the claims of the opposing party;
3. the award deals with a dispute not falling within the terms of the arbitration agreement, or contains decisions on matters beyond the scope of the arbitration agreement or beyond the claims of the parties; however, if the defect concerns only a separable part of the award, then only that part of the award shall be set aside;
4. the formation or composition of the arbitral tribunal is not in accordance with a provision of this section or with an admissible agreement of the parties;
5. the arbitral procedure was not carried out in accordance with the basic values of the Austrian legal system (ordre public);
6. the requirements have been met according to which a judgement of a court can be appealed under article 530, paragraph 1, numbers 1 to 5 via an application for the proceedings to be reopened;

Não há, nas hipóteses acima previstas (e, portanto, em nenhum outro dispositivo do Direito Positivo austríaco), um preceito que expressamente conduza à anulação da sentença arbitral por conta da aplicação errônea, pelo(s) árbitro(s), do Direito austríaco. Assim, restamos apenas indagar se subsiste algum outro fundamento que possa levar à anulação do laudo arbitral neste caso.

É neste contexto que se insere a hipótese prevista no § 611(2), n° 8, qual seja a *ofensa aos valores fundamentais do ordenamento jurídico austríaco*. Ou seja, cumpre-nos perquirir se a aplicação equivocada do Direito austríaco pelo(s) árbitro(s) viola a ordem pública daquele País, de forma a ensejar a anulação do laudo arbitral.

1.5.2.2.1 Ofensa à ordem pública material

Preliminarmente, cumpre salientar que o §611(2) distingue explicitamente entre ordem pública *processual* e ordem pública *material* (ou *substantiva*), ambas constituindo fundamento para a anulação (n°s 5 e 8 do dispositivo transcrito *supra*, respectivamente). A ordem pública que interessa à presente tese é aquela que toca ao mérito da controvérsia, ao fundo da questão decidida pelo árbitro, i.e., a ordem pública material.

Vale notar, aliás, que diferentemente do que se passa com a ordem pública processual, a violação da ordem pública material independe de alegação neste sentido da parte autora da ação anulatória, devendo ser até mesmo declarada *ex officio* pelo tribunal estatal³⁰⁰.

Por oportuno, algumas palavras merecem ser ditas sobre o conteúdo da expressão “ordem pública substantiva” na Áustria.

Nikolaus Pitkowitz relata que, no princípio, na compilação das primeiras normas sobre arbitragem do öZPO, a reserva da ordem pública material era tão extrema, que havia a possibilidade de se anular uma sentença arbitral invocando-se a violação de uma norma imperativa do Direito Austríaco. Hoje, não é mais possível a anulação da sentença arbitral “apenas” com base na ofensa a normas cogentes daquele Direito³⁰¹. Conforme relata

7. the subject-matter of the dispute is not arbitrable under Austrian law;

8. the award is in conflict with basic values of the Austrian legal system (ordre public).

³⁰⁰ §611 (3) Die Aufhebungsgründe des Abs. 2 Z 7 und 8 sind auch von Amts wegen wahrzunehmen.

Article 611(3) The reasons for setting aside stipulated in paragraph 2, numbers 7 and 8 are also to be considered by a court ex officio.

Note-se que o artigo acima transcrito é idêntico ao artigo 34, alínea *b* da LMU.

Cumpre ressaltar que, de todos os fundamentos elencados no § 611(2), apenas a violação da ordem pública material e a arbitralidade objetiva devem ser declarados de ofício pela LG incumbida de apreciar a ação anulatória.

³⁰¹ Nas exatas palavras de Pitkowitz: “Später bestand dann nach österreichischem Recht keine Möglichkeit der Aufhebung mehr, wenn der Schiedsspruch ‘nur’ gegen zwingendes materielles Recht verstieß.” PITKOWITZ, Nikolaus. *Die Aufhebung von Schiedssprüchen*. Viena: Manz, 2008, p. 101. “Posteriormente, passou a não existir

Pitkowitz, o legislador austríaco buscou um meio-termo para a questão: “Nicht jeder Verstoß gegen zwingendes Recht verwirklichte damit den Aufhebungsgrund.”³⁰²

No mesmo sentido são as impressões de Jenny Power³⁰³, que afirma:

Infringement of mandatory provisions that must be applied irrespective of the parties' choice of law is not retained as a reason for setting aside in the AA 06. (...)
The reference to public policy in Section 611(2), no. 8 therefore makes it clear that *only severe breaches of Austrian law* justify the setting aside of an arbitral award. (grifos nossos)

Nesta esteira, é de se invocar o §6 da Internationales Privatrechtgesetz (“Lei de Direito Internacional Privado”, doravante “IPRG”) austríaca, que preceitua:

Vorbehaltsklausel (ordre public)
§ 6. Eine Bestimmung des fremden Rechtes ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem *Ergebnis* führen würde, das mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist. An ihrer Stelle ist erforderlichenfalls die entsprechende Bestimmung des österreichischen Rechtes anzuwenden³⁰⁴. (grifamos)

Aplicando-se tal dispositivo analogicamente, a doutrina e a jurisprudência austríacas o têm invocado para afirmar que, para efetivamente haver anulação da sentença arbitral com fulcro no § 611(2), nº 8 do öZPO, é necessário que o *resultado* advindo da sentença arbitral fira a ordem pública substantiva da Áustria. Na lição de Nikolaus Pitkowitz³⁰⁵:

Damit sollte wohl klargestellt werden, dass sowohl die Begründung als auch der Tenor bei Beurteilung der ordre public-Widrigkeit eine Rolle spielen können, je nachdem, aus welcher von beiden letztlich jene *Auswirkungen* abzuleiten sind, die dazu führen, dass der Schiedsspruch mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung in Widerspruch steht. (...) Das staatliche Gericht hat vielmehr selbständig zu prüfen, ob das *Ergebnis* des Schiedsspruchs einen Verstoß gegen die Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung darstellt. (grifos nossos)

mais no Direito Austríaco a possibilidade de anulação, se a sentença arbitral ‘apenas’ viola o Direito material cogente.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁰² “Não é qualquer violação do Direito cogente que concretiza um fundamento à anulação”. [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA] *Idem, Ibidem, p. cit.*

³⁰³ POWER, Jenny. *Ob. cit.*, p. 116-117.

³⁰⁴ Cláusula de reserva (ordem pública)

§6. Uma disposição do Direito estrangeiro não deve ser aplicada, quando sua aplicação conduzir a um *resultado* incompatível com os valores fundamentais do ordenamento jurídico austríaco. Em seu lugar deve-se aplicar obrigatoriamente a disposição correspondente do Direito austríaco. (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁰⁵ PITKOWTIZ, Nikolaus. *Die Aufhebung von Schiedssprüchen. Ob. cit.*, p. 102. “Assim, deve ter ficado claro que tanto a fundamentação quanto a parte dispositiva[da sentença arbitral] podem desempenhar um papel na avaliação da contrariedade à ordem pública, dependendo de, de qual dos dois, por fim, pode ser deduzida aquela *consequência* que faz com que a sentença arbitral esteja em oposição aos valores básicos do ordenamento jurídico austríaco. (...) O tribunal estatal tem, antes, que verificar autonomamente se o *resultado* da sentença arbitral apresenta uma violação aos valores básicos do ordenamento jurídico austríaco. (grifos nossos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

Seguindo o mesmo raciocínio, o *Oberster Gerichtshof* (doravante, o “OGH”) - a última instância entre as cortes ordinárias austríacas, que corresponderia ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro³⁰⁶ - julgou em 08 de junho de 2000 (ainda sob a égide da Novelle de 2003) o caso nº 2Ob158/00z³⁰⁷. O OGH invocou o §6 da IPRG e afirmou: “Ein Verstoß gegen die Grundwertungen des österreichischen Rechts liegt dann vor, wenn die Entscheidung *im Ergebnis* zu einer unerträglichen Verletzung tragender Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung führen würde.³⁰⁸” (grifos nossos)

Por oportuno, permitimo-nos trazer à baila outros 4 (quatro) importantes casos que nos informam sobre o posicionamento que vem sendo adotado pelo OGH desde a Novelle até os dias de hoje, acerca da ação anulatória:

(i) Caso nº 3Ob566/95, julgado em 31 de agosto de 1995:

“Nicht jeder Norm des zwingenden Rechts ist folglich Teil des ordre public”.³⁰⁹

(ii) Caso nº 1Ob582/91, julgado em 18 de setembro de 1991:

“Dieser Aufhebungsgrund [§595(1), nº 6³¹⁰] bietet keine Handhabe für die Prüfung der Frage, ob und wie weit das Schiedsgericht die im Schiedsverfahren aufgeworfenen *Tat-und Rechtsfragen richtig gelöst hat*”.³¹¹ (grifamos)

(iii) Caso nº 3Ob30/83, julgado em 11 de maio de 1983:

Neste caso, o OGH posicionou-se no sentido (que mantém até hoje, repise-se) de que não cabe diferenciar ordem pública nacional de ordem pública internacional no que tange às sentenças arbitrais. Relevante é, portanto, a ordem pública *interna* austríaca no que tange à anulação da sentença arbitral.

“Die betreibende Partei macht geltend, daß die beiden Schiedssprüche nicht dem "ordre public" widersprechen. Maßgebend sei hier nicht der inländische ordre public, sondern gemäß

³⁰⁶ Para maiores informações sobre o OGH e suas atribuições, vide www.ogh.gv.at/ogh/index.php?nav=3, consultado em 26.10.2009.

³⁰⁷ Inteiro teor extraído do site www.ris.bka.gv.at, consultado em 26.10.2009.

³⁰⁸ “Uma violação aos valores fundamentais do Direito Austríaco existe, então, quando a decisão *em seu resultado* conduziria a uma ofensa insuportável aos valores fundamentais do ordenamento jurídico austríaco.” (grifos nossos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁰⁹ “Nem toda norma [do Direito] cogente é, por conseguinte, parte da ordem pública.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA] Inteiro teor extraído do site www.ris.bka.gv.at, consultado em 26.10.2009.

³¹⁰ §595 do öZPO *vigente até 2006* (Novelle)

(1) Der Schiedsspruch ist aufzuheben,

6. wenn der Schiedsspruch mit den Grundwertungen der osterreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist oder gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößt, deren Anwendung auch bei einem Sachverhalt mit Auslandsberührung nach § 35 IPR-Gesetz durch eine Rechtswahl der Parteien nicht abbedungen werden kann; Article 595 (1) The award shall be set aside, (...)

6. if the award is incompatible with the basic principles of the Austrian legal system or if it infringes mandatory provisions of the law, the application of which cannot be set aside by a choice of law of the parties even in a case where a foreign contact according to Article 3 5 of the International Private Law Act is involved;

³¹¹ “Este motivo de anulação [§595(1), nº 6 do öZPO, transcrito na nota 39 *supra*] não oferece manejo para a verificação da questão de se e em que medida o tribunal arbitral *resolveu corretamente as questões fáticas e jurídicas* suscitadas no procedimento arbitral.” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA] Inteiro teor extraído do site www.ris.bka.gv.at, consultado em 26.10.2009.

Art. V Abs. 2 der New Yorker Konvention komme es nur darauf an, ob gegen den internationalen ordre public verstoßen werde. *Dies treffe keinesfalls zu.* (...) Der Versuch der betreibenden Partei, unter Hinweis auf ausländisches Schrifttum *einen Unterschied zwischen einer Art inländischem ("domestic public policy") und einer Art übernationalem ("international public policy") ordre public zu konstruieren, muß scheitern*^{312, 313} (grifamos)

Dos julgados acima expostos, permitimo-nos resumidamente concluir que, na opinião do OGH em relação à ação anulatória de uma sentença arbitral:

- (i) é defeso ao tribunal estatal empreender uma *révision au fond* da sentença arbitral;
- (ii) não cabe ao tribunal estatal examinar a constatação dos fatos efetuada pelos árbitros, nem se eles julgaram o caso corretamente do ponto de vista jurídico; e
- (iii) a ordem pública a ser apreciada com fulcro no §611(2), n° 8 do öZPO atualmente vigente é a ordem pública austríaca interna, até porque o OGH não reconhece a distinção entre arbitragem interna e internacional.

Assim, tomando-se por base a doutrina e a legislação austríacas, bem como a jurisprudência do OGH, concluímos que, a princípio, estaria vedada a anulação de uma sentença arbitral doméstica por conta da aplicação errônea do Direito Austríaco pelo(s) árbitro(s), já que não cabe ao tribunal estatal efetuar um exame das constatações fáticas e jurídicas empreendidas pelo árbitro único ou tribunal arbitral. Entretanto, se no caso concreto, apurar-se que o *resultado* de tal aplicação errônea efetivamente corresponde, numa hipótese extrema, a uma violação da ordem pública austríaca, poderíamos inferir que tal sentença arbitral seria passível de anulação, com esteio no § 611(2), n° 8.

1.5.2.3 Outras formas de se afastar uma sentença arbitral

Conforme mencionado adrede, na Áustria existem, a rigor, 2 (duas) outras formas de se impugnar uma sentença arbitral doméstica, as quais são peculiaridades do Direito Austríaco:

³¹² “A parte exequente alega que as duas sentenças arbitrais não violam a ‘ordem pública’. Determinante aqui seria não a ordem pública interna, mas de acordo com o artigo V, n° 2 da Convenção de Nova Iorque tudo dependeria de a ordem pública internacional ter sido violada. *De forma nenhuma isto está correto.* (...) A tentativa da parte exequente de, sob a indicação de um escrito estrangeiro, *construir uma diferenciação entre uma forma de ordem pública interna (‘domestic public policy’) e uma forma de ordem pública internacional (‘international public policy’) deve fracassar.*” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA] Inteiro teor extraído do site www.ris.bka.gv.at, consultado em 26.10.2009.

³¹³ Note-se que, apesar de o referido julgado referir-se a um pedido de execução de uma sentença arbitral estrangeira, a declaração, pelo OGH, de inexistência de distinção entre ordem pública interna e internacional também interessa ao estudo da ação anulatória da sentença doméstica. Repise-se, aliás, que o acórdão é invocado por Nikolaus Pitkowitz em seu livro sobre este tema, obra que não aborda o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras na Áustria. PITKOWITZ, Nikolaus. *Die Aufhebung von Schiedssprüchen. Ob. cit.*, p. 103, nota n° 608.

- (i) o pedido de declaração judicial de inexistência da sentença arbitral (que pode ser apresentado tanto em relação a uma sentença arbitral doméstica, quanto a uma estrangeira), previsto no § 612 do öZPO³¹⁴; e
- (ii) uma declaração incidental do tribunal estatal, nos autos de um procedimento em curso que envolva uma sentença arbitral doméstica (por exemplo, de execução) reconhecendo a incidência, na referida sentença, de (uma ou ambas) hipóteses elencadas no § 611(2), n^{os} 7 e 8 (arbitrabilidade objetiva e ofensa à ordem pública, respectivamente). Seguindo o raciocínio do legislador austríaco, se tais motivos devem ser suscitados de ofício pelo tribunal estatal em sede de ação anulatória, eles também devem ser considerados pelo tribunal estatal (seja mediante provocação da parte ou *ex officio*) no curso de qualquer outro procedimento que envolva uma sentença arbitral. Neste caso, a sentença arbitral será *desconsiderada* (“nicht zu beachten”) no referido procedimento. É o que preceitua o § 613 do öZPO³¹⁵.

1.5.3 Sentenças arbitrais estrangeiras

No que tange às sentenças arbitrais estrangeiras, o controle do Poder Judiciário austríaco efetua-se mediante o pedido de seu reconhecimento e execução, que é sucintamente tratado no artigo 614 do öZPO³¹⁶. O (1) do referido dispositivo, por sua vez, remete à Exekutionsordnung (“Lei de Execução”, doravante “EO”), para afimar que o procedimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras deverá observar o que na EO se contém, exceto se diversamente dispuser o Direito Internacional ou os atos comunitários da União Europeia³¹⁷.

³¹⁴ § 612. Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schiedsspruchs kann begehrt werden, wenn der Antragsteller ein rechtliches Interesse daran hat.

Article 612. An application may be made for the determination of the existence or non-existence of an award if the applicant has a legal interest therein.

³¹⁵ § 613. Stellt ein Gericht oder eine Behörde in einem anderen Verfahren, etwa in einem Exekutionsverfahren, fest, dass ein Aufhebungsgrund nach § 611 Abs. 2 Z 7 und 8 besteht, so ist der Schiedsspruch in diesem Verfahren nicht zu beachten.

Article 613. If a court or another authority determines in another proceeding, for instance in an enforcement proceeding, that there is a reason for setting aside under article 611, paragraph 2, numbers 7 and 8, then the award shall be disregarded in this proceeding.

³¹⁶ § 614. (1) Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedsspruche richten sich nach den Bestimmungen der Exekutionsordnung, soweit nicht nach Volkerrecht oder in Rechtsakten der Europäischen Union anderes bestimmt ist. Das Formerfordernis für die Schiedsvereinbarung gilt auch dann als erfüllt, wenn die Schiedsvereinbarung sowohl den Formvorschriften des § 583 als auch den Formvorschriften des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts entspricht.

(2) Die Vorlage der Urschrift oder einer beglaubigten Abschrift der Schiedsvereinbarung nach Art IV Abs. 1 lit b des New Yorker UN-Übereinkommens über die Anerkennung und VoUstreckung ausländischer Schiedsspruche ist nur nach Aufforderung durch das Gericht erforderlich.

Article 614. (1) The recognition and order of enforcement of foreign awards shall be made in accordance with the provisions of the Enforcement Act, unless otherwise provided in international law or in legal acts of the European Union. The formal requirement for the arbitration agreement shall also be regarded as fulfilled if the arbitration agreement complies both with the provisions of article 583 of this law and with the formal requirements of the law applicable to the arbitration agreement.

(2) The presentation of the original arbitration agreement or a certified copy thereof in accordance with Article IV paragraph 1 (b) of the New York (UN) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards shall only be necessary if requested by the court.

³¹⁷ Cabe invocar as palavras de Jenny Power sobre o assunto: “The additional reference in the AA 06 to the AEA [Exekutionsordnung] and to international law and the legal instruments of the European Union for foreign arbitral awards is not of significant legal importance (...). It is intended rather as a guideline for foreigners who intend to enforce a foreign arbitral award in Austria.

Na EO, o pedido judicial de reconhecimento (*Vollstreckbarerklärung* – “declaração de exequibilidade”) e execução de atos e documentos estrangeiros é regulado no Título Segundo (*Vollstreckbarerklärung und Anerkennung von Akten und Urkunden, die im Ausland errichtet wurden*) do referido diploma.

O § 79(1) da EO³¹⁸ prevê que um ato ou documento que tenha sido constituído no exterior somente pode ser executado na Áustria após ter tido sua exequibilidade declarada no referido País. Para exarar tal declaração, competente é o *Bezirksgericht* (“tribunal distrital”, doravante “BG”) do distrito em que a parte requerida é domiciliada ou tem sede, conforme preceitua o § 82(1)^{319, 320}. Como franqueia o §84(a)(1)³²¹, os pedidos de declaração de exequibilidade e de execução podem ser apresentados conjuntamente ao BG, que deve apreciá-los simultaneamente.

Vale ainda notar que, segundo a EO (§84b³²²), uma vez tendo entrado em vigor a declaração de exequibilidade, o título executivo estrangeiro deve receber o mesmo tratamento do título doméstico. E, nos termos do §83(2)³²³, o procedimento de execução estabelecido na EO para as sentenças domésticas deve ser aplicado analogicamente no que tange à execução das estrangeiras.

No que tange ao §614 do öZPO, vale destacar que seu item (2) apenas faz menção ao artigo IV, nº 1(b) da Convenção de Nova Iorque (que exige a via original da convenção de arbitragem), para afirmar que tal requisito da NYC apenas deve ser cumprido se o tribunal

³¹⁸ § 79.(1) Die Bewilligung der Exekution auf Grund von Akten und Urkunden, die im Ausland errichtet wurden und nicht zu den in § 2 bezeichneten Exekutionstiteln gehören (ausländische Exekutionstitel), setzt voraus, daß sie für Österreich für vollstreckbar erklärt wurden.

Artigo 79 (1) A autorização para execução com base em atos e documentos que foram constituídos no exterior e que não consistam nos títulos executivos indicados no § 2 (títulos executivos estrangeiros), pressupõe que eles tenham sido declarados exequíveis na Áustria.

³¹⁹ § 82. Für die Vollstreckbarerklärung ist zuständig:

das Bezirksgericht, bei dem der Verpflichtete seinen Wohnsitz oder Sitz hat, oder (...).

Artigo 82. Para a declaração de exequibilidade é competente:

o tribunal distrital do distrito em que a parte requerida é domiciliada ou tem sede, ou (...) [Esta e todas as traduções para o português de dispositivos da EO consistem em traduções livres da candidata]

³²⁰ Nos casos dos §§18 e 19 do EO, competente é o BG de Viena, nos termos do (2) do §82:

das nach §§ 18 und 19 bezeichnete Bezirksgericht, in Wien das nach dem Bezirksgerichtsorganisationsgesetz für Wien in Exekutionssachen zuständige Gericht.

“O tribunal distrital competente para assuntos de execução no que tange aos §§ 18 e 19 é o tribunal distrital estabelecido em Viena segundo a Lei de Organização de Tribunais Distritais [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA].

³²¹ § 84a. (1) Mit dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung kann der Antrag auf Bewilligung der Exekution verbunden werden. *Über beide Anträge hat das Gericht zugleich zu entscheiden.* (grifos nossos)

Artigo 84a (1) Os pedidos de declaração de exequibilidade e de execução podem ser cumulados. *O tribunal deve decidir os dois pedidos imediatamente.* (grifos nossos)

³²² § 84b. Nach Eintritt der Rechtskraft der Vollstreckbarerklärung ist der ausländische Exekutionstitel wie ein inländischer zu behandeln. Ihm kommt aber nie mehr Wirkung als im Ursprungsstaat zu.

Artigo 84b. Depois da entrada em vigor da declaração de exequibilidade, o título executivo estrangeiro deve ser tratado como um título doméstico. Entretanto, ele jamais produzirá mais efeitos do que em seu Estado de origem.

³²³ § 83(2) Soweit nicht in diesem Titel etwas anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen über die Exekution inländischer Akte und Urkunden sinngemäß anzuwenden.

Artigo 83(2) A menos que haja disposição em contrário neste Título, aplicam-se analogicamente as regras sobre a execução de atos e documentos domésticos.

estatal assim exigir. Resta indubitado, portanto, que neste particular o öZPO é mais liberal que a própria NYC.

Vale observar que, na EO, por seu turno, não há nenhuma referência à NYC. Entretanto, é de se mencionar o § 86(1) da EO³²⁴, que afirma que os dispositivos do Segundo Título não se aplicam quando colidirem com o Direito Internacional Público ou os atos jurídicos da União Europeia. Neste diapasão, conforme bem aponta Jenny Power³²⁵: “[f]rom a practical point of view, the New York Convention is of predominant importance in this context.” Note-se que, desde 02 de maio de 1961, a Áustria é parte da NYC, a qual entrou em vigor naquele País em 31 de julho de 1961.

Analisando os sucintos dispositivos do ÖZPO e da EO concernentes ao pedido de reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, podemos concluir que nenhum dispositivo há a fundamentar a denegação de tal pedido em virtude da aplicação errônea do Direito Austríaco pelo(s) árbitro(s).

Todavia, a EO alude à reserva da ordem pública para afastar a declaração de exequibilidade de uma sentença (arbitral ou judicial) estrangeira. Trata-se do § 81 (3)³²⁶, *in verbis*:

§ 81. Die Vollstreckbarerklärung ist ungeachtet des Vorhandenseins der in §§ 79 und 80 angeführten Bedingungen zu versagen: (...)

(3) wenn durch die Vollstreckbarerklärung ein Rechtsverhältnis zur Anerkennung oder ein Anspruch zur Verwirklichung gelangen soll, dem durch das inländische Gesetz im Inland *aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit* die Gültigkeit oder Klagbarkeit versagt ist. (grifamos)

Aduza-se que, além da referência à ordem pública, o dispositivo acima transcrito também faz menção à moral (“Sittlichkeit”) como parâmetros a serem observados pela sentença arbitral estrangeira que se pretende executar no território austríaco. Logo, além de estar conforme a ordem pública austríaca (interna, como vimos adrede), a sentença também deve ser considerada aceitável em face dos padrões morais daquele País.

³²⁴ § 86. (1) Die vorstehenden Bestimmungen sind nicht anzuwenden, soweit nach Völkerrecht oder in Rechtsakten der Europäischen Union anderes bestimmt ist.

Artigo 86. As disposições precedentes não se aplicam, caso o Direito Internacional Público ou atos jurídicos da União Europeia contenha previsão diversa.

³²⁵ POWER, Jenny. *Ob. cit.*, p. 121.

³²⁶ Artigo 81. A declaração de exequibilidade deve ser denegada, apesar da existência das condições citadas nos artigos 79 e 80: (...)

(3) caso se deva conseguir, por meio da declaração de executoriedade, o reconhecimento de uma relação jurídica ou uma pretensão de implementação, sua validade ou admissibilidade poderá ser negada em *consideração à ordem pública ou à moral*, através da lei interna. (grifamos)

Portanto, pelas mesmas razões expostas no item 1.V.2.2.1 *supra*, podemos concluir o seguinte: se o *resultado* da declaração de exequibilidade de uma sentença arbitral estrangeira em que se aplicou erroneamente o Direito Austríaco contristar, numa hipótese extrema, a ordem pública interna ou a moral austríacas, podemos inferir que o pedido de declaração de exequibilidade de tal sentença poderia ser denegado, com fulcro no § 81(3) da EO.

1.6 Confederação Suíça

“Im übrigen gibt es gute Gründe für die Auffassung, wonach Anfechtungs- und Anerkennung-/ Vollstreckungs-Ordre public allgemein koordiniert werden sollen, so daß stets derselbe liberale und universal Ordre public zur Anwendung kommt.”

