Carmen Tiburcio
Luís Roberto Barroso
Organizadores

O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger

RENOVAR
Rio de Janeiro • São Paulo • Recife
2006

ABPDEA
Respeite o Autor
Não Faça Cópia

Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade

*Fabiane Verçosa**

> *"Deve admitir-se, outrossim, que um dos aspectos dignos de nota é a divisão que se faz entre arbitragem internacional e doméstica. Se não se admitisse a validade dessa divisão, seria muito difícil lograr-se a tão almejada harmonização das normas e costumes do comércio internacional, como também superar os conflitos de leis oriundas de diferentes sistemas jurídicos internos"*. (Irineu Strenger).[1]

SUMÁRIO: *I. Introdução. II. Arbitragem interna v. arbitragem internacional; II.1. Critérios principais; a) Critério jurídico; b) Critério econômico; II.2. Critérios ecléticos; a) Critério cumulativo; b) Critério alternativo. III. A extensão da autonomia da vontade às arbitragens internas. IV. O alcance das regras de direito escolhidas pelas partes. V. O acordo sobre arbitragem comercial internacional do MERCOSUL. VI. Conclusão.*

I. Introdução

A promulgação da Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307, de

* Advogada no Rio de Janeiro.

1. Irineu Strenger, Arbitragem Internacional — Conceitos básicos. In: Adriana Noemi Pucci (coord.), *Arbitragem comercial internacional*, 1998, p. 36.

23.set.1996) representou um esforço definitivo no sentido da inclusão do País no contexto internacional de solução de litígios comerciais, em que a arbitragem é indubitavelmente, de longa data, uma realidade.

Como bem salienta João Bosco Lee[2]: "Se a arbitragem ainda é vista com uma certa reticência no âmbito interno, onde o contencioso judicial ainda prevalece, no comércio internacional, a arbitragem é considerada como o meio normal de solução de conflitos."

O artigo 2°, §1°, em especial, é de suma importância para a definitiva inserção do Brasil no cenário internacional da arbitragem — método de solução de controvérsias marcado por seu caráter eminentemente volitivo, em que a autonomia da vontade das partes desempenha um papel fundamental. De fato, ao prever que "[p]*oderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*", o dispositivo mencionado consagrou definitivamente a autonomia da vontade em sede de arbitragem, contribuindo para o aumento, em nosso País, da credibilidade na arbitragem, a qual tomou novo e significativo impulso com a aguardada edição da Lei n° 9.307/96.

Ora, sendo a autonomia da vontade das partes quanto à designação da lei aplicável um consagrado princípio do Direito Internacional Privado, faz-se mister indagar: a possibilidade de eleição, pelas partes, das regras de direito aplicáveis à arbitragem restringe-se tão-somente aos procedimentos arbitrais de cunho internacional ou estende-se também àqueles puramente internos?

Neste diapasão, torna-se imprescindível delimitar, com precisão, os conceitos de arbitragem *interna* e de arbitragem *internacional*. Assim, é de se perquirir, em primeiro lugar, se a lei brasileira de arbitragem traçou uma distinção clara e precisa entre arbitragem interna e internacional, tal como fizeram diversas legislações, a serem examinadas oportunamente. No caso de eventual omissão da legislação brasileira neste sentido, cumpre averiguar quais os parâmetros a serem eventualmente utilizados para se proceder a tal diferenciação. Cumpre notar, por oportuno, que tal distinção revela-se fundamental, conforme se passará a ver mais adiante.

Somente após vencida a etapa mencionada acima, cabe indagar se a autonomia prevista no artigo 2°, §1°, da Lei de Arbitragem é conferida apenas às arbitragens internacionais ou se também se estende aos procedimentos arbitrais internos.

2 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:347, 2001.

Por fim, é de se perquirir acerca do alcance das regras de direito escolhidas pela partes na arbitragem, de acordo com o artigo 2°, §1°, da Lei n° 9.307/96: aplicar-se-ão tais regras (i) ao mérito do litígio; (ii) ao procedimento arbitral; ou (iii) apenas aos aspectos contratuais da própria arbitragem, quando objeto de um litígio submetido ao Poder Judiciário?

Ao longo destas notas, buscar-se-á responder a estas três questões básicas, à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência, nacionais e estrangeiras, e com base em nossas próprias conclusões.

II. Arbitragem interna v. arbitragem internacional

A distinção entre arbitragem interna e internacional reveste-se da maior importância em nosso ordenamento jurídico, já que tal diferenciação serve para delimitar o âmbito de aplicação de tratados e convenções internacionais que regem a arbitragem internacional. Ademais, nas palavras de Irineu Strenger, tal divisão viabiliza a harmonização das normas e costumes do comércio internacional[3]. Além disso, a referida distinção demarca o campo de abrangência da regra de conflito prevista no artigo 2°, §1°, da lei brasileira de arbitragem, acima mencionada. Afinal, conforme se verá mais adiante, para alguns autores a referida regra somente se aplica no caso de arbitragens internacionais, sendo vedada às arbitragens internas.

Por oportuno, cumpre mencionar que nem todos reconhecem a necessidade de se conferir à arbitragem internacional um tratamento diverso daquele outorgado à arbitragem interna, sendo irrelevante a distinção entre ambas[4]. Discordamos de tal entendimento, contudo, para nos filiarmos à posição de William W. Park, que assevera: "*There should be no mystery about the justification of a special status for international arbitration. The goals that lead business contracts have a different focus than those that drive domestic arbitration*"[5]. Com efei-

3 Irineu Strenger, Arbitragem Internacional — Conceitos básicos. In: Adriana Noemi Pucci (coord.), *Arbitragem comercial internacional*, 1998, p. 36.

4 Cite-se, por todos, Michael Mustill, que afirma que "*never understood why international arbitration should be different in principle from any other kind of arbitration.*" [nunca compreendeu porque a arbitragem internacional deve ser diferente, a princípio, de qualquer outra espécie de arbitragem]. Michael Mustill, *Cedric Barclay memorial lecture*, *apud* William W Park, The specificity of international arbitration: The case for FAA reform, trad. livre da autora, *Vanderbilt Journal of Transational Law* 4:1255, 2003.

5 "Não deve haver mistério acerca da justificação de um status especial para a arbitragem internacional. Os objetivos que conduzem os contratos negociais têm um

to, é inegável não vislumbrar na arbitragem internacional um alto grau de especificidade em relação à arbitragem interna, o que faz com que ela mereça, portanto, um tratamento distinto desta última.

Tal especificidade levou diversos países a distinguirem, de forma expressa, mediante previsão legal, entre a arbitragem interna e a internacional, prevendo também um tratamento diferenciado para cada uma delas, ao menos no que tange a alguns aspectos. É o caso da Bélgica, França, Suíça, Colômbia, Equador, Itália, Portugal e México, cujas legislações serão analisadas mais adiante. Os países que adotaram a Lei-Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, como é caso do Canadá, Escócia e Hong Kong, também se enquadram na mesma categoria.

Cumpre, agora, indagar se a nossa Lei de Arbitragem também empreende a importante distinção acima referida. Examinando os termos da Lei nº 9.307/96, diversos autores pátrios — aos quais nos filiamos — não logram identificar uma diferenciação entre as duas espécies de arbitragem. De fato, entendemos que a lei brasileira limita-se a traçar o conceito de *"sentença arbitral estrangeira"* (artigo 34, parágrafo único[6])[7], apenas diferenciando esta da sentença arbitral nacional, o que não pode ser confundido, de forma alguma, com a distinção entre arbitragem interna e internacional.

Filia-se a tal entendimento João Bosco Lee[8], que assevera:

> *"No entanto, a nova Lei, a exemplo da lei holandesa de 1986 e da lei inglesa de 1996*, não distingue arbitragem interna e arbitragem internacional. *Ora, 'a distinção arbitragem interna/arbitragem internacional constitui a* summa divisio *do direito da arbitragem' e a 'especificidade da arbitragem internacional não pode jamais ser totalmente eliminada'. Todavia, o nosso legislador considera que 'o que é bom para a arbitragem interna é bom para a arbitragem internacional, e vice-versa'* e consagra um regime uniforme para todas as arbitragens". (grifamos).

