

CE

STJ  
003166



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Nº

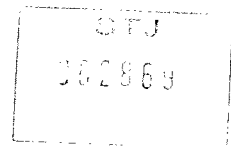
**SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 5782/AR**  
**ORIGEM** : REPÚBLICA ARGENTINA  
**REQUERENTE** : EDF INTERNACIONAL S/A  
**REQUERIDAS** : ENDESSA LATINO AMÉRICA S/A  
YPF S/A  
**RELATOR** : MINISTRO CASTRO MEIRA – CORTE ESPECIAL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
SEÇÃO DE PROTOCOLO DE PETIÇÕES  
26 NOV 2012 18:36  
**00432166**

Senhor MINISTRO-RELATOR,

1. Trata-se de pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira proferida pelo Tribunal Arbitral, em Buenos Aires, em 22 de outubro de 2007, proposta pela EDF INTERNATIONAL S/A em conformidade com as regras da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, em face de ENDESA LATINOAMÉRICA S.A. e YPF S.A.

*E*



2. Consta dos autos que, através de um contrato de compra e venda, a requerente EDFI comprou as ações que a ENDESA e a ASTRA – incorporada por YPF S.A - detinham na Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. E na Eletricidad Argentina S.A. A EDFI acionou o procedimento arbitral postulando a revisão do preço que pagou pelas ações que lhe foram vendidas, em razão do ato do Banco Central argentino que extinguiu o regime de “conversabilidade” cambial até então vigorara naquele país (paridade cambial entre o dólar norte-americano e o peso argentino). As sentenças homologadas foram proferidas em um procedimento arbitral iniciado pela ora requerente, EDFI, perante a Corte Internacional da Câmara de Comércio Internacional – CCI com reconvenção apresentada pelas ora requeridas, ENDESA e YPF.

3. Encontram-se nos autos cópia da referida decisão estrangeira devidamente traduzida por tradutor juramentado no Brasil às fls. 111-371 (Vol 1 e 2) – tradução fls. 373-678 (Vol 2-3), bem como “*adendo 1 e 2*” da referida sentença homologanda às fls. 661-669 (Vol. 3) – tradução fls. 670-678 (Vol. 3) e fls. 680-686 (Vol. 3) – tradução fls. 688-691 (Vol. 3) respectivamente.

4. Citadas por carta de ordem, a YPF e ENDESA apresentaram contestação às fls. 773/797 (Vol 4) e 1535/1554 (Vol. 7), respectivamente.

5. A YPF contestou o pedido (fls. 773/797 Vol. 4), alegando que o laudo arbitral foi impugnado judicialmente pela própria EDFI perante a Justiça argentina, vindo a ser anulado em decisão judicial transitada em julgado, que se tornou definitiva, conforme certidão emitida pela Câmara Nacional de Apelações do Comércio de Buenos Aires, em 9 de dezembro de 2010 (fls. 1161 – 1181, Vol 5). Logo, de acordo com a YPF, “*o laudo arbitral não mais existe e deixou de produzir quaisquer efeitos jurídicos*”. Ressalta que o Protocolo de Cooperação e Assistência Mútua Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial,

Trabalhista e Administrativa (Las Leñas, 1992), em vigor nos Estados-Membros do MERCOSUL, exige, em seu artigo 20, para o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras que *“a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada”*. Aduz que, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais, a Convenção de Panamá e a Lei de Arbitragem – Lei N° 9.307/96 – preveem a denegação do pedido de homologação de laudo arbitral estrangeiro *“quando de sua anulação por decisão judicial proferida no país em que elaborado”*. De acordo com a contestante: *“onde se lê “somente poderá ser negada a homologação”, é obrigatória a interpretação “a homologação deve ser negada (...)”. Neste ponto, “somente pode” equivale a “deve”*”. Alega ainda que, *“quando no caso concreto o réu se desincumbe do mister que a Convenção lhe impõe”*, ou seja, ter comprovado que o laudo arbitral não se tornou obrigatório, *“então, a homologação “deve” ser negada”*.

6. Sustenta ainda que *“não se cuida de uma decisão judicial transitória que suspendeu o laudo arbitral. A situação jurídica atual é definitiva, uma vez que a decisão da Câmara Nacional de Apelações do Comércio da Cidade de Buenos Aires declarou nula e sem efeito o laudo arbitral. E essa decisão, como demonstrado acima, tornou-se definitiva, transitou em julgado”*. Alega ademais que, a decisão da Câmara Nacional de Apelações do Comércio de Buenos Aires, ao anular a sentença arbitral, conclui que o laudo não se baseou no direito vigente da República Argentina, mas sim, seguindo o método de equidade. *“Tanto a Convenção de Nova Iorque, como a Convenção de Panamá e a própria Lei de Arbitragem brasileira preveem esta hipótese de denegação do pedido de homologação do laudo, quando (i) o tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não se ajustaram ao acordo celebrado pelas partes e/ou (ii) não se ajustarem à lei do Estado onde se realizou a arbitragem e sob cujas Leis os árbitros deveriam decidir.”*