(Cesare Jermini)³²⁷

1.6.1 Introdução

Como se sabe, a Suíça consagrou-se como um dos principais centros de arbitragem em todo o globo. Desde o famoso caso *Alabama*³²⁸, partes originárias de qualquer País têm reiteradamente escolhido uma cidade suíça para sediar suas arbitragens, sobretudo no âmbito dos negócios internacionais. Algumas razões podem ser apontadas para esta escolha: a tradicional neutralidade política do País, uma conveniente posição geográfica e o imenso número de nacionalidades, povos e culturas que lá se aglutinam, o que transforma a Confederação Suíça num verdadeiro *melting pot*.

Outra forte razão para a eleição, pelas partes dos mais diversos contratos, de uma cidade na Suíça como sede de arbitragens, é a legislação francamente pró-arbitragem no que tange às arbitragens internacionais.

³²⁷ JERMINI, Cesare. *Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht. Nach dem schweizerischen Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, mit rechtsvergleichenden Ausblicken*. Zurique: Schultess, 1997, p. 250. “De resto, há bons motivos para se professor a opinião de que a ordem pública deve ser coordenada em comum para anulação e para o reconhecimento e execução, para que a mesma ordem pública liberal e universal seja sempre empregada.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³²⁸ Arbitragem interestatal instaurada pelos Estados Unidos da América contra a Inglaterra, em que os EUA pleitearam compensação de prejuízos sofridos durante a Guerra Civil Norte-Americana. “Alabama” era o nome de um navio que fora construído pelos Estados do Sul dos EUA em estaleiros ingleses, e que afundou diversas embarcações dos Estados do Norte, acarretando-lhes vultosos danos. A arbitragem foi sediada em Genève e um dos componentes do tribunal arbitral foi indicado por D. Pedro II: Marcos Antônio de Araújo, o Visconde de Itajubá.

É de se notar que o sistema suíço de arbitragem possui dois regramentos distintos: (i) uma disciplina para as arbitragens internas (a “Concordata [Intercantonal] sobre Arbitragem”), datada de 27 de março de 1969 e aprovada pelo Conselho Federal em 27 de outubro do mesmo ano, vigente em todos os 26 (vinte e seis) cantões que compõem a Confederação Suíça³²⁹; e (ii) uma normativa específica para as arbitragens internacionais, que se encontra no Capítulo 12 da Lei Federal Suíça de Direito Internacional Privado (doravante, a “IPRG”), o qual entrou em vigor em 01 de janeiro de 1989.

O referido Capítulo aplica-se a todas as arbitragens cujo tribunal arbitral tenha sede no território suíço e que, *ao tempo da celebração da convenção de arbitragem*, ao menos uma das partes *não fosse domiciliada nem tivesse sua residência habitual* naquele País³³⁰.

A Concordata [Intercantonal] sobre Arbitragem (doravante, a “Concordata”), por seu turno, aplica-se às arbitragens cuja sede esteja localizada em um dos Cantões-Partes^{331 332}. Após 1989, tal aplicação é residual e deve ser lida com o seguinte complemento: “que estejam excluídas do âmbito de aplicação do Capítulo 12 da IPRG”, ou, ainda, “em que todas as partes da arbitragem sejam domiciliadas ou tenham residual habitual em território suíço.”)

São dois diplomas distintos, com previsões próprias, nas quais se incluem o regramento dos remédios jurídicos que podem ser intentados contra a sentença arbitral

³²⁹ São estes os vinte e seis cantões suíços: Berne, Genève, Zurich, Vaud, Nidwald, Neuchâtel, Bâle-Ville, Soleure, Fribourg, Tessin, Saint-Gall, Valais, Bâle-Champagne, Obwald, Grisons, Schaffhouse, Uri, Jura, Appenzell Rhodes-Extérieures, Appenzell Rhodes-Intérieures, Zoug, Glaris, Argovie, Thurgovie e Lucerne. A Concordata [Intercantonal] sobre Arbitragem entrou em vigor em cada cantão em datas diferentes. Por exemplo: em Berna (capital da Confederação Suíça): 01.07.1973; em Genève: 09.01.10971 e em Zurich: 01.07.1985. Para as distintas data de adesão e entrada em vigor em cada cantão, vide www.ge.ch/legislation/rsg/f/s/tab/E3_30.html, consultado em 10.11.2009.

³³⁰ Artigo 176, nº 1 da IPRG:

1.1. Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte.

1. The provisions of this chapter shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if, at the time of the conclusion of the arbitration agreement, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland. [tradução para o inglês extraída do site www.sccam.org, consultado em 21.11.2009]

³³¹ Art. 1 Champ d'application

(1) Le présent concordat s'applique à toute procédure par-devant un tribunal arbitral dont le siège se trouve sur le territoire de l'un des cantons concordataires.

(2) Est réservée l'application des règlements d'arbitrage d'institutions privées ou publiques ainsi que des compromis d'arbitrage et des clauses compromissoires, dans la mesure où ceux-ci ne contreviennent pas à des dispositions impératives du présent concordat.

(3) Les dispositions suivantes du présent concordat sont impératives : article 2, 2e et 3e alinéas, articles 4 à 9, 12, 13, 18 à 21, 22, 2e alinéa, articles 25 à 29, 31, 1er alinéa, article 33, 1er alinéa, lettres a à f, 2e et 3e alinéas, articles 36 à 46.

Article 1 - Scope

(1) This Convention shall apply to any proceedings before an arbitral tribunal the seat of which is within one of the cantons party to this Agreement.

(2) However this Convention shall not affect the application of rules of arbitration of private or public institutions or of arbitration compromises or clauses insofar as they do not contravene any of the mandatory provisions of this Convention.

(3) The following provisions of this Convention are mandatory: Article 2 (2) and (3). Articles 4 to 9, 12, 13, 18 to 21, 22 (2), Articles 25, 26 to 29, 31 (1), Article 33 (1), (a) to (f), (2) and (3), and Articles 36 to 46.

[Esta e todas as traduções para o inglês da Concordata foram extraídas do site www.lexmercatoria.org, consultado em 21.11.2009]

³³² Conforme mencionado adrede, atualmente (e desde 1994) todos os cantões da Confederação Suíça são partes da Concordata.

(nacional ou doméstica). Por sua própria natureza, apenas a IPRG traz disposições sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, às quais não há qualquer referência na Concordata.

Pelas razões acima expostas, revela-se oportuno examinar separadamente o tratamento conferido à impugnação das sentenças arbitrais classificadas como nacionais em cada um dos diplomas³³³. Em seguida, analisaremos a disciplina cabível ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, previstas na IPRG.

1.6.2 Sentenças arbitrais domésticas na Concordata

Inserem-se no âmbito de aplicação da Concordata as sentenças prolatadas pelo tribunal arbitral (ou árbitro único) cuja sede encontre-se no território de um dos Cantões-Partes do referido diploma, conforme consta em seu artigo 1º, nº 1³³⁴. Assim, tais sentenças estão sujeitas aos remédios jurídicos ali estabelecidos, os quais passaremos a examinar mais adiante.

É importante observar que a sentença arbitral sob a égide da Concordata não é exequível de *per se*. Para sua execução, é necessária uma declaração neste sentido do tribunal judicial competente, que é o mesmo para a decretação da nulidade do laudo³³⁵. Vale dizer, contudo, que a referida declaração somente pode ser deferida caso a sentença preencha as características enunciadas no artigo 44, nº 1, alíneas *a* a *d*³³⁶ e desde que atendido o requisito da arbitrabilidade objetiva enunciado no artigo 5º³³⁷.

³³³ É de se ressaltar que nenhum dos dois diplomas traz explícita e inequívoca definição de “sentença arbitral doméstica”. Permitimo-nos, contudo, concluir que em ambos “sentença arbitral doméstica” é aquela proferida ao fim de uma arbitragem sediada em um dos cantões suíços, não sendo relevante o local onde a referida sentença foi efetivamente proferida, diversamente do critério adotado no Brasil. Artigo 34, parágrafo único da Lei nº 9.307/96: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.”

³³⁴ Transcrito na nota nº 5 acima. É curioso notar que a Concordata faz menção à sede do *tribunal arbitral* e não, à sede da *arbitragem*, como faz o artigo 176 da IPRG. A nosso ver, a redação adotada pela última é mais apropriada.

³³⁵ Artigo 3º, alínea *g* da Concordata, transcrito na nota nº 14 abaixo.

³³⁶ Article 44. Déclaration de force exécutoire

(1) Sur requête de l'une des parties, l'autorité judiciaire prévue à l'article 3 déclare exécutoire au même titre qu'un jugement toute sentence arbitrale:

a) à laquelle les parties ont formellement acquiescé;
 b) contre laquelle aucun recours en nullité n'a été intenté dans le délai fixé à l'article 37, 1^{er} alinéa;
 c) contre laquelle un recours en nullité a été déposé en temps utile, sans que l'effet suspensif ait été accordé;
 d) ou contre laquelle a été intenté un recours qui a été rejeté ou qui est périmé.

La déclaration de force exécutoire ne peut avoir lieu si la sentence est contraire à l'article 5.

Article 44 - Declaration of Enforceability

At the request of one of the parties, the judicial authority provided for in Article 3 shall declare enforceable, to the same extent as a judgment, any arbitral award:

a) which the parties have formally accepted; or
 b) in respect of which no action for annulment has been brought within the period of limitation stipulated in Article 37 (1); or

1.6.2.1 Anulação da sentença arbitral doméstica

Na Concordata, são 2 (duas) as medidas judiciais que podem ser intentadas contra a sentença arbitral: (i) o *recours en nullité*, que corresponde à ação de nulidade adotada no Brasil e em diversos outros países; e (ii) a *révision*.

1.6.2.1.1 *Recours en nullité*

No sistema da Concordata, a nulidade da sentença arbitral pode ser questionada perante o Poder Judiciário Suíço no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da notificação da sentença às partes³³⁸. Tal medida somente pode ser ajuizada, porém, uma vez esgotados todos os recursos cabíveis ainda na esfera arbitral³³⁹.

Competente para apreciar o *recours en nullité* é o tribunal superior da jurisdição civil ordinária do cantão onde se localiza a sede da arbitragem, conforme dispõe o artigo 3º da Concordata³⁴⁰. Tal regra, contudo, deve ser apreciada em conjunto com o artigo 45, nº 2 da

c) in respect of which an action for annulment has been brought in due time, in the absence of an order causing that action to suspend the award; or

d) in respect of which an action for annulment has been dismissed or is statutebarred.

The declaration of enforceability may not be made if the award is contrary to Article 5.

(2) The certificate of the enforceable character of the arbitral award shall be affixed at the foot of the award.

(3) The arbitral award shall not be made subject to provisional enforcement.

³³⁷ Article 5. Objet de l'arbitrage

L'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi.

Article 5 - Subject Matter of the Arbitration

The arbitration may relate to any right of which the parties may freely dispose unless the suit falls within the exclusive jurisdiction of a State authority by virtue of a mandatory provision of the law.

³³⁸ É o que dispõe o artigo 37(1):

Article 37 Délai

(1) Le recours en nullité doit être intenté dans les trente jours dès la notification de la sentence.

Article 37 - Period of Limitation

(1) The action for annulment must be brought within 30 days of the notification of the award.

³³⁹ Conforme prevê o artigo 37(2), *in verbis*:

Article 37 Délai

(2) Le recours n'est recevable qu'après épuisement des voies de recours arbitrales prévues par la convention des parties.

Article 37 - Period of Limitation

(2) The action shall be admissible only if arbitral remedies provided in the agreement of the parties have been exhausted.

³⁴⁰ Article 3. Autorité judiciaire compétente au siège du tribunal arbitral
Le tribunal supérieur de la juridiction civile ordinaire du canton où se trouve le siège de l'arbitrage est l'autorité judiciaire compétente, sous réserve de l'article 45, 2º alinéa, pour :

a) nommer les arbitres que les parties n'auraient pas désignés ou qui n'auraient pas été désignés par l'organe de leur choix;

b) statuer sur les demandes de récusation des arbitres, prononcer leur révocation et pourvoir à leur remplacement;

c) prolonger la durée de la mission des arbitres;

d) prêter son concours pour exécuter les mesures probatoires requises par le tribunal arbitral;

e) recevoir en dépôt la sentence arbitrale et la notifier;

f) statuer sur les recours en nullité et en révision;

g) déclarer la sentence exécutoire. (grifamos)

Article 3 - Competent Judicial Authority at the Seat of the Arbitral Tribunal

Subject to Article 45 (2), the high court of common civil jurisdiction of the canton in which the arbitration takes place shall be the competent judicial authority to:

Concordata³⁴¹, que determina que os cantões podem atribuir a um outro tribunal tal competência jurisdicional. Neste caso, as partes podem estabelecer de comum acordo que competente será aquele previsto no artigo 3º, independente da regra diversa prevista pelo cantão.

Segundo o artigo 38³⁴², o *recours en nullité* não se reveste, via de regra, de efeito suspensivo. Este pode, contudo, ser concedido pelo tribunal estatal, a pedido de uma das partes.

Tal qual ocorre na legislação alemã³⁴³, o tribunal judicial pode remeter aos árbitros a sentença para, no prazo por aquele fixado, retificá-la ou completá-la, mediante concordância das partes³⁴⁴. Caso o tribunal judicial não defira a referida remessa ou, caso a sentença tenha sido remetida aos árbitros e eles não a tenham retificado ou corrigido, o tribunal judicial passará ao efetivo julgamento do *recours en nullité*, hipótese em que a sentença poderá ser anulada³⁴⁵. Uma vez anulada, caberá aos árbitros reexaminar a controvérsia, observadas as condições estabelecidas no artigo 40, nº 4 da Concordata³⁴⁶.

- a) appoint the arbitrators where they have not been designated by the parties or by the body chosen by the parties,
- b) determine objections to the arbitrators, revoke their authority and provide for their replacement,
- c) extend in time the authority of the arbitrators,
- d) assist in executing the measures requested by the arbitral tribunal for the taking of evidence,
- e) accept deposit of the arbitral award and give notification of it,
- f) give judgement on actions to annul or review the award,
- g) declare the award enforceable. (grifamos)

³⁴¹ Article 45. Procédure (...)

(2) Les cantons ont la faculté d'attribuer tout ou partie de la compétence selon l'article 3, lettres a à e et g, à une autre autorité judiciaire que celle qui y est prévue. Dans ce cas, les parties et les arbitres peuvent néanmoins adresser valablement leurs actes au tribunal supérieur de la juridiction civile ordinaire du canton.

Article 45 - Procedure (...)

(2) The cantons may vest jurisdiction in part or in whole, in accordance with Article 3 (a) to (e) and (g), in a judicial authority other than that provided for in that Article. In this case, the parties may, notwithstanding, submit their applications to the high court of common civil jurisdiction of the canton.

³⁴² Article 38 Effet suspensif

Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité judiciaire prévue à l'article 3 peut toutefois lui accorder cet effet si une des parties le demande.

Article 38 - Suspensive Effect of Action

The action shall not have the effect of suspending the award. However the judicial authority provided for in Article 3 may grant it such effect if one of the parties so requests.

³⁴³ § 1059 (4) do ZPO. Vide o item 1.III.2.1.4 *supra*.

³⁴⁴ Article 39. Renvoi au tribunal arbitral

L'autorité judiciaire saisie du recours peut, après avoir entendu les parties et si elle le juge expédient, renvoyer la sentence au tribunal arbitral et lui impartir un délai pour la rectifier ou la compléter.

Article 39 - Remittal to the Arbitral Tribunal

The judicial authority seised of the action may, having heard the parties and if it sees fit, remit the award to the arbitral tribunal and impose a period of limitation for the amendment or supplementation of the award.

³⁴⁵ Article 40. Prononcé

(1) A défaut de renvoi au tribunal arbitral ou si la sentence n'a pas été rectifiée ou complétée dans le délai imparti, l'autorité judiciaire statue sur le recours, et, si elle l'admet, annule la sentence.

Article 40 - Decision

(1) If the judicial authority does not remit the award to the arbitral tribunal or if the award is not amended or supplemented within the stated period, the judicial authority shall give judgment on the action for annulment, and if it finds such action well-founded may annul the award.

³⁴⁶ Article 40. Prononcé (...)

Cumpra observar também que, no regramento preceituado pela Concordata, é possível a anulação de apenas parte da sentença arbitral, exceto se a parte anulanda não for independente das demais partes da sentença^{347, 348}.

1.6.2.1.1.1 Hipóteses de anulação

Os motivos que podem levar à nulidade do laudo arbitral são taxativamente elencados no artigo 36, *in verbis*:

Article 36. Motifs

La sentence arbitrale peut être attaquée en nullité devant l'autorité judiciaire prévue à l'article 3:

- a) lorsque le tribunal arbitral n'était pas régulièrement constitué;
- b) lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent;
- c) lorsqu'il a statué sur des points qui ne lui étaient pas soumis ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande, l'article 32 étant réservé;
- d) lorsqu'une règle impérative de procédure, au sens de l'article 25, a été violée;
- e) lorsque le tribunal arbitral a alloué à une partie plus ou autre chose que ce qu'elle demandait, sans y être autorisé par une disposition légale;
- f) lorsque la sentence est arbitraire parce qu'elle repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou parce qu'elle constitue une violation évidente du droit ou de l'équité;
- g) lorsque le tribunal arbitral a statué après l'expiration du délai qui a pu lui être imparti pour remplir sa mission;
- h) lorsque les conditions de l'article 33 n'ont pas été respectées ou lorsque le dispositif de la sentence est inintelligible ou contradictoire;
- i) lorsque les honoraires des arbitres fixés par le tribunal arbitral sont manifestement excessifs. (grifamos)³⁴⁹

(4) Lorsque la sentence est annulée, les arbitres statuent à nouveau, à moins qu'ils ne soient récusés pour le motif qu'ils ont participé à la procédure antérieure, ou pour un autre motif.

Article 40 - Decision (...)

(4) Where the award is annulled, the arbitrators shall rehear the case, unless objection is made on the ground that they participated in the previous proceedings or on some other ground.

³⁴⁷ Article 40. Prononcé (...)

(2) L'annulation peut porter sur certains chefs de la sentence seulement, à moins que les autres n'en dépendent.

Article 40 - Decision (...)

(2) The annulment may relate to certain items only in the award, unless the other items are dependent on them.

³⁴⁸ No Brasil, houve uma decisão recente de primeiro grau estatuinto que não cabe a anulação parcial de uma sentença arbitral. Trata-se do Processo nº 583.00.2007.113424-0, julgado pela 22ª Vara cível de São Paulo em 08 de setembro de 2009 (Juiz Mário Chiuvite Júnior).

³⁴⁹ Article 36 - Grounds

An action for annulment of the arbitral award may be brought before the judicial authority provided for in Article 3, where it is alleged that:

- a. the arbitral tribunal was not properly constituted
- b. that the arbitral tribunal erroneously declared itself to have or not to have jurisdiction
- c. that it pronounced on points not submitted to it or, subject to Article 32, failed to make a determination on one of the items in the claim
- d. that there was a breach of one of the mandatory procedural rules referred to in Article 25
- e. that the arbitral tribunal awarded to one of the parties something more or other than claimed, without being authorised to do so by a provision of the law

Do rol exaustivo acima transcrito, a alínea que se insere no propósito do presente estudo é o disposto na alínea *f*: no sistema da Concordata, são passíveis de nulidade as sentenças arbitrárias que (i) repousam sobre constatações manifestamente contrárias aos fatos resultantes dos autos; ou (ii) em que se verifica uma violação evidente do direito ou da equidade.

Assim, na disciplina aplicável às arbitragens internas na Suíça, existe a expressa possibilidade de se afastar uma sentença arbitral doméstica com base na incorreta interpretação, pelo(s) árbitro(s), dos fatos demonstrados nos autos da arbitragem. E, ainda, também é possível a anulação do laudo arbitral se os árbitros evidentemente violaram o direito aplicável ao mérito da controvérsia ou a equidade.

É muito interessante notar que o dispositivo mencionado não faz menção ao Direito Suíço especificamente. Assim, a princípio, na Suíça cabe a anulação da sentença proferida ao cabo de uma arbitragem interna, com fulcro na flagrante aplicação errônea do Direito que incide sobre o mérito da disputa - não sendo necessário que o Direito em causa seja o suíço³⁵⁰.

Ademais, cumpre notar também que a possibilidade de anulação também é franqueada à violação da equidade³⁵¹.

Também é importante notar que, na Concordata, não existe uma hipótese que possibilite a anulação da sentença arbitral doméstica com base na ofensa à ordem pública.

Por fim, permitimo-nos destacar, por oportuno, um curioso motivo de nulidade estabelecido pela Concordata: a fixação de honorários excessivos, pelo(s) árbitro(s), para si próprio(s). Tal hipótese está previsto na alínea *i* do artigo 36 e enseja a anulação apenas no que tange a esta porção da sentença³⁵².

f. that the award is arbitrary in that it was based on findings which were manifestly contrary to the facts appearing on the file, or in that it constitutes a clear violation of law or equity

g. that the arbitral tribunal made its award after the expiration of the time-limit imposed on it in which to accomplish its mission

h. that the conditions of Article 33 were not complied with or that the order is unintelligible or contradictory

i. that the fees of the arbitrators fixed by the arbitral tribunal are manifestly excessive.

³⁵⁰ Nos seguintes países que são objeto da presente tese é necessário que o Direito aplicado erroneamente seja o Direito nacional, para que a sentença seja anulada com base nesta hipótese: Estados Unidos da América e Inglaterra.

³⁵¹ Conforme vimos na presente tese, na Itália, por exemplo, não cabe a tentativa de anulação de uma sentença arbitral se ela foi proferida por equidade, conforme autorizado pelas partes. Vide o item 1.IV.3.2.1.1.

³⁵² Article 40. Prononcé (...)

(3) Lorsque le recours est fondé sur l'article 36, lettre i, la sentence n'est annulée qu'en ce qui concerne les honoraires, et l'autorité judiciaire en fixe elle-même le montant.

Article 40 - Decision (...)

(3) Where the action is based on Article 36 (1) the award shall be annulled only in respect of the fees, and the judicial authority shall itself determine the amount of such fees.

1.6.2.1.2 Révision

A outra modalidade de anulação da sentença arbitral doméstica, no regramento da Concordata, consiste na *révision*, que se destina a hipóteses mais extremas, como aspectos criminais e a ignorância de circunstâncias relevantes prévias à sentença, conforme disposto no artigo 41:

Article 41. Motifs

Il y a lieu à révision:

- a) lorsque la sentence a été influencée par des actes déclarés punissables selon le droit suisse et constatés par un jugement pénal, à moins qu'un procès pénal ne puisse pas aboutir à un jugement pour d'autres motifs qu'un défaut de preuves;
- b) lorsqu'elle a été rendue dans l'ignorance de faits importants antérieurs à la sentence ou de moyens de preuve d'importance décisive qu'il était impossible à la partie requérante de faire valoir en cours d'instance.³⁵³

Da leitura do dispositivo acima transcrito, depreende-se que os motivos que ensejam a *révision* não interessam ao propósito da presente tese, razão pela qual não nos deteremos num exame minucioso desta modalidade de anulação da sentença arbitral.

Por oportuno, cumpre sucintamente mencionar que: (i) o tribunal judicial competente para apreciar a *révision* é o mesmo do *recours em nullité*, (artigo 3º da Concordata³⁵⁴); (ii) o prazo para sua apresentação é de 60 (sessenta) dias contados da data da ciência do motivo que enseja a *révision*, mas esta não pode ser apresentada depois de 5 (cinco) anos contados da notificação da sentença³⁵⁵; e (iii) se a *révision* da sentença for deferida, a controvérsia deve ser remetida ao tribunal arbitral, que deverá apreciá-la novamente.

1.6.3 Sentenças arbitrais domésticas no Capítulo 12 da IPRG

³⁵³ Article 41 - Grounds

The award may be reviewed:

- a. Where it was affected by deeds which are punishable according to Swiss law. Such deeds must be established in a penal sentence unless the criminal proceedings could not result in sentence for reasons other than lack of evidence.
- b. Where it was given in ignorance of important facts in existence prior to the award or of evidence of decisive importance, and it was impossible for the claimant to present such facts or evidence during the proceedings.

³⁵⁴ Vide a nota nº 14 *supra*.

³⁵⁵ Article 42. Délai

La demande de révision doit être portée devant l'autorité judiciaire prévue à l'article 3 dans les soixante jours dès la date où la partie recourante a eu connaissance du motif de révision, mais au plus tard cinq ans après la notification de la sentence.

Article 42 - Period of Limitation

The action for review must be brought before the judicial authority provided for in Article 3 within 60 days of the date on which the claimant was aware of the grounds for review. However it may not be brought later than 5 years after the notification of the award.

Como mencionado adrede, o Capítulo 12 da IPRG é francamente favorável à arbitragem, consistindo, assim, em um significativo fator de atração da Suíça para sediar arbitragens internacionais. É de se ressaltar que tal regramento, que sofreu algumas alterações em 2005, é incomparavelmente mais pró-arbitragem do que a Concordata³⁵⁶.

Vale dizer, contudo, que tal qual na Concordata, a sentença arbitral doméstica sob a égide da IPRG não se reveste de força executória de *per se*. Para executá-la, a parte interessada deve requerer uma certidão de exequibilidade ao tribunal judicial do distrito da sede da arbitragem³⁵⁷. Cumpre mencionar que, conforme disposto no artigo 193, nº 1 da IPRG, cabe a cada parte depositar, às suas próprias expensas, uma cópia da referida decisão perante o tribunal mencionado³⁵⁸.