João Bosco Lee denomina de *"monista"* o sistema adotado pelo legislador pátrio e afirma que: *"[a]o optar pelo sistema monista, a Lei 9.307/96* não define a arbitragem internacional"[9] (grifo nosso).

Também Clávio Valença Filho[10] adota o mesmo entendimento, ao afirmar:

---

foco diferente daqueles que guiam a arbitragem doméstica." William W. Park, *ob. cit.*, trad. livre da autora, p. 1255-6.

6 "Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional." (grifamos).

7 A nova lei espanhola de arbitragem (Ley nº 60, de 23 de dezembro de 2003) também adota o mesmo critério, em seu artigo 46, nº 1, *in verbis*:

"Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables. 1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español".

Interessante notar, porém, que ordenamentos jurídicos há que, ao aferirem o caráter estrangeiro de um laudo arbitral, fazem alusão ao *lugar da sede* da arbitragem e não se referem, necessariamente, ao *local em que a sentença arbitral foi exarada* — os quais podem não coincidir. Neste sentido, é de se invocar o Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (Decreto nº 1.818/98), vigente na Colômbia, que dispõe, em seu artigo 198:

"Artículo 198. Laudo arbitral extranjero. Concepto. Es extranjero todo laudo arbitral que se profiera por un tribunal ***cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional*** *(Artículo 3º Ley nº 315 de 1996)".* (grifos nossos).

Também digna de nota, neste diapasão, é a legislação portuguesa. Se a sede de uma arbitragem — seja ela internacional ou não, o que será aferido de acordo com o critério **econômico**, previsto no artigo 32 da Lei nº 31/86, conforme se verá mais adiante — for em Portugal, aplica-se a referida lei (por força de seu artigo 37), a qual determina que as sentenças arbitrais são imediatamente exeqüíveis perante o tribunal de primeira instância competente, como qualquer sentença judicial (artigo 30). Assim, se ao cabo de uma arbitragem internacional realizada **em Portugal**, o laudo arbitral for proferido **fora do território português**, [o que é perfeitamente possível, em virtude do artigo 23, §1º, alínea *e* da referida lei: "A decisão final do tribunal arbitral é reduzida a escrito e dela constará: (...) e) O lugar da arbitragem e o local e a data em que a decisão foi proferida."], tal sentença arbitral **não necessitará de homologação** para produzir efeitos e ser executada em Portugal, já que será considerada uma sentença arbitral portuguesa. Isto porque, naquele país, o que realmente importa para se aferir o caráter estrangeiro de um laudo arbitral não é o local da efetiva assinatura ou publicação da sentença arbitral, mas a sede da arbitragem, *i.e.*, o lugar em que se desenvolveu o procedimento arbitral, tal como ocorre na Colômbia. Assim, numa hipótese inversa à relatada acima, se ao término de uma arbitragem **realizada no exterior**, o laudo arbitral tiver sido proferido **em Portugal**, o referido laudo deverá ser submetido à Corte de Apelação, não podendo ser executado antes de homologado por esta Corte, tal como ocorre com qualquer sentença estrangeira.

8 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:347, 2001, p. 348.

9 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:347, 2001, p. 349.

10 Clávio Valença Filho, Aspectos de Direito Internacional Privado na arbitragem, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 7:386-7, 2000.

"*É preciso, de início, deixar claro que* a Lei de Arbitragem não distingue entre arbitragem internacional e arbitragem interna. Separa, apenas, as sentenças proferidas no estrangeiro, das sentenças proferidas em território brasileiro, *para submetê-las a diferentes regimes de controle judicial. (...) Esta distinção entre sentença nacional e sentença estrangeira que realiza a Lei de Arbitragem não pode ser confundida com a distinção entre arbitragem internacional e arbitragem interna* não assimilada por este Diploma." (grifamos).

À mesma conclusão chega Carlos Augusto da Silveira Lobo,[11] *in verbis*: "*Portanto, sob o ponto de vista da lei brasileira*, não há propriamente arbitragem internacional; há sentença arbitral estrangeira." (grifos nossos).

Cumpre registrar, contudo, que uma parte da doutrina pátria reconhece, na lei mencionada, uma nítida diferenciação entre arbitragem doméstica e internacional. Segundo tais autores, para classificar uma arbitragem como internacional, a lei empregou o critério **geográfico**, ao considerar como sentença arbitral estrangeira aquela proferida fora do território nacional (artigo 34, parágrafo único, transcrito na nota 6 *supra*).

Filia-se a esta corrente Carmen Tiburcio[12], ao asseverar:

"*Geralmente, cada país adota na sua legislação interna os critérios para que uma arbitragem seja considerada doméstica. Assim, uma arbitragem pode ter mais de uma nacionalidade se, no caso concreto, preencher os requisitos de mais de uma legislação. A legislação brasileira* adota o critério geográfico, *da sede do tribunal arbitral, em virtude da interpretação* a contrario sensu *do art. 34, parágrafo único, da Lei n. 9.307/96, que determina: (...). Portanto*, se o tribunal arbitral tem sede no país, essa será uma arbitragem interna, doméstica, mesmo que envolva partes sediadas no exterior e objeto conectado ao exterior." (grifamos).

Em nota aposta ao primeiro trecho transcrito, afirma a referida autora[13]: "O *legislador nacional partiu do pressuposto que a sede da arbitragem é o lugar onde a sentença é proferida.*"

11 C. A. da Silveira Lobo, Uma introdução à arbitragem internacional. In: Ricardo Ramalho Almeida (coord.), *Arbitragem interna e internacional — Questões de doutrina e da prática*, 2003, p. 8.

12 Carmen Tiburcio, A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez (coords.), *Reflexões sobre arbitragem*, 2002, p. 93.

13 Carmen Tiburcio, A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez (coords.), *Reflexões sobre arbitragem*, 2002, p. 93.

Em livro específico sobre a Arbitragem Comercial Internacional, redigido por Carmen Tiburcio em parceria com Jacob Dolinger, os coautores defendem esta mesma posição[14], *in verbis*:

"*A legislação brasileira* adota o critério geográfico, *da sede do tribunal arbitral, em virtude da interpretação* a contrario sensu *do art. 34, § único, da Lei n. 9.307/96, que determina: (...). Portanto*, se o tribunal arbitral tem sede no país, a sentença arbitral será doméstica e, conseqüentemente, essa será uma arbitragem interna, *mesmo que envolva partes sediadas no exterior e objeto conectado ao exterior.*" (grifos nossos).

Também Maristela Basso[15] compartilha deste entendimento, nos seguintes termos:

"O *legislador pátrio não diferenciou as arbitragens internas e internacionais quanto aos seus efeitos, e sim* quanto ao lugar onde foram proferidas, considerando como "internacionais" ou "estrangeiras" aquelas proferidas fora do território nacional. O *critério, portanto*, que determina o caráter internacional da decisão arbitral, segundo a Lei n. 9.307/96, é o "lugar em que foi proferida". *(...) As arbitragens comerciais internacionais, isto é*, aquelas que, à luz da Lei 9.307/96, têm suas decisões proferidas "fora do território nacional, *(...)*." (grifamos).

Em que pese a notoriedade das ilustres opiniões acima mencionadas, preferimos nos perfilhar entre os doutrinadores citados adrede que entendem que a Lei de Arbitragem não distinguiu entre arbitragem interna e arbitragem internacional. Afinal, o conceito de "*sentença arbitral estrangeira*", introduzido pelo artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, não se confunde com a definição de "*arbitragem estrangeira propriamente dita*", ao cabo da qual será proferida uma decisão (que a lei optou por designar de estrangeira, caso seja proferida fora do território nacional). Não se devem estender os efeitos de um conceito — elaborado pela lei — de uma determinada figura jurídica (no caso, a decisão arbitral) a outra (a arbitragem em si).