073  
30287

7. Ressalta ainda a ora contestante, YPF, que, a EDFI requereu a homologação desse laudo arbitral perante a Corte Distrital de Delaware nos Estados Unidos da América “*em absoluta contradição com o seu próprio ato de buscar socorro no Poder Judiciário*”, visto que o questionamento do laudo arbitral perante o Poder Judiciário argentino partiu da própria EDFI. Aduz que a Corte norte-americana denegou a homologação do laudo arbitral visto que a interposição de recursos de nulidade inclusive por parte da própria EDFI era motivo bastante para desqualificar o pedido. Finaliza ao dispor que “*o direito não tutela o absurdo, o direito não protege o comportamento contraditório, independentemente de qualquer avaliação subjetiva acerca da intenção da EDFI.*”.

8. A ENDESA contestou o pedido (fls. 1535/1555 Vol 7), alegando, assim como a YPF que, “*a referida decisão do Judiciário argentino, que anulou integralmente a sentença arbitral objeto deste processo, transitou em julgado*”. Aduz que não é apenas a Lei de Arbitragem que impõe a rejeição do pedido, mas também a Convenção de Nova Iorque de 1958, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.311/02, e a Convenção do Panamá (Decreto nº 1.902/96), vedam a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas no país e segundo a lei do qual foram proferidas. Alega, ainda que, a requerente realiza “*forum shopping*” ao tentar “*obter o exequatur do laudo arbitral, contra a YPF, nos Estados Unidos da América, que se negou a reconhecê-lo antes mesmo do trânsito em julgado da decisão que decretou a nulidade do laudo*”, bem como na Espanha, onde também foi indeferida a homologação, e no Chile.

*Ar*

9. A ENDESA alega, também, que o julgamento do laudo arbitral se deu fora dos limites da convenção de arbitragem e contrário à lei argentina. Aduz que *“a arbitragem foi instaurada pela EDFI requerendo o reajuste do preço previsto na carta-acordo celebrada entre as partes, alegando a superveniência do evento previsto no instrumento, que era a desvinculação do dólar ao peso argentino. A paridade entre as duas moedas estava fixada na Lei de Conversibilidade argentina e, naturalmente, só se essa lei fosse revogada poderia ocorrer o evento previsto no aditivo ao contrato firmado por EDFI, ENDESA e YPF. Contudo, os árbitros entenderam que a mera decretação de um feriado bancário durante o período de 21.12.01 a 10.1.02 pelo Banco Central da Argentina, diante da renúncia do Ministro Domingos Cavallo e do Presidente Fernando de la Rúa, seria motivo bastante para configurar o evento previsto no aditivo ao contrato para reajuste do preço do contrato, premiando a EDFI com um estonteante crédito de US\$187.000.000,00 (cento e oitenta e sete milhões de dólares). Isso tudo, repita-se, com a Lei de Conversibilidade em pleno vigor, por pelo menos mais um ano depois de tal feriado. Ou seja, por não ser possível realizar o câmbio durante o período de final de ano, os árbitros consideraram que isso era o mesmo que a desvinculação entre as duas moedas. Atenta a isso, a Câmara de Apelações Argentina, corretamente, assinalou que a arbitragem era de direito, mas os árbitros julgaram por equidade, ignorando a vigência da Lei de Conversibilidade argentina.”*

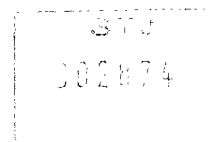
10. Em sede de réplica (fls. 2538/2581 Vol 11), a requerente aduz que *“dizer que a pendência dos procedimentos anulatórios na Argentina não era impedimento à homologação, como fez a EDFI na inicial, não significa, absolutamente, dizer que o trânsito em julgado, por si só, representa necessariamente tal óbice intransponível.”*. Ademais, alega que *“a existência*

*h*

*de decisão anulatória da sentença arbitral homologanda não obriga, de forma alguma, esta Corte Superior a indeferir o seu reconhecimento no Brasil. Muito pelo contrário, as normas legais e oriundas de Convenções Internacionais sobre Arbitragem corroboram o entendimento de que este Eg. Superior Tribunal de Justiça é livre e independente para examinar se a sentença arbitral homologanda e/ou a decisão anulatória respectiva ferem ou não a ordem pública brasileira, e para, conseqüentemente, decidir se irá ou não deferir o exequatur postulado".* Aduz que tanto a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), como as Convenções de Nova Iorque e do Panamá, facultam a denegação de um eventual pedido de reconhecimento da sentença arbitral anulada, visto que *"nenhum dos dispositivos acima transcritos (art. 38, inciso VI, da Lei nº 9.307/96, art. V, § 1º, letra "e" da Convenção de Nova Iorque, e art. 5, § 1º, letra "e" da Convenção do Panamá) estabelece que o pedido de homologação de sentença estrangeira deverá ser denegado se a sentença tiver sido anulada, mas sim, apenas e tão somente, que tal requerimento poderá ser negado".* Para a requerente, o **"Superior Tribunal de Justiça é soberano para fazer a sua própria análise e decidir dar-lhes ou não efeitos no Brasil."**

