



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Juliana Maria Teixeira da Silva Matos

ARBITRAGEM INTERNACIONAL
A RELEVÂNCIA DA LEI DA SEDE DA ARBITRAGEM

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses
orientada pela Professora Doutora Sandra Passinhas e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Maio de 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Juliana Maria Teixeira da Silva Matos

Arbitragem Internacional
A relevância da lei da sede da arbitragem

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientadora: Professora Doutora Sandra Passinhas

Coimbra, 2022

AGRADECIMENTO

Ao meu Senhor toda honra e toda glória.

À minha irmã Caroline Maria pelo seu apoio e paciência.

À minha irmã Mariana Maria pela sua constante companhia.

Aos meus pais por proporcionarem a realização de mais um sonho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a arbitragem internacional, demonstrando suas particularidades, principalmente, no que concerne à sua internacionalidade e às questões que envolve a escolha da sede da arbitragem.

Desse modo, a análise do instituto da arbitragem internacional será dividida em três partes com objetivo de fornecer uma melhor perspectiva e conhecimento sobre a arbitragem maneira de geral, para, depois, com essas informações, adentrarmos a análise da complexidade que a arbitragem internacional acarreta no mundo jurídico e social.

Na primeira parte, iremos discorrer sobre o instituto da arbitragem de forma geral, discorrendo sobre seus principais elementos como: seu conceito e noções iniciais, a conceituação da convenção de arbitragem, como compromisso arbitral ou cláusula arbitral, avançando para a problemática caracterização da sua natureza jurídica, desenvolvendo as quatro teorias: contratualista, jurisdicionalista, mista e autonomista.

No capítulo seguinte, tratamos, especificamente, do foco do trabalho, a arbitragem internacional. Abordaremos suas principais características: conceituação, importância no comércio internacional, seu enquadramento em alguns ordenamentos jurídicos, seus critérios caracterizadores de internacionalidade, com ênfase nos dispostos na Lei-Modelo da UNCITRAL e a Convenção de Nova Iorque de 1958. Na última parte, abordaremos, então, a relevância da lei da sede de arbitragem na arbitragem internacional, sob a ótica de três teses: territorialista, autônoma e pluralista. A primeira considerada a mais clássica e as demais oferecendo um contraponto a seus argumentos. Por fim, levando em conta os conceitos e discussões aventadas, pretendemos oferecer nossa contribuição, indicando qual a tese, atualmente, entendemos ser a mais favorável a um desenvolvimento da arbitragem internacional.

Palavras-Chaves: arbitragem internacional, comércio internacional, critérios de internacionalidade, sede da arbitragem, tese territorialista.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze international arbitration, demonstrating its particularities, mainly with regard to its internationality and the issues surrounding the choice of the seat of arbitration. In this way, the analysis of the institute of international arbitration will be divided into three parts in order to provide a better perspective and knowledge about arbitration in general, so that, later, with this information, we can enter the analysis of the complexity that international arbitration entails in the legal and social world. In the first part, we will discuss the arbitration institute in general, discussing its main elements such as: its concept and initial notions, the conceptualization of the arbitration agreement, as an arbitration agreement or arbitration clause, advancing to the problematic characterization of its juridical nature, developing the four theories: contractualist, jurisdictionalist, mixed and autonomist. In the following chapter, we deal specifically with the focus of the work, international arbitration. We will address its main characteristics: conceptualization, importance in international trade, its framework in some legal systems, its criteria for characterizing internationality, with emphasis on the provisions of the UNCITRAL Model-Law and The 1958 New York Convention. Then, the relevance of the law of the seat of arbitration in international arbitration, from the perspective of three theses: territorialist, autonomous and pluralist. The first considered the most classic and the others offering a counterpoint to their arguments. Finally, taking into account the concepts and discussions raised, we intend to offer our contribution, indicating which thesis, currently, we believe to be the most favorable to the development of international arbitration.