14 Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Direito Internacional Privado — Parte especial*, 2003, p. 92.

15 Maristela Basso, As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: Campos de regência, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 9:308-9, 2000.

Em face da criticável omissão[16] da Lei nº 9.307/96, a qual, a nosso ver, lamentavelmente deixou de distinguir as arbitragens internas das internacionais, cabe examinar os diferentes critérios empregados para se classificar uma arbitragem como internacional ou doméstica.

Para fins meramente didáticos, os referidos critérios serão agrupados em dois grandes grupos: principais e ecléticos.

II.1. Critérios principais

Por oportuno, vale mencionar que os dois critérios principais — a saber, o jurídico e o econômico, analisados a seguir — são também freqüentemente invocados para se caracterizar um contrato como internacional. Assim, faremos apenas uma breve digressão sobre cada um dos dois critérios, a fim de facilitar a compreensão do tema em arbitragem.

a) Critério jurídico

Pela célebre definição de Batiffol[17], apontado como o grande formulador do critério jurídico, pode-se classificar como internacional um contrato *"quando, pelos atos concernentes à sua conclusão ou sua execução, ou à situação das partes quanto à sua nacionalidade ou seu domicílio, ou à localização de seu objeto, ele tem liames com mais de um sistema jurídico"*.

Adotando-se o critério jurídico em sede de arbitragem, portanto, será internacional a arbitragem que tenha contato com mais de um ordenamento jurídico, sendo certo que tal contato pode consistir no fato de as partes litigantes pertencerem a Estados diversos — seja como cidadãos ou como residentes — ou no fato de a relação controvertida desenrolar-se no território de Estados distintos[18], por exemplo.

O critério jurídico é adotado por diversas legislações, das quais podem ser mencionadas: (i) a suíça (artigo 176, inciso I, 1, da Lei

16 Concordamos com João Bosco Lee, quando afirma que tal omissão não apresentaria maiores dificuldades nos Estados em que a prática interna da arbitragem possui uma longa tradição e é fundamentada em regras simples e sólidas. João Bosco Lee, *ob. cit.*, p. 348. Infelizmente, porém, não é esta a realidade do Direito Brasileiro.

17 Henri Batiffol, Contrats et conventions, *Répertoire dalloz de Droit International Privé, apud* Luiz Olavo Baptista, *Dos contratos internacionais: Uma visão teórica e prática*, 1994, p. 17.

18 Carlos Alberto Carmona, *A arbitragem no processo civil brasileiro*, 1993, p. 28.

Federal de Direito Internacional Privado — LDIP[19]), (ii) a italiana (artigo 832 do Código de Processo Civil[20]); (iii) a mexicana (artigo 1.416, inciso III, do Código de Comércio[21]); (iv) a belga (artigo 1717 do Código Judiciário[22]); e (v) a Lei-Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL (artigo 1º, nº 3, alíneas *a* e *b*[23]).

Em nosso País, filia-se aos defensores do critério jurídico Nadia de Araujo, que assevera[24]:

19 *"Article 176. I. Champ d'application; siège du tribunal arbitral. 1. Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse".*

20 *"Art. 832. (Arbitrato internazionale). Qualora alla data della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso almeno una delle parti risieda o abbia la propria sede effettiva all'estero oppure qualora debba essere eseguita all'estero una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce, le disposizioni dei capi da I a V del presente titolo si applicano all'arbitrato in quanto non derogate dal presente capo. Sono in ogni caso salve le norme stabilite in convenzioni internazionali".*

21 *"Art. 1416. Para los efectos del presente título se entenderá por: (...) III. Arbitraje internacional, aquél en el que: a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento. Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo del arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual".*

22 *"Article 1717. () 4. The Belgian Court can take cognizance of an application to set aside only if at least one of the parties to the dispute decided in the arbitral award is either a* ***physical person having Belgian nationality or residing in Belgium, or a legal person formed in Belgium or having a branch (une succursale) or some seat of operation (un siège quelconque d'opération) there****".* (grifos nossos).

23 *"Article 1º. Scope of Aplication. (...) (3) An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:*

(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (...)".

24 Nadia de Araujo, *Direito Internacional Privado (Teoria e prática brasileira)*, 2003, p. 419.

"A LA [Lei de Arbitragem] *não prevê um regime jurídico distinto para as arbitragens internacionais realizadas no Brasil e não define os contornos da arbitragem internacional. Os precedentes doutrinários e jurisprudenciais distinguem-na da arbitragem interna*. A arbitragem deve envolver relação jurídica subjetivamente internacional — ou seja, ter partes domiciliadas em países diversos — ou conter algum elemento objetivo de estraneidade, isto é, o local de sua constituição, do cumprimento da prestação, etc." (grifamos).

Em trabalho conjunto com Lauro da Gama e Souza Jr., a autora reiterou exatamente o mesmo entendimento.[25]

Também José Cretella Neto[26] perfilha-se a tal corrente, ao afirmar:

"A experiência revela que o emprego da arbitragem, ao longo da História, pode ser agrupado segundo cinco espécies básicas de litígios, de acordo com a natureza das partes envolvidas: (...) iv) entre particulares sujeitos a ordenamentos jurídicos diversos: *nesse caso, o contrato guarda correlação com mais de um ordenamento jurídico, devendo a controvérsia ser submetida a normas materiais e procedimentais previamente escolhidas pelas partes; trata-se da arbitragem de Direito Internacional Privado, chamada também de arbitragem impropriamente internacional, pois costuma ser feita com base nas leis de um único país: e (...)*." (grifos no original).

William W. Park adota também o critério jurídico, mas de uma forma mais limitada, ao restringir o exame da internacionalidade da arbitragem à *residência* das partes.[27]

b) Critério econômico

O critério econômico, em apertada síntese, classifica como internacional o contrato que apresenta um *"fluxo e refluxo através das fronteiras"*. Tal concepção foi firmada na França pelo Procurador-Geral Matter, no célebre caso *Péllissier du Besset*, julgado em 17 de maio de 1927[28]. No arresto mencionado, a Corte de Cassação francesa foi

25 Nadia de Araujo e Lauro da Gama e Souza Jr., A arbitragem internacional nos contextos interamericano e brasileiro, *Revista Brasileira de Arbitragem* 0:80 (edição especial de lançamento), 2003.

26 José Cretella Neto, *Curso de Arbitragem*, p. 16.

27 "A residence-based test seems most sensible". [Um exame baseado na residência parece o mais sensato.]. William W. Park, trad. livre da autora, *Vanderbilt Journal of Transational Law* 4:1260, 2003.

28 Para uma detalhada descrição do caso, v. Luiz Olavo Baptista, *Dos contratos internacionais: Uma visão teórica e prática*, 1994, p. 15-7.

instada a se pronunciar acerca da legalidade da cláusula de pagamento em moeda estrangeira inserida em um contrato de locação de um imóvel situado em Argel, capital da Argélia, celebrado entre um cidadão francês e um inglês. A decisão final foi proferida com fulcro nas conclusões de Matter, nos seguintes termos:

"*(...) o contrato deve provocar um* movimento de fluxo e refluxo sobre as fronteiras, *com conseqüências recíprocas num país e noutro. É, por exemplo, objeto de um pagamento internacional, o contrato de compra e venda comercial que envia mercadorias de um país a outro e, em seguida, o montante do preço, do segundo ao primeiro*". (grifamos).[29]

Assim, pelo famoso critério do *"fluxo e refluxo através das fronteiras"*, são absolutamente irrelevantes a nacionalidade, a residência ou o domicílio das partes, ou mesmo o local da celebração do contrato, para se determinar a internacionalidade de um contrato. Tais elementos, conforme vimos, formam os pilares do critério jurídico, acima analisado.