11. EDFI ainda ressalva que *"não faria o menor sentido que este Superior Tribunal de Justiça pudesse negar reconhecimento a uma sentença arbitral mantida íntegra no país de origem, mas paralelamente, estivesse obrigada a indeferir a homologação na situação inversa, quando a sentença arbitral tivesse sido objeto de decisão anulatória no local da sede".* A requerente aduz que, para admitir os efeitos da sentença anulatória no Brasil, seria mister a homologação dessa sentença pelo Superior Tribunal de Justiça. Com relação à vigência do Protocolo de Las Leñas no Brasil, ressalta que este foi revogado pela Convenção de Nova Iorque, a qual não elencou dentre as

*Lu*



possíveis hipóteses de restrição ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira que esta tenha força de coisa julgada ou executória no país em que prolatada. Afirma que os dispositivos da Lei de Arbitragem e da Convenção de Nova Iorque estabelecem que a homologação da sentença arbitral poderá ser recusada apenas no caso de que a sua execução seja contrária à ordem pública do país em que a homologação é pleiteada.

12. Com relação à alegação por parte das requeridas de que o Tribunal Arbitral teria julgado a matéria por equidade, a requerente ressalta que o Poder Judiciário Argentino literalmente rejeitou o mérito da sentença arbitral “*de forma arbitrária*”, decidindo sobre a revogação ou não da Lei de Conversabilidade, consistindo em uma atitude contrária à ordem pública brasileira e internacional, e violando frontalmente a Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem brasileira. Para a requerente, o mérito só pode ser apreciado pelo Tribunal Arbitral, nunca pelo Judiciário. Alega que somente o *error in procedendo* pode acarretar a nulidade da sentença arbitral, nunca um alegado *error in iudicando*. Conclui a requerente: “**Logo, trata-se de uma decisão ilegal, patológica e abusiva, que não merece ser prestigiada por este EG. Superior Tribunal de Justiça.**”

13. Esclarece também a requerente que não há que se falar *em venire contra factum proprium* por sua parte, sendo certo que o fato de a mesma ter interposto recurso de nulidade apenas parcial da sentença arbitral em nada obstaculiza o deferimento do presente pedido de homologação, aduzindo que “*poderia ter postulado tão somente a homologação parcial da sentença arbitral, ou seja, da parte que lhe foi favorável, mas optou por requerer a homologação da íntegra daquela sentença (aí incluída também a parte que perdeu). E assim o fez em respeito ao princípio da boa-fé*”.

14. A requerente esclarece também que o pedido de homologação da sentença arbitral perante os tribunais dos Estados Unidos da América, do Chile e do Brasil não representa um suposto *forum shopping*, visto que a “*finalidade principal da Convenção de Nova Iorque é justamente propiciar a livre circulação de sentenças arbitrais estrangeiras entre diversos países*”, especialmente quando as requeridas, ou uma delas, têm bens situados em vários Estados, justificando o pedido de homologação perante esses tribunais. Aduz também que formulou pedido de homologação da sentença arbitral na França, tendo o Tribunal de Grande Instância de Paris, concedido o *exequatur*, por entender que a sentença arbitral “*não contém nenhuma disposição contrária à lei ou à ordem pública*”.

15. Conclui, então, a requerente que “*conceder efeitos à sentença anulatória argentina constituiria uma violação à garantia do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV, da CF. Ao proceder-se dessa forma, negar-se-ia a própria cláusula compromissória, dispositivo este essencial ao próprio negócio entre as partes, caracterizando verdadeira denegação de justiça também vedada pelo art. 5º, XXXV, da CF*”.