Keywords: international arbitration, territorial thesis: law of the place of arbitration, international trade.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 - ARBITRAGEM	9
1.1 Conceito e Noções iniciais.....	9
1.2 Convenção de arbitragem	11
1.2.1 Compromisso arbitral e cláusula arbitral	12
1.3 Natureza jurídica da arbitragem.....	14
1.3.1 Teoria contratualista	14
1.3.2 Teoria jurisdicionalista	15
1.3.3 Teoria mista	15
1.3.4 Teoria autonomista	16
1.4 Tipos de arbitragem: institucionalizada ou arbitragem “ad hoc”.....	19
CAPÍTULO 2 – ARBITRAGEM INTERNACIONAL	21
2.1 A importância do estudo da arbitragem internacional.....	21
2.2 Conceito e noções da arbitragem internacional	23
2.2.1 Fontes da arbitragem internacional.....	25
2.2.1.1 Lei-Modelo da UNCITRAL	26
2.2.1.2 Convenção de Nova Iorque de 1958.....	28
2.3 Critérios caracterizadores da internacionalidade da arbitragem.....	31
2.4 Sede da arbitragem.....	38
2.4.1 Problemática: reflexão acerca da relevância da lei da sede da arbitragem na arbitragem internacional.....	41
2.4.1.1 Conceitos introdutórios.....	41
2.4.1.2 Tese territorialista	44
2.4.1.3 Tese autônoma	49
2.4.1.4 Tese pluralista	52
POSIÇÃO ADOTADA E CONCLUSÃO	55
BIBLIOGRAFIA	59

INTRODUÇÃO

Não há como negar o crescente enfoque que na arbitragem internacional para as soluções de litígios internacionais, principalmente, os que envolvem o comércio internacional. É notório, que a maioria dos contratos celebrados internacionalmente comportam cláusulas arbitrais, sendo este o modo usual de resolução dos conflitos resultantes das relações do comércio internacional.

Apesar de a origem do instituto remontar há vários séculos, tem sido conferida, nas últimas décadas, extrema atenção à sua utilização em questões internacionais, sendo constantemente estudado pela doutrina e os práticos do direito.

Devido à globalização e seus reflexos, as relações cada vez mais, comportam uma mutabilidade e uma agregação financeira, principalmente no comércio internacional, necessitando de procedimentos condizentes para solucionar de maneira rápida e eficaz os problemas resultantes neste âmbito.

O sistema judicial estatal, por sua vez, mostra-se demasiadamente inadequado para dirimir essa espécie de conflitos, em razão da, principalmente, da complexidade e especificidade das matérias litigantes, sendo esse o espaço em que a arbitragem internacional se destaca.

A arbitragem contribui de forma singular, pois, revela-se instrumento de grande valia entre os meios alternativos de resoluções de conflitos, sem a necessidade de acionar o sistema judiciário, evitando a morosidade e possibilitando uma solução rápida, eficiente e sigilosa para aqueles que buscam solucionar os seus conflitos.

Primeiramente, será feita uma breve análise do instituto da arbitragem, de forma geral, envolvendo seus elementos principais e características. Após, iniciaremos o estudo da arbitragem internacional, foco do trabalho, abordando sua conceituação, os elementos caracterizadores da sua internacionalidade.

Na sequência, adentramos a problemática que se pretende estudar, qual seja, a influência que a escolha da sede pode ter sobre a arbitragem internacional, através da análise de três tese: a mais clássica, tese territorialista, e, ainda, as teses autônoma e pluralista, fazendo contraponto à primeira.

Por fim, pretendemos oferecer uma pequena contribuição com a nossa opinião sobre qual a tese revela-se mais adequada para conferir uma resposta – ao menos nesse momento – à questão da relação entre a arbitragem internacional e o ordenamento jurídico do local escolhido como sede para o seu desenvolvimento.

CAPÍTULO 1 - ARBITRAGEM

1.1 Conceito e Noções iniciais

Para tratarmos da Arbitragem Internacional, é primordial, preliminarmente, fazermos breves considerações sobre o instituto da arbitragem de forma geral. Apesar de a origem do instituto remontar há vários séculos, tem sido conferida, nas últimas décadas, extrema atenção a sua utilização, nos âmbitos nacional e internacional, causando, assim, uma grande demanda de seu estudo pela doutrina e pelos práticos do Direito.

A preferência pela arbitragem para resolver os litígios emergentes das relações oriundas da vida em sociedade, denota uma adoção dos “Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”¹. Estes meios possibilitam uma solução ao litígio sem a necessidade de acionar ou da intervenção do sistema Judiciário estatal.

Estes meios formam um conjunto de procedimentos de solução de litígios, desvinculados do poder estatal, os quais fornecem um meio para resolver a questão litigante em que não há a necessidade de se socorrer ao julgamento no tribunal estatal, evitando assim, a morosidade e rigidez resultantes do sistema judicial.