O referido critério foi incorporado, na reforma de 1981, ao Código de Processo Civil francês, cujo artigo 1.492 determina que é internacional a arbitragem quando *"estão em jogo os interesses do comércio internacional."*[30] No mesmo sentido do referido dispositivo do CPC francês, preceitua o artigo 32 da Lei de Arbitragem Voluntária, de Portugal (Lei nº 31/86), *in verbis*:

"*Artigo 32. Conceito de arbitragem internacional: Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses de comércio internacional*".

Um dos defensores do critério econômico, José Alexandre Tavares Guerreiro[31] critica o critério puramente jurídico de internacionalidade da arbitragem, ao concluir: *"resulta claro que os critérios de*

29 No original: *"le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre. Est, par exemple, l'objet d'un règlement international, le contrat de vente commerciale qui fait passer des marchandises d'un pays dans un autre et ensuite le montant du prix du second dans le premier"*. Extraído do site www.legifrance.gouv.fr, consultado em 10 de março de 2003.

30 "Art. 1492. Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international".

31 José Alexandre Tavares Guerreiro, *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*, 1993, p. 122.

nacionalidade, dizendo respeito às partes, ao próprio foro arbitral ou aos árbitros, não servem como critério definitivo para a determinação do caráter internacional da arbitragem".

É de se invocar também a opinião do professor português Dario Moura Vicente,[32] segundo o qual o critério econômico de internacionalidade apresenta a vantagem de abranger *"certos negócios que apresentam conexões com um só País, mas que todavia se encontram intrinsecamente ligados a uma operação econômica internacional."*

I.2. Critérios ecléticos

Uma vez que a aplicação isolada de um ou de outro critério principal tem se mostrado deficitária e insuficiente nas modernas relações obrigacionais internacionais, passou-se a defender a aplicação dos chamados critérios ecléticos, que, por sua vez, empregam elementos do critério jurídico e/ou do critério econômico, conforme o caso. É o que se passará a ver.

a) Critério cumulativo

Chama-se cumulativo o método que emprega não apenas o critério econômico ou o jurídico isolada e exclusivamente, mas o que aplica ambos, conjuntamente.

Entre os autores pátrios, advogam a aplicação do critério cumulativo para se aferir o caráter internacional de um contrato Luiz Olavo Baptista,[33] Maristela Basso[34] e Clávio Valença Filho.[35]

---

32 Dario Moura Vicente, *Da arbitragem comercial internacional (Direito aplicável ao mérito da causa)*, 1990, p. 40.

33 "Ora, uma definição adequada do contrato internacional tem de levar em conta essas facetas do fenômeno contratual — a jurídica e a econômico-social — que são a reprodução da realidade e esta mesma. Em suma, o contrato internacional, sendo uma operação econômica internacional (e, logo, meio de promover a circulação de riquezas entre as nações), não deixa de ser um conceito jurídico. Por isso, ao levarem em conta todos esses aspectos, a definição proposta parece mais adequada." (grifamos). Luiz Olavo Baptista, *Dos contratos internacionais: Uma visão teórica e prática*, 1994, p. 24.

34 "É internacional o contrato que, além do critério jurídico (produção de efeitos de direito em mais de uma ordem jurídica autônoma ao mesmo tempo), apresenta o critério econômico (fluxo e refluxo sobre as fronteiras) como conseqüências jurídicas para mais de um país". (grifos nossos). Maristela Basso, *Contratos internacionais de comércio*, 1994, p. 18.

35 "Temos então que, no direito brasileiro, a internacionalidade dos contratos se manifesta a partir da presença de critérios econômicos definidos na célebre formulação do Procurador Matter: é internacional o contrato cujo objeto implica num fluxo de capitais sobre as fronteiras. Tais critérios devem, contudo, se fazer acompanhar por critérios meramente jurídicos, que são, na verdade, elementos de estraneidade erigidos pelo legislador à categoria de elementos de conexão da regra de conflito, ou escolhidos para determinar o âmbito da aplicabilidade das convenções internacionais". (grifamos). Clávio Valença Filho, Aspectos de Direito Internacional Privado na arbitragem, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 7:388, 2000.

Vale dizer que a concepção cumulativa também pode perfeitamente ser adotada para se averiguar a internacionalidade da arbitragem. De fato, a aplicação cumulativa dos critérios jurídico e econômico em arbitragem é adotada pelo Direito Argelino, cujo artigo 458 *bis* do Código de Processo Civil[36] exige que ao menos uma das partes tenha o seu domicílio no estrangeiro e que a arbitragem tenha como objeto um litígio relativo aos interesses do comércio internacional.

b) Critério alternativo

Tendo em vista que o critério cumulativo tampouco tem se revelado plenamente adequado para aferir o caráter internacional de uma arbitragem, um segundo critério eclético tem sido proposto para este fim: trata-se do critério alternativo, mediante o qual a arbitragem deve apresentar um ou mais elementos de estraneidade ou pôr em jogo os interesses do comércio internacional.

A aplicação alternativa das concepções jurídica e econômica tem sido adotada por algumas legislações, podendo ser citadas: (i) a colombiana (artigo 196 do Estatuto dos Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos,[37] Decreto nº 1.818/98, em que os nºs 1 a 4 são expressões do critério jurídico, e o nº 5 refere-se ao critério econômi-

---

36 *"Article 458, **bis**. Est international, au sens du présent chapitre, l'arbitrage qui connaît des litiges relatifs à des intérêts du commerce international et dont l'une des parties au moins a son siège ou son domicile à l'étranger".*

37 *"Arbitraje internacional. Artículo 196. Criterios determinantes. Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos: 1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes. 2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculadas con el objeto del litigio, se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal. 3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral. 4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente. 5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional. Parágrafo (...)."* (grifos nossos).

co), e (ii) a equatoriana (artigo 41 da Lei de Arbitragem e Mediação,[38] Lei nº 145/97, cujas alíneas a e b traduzem o critério jurídico, e a alínea c, o critério econômico).

João Bosco Lee, após tecer críticas, por um lado, à utilização isolada de cada um dos critérios principais[39] e, por outro lado, à sua adoção cumulativa,[40] posiciona-se a favor do critério alternativo, nos seguintes termos:[41]

> "*As necessidades do comércio internacional e da própria arbitragem comercial internacional requerem um sistema mais liberal. Assim, propõe-se uma* aplicação alternativa dos critérios objetivo [jurídico] e econômico, *isto é, arbitragem será internacional quando uma das partes residir ou tiver seu estabelecimento no estrangeiro* ou *se o litígio puser em jogo os interesses do comércio internacional. Este método alternativo (...) tem como vantagem apresentar uma definição flexível da arbitragem internacional,* eliminado assim os inconvenientes de cada critério." (grifamos).

Diante da lamentável omissão da Lei nº 9.307/96 no que tange à distinção entre arbitragem interna e internacional, optamos pelo critério eclético alternativo, para diferenciar uma da outra. Entendemos ser este o sistema mais condizente com as necessidades da arbitragem internacional, que requer sempre critérios mais elásticos e maleáveis, facilmente ajustáveis à realidade de cada caso concreto.

Por oportuno, cumpre registrar também um último critério para se caracterizar uma arbitragem como internacional, suscitado por Carlos Augusto da Silveira Lobo. Aduz o autor:[42]

> "*Portanto, se quisermos construir o conceito de arbitragem comercial internacional a partir do Direito vigente no Brasil (Convenção de Nova Iorque e Lei nº 9.307), teremos de nos contentar em dizer que seria internacional a arbitragem comercial que produz uma sentença conectada a sistemas legais de dois ou mais países: o em que foi proferida e o(s) em que deverá ser executada.*" (grifos nossos).

III. A extensão da autonomia da vontade às arbitragens internas

Em decorrência da omissão da Lei de Arbitragem brasileira em distinguir entre arbitragem interna e internacional, é de se indagar se a autonomia da vontade conferida pelo artigo 2º, §1º, aplica-se exclusivamente às arbitragens internacionais ou se estende também às arbitragens internas. Com efeito, tal questão tem dividido os autores pátrios que se debruçaram sobre o tema, de evidente relevância prática.