16. Em sede de tréplica (fls. 2733/2757 Vol 11), a ENDESA alega que a decisão homologanda nunca transitou em julgado, em face dos dois recursos de nulidade interpostos, “*os quais obstaram a formação da coisa julgada*”. Aduz que, sem o requisito imprescindível do trânsito em julgado, o art. 5º, III, da Resolução nº 09/05 do e. Superior Tribunal de Justiça veda, peremptoriamente, a homologação da decisão proferida na Argentina, não havendo que se falar em faculdade de rejeitar-lhes a eficácia. E ainda mais: “*A homologação oficializa uma sentença estrangeira, internalizando seus efeitos. Não se trata de um procedimento para retirar os vícios ou dar roupagem diversa a uma decisão de outro país. Logo, se é nula em sua origem, é nula*





*aqui.” Argumenta ainda que, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça analisar o mérito da decisão anulatória, sendo “a Corte argentina a única competente para decidir acerca da conformidade do laudo arbitral, tanto que ambas as partes, inclusive a EDFI, interpuseram, naquele país, seus recursos de nulidade.”.*

17. Além disso, a ENDESA argumenta com relação à afirmação da EDFI de que a exigência para homologação de eficácia do laudo no país de origem (disposta no Protocolo de Las Leñas) estaria revogada por incompatibilidade com a Convenção de Nova Iorque (promulgada posteriormente), que teria inaugurado o “*princípio do favorecimento à circulação das sentenças arbitrais*”. ENDESA aduz, ao refutar a alegação da EDFI que: “*Ocorre que a redação do art. 20, e, do Protocolo de Buenos Aires, promulgado em 2009, é idêntico à do supostamente revogado art. 20, e, do Protocolo de Las Leñas.*” Logo, de acordo com a ENDESA, “*embora o Protocolo de Buenos Aires, por si só, baste para que se rejeite a homologação de um laudo anulado, cumpre à suplicante rechaçar a alegação da EDFI, desprovida de qualquer sentido, de que a Convenção de Nova Iorque teria revogado o Protocolo de Las Lenas.*”.

18. YPF, igualmente em sede de tréplica (fls. 2759/2777 Vol 11) alega que, diante do disposto na Convenção: “*o reconhecimento e a execução da sentença poderão ser indeferidos” a CNI quis impor à parte que impugna o requerimento de homologação o ônus de provar a incidência de uma das hipóteses previstas nos incisos de seu art. V.*”. Neste sentido, aduz que, se a parte requerida não cumprir o exigido, então assim, o laudo arbitral poderia ser homologado. Argumenta que “*rejeitar a homologação de sentença estrangeira anulada no país em que foi prolatada não é uma mera faculdade conferida ao*

313  
002871

*jugador, mas, sim, um poder-dever que lhe é atribuído*". Aduz ainda que, a doutrina concluiu que a correta interpretação da Convenção de Nova Iorque deve ser pela obrigatoriedade da recusa de homologação do laudo arbitral anulado pelo país sede da arbitragem. A doutrina, ao comentar a distinção entre as versões inglesa e francesa da Convenção de Nova Iorque, no tocante à versão em língua inglesa que confere a possibilidade de recusa (the award may be refused (...) only if) e a versão francesa que a impõe (La reconnaissance et l'execution de la sentence ne seront refusées (..) que si). Informa que, apesar da expressão "may", em inglês, originalmente, indicar possibilidade, em documentos jurídicos (constituições, estatutos solenes e tratados) a palavra "may" tem seu sentido reconfigurado para "poder-dever". Alega que não há que se falar em *revogação tácita* do Protocolo de Las Lenas pela Convenção de Nova Iorque, visto não haver qualquer incompatibilidade entre os dois estatutos: "*A própria CNI estabelece que a falta de eficácia na origem é motivo de recusa da homologação de sentença arbitral. Por sua vez, a Protocolo de Las Lenas requer a existência de eficácia para que se conceda homologação.*" Insiste na alegação de prática do *forum shopping* realizada pela ora requerente. Aduz que tanto na Espanha como no Chile, a ora requerente teve seu pedido de homologação indeferido. Argumenta também que "*a CNI, a Convenção do Panamá e a Lei de Arbitragem não estabelecem como requisito de recusa à homologação do laudo uma prévia ou contemporânea homologação da decisão judicial anulatória.*".

19. EDFI Internacional, em petição às fls. 2843/2860 Vol 12, reitera que o Superior Tribunal de Justiça não está obrigado a acatar a decisão judicial Argentina que anulou a sentença arbitral que se pretende homologar. Aduz que diante de duas decisões estrangeiras (a sentença arbitral e a decisão anulatória), o Superior Tribunal de Justiça tem "*independência para examiná-las e deferir*