Na Resolução Alternativa de litígios, podemos destacar os seguintes meios alternativos: (i) negociação (composta pela conciliação e mediação); e (ii) a arbitragem. Perfaz-se, contudo, crucial fazer uma distinção entre eles em razão das suas similaridades. Em todos, a adoção é escolha feita pelas partes e há interferência de um terceiro, o qual tem como objetivo ajudar as partes a pôr um fim ao conflito.

Agora, vamos nos concentrar nos traços distintivos de cada um dos institutos.

Iniciaremos com a negociação, por esta ser a forma de resolução de conflitos mais utilizada pelo homem - estamos sempre negociando, seja com os familiares, com os amigos ou na área profissional. Ela tem como objetivo a busca pelo consenso, ou seja, que se atinja concordância e contento entre as vontades dos participantes. A negociação pode ocorrer de duas formas, pela conciliação ou mediação.

A conciliação é um procedimento de caráter voluntário, no qual se busca, com a intervenção de um terceiro, uma composição satisfatória para o conflito existente entre as partes. O conciliador, em conjunto com as partes, participa ativamente do processo,

¹ Designação inglesa *Alternative Dispute Resolution* – ADR.

orientando e propondo soluções para o litígio. Essa modalidade pode se dar de forma judicial ou extrajudicial, sendo esta última aquela que compõe os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Na mediação, o terceiro - chamado de mediador -, exercerá um papel de auxiliador, prestando assistência às partes e promovendo um meio mais comunicativo entre estas, com o fim de obter acordo que porá fim ao litígio de forma adequada. Ressalva-se que o mediador deve sempre se manter imparcial, sem impor ou tentar dirigir o processo pois, na mediação, as partes detêm o pleno domínio sobre o processo e será através delas que o problema se solucionará².

A arbitragem, por sua vez, pode ser definida como “modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros”³. Podemos verificar que a participação deste terceiro é mais decisiva e impositiva do que nos outros métodos acima mencionados. Contudo, a vontade das partes continua sendo um fator comum, pois todos são procedimentos de caráter voluntário.

Entre nós, Luís de Lima Pinheiro caracteriza a arbitragem voluntária como “um modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que, com base na vontade das partes, a decisão é confiada a terceiro. Para este efeito considera-se terceiro um particular distinto de qualquer das partes e que não actua como seu representante”⁴.

Ao escolher o instituto da arbitragem⁵, o terceiro - chamado de árbitro -, será aquele que irá analisar e prolatar a decisão que porá um fim ao conflito, exercendo o papel de juiz. As partes, ao optarem por este meio de resolução alternativo de conflito, concordam em excluírem determinado litígio da jurisdição dos tribunais estaduais.

Anota-se que este conceito aqui exposto se concilia com a noção de arbitragem voluntária, que se diferencia, por sua vez, da arbitragem necessária, a qual é imposta às partes pela lei, ou da arbitragem desportiva, resultante de um regulamento desportivo.

² MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 48-49.

³ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 119.

⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 26.

⁵ Na doutrina estrangeira considera-se arbitragem de forma geral como sendo “*device whereby the settlement of a question, which is of interest of two or more persons, is entrusted to one or more other persons – the arbitrator or arbitrators – who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement*” - PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD, BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (edited by Emmanuel Gaillard and John Savage), The Hague: Kluwer, 1999, p. 9.

Manuel Pereira Barrocas classifica estas como sendo “outras modalidades que comumente se denominam igualmente de arbitragem, mas que não constituem verdadeiramente arbitragem”⁶, pois nesse caso há uma imposição às partes da adoção do meio alternativo de resolução de conflito, não contendo o caráter voluntário.

Seguindo um entendimento diferente, Francisco Cortez considera a arbitragem como “forma de administração da justiça em que o litígio é submetido por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros”⁷, os quais terão competência para prolatar a sentença arbitral. Assim, para o autor, o instituto da arbitragem englobaria as arbitragens de caráter impositivo ou voluntário⁸, posição diferente da adotada aos conceitos expostos e considerados.