Na opinião de Carmen Tiburcio,[43] ainda que se trate de uma arbitragem interna, é conferida às partes a possibilidade de elegerem a lei aplicável:

> "*Observe-se, entretanto, que o Brasil,* quanto à escolha da lei — *objeto do presente estudo* — [a legislação brasileira] *não distingue entre arbitragem interna e internacional, admitindo que as partes decidam sobre a lei aplicável* mesmo na hipótese de arbitragem doméstica, *(...).*" (grifamos).

---

38 "*Arbitraje Internacional. Art. 41. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o, b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional.*" (grifamos).

39 "No entanto, estes critérios [jurídicos] são rígidos, limitados e mesmo artificiais. Eles limitam a qualificação e excluem arbitragens que seriam internacionais O critério econômico não é, contudo, imune a críticas. O fator 'comercial' exclui as arbitragens internacionais que não apresentam esta característica. Alguns autores consideram esta fórmula 'élastique et génératrice d'incertitude' ['elástica e geradora de incertezas'], além de apresentar dificuldades de interpretação". João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:351, 2001.

40 "Este sistema cumulativo é, no entanto, mais rígido e não resolve os problemas supramencionados." João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:351, 2001.

41 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:351, 2001.

42 C. A. da Silveira Lobo, Uma introdução à arbitragem internacional. In: Ricardo Ramalho Almeida (coord.), *Arbitragem interna e internacional — Questões de doutrina e da prática*, 2003, p. 10.

43 Carmen Tiburcio, A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez (coords.), *Reflexões sobre arbitragem*, 2002, p. 93-4.

E prossegue:[44]

"*No caso do Brasil*, uma arbitragem meramente interna, *envolvendo partes brasileiras, aqui domiciliadas, e relativamente a contrato celebrado e com execução no país*, ainda assim pode ser regulada por uma lei estrangeira, se essa for a vontade das partes. *Isso é o que dispõe o artigo 2º, §1º da Lei nº 9.307/96, de 1996: (...).*" (grifos nossos).

Em sua obra conjunta com Jacob Dolinger, acima mencionada, os coautores defendem o mesmo entendimento[45].

Perfilha-se a esta corrente Nadia de Araujo,[46] *in verbis*: "*Na arbitragem, a Lei nº 9.307/96 traz a autonomia da vontade (art. 2º) para as arbitragens* internas *e internacionais.*" (grifamos). E aduz, em outra oportunidade:[47]

"*Sua incorporação* [da Lei nº 9.307/96] *no sistema nacional aumentou, inclusive, seu campo de incidência, pois agora permitir-se-á a autonomia da vontade não só para os contratos internacionais, como também para o contratos* internos, *sempre que houver convenção de arbitragem.*" (grifos nossos).

Também Plínio José Lopes Shiguematsu abraça este entendimento, ao constatar:[48]

"*De qualquer forma, transparece em todas as possibilidades apontadas no art. 2º e seus parágrafos, a esperada e desejada autonomia da vontade para os contratos internacionais. Na sua extensão,* ela alcança também os contratos internos, *ampliando os limites anteriormente estabelecidos, com o porém de estarem vinculados à arbitragem.*" (grifamos).

Neste sentido, também se pronuncia Cristiane Maria Henrichs de Souza Coutinho:[49]

"*Pelo artigo em tela* [2º, §1º], *todos esses permissivos* [a possibilidade conferida às partes de escolherem a lei aplicável ao contrato propriamente dito e aos aspectos processuais da arbitragem] *aplicam-se tanto aos contratos internacionais quanto aos* de direito interno *que pretendam se submeter à arbitragem. Desta forma, a partir de agora, devem constar* nos contratos internacionais e nos internos, *cláusula arbitral, cláusula de foro arbitral* [sic], *estipulando o lugar onde a arbitragem será realizada e* também cláusula de lei aplicável, *determinando a norma a ser utilizada no contrato, porque o árbitro decidirá de acordo com esse Direito que as partes escolherem.*" (grifos nossos).

Segundo José Augusto Fontoura Costa e Rafaela Lacôrte Vitale Pimenta,[50] "*nada proíbe, em princípio, as duas partes brasileiras de escolherem a aplicação de um direito estrangeiro para reger o litígio.*"

Nesta mesma esteira, assevera Maurício Gomm Ferreira dos Santos:[51]

"*Os estatutos da Argentina, Paraguai e Uruguai, dentre outros, não possuem uma regra clara sobre qual seria a regra legal aplicável ao mérito da disputa, enquanto a arbitragem brasileira estabelece o mesmo tipo de regra que pode ser aplicável tanto para arbitragens domésticas como internacionais.* Isto é o que pode ser inferido do art. 2º da Lei 9.307/96: (...)." (grifamos).

Tal entendimento, todavia, não é pacífico em nosso País. Uma parcela da doutrina — à qual nos filiamos — diverge desta opinião,

---

44 Carmen Tiburcio, A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez (coords.), *Reflexões sobre arbitragem*, 2002, p. 100.

45 "Observe-se, entretanto, que o Brasil, quanto à determinação da lei aplicável ao mérito — objeto do presente estudo —, não distingue entre arbitragem interna e internacional, admitindo que as partes decidam sobre a lei aplicável mesmo na hipótese de arbitragem doméstica, *(...).*" (grifamos). Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez (coords.), *Reflexões sobre arbitragem*, 2002, p. 100.

46 Nadia de Araujo, *Direito Internacional Privado (Teoria e prática brasileira)*, *ob. cit.*, p. 316.

47 *Idem*, *Contratos internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, 2004, p. 205.

48 Plínio José Lopes Shiguematsu, Principais aspectos da nova Lei de Arbitragem, *Revista Forense 348*:466, 1999.

49 Cristiane Maria Heinrichs de Souza Coutinho, *Arbitragem e a Lei nº 9.307/96*, 1999, p. 54.

50 José Augusto Fontoura Costa e Rafaela Lacôrte Vitale Pimenta, Ordem pública na Lei 9.307/96. In: Paulo Borba Casella (org.), *Arbitragem: Lei brasileira e praxe internacional*, 1999, p. 379.

51 Maurício Gomm Ferreira dos Santos, A situação dos países da América Latina no que tange à lei aplicável ao mérito do litígio submetido a uma arbitragem comercial internacional, *Revista de Arbitragem e Mediação 2*:104, 2004.

defendendo que às partes somente é dado escolher o direito aplicável, quando se tratar de uma arbitragem *internacional*. De fato, entendemos que a autonomia da vontade em sede de arbitragem no Brasil representa um notável progresso, mas não se deve estender tal inovação para além dos limites do razoável. Saímos da vedação absoluta da autonomia da vontade supostamente imposta pelo Direito Internacional Privado brasileiro, para finalmente chegarmos à expressa adoção legal do referido princípio, em sede de arbitragem. Entretanto, como diz o ditado popular, "*nem tanto ao mar, nem tanto à terra.*" Parece mais consentâneo com a realidade de nosso direito que a autonomia da vontade conferida pela Lei nº 9.307/96 limite-se apenas às arbitragens de cunho internacional.

É neste sentido que se posiciona João Bosco Lee[52]:

> "O *reconhecimento da autonomia da vontade é certamente uma revolução no direito internacional privado brasileiro e era mesmo imperativo para que a lei de arbitragem fosse eficaz, mas a sua extensão à arbitragem interna é* 'excessiva e descabida'. À arbitragem interna se impõe o direito interno." (grifamos).

Cumpre também invocar, por oportuno, a lição de Pommier[53]: "*En présence d'un contrat interne, la seule loi compétente susceptible de le régir est celle de cet ordre juridique interne vers lequel tous les points de rattachement convergent.*" E prossegue[54]: "*la possibilité d'une désignation de la loi applicable au contrat par les parties suppose que* l'arbitrage revêt un caractère international, comme exigence préalable." (grifos nossos).

Nem se diga que a escolha de uma lei estrangeira teria o condão de conferir à arbitragem o caráter de internacional. Afinal, considerar que a eleição de uma lei estrangeira consiste num critério de internacionalidade seria, *data maxima venia*, confundir a qualificação com a

52 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:355, 2001.

