

AFERIÇÃO DA CAPACIDADE DAS PARTES NO PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: NOTAS INTERPRETATIVAS DO ART. V 1 (A) DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK

ANALYSING THE CAPACITY OF THE PARTIES IN THE RECOGNITION OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS BY BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE: INTERPRETING ARTICLE V 1 (A) OF NEW YORK CONVENTION

RAFAEL PETEFFI DA SILVA

Professor Associado da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Pesquisador Líder do Grupo "Direito Civil na Contemporaneidade".
rpeteffi@gmail.com

LEANDRO MONTEIRO LIBERAL

Mestre em Direito (2019). Graduação (2012) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pelo CESUSC (2014). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Civil na Contemporaneidade CCJ/UFSC. Advogado.
leandro@advocaciasc.com.br

Recebido em: 09.08.2019
Aprovado em: 17.10.2019

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Processual; Civil

RESUMO: O estudo objetiva analisar se a ratificação da Convenção de Nova York pelo Brasil alterou as regras de conexão aplicáveis à aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça. Em um primeiro momento, abordam-se algumas questões práticas atinentes a eventual enfrentamento da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça. Após,

ABSTRACT: This paper aims to analyse if New York Convention ratification's in Brazil has somehow altered the connection rules applicable to the verification of capacity of the parties in the recognition of foreign arbitral awards. At first, some practical questions are addressed regarding a theoretical confrontation of the subject by the Brazilian Superior Court of Justice. Subsequently, it is argued that the application of New York

sustenta-se que o cotejamento da Convenção com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e com a Lei de Arbitragem não alterou a adoção da regra de conexão do *ius domicilii*.

PALAVRAS-CHAVE: Homologação – Sentença arbitral estrangeira – Capacidade das partes – Convenção de Nova York.

Convention with Brazilian pertinent rules did not alter that capacity of the parties is to be assessed under *ius domicilii* rule.

KEYWORDS: Recognition – Foreign arbitral awards – Capacity of the parties – New York Convention.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Operabilidade e casuística da Convenção de Nova York no que concerne à capacidade. 2.1. Conhecimento da matéria: *ex officio* ou por provocação? 2.2. Existe preclusão se a matéria não foi suscitada no procedimento arbitral? 2.3. Momento da aferição: pode ser considerada a incapacidade superveniente? 2.4. Alguns casos internacionais envolvendo a incapacidade e o art. V (1) (a) da Convenção de Nova York: a ampliação eficaz da incapacidade. 3. Teria a Convenção derruído o *ius domicilii* no Brasil? 3.1. Breves anotações acerca da legislação brasileira anterior à ratificação da Convenção de Nova York. 3.2. O cenário atual. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Sendo a arbitragem um meio de resolução de conflitos baseado na autonomia privada, não seria concebível o seu saudável desenvolvimento sem partes totalmente capazes. Sob essa perspectiva, é fácil notar a relevância prática e teórica do tema tratado no presente trabalho.

A Convenção de Nova York, atenta aos princípios fundantes da arbitragem, ressaltou a importância da capacidade das partes para a homologação de laudos arbitrais estrangeiros no seu art. V 1 (a):

“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.”

Infelizmente, não se tem notícia de precedentes do STJ que versem sobre a aplicação deste dispositivo no Brasil, especificamente sobre a capacidade das partes, o que

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

também ocorre com outras nações de importância econômica inegável¹. A casuística internacional e a doutrina, contudo, já se debruçaram sobre o alcance da norma supratranscrita.

Destarte, não se encontra na Convenção de Nova York, tampouco nos seus trabalhos preparatórios, um conceito para a “incapacidade” observada no artigo V 1 (a)². A jurisprudência dos países que já enfrentaram a matéria³ e a doutrina especializada apontam para uma aplicabilidade abrangente do dispositivo da Convenção, consubstanciando as chamadas *incapacity defenses*⁴.

Essa abordagem implica uma amplitude eficaz à “incapacidade” prevista na Convenção que em muito ultrapassa o sentido clássico de capacidade do Direito Civil, fundamental para a validade de qualquer negócio jurídico. A aplicabilidade que aqui se verifica, além de abarcar as clássicas incapacidades mentais e por falta de idade mínima, também alcança algumas hipóteses que se relacionam com os vícios da vontade e com a falta de consentimento informado⁵.

1. “There is no case law in Japan on the choice of law applicable to the incapacity of a party in terms of Art. V(1) of the Convention” HARATA Hirashi. Interpretation and Application of the New York Convention in Japan. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 602.
2. “Neither the Convention nor the travaux preparatoires define ‘incapacity’”. UNCITRAL. *Secretariat guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. New York: United Nations, 2016. p. 135.
3. Veja-se os casos indicados no item 3.4 do presente trabalho.
4. “The types of issues arising under this ground include ‘incapacity’ defences, such as mental incompetence, physical incapacity, lack of authority to act in the name of a corporate entity or a contracting party’s minor age” SIMÕES, Fernando Dias. Interpretation and Application of the New York Convention in Macau. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 643. (grifou-se)
5. Veja-se, especificamente, o caso recentemente julgado pela Corte de Apelação de Nova York, contido no item 3.4 do presente trabalho. No que importa às pessoas físicas, a incapacidade também “deve incluir a situação na qual o indivíduo é incapaz de analisar quais são os seus interesses”. Tradução livre de “the incapacity defence should cover the situation in which an individual is unable to judge where its own interest lies” *ICCA’S Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a Handbook for Judges*. (Sanders ed., 2011. p. 136); O atual guia publicado pela secretaria da UNCITRAL contém importantes detalhes da casuística sobre a matéria: “With respect to the incapacity of individuals, in one Canadian reported case, a party opposed recognition and enforcement on grounds that that party did not have the opportunity to obtain independent legal advice during the negotiation and conclusion of the contract at issue, which contained the arbitration agreement. In interpreting the Canadian law incorporating the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

Ainda mais importante para a prática da arbitragem internacional, que recorrentemente apresenta pessoas jurídicas como partes em seus procedimentos, é a possibilidade de problemas de legitimação do seu representante, normalmente observados no momento de formação da convenção de arbitragem, também preencherem o suporte fático das *incapacity defenses*. Sobre esse assunto e sob a perspectiva do Direito Civil, escreveu-se:

“É correto afirmar que a legitimidade não se confunde com a capacidade, que é requisito de validade, como nos casos previstos no Código Civil em relação à idade, normalidade da psique, intoxicação habitual, prodigalidade, e ao estado social de silvícola, entre outros.⁶ A capacidade diz respeito diretamente ao agente, enquanto a legitimação diz respeito à *posição do sujeito quanto ao objeto do negócio jurídico*.”⁷⁻⁸