Em síntese, como foi dito, a arbitragem é um mecanismo de resolução de conflitos em que as partes, por vontade própria e através de um acordo, decidem retirar da esfera estatal a resolução de um litígio e a submetem a apreciação do tribunal arbitral, o qual irá decretar uma decisão de caráter definitivo e com força executiva.

É possível observar que o conceito de arbitragem revela em si mesmo quatro elementos: “a sua *função jurisdicional* (resolução de litígios), a fonte de que resulta (a convenção de arbitragem), os *titulares da função arbitral* (os árbitros) e o *reconhecimento legal*”.⁹

Definido o instituto da arbitragem, seguiremos para análise da sua natureza jurídica e da convenção de arbitragem, fonte da qual emana. Como esses conceitos em mente, analisaremos, então, a arbitragem internacional, tema de enfoque do presente trabalho.

1.2 Convenção de arbitragem

Como vimos, a arbitragem emana da convenção de arbitragem, elemento essencial de sua existência. A convenção de arbitragem é resultante da celebração de um acordo escrito

⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 34.

⁷ FRANCISCO CORTEZ, *A arbitragem voluntária em Portugal: Dos-ricos homens aos tribunais privados*, in *O Direito*, Ano 124, n. 4, Lisboa, 1992, p. 542-543.

⁸ Corroborando com este pensamento, o autor Dário Moura Vicente defende as modalidades de arbitragem voluntária ou necessária (obrigatória); DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional: direito aplicável ao mérito da causa*, Editora Coimbra, Coimbra, 1990, pp. 27-28.

⁹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 34.

e assinado pelas partes o qual estabelece que os litígios emergentes dessa relação jurídica, contratual ou extracontratual, sejam submetidos ao tribunal arbitral.¹⁰

A estipulação da forma escrita, está prevista tanto na Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa (a partir daqui, tratada como LAV), quanto na Convenção de Nova Iorque de 1958 e na Lei-Modelo da UNCITRAL¹¹, diplomas de extrema relevância para a arbitragem internacional, tema tratado no próximo capítulo.

Veremos que, na arbitragem internacional, a convenção de arbitragem terá um maior enfoque, pois será dela que emanará o instituto e todos os seus principais pontos.

Na convenção, as partes escolhem livremente o seu conteúdo como: a legislação aplicável ao mérito, o procedimento arbitral, a composição do tribunal arbitral, os custos, bem como, o local da arbitragem, que determinará a nacionalidade da sentença arbitral, entre outros assuntos pertinentes para o desenvolvimento da arbitragem.

Em razão disso, é de extrema importância que a convenção seja válida e eficaz para que possa produzir efeitos. Os efeitos detêm caráter duplo, podendo ser: (i) positivo, através do nascimento do direito potestativo à constituição do tribunal arbitral na esfera de cada signatários; e (ii) negativo, excluindo a competência dos tribunais comuns pela falta de jurisdição. É dela que resulta a competência do tribunal arbitral para dirimir o litígio.

1.2.1 Compromisso arbitral e cláusula arbitral

A convenção de arbitragem pode revestir-se de duas formas: (i) compromisso arbitral ou (ii) cláusula de arbitragem ou compromissória, adotando assim, um sistema dualista. A maioria dos sistemas admite essas modalidades, porém, dependendo do sistema, a distinção se faz de formas diferentes.

No ordenamento português, como no brasileiro e no francês, a distinção se faz pela existência ou não do litígio¹². Ou seja, se o litígio é atual, as partes estão litigando no presente, a convenção de arbitragem designa-se compromisso arbitral; mas, se for um litígio eventual, emergente de uma relação jurídica contratual ou extracontratual, será considerada

¹⁰ DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei de arbitragem voluntaria anotada*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 39-42.

¹¹ Iremos mencionar com mais detalhes sobre os diplomas no próximo capítulo.

¹² Dispositivos: art. 1º/3 da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa (LAV); art. 1442 do Código de Processo Civil francês (CPC); art. 4 e 9 da Lei de Arbitragem brasileira.

uma cláusula compromissória.¹³ Em uma grande parte das legislações, há também, a exigência de que “os litígios futuros visados na convenção de arbitragem sejam emergentes de uma relação jurídica determinada”¹⁴.

Nas duas modalidades da convenção, há necessidade de se determinar as regras que serão aplicadas à arbitragem. Ressalva-se que, no ordenamento brasileiro, ainda ocorre uma outra diferenciação em relação a cláusula compromissória, a qual pode ser considerada vazia ou cheia.