53 "Na presença de um contrato interno, a única lei competente suscetível de reger lo é aquela da ordem jurídica interna, para a qual todos os pontos de conexão convergem." Jean-Christophe Pommier, *Principe dAutonomie et Loi du Contrat en Droit International Privé Conventioinnel*, trad. livre da autora, 1992, p. 135.

54 "a possibilidade de uma designação, pelas partes, da lei aplicável ao contrato supõe que a arbitragem revista-se de um caráter internacional, como exigência prévia." *Ob. cit.*, trad. livre da autora, p. 247.

norma[55]. Com efeito, a possibilidade de escolha de uma lei estrangeira está condicionada à natureza internacional do caso concreto e não pode ser considerada, ao revés, como um fator de internacionalização da arbitragem. Não é a submissão a uma lei estrangeira que confere o caráter internacional à arbitragem; **é exatamente o contrário**. O caráter internacional da arbitragem é que justifica a aplicação da lei escolhida pelas partes. Dentro de uma ordem lógica, é a internacionalidade da arbitragem que proporciona o direito de se escolher a lei que a regerá, e não o inverso.

Apenas para efeito de ilustração, e mais uma vez fazendo-se uma breve comparação com os contratos internacionais, cumpre mencionar que a necessidade de se aferir de forma **objetiva** o caráter internacional do caso concreto tem sido consagrada também no Direito Convencional. Com efeito, os artigos 1º da Convenção da Haia de 1955[56] e 1º da Convenção da Haia de 1986[57] prevêem que a simples declaração de vontade das partes quanto à escolha da lei aplicável a um contrato não tem o condão de conferir-lhe o caráter internacional. O artigo 1º da Convenção do México de 1994[58], por seu turno, dispõe que o contrato deve ter vinculação **objetiva** com mais de um Estado-parte.

55 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:356, 2001.

56 "*Article 1º. La présente Convention est applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. Elle ne s'applique pas aux ventes de titres, aux ventes de navires et de bateaux ou d'aéronefs enregistrés, aux ventes par autorité de justice ou sur saisie. Elle s'applique aux ventes sur documents. Pour son application sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication ou à la production. La seule déclaration des parties, relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l'alinéa premier du présent article.*"

57 "*Article 1º. This Convention determines the law applicable to contracts of sale of goods:*

a) between parties having their places of business in different States;

b) in all other cases involving a choice between the laws of different States, unless such a choice arises solely from a stipulation by the parties as to the applicable law, even if accompanied by a choice of court or arbitration."

58 "*Artigo 1º. Esta Convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais. Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação **objetiva** com mais de um Estado Parte.*" (grifamos).

Assim, permitimo-nos seguir esta tendência e concluir que a eleição, pelas partes, da lei que regerá a arbitragem não pode conferir a esta o cunho de internacional.

Vale observar que alguns autores chegaram a cogitar da utilização dos princípios e regras do comércio internacional, caso não se entenda cabível a escolha de um direito estrangeiro nas arbitragens internas, conforme demonstrado adrede. É o que propõe Paulo Borba Casella,[59] "sendo pouco provável a adoção de direito estrangeiro em arbitragens nacionais, *a solução e melhor possibilidade são normas neutras, de caráter internacional, desvinculadas de ordenamentos nacionais, tais como os princípios Unidroit.*" Nadia de Araujo, por seu turno, embora se posicione a favor da escolha da lei nas arbitragens internas[60], conforme já mencionado, também faz menção ao emprego dos princípios e regras do comércio internacional nas arbitragens domésticas[61]: "*com a Lei de Arbitragem, incorpora-se ao ordenamento jurídico pátrio, de forma expressa, a autonomia da vontade, e* não só nos contratos internacionais, *permitindo-se* desnacionalizá-los, através da utilização da lex mercatoria codificada nos Princípios". (grifos nossos).

Como bem adverte João Bosco Lee, no entanto:[62]

> "*(...) os princípios do Unidroit, no seu título, definem o seu domínio de aplicação:* "Princípios relativos aos contratos do comércio internacional. *Destarte, a aplicação da* lex mercatoria *e/ou dos "princípios uniformes dos contratos internacionais" do Unidroit está condicionada à própria internacionalidade da arbitragem*". (grifos no original)

Cumpre fazer uma última advertência quanto à possibilidade de escolha pelas partes de uma lei estrangeira no caso de uma arbitragem puramente doméstica. A referida "*internacionalização fictícia*" da arbitragem em virtude da vontade das partes pode — repita-se, pode — configurar uma fraude à lei. Com efeito, ao elegerem um direito estrangeiro, as partes poderiam intencionalmente internacionalizar a arbitragem e descartar o direito interno, podendo caracterizar-se, assim, a fraude à lei[63]. Cabe mencionar a lição de Pommier:[64]

> "*En internationalisant un contrat interne, les parties peuvent soustraire leur contrat aux dispositions impératives de la loi interne normalement applicable (élément subjectif) par la seule intervention de la règle de conflit (élément objectif).*"

Em vista de todo o exposto, partilhamos da opinião de que a autonomia conferida às partes para escolherem o direito aplicável à arbitragem, tal como prevista no artigo 2°, §1°, da Lei n° 9.307/96, está circunscrita às arbitragens internacionais, não se estendendo às arbitragens internas.

IV. O alcance das regras de direito escolhidas pelas partes na arbitragem

Em face da ambígua e imprecisa redação do artigo 2°, §1°, que estipula simplesmente que "*poderão as partes escolher, livremente,* as regras de direito que serão aplicadas à arbitragem" (grifamos), instaurou-se uma grande dúvida quanto à sua interpretação. De fato, não resta claro a que aspecto da arbitragem referiu-se o legislador ao outorgar às partes a possibilidade de escolha da lei aplicável. Destarte, pode-se argumentar que "*as regras aplicadas à arbitragem*" são aquelas que regem: (i) o mérito do litígio, (ii) o procedimento arbitral, ou (iii) a cláusula compromissória.

São escassos os pronunciamentos de nossa doutrina acerca da matéria, como bem observa João Bosco Lee:[65] "*A expressão 'regras de*

---

59 Paulo Borba Casella, Arbitragem: Entre a praxe internacional, integração no Mercosul e o Direito Brasileiro. In: Paulo Borba Casella (org.), *Lei brasileira e praxe internacional*, 1999, p. 501.

60 Nadia de Araujo, A nova lei de arbitragem brasileira e os "princípios uniformes dos contratos internacionais" elaborados pelo Unidroit. In: Paulo Borba Casella (org.), *Lei brasileira e praxe internacional*, 1999, p. 133.

61 Nadia de Araujo, A nova lei de arbitragem brasileira e os "princípios uniformes dos contratos internacionais" elaborados pelo Unidroit. In: Paulo Borba Casella (org.), *Lei brasileira e praxe internacional*, 1999, p. 161.

62 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:357.

63 João Bosco Lee. A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:357.

64 "Ao internacionalizarem um contrato interno, as partes podem subtrair seu contrato das disposições imperativas da lei interna normalmente aplicável (elemento subjetivo) unicamente pela intervenção da regra de conflito". Jean-Christophe Pommier, *Principe dAutonomie et Loi du Contrat en Droit International Privé Conventioinnel*, trad. livre da autora, 1992, p. 140.

65 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:353-4.

direito que serão aplicadas na arbitragem' é imprecisa e pode gerar dificuldades quanto à sua interpretação. (...) Entretanto, este problema passou despercebido pela doutrina brasileira, (...)."

Na opinião de Maristela Basso, a autonomia da vontade recai sobre o mérito da controvérsia[66]:

> "*Quando o legislador se refere às 'regras de direito' está se referindo tanto às regras substanciais quanto às processuais? Estamos diante de problema de interpretação de dispositivo legal, o que não é tarefa fácil. Contudo, acreditamos que o legislador está se referindo* apenas às regras de direito material, substancial, *(...).*" (grifamos).