*ou não a homologação postulada, tudo à luz da ordem pública e da legislação brasileira sobre a matéria*". Ressalta que *"ainda que uma sentença arbitral tenha sido anulada no país, se os requisitos previstos na lei brasileira tiverem sido atendidos, poderá a mesma ser homologada no Brasil."* Sustenta que indeferir o pedido de homologação seria *"o corolário de um sistema anti-arbitragem, favorecendo o não reconhecimento das sentenças arbitrais proferidas no exterior, justamente o contrário do que se pretendeu com as legislações pátria e internacional."* Aduz que, em que pese o alegado pela ENDESA de que o art. 20, letra "e" do Protocolo de Buenos Aires (Decreto 6.891/2009) exige que, para o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, a decisão tenha força de coisa julgada, tal artigo, na verdade, não é aplicável ao caso, pois, na verdade, de acordo com o artigo 19 (remetido pelo art. 20) tal exigência refere-se tão somente às sentenças tramitadas pela via *"rápida"*, ou seja, por meio da Autoridade Central, ou por via diplomática ou consular. Ademais assinala a requerente, a *"Convenção de Nova Iorque é o principal acordo internacional sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras que estabeleceu parâmetros exaustivos à homologação dessas sentenças, os quais não podem ser ampliados por simples Acordos de Cooperação e/ou Protocolos Regionais."* Argumenta que, com relação ao alegado pela requerida quanto à inexistência de um trânsito em julgado da sentença homologanda, *"proferida a sentença arbitral, e transcorrido o prazo para eventuais pedidos de esclarecimentos ao próprio Tribunal Arbitral, esta se torna definitiva e imutável na seara arbitral, que é o que importa para a homologação."* Por fim, aduz que as decisões anulatórias das Justiças argentina e chilena carecem de eficácia por não terem se submetido a um processo de homologação de sentença estrangeira.

20. É o relatório.



21. A questão está centrada na interpretação da *Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras* (*Convenção de Nova Iorque de 1958*), promulgada pelo Decreto nº 4311/2002, que assim dispõe no art. V, § 1º, letra “e”: “*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 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.*”. Similar é o texto da *Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional* (*Convenção do Panamá*).

22. Conforme a requerente, a sentença arbitral internacional seria uma sentença sem nacionalidade, destacada do local onde realizada a arbitragem. A eventual anulação da sentença arbitral pela Justiça do país onde proferida somente seria óbice à homologação alhures se o motivo da anulação fosse internacionalmente aceitável e não simples decorrência de peculiaridades da legislação doméstica. Daí o emprego do verbo *poderão* que estaria a indicar *faculdade* para aceitar ou não a homologação. Mas não é esta a interpretação que deve prevalecer.

23. É certo que o verbo “*poderão*” segue o texto original da Convenção de Nova York em inglês: “*Recognition and enforcement of the award may be refused*”, onde o verbo “*may*” teria um sentido de faculdade e não de obrigatoriedade. No texto em francês é indubitosa a vedação da homologação.

002700

24. O verbo “*may*”, de acordo com a definição encontrada em vários dicionários jurídicos da língua inglesa, estabelece uma obrigatoriedade, quando a palavra “*may*” estiver inserida em textos legais, tais como, constituições, estatutos e contratos.

<sup>1</sup>may 1 (m)

aux.v. Past tense might (mt)

1. To be allowed or permitted to: May I take a swim? Yes, you may.
2. Used to indicate a certain measure of likelihood or possibility: It may rain this afternoon.
3. Used to express a desire or fervent wish: Long may he live!
4. Used to express contingency, purpose, or result in clauses introduced by that or so that: expressing ideas so that the average person may understand.
5. **To be obliged; must. Used in statutes, deeds, and other legal documents.** See Usage Note at can1.

<sup>2</sup>MAY. To be permitted; to be at liberty; to have the power

2. **Whenever a statute directs the doing of a thing for the sake of justice or the public good, the word may is the same as shall. For example, the 23 H. VI. says, the sheriff may take bail, that is construed he shall, for he is compellable to do so.** Carth. 293 Salk. 609; Skin. 370.
3. **The words shall and may in general acts of the legislature or in private constitutions, are to be construed imperatively; 3. Atk. 166; but the construction of those words in a deed depends on circumstances. 3 Atk. 282. See 1 Vern. 152, case. 142 9 Porter, R. 390.**

<sup>3</sup>may

v. a choice to act or not, or a promise of a possibility, as distinguished from "shall," which makes it imperative. 2) **in statutes, and sometimes in contracts, the word "may" must be read in context to determine if it means an act is optional or mandatory, for it may be an imperative. The same careful analysis must be made of the word "shall." Non-lawyers tend to see the word "may" and think they have a choice or are excused from complying with some statutory provision or regulation**