Problemas de legitimação nos negócios jurídicos, no âmbito do Direito Civil, podem atrair consequências jurídicas distintas, orbitando entre os planos da validade

which contains a similar provision to that of article V (1)(a), the court did not object that the incapacity defence could apply in this situation. It, however, ultimately rejected it on the facts as the defendant had failed to show evidence of ‘oppression, high pressure tactics or misrepresentation’” UNCITRAL. *Secretariat guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. New York: United Nations, 2016. p. 136. (grifou-se)

6. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 4, p. 93 e ss.
7. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 125. Antônio Junqueira de Azevedo aprofunda a discussão em torno dessa diferenciação, afirmando que a capacidade depende de condições da pessoa tomada em si mesma (condições físicas ou psíquicas), ou condições de status que estão de acordo a algum grupo social, enquanto que a legitimidade depende de relações jurídicas. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 58.
8. PETEFFI DA SILVA, Rafael. Negócios jurídicos com eficácia limitada e o novo Código Civil. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controversas: parte geral*. São Paulo: Método, 2007. v. 6. p. 321. Sobre o exemplo de legitimação mais comumente observado, escrevemos: “Notamos exemplos de negócios jurídicos ineficazes por falta de legitimação do agente em todos os casos de operações efetuadas pelo gestor de negócios, os quais também deverão ser ratificados para gozarem de eficácia plena. A hipótese de procurador sem poderes suficientes para efetuar o negócio jurídico também representa espécie de negócio jurídico com eficácia limitada, facultando posterior ratificação por parte do mandante, de acordo com o art. 1.296 do Código de Beviláqua e art. 662 do atual diploma. Interessante notar que o Novo Código Civil, evoluindo em relação ao antigo diploma, não deixa dúvidas sobre os efeitos decorrentes da falta de poderes por parte do procurador, pois, seguindo o princípio da operabilidade, já prescreve a ineficácia de forma expressa” (p. 320).

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 2019.

e da eficácia⁹. Ressalte-se, contudo, que a doutrina internacional, mesmo admitindo a diferenciação entre incapacidade *stricto sensu* e problemas de legitimação (poderes de representação), é firme ao situar a última categoria entre os problemas de “incapacidade” regulados pela Convenção de Nova York no artigo citado¹⁰.

Esse amplo espectro eficaz que apresenta a “capacidade” na ambiência da Convenção de Nova York deverá ser analisado no juízo de delibação¹¹. Nesse juízo,

-
9. Para uma exemplificação dos vários casos de legitimação como elemento de validade ou como fator de eficácia, veja-se PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 321; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 58.
 10. Ver o precedente do Tribunal Supremo da Espanha no item 3.4 do presente trabalho. Para lições doutrinárias, confira-se SIMÕES, Fernando Dias. Op. cit., p. 643 e UNCITRAL. *Secretariat guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. New York: United Nations, 2016. p. 138. “Although issues of proper representation and authority differ from that of capacity *stricto sensu*, commentators support the idea that the incapacity defence should extend to situations where legal entities allegedly act *ultra vires* their constitutional documents, or where the representative power is alleged to be invalid”. No mesmo sentido: “Recognition and enforcement can thus be refused on the grounds that the arbitration agreement on which the award is based is invalid, whether as a result of the incapacity of a party or because circumstances such as mistake or duress vitiate the consent to arbitrate. Although in principle the concepts of capacity and power to contract should not be confused, it is generally accepted that in the Convention the word “incapacity” also covers the absence of the power to contract. A strong indication to that effect is provided by the fact that during the negotiation of the Convention issues of “capacity” were discussed in connection with juridical persons, which suggests that the word “capacity” was not given its most accurate meaning. Issues of “capacity” – or the power to contract, strictly speaking – also arise in connection with arbitration agreements concluded by governments or public law entities. In such cases, the Convention allows the host country to verify whether the signatories of the arbitration agreement had the capacity (or, more accurately, the power) to bind the government or public entity in question” (FOUCHARD, Philippe et al. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. The Hague Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 1022).
 11. Sobre o juízo de delibação no Brasil: “O método adotado pela Itália e pelo Brasil é o processo da delibação, pelo qual o mérito da sentença não é auferido. O que se leva em consideração são as formalidades da sentença, a luz dos princípios fundamentais, para que seja possível considerar o processo como justo respeitando-se, assim, o princípio do contraditório e a ampla defesa, da legalidade dos atos processuais, do respeito aos direitos humanos fundamentais, e que não seja contrário aos bons costumes” (p. 280). GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Homologação de sentença estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 13, v. 50, p. 277-294, jul.-set. 2016. No Direito Italiano, veja-se BONOMI, Andrea. BALLARINO, Tito. “Italy”. (p. 2208-2219). In: BASEDOW, Jürgen, et al. *Encyclopedia of private international law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 2213. Ainda no ordenamento italiano, ver também CARBONE, Sérgio Maria. Giudizio di riesame del merito e delibazione di sentenza straniera. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 8, p. 509-514, 1972.

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

inerente ao processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, existe um rol taxativo de elementos que devem ser aferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda que a este esteja obstada a entrada no mérito propriamente dito da lide originária¹².

De nada adianta as partes estabelecerem uma convenção de arbitragem se, mostrando-se necessário o procedimento arbitral, não lograrem a homologação da sentença proferida em juízo arbitral estrangeiro. A questão, portanto, advém da dificuldade em definir a lei aplicável ao caso concreto para aferir a capacidade das partes no juízo de deliberação. Essa definição, no Brasil, depende dos critérios a serem aplicados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como o Superior Tribunal de Justiça ainda não se deparou especificamente com a questão da aferição da capacidade das partes¹³, apesar do aumento de pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira¹⁴, o questionamento levantado neste trabalho será essencialmente construído com base nas contribuições internacionais e na doutrina brasileira em relação à questão.

A ausência de precedentes no Brasil instiga a doutrina a tentar antecipar possíveis problemas que serão enfrentados pela autoridade judicial, notadamente para fornecer balizas que auxiliem no estabelecimento dos limites argumentativos para essa hipótese de negativa ao pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira.

A definição de um sistema de conexão, pertinente à aferição da capacidade, claro e objetivo, dará maior previsibilidade ao ordenamento e, portanto, às pessoas (físicas ou jurídicas) que tencionam entabular negócios direta ou indiretamente relacionados com o Brasil.

Em um primeiro momento, serão analisadas algumas questões operacionais extraídas da aplicabilidade da convenção, tais como a possibilidade de arguição *ex officio* da incapacidade pelo juiz estatal, o momento para se identificar a incapacidade da parte e a eventual preclusão da matéria ante a ausência de enfrentamento pelo juízo arbitral.

12. Desde a Emenda Constitucional 45, de 2004, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser competente para processar “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *executur* às cartas rogatórias” (art. 105, I, ‘i’, da Constituição Federal).

13. Apesar de o estudo ter sido feito em 2010, Renata Alvares Gaspar chegou à mesma conclusão em GASPAREL, Renata Alvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, v. 24, p. 58-92, jan.-mar. 2010.