E prossegue[67]:

> "*A lei aplicável à solução da controvérsia, dependendo do caso, poderá ser a lei material escolhida pelas partes, ou a indicada como aplicável à controvérsia pelas normas de direito internacional privado do local onde a questão estiver sendo apreciada.*"

Apesar de manifestar-se expressamente no sentido do reconhecimento da autonomia da vontade quanto às regras aplicáveis ao mérito da causa, contudo, Maristela Basso estranhamente adverte[68]:

> "*Frente à imprecisão do dispositivo* [artigo 2°, §1° da Lei n° 9.307/96], *recomenda-se que as partes — se pretendem ver executada uma sentença arbitral estrangeira no Brasil — não violem, na escolha da lei ou das "regras de direito a serem aplicadas na arbitragem", as normas constantes da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro — LICC, em especial seu art. 9°.*"

Data maxima venia à opinião da professora da USP, não entendemos seja cabível a ressalva ao dispositivo, tampouco a recomendação de que as partes observem o antiquado artigo 9° da Lei de Introdução

66 Maristela Basso, As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: Campos de regência, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 9:313, 2000.

67 Maristela Basso, As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: Campos de regência, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 9:313, 2000.

68 Maristela Basso, As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: Campos de regência, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 9:313, 2000.

ao Código Civil de 1942,[69] o qual, segundo tem entendido a doutrina pátria, resta afastado em sede de arbitragem — ao menos, nas internacionais. Tem sido esta também, aliás, a posição adotada por nossa jurisprudência acerca da matéria, conforme se depreende do acórdão proferido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento n° 1111650-0.[70] No caso, o 1° TACivSP reconheceu a incidência do princípio da autonomia da vontade das partes e entendeu que o conflito *sub examine* deveria ser solucionado pela via arbitral e segundo o direito francês, conforme estipulado pelos contratantes na cláusula compromissória[71].

Ora, exigir que as partes, nas arbitragens internacionais, "*escolham*" a lei do lugar onde o contrato — cujas controvérsias serão resolvidas por arbitragem — é celebrado corresponde a reduzir o artigo 2°, §1°, da Lei de Arbitragem a letra morta e retirar-lhe toda a eficácia. Seria desprezar o notável avanço empreendido pela Lei n° 9.307/96 e transformar o referido dispositivo em um sino sem badalo, o que é absolutamente descabido. Entendemos que, no que tange às arbitragens internacionais, às partes é conferida ampla liberdade para escolherem a lei que lhes aprouver, sendo-lhes dispensado observar a regra do artigo 9° da LICC.

De qualquer forma, da análise da manifestação de Maristela Basso, pode-se concluir que ela se perfilha entre os autores que entendem se referirem ao mérito às regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, eleitas pelas partes.

Por seu turno, Carlos Alberto Carmona[72] estende aos aspectos

69 "Artigo 9°. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. (...)".

70 1° TACiv SP, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 24.set.2002, Rel. Juiz Waldir de Souza José, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 22:403-5, 2003.

Vale transcrever um trecho do comentário de Valeria Galindez ao referido acórdão, quando de sua publicação na *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* citada na nota *supra*, p. 406: "Das várias correntes existentes, a que hoje prevalece em matéria de direito arbitral internacional, em vista do fato de o árbitro não integrar o Judiciário de nenhum país, é aquela em que se defende a completa autonomia da arbitragem com relação a qualquer sistema jurídico estatal. Ela segue, assim, regras próprias, concebidas ao longo de anos de prática, para melhor atender aos seus objetivos. É totalmente desvinculada seja do país em que está localizada sua sede, seja do lugar em que é pleiteado seu reconhecimento ou execução. O árbitro, portanto, não tem foro e, sendo assim, não está adstrito a observar quaisquer regras nacionais de conexão na escolha da lei que irá aplicar a disputa".

72 Carlos Alberto Carmona, A arbitragem no Brasil: Em busca de uma nova lei, *Revista de Processo* 72:59, 1993.

processuais da arbitragem a autonomia da vontade prevista no dispositivo *sub examine*, não a limitando, portanto, ao mérito do litígio.

Faz-se mister frisar que as *"regras de direito"* a que se refere o art. 2.°, §1°, do anteprojeto, são tanto de direito material quanto processual: não impede que as partes criem regras processuais específicas para solucionar o litígio, reportem-se às regras de um órgão arbitral institucional ou ainda adotem as regras procedimentais de um código de processo civil estrangeiro.

À mesma conclusão chegam Nadia de Araujo e Lauro Gama e Souza Jr.[73], *in verbis*:

> *"A Lei n° 9.307/96 prestigiou, ainda, a autonomia da vontade das partes, de tal sorte que aos contratantes foi conferida ampla liberdade de escolha das normas aplicáveis,* tanto ao procedimento, quanto ao fundo da causa, *(...)."* (grifamos).

É esta também a opinião esposada por Cristiane Coutinho[74]:

> *"Agora, com o advento da Lei n° 9.307/96, consagrou-se, expressamente, o princípio da autonomia da vontade quando utilizada em arbitragem, afastando, assim, o contido no art. 9° da LICC. O §1° do art. 2° da LA é claro em afirmar a liberdade da pessoa na escolha das* leis materiais e processuais *a serem aplicadas à controvérsia. Isso porque estabeleceu referido dispositivo a expressão "livremente"* (grifo nosso).

Clávio Valença Filho,[75] por sua vez, aduz, ao tratar da matéria:

> *"É necessário sabermos se a amplitude desta nova regra de conflito* [o art. 2°, §1°, da Lei n° 9.307/96] *engloba o fundo do litígio submetido à arbitragem, ou, ao contrário, se as velhas regras de conflito contidas na Lei de Introdução ao Código Civil foram derrogadas apenas em relação aos aspectos contratuais da arbitragem enquanto objeto litigioso. Em favor de uma maior amplitude para a nova regra de conflito, doutrinadores, os mais acatados, têm entendido que a sua aplicação deve ser estendida aos aspectos substanciais do litígio submetido à arbitragem. Ressaltam, porém, que a regra contida no art. 9° da Lei de Introdução somente estaria derrogada no que diz respeito às causas submetidas ao juízo arbitral, enquanto o juiz estatal continuaria vinculado à antiga regra. De nossa parte, respeitosamente, divergimos da orientação acima exposta. Entendemos que o árbitro* internacional, por não estar vinculado à ordem jurídica estatal, não está, igualmente, submetido às regras de conflito do foro, e isto, simplesmente, porque o árbitro não tem foro. Ao escolher as normas jurídicas que utilizará na solução da controvérsia que as partes lhe submetem, o árbitro goza da mais ampla autonomia, não estando vinculado nem às velhas, nem à nova regra de conflito. (...) Concluímos, então, que só o juiz estatal brasileiro *está obrigado às regras de conflito brasileiras e por isso* a nova regra de conflito só se aplica à decisão de litígios submetidos ao Judiciário, que tenham por objeto a própria arbitragem". (grifamos).

João Bosco Lee[76] aponta que a *"doutrina brasileira (...) parece aceitar que, sob a perspectiva da Lei de 1996, as partes possam escolher o direito aplicável à causa."* O próprio João Bosco Lee[77] parece entender que a eleição pelas partes da lei aplicável à arbitragem recai sobre o mérito do litígio, ao afirmar: *"Destarte, teria sido conveniente que o legislador tivesse simplesmente 'copiado' o art. 28 da Lei modelo da UNCITRAL,* que não deixa subsistir nenhuma dúvida quanto à autonomia da vontade das partes na escolha do direito aplicável ao mérito da controvérsia". (grifo nosso).