<sup>1</sup> <http://www.thefreedictionary.com/may>

<sup>2</sup> <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/May>

<sup>3</sup> <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1229>

25. Para além das divergências na interpretação gramatical, a jurisprudência internacional e a doutrina têm se direcionado no sentido de denegar o pedido de homologação, em terceiros países, das decisões arbitrais anuladas no seu país de origem, como se observa das palavras de Arbert Jan van den Berg<sup>4</sup>, ao interpretar a Convenção de Nova York: *“In any event, the vast majority of the courts in the other Contracting States do not enforce arbitral awards that have been set aside (annulled, vacated) in the country of origin, either under the Convention or otherwise”*. Paulo Borba Casella<sup>5</sup> ao comentar o tema ressalta: *“Segundo a Convenção de Nova York, a anulação que impediria a homologação da sentença arbitral é tão somente aquela proferida por tribunal do país onde se situa a sede de arbitragem ou por tribunal cujo direito foi aplicado à arbitragem. Não basta, assim, que haja uma anulação, porque somente aquela proferida pelos tribunais de um desses dois países é visada pelo art. V, § 1º, e. Identificar esses dois foros é indispensável, já que a anulação de uma sentença arbitral por outros tribunais não interfere no regime da Convenção de Nova Iorque e, assim, não impede a homologação”*. Apesar da *“interpretação questionável e literal”*<sup>6</sup> da versão em inglês do art. V, § 1º, *caput*, da Convenção, prossegue Paulo Borba Casella explicitando que *“as convenções internacionais não costumam conferir faculdades sem antes prever os critérios para o seu exercício, porque isso criaria um buraco de incertezas desde o início para sua aplicação, muito menos prever implicitamente tal faculdade. A própria Convenção de Nova Iorque, quando quis conferir faculdade ao juiz requerido, o fez expressamente (por exemplo, no art. VI)”*. Para fins de esclarecimento, o art. VI se utiliza da expressão *“se assim julgar cabível”* confirmando a faculdade explícita conferida à autoridade competente

<sup>4</sup> Berg, Albert Jan van den, The New York Convention of 1958: An overview, [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new\\_york\\_convention\\_of\\_1958\\_overview.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf), pg. 17

<sup>5</sup> Casella, Paulo Borba, Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. In: Revista de Arbitragem e Mediação, V. 3 n. 9, pg. 209/210

<sup>6</sup> Casella, Paulo Borba, Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. In: Revista de Arbitragem e Mediação, V. 3 n. 9, pg. 233



em contraposição com o disposto no artigo anterior. Por fim, Borba Casella conclui: *“Ora, o sistema instituído pela Convenção de Nova Iorque tem por fim assegurar a coordenação internacional sobre o controle da sentença arbitral, especialmente estipulando regras uniformes para o seu reconhecimento. A interpretação de que os motivos de recusa seriam facultativos parece pecar por três motivos: desrespeita tal finalidade de coordenação e interpretação-aplicação uniforme; apoia-se sobre interpretação questionável (porque nada nos trabalhos preparatórios confirmam-na) e literal da versão em inglês do art. V, § 1º caput (a dúvida não surge na versão oficial em francês); e, embora concebível, gera situação passível de controvérsia com o art. VII, § 1º”, que prevê a prevalência do regime mais favorável à homologação.*

26. José Nunes Pinto<sup>7</sup>, ao comentar acerca da *“Convenção de Dublin”* - Conferência do International Council for Commercial Arbitration – ICCA – realizada na capital irlandesa em 2008, ressalta a proposta do Prof. Arbert Jan Van Den Berg (*“O personagem: ninguém mais, ninguém menos que uma das maiores, senão a maior autoridade em Convenção de Nova York de que se tem notícia”*<sup>8</sup>) em se criar uma Convenção Minutada *“que não se afastaria do espírito que deu origem à Convenção de New York”*. Sobre o tema de recusa da execução das sentenças arbitrais ressalta: *“Ao tratar da recusa de execução de sentenças arbitrais, o item 1 do art. V da Convenção de New York, na redação em inglês, dá a entender que a Corte local teria alguma margem de discricionariedade para aplicar ou não os dispositivos respectivos. O texto diz que a execução “pode ser recusada” (may be refused), ou seja, dando uma noção de permissividade, mas não de obrigatoriedade. A versão brasileira em*

<sup>7</sup> Pinto, José Emílio Nunes, *Convenção de Nova York: atualização ou interpretação*/José Emílio Nunes Pinto, Rodrigo Garcia da Fonseca. In: *Revista de arbitragem e mediação*, v. 5, n. 18, p.61/62, jul/set. 2008

<sup>8</sup> Pinto, José Emílio Nunes, *Convenção de Nova York: atualização ou interpretação*/José Emílio Nunes Pinto, Rodrigo Garcia da Fonseca. In: *Revista de arbitragem e mediação*, v. 5, n. 18, p. 52, jul/set. 2008

*Ai*

português, editada com o Dec. 4.311, de 23.07.2002, incorpora essa redação, afirmando que “o reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos (...)”. A redação proposta pelo Prof. Van de Berg é expressa em tornar mandatória a recusa da execução - “enforcement of an arbitral award shall be refused (...)”. Com isso fica claro que os tribunais devem recusar a execução na presença de um dos vícios listados na Convenção, afastando qualquer dúvida no particular.”.