14. Em uma pesquisa jurisprudencial perante o Superior Tribunal de Justiça, dos 32 acórdãos identificados pelo termo “homologação de sentença arbitral estrangeira”, 12 se deram entre 2014 e 2017.

Por derradeiro, evidenciado o conteúdo operacional das regras de capacidade da Convenção de Nova York, verificar-se-á qual era o critério de conexão adotado pelo Brasil em sua legislação até a ratificação da Convenção de Nova York, em 2002¹⁵. Ato contínuo, mister analisar se a ratificação tardia da Convenção de Nova York pelo Brasil gerou, para esta hipótese de inarbitrabilidade subjetiva, possível conflito com a legislação até então aplicável. Isso porque a aludida convenção aportou ao ordenamento, através do seu art. V (1) (a), nova fonte normativa para regulação da matéria.

Assim, de forma dedutiva, verificar-se-á se a Convenção de Nova York pode ser considerada um divisor de águas; ou se, ao contrário, apenas acresceu elementos ao juízo de delibação sem alterar a regra de conexão aplicável no Brasil.

2. OPERABILIDADE E CASUÍSTICA DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK NO QUE CONCERNE À CAPACIDADE

Como citado, a Convenção de Nova York foi ratificada pelo Brasil apenas em 2002, mais de quatro décadas depois de sua elaboração. Trouxe, em seu bojo, “nova” normativa para a regulação da capacidade civil das partes no que tange à homologação de sentença arbitral estrangeira. Especificamente, em seu art. V (1) (a), o qual, em vernáculo, ficou assim disposto:

“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.”

Com base no enunciado acima, alguns questionamentos se fazem necessários. Basicamente, propõe-se a verificação (2.1.) da forma de conhecimento da matéria (se de ofício pelo Superior Tribunal de Justiça ou se pela provocação da parte interessada); (2.2.) da eventual caracterização de preclusão, ante a ausência de enfrentamento pelo juízo arbitral e (2.3.) do momento em que a capacidade das partes deve estar presente para que a homologação da sentença arbitral estrangeira não seja negada.

15. Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm]. Acesso em: 29.01.2020.

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

Além disso, considerando, até a data da elaboração deste estudo, a ausência de precedentes no Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, buscou-se identificar alguns casos estrangeiros sobre a temática (2.4.), além dos aportes realizados pela doutrina nacional e estrangeira. Sucede que também fora do Brasil a questão encontra pouco eco. De uma forma ou de outra, a análise destes casos permite a extração de algumas tendências que podem auxiliar na construção de um entendimento nacional.

2.1. *Conhecimento da matéria: ex officio ou por provocação?*

Atestar a capacidade civil da parte que entabulou o negócio jurídico ensejador da sentença arbitral estrangeira poderia, em uma primeira leitura, atrair questões de ordem pública. A Convenção de Nova York, ao definir as causas de indeferimento da homologação da sentença arbitral estrangeira, estabeleceu, em seu artigo V (1) (a), a condição de ser provocada pela parte interessada: “O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada”.

Diante da expressa ratificação da Convenção, sustenta-se que a incapacidade da parte somente poderá ser apreciada no juízo de delibação se efetivamente suscitada por uma das partes. Referida conclusão também é corroborada pelo Art. 38, I, da Lei da Arbitragem, na medida em que condiciona a negativa de homologação à demonstração, “pelo réu”, da incapacidade das partes.

Ainda que a matéria comporte relevância, a legislação, tal como vigente, efetivamente impõe a necessidade de provocação das partes. Essa tendência de limitação dos efeitos do juízo de delibação decorre dos anseios do comércio internacional, o qual ambiciona a eliminação, tanto quanto possível, do controle estatal sobre a arbitragem, limitando-se ao juízo de delibação¹⁶.

De igual forma, Lauro Gama preceitua que esse pressuposto negativo que obstará a homologação da sentença não pode ser ventilado sem provocação das partes ao Superior Tribunal de Justiça – mais do que isso, exigir-se-á a prova pela parte interessada na denegação do pedido¹⁷.

16. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Homologação de sentença estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 13, v. 50, p. 280, jul.-set. 2016.

17. Nesse sentido: “No primeiro [art. 38], são indicados os pressupostos negativos suscetíveis de invocação pela parte contra a qual se pretende o reconhecimento ou a execução forçada da decisão. Vale notar que, além de não poderem ser ventilados *ex officio*, pela autoridade judiciária, terão de ser provados pela parte requerida, eventualmente interessada na denegação do pedido” SOUZA JR. Lauro da Gama. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: a nova lei brasileira* (9.037/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1996. p. 316.

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

Efetivamente, a necessidade de provocação da matéria não parece encontrar dissonância na doutrina nacional. Esse raciocínio decorre da própria razão de ser da Convenção: a sentença arbitral constitui um título dotado de fé, gerando uma presunção *iuris tantum* de sua validade e imputando o ônus da prova à parte que pretende obstaculizar o seu cumprimento – as causas cognoscíveis de ofício devem estar previstas em lei¹⁸.

2.2. Existe preclusão se a matéria não foi suscitada no procedimento arbitral?

Outra questão que poderia surgir em eventual enfrentamento da incapacidade civil das partes no momento do juízo de delibação seria a definição da obrigatoriedade de a tese ser apreciada pelo juízo arbitral. Nesse sentido, de um lado, há previsões legais expressas em nosso ordenamento para impedir a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras em que uma das partes se mostra civilmente incapaz. De outro, gera-se margem para manobras: e se uma das partes adotar a estratégia de não suscitar a questão para o árbitro, evocando-a apenas no momento da homologação da sentença pelo STJ, sabedora do resultado desfavorável da arbitragem?

Leonardo de Faria Beraldo¹⁹ destaca que, segundo seu entendimento, apenas nos casos em que a parte evidenciar a impossibilidade da arguição em momento pretérito é que pode ser conhecida no juízo de delibação.

Parece adequado concluir que, salvo comprovação de que a questão não foi suscitada no juízo arbitral por impossibilidade absoluta (desconhecimento; acesso a documentos em momento superveniente; entre outras causas verdadeiramente impeditivas), a matéria é, sim, acobertada pela preclusão. Do contrário, dar-se-ia margem para litigantes atuarem de forma a deturpar o instituto: adotam a estratégia de não apresentar a questão ao juízo arbitral para aguardar a prolação da sentença e, a depender do resultado, posteriormente pugnar pela invalidação judicial.

Assim, no caso em que a incapacidade de um dos contratantes não foi levantada perante o juízo arbitral, então nascerá um duplo ônus para a parte que impugnar o

18. ROBERT, Jean. A Convenção de Nova Iorque de 10.06.1958 para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 6, v. 21, p. 243, abr.-jun. 2009.