Finalmente, é de se mencionar, por oportuno, a noção de arbitrabilidade encontrada no Capítulo 12 da IPRG, qual seja a patrimonialidade da disputa (nos termos do artigo 177, nº 1: *jeder vermögensrechtliche Anspruch* - “Any dispute of financial interest”). Cumpre invocar também o artigo 177, nº 2³⁵⁹, que preceitua que um Estado, uma empresa estatal ou uma organização controlada pelo Estado não poderá invocar seu próprio Direito para contestar sua arbitrabilidade (subjativa) em uma disputa inserida no âmbito de uma convenção de arbitragem firmada por tal ente.

³⁵⁶ Citem-se algumas das razões que nos remetem a tal conclusão: (i) a existência, na Concordata, de não apenas uma, mas de 2 (duas) modalidades de medidas judiciais para impugnar uma sentença arbitral; e (ii) o rol bem mais extenso, na Concordata, das hipóteses que ensejam a nulidade da sentença.

³⁵⁷ Art. 193

XI. Vollstreckbarkeitsbescheinigung (...)

(2) Auf Antrag einer Partei stellt das Gericht eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung aus.

(3) Auf Antrag einer Partei bescheinigt das Schiedsgericht, dass der Schiedsspruch nach den Bestimmungen dieses Gesetzes ergangen ist; eine solche Bescheinigung ist der gerichtlichen Hinterlegung gleichwertig.

Article 193

XI. Deposit and Certificate of enforceability (...)

(2) On request of a party, the court shall certify the enforceability of the award.

(3) On request of a party, the Arbitral tribunal shall certify that the award has been rendered pursuant to the provisions of this Statute; such certificate has the same effect as the deposit of the award.

³⁵⁸ Art. 193

XI. Vollstreckbarkeitsbescheinigung

(1) Jede Partei kann auf ihre Kosten beim schweizerischen Gericht am Sitz des Schiedsgerichts eine Ausfertigung des Entscheides hinterlegen.

Article 193

XI. Deposit and Certificate of enforceability

(1) Each party may at its own expense deposit a copy of the award with the Swiss court at the seat of the Arbitral tribunal.

³⁵⁹ Art. 177

II. Schiedsfähigkeit (...)

Ist eine Partei ein Staat, ein staatlich beherrschtes Unternehmen oder eine staatlich kontrollierte Organisation, so kann sie nicht unter Berufung auf ihr eigenes Recht ihre Parteifähigkeit im Schiedsverfahren oder die Schiedsfähigkeit einer Streitsache in Frage stellen, die Gegenstand der Schiedsvereinbarung ist.

Article 177

II. Arbitrability (...)

A state, or an enterprise held by, or an organization controlled by a state, which is party to an arbitration agreement, cannot invoke its own law in order to contest its capacity to arbitrate or the arbitrability of a dispute covered by the arbitration agreement.

1.6.3.1. Anulação da sentença arbitral doméstica

Conforme preceitua o artigo 190, nº 1 da IPRG, a sentença arbitral doméstica é definitiva a partir de sua notificação às partes³⁶⁰. Ela é sujeita, contudo, à ação de anulação, que somente pode ser ajuizada nas restritas hipóteses exaustivamente apontadas³⁶¹ pelo artigo 190, nº 2 da IPRG, o qual examinaremos mais adiante. Como a doutrina suíça faz questão de ressaltar, trata-se de um remédio jurídico extraordinário³⁶², a ser empregado somente em situações extremas. Vale dizer que as sentenças parciais, provisórias ou preliminares estão sujeitas a um rol de anulação ainda mais exíguo, composto singelamente das 2 (duas) hipóteses arroladas nas alíneas *a* e *b* do nº 2 do referido artigo³⁶³, a seguir comentado.

Competente para julgar a ação de anulação é o Supremo Tribunal Federal Suíço, a mais alta corte daquele País, o que demonstra o alto grau de dificuldade imposto pelo Direito Suíço à impugnação da sentença arbitral doméstica. À ação de anulação incide o artigo 77 da Lei Federal do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgesetz über das Bundesgericht*)³⁶⁴.

O prazo para o ajuizamento da ação anulatória é de 30 (trinta) dias a partir da notificação da sentença, conforme estipulado no artigo 30 da Organisationsgesetz (“Lei de Organização [Judiciária]”) suíça.

É de se ressaltar que cabe renúncia, pelas partes, à anulação da sentença arbitral doméstica, nos termos do artigo 192 da IPRG. É curioso notar que o artigo 192, nº 1 da

³⁶⁰ Art. 190

IX. Endgültigkeit, Anfechtung

(1) Grundsatz

(1) Mit der Eröffnung ist der Entscheid endgültig.

Article 190

IX. Finality, Action for annulment

(1) Principle

(1) The award is final from its notification.

³⁶¹ “In Swiss case law, it has been held that this list of grounds is exhaustive and that each ground must be interpreted narrowly.” *Idem, ibidem*, p. 135.

³⁶² Cite-se, dentre todos, Thomas Sprecher, que afirma: “Art. 190 Abs. 2 IPRG hält die Möglichkeit einer Schiedsbeschwerde bereit. Sie stellt ein *ausserordentliches* Rechtsmittel dar.” (grifamos) SPRECHER, Thomas. *Schiedssprüche zwischen Aufhebung und Vollstreckung*. Zúrique: Schulthess, 2004, p. 6. “O artigo 190, nº 2 da IPRG põe à disposição a possibilidade de uma reclamação arbitral. Ele apresenta um remédio jurídico *extraordinário*.” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁶³ “Therefore, partial or interim awards can be set aside only if the arbitral tribunal was irregularly constituted or if the arbitral tribunal wrongly decided on its own jurisdiction. Otherwise, the parties must wait for a final award.” *Idem, ibidem*, p. 138.

³⁶⁴ Article 77 Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

(1) Unter den Voraussetzungen der Artikel 190–192 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987¹ über das Internationale Privatrecht ist gegen Entscheide von Schiedsgerichten die Beschwerde in Zivilsachen zulässig.

(2) Die Artikel 48 Absatz 3, 93 Absatz 1 Buchstabe b, 95–98, 103 Absatz 2, 105 Absatz 2 und 106 Absatz 1 sowie 107 Absatz 2, soweit dieser dem Bundesgericht erlaubt, in der Sache selbst zu entscheiden, sind in diesen Fällen nicht anwendbar.

(3) Das Bundesgericht prüft nur Rügen, die in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden sind.

IPRG³⁶⁵ tem redação distinta do artigo 176³⁶⁶ do mesmo diploma, já que este último dispositivo não faz qualquer menção ao fato de nenhuma das partes ter *estabelecimento comercial* (*Niederlassung*, que também pode ser traduzido como “filial” ou “sucursal”) na Suíça. Se as partes tiverem convencionado a renúncia e a sentença arbitral (doméstica) tiver de ser executada na Suíça, aplica-se, por analogia, a Convenção de Nova Iorque. É o que preceitua o artigo 192, nº 2³⁶⁷.

1.6.3.2. Hipóteses de anulação

Conforme mencionado anteriormente, o rol dos motivos que ensejam a anulação da sentença arbitral doméstica são taxativamente elencados no artigo 190, nº 2, alíneas *a* a *e*, *in verbis*:

Artikel 190

IX. Endgültigkeit, Anfechtung

1. Grundsatz (...)

2 Der Entscheid kann nur angefochten werden:

- a. wenn der Einzelschiedsrichter vorschriftswidrig ernannt oder das Schiedsgericht vorschriftswidrig zusammengesetzt wurde;
- b. wenn sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder unzuständig erklärt hat;

³⁶⁵ Artikel 192

X. Verzicht auf Rechtsmittel

(1) Hat keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz, so können sie durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft die Anfechtung der Schiedsentscheide vollständig ausschliessen; sie können auch nur einzelne Anfechtungsgründe gemäss Artikel 190 Absatz 2 ausschliessen.

Article 192

X. Waiver of annulment

(1) If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Art. 190(2).

³⁶⁶ Artikel 176

I. Geltungsbereich. Sitz des Schiedsgerichts

(1) Die Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte.

Article 176

I. Field of application; seat of the Arbitral tribunal

(1) The provisions of this chapter shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if, at the time of the conclusion of the arbitration agreement, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland.

³⁶⁷ Artikel 192

(2) Haben die Parteien eine Anfechtung der Entscheide vollständig ausgeschlossen und sollen die Entscheide in der Schweiz vollstreckt werden, so gilt das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche sinngemäss.

Article 192

(2) If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and if the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards applies by analogy.

- c. wenn das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden oder wenn es Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat;
- d. wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wurde;
- e. wenn der Entscheid mit dem Ordre public unvereinbar ist.³⁶⁸

Ao contrário do que ocorre com as sentenças arbitrais domésticas no sistema da Concordata, não existe na IPRG nenhum dispositivo que autorize explícita e categoricamente a anulação da sentença arbitral estrangeira em virtude da aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito que rege o mérito da controvérsia.

Ademais, conforme relatam E. Geisinger e Viviam Frossard, tal conclusão tampouco existe no plano jurisprudencial suíço, conforme segue:

In applications to set aside an award, [Supreme] Federal Court will not review the facts of the case, nor the law applied by the arbitral tribunal. Broadly speaking, only serious procedural defects or rulings on substance that are contrary to international public policy will be considered. Specifically, it has been consistently held that an award will not be set aside on the grounds that it has been rendered on the basis of *obviously wrong findings of facts* – even if these findings are contradicted by clear evidence or record – or in *clear violations of rules of law* or equity. The reason for this very restrictive approach both by the Swiss legislator and the Federal tribunal is that parties, having agreed to arbitration, should be held by this agreement and should not be afforded a second opportunity to re-argue the merits of the case in court. (grifos nossos)

Por outro lado, tendo em vista que a incompatibilidade com a ordem pública consiste em um fator que pode desencadear a anulação do laudo arbitral doméstico, cumpre examinar a hipótese elencada na alínea *e* do artigo 190, nº 2, a fim de inferirmos se ela abrangeria a aplicação errônea do Direito que regula o fundo da disputa. E se, via de consequência, poderia levar à anulação da sentença arbitral doméstica numa arbitragem internacional sediada na Suíça. É o que faremos a seguir.

³⁶⁸ Article 190

IX. Finality, Action for annulment

(1) Principle (...)

(2) The award may only be annulled:

- a) if the sole arbitrator was not properly appointed or if the Arbitral tribunal was not properly constituted;
- b) if the Arbitral tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction;
- c) if the Arbitral tribunal's decision went beyond the claims submitted to it, or failed to decide one of the items of the claim;
- d) if the principle of equal treatment of the parties or the right of the parties to be heard was violated;
- e) if the award is incompatible with public policy.

1.6.3.2.1 Ofensa à ordem pública

Segundo Geisinger e Frossard, a ordem pública mencionada no artigo 190, nº 2, alínea *e* da IPRG compreende tanto a ordem pública *material* quanto a ordem pública *processual*: “Pursuant to Article 190(2)(e) of the PILA, an award can be set aside for violation of public policy, which includes ‘substantial’ public policy and ‘procedural’ public policy.”³⁶⁹

No mesmo sentido, é o parecer de Cesare Jermini³⁷⁰. Ademais, relata o autor que este consiste no mais recente entendimento da jurisprudência suíça: “In Anbetracht aller ausgeführten Argumente hat das Bundesgericht somit neuerdings entschieden, daß Art. 190 Abs 2 lit e IPRG *auch eine verfahrensrechtliche Seite hat.*” (grifamos)³⁷¹

Jermini esclarece também que a ordem pública (material e processual) suíça a que o artigo 190, nº 2, *e* da IPRG é a ordem pública universal ou transnacional (também chamada de “ordem pública verdadeiramente internacional”)³⁷².

1.6.3.2.1.1 A aplicação errônea do Direito pelo árbitro configura ofensa à ordem pública no âmbito da IPRG?

Estipula o artigo 17 da IPRG:

Artikel 17. Vorbehaltsklausel

Die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts, ist ausgeschlossen, wenn sie zu *einem Ergebnis führen würde*, das mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ist.³⁷³ (grifamos)

³⁶⁹ GEISINGER, E.; FROSSARD, *Ob. cit.*, p. 149.

³⁷⁰ “Um den Schutz vor materiellrechtlichen Rechtsanwendungsfehlern wie beim IPRG auf ein absolutes Minimum reduzieren zu können, ist es nämlich nötig, *alle fundamentale verfahrensrechtliche Prinzipien* zu garantieren, auch derjenigen, welche nicht in Art. 190 Abs. 2 lit. a-d IPRG ausdrücklich genannt werden. (grifos no original) “JERMINI, Cesare. *Ob. cit.*, p. 259. “A fim de poder reduzir ao mínimo absoluto a proteção contra erros de aplicação do direito material na IPRG, é importante garantir todos os princípios fundamentais de direito processual, também aqueles que não são expressamente elencados no artigo 290, nº 2, letras a-d.” (grifos no original) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁷¹ *Idem, ibidem, p. cit.* “Em consideração a todos os argumentos expostos, o Tribunal Federal assim decidiu recentemente, que o artigo 190, nº 2 letra *e* da IPRG *também tem um lado processual.*” (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁷² “Aus der so definierten Funktion des Ordre public folgen eine Reihe von Konsequenzen. *Inhaltlich* muß der von der Rechtsquelle her schweizerische Ordre public ein *universaler Ordre public*, also ein ‘ordre public réellement international’ sein. Der Umweg über den Ordre public ermöglicht es nämlich, supranational entwickelte Rechtsgrundsätze inhaltlich zu berücksichtigen, (...)” (grifos no original) *Idem, ibidem*, p. 248-249. “Da função assim definida da ordem pública advém uma série de consequências. *Em termos de conteúdo*, a ordem pública suíça que se origina da fonte de direito deve ser uma ordem pública universal, logo, deve ser uma “ordem pública realmente internacional.” É que o desvio sobre a ordem pública permite que se tomem em consideração princípios jurídicos materiais básicos desenvolvidos supranacionais, (...)” (grifos no original) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁷³ Article 17. Réserve de l’ordre public suisse

L’application de dispositions du droit étranger est exclue si *elle conduit à un résultat* incompatible avec l’ordre public suisse. (grifamos)

A doutrina e a jurisprudência suíças invocam o artigo acima transcrito para concluir que, em qualquer situação (e não apenas quando a ordem pública funciona como uma “cláusula de reserva” contra a aplicação de um direito estrangeiro), o que importa é o *resultado* que a prática de determinado ato conduzirá. Vale mencionar que a Suíça adota expressamente, em sua legislação, o raciocínio adotado doutrinária e jurisprudencialmente em outros Países, como Itália e Áustria. De fato, naqueles Estados, mesmo diante da ausência de previsão legislativa neste sentido, entende-se que relevante para a aferição da ofensa à ordem pública não é apenas a realização de determinado ato, por si só; importante é se o *resultado* produzido pela prática do referido ato efetivamente contrarie a ordem pública³⁷⁴.

Ao se empregar o raciocínio acima exposto para o objeto da presente tese, a questão consistiria no seguinte: “para se constatar se a aplicação errônea, pelo(s) árbitro(s), do Direito que rege o mérito da arbitragem, viola a ordem pública (para os fins do artigo 190, nº 2, alínea e da IPRG), seria necessário que o *resultado* de tal aplicação violasse a ordem pública.”

Ao examinarmos a doutrina suíça que se debruça sobre este tema, encontramos duas opiniões distintas:

(i) E. Geisinger e Vivian Frossard reconhecem que a configuração da ofensa à ordem pública deriva do exame do resultado produzido pelo ato *sub examine*: não importa se o ato em si ofende a ordem pública suíça e sim, se o resultado dele oriundo contraria a ordem pública daquele país. Entretanto, os autores salientam que, em sua opinião, nenhum caso de aplicação errônea do Direito pelo(s) árbitros viola a ordem pública. Seria despiciendo, portanto, realizar o cotejo do resultado de tal aplicação errônea com a ordem pública suíça, eis que a ofensa a esta não comporta a referida aplicação errônea. Forçosa seria a mesma conclusão no caso de constatação equivocada dos fatos que constam dos autos.

*The Supreme Federal Tribunal has consistently held that an award can be set aside only if its actual and concrete result is contrary to public policy; it is not sufficient that only the reasons of the award be incompatible with public policy*³⁷⁵.

In addition, it is important to stress that what is not contrary to public policy:

- an award rendered on the basis of obviously wrong – even arbitrary – finding of fact, even if these findings are contradicted by evidence on record, unless the actual outcome of the award is itself incompatible with public policy;
- an award rendered in clear violation of rules of law or equity, even if the award is legally indefensible; (...) (grifamos)

(ii) Cesare Jermini espousa um entendimento distinto do acima exposto, defendido por Geisinger e Frossard. Ele também reconhece que somente há ofensa à ordem pública

³⁷⁴ Vide itens 1.IV.3.2.1.2 (Itália) e 1.V.2.2.1 (Áustria) *supra* da presente tese.

³⁷⁵ Decisão do Supremo Tribunal Federal Suíço datada de 07.03.2003, nº 4P.250/2002.

quando o resultado de determinado ato efetivamente contraria a ordem pública; é o que, em suas palavras, trata-se do exame *secundário* do ato que se deseja confrontar com a ordem pública: leva-se em consideração não o próprio ato (que seria o exame *primário*), mas sim o seu resultado, no cotejo com a ordem pública suíça. Mas, no que tange à aplicação errônea do Direito que rege o fundo da controvérsia, ele entende que, em alguns casos, o resultado de tal aplicação pode contrariar a ordem pública suíça, o que configuraria uma violação desta para os fins do artigo 190, nº 2, e da IPRG. Assim, ele admite que o raciocínio oriundo do artigo 17 da IPRG seja adotado para tal propósito e que tal cotejo seja feito no caso-a-caso. Na opinião de Jermini, seria temerário afirmar categoricamente que (o resultado produzido pel)a aplicação errônea do Direito pelo(s) árbitro(s) *jamais* violaria a ordem pública suíça.

Des öfteren versucht die mit dem Schiedsspruch unzufriedene Partei unter Berufung auf die Verletzung des Ordre public eine falsche oder willkürliche Rechtsanwendung zu rügen. (...) Ziel der materiellen Überprüfung des Schiedsspruchs ist also nicht die Aufdeckung von Mängeln der juristischen Argumentation, möge sie auch offensichtlich gegen klares Recht verstoßen. Bestimmend ist das *Resultat* der angestellten rechtlichen Erwägungen, das mit dem Inhalt des Ordre public im Sinne von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG zu vergleichen ist. *Es geht um eine Wertung.* (...) Freilich kann ein “mal jugé” Ordre public-Verletzung vermitteln. (...) Dies läßt sich damit erklären, daß die materiellrechtliche Kontrolle nicht auf der *primären Ebene* der korrekten Anwendung von Rechtsnormen, sondern auf der *sekundären Ebene* der Übereinstimmung des Entscheid-dispositivs mit dem materiellrechtlichen Ordre public einsetzt und damit – zwar indirect – auch die unmittelbar unüberprüfbar (qualifizierten) Auslegungsfehler miterfaßt. (grifamos)³⁷⁶

A posição propugnada por Jermini parece-nos mais apropriada e consentânea com os valores tutelados pelo sistema jurídico relativo à arbitragem internacional na Suíça.

Por oportuno, cumpre mencionar que a tal conclusão não chega Jermini no que tange à constatação errônea das questões fáticas dos autos, pelo(s) árbitro(s). Neste ponto, ele está de acordo com Geisinger e Frossard, pois defende que não há violação à ordem pública suíça nesta hipótese. O autor invoca a jurisprudência alemã para basear seu entendimento³⁷⁷.

³⁷⁶ JERMINI, Cesare. *Ob. cit.*, p. 275-277. “Cada vez mais a parte insatisfeita com a sentença arbitral tenta repreender uma errônea ou arbitrária aplicação do Direito mediante invocação à ofensa à ordem pública. (...) O objetivo do exame material da sentença arbitral não é, portanto, a revelação de falhas na argumentação jurídica, mesmo que ela pudesse evidentemente contrariasse o Direito claro. Determinante é o *resultado* das ponderações jurídicas empregadas, que deve ser confrontado com o conteúdo da ordem pública no sentido do artigo 190, nº 2, letra e da IPRG. *Trata-se de uma avaliação.* (...) Um mau julgamento pode livremente proporcionar uma ofensa à ordem pública. (...) Isto explica que o controle do direito material não se insere no *nível primário* da correta aplicação das normas jurídicas, mas no *nível secundário* da concordância dos dispositivos da decisão com a ordem pública material e com isto – certamente de forma indireta – também os erros de interpretação não verificáveis (qualificados) são detectados. (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁷⁷ “Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheidungen deutlich zu verstehen gegeben, daß auf dem Wege der Schiedsbeschwerde nach Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG keine Kontrolle der Übereinstimmung zwischen den *Tatsachenfeststellungen* – auf denen die juristische Subsumtion baut – und den abgenommen Beweisen zu erreichen ist.” (grifos no original) JERMINI, Cesare. *Ob. cit.*, p. 272. “O Supremo Tribunal Federal deu a

1.6.3.3 Outros remédios jurídicos contra a sentença arbitral doméstica

Além da ação anulatória, podemos mencionar 2 (dois) outros remédios jurídicos contra uma sentença arbitral doméstica proferida ao cabo de uma arbitragem internacional sediada na Suíça. Note-se que nenhuma delas está expressamente prevista na IPRG. Trata-se da (i) correção de erros evidentes; e (ii) a interpretação (*Erläuterung*)³⁷⁸.

- (i) correção de erros evidentes – presta-se à correção de erros materiais constantes da sentença arbitral. O tribunal arbitral que a prolatou é o competente para apreciar o pedido de correção. Não tem prazo, não se reveste de efeito suspensivo e em nada altera o prazo para propositura da ação anulatória. A decisão da correção, pelo tribunal arbitral, passa a integrar com o laudo arbitral corrigido, um novo laudo, completo;
- (ii) interpretação (*Erläuterung*) – visa a sanar obscuridades ou contradições cometidas pelo tribunal arbitral. Competente também é o tribunal arbitral que proferiu a sentença e tampouco tem prazo para apresentação. Tal qual o remédio jurídico mencionado no item (i) acima, não tem efeito suspensivo, nem influi no prazo para ajuizamento da ação anulatória³⁷⁹.

1.6.4 Conclusão sobre a anulação de sentenças arbitrais domésticas

Ao fim de nosso estudo sobre a ação de anulação de sentenças arbitrais domésticas na Suíça – seja sob a égide da Concordata ou da IPRG, é curioso constatar o que segue: num mesmo País, dependendo se a arbitragem é classificada como interna (Concordata) ou internacional (IPRG), para o quê o fator determinante é haver ao menos uma parte que não seja domiciliada ou residente na Suíça no momento da finalização da convenção de arbitragem, há destinos radicalmente distintos para a sentença arbitral doméstica em que se constata uma aplicação errônea do Direito Suíço pelo(s) árbitro(s). De fato, se a arbitragem for interna, há previsão legal expressa autorizando a anulação de tal sentença. Por outro lado, caracterizando-se como internacional a arbitragem, haverá talvez uma incerta e estreita saída,

entender claramente em várias decisões que, no caminho da reclamação arbitral prevista no artigo 190, nº 2, letra e da IPRG, não pode ser empreendido um controle da concordância entre as *constatações dos aspectos fáticos* – sobre o qual constroeu-se a subsunção jurídica – e as provas examinadas.” (grifos no original) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁷⁸ Para maiores informações sobre ambos os remédios jurídicos, vide JERMINI, Cesare. *Ob. cit.*, p. 351-357.

³⁷⁹ Vale dizer que, no Brasil, os dois remédios jurídicos fundem-se em só, que se presta tanto a corrigir os erros materiais, como para sanar eventuais contradições, obscuridades e omissões da sentença arbitral. Trata-se do pedido de esclarecimentos, disposto no artigo 30 da Lei nº 9.307/96.

ainda objeto de controvérsias doutrinárias, que somente poderá ser empregada num caso extremo: o resultado de tal aplicação errônea conduzir a uma ofensa à ordem pública, com base no artigo 190, nº 2, alínea *e*, da IPRG, conforme vislumbrado por Cesare Jermini.

1.6.5 Sentenças arbitrais estrangeiras

Conforme mencionado adrede, a disciplina aplicável ao reconhecimento e execução às sentenças arbitrais estrangeiras é referido apenas na IPRG. Mesmo no referido diploma, o regramento é absolutamente exíguo e limita-se a remeter o intérprete à NYC. Tal artigo (194 da IPRG) é uma verdadeira demonstração do anseio do legislador suíço em inserir-se definitivamente no que vinha (e vem sendo até hoje) sendo praticado nos demais Países em termos de arbitragem internacional.

Art. 194
XII. Ausländische Schiedssprüche
Für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gilt das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche.³⁸⁰

Tendo em vista que o artigo 194 da IPRG restringe-se a fazer menção ao regramento estipulado pela NYC, no presente capítulo não nos deteremos minuciosamente na análise da referida convenção, já que ela vige em todos os seus Estados-membros (entre os quais encontram-se todos os 7 (sete) países referidos na presente tese). Optamos por nos limitar a examinar as (escassas) peculiaridades da aplicação da NYC na Suíça que se inserem no propósito da presente tese.

Vale dizer que, originalmente, a Suíça somente reconhecia sentenças arbitrais estrangeiras na base da reciprocidade, ou seja, exclusivamente se a sentença arbitral fosse oriunda de um Estado-membro da NYC. Após 01 de janeiro de 1989, contudo, data da entrada em vigor da IPRG, a NYC passou a ser aplicada *erga omnes*, ou seja, a qualquer Estado, independentemente de tal Estado ser membro ou não da NYC.

Aduza-se ainda que a NYC não é aplicada na Suíça como lei interna, mas como tratado internacional que foi ratificado por aquele País. Por via de consequência, os tribunais judiciais suíços são orientados a levar em consideração também decisões estrangeiras judiciais que interpretam a NYC.