27. Em que pese a versão francesa da Convenção de Nova Iorque pender para a obrigatoriedade, a Justiça da França declarou, no famoso caso *Hilmarton*, homologável a sentença arbitral a despeito de sua anulação no país de origem. Ocorre, no entanto que, conforme o Guia do ICCA (*International Council for Commercial Arbitration*) sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958<sup>9</sup>, a França adotou essa postura com base na legislação interna, com aplicação do art. VII, § 1º, da Convenção de Nova York, e a opção pelo regime mais favorável. Esse dispositivo permite o reconhecimento de um regime legal mais favorável à homologação do aquele da Convenção de Nova York, ou seja, um regime que permita o reconhecimento e execução da sentença nos casos em que a Convenção não permitiria (vide Capítulo I em V.1).

28. Em consonância com a Convenção de Nova Iorque, a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) diz no art. 38, inciso VI: “Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença estrangeira, quando o réu demonstrar que: VI – a sentença 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

<sup>9</sup> [http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese\\_guide\\_composite\\_for\\_website\\_final.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese_guide_composite_for_website_final.pdf)



00065

*prolatada*”. Com relação ao regime adotado no direito brasileiro, anotada Paulo Borba Casella<sup>10</sup>, *o regime só é mais favorável à homologação de sentenças arbitrais anuladas do que a Convenção de Nova Iorque na hipótese de a anulação houver sido pronunciada pelos tribunais do Estado cujo direito foi aplicado ao processo arbitral, porque tal hipótese não foi prevista no art. 38 da Lei de Arbitragem brasileira. Na hipótese de a sentença ter sido anulada pelos tribunais da sede da arbitragem, o regime brasileiro é idêntico ao convencional para esse tema, ou seja, é idêntico ao que estabelecido na Convenção de Nova Iorque. Para Paulo Borba Casella<sup>11</sup>, o art. 38 da Lei de Arbitragem impede a homologação no caso de a anulação ter sido pronunciada “por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada”, como é o caso destes autos em que Buenos Aires foi a sede da arbitragem e a decisão arbitral argentina foi anulada pela Câmara Nacional de Apelações do Comércio de Buenos Aires, órgão judiciário competente segundo a legislação processual argentina, e confirmada pela Corte Suprema de Justiça Argentina. Também Carlos Alberto Carmona<sup>12</sup>, ao analisar a Lei de Arbitragem, ressalta que: “Anulada a sentença arbitral (no país de origem), bastará a produção de tal prova pelo réu para que a homologação seja denegada”.*

29. Em resumo, no Brasil, a aplicação combinada do art. V, § 1º, letra “e”, da *Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque de 1958 -Decreto nº 4311/2002)* com o art. 38, inciso VI, da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), aponta para a impossibilidade da homologação quando demonstrado pela parte requerida que a sentença arbitral foi anulada no país onde proferida, mormente

<sup>10</sup> Casella, Paulo Borba, Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. In: Revista de Arbitragem e Mediação, V. 3 n. 9, pg. 242

<sup>11</sup> Casella, Paulo Borba, Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. In: Revista de Arbitragem e Mediação, V. 3 n. 9, pg. 242

<sup>12</sup> Carmona, Carlos Alberto, Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/1996. 2. ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 377.



porque no caso as partes haviam convencionado na aplicação da lei material argentina e fixado Buenos Aires como o lugar da arbitragem. Logo, não há como recusar a validade do *judicial review* pela Justiça argentina. À parte requerida cabe o ônus de fazer a prova da anulação da sentença arbitral, sem que lhe seja exigida a prévia homologação da sentença anulatória.

30. Reporto-me à contestação da YPF (itens 43 a 46, fls. 782/783): *“desnecessário enfatizar que o legislador, ao prever que 'somente poderá ser negada a homologação' em caso tais, quis impor ao réu o ônus de provar a incidência de uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 38 da Lei de Arbitragem brasileira. No caso sub judice, impõe-se às requeridas demonstrar que o laudo arbitral não se tornou obrigatório ou foi anulado pelo órgão judicial do país em que foi proferido – o que resta sobejamente comprovado pelos fundamentos instruídos pelos documentos que instruem esta contestação. Nesse sentido, a homologação de laudo arbitral estrangeiro 'somente' poderá – e aí deverá – ser negada quando o réu 'prova' ter o laudo arbitral sido anulado pelo órgão judicial do país em que proferido. Ônus do qual a YPF se desincumbiu por completo nesta contestação. Não faria sentido supor que 'poderia ser homologado' um laudo arbitral mesmo quando o réu tenha 'comprovado' que este laudo arbitral não tenha se tornado obrigatório, ou que tenha sido suspenso ou anulado pelo órgão judiciário competente do país em que foi proferido”*.