O assunto foi alvo de questionamento junto ao sistema judiciário brasileiro em razão de a cláusula compromissória vazia não conter as informações necessárias para a instauração do processo arbitral.

Acionado, o Supremo Tribunal Federal se posicionou, firmando o entendimento de que, mesmo não contendo as informações necessárias, há uma renúncia prévia e abstrata à jurisdição estatal, mantendo assim, a competência do tribunal arbitral.¹⁵

No mesmo entendimento, José Eduardo Carneira Alvim, “se as partes nada estipularam sobre o procedimento a ser observado, cabe ao árbitro ou tribunal arbitral discipliná-lo, respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 1 e 2, da Lei de Arbitragem brasileira)”¹⁶.

Há outros diplomas, como na Lei-Modelo da UNCITRAL (art. 7 (1)) e na Convenção de Nova Iorque de 1958 (art. 2 (2)), em que a distinção entre as duas modalidades, faz-se pelo fato de que a cláusula compromissória se distingue do compromisso por ser considerada uma cláusula contratual.

¹³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de arbitragem comentada*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 37-38; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 84.

¹⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 85.

¹⁵ O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a constitucionalidade dos art. 6.º, parágrafo único e art. 7.º parágrafos, 41 e 42 da Lei n.º 9.307/1996, na medida em que, “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5.º, XXXV, da CF”. Os doutrinadores brasileiros validaram o voto que confirma validade da cláusula.

¹⁶ JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, *Direito arbitral*, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 147.

1.3 Natureza jurídica da arbitragem

Há diversas teorias na doutrina que buscam esclarecer a problemática da natureza jurídica da arbitragem, merecendo destaque as quatro principais: a teoria contratualista, a teoria jurisdicionalista, a teoria mista, e, por fim, a teoria autonomista.

Porém, antes de tratarmos das referidas teorias, faz-se necessário meramente lembrar a natureza jurídica da convenção de arbitragem, por esta ser a fonte da própria arbitragem. Diferentemente da arbitragem, é unânime na doutrina que a convenção é um negócio jurídico que tem como finalidade a resolução do litígio na esfera arbitral. Portanto, a convenção é um acordo feito entre as partes que decidem submeter a resolução de um ou mais litígios determinados ou determináveis utilizando o instituto da arbitragem.

Seguimos à análise das teorias.

1.3.1 Teoria contratualista

A primeira é a teoria contratual, a qual considera que a arbitragem tem natureza contratual resultante da vontade das partes ao celebrarem a convenção de arbitragem. Ou seja, o enfoque é sobre a vontade das partes que é externada na convenção, um contrato, e tudo a respeito da arbitragem, nasce e gira em torno dessa concepção.

Podemos dizer, então, que “Todo o processo, a sua razão de ser, a sua fonte ou origem, bem como a nomeação do arbitro, as próprias regras do processo e o direito aplicável, (...) tudo reside ou tem origem e razão de ser na vontade das partes”¹⁷.

Os próprios árbitros só podem proferir a decisão arbitral por serem mandatários das partes, e que esta, por ser considerada um “contrato”, só terá validade com “a homologação judicial que permite que a decisão arbitral seja uma verdadeira sentença”¹⁸. O Estado, por sua vez, não exerce nenhum controle sobre isso, e caso haja, é meramente secundário.

¹⁷ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 45.

¹⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, cit., p. 119.

1.3.2 Teoria jurisdicionalista

Rebatendo essa teoria, a teoria jurisdicionalista¹⁹ põe ênfase no poder que o Estado tem sobre o instituto, defendendo que a arbitragem é controlada e regulada por este (poder estatal)²⁰.

A lei do lugar da arbitragem será aquela que permitirá a delegação da competência pelas partes aos árbitros para julgar o litígio, executando estes atos jurisdicionais emanados do poder conferido pela soberania do Estado, exercendo, assim, o papel de juízes ao proferir a sentença arbitral.

Esta teoria defendida por Lainé, doutrinador do direito internacional privado na França e um dos seus defensores, diz que “embora os poderes dos árbitros sejam atribuídos pelas partes os árbitros são juízes e não mandatários das partes e que as decisões arbitrais são actos jurisdicionais e não contratos”²¹.