19. “Passemos, agora, a uma breve análise de cada um dos incisos dos arts. 38 e 39 da LA, lembrando-se que, em todas as hipóteses do art. 38, é imprescindível que a parte que se sentir prejudicada argua o vício na primeira oportunidade que tiver, após ter ciência real ou inequívoca de sua existência, sob pena de preclusão. Caso, contudo, reste demonstrado que ela não teve como poder apresentar manifestação sobre isso no juízo arbitral, então será possível, ao STJ, analisar o ocorrido” (BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014. p. 564).

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça: o primeiro, quanto à impossibilidade de prévia apresentação; o segundo, quanto à incapacidade propriamente dita.

2.3. *Momento da aferição: pode ser considerada a incapacidade superveniente?*

Tanto na versão original²⁰ da Convenção quanto na versão trazida ao vernáculo pelo decreto que a ratificou, existe uma intencional utilização do verbo no passado quando se fala da capacidade. Ainda assim, o juízo de deliberação, no momento da homologação de sentença arbitral estrangeira, poderia, teoricamente, analisar o requisito da incapacidade tendo como data-base o momento da convenção da arbitragem ou o momento da conclusão da arbitragem.

Alguns Estados já puderam apreciar a questão, sendo inaugurado entendimento pela Itália no sentido de que a capacidade deve ser aferida no momento em que firmada a convenção de arbitragem; no que foi secundada pelos Estados Unidos da América, pela Rússia e pelo Canadá²¹. Não poderia ser diferente, pois a capacidade para a contratação deve estar manifestada, sem vícios de consentimento, quando entabulado o negócio. Eventual retroação ou causa superveniente seria incompatível com a negativa de homologação da sentença arbitral; pois, no momento do ato, a parte era capaz.

Imagine-se o exemplo em que duas pessoas físicas, em pleno exercício de suas capacidades, entabulassem negócio jurídico, com convenção de arbitragem. Surgida a disputa, inicia-se o procedimento arbitral. Contudo, antes de proferida a sentença, uma das partes envolve-se em um acidente de trânsito e, devido ao impacto, fica em estado vegetativo, perdendo a sua capacidade civil de fato. Este fato superveniente não poderá obstar a homologação da sentença arbitral no Brasil, pois o requisito capacidade estava presente quando da realização do negócio jurídico e da convenção de arbitragem.

Assim, para fins de homologação de sentença arbitral estrangeira, caberia ao Superior Tribunal de Justiça aferir se, na data da convenção de arbitragem, as partes eram plenamente capazes de realizar o ato. Se, após, mesmo que durante o procedimento arbitral, uma ou ambas as partes percam, temporária ou permanentemente, sua capacidade, isso não pode servir de óbice para a homologação da sentença.

20. No ponto, em inglês, a dicção do Artigo V (1) (a) ficou: “The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity (...)”.

21. UNCITRAL. *Secretariat guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. New York: United Nations, 2016. p. 140.

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 2019.

2.4. *Alguns casos internacionais envolvendo a incapacidade e o art. V (1) (a) da Convenção de Nova York: a ampliação eficaz da incapacidade*

Considerando a inexistência de casos acerca do tema perante o Superior Tribunal de Justiça (aliás, o tema mostra-se escasso mesmo internacionalmente), perfeitamente válida a análise da casuística estrangeira; pois, resguardadas as normas de direito internacional privado, apresenta alguns elementos que podem vir a auxiliar em eventual caso estreado no Brasil.

No caso *Sokofl Star Shipping Co. Inc vs. GPVO Technopromexport*²², a corte russa pôde, em 1997, enfrentar a aplicação do art. V (1) (a). Na oportunidade, foi acolhido o argumento de que havia incapacidade porque uma das empresas diretamente envolvidas não existia no mundo jurídico. Simplesmente não era registrada, tampouco possuía os requisitos mínimos para ser considerada uma pessoa jurídica. Com isso, a impugnação foi aceita e a sentença arbitral originária do Panamá não pode gerar seus efeitos na Rússia.

Referido caso seria verificável no Brasil. Afinal, também aqui requisitos formais são exigíveis para a formação de uma pessoa jurídica que, não cumpridos, retiram a sua personalidade (e, pois, a sua capacidade civil). Com efeito, possivelmente a mesma conclusão seria obtida caso a sentença arbitral estrangeira em questão estivesse no processo de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

No recentíssimo caso *United Media Holdings vs. Forbes Media*²³, analisado pela Corte de Nova York, em agosto de 2017, discutia-se um contrato de licença de uso de marca (Forbes) na Ucrânia. Sem adentrar no mérito da discussão, uma das partes apresentou objeção à homologação da sentença arbitral, alegando que o exercício de seu consentimento restou prejudicado durante a arbitragem, pois foi concedido pouco prazo para apreciação de fatos e de documentos juntados pela parte contrária. Ainda que discutível, a Corte de Nova York enfrentou a questão pelo viés da capacidade, abordando a questão temporal para fins de sua aferição.

A alegação foi rejeitada justamente porque não foi alegado (quanto mais provado) que a incapacidade estava presente no momento em que estabelecida a convenção de arbitragem: “para fins de aplicação do Artigo V (1) (a) a incapacidade da parte é determinada no momento em que entabulado o negócio jurídico ao invés do momento do juízo arbitral”²⁴.

Por fim, um terceiro caso, apreciado pelo Tribunal Supremo da Espanha, muito embora tenha reconhecido a ausência de provas e, portanto, homologado a sentença

22. Disponível em: [<http://newyorkconvention1958.org/>]. Acesso em: 29.01.2020.

23. Disponível em: [<http://newyorkconvention1958.org/>]. Acesso em: 29.01.2020.

24. Tradução livre do original: “However, for purposes of Article V (1) (a) a party’s ‘incapacity’ is determined at the time of the agreement rather than at the time of the arbitration”.

arbitral estrangeira, admitiu a discussão, em tese, da incapacidade da pessoa jurídica diante de falhas na cadeia contratual de representatividade dos envolvidos na assinatura da convenção de arbitragem²⁵. Especificamente, o problema estaria supostamente na procuração outorgada ao advogado que assinou o contrato em nome da empresa.

Não se pode afirmar que o Superior Tribunal de Justiça, ao confrontar-se com situação similar, seguiria o entendimento destes três casos. A adoção de elementos do direito estrangeiro pressupõe uma análise de direito comparado que foge do escopo deste trabalho. Ainda assim, fornecem elementos que podem eventualmente auxiliar na construção de eventual primeiro caso abordando o art. V (1) (a) da Convenção de Nova York pelo STJ.

3. TERIA A CONVENÇÃO DERRUÍDO O *IUS DOMICILII* NO BRASIL?

Neste item final, ocorrerá a abordagem dos possíveis efeitos que a ratificação da Convenção de Nova York pelo Brasil pode contribuir para o juízo de delibação realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, mormente no que diz respeito à regra de conexão utilizada para se observar a capacidade das partes no momento da homologação de sentença arbitral.