³⁸⁰ Article 194

XII. Foreign arbitral awards

The recognition and enforcement of a foreign arbitral award is governed by the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

O artigo V, nº 2, *b* da NYC, dispositivo que mais interessa à presente tese, prevê:

O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: (...)
b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Sobre a possibilidade de se afastar o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira por força da aplicação errônea do Direito material pelo(s) árbitro(s), Martin Bernet e Anna K. Müller³⁸¹ observam:

Generally speaking, the Swiss courts have always given a narrow interpretation to public policy. An arbitral award will only be denied recognition and enforcement in Switzerland if it is irreconcilable with fundamental notions of justice, as they are perceived in Switzerland. *It is not relevant whether the substantive law was applied correctly to the disputes on the merits, but only whether the enforcement of the award in Switzerland would lead to a practical result which, taking into account all of the relevant circumstances of the case, would offend Swiss fundamental conceptions of justice.* International public policy addresses violations of both procedural and substantive principles of justice. (grifamos)

Quanto a este ponto, entretanto, cumpre invocar a oportuna observação de Cesare Jermini, que aduz que a ordem pública a ser empregada tanto na ação de anulação da sentença arbitral doméstica quanto no reconhecimento da sentença arbitral estrangeira deve ter o mesmo conteúdo³⁸².

Assim, se o conteúdo da ordem pública na anulação da sentença arbitral doméstica (com base na IPRG) deve ser o mesmo na homologação da sentença arbitral estrangeira, permitimo-nos concluir o que segue: mediante a análise de cada hipótese concreta, caso se constate que o *resultado* da aplicação errônea do Direito que rege o mérito da controvérsia viola a ordem pública suíça, tal *resultado* também pode configurar um óbice à homologação de uma sentença arbitral estrangeira – da mesma forma que pode acarretar a anulação da sentença arbitral doméstica, conforme sustentado por Cesare Jermini.

Por fim, apenas para fins de informação, mencionamos a opinião de um autor suíço que redigiu uma obra específica sobre a recusa à homologação, na Suíça, de sentenças arbitrais estrangeiras com base em falhas processuais. Trata-se de Franz Satmer, que afirma que a errônea aplicação do Direito material, pelo(s) árbitro(s), não configura falha processual³⁸³ e, portanto, não poderia ser óbice ao reconhecimento de uma sentença arbitral alienígena.

³⁸¹ BERNET, Martin; MÜLLER, Anna K. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. In: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; STUCKI, Blaise. (org.) *International Arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 170.

³⁸² Vide a transcrição apostada à nota nº 1 acima.

³⁸³ SATMER, Franz. *Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln*. Zurique: Schulthess, Polygraph. Verlag, 1995, p. 41. Destaque-se que tal entendimento vai frontalmente de encontro ao que propugna o autor alemão Meno Aden, que defende que tal aplicação consiste em uma falha processual. Vide o item 1.III.2.1.6 *supra* da presente tese.

1.7 República Francesa

“Le contrôle du respect par l’arbitre de sa mission ne doit pas conduire à remettre en cause le principe essentiel selon lequel le droit de l’arbitrage ne prévoit aucun contrôle de la manière selon laquelle l’arbitre statue au fond, sous la seule réserve du respect des exigences de la conception française de l’ordre public international.”

(Antoine Kassis)³⁸⁴

1.7.1 Introdução

A República Francesa é conhecida como um dos principais centros de arbitragem do mundo; não apenas incontáveis arbitragens (internas e internacionais) são sediadas naquele País, mas também seu Direito Arbitral é referência para todas as legislações do mundo. Inúmeras razões podem ser apontadas para tanto: o fato de a Corte Internacional da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) – a mais renomada e experimentada câmara de arbitragem do mundo - ter sede em Paris; a privilegiada posição geográfica do País – localizado bem no centro da Europa - e o formidável desenvolvimento de seu Direito Internacional Privado. Ora, desde o século XIX³⁸⁵, o DIPri francês tem sido o principal paradigma para o DIPri brasileiro, e tal desenvolvimento reflete também no Direito Arbitral³⁸⁶.

O Código de Processo Civil francês sofreu duas profundas reformas: uma em 1980, implementada por Decreto de 14 de maio, relativa à arbitragem interna e outra em 1981, pelo Decreto de 12 de maio, referente à arbitragem internacional. Por meio das duas reformas, que tinham a simplificação como objetivo precípuo³⁸⁷, foi estabelecida no CPC a redação que vige até os dias atuais.

No Direito Francês, o remédio jurídico a ser apresentado ao Poder Judiciário contra uma sentença arbitral varia consideravelmente em função da nacionalidade da sentença,

³⁸⁴ KASSIS, Antoine. *L’Autonomie de l’arbitrage commercial international. Le droit français en question*. Paris: L’Harmattan, 2007, p. 386. “O controle do respeito pelo árbitro à sua missão não deve conduzir a se desafiar o princípio essencial, segundo o qual o direito da arbitragem não prevê nenhum controle da maneira pela qual o árbitro julga o mérito, sob a única reserva do respeito às exigências da concepção francesa de ordem pública internacional.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

³⁸⁵ Em 1863, foi publicado aquele que é considerado o primeiro livro de Direito Internacional Privado do Brasil. Trata-se de *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às Leis Particulares do Brasil*, da autoria de José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente. A obra foi publicada pela Typographia de J. Villeneuve.

³⁸⁶ Acerca da influência do Direito Francês no Direito Brasileiro de Arbitragem, vide LEMOALLE, Édouard; AYMONE, Priscila Koll. L’influence du modèle juridique français sur le droit brésilien de l’arbitrage. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 16, p. 327-356, jan.-mar. 2008.

³⁸⁷ CRÉPIN, Sophie. *Les Sentences Arbitrales devant le Juge Français. Pratique de l’exécution et du controle judiciaires depuis les reformes de 1980-1981*. Paris: L.G.D.J., 1995, nº 179, p. 248.

podendo variar também em função do caráter internacional da própria arbitragem. Explica-se: há os remédios jurídicos cabíveis contra (i) uma sentença arbitral doméstica (e exarada ao cabo de uma arbitragem eminentemente doméstica), há os admissíveis contra (ii) uma sentença arbitral estrangeira (sendo aqui irrelevante se a matéria da arbitragem é doméstica ou internacional³⁸⁸) e os cabíveis contra (iii) uma sentença prolatada na França ao fim de uma arbitragem internacional.

Apesar da multiplicidade de remédios jurídicos aplicáveis num e noutro caso, o tratamento conferido a uma sentença arbitral em que se verifica a aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito (Francês), que rege o fundo da controvérsia, é basicamente o mesmo em todos os tipos de sentença analisados neste capítulo.

Assim, o presente capítulo obedecerá à seguinte ordem: (I) remédios jurídicos admissíveis na França contra uma sentença arbitral doméstica e prolatada ao final de uma arbitragem doméstica; (II) remédios jurídicos admissíveis naquele País contra uma sentença estrangeira e os cabíveis contra uma sentença prolatada na França ao cabo de uma arbitragem internacional; e (III) consequências que podem advir, segundo o Direito Francês, a um laudo arbitral que apresenta uma aplicação errônea do Direito Francês ao mérito da controvérsia.

1.7.2 Sentenças arbitrais domésticas

Os remédios jurídicos admissíveis contra uma sentença arbitral prolatada na França ao cabo de uma arbitragem classificada como doméstica segundo o Direito Francês é disciplinada pelos artigos 1479 e 1481 a 1489 do Código de Processo Civil daquele País.

Antes de ingressarmos no tema propriamente dito, cumpre asseverar que, na França, uma sentença arbitral doméstica somente pode ser executada após ter recebido o *exequatur*³⁸⁹ do Tribunal de Grande Instance do local onde a referida sentença foi exarada. É o que dispõe o artigo 1477, alínea 1 do CPC³⁹⁰.

³⁸⁸ O artigo 1492 do CPC Francês traz o conceito de “arbitragem internacional” adotado naquele País:

Article 1492. Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

Article 1492. An international arbitration is the one that concerns interests of international trade.

[Esta e todas as traduções do CPC para o inglês apostas a este capítulo foram extraídas do site www.legifrance.gouv.fr, consultado em 09 de fevereiro de 2010]

³⁸⁹ Conforme relato de Fouchard, Gaillard e Goldman, o termo “exequatur” no CPC Francês é restrito para a declaração de exequibilidade das sentenças arbitrais domésticas. O termo similar empregado para as sentenças arbitrais estrangeiras e para as sentenças arbitrais prolatadas na França no âmbito de arbitragens internacionais é “exécution (forcée)”. FOUCHARD, Phillip; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Albert. *International Commercial Arbitration*. A Haia: Kluwer Law, 1999, p. 89.

³⁹⁰ Article 1477. La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue. A cet effet, la minute de la sentence accompagnée

Contra uma sentença arbitral doméstica na França cabem os seguintes remédios jurídicos, conforme o caso: *appel*, o *recours en annulation*, o *recours en révision* e o *tierce opposition*. Eles podem ser classificados em ordinários e extraordinários, sendo que apenas os primeiros são revestidos de efeito suspensivo.

São ordinários a *appel* e o *recours en annulation*. A primeira tenciona a reforma ou a anulação da sentença arbitral doméstica (artigo 1483 do CPC³⁹¹), enquanto que a segunda visa tão somente à anulação desta. Por oportuno, cumpre apontar separadamente as características de cada um:

(i) *Appel*:

Cada uma das partes na arbitragem pode apresentar uma *appel*, desde que não tenha havido renúncia prévia e expressa neste sentido na convenção de arbitragem^{392 393} ou, ainda, desde que partes tenham explicitamente pactuado esta possibilidade³⁹⁴. Vale notar também que conferir aos árbitros o poder de atuar como *amiable compositeur* equivale, via de regra, a uma renúncia à *appel* e impede sua interposição³⁹⁵.

d'un exemplaire de la convention d'arbitrage est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au secrétariat de la juridiction.

Article 1477. The arbitral award may not be subjected to a compulsory enforcement save by virtue of an exequatur pronounced by the High Court in whose jurisdiction the award was given. To this end, the minutes of the award, together with a copy of the arbitration agreement, will be lodged by one of the arbitrators or by the party who brings the action first to the clerk's office of the court.

³⁹¹ Article 1483. Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties n'ont pas renoncé à l'appel, ou qu'elles se sont réservées expressément cette faculté dans la convention d'arbitrage, la voie de l'appel est seule ouverte, qu'elle tende à la réformation de la sentence arbitrale ou à son annulation. Le juge d'appel statue comme amiable compositeur lorsque l'arbitre avait cette mission.

Article 1483. Where, following the distinction drawn under Article 1482, the parties have not abandoned the right to appeal or they have expressly conserved for themselves this right in the arbitration agreement, only an appeal will lie, whether it intends to reverse or vacate the arbitral award. The appeal judge will determine the matter as an amicable compounder where the arbitrator has this assignment.

³⁹² Article 1482, alínea 1. La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage.

Article 1482, 1st part. The arbitral award is subject to appeal save where the parties have renounced to an appeal in the arbitration agreement.

³⁹³ Na opinião de Fouchard, Gaillard e Goldman, a imposição de inexistência de renúncia prévia das partes quanto à possibilidade de interposição da *appel* é “infeliz”. FOUCHARD, Phillip; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Albert. *Ob. cit.*, p. 917.

³⁹⁴ 1483, alínea 1. Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties n'ont pas renoncé à l'appel, ou qu'elles se sont réservées expressément cette faculté dans la convention d'arbitrage, la voie de l'appel est seule ouverte, qu'elle tende à la réformation de la sentence arbitrale ou à son annulation.

1483, 1st part. Where, following the distinction drawn under Article 1482, the parties have not abandoned the right to appeal or they have expressly conserved for themselves this right in the arbitration agreement, only an appeal will lie, whether it intends to reverse or vacate the arbitral award.

³⁹⁵ Article 1482, alínea 2. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage.

Article 1482, 2nd part. However, it is not subject to appeal where the arbitrator is assigned to decide as amicable compounder, save where the parties have expressly set aside this right in the arbitration agreement.

No caso de impossibilidade de se apresentar a *appel* (i.e., se as partes tiverem pactuado renúncia ou não tiverem aprovado expressamente a referida apresentação), ainda cabe o *recours en annulation* nos casos taxativamente arrolados no artigo 1484 do CPC, do qual trataremos mais adiante.

A *appel* pode ser interposta contra a decisão que denega *exequatur* à sentença arbitral doméstica ou contra a própria sentença. É de se notar que a sentença que concede o *exequatur* à sentença arbitral doméstica é irrecorrível³⁹⁶, apenas cabendo a *appel* no caso de denegação do *exequatur* pelo Tribunal de Grande Instance.

Em qualquer caso, competente para apreciar a *appel* é a Cour d'Appel da comarca em que foi prolatada a sentença arbitral e o prazo para interposição é de um mês, contado da data da notificação da decisão recorrida³⁹⁷. Neste prazo, a execução da sentença fica suspensa e durante o julgamento do recurso também³⁹⁸. Vale ressaltar, contudo, que pode ser concedida a execução provisória da sentença arbitral recorrida, na pendência do julgamento da *appel*³⁹⁹.

(ii) *Recours en annulation*:

Pode ser interposto no caso de as partes terem renunciado expressamente à interposição da *appel*, se tiverem conferido poderes ao árbitro de atuar como *amiable compositeur* ou, ainda, se não tiverem expressamente pactuado a possibilidade de interposição de *appel*. A apresentação do *recours en annulation* só é admitida nas restritas hipóteses arroladas no 1484 do CPC, cujo nº 6 é o que mais interessa à presente tese e será examinada detidamente mais adiante.

³⁹⁶ Article 1488, alinea 1. L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours.

Article 1488, 1st part. The judgment granting the exequatur order is not subject to any review action.

³⁹⁷ Article 1486. L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue. Ces recours sont recevables dès le prononcé de la sentence; ils cessent de l'être s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la signification de la sentence revêtue de l'exequatur. Le délai pour exercer ces recours suspend l'exécution de la sentence arbitrale. Le recours exercé dans le délai est également suspensif.

Article 1486. The appeal and the review action to vacate will be brought before the court of appeal in whose jurisdiction the arbitral award was given. These review actions are admissible as soon as the award has been given; they will cease to be so if they have not been brought within the month of the service of the award bearing the exequatur order. The time-limit to bring these review actions suspends the enforcement of the arbitral award. Likewise, the review action brought within the time-limit suspends (the enforcement of the arbitral award).

³⁹⁸ Parte final do artigo 1486, citado na nota nº 14 *supra*.

³⁹⁹ Article 1479. Les règles sur l'exécution provisoire des jugements sont applicables aux sentences arbitrales. En cas d'appel ou de recours en annulation, le premier président ou le magistrat chargé de la mise en état dès lors qu'il est saisi, peut accorder l'exequatur à la sentence arbitrale assortie de l'exécution provisoire. Il peut aussi ordonner l'exécution provisoire dans les conditions prévues aux articles 525 et 526 ; sa décision vaut exequatur.

Article 1479. Rules governing interim enforcement of judgments apply to arbitral awards. On appeal or review action to vacate, the first president (of the court of appeal) or the judge having the management of the matter as soon as the matter is referred to him, may grant the exequatur to the arbitral award supported with a certificate of interim enforcement. He may also order the interim enforcement in the manner prescribed under Articles 525 and 526; his decision amounts to exequatur.

O que foi mencionado acima em relação à *appel* no que toca ao efeito suspensivo, competência jurisdicional, prazo de interposição e execução provisória também se aplica ao *recours en annulation*.

São, por seu turno, classificados como extraordinários e destituídos de efeito suspensivo a *tierce opposition* e a *recours en révision*, expostos a seguir:

(i) *Tierce opposition*:

O propósito deste remédio jurídico⁴⁰⁰ é reformar ou escamotear uma sentença, em favor ou benefício de terceiros. O terceiro que lança mão deste remédio jurídico deve satisfazer todos os (três) requisitos do artigo 583 do CPC, quais sejam: (i) provar o prejuízo ou ameaça de prejuízo advindo da sentença arbitral; (ii) não ter sido parte no julgamento (no caso, na arbitragem); nem (iii) ter sido representado no julgamento (na hipótese, na arbitragem). A *tierce opposition* não deve ser apresentada perante um tribunal, mas perante o juiz singular (da Justiça comum) que seria originariamente competente para julgar a causa. Afinal, não custa lembrar que o terceiro não participou da arbitragem, devendo a controvérsia ser julgada pelo julgador estatal desde seu estágio inicial.

(ii) *Recours en révision*:

Este remédio jurídico, previsto no âmbito da arbitragem doméstica na França no artigo 1491 do CPC⁴⁰¹, só cabe nas hipóteses extremas previstas no artigo 595 do mesmo Diploma⁴⁰². Ele é regulado em mais detalhes nos artigos 593 a 603 do CPC, os quais se

⁴⁰⁰ Article 1481. La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition ni de pourvoi en cassation. *Elle peut être frappée de tierce opposition* devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions de l'article 588 (alinéa 1). (grifamos)

Article 1481. The arbitral award will not be subject to a motion to set aside and an appeal in cassation. *It may be impugned by a third party motion to set aside* before the court that would otherwise have been competent in default of arbitration, subject to the provisions of Article 588 (1st part). (grifamos)

⁴⁰¹ Article 1491. Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas et sous les conditions prévus pour les jugements. Il est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence. Article 1491. A review action is available against the arbitral award in the cases and under the conditions provided for with respect to judgments. It (the review action) is brought before the court of appeal that would have otherwise been competent to examine the other review actions against the award.

⁴⁰² Article 595. Le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes suivantes :

1. S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue;
2. Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie;
3. S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement;
4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement.

Dans tous ces cas, le recours n'est recevable que si son auteur n'a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée.

aplicam inteiramente à arbitragem. O propósito do *recours en révision* é permitir a retificação total ou parcial da sentença arbitral, em caso de fraude ou de falsidade. Ernst Mezger⁴⁰³ assim justifica a admissibilidade do *recours en révision* em face de sentenças arbitrais domésticas na França: “Gerade im schiedsgerichtlichen Verfahren und auch im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit kommen falsche Zeugnisse, falsche Urkunden, fraudlöses Verhalten einer Partei vor.” Sophie Crépin⁴⁰⁴, por sua vez, é ainda mais enfática ao analisar a questão: “le déroulement de la procédure d’arbitrage est le théâtre de comportements frauduleux.”

O *recours en révision* deve ser interposto perante a Cour d’Appel que seria competente para julgar os *appel* ou *recours en annulation*, se fosse o caso. O prazo é de 2 (dois) meses a contar da data em que a parte teve conhecimento da fraude ou falsidade invocada.

1.7.3 Sentenças arbitrais estrangeiras & sentenças proferidas na França ao fim de uma arbitragem internacional

A exemplo das sentenças arbitrais examinadas no item anterior, também estão sujeitas ao crivo de exequibilidade do Poder Judiciário Francês as sentenças estrangeiras e aquelas proferidas na França no âmbito de arbitragens internacionais.

Assim, a parte interessada deve pleitear ao tribunal estatal competente o reconhecimento da sentença arbitral que se enquadra em uma das categorias acima. O processo para tanto é bem sucinto e destituído de contraditório⁴⁰⁵. O juiz estatal limita-se a analisar se a sentença arbitral é existente (com base no material probatório apresentado pela parte autora, sobretudo documental) e se o reconhecimento e execução da sentença não ferem

Article 595. The motion for revision will be available only on the following grounds:

1. if it has come to light, subsequent to judgement, that the decision has been obtained by fraud on behalf of the party in whose favour it was rendered;
2. if, since the judgement, decisive documents that have been withheld by the act of another party have been discovered;
3. if it has been adjudicated on documents that, since the judgement, have been acknowledged or judicially declared to be false;
4. if it has been adjudicated on affidavits, testimonies or oaths that, since the judgement, have been judicially declared false.

In all these cases, the motion will be admissible only if its originator has not been able, without any fault on his behalf, to raise the ground on which he relies before that the judgement has become *res judicata*.

⁴⁰³ MEZGER, Ernst H. Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, die im Ausland oder in internationalen Sachen ergangen sind. In: BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz (coord.). *Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich*. Colônia: Carl Heymann, 1983, p. 62. “Precisamente no processo arbitral e também no âmbito da arbitragem internacional acontecem declarações falsas, documentos falsos, comportamentos fraudulentos de uma parte.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

⁴⁰⁴ CRÉPIN, Sophie. *Ob. cit.*, nº 209, p. 263. “o desenvolvimento do procedimento da arbitragem é o teatro dos comportamentos fraudulentos.”

⁴⁰⁵ Vale transcrever, contudo, a importante observação de Fouchard, Gaillard e Goldman sobre este assunto: “Enforcement is therefore granted (or refused) without any adversarial proceedings between the parties at this stage. However, the practice of the Paris courts allows the enforcement court the right (which it rarely exercises) to summon the other party if the court considers it necessary to obtain information, particularly in cases where there is an issue of manifest violation of international public policy in the award.” FOUCHARD, Phillip; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Albert. *Ob. cit.* p. 892.

a ordem pública internacional⁴⁰⁶. A análise do juiz nesta fase é extremamente superficial, portanto.

Caso seja denegado o reconhecimento ou a execução, cabe *appel* perante a Cour d'Appel que concedeu a *exécution forcée*⁴⁰⁷, quando, aí sim, haverá contraditório. Por outro lado, se o reconhecimento ou execução forem concedidos, também cabe *appel*, a qual normalmente será interposta pela parte que perdeu na arbitragem. Neste caso, porém, a *appel* somente pode ser interposta nos casos taxativamente⁴⁰⁸ previstos no artigo 1502 do CPC⁴⁰⁹. Em ambas as hipóteses, o prazo para a interposição do *appel* é de um mês contado da notificação⁴¹⁰. Neste prazo de um mês, a execução fica suspensa e, tendo havido interposição da *appel*, a execução ficará suspensa até o julgamento daquela. Nesta mesma esteira, o não-reconhecimento ou improvimento da *appel* torna a sentença impugnada imediatamente executável.

Cumprido ressaltar que a *appel* contra a decisão acerca do reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira não visa ao reexame do mérito da sentença arbitral, diversamente do que ocorre com a sentença arbitral doméstica, diante da qual se pode pleitear a reforma do mérito⁴¹¹. Assim, em caso de provimento da apelação contra a decisão do

⁴⁰⁶ Article 1498. Les sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international. Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées exécutoires en France par le juge de l'exécution.

Article 1498. Arbitral awards are recognized in France where the party who relies upon it has established their existence and if this recognition is not manifestly contrary to public international order. Under the same conditions, they are declared enforceable in France by the judge for enforcement (of court decisions).

⁴⁰⁷ Article 1501. La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exécution est susceptible d'appel.

Article 1501. The decision disallowing the recognition or enforcement of an award is subject to appeal.

⁴⁰⁸ Sobre o caráter exaustivo do rol contido no artigo 1502, nº 5, vide o julgamento proferido pela Cour de Cassation em 06 de janeiro de 1987 (Southern Pacific Properties Ltd. v. République Arabe d'Egypte), publicado na Revue d'Arbitrage de 1987, p. 469.

⁴⁰⁹ Article 1502. L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

- 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée;
- 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné;
- 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée;
- 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté;
- 5° Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international.

Article 1502. An appeal against the decision, which grants recognition or enforcement, will be available only in the following cases:

- 1° if the arbitrator has ruled upon the matter without an arbitration agreement or based on a void and lapsed agreement;
- 2° if the arbitration tribunal has been unlawfully constituted or the sole arbitrator has been unlawfully designated;
- 3° if the arbitrator has ruled upon the matter contrary to the assignment given to him;
- 5° if the recognition or enforcement is contrary to public international order.

⁴¹⁰ Article 1503. L'appel prévu aux articles 1501 et 1502 est porté devant la cour d'appel dont relève le juge qui a statué. Il peut être formé jusqu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de la signification de la décision du juge.

Article 1503. The appeal referred to under Articles 1501 and 1502 is brought before the court of appeal to which the judge who ruled upon the matter belongs. It may be brought until the end of a one-month of the time-limit to be reckoned from the service of the decision of the judge.

⁴¹¹ Tal possibilidade é patente sobretudo no caso do *recours en annulation* contra a sentença arbitral doméstica, como evidencia o artigo 1485 do CPC, *in verbis*:

Article 1485. Lorsque la juridiction saisie d'un recours en annulation annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les parties.

processo de reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, para haver reexame de mérito seria necessário submeter novamente a disputa ao juízo arbitral⁴¹².

Por sua vez, contra a sentença prolatada na França ao cabo de uma arbitragem internacional, apenas pode ser interposto o *recours en annulation*, e tão somente nos casos previstos no 1502 do CPC, conforme imposição que consta do artigo 1504⁴¹³. O Direito Francês confere-lhe um tratamento muito similar àquele de que goza a sentença estrangeira, embora ela tenha sido proferida em território francês. É de se mencionar, aliás, que a exemplo do que ocorre com a *appel* contra a decisão prolatada em sede de reconhecimento e/ou execução da sentença arbitral estrangeira, não se analisa o mérito da sentença arbitral proferida na França ao cabo de uma arbitragem internacional. Foi nestes termos a decisão recentemente proferida pela Cour d'Appel de Paris no caso *Société O.A.O NPO Saturn v. Société Unimpex Enterprises Ltd.*⁴¹⁴.

Cabe sublinhar que contra a sentença proferida na França no âmbito de uma arbitragem internacional o *recours en annulation* é o único remédio jurídico cabível⁴¹⁵, sendo irrecorrível a decisão que concede a execução de tal sentença, nos termos do artigo 1504, 2ª alínea, já transcrito.

Competente para apreciar o *recours en annulation* é a Cour d'Appel do local onde foi proferida a sentença e o prazo é de um mês após a declaração de executoriedade da sentença arbitral⁴¹⁶. Da mesma forma que a *appel* contra a decisão do reconhecimento ou execução de

Article 1485. Where a court to which the review action to vacate is brought vacates an arbitral award, it will rule upon the merits of the case within the confines of the assignment of the arbitrator, save where a contrary intention of all the parties concerned.