Em vista de todo o exposto, partilhamos da opinião daqueles que estendem aos aspectos processuais da arbitragem a autonomia da vontade para eleger a lei aplicável a este aspecto da arbitragem, não restringindo a *lex voluntatis* ao mérito da controvérsia. Ademais, consideramos que as partes podem designar também a lei aplicável à cláusula compromissória em si, a qual poderá ser perfeitamente regida por uma lei distinta daquela aplicável ao mérito da causa.[78]

Cumpre ainda ressaltar, que, ao empregar o termo *"regras de direito"*, a lei brasileira sobre arbitragem não restringe a escolha às leis estatais, permitindo, ao revés, que as partes escolham regras anacio-

---

73 Nadia de Araujo e Lauro Gama e Souza Jr., A arbitragem internacional nos contextos interamericano e brasileiro, *Revista Brasileira de Arbitragem 0*:78 (edição especial de lançamento), 2003.

74 Cristiane Maria Heinrichs de Souza Coutinho, *Arbitragem e a Lei n° 9.307/96*, 1999, p. 56.

75 Clávio Valença Filho, Aspectos de Direito Internacional Privado na arbitragem, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 7*:382-3, 2000.

76 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:353-4, 2001.

77 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:353, 2001.

78 Quanto à possibilidade de eleição da lei a reger a própria cláusula compromissória, v. Gary B. Born, *International commercial arbitration. Comments and materials*, 2001, p. 41-2.

nais[79]. É a chamada *"desnacionalização"* do contrato, pela utilização dos princípios gerais do direito, dos usos e costumes e das regras internacionais do comércio[80] — aí se incluindo a lex mercatoria. Invoque-se, por oportuno, o §2° do artigo 2° da Lei n° 9.307/96:

> *"Artigo 2°. §2°. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos* princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio." (grifo nosso).

Na esteira do exposto adrede, observamos que, a nosso ver, a possibilidade de escolher tais regras anacionais restringe-se às arbitragens internacionais, não se estendendo àquelas de caráter interno.

É mister registrar que a autonomia da vontade no que tange à eleição da lei aplicável, conferida pelo artigo 2°, §1°, da Lei de Arbitragem, não é absoluta, eis que a designação das regras de direito aplicáveis ao fundo do litígio é inválida se violar os bons costumes ou a ordem pública, conforme dispõe o referido dispositivo, *in verbis:*

> *"Artigo 2°. §1°. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem,* desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública." (grifo nosso).

Cristiane Coutinho[81] assevera que a ordem pública e os bons costumes também devem ser respeitados quando as partes optarem pela desnacionalização da arbitragem, ou seja, quando da eleição dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e da *lex mercatoria*[82].

V. O acordo sobre arbitragem comercial internacional do MERCOSUL

Cumpre ainda fazer menção ao Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL, promulgado mediante o Decreto Executivo n° 4.719, de 04 de maio de 2003[83]. Preceitua o acordo mencionado, em seu artigo 10:

> *"Artigo 10. Direito aplicável à controvérsia pelo tribunal arbitral: As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia* com base no direito internacional privado *e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes".* (grifamos).

Quanto à expressão *"com base no direito internacional privado"*, empregada pelo referido artigo, cumpre invocar, por oportuno, a lição de Antoine Kassis[84]: *"conceptuellement un choix de la loi applicable dans le sens du droit international privé, c'est-à-dire dans le sens de choix d'une loi qui régit le contrat"*. Não resta dúvida, portanto, que, ao utilizar tal expressão, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional está expressamente outorgando às partes a liberdade de designarem a lei aplicável aos contratos por elas celebrados no âmbito do MERCOSUL, desde que elejam a arbitragem para solucionar as controvérsias advindas de tais avenças.

Assim, o dispositivo convencional acima transcrito vem reforçar a posição já consolidada no Direito Brasileiro, inaugurada pela Lei n° 9.307/96, no sentido da plena aceitação da autonomia da vontade das partes, no que tange à eleição do direito aplicável pelos contratantes, em sede de arbitragem.

Em consonância com o disposto na Lei de Arbitragem, o Brasil fez uma oportuna ressalva no artigo 1° do Decreto n° 4.719[85]: ao elegerem o direito aplicável, devem as partes observar a ordem pública, tal como previsto no artigo 2°, §1°, da lei brasileira mencionada.

---

79 João Bosco Lee, A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 11*:354, 2001.

80 Cristiane Maria Henrichs de Souza Coutinho, *Arbitragem e a Lei n° 9.307/96*, 1999, p. 56.

81 Cristiane Maria Henrichs de Souza Coutinho, *Arbitragem e a Lei n° 9.307/96*, 1999, p. 56.

82 Permitimo-nos fazer uma breve observação ao comentário da autora: a nosso ver, os princípios gerais de direito, os usos e costumes e a *lex mercatoria* dificilmente serão, em alguma hipótese, contrários à ordem pública.

83 O referido acordo do MERCOSUL havia sido aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n° 265, de 29 de dezembro de 2000.

84 "conceitualmente, uma escolha da lei aplicável **no sentido do direito internacional privado** quer dizer no sentido da escolha de uma lei que rege o contrato". Antoine Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, trad. livre da autora, 1993, p. 552.

85 "Artigo 1°. O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido como nele se contém, ressalvado seu art. 10, que deve ser interpretado no sentido de permitir às partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicáveis à matéria a que se refere o dispositivo em questão, **respeitada a ordem pública internacional**". (grifamos).

Por derradeiro, faz-se mister apontar que uma das convenções aprovadas na CIDIP I, realizada no Panamá, em 1975, já previa a autonomia da vontade em sede de arbitragem. Com efeito, preceitua o artigo 3º da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, *in verbis*:[86]

> "*Artigo 3º*. Na falta de acordo expresso entre as Partes, *a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Internacional de Arbitragem Comercial.*" (grifos nossos).

A referida convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, mediante o Decreto Legislativo nº 90, de 06 de junho de 1995, e promulgada pelo Decreto Executivo nº 1.902, de 09 de maio de 1996.

VI. Conclusão

Em boa hora, foi editada a Lei nº 9.307/96, cujo artigo 2º, §1º, estipula que as partes podem escolher livremente a lei que irá reger a arbitragem.

Lamentavelmente, contudo, a Lei de Arbitragem brasileira deixou de distinguir entre arbitragem interna e internacional, o que pode suscitar diversos problemas de ordem prática, advindos da inegável necessidade de se caracterizar, inequivocamente, o que se deve entender por arbitragem interna ou internacional. Diante do que entendemos ser uma verdadeira omissão da Lei nº 9.307/96, optamos por adotar o critério eclético alternativo para traçar a distinção entre arbitragem interna e internacional.

Em face da redação de seu artigo 2º, §1º, pode-se concluir que a Lei de Arbitragem adotou expressamente a autonomia da vontade das partes quanto à eleição da lei aplicável, desde que estas elejam a arbitragem para a solução das possíveis controvérsias entre elas advindas.

---

86 Cumpre citar, por oportuno, o comentário de Lauro da Gama e Souza Jr. acerca do referido dispositivo: "Segundo o espírito da norma, que não encontra paralelo na Convenção de Nova York, as regras da CIAC serão aplicadas subsidiariamente toda vez que, sobre determinado aspecto do procedimento, não houverem as partes expressamente acordado. Todavia, dado o seu caráter supletivo, **a norma não impede que as partes disponham de modo diverso, indicando outro conjunto de regras arbitrais para reger, no todo ou em parte, a arbitragem**". (grifos nossos). Lauro Gama e Souza Jr., A Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional. In: Paulo B. Casella e Nadia de Araujo, *Integração jurídica interamericana*, 1998, p. 395.

Ainda é muito discutido na doutrina, no entanto, se tal liberdade restringe-se apenas às arbitragens internacionais ou também se estende às arbitragens internas. Conforme exposto adrede, entendemos que a possibilidade de eleição da lei aplicável, assegurada pelo artigo 2º, §1º, da referida lei, limita-se tão-somente aos procedimentos arbitrais internacionais. Nestes, em nossa opinião, é dado às partes designar a(s) lei(s) que regerá(ão) cada um dos aspectos da arbitragem — o mérito, os aspectos processuais e a cláusula compromissória — figurando a ordem pública e os bons costumes como os únicos limites à autonomia da vontade das partes.