3.1. *Breves anotações acerca da legislação brasileira anterior à ratificação da Convenção de Nova York*

Com a morosidade do Brasil na ratificação da Convenção de Nova York (ocorrida apenas em 2002), coube a tarefa de tentar acompanhar os movimentos internacionais ao legislador ordinário, mediante adequações em nosso ordenamento. Em verdade, o Brasil, no que importa ao sistema de aferição de capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira, há muito abraçou a ideia do *ius domicilii*.

De pronto se destaca que o Brasil observou, durante todo o século XIX, o direito da nacionalidade (*ius patriae*) neste processo de verificação da capacidade. Entretanto, como destaca Amílcar de Castro²⁶, desde o século XIX a doutrina nacional, em pessoas como Teixeira de Freitas e Joaquim da Costa Barradas, objetivava estabelecer o *ius domicilii* no Brasil.

25. UNCITRAL. *Secretariat guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. New York: United Nations, 2016. p. 137.

26. CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 364.

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 2019.

Essa discussão acabou permeando a comissão responsável pelo Código Civil de 1916, culminando, posteriormente, na então Lei de Introdução ao Código Civil²⁷, que substituiu o sistema até então aplicado (*ius patriae*) pelo sistema do *ius domicilii*²⁸. Fato este evidenciado na dicção do seu art. 7º, sem mutações desde a sua publicação em 1942, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁹: “Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

Muito embora prevista a regra de conexão adotada pelo Brasil nos casos de aferição da capacidade civil, nosso ordenamento não contava com legislação prevendo expressamente este requisito (a capacidade civil) no juízo de delibação das sentenças arbitrais estrangeiras. Daí que a lacuna gerada pela não ratificação da Convenção acabou, por sua vez, a impor a ratificação da Convenção do Panamá³⁰ (que reproduziu o conteúdo da Convenção de Nova York), limitada aos signatários dos Estados americanos; e a positivação, pela Lei de Arbitragem³¹, das hipóteses concretas de denegação do pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira, nos moldes da Convenção de Nova York.

Carmona³² destaca que “ficou claro o intuito do legislador de integrar o país ao concerto das nações, já que todos os países desenvolvidos (e também alguns dos parceiros do Mercosul) estavam ligados ao pacto”.

Para tanto, o art. 38, I³³, da Lei de Arbitragem estabelece a incapacidade das partes envolvidas como uma das hipóteses em que a homologação pode ser negada. A lei,

27. Nesse sentido, Amilcar de Castro: “(...) em 1908 e 1922, dois congressos jurídicos concluíram pela conveniência de se adotar o domicílio como circunstância de conexão; e em 27 de abril de 1932 o Jornal do Comércio publicou projeto de reforma do direito internacional privado brasileiro, subscrito por Clóvis Beviláqua, Eduardo Espinola e Alfredo Bernardes da Silva, que propunha, quanto à capacidade, a adoção do direito do domicílio; mas, só dez anos depois, pela atual Lei de Introdução ao Código Civil, foi quebrada a tradição do nosso direito” (CASTRO, Amilcar de. Op. cit., p. 365).

28. CASTRO, Amilcar de. Op. cit., p. 365.

29. Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm]. Acesso em: 29.01.2010.

30. Decreto 1.902, de 9 de maio de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1902.htm]. Acesso em: 29.01.2020.

31. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm]. Acesso em: 29.01.2020.

32. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 463.

33. Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I – as partes na convenção de arbitragem eram incapazes.

contudo, deixa aberto os critérios de aferição, donde se concluía que a interpretação sistemática com o art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro deveria ser feita para, em uma, definir a incapacidade como causa de negativa à homologação (o que coube à Lei de Arbitragem) e; em outra, estabelecer o sistema de aferição de capacidade (no caso, através da LINDB)³⁴.

O atraso na ratificação da Convenção de Nova York, portanto, forçou ao legislador a adoção de critérios compatíveis com esta, para evitar o descompasso entre o Brasil e os demais países no comércio internacional. Foi apenas com a Lei de Arbitragem que o juízo de delibação, especificamente acerca da capacidade das partes, passou a ser expressamente previsto.

3.2. O cenário atual

A dicção da Convenção de Nova York, especialmente do art. V (1) (a), não permitiu concluir pela definição de uma regra de conexão para o conflito legislativo pertinente à capacidade das partes. A redação estabelece que a aferição da capacidade das partes será analisada “em conformidade com a lei a elas aplicável”, sem definir o modo pelo qual essa lei será escolhida.

A intenção da comissão elaboradora da Convenção foi justamente esta: a de dar autonomia para que cada Estado internamente defina as suas regras de conflito³⁵. A percepção de que a Convenção não fixa um sistema próprio para a regra de conexão não passou despercebida no Brasil³⁶.

Se a Convenção não trouxe a definição da regra de conflito, então a única normativa existente no Brasil para a fixação do sistema de aferição de capacidade na homologação de sentenças estrangeiras continua sendo o art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (*ius domicilii*).

Contudo, parte da doutrina nacional passou a sustentar que, em verdade, a Convenção estabeleceu, no mesmo art. V (1) (a), três possibilidades de regra de conexão: a aplicação do Direito Internacional privado autônomo dos Estados, a lei a que as partes se submeteram, ou a lei do país onde a sentença arbitral foi proferida. Referido

34. O que era amplamente agasalhado pela doutrina, como se pode verificar em STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998. p. 193.

35. Nesse sentido, ver *Travaux préparatoires, United Nations Conference on International Commercial Arbitration, E/2822 – Report by the Secretary-General, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 31 jan. 1956. Disponível em: [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html]. Acesso em: 29.01.2020.

36. “O reconhecimento e a execução da sentença podem ser indeferidos, a pedido da parte contrária, se as partes do acordo a que se refere o Artigo II [da Convenção de Nova Iorque] estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas” BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011. p. 298.

raciocínio foi esposado inicialmente por Carlos Alberto Carmona³⁷, passando a ganhar coro na doutrina nacional³⁸, de forma mais incisiva nos estudos de Renata Alvarez Gaspar:

“Com a entrada em vigor da Convenção de Nova Iorque de 1958, entende-se que tais dispositivos [art. 7º da LINDB e art. 38, I, da Lei de Arbitragem] foram revogados, cedendo passo ao estabelecido no V, 1, a, do texto convencional. E este, fiel a seu espírito pró-arbitragem, dispõe de outros dois elementos de conexão, à parte da possibilidade da aplicação do Direito Internacional Privado autônomo dos Estados, visando respeitar sempre a manifestação de vontade das partes, concretizada na convenção arbitral.”³⁹

Todavia, como evidenciado no próprio estudo de Renata Alvarez Gaspar, muito embora tenha eloquentemente adotado a corrente capitaneada por Carmona, destacou-se que outra hipótese pode ser aventada, com forte coro na doutrina internacional⁴⁰. Esse raciocínio – de que a Convenção de Nova York não estabelece a “lei