⁴¹² É o que ensinam Fouchard, Gaillard e Goldman. FOUCHARD, Phillip; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Albert. *Ob. cit.* p. 907.

⁴¹³ Article 1504. La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502.

L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge.

Article 1504. The arbitral award given in France in matters of international arbitration may be the subject-matter of a review action to vacate in the case provided for under Article 1502.

The judgment allowing the enforcement of this award is not subject to a review action. However, the review action to vacate amounts as of right, within the confines of the action brought to the court of appeal, a review action against the judgment of the judge allowing execution or removal of the case from this judge.

⁴¹⁴ Cour d'Appel de Paris, Chambre 1, 15.10.2009, Arrêt n° 07/17049. “Qu'enfin la nullité alléguée du contrat du 5 février 1996 – *question de fond sur laquelle ul n'appartient pas au juge de l'annulation de se prononcer* – (...)”. (grifamos) “Que, enfin, a nulidade alegada do contrato de 5 de fevereiro de 1996 – *questão de mérito sobre a qual não cabe ao juiz da anulação pronunciar-se* - (...)”. (grifamos) [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

⁴¹⁵ Como relata Sophie Crépin: “Contre la sentence arbitrale [rendue en France], seul un recours en annulation peut être exercé; (...). La sentence rendue en France [en matière d'arbitrage international] ne peut être attaquée que par un recours en annulation.” CRÉPIN, Sophie. *Ob. cit.*, n° 179, p. 249

⁴¹⁶ Article 1505. Le recours en annulation prévu à l'article 1504 est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence ; il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la signification de la sentence déclarée exécutoire.

uma sentença arbitral estrangeira, o referido prazo de interposição e a apresentação do *recours en annulation* suspendem a execução da sentença até o julgamento deste. É de se mencionar, contudo, que artigo 1500 do CPC faz referência ao 1479 (que, por sua vez, remete aos 525 e 526), o que leva-nos a concluir que a Cour d'Appel pode determinar a execução provisória da sentença *sub examine*. Por fim, após o julgamento pela Cour d'Appel em que esta inadmitte ou nega provimento ao *recours en annulation*, a sentença é imediatamente exequível.

Por oportuno, cumpre trazer à baila alguns ensinamentos de Fouchard, Gaillard e Goldman sobre alguns aspectos de competência jurisdicional acerca do *recours en annulation*. Os professores apontam que a redação do artigo 1504 no Decreto de 1981 não é à toa, mas é consentâneo com a jurisprudência da época da Cour d'Appel de Paris, que considerava inadmissíveis *recours en annulation* contra sentenças arbitrais não-francesas. Atestam os autores⁴¹⁷:

Non-French awards were defined as awards made under a procedural law other than French law and having 'no connection whatsoever with the French legal system', *despite the fact that the arbitration was held in France*". (...) Following the 1981 Decree, the fact that an award is made in France will suffice to give the French courts jurisdiction over an action to set it aside. This will be the case even where the award is made in an international arbitration which has no connection with the French legal system other than the fact that the seat of the arbitration is located in France. (...) [T]he country in which the seat of the arbitration is located has exclusive jurisdiction to hear actions to set an arbitral award aside, whereas countries in which enforcement of the award is sought can only agree or refuse to give effect to it in their territory. (grifamos)

Os autores prosseguem, tecendo uma distinção entre os efeitos positivo e negativo da regra de competência jurisdicional constante do artigo 1504 do CPC, conforme segue: (i) efeito positivo: todas as sentenças arbitrais proferidas na França ao fim de uma arbitragem internacional estão sujeitas ao *recours en annulation*; (ii) efeito negativo: as que não tiverem sido proferidas na França não estão sujeitas ao referido remédio jurídico. Daí conclui-se que as cortes francesas *somente* têm jurisdição sobre as sentenças arbitrais prolatadas na França (mesmo sobre aquelas que versem sobre matéria de arbitragem internacional). Isto pode parecer óbvio, mas na França este aspecto reveste-se de notável importância. Afinal, segundo o Direito daquele País, quando as partes tiverem escolhido o Direito Francês para reger o procedimento, e havendo problemas quanto à constituição do tribunal arbitral, a legislação francesa estabelece que o Presidente do Tribunal de Primeira Instância de Paris tem poderes

Article 1505. The review action to vacate referred to under Article 1504 is brought before the court of appeal in whose jurisdiction the award was given. This action is admissible as soon as the award has been given; it will cease to be admissible if this right has not been exercised within the month of the service of the award declared enforceable.

⁴¹⁷ FOUCHARD, Phillip; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Albert. *Ob. cit.*, p. 903

para intervir na arbitragem visando a esta questão, não importando se a arbitragem se desenrola na França ou não⁴¹⁸.

A premissa de que a Justiça Francesa só tem competência para anular sentenças arbitrais prolatadas na França consolidou-se de tal forma naquele País, que um pedido fora desta orientação pode levar sua parte autora a uma condenação por ter movido um “procédure abusive”. No caso julgado pela Cour d’Appel de Paris em 18 de fevereiro de 1986⁴¹⁹, perante a qual o autor intentou anular uma sentença arbitral prolatada em Londres, o tribunal mencionado entendeu que o autor agiu de má-fé ao ajuizar uma ação anulatória perante um órgão judiciário que patentemente não se revestia da competência para tanto e, assim, deu publicidade a fatos e decisões que deveriam ter sido mantidas confidenciais.

Por fim, vale mencionar que qualquer dos remédios jurídicos tratados neste item pode recair sobre apenas parte da sentença, sendo necessário tão somente que a parte impugnada seja separável das demais.

A decisão da Cour d’Appel acerca de qualquer dos remédios jurídicos pode ser objeto de recurso perante a Cour de Cassation francesa.

Apresenta-se, a seguir, quadro esquemático que tem o propósito metodológico de facilitar a sistematização dos diversos remédios jurídicos admissíveis na França contra uma sentença arbitral, conforme características da sentença e/ ou da arbitragem no âmbito da qual ela é prolatada.

⁴¹⁸ Article 1493. Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457.

Article 1493. Directly or by way of reference to a resolution by arbitration, the arbitration agreement may designate the arbitrator (s) or provide for the terms and conditions of their appointment. If, for arbitration proceedings held in France or those to which the parties have chosen to apply the French law of procedure, the convening of the arbitration tribunal encounters difficulties, the first mover may, unless otherwise agreed, bring his case to the president of the High Court of Paris according to the terms and conditions laid down under Article 1457.

⁴¹⁹ Caso Aïta v. Ojeh, publicado na Revue d' Arbitrage de 1986 p. 583.

Remédios jurídicos que podem ser apresentados contra uma sentença arbitral segundo o Direito Francês

Arbitragem doméstica ou internacional + Nacionalidade da sentença	Nome do remédio jurídico	Ordinário ou extraordinário (se aplicável)	Efeito suspensivo	Dispositivo legal
arbitragem doméstica e sentença doméstica	appel	ordinário	sim	1479 e 1483 CPC
	recours en annulation	ordinário	sim	1479 CPC
	recours en révision	extraordinário	não	1491 CPC
	tierce opposition	extraordinário	não	1481, alínea 2 CPC
sentença estrangeira*	appel contra a decisão que denega o reconhecimento ou execução	-	sim	1501 CPC
	appel contra a decisão que concede o reconhecimento ou execução	-	sim	1502 CPC
arbitragem internacional e sentença doméstica	recours en annulation	-	sim	1504 CPC

* Aqui não importa se a arbitragem é doméstica ou internacional; apenas a o carácter alienígena da sentença é relevante. Nas palavras de Sophie Crépin: “Cette voie de recours s’applique aux sentences rendues à l’étranger, aussi bien en matière interne qu’internationale.” (grifamos). CRÉPIN, Sophie. *Ob. cit.*, nº 206, p. 262.

2. A APLICAÇÃO ERRÔNEA, PELO ÁRBITRO, DO DIREITO BRASILEIRO AO MÉRITO DO LITÍGIO

“Justice or Finality? Correctness or legal certainty?”

(Pierre Lalive)⁴²⁰

2.1. Introdução

Desde 1996, o Brasil tem experimentado formidável desenvolvimento na seara dos métodos extrajudiciais de resolução de disputas. Em 23 de setembro do referido ano, foi promulgada a Lei nº 9.307, que dispõe sobre a arbitragem e que tirou nosso País do lamentável ocaso em que se encontrava desde a promulgação do Decreto nº 3.900, de 1867⁴²¹. No dizer de Luiz Olavo Baptista, a concepção reinante antes da promulgação referida lei era “a de tratar a arbitragem como enteada, verdadeira ‘gata borralheira’, sem acesso ao príncipe e sem fada madrinha.”⁴²²

A Lei nº 9.307/96 (doravante, “LARb”), em seu artigo 34, parágrafo único⁴²³, traz o conceito de “sentença arbitral estrangeira”, de forma que é estipulada uma clara distinção entre laudos domésticos (ou internos ou nacionais) e os alienígenas. Para o Direito Pátrio, basta que o laudo arbitral tenha sido emitido nos limites do território nacional, para ser classificado como interno, doméstico ou nacional. O que for diferente disto será um laudo arbitral estrangeiro. É de se notar que tal diferenciação também influencia os remédios jurídicos cabíveis, no Brasil, contra uma e outra decisão emanada do juízo arbitral.

Conforme veremos mais detidamente adiante, o remédio jurídico por excelência contra a sentença arbitral doméstica é a ação judicial de anulação. Já contra a sentença estrangeira, a única medida de que uma parte pode lançar mão é invocar, perante o Superior Tribunal de Justiça, um dos motivos que ensejam a recusa à homologação da referida sentença, sendo certo que alguns destes motivos podem (e devem) ser aferidos *ex officio* pelo referido tribunal, como verificaremos mais adiante.

⁴²⁰ LALIVE, Pierre. Absolute Finality of Arbitral Awards? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.5, v. 19, out.-dez. 2008, p. 71.

⁴²¹ Acerca do referido Decreto, vide sucinta digressão constante da nota de rodapé nº 2 da Introdução da presente tese.

⁴²² BAPTISTA, Luiz Olavo. Notas sobre Homologação de Laudos Arbitrais Estrangeiros em Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 71, v. 556, fev. 1982, p. 269.

⁴²³ Artigo 34. (...)

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional

Sobre a homologação de laudos arbitrais estrangeiros em nosso País, digna de nota é a ratificação pelo Brasil, com lamentáveis 44 (quarenta e quatro) anos de atraso⁴²⁴, da Convenção de Nova Iorque⁴²⁵.

Tendo em vista o exposto, justifica-se tratar separadamente os remédios jurídicos cabíveis no Brasil contra a sentença arbitral doméstica e a estrangeira. No que tange, porém, ao objeto mesmo da presente tese (qual seja, a aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito Brasileiro ao mérito da arbitragem) a análise será empreendida indistintamente da nacionalidade do laudo arbitral, tendo em vista que a solução proposta será basicamente a mesma para um e outro caso.

2.2 Sentenças Arbitrais Domésticas

Conforme mencionado adrede, o remédio jurídico por excelência para se impugnar uma sentença doméstica no Brasil é a ação judicial de anulação, prevista nos artigos 32 e 33 da LArb, que será objeto de análise no item 2.II.1 *infra*.

Algum tempo após a promulgação da referida lei, inaugurou-se discussão acerca do cabimento de ação rescisória⁴²⁶ em face de sentença arbitral doméstica. Hoje, tal discussão encontra-se superada, tanto doutrinariamente⁴²⁷, quanto na esfera jurisprudencial. Conforme bem apontou a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 18 de maio de

⁴²⁴ A Convenção de Nova Iorque entrou em vigor em nosso País em 24 de julho de 2002, data da publicação no Diário Oficial do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, após ter sido aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 52, de 25 de abril de 2002.

⁴²⁵ Logo após a ratificação da Convenção de Nova Iorque, discutiu-se se ainda seria realmente necessário homologar no Brasil as sentenças arbitrais estrangeiras. À época, tivemos a oportunidade de examinar o tema e concluímos pela necessidade de homologação. Vide VERÇOSA, Fabiane. A (Des?) Necessidade de Homologação de Laudos Arbitrais Estrangeiros após a entrada em vigor, no Brasil, da Convenção de Nova Iorque. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 372, p. 87-100, mar.-abr. 2004. O mesmo texto foi publicado também em: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 131, p. 214-229, jul.-set. 2003; *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, nº 22, p. 382-402, out.-dez. 2003 e *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 73-96, jan.-mar. 2003. Para opiniões contrárias à necessidade de homologação, vide MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 740, p. 116-127, jun. 1997 e GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (org.). *Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias*. São Paulo: Quartier Latin, p. 217-235, 2007.

⁴²⁶ Não é demais lembrar que, em se tratando de ação rescisória, há uma hipótese que expressamente autoriza seu ajuizamento em face de violação literal de lei. Trata-se do artigo 485, inciso V do CPC:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)

V - violar literal disposição de lei; (...)

Mesmo diante desta possibilidade expressa, cumpre ressaltar que ela só é admitida mediante certas condições. Para comentários a este dispositivo, vide THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 618-619.

⁴²⁷ “Destarte, entende-se não caber a ação rescisória de sentença proferida em sede arbitral (...)”. PEREIRA, Ana Lucia. Considerações sobre a possibilidade da ação rescisória na sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 5, n. 17, abr.-jun. 2008, p. 90. “Contudo, seria cômodo ao legislador, se assim desejasse, ter remetido a desconstituição da sentença arbitral às regras dos arts. 485 e ss. do CPC. Não o fazendo, é de se entender que excluiu o cabimento da rescisória. YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Anulatória de Julgamento Arbitral e Ação Rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 2, n. 5, abr.-jun. 2005, p. 96.

2005⁴²⁸, a ação anulatória consiste em “verdadeira ação rescisória, com peculiaridades próprias”, não havendo que se falar em propositura de ação rescisória contra o laudo arbitral.

Por outro lado, uma outra medida há contra a sentença arbitral doméstica (desde que esta seja condenatória), distinta da ação anulatória. Havendo execução judicial do referido laudo e tendo decorrido *in albis* o prazo para propositura da ação anulatória, cabe ainda ao executado apresentar - no prazo de 15 (quinze) dias fixado no § 1º do artigo 475-J⁴²⁹ - impugnação (antigos embargos do devedor⁴³⁰) com fulcro em uma das hipóteses arroladas no artigo 475-L do Código de Processo Civil⁴³¹ (as quais eram elencadas no artigo 741 do CPC antes da reforma implementada pela Lei nº 11.232/2005). Como bem aponta Carlos Alberto Carmona, caso a apresentação da impugnação, em sede de execução, ocorra antes do término do prazo para a ação anulatória, poderá o executado invocar, além dos incisos do artigo 475-L do CPC, os fundamentos de anulação previstos no artigo 32 da LArb. Explica o professor da USP que, neste caso, os motivos (de impugnação ou de anulação) poderão ser apresentados numa mesma oportunidade, mas o resultado variará conforme o fundamento invocado. Assim, poderemos ter anulação da sentença arbitral ou extinção da execução, conforme o fundamento invocado^{432 433}.

⁴²⁸ Apelação Cível nº 492.234-9, Rel. Des. Nilo Lacerda.

⁴²⁹ Artigo 475-J. (...)

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

⁴³⁰ Artigo 33. (...)

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

⁴³¹ Artigo 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

⁴³² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 429-431. Marcus Vinicius Tenorio da Costa Fernandes e Rodrigo Bernardes Braga compartilham da opinião de que as hipóteses de anulação da sentença arbitral somente podem ser invocados, em sede de impugnação, antes do decurso do prazo para a propositura da ação anulatória. Vide FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da Sentença Arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 84 e BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 203-204.

⁴³³ Luis Fernando Guerrero, por sua vez, esposa o entendimento de que cabe invocar, na impugnação, os motivos de nulidade arrolados no artigo 32 da LArb mesmo após o decurso do prazo da ação anulatória. Segundo o autor, a única condição é que tais motivos não tenham sido anteriormente deduzidos em sede de ação de anulação. GUERRERO, Luis Fernando. Cumprimento da Sentença Arbitral e a Lei nº 11.232/2005. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 4, n. 15, abr.-jun. 2007, p. 114-115. Felipe Sripes Wladeck declara perfilhar-se à chamada “corrente ampliativa” e chega a uma conclusão similar à de Guerrero. WLADECK, Felipe Sripes. Sobre o pleito de anulação da sentença arbitral nacional em sede de execução. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.5, n. 16, jan.-mar. 2008, p. 104. Com a devida vênia aos autores, parece-nos mais consentânea com o espírito da LArb a opinião de que os motivos de nulidade só podem ser invocados (sejam na ação própria ou na impugnação) no prazo previsto no artigo 33, § 1º. De outra forma, estaria o legislador incentivando a parte vencida na arbitragem a quedar-se inerte até o momento de apresentação da impugnação (em vez de ajuizar a ação de anulação no prazo acima referido) e, assim, promovendo a insegurança jurídica.

De toda sorte, apenas excepcionalmente (a saber, ainda no decorrer do prazo para a ação anulatória) poderia a parte interessada lançar mão da impugnação para combater a hipótese de que trata a presente tese (*i.e.*, a aplicação errônea do Direito Brasileiro pelo árbitro), razão pela qual não nos deteremos mais na análise deste remédio jurídico e passaremos a analisar a ação anulatória.

Por fim, cumpre apenas fazermos brevíssima menção ao mecanismo disposto no artigo 30 da LArb⁴³⁴, que consiste em mero pedido de esclarecimentos – dirigido ao órgão *ad quo*, qual seja o(s) próprio(s) árbitro(s) – e visa à correção de eventuais erros materiais, omissões, contradições ou obscuridades da decisão. O referido mecanismo, semelhante aos embargos de declaração da esfera judicial, não interessa à presente tese, razão pela qual não será analisado nas próximas páginas.

2.2.1 Ação Judicial de Decretação da Nulidade da Sentença Arbitral

Antes de ingressarmos no exame mesmo da referida ação e das hipóteses que a ensejam, cumpre dedicar algumas palavras à sua terminologia: seria apropriado falar-se em “decretação de *nulidade* da sentença arbitral”? Este termo tem sido objeto de críticas pela doutrina⁴³⁵, uma vez que muitas das hipóteses arroladas no artigo 32 são, a rigor, causas de *anulabilidade* e não, de nulidade da sentença.

O dispositivo da LArb que franqueia o ajuizamento da referida ação é o artigo 33, a seguir transcrito:

Artigo 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

⁴³⁴ Artigo 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

⁴³⁵ Cite-se, dentre todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La nuova legge brasiliana sull'arbitrato. *Rivista dell'Arbitrato*, Roma, v. 1, 1997, p. 13. *Apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Ob. cit.*, p. 398.

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;
 II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.
 § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

O Poder Judiciário competente para apreciar a demanda anulatória é o do local onde a sentença arbitral foi exarada. Assim, a Justiça Brasileira somente pode ser instada a se manifestar sobre a alegada nulidade de um laudo arbitral, caso ele tenha sido proferido no Brasil. O magistrado brasileiro é, portanto, incompetente para apreciar uma ação de nulidade de uma sentença estrangeira⁴³⁶.

Conforme disposto no § 1º do dispositivo acima transcrito, a ação deve ser ajuizada em até 90 (noventa) dias do recebimento na notificação do laudo arbitral ou do seu aditamento, conforme o caso. Vale dizer que a doutrina é uníssona em afirmar que trata-se de prazo decadencial⁴³⁷, não podendo ser interrompido nem suspenso.

Não é dada às partes no Brasil a faculdade de excluir, por mútuo acordo, a propositura da ação anulatória, sendo nulo qualquer pacto neste sentido.

Os motivos que ensejam a propositura da ação de nulidade são arrolados no artigo 32 da LArb, conforme segue:

Artigo 32. É nula a sentença arbitral se:
 I - for nulo o compromisso;
 II - emanou de quem não podia ser árbitro;
 III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
 IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
 V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
 VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
 VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
 VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

O rol acima disposto é, a princípio, *numerus clausus*, de forma que, *a priori*, não caberia invocar nenhuma outra hipótese com o fito de se anular uma sentença arbitral

⁴³⁶ Sobre o assunto, cumpre transcrever a observação de Maurício Gomm Ferreira dos Santos: “merece registro a decisão proferida pelo judiciário brasileiro na ação declaratória de nulidade de sentença arbitral estrangeira parcial proferida em Nova Iorque (EUA). Fazendo referência a outro caso decidido anteriormente envolvendo as mesmas partes cujo princípio da autonomia da vontade e da jurisdição do tribunal arbitral, de acordo com as regras da CCI, já haviam sido confirmados, decidiu-se que a autoridade competente para apreciar tal solicitação teria de ser a corte norte-americana”. SANTOS, Maurício Gomm Ferreira dos. A Situação dos Países da América Latina no que tange à Lei Aplicável ao Mérito do Litígio submetido a uma Arbitragem Comercial Internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 1, n.2, mai.-ago. 2004, p. 108. Os dois casos citados por Gomm foram julgados pela 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo e consistem no AgIn nº 285.411-4/0 e AgIn nº 132.793-4/0, respectivamente.

⁴³⁷ Vide CARMONA, Carlos Alberto. *Ob. cit.*, p. 426; MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 331; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 192 e BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Ob. cit.*, p. 199.

doméstica (como, por exemplo, a aplicação errônea do Direito Brasileiro ao mérito da controvérsia).

Doutrinadores pátrios, contudo, têm enxergado no artigo 32 uma hipótese não-escrita de nulidade do laudo arbitral nacional, a qual estaria implicitamente incluída no elenco (aparentemente) taxativo do referido preceito legal: trata-se da ofensa à ordem pública, a qual será analisada a seguir.

2.2.2 Anulação da Sentença Arbitral Doméstica Pelo Poder Judiciário Brasileiro por Ofensa à Ordem Pública

Compulsando-se diversas obras doutrinárias brasileiras sobre Arbitragem, constata-se que são não são muitos os autores que se debruçam sobre este tema, visto que a maioria restringe-se a afirmar categoricamente que o elenco do artigo 32 da LArb é fechado e definitivo. Entretanto, alguns doutrinadores pátrios debruçam-se sobre este relevante assunto e concluem, em linhas gerais, que:

- (i) o legislador brasileiro optou por não incluir expressamente no artigo 32 um inciso específico sobre a ofensa à ordem pública brasileira, a fim de não alargar despropositada e exageradamente o número de ações anulatórias a serem ajuizadas por partes insatisfeitas com o resultado da arbitragem;
- (ii) tal omissão legislativa, contudo, não significa que tal hipótese de anulação não seja cabível, uma vez que ela resta implícita ao rol do artigo 32; e
- (iii) corresponderia a verdadeiro contrassenso inadmitir a anulação de um laudo arbitral *doméstico* que ofende a ordem pública brasileira (do país em que ele foi prolatado, enfim) e denegar a homologação de um laudo arbitral *estrangeiro* que ofenda a ordem pública do mesmo País. Estar-se-ia admitindo que o legislador brasileiro é incoerente e paradoxal, o que não é razoável.

Dentre os autores brasileiros que se perfilham a este entendimento – o qual reputamos absolutamente adequado e consentâneo com o sistema de arbitragem instaurado no Brasil – podemos citar os seguintes doutrinadores, que guardam entre si apenas pequenas variações de

opinião: Carlos Alberto Carmona⁴³⁸, Pedro Batista Martins⁴³⁹, Ricardo Ramalho Almeida⁴⁴⁰, João Bosco Lee⁴⁴¹, Clávio Valença Filho⁴⁴² e Beat Walter Rechtsteiner⁴⁴³.

Por oportuno, vale transcrever as oportunas palavras de Jacob Dolinger⁴⁴⁴ acerca da desnecessidade de expressa menção legal à ordem pública em um Diploma legislativo:

[N]ão há necessidade de explicitar a ordem pública. Esta, no plano do direito interno, pode permanecer oculta, irrelutada, no anonimato. Sua vigilância é uma questão tão manifesta, tão integrante do sistema jurídico que o legislador não precisa preocupar-se em manifestá-la expressamente.

Finalmente, um último esclarecimento faz-se necessário sobre o assunto. Reconhecendo-se a concepção una e indivisível da ordem pública elucidada por Jacob Dolinger⁴⁴⁵, permitimo-nos concluir que a ordem pública que tem o condão de anular, no Brasil, uma sentença arbitral doméstica insere-se no primeiro nível, que tem aplicação no direito interno.

2.3 Sentença Arbitral Estrangeira

No Brasil, a exemplo do que ocorre com as sentenças judiciais alienígenas, as sentenças arbitrais proferidas no exterior precisam ser submetidas ao Poder Judiciário⁴⁴⁶ para

⁴³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Ob. cit.*, p. 417-418. Vale dizer que o autor já professava este entendimento na segunda edição da referida obra, p. 334-335.

⁴³⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. *Ob. cit.*, p. 319.

⁴⁴⁰ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 265-272. e, do mesmo autor: A Anulação de Sentenças Arbitrais e a Ordem Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 3, n. 9, abr.-jun. 2006, p. 266-271.

⁴⁴¹ LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 206-207.

⁴⁴² VALENÇA FILHO, Clávio. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 163-164.

⁴⁴³ RECHTSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática*. São Paulo: RT, 1997, p. 93.

⁴⁴⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 401.

⁴⁴⁵ O Prof. Dolinger explica que a ordem pública é una e indivisível, com aplicação em três níveis. O primeiro nível funciona no plano do direito interno para garantir o *império de determinadas regras jurídicas*, impedindo, por exemplo, que a observância de algumas destas regras seja derogada pela vontade das partes. O segundo nível impede a aplicação de leis estrangeiras indicadas pelas regras de conexão do Direito Internacional Privado (“DIPri”) - dentre as quais inclui-se a *lex voluntatis* -, quando ofensivas aos princípios básicos da ordem jurídica do foro. Já o terceiro nível refere-se ao não-reconhecimento de direitos adquiridos no exterior. *Idem, ibidem*, p. 398-400.