Pillet, por sua vez, sem ignorar o fato de que os árbitros só possuem poderes por delegação das partes, reforça, porém, que é “por força da lei do país da sede da arbitragem que a vontade das partes “transforma” os árbitros de simples particulares em juízes”.²² Ou seja, em um movimento contrário ao da teoria contratual, a arbitragem depende do poder estatal para o seu desenvolvimento.

1.3.3 Teoria mista

A terceira teoria, denominada mista²³, é a tese que prevalece atualmente, pois é a que mais se aproxima da realidade da arbitragem, principalmente no caso da arbitragem internacional.

A natureza jurídica da arbitragem, segundo essa tese, como se costuma dizer, é contratual na sua origem, mas jurisdicional na sua finalidade.

¹⁹ Teoria acolhida pelos grandes estudiosos clássicos do direito internacional privado na França - LAINE, PILLET e BARTIN. Entre nós, Dário Moura Vicente em sua obra *Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa*, 1990.

²⁰ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 44-45

²¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pág. 184.

²² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pág. 184.

²³ Merece menção o autor HENRI MOLUTSKY, o qual desenvolveu e sintetizou teoria mista em *Études et notes sur l'arbitrage*, Ecrits, vol. II, Dalloz, Paris, 1974.

Assim, defende-se, por um lado, a necessidade da celebração da convenção de arbitragem, sem a qual não existiria o instituto. Daí, sua característica contratual. Argumenta-se que o processo arbitral se pauta justamente no exercício da autonomia privada, desde a decisão das partes pela submissão ao instituto da arbitragem, passando pela sua intervenção na formação dos procedimentos até a formação do tribunal arbitral.

Por outro lado, isso não se contrapõe à noção de que os árbitros exercem função jurisdicional, ainda que não exerçam a função pública de juiz. A sentença proferida no processo arbitral é vinculativa e produz efeitos sobre as partes sem a necessidade de homologação, produzindo efeitos semelhantes a uma sentença judicial.

Porém, importa fazer relevante ressalva: “há que acrescentar que a arbitragem está em vasta medida sujeita à auto-regulação das partes e que embora os árbitros sejam investidos num poder jurisdicional tal não significa necessariamente que exercem, por delegação, uma função estadual”²⁴.

Sendo a tese dominante, muitos doutrinadores portugueses seguem essa corrente, como Manuel Pereira Barrocas²⁵, Maria França Gouveia²⁶ e Luís de Lima Pinheiro. Este último explica o porquê do acolhimento dessa teoria ser o mais aceite e adequado.

Vejamos: “Enquanto processo, a arbitragem voluntária, tal como é configurada pelos principais sistemas, tem uma natureza mista contratual-jurisdicional, visto que, se tem um fundamento contratual, constitui uma atividade jurisdicional e conduz a uma decisão com eficácia jurisdicional”²⁷.

1.3.4 Teoria autonomista

Por fim, a teoria mais recente, a teoria autonomista, nega todas as outras teorias, sustentando que a arbitragem não tem natureza contratual, jurisdicional e muito menos mista²⁸.

²⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 187.

²⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de arbitragem*, cit., pp. 46-47.

²⁶ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, cit., pp. 119-121.

²⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 187.

²⁸ Artigo “*Garantias Ordinárias versus Garantias Constitucionales em el Arbitraje?*” in *Arbitragem e Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Sila Soares*, Editora Atlas, São Paulo, 2007, pp. 230 e ss. *Apud* MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de arbitragem*, cit., p. 47.

Na formulação apresentada por Jaqueline Rubellin-Devichi, a arbitragem deveria ser observada de acordo com suas características, objetivos e forma. Partindo da premissa que a arbitragem é um regime autônomo e, em razão dessa independência, pode funcionar à margem das leis nacionais e do direito positivado, principalmente, no tocante à arbitragem internacional - *“in order to allow arbitration to enjoy the expansion it deserves, while all along keeping it within its appropriate limits, one must accept, I believe, that its nature is neither contractual, nor jurisdictional, nor hybrid, but autonomous”*²⁹.

Segundo esta tese, a natureza jurídica da arbitragem seria *sui generis*, ou seja, teria sua natureza originada em uma ordem jurídica autônoma, criada especificamente para esta, respeitando suas necessidades e caráter intrínseco.

A partir dessa mesma concepção, os autores Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll defendem que *“arbitration cannot work in the context of the ideologies established in the context of private international law; it does not need to fit in internationalist or nationalist-positivist views. It can eventually operate outside the constraints of positive law or national legal systems”*³⁰.