-
37. “A Lei de Arbitragem, ao incorporar a redação do art. V da Convenção de Nova Iorque, não repetiu integralmente a confusa dicção daquele dispositivo, que estabelece três critérios diferentes para detectar-se a lei que deverá ser utilizada para aferição da capacidade das partes: o primeiro critério indica que a ‘lei aplicável’ oferecerá os elementos para qualificar as partes como capazes ou não (não esclarece a Convenção como fará o árbitro para chegar à conclusão de que esta ou aquela lei será aplicável ao caso concreto); o segundo critério repousa em águas menos turvas, pois trata-se da lei escolhida pelas partes (então caberá ao árbitro detectar a capacidade com a aplicação desta lei, não ficando claro, porém, se ao escolher um sistema jurídico estariam sendo adotadas também as regras de conflito deste sistema); e o terceiro critério, aplicável apenas se nada tiver sido avençado a respeito, finca-se na lei do país em que for proferida a sentença” (CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 467).
38. BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, p. 565. GASPARGAR, Renata Alvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, v. 24, p. 58-92, jan.-mar. 2010. ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 171.
39. GASPARGAR, Renata Alvares. *Op. cit.*, p. 70.
40. “De um lado, expressa C.A. Carmona que o STJ na verificação da incapacidade das partes, não deveria jamais aplicar o art. 7º da Lei 9.307/1996, devendo se reportar à lei escolhida pelas partes para reger o acordo arbitral. De outro lado, de forma contrária e crítica àquela, L. Gama, para quem ‘tal opinião, ainda que respeitável, não leva em conta o fato de que, em sede de homologação, é o STJ – e não o árbitro – que é chamado a aferir diretamente a (in)capacidade da parte que celebrou a convenção arbitral. O approach da Convenção de Nova Iorque, bem assim da Lei de Arbitragem, é conflitualista, como admitem Ph. Fouchard, E. Gaillard e B. Goldman’. Desta forma, este autor entende que o STJ, sem sede de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, deve adotar a norma de conflito estabelecida pelo ordenamento jurídico nacional, reportando-se consequentemente, à lei do domicílio das partes envolvidas” GASPARGAR, Renata Alvares. *Op. cit.*, p. 71.

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

aplicável às partes”, permitindo a adoção das normas de cada Estado – encontra especial eco no Brasil nos ensinamentos de Lauro Gama, segundo o qual:

“A primeira causa de denegação, prevista no art. 38, I, da L.A. e no art. V (1) (a) – primeira parte – da C.N.Y., consiste na prova da incapacidade da(s) parte(s) na convenção. A base negocial da arbitragem está a exigir que as partes contratantes possam validamente manifestar sua vontade no momento da celebração do acordo arbitral, pois, como se sabe, a capacidade da parte constitui requisito universal de validade do ato jurídico. No Direito Internacional Privado, a capacidade da pessoa natural é, via de regra, aferida segundo sua lei pessoal, isto é, a lei do Estado em que se acha domiciliada, ou a lei do Estado de sua nacionalidade, sendo, portanto, em conformidade com esta lei que, em princípio, deve ser aferida a eventual incapacidade da parte que firmou a convenção de arbitragem.”⁴¹

O Guia da UNCITRAL, sobre o tema, espelhado nos raciocínios de Emmanuel Gaillard, Philippe Fouchard, Berthold Goldman e Albert Jan Van Den Berg⁴², conclui que o art. V (1) (a) necessita ser compreendido em dois blocos: o primeiro, trata exclusivamente da incapacidade das partes; o segundo, por sua vez, relaciona-se apenas com a validade do negócio e da convenção de arbitragem: “É claro, contudo, pelo enunciado do artigo V (1) (a) que a lei aplicável à capacidade das partes é diferente da lei que rege a validade da convenção de arbitragem, como definido na segunda parte da norma.”⁴³

O raciocínio supra advém especialmente do entendimento de Gaillard sobre o enunciado do Art. V (1) (a), que, no que importa às regras de conexão, afirma ser geralmente aceito que a capacidade de contratar é governada pela lei pessoal da parte em questão. Assim, especificamente sobre a Convenção de Nova York, Gaillard preceitua que não há, no artigo V (1) (a), a definição do sistema de conexão aplicável⁴⁴.

41. Metamorfose (do bem): teoria e prática da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Superior Tribunal de Justiça. “Direito Arbitral”. MANNHEIMER, Sergio N. (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, v. XVIII, 2006. p. 161.

42. UNCITRAL. *Secretariat guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. New York: United Nations, 2016. p. 138.

43. Tradução livre do original: “It is clear however from the text of article V (1)(a) that the law applicable to the capacity of a party is different from the law governing the validity of an arbitration agreement, as stated in the second part of the provision” UNCITRAL. *Secretariat guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. New York: United Nations, 2016. p. 138.

44. “Article V, paragraph 1(a) addresses the question in choice of law terms, rather than using substantive rules. However, it does not specify the content of the applicable choice of law rules. With respect to capacity, it simply states that the issue is governed by the law applicable

Tal entendimento é confirmado, por exemplo, nos Estados Unidos da América, por Ramona Martinez, segundo a qual a Convenção de Nova York efetivamente cria uma divisão – sendo “a lei aplicável às partes” utilizada para julgar a capacidade. Dessa forma, caberia a cada corte, no juízo de deliberação, aplicar suas próprias regras de conexão para determinar a lei aplicável⁴⁵. A mesma linha de pensamento é observada no guia que intenta orientar a interpretação dos juízes sobre a Convenção de Nova York, elaborado pela *International Council for Commercial Arbitration*⁴⁶.

Aliás, verifica-se na própria Lei de Arbitragem que o legislador pátrio, atento ao teor do art. V (1) (a), na oportunidade ainda não ratificado pelo Brasil, estabeleceu exatamente a mesma divisão no art. 38, I e II:

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

I – as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

to the parties to the arbitration agreement. In fact, as it does not take a firm position on the determination of the law applicable to the issue of capacity, the Convention does not exclude the possibility of the legal system of the country where the review is performed considering the question of capacity in the light of its own substantive rules, since the aim of such review is precisely to decide whether the award can be admitted into the legal order reviewing the award. If, on the other hand, the choice of law approach is preferred in that jurisdiction, the terms of Article V, paragraph 1(a) appear to exclude the law governing the substance of the arbitration agreement and to favor the parties’ personal law, as the Convention deals separately with the law applicable to capacity and the law applicable to the substance of the arbitration agreement. However, it does not resolve the classic conflict between a party’s national law and the law of its domicile, thus leaving the host country to determine the parties’ personal law according to its own rules. The law governing the substance of the arbitration agreement must be determined by applying a choice of law rule set forth in the Convention itself. The Convention opts in the first place for the law chosen by the parties, which is hardly surprising given the general acceptance of that principle in comparative law. The secondary choice of the law of the place where the award was made is less satisfactory. The place where the award was made will not necessarily be selected by the parties, and in fact may well be chosen on the basis of considerations unrelated to the validity of the arbitration agreement” (FOUCHARD, Philippe et al. Op. cit., p. 1022).