⁴⁴⁶ Atualmente, o tribunal competente para a ação de homologação de sentenças judiciais estrangeiras é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), competência que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual foi subtraída do Supremo Tribunal Federal (STF). A rigor, a competência para apreciar a homologação é o Presidente do STJ; apenas passará à Corte Especial do referido Tribunal se o pedido

que se verifique, após o deslinde de procedimento homologatório, se é possível conceder eficácia a tais sentenças em nosso País. Conforme figura empregada por Luiz Olavo Baptista⁴⁴⁷:

A recepção de sentença estrangeira em um sistema jurídico pode ser comparada a uma reação imunológica das descritas pelas ciências biológicas. Qualquer organismo animal dispõe de meios de defesa contra organismos estranhos, inclusive órgãos transplantados de outro indivíduo. Entretanto, há casos em que se consegue compatibilidade entre o órgão transplantado e o organismo receptor, não deixando de ter importância o procedimento adotado para efetuar o transplante. É o que se procura fazer com o processo de homologação de sentença estrangeira.

O Capítulo VI da LArb é o que dispõe sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras⁴⁴⁸, sendo que o artigo 38⁴⁴⁹ enumera as hipóteses que podem levar à recusa da homologação, desde que devidamente comprovados pela parte requerida. Já o artigo 39⁴⁵⁰ prevê os motivos de denegação que devem ser aferidos *ex officio* pelo STJ.

de homologação for contestado. Neste sentido, vide os artigos 2º e 9º, § 1º da Resolução nº 9, do STJ, de 04 de maio de 2005:

Artigo 2º É atribuição do Presidente homologar sentenças estrangeiras e conceder exequatur a cartas rogatórias, ressalvado o disposto no artigo 9º desta Resolução.

Artigo 9º (...)

§ 1º Havendo contestação à homologação de sentença estrangeira, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo.

⁴⁴⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo; LATORRE, Milton. Observações Práticas sobre a Homologação de Sentenças e de Laudos Arbitrais Estrangeiros no Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 77, v. 276, dez. 1981, p. 311.

⁴⁴⁸ Discute-se no Brasil se as hipóteses que devem ser invocadas como óbice à homologação são as previstas na NYC ou as da LArb, já que aquela foi ratificada no Brasil após a entrada em vigor da lei interna. Pelo regra *lex posteriori derogat priori*, albergada pelo STF no RE nº 80004, argumenta-se que o diploma que hoje rege a homologação no Brasil é a NYC e não, a LArb. Passaremos ao largo desta discussão doutrinária, por ser ela desimportante para o deslinde da questão proposta na presente tese. Sobre o assunto, vide LEE, João Bosco. A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 180-188.

⁴⁴⁹ Artigo 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.

⁴⁵⁰ Artigo 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

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

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Analisando-se a LArb, podemos asseverar que, uma vez atendidos os requisitos do artigo 37⁴⁵¹, a regra é a concessão da homologação às sentenças arbitrais estrangeiras que são submetidas ao crivo do STJ; apenas se restar comprovada alguma hipótese do artigo 38 ou se o tribunal constatar, no laudo arbitral, alguma causa impeditiva constante do artigo 39, será denegada a homologação.

De todos os óbices ao reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira que constam da LArb, o que interessa à presente tese é elencado no artigo 39, inciso II, a seguir examinado.

Esclareça-se, por oportuno, que não se pretende, nestas notas, efetuar um profundo estudo sobre a violação à ordem pública como causa impeditiva à homologação de um laudo arbitral estrangeiro no Brasil. Ao revés, analisaremos apenas aqueles aspectos que podem ser de valia para a presente tese.

2.3.1 Denegação da Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira por Ofensa à Ordem Pública

Tal qual acontece em todos os 7 (sete) países estrangeiros examinados na presente tese, no Brasil a ofensa à ordem pública constitui obstáculo ao reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira. Trata-se de verdadeira cláusula de escape, cuja comprovação pela parte requerida é desnecessária, já que ela pode e (deve) ser aferida de ofício pelo STJ. É de se notar que a redação do artigo 39, inciso II é bem similar ao texto do artigo V, nº 2, alínea *b*⁴⁵². Cumpre ressaltar, contudo, que aquilo que é compreendido como “ordem pública” varia significativamente de país para país⁴⁵³ e é por isso que nenhuma Convenção

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.

⁴⁵¹ Artigo 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

- I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;
- II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

⁴⁵² 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: (...)

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

⁴⁵³ Nas palavras de M.I.M Aboul-Enein: “Public policy is a key issue in international arbitration because it may be different from one state to another.” ABOUL-ENEIN, M.I.M.. The New York Convention of 1958 on the

Internacional poderia ousar em tentar uniformizar o que se deve entender por “ordem pública” nos seus Estados-membros.

Ao tratar, na LArb, desta causa de recusa à homologação, o legislador brasileiro curiosamente asseverou que o reconhecimento seria denegado caso o tribunal estatal constataste que “a decisão ofende a ordem pública *nacional*” (grifamos). Entre os doutrinadores pátrios, passou-se a discutir em que consiste, afinal, o termo adotado no inciso II do artigo 39 da LArb, celeuma que passaremos a examinar brevemente agora.

Se não é tarefa simples perquirir o que o legislador tinha em mente ao referir-se à “ordem pública nacional”, podemos iniciar deduzindo o que ele certamente *não* tinha em mente. Com a máxima vênua ao autor, acreditamos ser inexato o comentário de José de Albuquerque Rocha à expressão *supra*. Aduz o autor⁴⁵⁴:

Em sentido muito amplo, por ordem pública nacional devemos entender o conjunto de princípios e valores fundamentais, tanto de ordem material como processual, *consagrados na Constituição*. Logo, *é a partir da Constituição que devemos estabelecer o que é ordem pública*. Assim, o dispositivo em exame tem uma evidente natureza protetora desses princípios e valores constitucionais que são essenciais à sociedade

Com as devidas escusas ao autor, a ordem pública não se reduz meramente ao que se encerra em um texto legal, ainda que o referido texto seja a Constituição de um Estado⁴⁵⁵. Conforme elucida Jacob Dolinger⁴⁵⁶, a principal característica da ordem pública é justamente sua indefinição. Prossegue o professor da UERJ⁴⁵⁷:

Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído. *Mas, em nenhum instrumento legal encontramos formulado o que vem a ser o básico na filosofia, na política, na moral e na economia de um país*. (grifamos)

Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: what needs to be done for the future. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.5, n. 18, jul.-set. 2008, p. 104.

⁴⁵⁴ ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem. Uma Avaliação Crítica*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 129.

⁴⁵⁵ Sobre este ponto, alguém poderia invocar o artigo 4º do Código Bustamante, que dispõe o seguinte:

Artigo 4º. Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional.

Ora, é de se notar que o Código Bustamante preceitua que os dispositivos que compõem a Constituição de um Estado são de ordem pública internacional. Com base neste artigo, poderíamos, inclusive, argumentar, com Jacob Dolinger, que a aplicação de uma lei estrangeira que contrarie a Constituição Brasileira seria ofensiva à ordem pública, de forma que sua aplicação no Brasil restaria afastada. DOLINGER, Jacob. Aplicação, prova e interpretação do direito estrangeiro: um estudo comparado de direito internacional privado. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 5, mai.-ago. 1996, p. 48. Sem embargo, o que o artigo 4º do Código Bustamante certamente *não* estabelece é que a ordem pública internacional restringe-se aos preceitos constitucionais. Ou antes: asseverar que os artigos da Constituição são de ordem pública é bem diferente de afirmar que a ordem pública limita-se tão somente ao que está na Constituição.

⁴⁵⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado... Ob. cit.*, p. 386.

⁴⁵⁷ *Idem, ibidem, p. cit.*

Feito este esclarecimento inicial, é de se questionar acerca de qual ordem pública cuida o artigo 39, inciso II da LArb. Indubitavelmente, trata-se da ordem pública brasileira⁴⁵⁸. Entretanto, apenas isto não basta para qualificar, toda a sua inteireza, a ordem pública prevista no referido preceito legal.

A significativa maioria dos doutrinadores que se debruçam sobre esta matéria assevera que se trata da “ordem pública internacional”⁴⁵⁹ 460 461.

Jacob Dolinger⁴⁶², por sua vez, assevera que “[a] pesar de tratada na literatura do direito internacional privado como ‘ordem pública internacional’, na realidade ela é *essencialmente interna, de caráter nacional*.” (grifamos)

Ademais, João Bosco Lee⁴⁶³ é categórico, ao afirmar que “o direito brasileiro desconhece a diferença entre ordem pública nacional e ordem pública internacional.”

Adotando-se a já mencionada concepção una e indivisível da ordem pública adotada pelo Prof. Dolinger, poderíamos concluir que estamos diante do terceiro nível da ordem pública brasileira. Afinal, ao tratar do terceiro plano da ordem pública (que impede o reconhecimento de direitos adquiridos no exterior), ele assevera que “determinadas sentenças estrangeiras não merecerão a homologação por conterem dispositivo tão chocante à nossa

⁴⁵⁸ Ricardo Almeida relata certa discussão doutrinária acerca do termo “nacional” constante do dispositivo acima citado. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A Exceção de Ofensa à Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 153-154.

⁴⁵⁹ Vide MARTINS, Pedro Batista. *Ob. cit.*, p. 399; GASPARG, Renata Alvares. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 202; e ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública... Ob. cit.*, p. 279. O último autor faz importante digressão sobre a expressão “ordem pública internacional”, asseverando que mais apropriado seria dizer “ordem pública no sentido próprio do direito internacional privado”.

⁴⁶⁰ Rodrigo Bernardes Braga parece perfilhar-se ao entendimento de o plano da ordem pública referido no artigo 39, inciso II da LArb é o internacional, mas tece um comentário curioso, *in verbis*: “advogamos que a interpretação a ser dada ao conceito de ordem pública nacional para esse propósito *deve ser mais abrangente, e não estrita* – como expressão de uma ordem local, doméstica, que traduza valores estritamente locais ou nacionalistas.” BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Ob. cit.*, p. 231. *Data maxima venia*, mas parece-nos que seja exatamente o contrário: à medida em que se passa de um plano a outro da ordem pública (interno→internacional→transnacional), sua concepção vai ficando cada vez mais restrita. Ora, a o plano internacional da ordem pública é mais limitado que o plano interno. Sobre este tema, vide o item 1.VII.4, que examinou o tratamento desta questão na República Francesa.

⁴⁶¹ Cláudio Valença Filho, por seu turno, tece severas críticas à expressão “ordem pública internacional”, *in verbis*: “Essa redução de intensidade do choque causado pela introdução ou permanência de uma determinada sentença arbitral no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com a distância da situação fática regulada na sentença, em face do nosso ordenamento jurídico, tomado como ponto de referência, chama-se *efeito atenuado da ordem pública, fenômeno que muitos insistem em designar como ordem pública internacional*. Assim, a mesma sentença capaz de indignar o brasileiro médio, se ocorrer em seu bairro ou cidade, será menos ultrajante se ocorrido entre estrangeiros ou habitantes de regiões longínquas”. (grifamos) VALENÇA FILHO, Cláudio. Poder Judiciário e Sentença Arbitral. Curitiba: Juruá, 2002, p. 127. Na França, contudo, Fouchard, Gaillard e Goldman parecem não concordar com o emprego da expressão “efeito atenuado da ordem pública na esfera da arbitragem internacional”, *in verbis*: “En revanche, même lorsqu’il s’agit d’apprécier si une sentence rendue à l’étranger peut être reconnue dans l’ordre juridique français, la notion d’effet atténué de l’ordre public n’a pas sa place dans le droit de l’arbitrage international (...).” FOUCHARD, Phillip; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Albert. *Traité de l’Arbitrage Commercial International*. Paris: Litec, 1996, P. 967-968. “Por outro lado, mesmo quando se trata de analisar se uma sentença proferida no exterior pode ser reconhecida na ordem jurídica francesa, a noção do efeito atenuado da ordem pública não tem lugar no Direito da Arbitragem Internacional.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

⁴⁶² DOLINGER, Jacob. *Ordem Pública Mundial: Ordem Pública Verdadeiramente Internacional no Direito Internacional Privado*. In: DOLINGER, Jacob. *Direito & Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 240.

⁴⁶³ LEE, João Bosco. A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira... *Ob. cit.*, p. 182.

ordem pública que não devam produzir efeitos em nossa sociedade”⁴⁶⁴. E prossegue o professor⁴⁶⁵, tecendo um comentário ao artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro:

Estas distinções sobre o recurso à exceção da ordem pública deve inspirar a interpretação do artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, que reza: “As leis, atos e sentenças, de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.” Nesta regra básica estão inseridas duas normas que correspondem aos dois níveis em que se aplica o princípio da ordem pública no plano do direito internacional privado. A primeira norma contida no dispositivo se refere às leis estrangeiras que, se chocantes à nossa ordem pública, não serão aplicadas no Brasil e a segunda norma se refere aos atos, sentenças e declarações de vontade que, quando já consumados no exterior, também não terão eficácia no Brasil se ofenderem nossa ordem pública, mas aí em grau mais grave do que na hipótese da aplicação das leis. (grifamos).

Em livro sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, Micaela Barros Barcelos Fernandes⁴⁶⁶ parece perfilhar-se ao entendimento de Dolinger, ao asseverar: “[n]o que tange ao objeto deste trabalho, a ordem pública impede o reconhecimento de direitos adquiridos no exterior, através de sentenças arbitrais, que não terão eficácia no Brasil.”

Revela-se oportuno mencionar que, em um de seus mais recentes trabalhos⁴⁶⁷, o Professor Titular de DIPri da UERJ parece rever sua posição, afirmando agora que a ordem pública que obsta o reconhecimento de sentenças estrangeiras no Brasil é a do segundo plano, *in verbis*:

Poder-se-ia admitir a classificação de um terceiro grau de ordem pública, com a finalidade de distingui-la daquelas que são geralmente conhecidas. Assim, identificar-se-ia por *primeiro grau* de ordem pública aquele de âmbito interno, que estabelece, v.g., a invalidade de cláusulas contratuais que firam princípios basilares do ordenamento jurídico; o *segundo grau* designaria a ordem pública de direito internacional privado, que é aquela que impede a aceitação de leis, atos e *decisões estrangeiras* contrárias à ordem pública interna e, conseqüentemente, produz efeitos no plano internacional. O *terceiro grau* de ordem pública é o que estabelece os princípios universais nos vários setores do direito internacional (...). (grifos nossos sublinhados)

De qualquer forma, incontestemente é que somente em hipóteses excepcionais a violação à ordem pública pode ser invocada pelo tribunal estatal (no caso, o STJ) com vistas à denegação à homologação de um laudo arbitral estrangeiro. Ela não se presta e nem pode ser

⁴⁶⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado... Ob. cit.*, p. 400.

⁴⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 400-401.

⁴⁶⁶ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. *Laudos Arbitrais Estrangeiros – Reconhecimento e execução: Teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 228.

⁴⁶⁷ DOLINGER, Jacob. *Ordem Pública Mundial... Ob. cit.*, p. 244.

usada como uma “saída mágica”, que está sempre à mão do juiz estatal para os casos em que não se encontre óbice na lei para recusar-lhe o reconhecimento.

Cumprir trazer à baila as palavras de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁴⁶⁸ sobre este tema:

Com efeito, o juiz da homologação não afere a justiça ou a injustiça da sentença; a ele não importam eventuais erros de fato ou *de direito cometidos pelos árbitros no julgamento*, a boa ou a *má aplicação da lei – ainda que nacional - ao caso concreto* e, tampouco, o uso de normas processuais ou materiais diferentes das previstas no ordenamento brasileiro ou indicadas pelas regras pátrias de direito internacional privado. (...) Postulado decisivo na aplicação dessa cláusula é a interpretação restritiva que deve norteá-la. Nenhuma razão há para se adotar, em relação à objeção de ordem pública, postura diversa da assumida em relação às demais questões de mérito do processo homologatório. (grifamos)

De nossa parte, já tivemos a oportunidade de nos manifestar sobre a necessidade de se aplicar com prudência e temperança o óbice da violação à ordem pública, ao analisarmos a decisão prolatada pelo STJ nos autos da SEC nº 802. Naquela ocasião, asseveramos o seguinte⁴⁶⁹:

Ora, a ordem pública é muitas vezes utilizada como subterfúgio para justificar uma série de atitudes (...). Assim, a ordem pública acaba virando uma vala comum, onde se deposita todo tipo de argumento, não raro inconsistente (...). Tal conduta é terminantemente inaceitável. Não se pode admitir que a ordem pública seja invocada exagerada e indevidamente, sob pena de se vulgarizar e, conseqüentemente, se esvaziar o seu conteúdo. (...) Neste caso, o STJ comprovou que, por mais fluida e imprecisa que seja a ideia de ordem pública, ela não pode ser exageradamente alargada para além do razoável.

Tendo isto em mente, passaremos a analisar se a ofensa à ordem pública – seja em sede de homologação do laudo arbitral estrangeiro ou como fundamento não-escrito da ação anulatória da sentença arbitral doméstica – pode albergar a aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito Brasileiro ao mérito da controvérsia.

2.4 A aplicação errônea do Direito Brasileiro como ofensa à ordem pública, a ponto de ensejar, no Brasil, a anulação de uma sentença arbitral doméstica ou a recusa à homologação de uma sentença arbitral estrangeira?

⁴⁶⁸ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 206. Pedimos a devida vênica para respeitosamente discordar do autor no que tange ao trecho grifado na transcrição de sua obra, nos termos expostos no item 2.IV *infra*.

⁴⁶⁹ VERÇOSA, Fabiane. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. Comentário ao acórdão prolatado na SEC nº 802 pela Corte Especial do STJ, Rel. Min. José Delgado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 9, jan.-mar. 2006, p. 223 e 227.

Inauguremos este item com a análise de uma situação concreta cuja efetiva ocorrência reputamos como perfeitamente plausível no cotidiano dos que lidam com arbitragem em nosso País.

Imaginemos uma arbitragem internacional, com sede no exterior, envolvendo uma ou mais partes brasileiras, ocupando um ou mais pólos do procedimento arbitral, em que se elegeu o Direito Brasileiro para reger o mérito da controvérsia, sendo que o árbitro único – ou todos os membros do tribunal arbitral - era estrangeiro. A causa era patrocinada por escritórios estrangeiros, do país da sede da arbitragem, que representavam as partes de ambos os pólos – inclusive a(s) brasileira(s). A prova do Direito Brasileiro foi feita mediante o depoimento pessoal de *expert witnesses*, além das provas documentais produzidas pelas partes sobre este aspecto. Ao fim do procedimento arbitral, o laudo foi proferido no exterior pelo(s) árbitro(s) estrangeiro(s). A parte brasileira (ou uma das partes brasileiras) foi derrotada e condenada a pagar certo montante à parte vencedora. Como a parte vencida somente tinha bens no Brasil, a execução em nosso País.

Para o patrocínio da ação de homologação do laudo arbitral estrangeiro perante o Superior Tribunal de Justiça, foram contratados escritórios brasileiros pelas partes de um e de outro pólo. Qual não foi a surpresa do advogado brasileiro da parte sucumbente, ao constatar uma flagrante aplicação errônea, pelo(s) árbitro(s) estrangeiro(s), do Direito Brasileiro ao decidir(em) a questão, sobretudo em função das provas sobre a existência, conteúdo e vigência do Direito Pátrio produzidas pelas partes?

Diante de tal situação e, sobretudo, do atual estágio em que se encontram o DIPri e o instituto da arbitragem em nosso País, é de se indagar se o referido laudo merece ser provido de eficácia no Brasil ou se o STJ deve negar-lhe a homologação, com esteio no argumento da ofensa à ordem pública.

Aduza-se que, aos olhos do leitor, a hipótese acima pode parecer mais patente ou flagrante, mas algo bem similar também é factível de ocorrer se estivermos diante de um laudo arbitral doméstico. Ora, em uma sentença arbitral proferida no Brasil pode-se vislumbrar perfeitamente que o(s) árbitro(s) – estrangeiro(s) ou não – pode aplicar erroneamente o Direito Brasileiro ao julgar o mérito do litígio. Daí decorre a inevitável indagação: pode o referido laudo doméstico ser anulado pelo Poder Judiciário Brasileiro com fulcro no fundamento (não-escrito e implícito ao artigo 32 da LArb) na ofensa à ordem pública?

Como asseveramos na Introdução da presente tese, o Direito Internacional e, em especial, o DIPri vem experimentando situações que, até pouco tempo, seriam impensáveis

para nossos mais célebres doutrinadores. O mesmo vindo sendo observado em relação à arbitragem no Brasil. É com o intuito de contribuir para a solução de problemas como o acima exposto que se redigiu a presente tese.

Conforme mencionado no item 2.III.1 *supra*, a ordem pública é uma válvula de escape, que não pode nem deve ser empregada exageradamente, sob pena de se vulgarizar e de perder sua força. Entretanto, propugnamos que momentos há em que seu acirramento pode conduzir a injustiças e a se cometerem equívocos, em nome da insofismável proteção à segurança jurídica que o “caráter final” de que se reveste, a princípio, a sentença arbitral. Tudo em nome do chamado “risco da arbitragem” que as partes assumiram correr, quando da pactuação da convenção da arbitragem⁴⁷⁰.

Parece-nos, contudo, que é próprio da evolução da arbitragem reconhecer novas situações, reputadas como absolutamente excepcionais, em que o caráter final da arbitragem e a segurança jurídica daí decorrente seja realocada a segundo plano, a fim de não se permitir que prevaleçam decisões arbitrais que fulminem o que existe de mais caro no Direito de uma nação.

Ainda mais quanto se tem em vista que, ao menos no Brasil, o número de casos submetidos ao juízo arbitral vem (felizmente) crescendo de modo notável – o que por via de consequência também faz recrudescer, lamentavelmente, o número de sentenças arbitrais em que se verificam problemas – dos quais a aplicação errônea do Direito Brasileiro ao mérito da arbitragem é apenas um exemplo.

Pierre Lalive⁴⁷¹, compartilhando conosco sua vasta experiência como árbitro e professor de arbitragem na Suíça, relata:

When we look at contemporary practice and have a chance of reading recent awards (and Court decisions), *one cannot help wondering whether that restrictive attitude, that great favour or trust granted to international arbitrators in “ordinary international commercial arbitration” has perhaps, on occasions, not been carried too far in some national systems. (...) [O]ne may well doubt that the judicial practice of States will or should always accept to “close its eyes” and to recognize and enforce some (manifestly) erroneous, ill-conceived and badly motivated Awards (...). As far as I can see, the number of such poorly reasoned and possibly erroneous awards (but not, let us hope, their proportion of the whole!) appears to*

⁴⁷⁰ Nas palavras de Pierre Lalive: “They have decided to resort to international arbitration (rather than to a judicial decision) of a potential dispute; and this for a variety of rather well-known reasons (including the possibility of choosing the arbitrators and the procedure, including also, presumably, confidentiality, and perhaps mainly in order to save time, to be able to ‘turn the page’ over their differences and quarrels so that they can resume their normal commercial relations. In other words, in the exercise of their autonomy of the will, they have deliberately assumed the so-called *arbitration risk*. Should they, then, be allowed to go back on their common consent and repudiate their choice when an award has been rendered, because one party (or, on more exceptional occasions, both parties) is so dissatisfied that resort to State justice and setting aside proceedings appear to be the desirable solution?” (grifos no original). LALIVE, Pierre. *Ob. cit.*, p. 71.

⁴⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 80.

have increased – perhaps inevitably with the expansion of international arbitration, and the increasing, and desirable, participation of countries and individuals having a limited experience and knowledge of international practice and “traditional” arbitral ethics. (grifos nossos)

Imbuído deste mesmo espírito, assevera Marco Deluigi⁴⁷²:

A extensão dos poderes do juiz estatal no controle de adequação da sentença arbitral estrangeira à ordem pública material é, pois, *objeto de uma grande incerteza doutrinária e jurisprudencial em direito comparado.* Adotar-se a concepção minimalista do controle é, contudo, *colocar em risco a eficácia da exceção de ordem pública.* (...) Vale ressaltar que não se trata de pregar uma revisão da sentença - até porque esse controle alargado deve continuar sendo a exceção e ser usado com parcimônia pelo juiz estatal, partindo sempre de uma presunção de validade da sentença arbitral – mas, simplesmente, tornar real e efetiva a opção legislativa feita pelos países signatários da Convenção de New York em manter um controle de adequação da sentença arbitral estrangeira à ordem pública material. Para concluir, como observa o ilustre Professor Goldman, o árbitro tem, é claro, “o direito de errar, e não é porque ele errou que se deve anular a sentença, *mas um erro de direito que cause uma contrariedade à ordem pública deve, sim, ser sancionado.* (grifamos)

Carlos Alberto Carmona⁴⁷³ também vislumbra a ocorrência do problema e aduz, ao comentar o rol aparentemente taxativo do artigo 32 da LArb:

A ação anulatória implantada em nosso sistema não se presta, bem se vê, a rever a justiça da decisão ou o fundo da controvérsia, mas apenas a desconstituir os efeitos da decisão arbitral por inobservância ou infração de matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica. (...) [S]ua taxatividade deve ser bem compreendida. (...) Espera o legislador, portanto, que todas as hipóteses de ofensa à ordem pública possam ser reduzidas ou reconduzidas a um dos incisos mencionados. *Nem sempre, porém, isto irá ocorrer: basta pensar na hipótese de os árbitros deixarem de aplicar corretamente uma lei que seja de ordem pública*⁴⁷⁴ (e que não esteja direta ou concretamente enquadrada na síntese proporcionada pelo art. 32 da Lei de Arbitragem) *para que se introduza elemento novo no problema, com o qual nossos tribunais ainda não tiveram oportunidade de lidar!* (grifos nossos)

Ricardo de Ramalho Almeida, por sua vez, assevera⁴⁷⁵:

⁴⁷² DELUIGGI, Marco. O Controle de Conformidade da Sentença Arbitral Estrangeira à Ordem Pública Material: a Contribuição da Experiência Francesa e Internacional para Prática Brasileira. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, a. 4, n. 20, out.-nov.dez. 2008, p. 31 e 36.