31. Tampouco cabe adotar aqui a “teoria da deslocalização das sentenças arbitrais”. É que o Brasil e a Argentina são membros fundadores do MERCOSUL, no âmbito do qual, para o fortalecimento do processo de integração, harmonização legislativa e consolidação da segurança jurídica, foi firmado em 1992 o “Protocolo de Las Leñas – Protocolo de Cooperação e

*Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa*”, que estabeleceu regras especiais para o reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais, lendo-se no art. 20, letra “e”: “as sentenças e os laudos arbitrais a que se referem o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições: ... e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada”. Deve ser destacado que esse artigo fala expressamente em *eficácia extraterritorial* das sentenças prolatadas nos países membros do bloco. Diz José Carlos de Magalhães<sup>13</sup> que “ao dotar as sentenças judiciais e laudos arbitrais emanados dos países do Mercosul de eficácia extraterritorial, o Protocolo atribui-lhes efeitos plenos nos territórios dos Estados-Partes, independentemente de homologação pelo Judiciário do país onde deve ser executada. Isso porque, ao admitir a eficácia extraterritorial àqueles atos, ou seja, a produção de efeitos fora do território onde foram proferidos, o Protocolo de Las Leñas confere jurisdição internacional aos juízes dos Estados-Partes”.

32. Nem há falar que o *Protocolo de Las Leñas*, de 1992, foi revogado pela posterior promulgação da *Convenção de Nova Iorque* em 2002, alegação que deve ser afastada em razão do princípio da especialidade. Além disso, o *Protocolo de Buenos Aires*, promulgado pelo Decreto nº 6.891/2009, reitera no seu art. 20 que as sentenças e os laudos arbitrais somente terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada.

33. Tampouco se pode avançar na discussão dos motivos que levaram à anulação da sentença arbitral, o que seria admitir a revisão do mérito da

<sup>13</sup> <http://pt.scribd.com/doc/73348298/O-protocolo-de-las-lenas> O protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul.

08105

sentença da Justiça argentina, procedimento estranho ao juízo deliberatório da homologação e, mais, incompatível com os *protocolos* firmados no âmbito do MERCOSUL: *homologar a sentença arbitral que foi anulada no país de origem, seria o reconhecimento da eficácia, no Brasil, de ato que já foi invalidado por decisão do Poder Judiciário competente.*

34. Verifica-se no caso em exame, que conforme disposto na sentença arbitral homologanda às fls. 396, o direito aplicável em caso de controvérsias é o direito argentino. Sendo assim, a decisão arbitral argentina foi anulada pela Câmara Nacional de Apelações do Comércio de Buenos Aires, órgão competente segundo a legislação processual argentina, e confirmada pela Corte Suprema de Justiça Argentina. O contrato celebrado entre as partes estipulava a aplicação da lei material argentina e Buenos Aires como lugar da arbitragem. Com efeito, homologar uma sentença que foi anulada no país de origem, seria permitir a produção de efeitos, no Brasil, de ato estatal estrangeiro que já perdeu a eficácia em face de uma decisão do Poder Judiciário original competente.

35. Tanto a Lei de Arbitragem como a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras estabelece a hipótese de negação de pedido de homologação de uma sentença arbitral quando da existência de sentença judicial anulatória do laudo arbitral em seu país de origem. Os Protocolos de Las Leñas e de Buenos Aires exigem a “*força da coisa julgada e/ou executória*” da decisão estrangeira para que possa ser homologada em outro país. A Resolução nº 9/2005 do STJ estabelece em seu art. 5º, III a existência do trânsito em julgado como um dos requisitos principais ao deferimento do pedido de homologação de sentença estrangeira.

*Je*

36. A demonstração de que sentença arbitral foi anulada é o quanto basta para atestar que essa sentença deixou de ter *força de coisa julgada e/ou executória* como exigido pelos *Protocolos de Las Leñas* e de *Buenos Aires*. Qualquer outra indagação escapa do âmbito do juízo deliberatório. Em consequência, o pedido não atende ao que exigido pelo art. 5º, III, da Resolução 9/2005 do STJ, qual seja, a existência de uma sentença transitada em julgado.

37. Isso posto, o Ministério Público Federal opina pelo indeferimento da homologação.

Brasília, 26 de novembro de 2012



**EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA**  
Subprocurador-Geral da República

*Superior Tribunal de Justiça*

SEC 5.782/AR



**RECEBIMENTO**

Recebi os presentes autos do Ministério Público Federal,  
nesta data.  
Brasília, 28 de novembro de 2012.

*Mattos*  
\_\_\_\_\_  
STJ - COORDENADORIA DA CORTE ESPECIAL

**CONCLUSÃO**

Faço estes autos conclusos ao Exmo. Senhor Ministro  
Presidente, com parecer do MPF, nesta data.

Brasília, 28 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_  
STJ - COORDENADORIA DA CORTE ESPECIAL

(em 12 vol. e 0 apenso(s))