45. MARTINEZ, Ramona. Recognition and enforcement of international arbitral awards under the United Nations Convention of 1958: the “refusal” provisions. *The International Lawyer*, v. 24, n. 2 (Summer 1990). p. 498.

46. Segundo o qual: “A Convenção não indica como determinar a lei aplicável à capacidade de parte (‘a lei aplicável a elas’). Tal lei deve ser determinada, portanto, por meio da aplicação das regras de conflitos de leis do foro em que se busca o reconhecimento e a execução, geralmente a lei do domicílio da pessoa natural e a lei do lugar de constituição da pessoa jurídica” (MANGE, Flavia e outros (trad.). *Guia do ICCA sobre a interpretação da convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juizes*. The Hague: International Council for Commercial Arbitration, 2012. p. 88).

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

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.”

A utilização de dois incisos específicos, sendo um deles exclusivo para regular a capacidade das partes, parece respaldar o mesmo percurso hermenêutico internacionalmente adotado para a interpretação da Convenção de Nova York, ou seja, no juízo de delibação será utilizada a regra de conexão estipulada pelo ordenamento jurídico respectivo.

O raciocínio que sustenta a revogação do *ius domicilii*, por parte da Convenção de Nova York, adota a premissa de que as regras estabelecidas exclusivamente para a questão da validade seriam extensíveis à questão da incapacidade, com o que não se pode concordar. A dicção do artigo traz em seu bojo efetiva divisão: para incapacidade, “em conformidade com a lei a elas aplicável”; para a validade da convenção de arbitragem, “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”.

O entendimento de que o Superior Tribunal de Justiça estaria limitado, para fins de juízo de delibação, à escolha das partes ou à legislação adotada pelo juízo arbitral somente pode ser estruturado mediante uma interpretação do art. V (1) (a) que negligenciaria a distinção feita na própria redação do enunciado. Daí que não se alteraria a conclusão já esposada anteriormente à ratificação da Convenção:

“No caso de homologação somos de parecer que a capacidade ou incapacidade das partes será ditada pelo regime jurídico que tutela cada uma das partes. Assim se uma delas o for segundo sua *lex domicilii*, estará validada ou invalidada a convenção arbitral genericamente; deve-se deixar ao Estado que acolha a sentença o cuidado de determinar a lei pessoal segundo suas próprias concepções.”⁴⁷

A Convenção de Nova York, ao ser ratificada pelo Brasil, trouxe, no que tange à capacidade das partes, novos elementos objetivos para a sua aferição (tais como o momento; a necessidade de provocação; o ônus da prova). Contudo, não teria introduzido uma regra de conexão fixa para dirimir qual a lei aplicável. Essa mesma interpretação é encontrada, sem querer exaurir a lista de países, na doutrina da Colômbia⁴⁸,

47. STRENGER, Irineu. Op. cit., p. 193.

48. “There are no reported cases regarding the substantive law applicable to incapacity. However, commentators are of the opinion that the law applicable to the analysis of incapacity is the law of the country of which the party is national” (ZULETA, Eduardo. RINCÓN, Rafael. Interpretation and application of the New York Convention in Colombia. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 230).

dos Estados Unidos⁴⁹, da República Checa⁵⁰, da Grécia⁵¹, da Itália⁵², do Japão⁵³, de Macau⁵⁴ e da Suécia⁵⁵ e da Áustria⁵⁶.

49. “Article V(1)(a) specifically provides that proof of a party’s incapacity is grounds to refuse enforcement of a Convention award. The provision also states “under the law applicable to them.” Thus, U.S. courts will apply the law of the domicile for individuals and, in the case of a juridical person, they will apply the law of the place of incorporation or the law of the principal place of business” (CARTER, James H., and FELLAS, John. *International commercial arbitration in New York*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 26).
50. “As to the legal capacity of the parties, according to Czech Act No. 97/1963 Coll., on International Private Law, the legal capacity of a person is governed by the laws of the country of their nationality” (BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Interpretation and Application of the New York Convention in Czech Republic. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 230).
51. “Prevailing opinion indicates that these issues are settled by reference to the private international law of the state in which the arbitral award is to be enforced. Therefore, according to the Greek private international law rule (Article 10 Civil Code), the legal capacity to draft a disputed arbitration agreement is governed by the law of the actual seat of the party whose capacity is questioned” (MAKRIDOU, Kalliopi. Interpretation and Application of the New York Convention in the Republic of Greece. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 394).
52. “The issue of incapacity of the parties must be kept separate from the issue of invalidity of the agreement. In order to decide on the capacity of the parties, Italian judges refer to choice of law rules. In the case of physical persons, the *lex personae* is followed. Art 20 of the law of May 31, 1995, n.218, reads ‘The capacity of physical persons is governed by their national law’” (FRIGNANI, Aldo. Interpretation and Application of the New York Convention in Italy. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 570).
53. “There is no case law in Japan on the choice of law applicable to the incapacity of a party in terms of Art. V(1) of the Convention. It is widely accepted that the issue should be treated pursuant to Japanese private international law (previously, Art. 3(1) of the Horei, and currently, Art. 4 of the new Japanese Private International Law), just as is the case with Art. 2 of the Convention” (HARATA, Hirashi. Interpretation and Application of the New York Convention in Japan. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 602).
54. “The types of issues arising under this ground include ‘incapacity’ defences, such as mental incompetence, physical incapacity, lack of authority to act in the name of a corporate entity or a contracting party’s minor age. The Convention does not indicate how to determine the law applicable to the capacity of a party (‘the law applicable to them’). This law must therefore be determined by applying the conflict-of-laws rules of the court where recognition and enforcement are sought, which is usually the law of the domicile of a physical person and the

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

Diante do exposto, pode-se sustentar que o Superior Tribunal de Justiça, em eventual juízo de deliberação, devidamente provocado pela parte interessada, pode aplicar sistematicamente os arts. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 38, I, da Lei de Arbitragem e V (1) (a) da Convenção de Nova York e, com isso, concluir pela aplicação da lei do domicílio das partes para aferir sua capacidade.

4. CONCLUSÕES

Por ser de rara suscitação e aplicação, a aferição da capacidade das partes, no momento da homologação de sentença arbitral estrangeira, não foi objeto de maior exploração doutrinária. Porém, trata-se de um requisito que, não cumprido, impedirá qualquer efeito da sentença arbitral estrangeira no Brasil, demandando, portanto, maior atenção dos estudiosos.