⁴⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. *Ob. cit.*, p. 412. Vale dizer que, na segunda edição desta sua obra, o autor já reconhecia esta possibilidade, p. 329-330.

⁴⁷⁴ Com a máxima vênia e consideração ao professor da USP, permitimo-nos fazer uma brevíssima observação ao termo “lei de ordem pública” adotado pelo autor no trecho acima. Para tanto, transcrevemos comentário de Clávio de Melo Valença Filho, que por sua vez invoca lição do Prof. Jacob Dolinger, *in verbis*: “As leis podem ser imperativas, mandamentais, cogentes ou de aplicabilidade imediata, jamais de ordem pública. Uma lei é imperativa, cogente ou mandamental quando não pode ser derogada pela simples vontade da parte. É de aplicabilidade imediata quando não tiver sua aplicabilidade afastada pela incidência de regra de conflito. Confunde-se, então, leis imperativas ou de aplicabilidade imediata com *leis de ordem pública*. Como bem adverte Jacob Dolinger em tese apresentada por ocasião do concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, *no momento em que se pretende que existem leis de ordem pública tem início o grande erro que leva a situações de perplexidade das quais não se consegue sair ileso.*” (grifos no original) VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Aspectos de Direito Internacional Privado na Arbitragem. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 275.

⁴⁷⁵ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública... Ob. cit.*, p. 268.

Entretanto, apesar desses ponderáveis argumentos, *é difícil aceitar que seja válida no Brasil e possa ter seus efeitos reconhecidos* – inclusive igualando-se, para todos os fins, até mesmo execução forçada, a uma sentença judicial transitada em julgado –, *eventual decisão arbitral que, aplicando direito brasileiro ou estrangeiro, resulte em uma incompatibilidade flagrante com algum aspecto fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, ou desconsidere totalmente eventual regramento imperativo determinado por lei ou pela Constituição e que seja aplicável à espécie controvertida*, de modo a tornar-se a sentença incompatível com um padrão mínimo de juridicidade, de acordo com as concepções nacionais prevalentes. (grifamos)

Todas as opiniões doutrinárias expostas acima robustecem nossa percepção de que, em algumas situações patentemente excepcionais, a ordem pública pode e deve ser invocada para se anular ou negar reconhecimento a uma sentença em que é verificada a aplicação errônea do Direito Brasileiro ao mérito da controvérsia. Este revela-se, a nosso ver, o único caminho para se prestigiar, em arbitragem, a justiça (a qual, em última análise, ao menos deveria ser a razão precípua do Direito!) em detrimento da segurança jurídica.

Parece-se que nosso País, que tanto já evoluiu na seara da arbitragem em apenas 14 (quatorze) anos incompletos de vigência da LArb, deveria juntar-se a tantos outros Países - muito mais experimentados em matéria de arbitragem, aliás, - que oferecem uma saída à parte que vivencia este tormentoso problema. Como se depreende da análise de Direito Comparado efetuada na presente tese, países com muito maior tradição e já sedimentados em arbitragem possuem, cada qual à sua maneira, um remédio jurídico para a hipótese da aplicação errônea, pelo árbitro, de seu Direito nacional do mérito da arbitragem, ao menos na seara dos laudos domésticos. É o caso de Estados Unidos da América, Reino Unido, Itália, Suíça e Áustria.

Embora sempre se assevere que o emprego desmedido da ordem pública pode colocar em risco a credibilidade da arbitragem, deve-se ter em mente também que privilegiar, a todo custo, o caráter final da sentença arbitral e o viés quase sacrossanto da absoluta impossibilidade de revisão de mérito pelo juiz estatal também pode originar consequências desastrosas para o instituto da arbitragem. Para citar apenas alguns exemplos, poderíamos mencionar apenas duas destas conseqüências: (i) promover um genuíno desestímulo a que as partes optem pela arbitragem (i.e. poucos são os contratantes que aceitarão correr o risco de, na sentença arbitral, verem aplicado de forma flagrantemente errônea o Direito que foi eleito para reger suas controvérsias (no caso, o Brasileiro) e não poderem fazer nada contra isto!); e (ii) o de não explorar, em todas as suas possibilidades, o medular argumento da ofensa à ordem pública.

Estamos cientes de que a posição ora defendida pode ser mal interpretada e – o que é ainda pior – ser invocada para se chancelarem abusos no manejo do argumento da violação à

ordem pública no contexto da arbitragem. Conforme expusemos adrede, deve-se rechaçar, a todo custo, o alargamento exagerado e descabido dos contornos da ordem pública, já que ele pode fatalmente levar ao seu indesejado esvaziamento, vulgarização e, enfim, enfraquecimento. O que se propugna é a utilização racional da ordem pública com o fito de se combater, em casos extremos, a aplicação errônea do Direito Pátrio ao mérito da arbitragem.

Destarte, sustentamos que a aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito Brasileiro ao fundo do litígio poderia conduzir, no Brasil, à anulação ou ao não-reconhecimento da sentença arbitral (se doméstica no primeiro caso ou se estrangeira, no segundo), desde que o *efetivo resultado* de tal aplicação errônea contrarie a ordem pública brasileira. Desta forma, somente caso se verifique que o *resultado concreto* de tal aplicação errônea vier a ofender, de forma flagrante, a ordem pública brasileira, teremos como resultado a anulação da sentença arbitral doméstica ou a denegação ao reconhecimento do laudo arbitral estrangeiro, conforme o caso.

Tal constatação, por óbvio, deve ser feita casuisticamente e com extremo zelo, a fim de que tal medida não se torne uma descabida e inoportuna ferramenta para partes descontentes com o laudo arbitral.⁴⁷⁶

Cumprе asseverar que o crivo do *resultado objetivo* oriundo da aplicação errônea do Direito Brasileiro ao mérito da arbitragem como ofensivo à ordem pública é consentâneo como o que vem sendo praticado em alguns Estados estrangeiros, como Itália⁴⁷⁷ e Áustria⁴⁷⁸ (países em que tal critério foi cotejado doutrinária e jurisprudencialmente) e na Suíça (conforme dispõe o artigo 17 da IPRG⁴⁷⁹).

Não se pode negar que está-se diante de verdadeiro desafio, ora confiado a nossos tribunais estatais: o de empregar, na exata medida, o critério do *efetivo resultado* da aplicação errônea do Direito Brasileiro ao mérito da arbitragem que contrarie de tal sorte a ordem pública brasileira, a ponto de ensejar a anulação da sentença arbitral doméstica ou a não-homologação do laudo arbitral alienígena. Se nossos magistrados lograrem fazer tal exame de forma correta e exígua como deles se espera, apenas o decurso do tempo revelará⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Justamente por consistir em uma medida a ser empregada com o máximo de cuidado e no caso-a-caso, permitimo-nos eximir-nos de vislumbrar, na presente tese, qualquer tipo de exemplo de resultado concreto que uma aplicação errônea do Direito Brasileiro ao fundo da arbitragem poderia desencadear. Seria temerário, nestas notas, ficar tecendo arquétipos de situações em que o resultado objetivo da errônea aplicação, pelo árbitro, do Direito Pátrio poderia efetivamente ferir a ordem pública brasileira.

⁴⁷⁷ Vide o item 1.IV.3.2.1.2 *supra* desta tese.

⁴⁷⁸ Vide o item 1.V.2.2.1 *supra* deste trabalho.

⁴⁷⁹ Vide o item 1.VI.3.2.1.1 *supra* da presente tese.

⁴⁸⁰ Por ora, seguimos indagando, como Marco Deluigi, quando abordou o controle de conformidade da sentença arbitral estrangeira à ordem pública material: “[s]erá que os juízes brasileiros responsáveis por esse controle

3. A (IM?)POSSIBILIDADE DE SE HOMOLOGAR, NO BRASIL, UMA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA ANULADA NO PAÍS DE SUA PROLAÇÃO EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO ERRÔNEA, PELO ÁRBITRO, DO DIREITO DO REFERIDO PAÍS AO MÉRITO DO LITÍGIO

“La croyance selon laquelle l’arbitragem puise la source de sa juridicité exclusivement dans l’ordre juridique du siège a pour conséquence immédiate de rendre impossible, dans tout autre ordre juridique, l’exécution de sentences annulées aus siège. Dans cette représentation, la situation est simple. Une sentence annulée au siège n’a pas plus d’existence légale. Elle ne peut donc être reconnue nulle part.”

(Emmanuel Gaillard)⁴⁸¹

3.1 Introdução

Preliminarmente, cumpre alertar que não se tenciona, neste capítulo, examinar com profusão o exuberante tema do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira anulada no país em que foi prolatada⁴⁸². O propósito destas brevíssimas notas é tão somente apontar se resta algum caminho à parte que deseja ver homologado, no Brasil, um laudo arbitral estrangeiro que tenha sido anulado pelo Poder Judiciário do País onde foi prolatado, com base na aplicação errônea do Direito de tal País ao mérito da arbitragem.

A hipótese que norteia neste capítulo é a seguinte:

terão a capacidade e a engenhosidade de saber dosá-lo, buscando a efetividade das sentenças arbitrais internacionais? Em outras palavras, será que os juízes vão compreender que esses poderes extensos têm por fito assegurar o desenvolvimento e a consolidação do instituto da arbitragem internacional no Brasil, e que a recusa de homologação deve ser considerada sempre a exceção à regra?” DELUIGGI, Marco. *Ob. cit.*, p. 37.

⁴⁸¹ GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 188. “A crença segundo a qual a arbitragem extrai a fonte de sua juridicidade exclusivamente da ordem jurídica da sede tem como consequência imediata tornar impossível, em qualquer outra ordem jurídica, a execução de sentenças anuladas na sede. Nesta ilustração, a situação é simples. Uma sentença anulada na sede não tem mais existência legal. Ela não pode, portanto, ser reconhecida em lugar nenhum.” [TRADUÇÃO LIVRE DA CANDIDATA]

⁴⁸² Para material sobre o assunto, vide SOLOMON, Dennis. *Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. Munique: Sellier, 2007. SPRECHER, Thomas. *Schiedssprüche zwischen Aufhebung und Vollstreckung*. Zurique: Schulthess, 2004. GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 188-199. BRAGHETTA, Adriana. *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: Visão a partir do Brasil* (tese de Doutorado). São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008. Da mesma autora, vide *A Importância da Sede da Arbitragem. Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. O Problema da Eficácia Extraterritorial do Laudo Arbitral Estrangeiro Anulado. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, p. 62-108, 2009. LEE, João Bosco. A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, p. 175-188, 2007.

Imaginemos um laudo arbitral que tenha sido proferido em qualquer dos Países examinados na presente tese que permite a anulação de uma sentença arbitral doméstica com base no argumento da aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito nacional daquele País ao fundo do litígio (cada um à sua maneira: Estados Unidos da América, Reino Unido, Itália, Suíça e Áustria). Suponhamos que a parte vencida tenha conseguido, perante o Poder Judiciário do País em questão, anular tal laudo com base no argumento acima mencionado.

Logrará a parte vencedora da arbitragem homologar este mesmo laudo no Brasil, a fim de que ele possa produza efeitos em solo brasileiro?

Esta a indagação a que tentaremos responder nestas sucintas notas, após empreendermos uma rápida análise dos dispositivos relevantes da NYC e fazermos um diminuto apanhado do assunto em dois países que vêm sendo considerados paradigmáticos para a análise da questão *sub examine*, a saber: França e Estados Unidos da América.

3.2 O tratamento conferido à matéria pela Convenção de Nova Iorque

Cumpra, desde logo, transcrever os preceitos da NYC relativos ao tema:

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença *poderão* ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: (...)

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou *foi anulada* ou suspensa *por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida*.

Artigo VI

Caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no Artigo V, 1. (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada *poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto a execução da sentença e poderá, igualmente*, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.

Artigo VII

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

Assim, resumidamente, depreende-se que a NYC:

- (i) dispõe que um Estado-membro pode recusar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira que tenha sido *anulada no País em que foi exarada* ou no País cujo Direito regeu o procedimento arbitral⁴⁸³;
- (ii) se um processo que visa à anulação de uma sentença arbitral estrangeira estiver em curso em um dos Países mencionados no item (i) *supra*, a autoridade judicial perante a qual se pleiteia sua homologação e execução pode suspender o processo homologatório até ser prolatada a decisão judicial da ação anulatória acima mencionada; e
- (iii) é dotada de eficácia máxima, de sorte que estabelece a primazia do regime mais favorável (no cotejo entre a disciplina convencional e a legal – interna, de cada Estado-membro) no que tange à matéria.

Segundo Emmanuel Gaillard⁴⁸⁴, o modelo adotado pela Convenção de Nova Iorque é o “westfaliano” ou “multilocalizado”, segundo o qual é dado a cada Estado-membro efetuar o controle da sentença arbitral estrangeira segundo sua própria concepção de exigências relativas à ordem pública internacional.

3.3 França

A França tem se notabilizado no que tange a este tema, sobretudo em função de sua jurisprudência, que vem se manifestando reiteradamente no sentido de reconhecer sentenças arbitrais *internacionais* que tenham sido anuladas em seus Países de origem. Neste diapasão, é de se recordar, conforme verificamos no capítulo 1.VII *supra*, que o artigo 1502 do CPC Francês não elenca uma hipótese similar àquela prevista no artigo V, nº 1, e da NYC. Vamos a alguns dos casos apreciados pelo Poder Judiciário Francês sobre o assunto:

⁴⁸³ Segundo Paulo Borba Casella e Daniel Gruenbaum, a NYC, em seu artigo V, nº 1, alínea *e* (parte final) refere-se ao Estado cuja lei regeu o procedimento arbitral (e não, o mérito da arbitragem). CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. O Problema da Eficácia Extraterritorial do Laudo Arbitral Estrangeiro Anulado. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 65.

⁴⁸⁴ GAILLARD, Emmanuel. *Ob. Cit.*, p. 189.

- (i) *Pabalk v. Norsolor*: julgado pela Cour de Cassation (1e Chambre Civile) em 09 de outubro de 1984⁴⁸⁵. Neste caso, a referida Corte entendeu que a Convenção de Nova Iorque meramente representa o mínimo de reconhecimento de sentenças que os Estados-membros comprometem-se a garantir. Assim, a NYC não tem o condão de impedir o reconhecimento e a execução, na França, de uma sentença anulada no país de origem que esteja de acordo com os requisitos impostos pela lei interna francesa;
- (ii) *Polish Ocean Line*: julgado pela Cour de Cassation (1e Chambre Civile) em 10 de março de 1993⁴⁸⁶. A Cour de Cassation entendeu que uma decisão suspendendo a exequibilidade de uma sentença arbitral, em seu país de origem não impedia sua execução nos tribunais franceses, à vista das próprias leis francesas;
- (iii) *Hilmarton*: apreciado pela Cour de Cassation (1e Chambre Civile) em 23 de março de 1994⁴⁸⁷. O laudo arbitral, que havia sido anulado na Suíça, foi reputado pela Cour de Cassation como uma sentença arbitral internacional, que não foi integrada no sistema jurídico suíço, de forma que sua existência persiste, ainda que ela tenha sido anulado em seu País de origem. Assim, o reconhecimento e execução, na França, deste laudo desnacionalizado, que foi anulado na Suíça, não fere a ordem pública internacional. Ainda na esteira deste caso, mas em um outro recurso, julgado em 10 de junho de 1997⁴⁸⁸, entendeu-se que o reconhecimento e execução da sentença arbitral que foi anulada no país de origem impede o reconhecimento e execução de uma segunda sentença arbitral, prolatada depois da anulação da primeira.
- (iv) *Chromalloy*: julgado pela Cour d'Appel de Paris em 14 de junho de 1997⁴⁸⁹, que manifestou posição bem similar à adotada no primeiro caso mencionado no item (iii) *supra*. Tendo em vista que o entendimento esposado pelo Poder Judiciário Francês (conforme acima exposto) respalda-se no fato de que as

⁴⁸⁵ *Pabalk Ticaret Sirketi v. Norsolor*. Revue d'Arbitrage de 1985, p. 431

⁴⁸⁶ *Polish Ocean Line v. Jolasry*. Revue d'Arbitrage de 1993, p. 255.

⁴⁸⁷ *Société Hilmarton v. Société OTV*. Revue d'Arbitrage de 1994, p. 327.

⁴⁸⁸ *Société OTV v. Société Hilmarton*. Revue d'Arbitrage de 1997, p. 376.

⁴⁸⁹ *République Arabe d'Egypte v. Chromalloy Aero Services*. Revue d'Arbitrage de 1997, p. 376.

sentenças são prolatadas ao cabo de arbitragens internacionais, quando a sentença anulada no seu País de origem for doméstica, os tribunais franceses não poderão reconhecê-la e executá-la. Assim, uma sentença arbitral prolatada no Egito ao cabo de uma arbitragem internacional, não se integrou à ordem jurídica egípcia, o que acarreta que sua existência prevalece, mesmo após ter sido anulada no País em que foi exarada. Seu reconhecimento na França, pois, não viola a ordem pública internacional.

O Poder Judiciário Francês tem calcado sua orientação no artigo 1502 CPC c/c artigo VII, nº 1 da NYC, acima transcrito. Ora, se o dispositivo convencional estabelece o primado da norma mais favorável (no caso, o artigo 1502 CPC, que não prevê a hipótese de denegação de reconhecimento em virtude da anulação do laudo *sub examine* no País de sua prolação), é este que deve prevalecer. Na França não se admite, portanto, a comprovação da decretação de nulidade do laudo arbitral estrangeiro como fundamento à recusa ao reconhecimento e execução do referido laudo.

3.4 EUA

Os tribunais estatais norte-americanos pareciam que iriam adotar a mesma orientação que os franceses. Com o decurso do tempo, contudo, a posição norte-americana mudou de feições.

Ao apreciar o caso *Chromalloy* (o mesmo citado no item (iv) da França⁴⁹⁰) em 31 de julho de 1996⁴⁹¹, a United States District Court for the District of Columbia concedeu a homologação do laudo arbitral que havia sido anulado no Egito, por entender, dentre outros motivos, que o artigo V, nº 1, *e não impõe* (apenas faculta) ao Estado a denegação à homologação de uma sentença arbitral estrangeira anulada.

Em casos posteriores a *Chromalloy*, contudo, o Poder Judiciário norte-americano passou a transparecer uma nova tendência, no sentido de rejeitar o pleito de homologação de um laudo arbitral estrangeiro anulado⁴⁹². Para tanto, foram invocadas, por vezes, fundamentações diversas.

⁴⁹⁰ Neste caso, a parte vencedora da arbitragem (*Chromalloy*) pleiteou a homologação da sentença, proferida no Egito, nos EUA e, posteriormente, na França.

⁴⁹¹ *Chromalloy Aero Services v. République Arabe d’Egypte*, 939 F. Supp 907. *Revue d’Arbitrage* de 1997, p. 439.

⁴⁹² De fato, foi este o entendimento adotado nos seguintes casos:

3.5 Brasil

Em nosso País, a LArb possui, em seu artigo 38, inciso VI, uma redação um pouco distinta daquela aposta ao artigo V, nº 1, alínea *e* da NYC, conforme segue:

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

Cumprido notar que o legislador brasileiro foi mais comedido que os redatores da NYC, já que esta prevê a denegação à homologação em dois casos de anulação da sentença arbitral estrangeira: se ela tiver sido decretada pelo Poder Judiciário (i) do Estado onde foi proferida⁴⁹³; ou (ii) do Estado *cujo Direito regeu o procedimento arbitral* (ou o Estado “conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida”, para empregarmos a terminologia utilizada pela NYC).

Em um outra hipótese arrolada no artigo 38, a LArb foi novamente mais liberal que a NYC, ao dispor (no inciso V⁴⁹⁴) que a homologação de um laudo arbitral estrangeiro somente poderá ser recusada se a instituição da arbitragem não estiver de acordo com a convenção de arbitragem, enquanto a NYC também vislumbra a composição do tribunal arbitral e o procedimento arbitral em dissonância com o pactuado na convenção de arbitragem.

Ora, nestes dois casos em que a legislação pátria foi mais restritiva que a NYC no que tange aos motivos de recusa ao reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, deve prevalecer o preceito brasileiro em virtude do princípio de eficácia máxima adrede referido, insculpido no artigo VII, nº 1 da NYC. Logo, tratando do assunto que nos interessa no

(i) *Baker Marine Ltda. v. Chevron Ltd. e Chevron Corp.* United States Court of Appeals for the Second District. Caso nº 97-9615, 97-9617. 12.08.1999; (ii) *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P.* et al. United States District Court for the District of Columbia. Caso nº 03cv02587, nº 06-7058. 25.05.2007; e (iii) *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*. United States District Court for the Southern District of New York. 71F.Supp 2d. 405. 22.10.1999.

⁴⁹³ Note-se que tanto o texto legal brasileiro quanto o convencional nova-iorquino fazem menção ao País onde a sentença arbitral foi proferida (e não, *ao País da sede da arbitragem*). Autores, há, contudo, que afirmam a identidade entre os dois conceitos. É o caso de Adriana Braghetta, *in verbis*: “[a] expressão ‘local de proferimento’ se equipara à ‘sede da arbitragem’.” BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem...* *Ob. cit.*, p. 18. Paulo Borba Casella e Daniel Gruenbaum, por sua vez, invocam a Lei Modelo da UNCITRAL e regulamentos de instituições arbitrais, para reputar como coincidentes ambos os conceitos. CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. *Ob. cit.*, p. 64. Pedimos a devida vênica para respeitadamente discordar dos autores, por entendermos que em algumas situações o local da sede da arbitragem e o lugar da prolação do laudo poderão ser justificadamente distintos.

⁴⁹⁴ V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória

presente estudo (qual seja a concessão ou recusa à homologação de uma sentença arbitral alienígena anulada pelo órgão jurisdicional competente), o STJ somente poderia denegar a homologação a um laudo anulado no País em que foi exarado – e não poderia fazê-lo quanto a um laudo anulado no Estado cujo Direito regeu o procedimento arbitral em questão.

Por oportuno, cumpre dedicar algumas linhas aos termos “poderá” e “poderão” que constam do *caput* do artigo 38 da LArb e do *caput* do artigo V da NYC, respectivamente. Apesar de, *a priori*, o verbo “poder” transmitir a ideia de uma faculdade (e não, de uma imposição), na opinião de Adriana Braghetta⁴⁹⁵, trata-se de uma obrigatoriedade. Assim, caso o a parte requerida logre demonstrar ao STJ que a sentença homologanda foi anulada no País em que foi prolatada, não resta àquele tribunal outro caminho, senão o de recusar o reconhecimento de tal sentença.

Na esteira das ideias apresentadas por Emmanuel Gaillard, resta apenas asseverar que, ao menos em relação à postura adotada diante de uma sentença anulada em seu País de origem, o Brasil seria um dos países classificados pelo autor como “monolocal” ou “monolocalizado”, i.,e.: simplesmente não cabe a homologação da referida sentença⁴⁹⁶.

3.6 Conclusão

Em vista do acima exposto, podemos inferir que não poderá ser homologado em nosso País um laudo arbitral estrangeiro que tenha sido anulado no Estado em que foi proferido, em decorrência da aplicação errônea, pelo(s) árbitro(s), do Direito que rege o mérito da disputa.

⁴⁹⁵ “[n]ão há como a redação, por si só, permitir uma discricionariedade do país receptor quando tratarmos dos incisos I a V do artigo 38 da lei brasileira. Além disso, não haveria parâmetros para a aplicação da discricionariedade, o que levaria a uma ambiente de insegurança jurídica.” BRAGHETTA, Adriana. *Ob. cit.*, p. 333.

⁴⁹⁶ Daí o texto transcrito na epígrafe do presente capítulo (nota nº 1).

4 CONCLUSÕES

Tendo em vista todo o exposto, permitimo-nos concluir que:

- (i) dentre os 7 (sete) países examinados na presente tese, apenas Alemanha e França adotam uma postura absolutamente refratária à anulação de uma sentença arbitral doméstica ou à denegação à homologação de uma sentença arbitral estrangeira, conforme o caso, com base no argumento da aplicação errônea, pelo árbitro, do direito material. Os demais 5 (cinco) países admitem tal possibilidade, em maior ou menor grau, com mais ou menos rigor, seja legislativa, jurisprudencial ou doutrinariamente;
- (ii) do grupo de cinco países referidos no item acima, Itália, Suíça e Áustria apenas admitem tal anulação ou denegação à homologação se o *resultado efetivamente apurado* da aplicação errônea de seu Direito material ao fundo da arbitragem reconhecidamente contrariar a ordem pública do referido país;
- (iii) como no Brasil, a doutrina mais abalizada tem corretamente admitido a anulação da sentença arbitral doméstica por conta da ofensa à ordem pública (mesmo não estando tal motivo elencado entre os incisos do artigo 32 da Lei nº 9.307/96, rol que a princípio seria exaustivo), podemos deduzir o seguinte: se o *resultado concreto* da aplicação errônea do Direito Brasileiro pelo árbitro efetivamente contrariar a ordem pública brasileira, a sentença arbitral doméstica que apresente tal aplicação errônea pode ser anulada após um rigoroso exame pelo juiz competente;
- (iv) da mesma forma, caso o STJ constate, após uma severa e cuidadosa análise empreendida nos autos de uma ação de homologação de sentença arbitral estrangeira, que o *resultado objetivo* da aplicação errônea do Direito Brasileiro pelo árbitro realmente viola a ordem pública brasileira, a homologação de tal sentença pode ser denegada pelo STJ, com fulcro no artigo 39, inciso II da Lei nº 9.307/96; e
- (v) uma sentença arbitral estrangeira anulada no País da prolação da sentença em virtude da aplicação errônea, pelo árbitro, do Direito do referido País ao mérito da

controvérsia (nos Estados que admitem tal possibilidade, obviamente) não poderá ser homologada e executada no Brasil, em virtude do artigo 38, inciso VII da LArb.