A questão deve ser sopesada pelas partes que estabelecem convenções de arbitragem que terão, direta ou indiretamente, reflexos no Brasil. Do contrário, assumirão o risco de não lograr efeitos, ao menos no território brasileiro. Ao trabalhar com alguns elementos que objetivamente podem ser antecipados, municiam-se os *players* do comércio internacional com maior segurança de que obterão efetividade da sentença arbitral estrangeira no Brasil.

law of the place of incorporation of a company” (SIMÕES, Fernando Dias. Interpretation and Application of the New York Convention in Macau. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 643).

55. “For example, while the NY Convention provides that recognition and enforcement of an award may be refused when a party to the arbitration agreement lacked capacity, it does not provide for the method of determining the applicable law for assessing the capacity of a party. Determining a party’s capacity to enter into an arbitration agreement, or whether a party has been duly represented when entering into the arbitration agreement, will likely be tried in accordance with the conflict of law rules in Swedish international private law” (EWERLÖF, Pontus. JARVIN, Sigvard e SHAUGHNESSY, Patricia. Interpretation and application of the New York Convention in Sweden. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 899).
56. “The ZPO does not explicitly identify the law applicable to the arbitration agreement. According to the Austrian Supreme Court, the law applicable to the validity of an arbitration agreement in an international context – excluding the question of the personal legal capacity of the parties and unless otherwise agreed by the parties – must be determined pursuant to the law of the state in which the arbitral award is to be rendered (i.e. at the seat of the arbitral tribunal)” (PITKOWITZ, Nikolaus. Interpretation and Application of the New York Convention in the Republic of Austria. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017. p. 139).

Essa tentativa de antecipar os problemas que podem ser enfrentados judicialmente mostra-se mais premente no caso do Brasil, pois ainda não houve juízo de deliberação pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne ao tema.

A identificação da legislação aplicável para definição da capacidade das partes, com o cenário anterior à ratificação da Convenção de Nova York pelo Brasil, evidenciou dois momentos. O primeiro, anterior à então Lei de Introdução ao Código Civil, trouxe um Brasil filiado ao *ius patriae*. O segundo, por força da referida Lei, expressamente adotou o critério do *ius domicilii*.

Ratificada a Convenção de Nova York, em 2002, o cotejamento de seus artigos com a legislação então posta (especialmente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a Lei de Arbitragem) gerou a dúvida quanto à alteração ou não da regra de conexão que deveria ser adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no primeiro caso envolvendo o tema.

Discorda-se da corrente doutrinária que preceitua a revogação tácita do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pelo art. V (1) (a) da Convenção de Nova York. Este enunciado não traz em seu bojo elementos concretos para sustentar esta tese.

Ao contrário, a leitura mais adequada parece ser a de concluir por dois desdobramentos na norma: i. o primeiro, efetivamente relacionado à incapacidade das partes, define que a capacidade deve ser medida “em conformidade com a lei a elas aplicável”, ii. o segundo, que traria regras de conexão próprias, limita-se aos casos em que se discute a validade da convenção de arbitragem.

Apesar de não ter alterado, segundo a conclusão que se chega, a regra de conexão para fins de aferição da capacidade, a Convenção de Nova York trouxe importantes elementos para eventual discussão.

Com isso, entende-se que a Convenção de Nova York não derruiu a utilização do *ius domicilii* no Brasil. O ânimo de sua redação é o de permitir a cada Estado definir suas próprias regras de conexão, em conformidade com as normas de direito internacional privado, atinentes a cada um. Não obstante, supriu grandes lacunas, e o fez, mesmo diante da tardia ratificação, antes de qualquer caso envolvendo esta temática ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. 2. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Interpretation and Application of the New York Convention in Czech Republic. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BONOMI, Andrea. BALLARINO, Tito. "Italy". (p. 2208-2219). In: Basedow, Jürgen et al. *Encyclopedia of private international law*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2017.
- CARBONE, Sérgio Maria. Giudizio di riesame del merito e delibazione di sentenza straniera. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 8, p. 509-514, 1972.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARTER, James H.; FELLAS, John. *International commercial arbitration in New York*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- EWERLÖF, Pontus. JARVIN, Sigvard e SHAUGHNESSY, Patricia. Interpretation and Application of the New York Convention in Sweden. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017.
- FOUCHARD, Philippe et al. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. The Hague Boston: Kluwer Law International, 1999.
- FRIGNANI, Aldo. Interpretation and Application of the New York Convention in Italy. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017.
- GAMA JR., Lauro. Metamorfose (do bem): Teoria e Prática da Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Superior Tribunal de Justiça. "Direito Arbitral". MANNHEIMER, Sergio N. (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, v. XVIII, 2006. p. 133-176.
- GASPAR, Renata Alvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, v. 24, p. 58-92, jan.-mar. 2010.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Homologação de sentença estrangeira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 13, v. 50, jul.-set. 2016.

- HARATA Hirashi. Interpretation and application of the New York Convention in Japan. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAKRIDOU, Kalliopi. Interpretation and Application of the New York Convention in the Republic of Greece. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017.
- MANGE, Flavia e outros (Trad.). *Guia do ICCA sobre a interpretação da convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes*. The Hague: International Council for Commercial Arbitration, 2012.
- MARTINEZ, Ramona. Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention of 1958: the “refusal” provisions. *The International Lawyer*, v. 24, n. 2 (Summer 1990). p. 487-518.
- PETECCI DA SILVA, Rafael. Negócios jurídicos com eficácia limitada e o novo Código Civil. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas: parte geral*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.
- PITKOWITZ, Nikolaus. Interpretation and Application of the New York Convention in the Republic of Austria. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 4.
- ROBERT, Jean. A Convenção de Nova Iorque de 10.06.1958 para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 6, v. 21, abr.-jun. 2009.
- SIMÕES, Fernando Dias. Interpretation and Application of the New York Convention in Macau. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017.
- SOUZA JR. Lauro da Gama. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.037/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996.
- STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.
- UNCITRAL. *Secretariat guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. New York: United Nations, 2016.

SILVA, Rafael Peteffi da; LIBERAL, Leandro Monteiro. Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. V 1 (a). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 21. ano 6. p. 33-56. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

ZULETA, Eduardo; RINCÓN, Rafael. Interpretation and application of the New York Convention in Colombia. In: BERMANN, George A. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*. Cham, Switzerland: Springer, 2017.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Âmbito de aplicação da Convenção de Nova York às convenções de arbitragem: necessária adoção do critério da internacionalidade, de José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheim e André Luís Monteiro – *RArb* 63/227-265 (DTR\2019\42141);
- Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede, de Rabih A. Nasser e Marina Yoshimi Takitani – *RArb* 53/29-46 (DTR\2017\1626); e
- Interpretação da Convenção de Nova Iorque: o problema da discricionariedade no reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira, de Ricardo Ramalho Almeida – *RArb* 48/131-165 (DTR\2016\4591).