REFERÊNCIAS

ABOUL-ENEIN, M.I.M.. The New York Convention of 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: what needs to be done for the future. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.5, n. 18, p. 101-107, jul.-set. 2008.

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

ADEN, Menno. *Internationales Privates Wirtschaftsrecht*. Munique: Oldenbourg, 2006.

_____. *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*. 2.ed. Munique: Beck, 2003.

_____. Rechtswahl und Schiedsklausel im Verbraucherschutz. In: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heidelberg, p. 723-727, 1997.

_____. Die Anwendung materiellen Rechts durch den Schiedsrichter. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heidelberg, p. 934-938, 1984.

ALEXANDROW, Ilja. *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland und in den GUS-Staaten*. Berlim: Ruhr-Universität Bochum, 2003.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A Anulação de Sentenças Arbitrais e a Ordem Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 262-276, abr.-jun. 2006.

_____. A Exceção de Ofensa à Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 129-170, 2003.

____. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Notas sobre Homologação de Laudos Arbitrais Estrangeiros em Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 71, v. 556, p. 269-277, fev. 1982.

BAPTISTA, Luiz Olavo; LATORRE, Milton. Observações Práticas sobre a Homologação de Sentenças e de Laudos Arbitrais Estrangeiros no Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 77, v. 276, p. 311-317, dez. 1981.

BERGER, Klaus Peter. Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtbarkeit. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heidelberg, p. 12-18.

BERNET, Martin; MÜLLER, Anna K. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. In: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; STUCKI, Blaise. (org.) *International Arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*. The Hague: Kluwer Law International, p. 167-179, 2004.

BLESSING, Marc (org.). *The New York Convention of 1958. A Collection of Reports and Materials delivered at the ASA Conference held in Zürich on 2 February 1996*. Zurique: Association Suisse de l'Arbitrage, 2006.

BOCCHINI, Ermanno. L'Arbitrato. *Giurisprudenza D'Impresa*, v. VIII. Milão: CEDAM, 2006.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Die Internationalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit. In: BACHMANN, Birgit; BREIDENBACH, Stephan et al (coord.).

Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 49-58, 2005.

____. Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 6, n. 27, p. 163-174, abr.-jun. 2009.

____. *Recht und Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Staaten Zentral- und Ost-Europas.* Colônia: Carl Hymanns, 1998.

____. (coord.). *Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich.* Colônia: Carl Heymann, 1983.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael; NACIMIENTO, Patricia (ed.). *Arbitration in Germany. The Model Law in Practice.* Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2007.

BOLFER, Sabrina Ribas. Comentário ao caso *Société Hilmarton v. Société OTV*. Corte de Cassação da França (1ª Câmara Cível), de 23 de março de 1994. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, a. 4, n. 18, p. 7-37, abr.-jun. 2008.

BOLLÉE, Sylvain. *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales.* Paris: Economica, 2004.

BORGES, George. *Das Doppelsequatur von Schiedssprüchen.* Berlin: de Gruyter, 1997.

BORN, Gary B.. *International Commercial Arbitration. Commentary and Materials.* Ardsley: Transnational Publishers; Kluwer Law International, 2001.

BORRIS, Christian. *Die international Handelsschiedsgerichtsbarkeit in den USA. Rechtsgrundlagen. Zwigendes Recht. Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen*. Colônia: Carl Heymann, 1986.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede da Arbitragem. Visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: Visão a partir do Brasil* (tese de Doutorado). São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008.

BRUNET, Edward. *Arbitration Law in America. A Critical Assessment*. Nova Iorque: Cambridge, 2006.

BRUNETTI-PONS, Clotilde. *La Conformité des Actes Juridiques à L'Ordre Public*. In: *Études Offertes au Professeur Philippe Malinvaud*. Paris: Lexis Nexis Litec, 2007.

CAEMMERER, Ernst von (coord). *Materielles Recht und Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1972.

CALLUF FILHO, Emir. *Arbitragem Internacional. O Local da Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. O Processo Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.1, n° 1, p. 21-31, jan.-abr. 2004.

CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 207-251, abr.-jun. 2006.

_____. O Problema da Eficácia Extraterritorial do Laudo Arbitral Estrangeiro Anulado. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, p. 62-108, 2009.

CASSANO, Giuseppe; NISATI, Massimiliano. *La Riforma Dell'Arbitrato. Monografia ragionata sulla riforma del processo arbitrale*. Giuffrè: Milão, 2006.

CHEDLY, Lotfi. *Arbitrage Commercial International & Ordre Public Transnational*. Tunísia: Centre de Publication Universitaire, 2002.

CHIWITT-OBERHAMMER, Tatjana. *Der fehlerhafte Schiedsspruch*. Viena: Österreich, 2000.

CRAIG, W. Laurence; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Nova Iorque: Oceana, 1985.

CRÉPIN, Sophie. *Les Sentences Arbitrales devant le Juge Français. Pratique de l'exécution et du controle judiciaires depuis les reformes de 1980-1981*. Paris: L.G.D.J., 1995.

DELUIGGI, Marco. O Controle de Conformidade da Sentença Arbitral Estrangeira à Ordem Pública Material: a Contribuição da Experiência Francesa e Internacional para Prática Brasileira. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, a. 4, n. 20, p. 7-37, out.-nov.dez. 2008.

DELVOLVÉ, Jean-Louis; ROUCHE, Jean; POINTON, Gerald H. *French Arbitration Law and Practice*. A Haia: Kluwer, 2003.

_____. *A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2 ed. rev. A Haia: Kluwer, 2009.

DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. A Haia: Kluwer, 1998.

DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública em seus Diversos Patamares. In: DOLINGER, Jacob. *Direito & Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 269-281, 2009.

_____. Aplicação, prova e interpretação do direito estrangeiro: um estudo comparado de direito internacional privado. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 15-68, mai.-ago. 1996.

_____. *Direito Internacional Privado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito Internacional Privado – Vade Mécum*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese de Cátedra. Rio de Janeiro, 1979.

_____. Ordem Pública Mundial: Ordem Pública Verdadeiramente Internacional no Direito Internacional Privado. In: DOLINGER, Jacob. *Direito & Amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 237-267, 2009.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado (parte especial): Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ECKSTEIN-PUHL, Christine. *Prozessbetrug im Schiedsverfahren. Eine Studie zu den vom erschlichenen Schiedsspruch aufgeworfenen Fragen des Aufhebungsverfahrens gemäß § 1059 ZPO*. Frankfurt am Main: Lang, 2005.

EISEMANN, Frédéric; MEZGER, Ernst; SCHOTTELIUS, D.J.. *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1958.

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (DIREITO GV) E COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM (CBAR) (Parceria institucional acadêmico-científica). Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”. Relatório do 1º Tema: Invalidez da Sentença Arbitral. São Paulo, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United Paperworkers Int'l v. Misco*, 484 U.S. 29, 1987.

____. United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit. *B.L. Harbert Intern., LLC v. Hercules Steel Co.*, 441 F.3d 905, 909 (11th Circ. 2006).

____. _____. *Osram Sylvania, Inc. v. Teamsters Local Union*, 87 F. 3d 1261, 1263 (11th Circ. 1996).

____. _____. *Riccard v. Prudential Ins. Co.*, 307 f.3D 1277, 1288 (11th Circ. 2002).

____. United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. *Citigroup Global Markets Inc, v. Debra Bacon*. Case no. 07-20670. March 05, 2009; rev. March 18, 2009.

____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Baker Marine Ltda. v. Chevron Ltd. e Chevron Corp.* 97-9615, 97-9617. 12.08.1999.

____. _____. *DiRussa v. Dean Witter Reynolds, Inc.* 121 F. 3d 818, 821 (2d Circ. 1997).

____. _____. *Hoelt v. MVL Group, Inc.* 343 F.3d 57, 64 (2d. Circ 2003)

_____. *Merryl Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Bobker*. 808 F.2d 930, 933 (2d Circ. 1986)

_____. United States Court of Appeals for the Tenth Circuit. *Bowen v. Amoco Pipeline Co.* , 254 F. 3d 932 (10th Circ. 2001).

_____. *Hollern v. Wachovia Securities, Inc.*, 458 F.3d 1169, 1172 (10th Circ. 2006)

_____. United States District Court for the District of Colorado. *Hicks v. The Cadle Co.* (Case no. 04-2616 (USDC D. Col.). 23.07.2008.

_____. United States District Court for the District of Columbia. *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P. et al.* 03cv02587, n° 06-7058. 25.05.2007.

_____. United States District Court for the District of Delaware. *Remote Solution Co. v. FGH Liquidating Corp.* Case no. 06-4 (USDC D. Del.) 31.07.2008.

_____. United States District Court – Southern District of Florida. Miami Division. *Grigsby & Associates, Inc. v. M Securities Investment, Inc.* Case no. 06-23-35 (USDC S.D.Fla) 30.30.2008.

_____. United States District Court – Southern District of New York. *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*. 71F.Supp 2d. 405. 22.10.1999.

_____. *Merryl Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Savino*, Case no. 06 Civ. 868, 2007 WL 895767 (S.D.N.Y.), 23.03.2007.

_____. *Robert Lewis Rosen Associates, Ltd. v. William Webb. Memorandum Opinion and Order.* 07 Civ.11403 (RJH). 07.07.2008.

_____. *Supreme Oil Co. v. Abondolo*. Case no. 07-6479 (USDC S.D.N.Y.) 31.07.2008.

____. United States Supreme Court. *Burchell v. Marsh*, 58 U.S. 344. 1855.

____.____. *Hall Street Associates, L.L.C v. Mattel, Inc.*. Case no. 06-989. 25.03.2008.

____.____. *Wilko v. Swan*, 346 US 427 (1953)

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. *Laudos Arbitrais Estrangeiros – Reconhecimento e execução: Teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2003.

FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. *Anulação da Sentença Arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.

FLORENCE, Francisco. Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Brasileiras na Alemanha. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da Arbitragem Institucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FOUCHARD, Phillip; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Albert. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Paris: Litec, 1996. FRASER, David; MEAD, Nicola. Developments in UK Arbitration Law. In: THEVENIN, Nancy (ed.). *The Baker & Mckenzie International Arbitration Yearbook*. Moscou: Wolters Kluwer, p. 289-302, 2009.

GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. A Haia: Kluwer Law, 1999.

GARNER, Bryan A. (ed. In chief). *Black's Law Dictionary*. 8.ed. St. Paul: Thomson West, 2004,

GASPAR, Renata Alvares. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009

GEISINGER, E.; FROSSARD, Vivian. Challenge and Revision of the Award. In: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; STUCKI, Blaise. (org.) *International Arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners*. The Hague: Kluwer Law International, p. 135-166, 2004.

GESSNER, Judith. *Anerkennung und Vollstreckung Von Schiedssprüche in den USA und in Deutschland*. Frankfurt am Main: Lang, 2001.

GLOSSNER, Ottoarndt (coord.). *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit. Band 3 (1989)*. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1990.

GLOSSNER, Ottoarndt (coord.). *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit. Band 4 (1990)*. Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1991.

GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. (Org.). *Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias*. São Paulo: Quartier Latin, p. 217-235, 2007.

GUERRERO, Luis Fernando. Cumprimento da Sentença Arbitral e a Lei nº 11.232/2005. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 4, n. 15, p. 102-116, abr.-jun. 2007.

GUTERMANN, Arne; VANANROYE, Joeri; WINTER, Koen de. Developments in Belgian Arbitration Law. In: THEVENIN, Nancy (ed.). *The Baker & Mckenzie International Arbitration Yearbook*. Moscou: Wolters Kluwer, p. 110-116, 2009.

HENN, Günter. *Schiedsverfahrensrecht. Handbuch für die Praxis*. Heidelberg: Müller, 2000.

HILL, Jonathan. *International Commercial Disputes in English Courts*. Oxford: Hart, 2005.

HWANG; Michael; LAI, Amy. Do Egregious Errors amount to a Breach of Public Policy?. *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, v. 71, n. 1. p. 1-24, fev. 2005.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. COMMITTEE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Report discussed at the Rio de Janeiro Conference (73rd Biennial Conference), 2008.

JERMINI, Cesare. *Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht. Nach dem schweizerischen Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, mit rechtsvergleichenden Ausblicken*. Zurich: Schulthess, 1997.

KAISSIS, Athanassios G.. Zum Begriff des ordre public bei der Aufhebung von Schiedssprüchen in Griechenland. In: BACHMANN, Birgit; BREIDENBACH, Stephan et al (coord.). *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 321-328, 2005.

KASSIS, Antoine. *L'Autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*. Paris: L'Harmattan, 2007.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. *International Commercial Arbitration in Latin America. Regulation and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*. Nova Iorque: Oceana, 2005.

KROES, Frank; LOK, Marjon. Developments in Dutch Arbitration Law. In: THEVENIN, Nancy (ed.). *The Baker & Mckenzie International Arbitration Yearbook*. Moscou: Wolters Kluwer, p. 126-144, 2009.

KREINDLER, Richard H.. Schiedsgerichte und Rechtsverstöße der Vertragsparteien: Das für die Beurteilung von Rechtsverletzungen anzuwendende Recht. In: BACHMANN, Birgit; BREIDENBACH, Stephan et al (coord.). *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 429-448, 2005.

KRONENBURG, Michael. *Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in den USA. Die Rechtsprechung US-amerikanischer Gerichte*. Frankfurt am Main: Lang, 2001.

KROPHOLLER, Jan. *BGB. Studienkommentar*. 7.ed. Munique: Beck, 2004.

LACHMANN, Jens-Peter. Nebentätigkeit des Richters in schiedsrichterlichen Verfahren. In: BACHMANN, Birgit; BREIDENBACH, Stephan et al (coord.). *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 470-489, 2005.

_____. *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*. 3.ed. Colônia: O. Schmidt, 2008.

LALIVE, Pierre. Absolute Finality of Arbitral Awards? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.5, v. 19, p. 67-80, out.-dez. 2008.

LEE, João Bosco. A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. (coord.).

Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, p. 175-188, 2007.

_____. LEE, João Bosco. A Lei nº 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.*, São Paulo, n. 11, p. 347-359, jan.-mar. 2001.

_____. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2003.

LEMOALLE, Édouard; AYMONE, Priscila Koll. L'influence du modèle juridique français sur le droit brésilien de l'arbitrage. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 5, nº 16, p. 327-356, jan.-mar. 2008.

LENTZ, Dominik. *Die Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation. Darstellung und Analyse anhand der Praxis des internationalen Handelsschiedsgerichts bei der Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2000.

LEPSCHY, Markus. § 1051 ZPO - *Das anwendbare materielle Recht in internationalen Schiedsverfahren. Die Neuregelung des Schiedsverfahrensgesetz 1998*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003.

LIONNET, Klaus; LIONNET, Annette. *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*. Stuttgart: Boorberg, 2005.

LÖRCHER, Heike. *Das international Handelsschiedsverfahren in Frankreich*. Colônia: Carl Heymann KG, 1997.

LOWENFELD, Andreas F. *Lowenfeld on International Arbitration. Collected Essays over Three Decades*. Nova Iorque: Juris Publishing, 2005.

LUIISO, Francesco P. *Direito Processuale Civile, v. IV. I Processi Speciali*. Milão: Giuffrè, 2007.

MACHADO, Rafael Bicca. *A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova sociologia econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 740, p. 116-127, jun. 1997.

MARK, Jürgen; PLASSMEIER, Heiko; Quinke, David. Developments in German Arbitration Law. In: THEVENIN, Nancy (ed.). *The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook*. Moscou: Wolters Kluwer, p. 163-186, 2009.

MAKANT, Barbara; QUEIROZ, Samantha Longo. Comentários ao Decreto legislativo nº 5, 17 gennaio 2003 – a reforma da legislação societária italiana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 3, p. 293-309, set.-dez. 2004.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAYER, Pierre. L'Insertion de la Sentence dans l'Ordre Juridique Français. In: DERAIS, Yves (coord.). *Droit et Pratique de l'Arbitrage International en France*. Paris: Feduci, p. 81-104, 1984.

MENCHINI, Sergio. Impugnazioni del lodo “rituale”. *Rivista dell'Arbitrato*, Roma, a. 15, p. 843-877, 2005.

MENDES, Roberto Octávio Broglia. Regras Imperativas e Arbitragem Internacional: por um Direito Transnacional Privado? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.5, v. 19, p. 31-49, out.-dez. 2008.

NAÓN, Horácio A. Grigera. Orden público y arbitraje. *In*: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, p. 79-111, 1998.

MEZGER, Ernst H. Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, die im Ausland oder in internationalen Sachen ergangen sind. *In*: BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz (coord.). *Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich*. Colônia: Carl Heymann, p. 45-64, 1983.

NEWMAN, Lawrence W; HANESSIAN, Grant (ed.). *International Arbitration Checklists*. New York: Juris, 2004.

PARK, William W. The Nature of Arbitral Authority: A Comment on Lesotho Highlands. *Arbitration International*, Londres, a. 4, v. 21, p. 483-492, p. 483-492, 2005.

PANTOJA, Teresa Cristina (coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

PEREIRA, Ana Lucia. Considerações sobre a possibilidade da ação rescisória na sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 5, n. 17, p. 71-91, abr.-jun. 2008.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. Direito Internacional e desenvolvimento econômico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 32-63, jan.-dez. 1993.

PITKOWTIZ, Nikolaus. *Die Aufhebung von Schiedssprüchen*. Viena: Manz, 2008.

_____. *The new Austrian Arbitration Act. Austria finally implements the UNCITRAL Model Law on International Arbitration*. Extraído do site <http://www.gmp.at>, consultado em 13.10.2009.

POWER, Jenny. *The Austrian Arbitration Act. A Practitioner's Guide to Sections 577-618 of the Austrian Code of Civil Procedure*. Viena: Manz, 2006.

PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, p. 339-350, 2007.

RAUSCHER, Thomas; WAX, Peter; WENZEL (coord.), Joachim. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 3. §§ 946-1086. EGZPO – GVG – EGGVG – UklaG – Internationales Zivilprozessrecht*. 3. ed. Munique: Beck, 2008.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática*. São Paulo: RT, 1997

____. Sentença Arbitral Estrangeira – Aspectos Gerais de seu Reconhecimento e de sua Execução no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 2, n. 5, p. 35-51, abr.-jun. 2005.

REINO UNIDO. House of Lords. *Lesotho Highlands Development Authority v. Impreglio SpA* [2005] UHKL 43. 30.06.2005.

____.____. *Hutchinson v. Shepperton*. [1849] 13 QB 1528

RENSMANN, Thilo. *Anationale Schiedssprüche*. Berlim: Duncker & Humblot, 1997.

REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. Bundesgerichtshof. *III ZB 55/99*. 02.11.2000.

REPÚBLICA DA ÁUSTRIA. Der Oberste Gerichtshof. 3 Ob 30/83. 11.05.1983.
Extraído do site www.ris.bka.gv.at, consultado em 26.10.2009.

____.____. 1 Ob 582/91. 18.09.1991. Extraído do site www.ris.bka.gv.at/Judikatur,
consultado em 26.10.2009.

____.____. 3 Ob 2372/96m. 05.05.1998. Extraído do site www.ris.bka.gv.at/Judikatur,
consultado em 26.10.2009.

____.____. 2 Ob 158/00z. 08.06.2000. Extraído do site www.ris.bka.gv.at/Judikatur,
consultado em 26.10.2009.

____.____. 3 Ob 144/09m. 22.07.2009. Extraído do site www.ris.bka.gv.at/Judikatur,
consultado em 26.10.2009.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS
GERAIS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 492.234-9, Rel. Des. Nilo Lacerda.
18.05.2005.

REPÚBLICA FRANCESA. Cour d'Appel de Paris, Chambre 1. Arrêt nº 07/17049.
15.10.2009..

____. Cour d'Appel de Paris. *Diagrama v. Christian Dior*. 13.05.1988. Revue
d'Arbitrage 1989, p. 251.

____.____. *République Arabe d'Égypte v. Chromalloy Aero Services*. Revue d'Arbitrage 1997,
p. 376.

____.____. *Reynolds*. 27.04.1994. Revue d'Arbitrage de 1994, p. 709.

____. Cour de Cassation. *Southern Pacific Properties Ltd. v. République Arabe d'Égypte*. 06.01.1987. *Revue d'Arbitrage* 1987, p. 469.

____. Cour de Cassation, Civ. I. 23.02.1994. *Revue d'Arbitrage* de 1994, p. 683.

____. Cour de Cassation (1.e Chambre Civile). *Pabalk Ticaret Sirketi v. Norsolor*. *Revue d'Arbitrage* 1985, p. 431

____.____. *Polish Ocean Line v. Jolasry*. *Revue d'Arbitrage* 1993, p. 255.

____.____. *Société Hilmarton v. Société OTV*. *Revue d'Arbitrage* 1994, p. 327.

____.____. *Société OTV v. Société Hilmarton*. *Revue d'Arbitrage* 1997, p. 376.

REPÚBLICA ITALIANA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Seconda Civile. Caso n° 8798/07. 12.04.2007.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem. Uma Avaliação Crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

ROSADO, Marilda Ribeiro de Sá. A Importância do Direito Comparado. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto (coord.). *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Prof. Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 679-692, 2006.

ROTH, Wulf-Henning. Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts. In: MANSEL, Heinz-Peter et al (coord.). *Festschrift für Erik Jayme*. München, Sellier, 2004.

SAMUEL, Adam. Lesotho Highlands: “Denaturing” an Arbitration Statute and an Express Choice of Law does not involve the Arbitrator exceeding his powers. *Journal of International Arbitration*, A Haia, v. 23, n. 3, p. 259-263, 2006.

SANTOS, Maurício Gomm Ferreira dos. A Situação dos Países da América Latina no que tange à Lei Aplicável ao Mérito do Litígio submetido a uma Arbitragem Comercial Internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 1, n.2, p. 102-108, mai.-ago. 2004.

SANTOS, Maurício Gomm; SMITH, Quinn. *Miami Arbitration Reports. Comments on the Development of .U.S. Arbitration Law*, Miami, v. 1, n. 1, s.d.

____.____., n. 2, 10.03.2009.

____.____., n. 3, 20.05.2009.

____.____., n. 4, 20.08.2009.

____.____., n. 5, 15.10.2009.

____.____., n. 6, 04.01.2010.

SATMER, Franz. *Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln*. Zurique: Schulthess, Polygraph. Verlag, 1995.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHÜTZE, Rolf A. *Ausgewählte Probleme des deutschen und internationalen Schiedsverfahrensrechts*. Colônia: Carl Heymann, 2006.

_____. *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*. Munique: Beck, 2007.

SOLOMON, Dennis. *Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. Munique: Sellier, 2007.

SORIANO, Miguel Virgós.; ALFÉREZ, Francisco J. Garcimartín. *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*. 2. ed. Madri: Thomas Civitas, 2007.

SPRECHER, Thomas. *Schiedssprüche zwischen Aufhebung und Vollstreckung*. Zurique: Schulthess, 2004.

STETNER, Renato Parreira. PITOMBO, Eleonora Coelho. A convenção de Nova York: ratificação pelo Brasil. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. (org.) *Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 53-73, 2008.

STOLLE, Roland. *Das Recht der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Schweden und Deutschland im Vergleich*. Hamburg: Dr. Kovac, 2004.

SUTTON, David St. John; GILL, Judith; GEARING, Matthew. *Russell on Arbitration*. 23. Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, v. I*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TILLA, Maurizio de; FERRELLI, Nino. *Nuovo Arbitrato, Conciliazione e Costituzione di Camere Arbitrali. Con commento articolo per articolo del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40*. Milão: Il Sole 24 Ore, 2006.

TORGGLER, Hellwig. *Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit*. Viena: Nomos, 2007.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Aspectos de Direito Internacional Privado na Arbitragem. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002.

VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1994.

VERÇOSA, Fabiane. A (Des?) Necessidade de Homologação de Laudos Arbitrais Estrangeiros após a entrada em vigor, no Brasil, da Convenção de Nova Iorque. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 372, p. 87-100, mar.-abr. 2004.

_____. Arbitragem Interna v. Arbitragem Internacional: Breves Contornos da Distinção e sua Repercussão no Ordenamento Jurídico Brasileiro face ao Princípio da Autonomia da Vontade. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto (coord.). *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Prof. Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 421-449, 2006.

_____. Arbitragem: Ordem Pública Internacional e Normas Imperativas. Resenha da Palestra proferida pelo Prof. Luca Radicati Di Brozolo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 2, n. 5, p. 322-323, abr.-jun. 2005.

_____. CD-Rom integrante do livro ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro: Renovar,

2003, contendo legislação brasileira e estrangeira, convenções internacionais, regulamentos de instituições arbitrais e jurisprudência brasileira pós-lei de Arbitragem.

____. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. Comentário ao acórdão prolatado na SEC nº 802 pela Corte Especial do STJ, Rel. Min. José Delgado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 9, p. 203-227, jan.-mar. 2006.

WALD, Arnaldo. L'Arbitrage: Entre Efficacité et Éthique. In: *Études Offertes au Professeur Philippe Malinvaud*. Paris: Lexis Nexis Litec, 2007.

WEISSCHNUR, Kurt. *Die Aufhebungsklage und die Vollstreckbarkeitserklärung im schiedsrichterlichen Verfahren*. Bamberg: Reindl, 1930.

WLADECK, Felipe Sripes. Sobre o pleito de anulação da sentença arbitral nacional em sede de execução. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.5, n. 16, p. 98-108, jan.-mar. 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Anulatória de Julgamento Arbitral e Ação Rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 2, n. 5, p. 95-99, abr.-jun. 2005.

ZENHÄUSERN, Urs; FRICK, Joachim. Developments in Swiss Arbitration Law. In: THEVENIN, Nancy (ed.). *The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook*. Moscou: Wolters Kluwer, p. 271-288, 2009.