Em suma, sustentam que a arbitragem não precisa se limitar às amarras ideológicas estabelecidas no contexto do direito internacional privado, tampouco adequar-se a visões – sejam internacionalistas, sejam nacionalistas. Só assim, desprendida desses cenários, poderá a arbitragem se desenvolver corretamente e atingir seu verdadeiro potencial.

Os autores ainda acrescentam que a tese autonomista é um desenvolvimento elucidado da teoria mista, a qual se torna compatível com a ideia moderna do direito transnacional – *“however, it has the added dimension of being in tune with the modern forms*

²⁹ Tradução: “para permitir que a arbitragem goze da expansão que merece, mantendo-a dentro de seus limites, deve-se aceitar, acredito, que sua natureza não é contratual, nem jurisdicional, nem híbrida, mas autônoma” - J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international privé* Apud GARY B. BORN, *International commercial arbitration*, 3ª edição, Kluwer Law International, 2020, n. 1.827, p. 1726; J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage: nature juridique* – Apud JULIAN D. M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS E STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer, 2003, p. 81.

³⁰ Tradução: “A arbitragem não pode funcionar dentro das ideologias estabelecidas do direito internacional privado; não precisa se encaixar nas visões internacionalistas ou nacionalistas-positivistas. Pode eventualmente operar fora das restrições do direito positivo ou dos sistemas jurídicos nacionais” - JULIAN D. M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS e STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 81.

*of non-national, transnational and delocalised arbitration, as it does not attach too much value to the seat of arbitration and its law*³¹.

Tal formulação, por mais interessante que seja, não tem hoje elementos para validar essa independência. Isso justamente por não existir a autonomia aventada pela tese; não há como negar a origem da arbitragem no contrato, ou seja, na convenção de arbitragem e, ainda, menos, o vínculo com o ordenamento estatal em razão da função jurisdicional exercida pelo tribunal arbitral ao dirimir os conflitos emergentes da relação jurídica das partes.

Portanto, por mais que se tente desvincular a necessidade do poder estatal da arbitragem, não há como negar o vínculo existente entre esta e o ordenamento jurídico da sua sede ou do local que a decisão arbitral será executada³². Essa é discussão que ainda se alonga, mas que iremos demonstrar mais à frente.

O doutrinador Manuel Pereira Barrocas, corroborando esse entendimento, afirma que “por mais autónoma que a arbitragem, daquele modo concebida, seja, carecerá sempre de alguns elementos da tese contratualista, por um lado, e da tese jurisdicionalista e, bem assim, de elementos próprios do direito público para explicar, segundo a lei do lugar da sede da arbitragem, porque é coerciva a sentença arbitral.”³³

Com o exposto, podemos concluir que, primeiro, em relação a teoria autônoma, não há como validar essa autonomia alegada da arbitragem, com uma desvinculação total de um poder estatal. Em segundo, as duas outras teorias - contratualista e jurisdicionalista - têm fundamentos corretos, motivo pelo qual, a teoria mista é a que comporta todos os elementos da arbitragem, sendo, portanto, a mais adequada para justificar sua natureza híbrida.

Concluimos, então, que a arbitragem é contratual na sua origem, pois decorre da convenção de arbitragem, um contrato, e jurisdicional, pois os árbitros exercem atos de jurisdição.

³¹ Tradução: “tem a dimensão adicional de estar em sintonia com as formas modernas de arbitragem transnacional, pois não atribui muito valor à sede da arbitragem e ao seu direito” - JULIAN D. M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS e STEFAN M. KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, cit., p. 81.

³² GARY B. BORN, *International commercial arbitration*, cit., p. 215.

³³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 47.

1.4 Tipos de arbitragem: institucionalizada ou arbitragem “ad hoc”

Outra questão que se aponta na arbitragem é a escolha do tipo de arbitragem que será adotada na convenção de arbitragem. Podemos encontrar duas espécies: a arbitragem institucionalizada ou a arbitragem *ad-hoc*. Há vantagens e desvantagens em cada uma delas, sendo que a escolha dependerá daquela que se enquadre melhor na complexidade do litígio e das partes envolvidas.

A arbitragem institucionalizada, definida como instância arbitral, é aquela administrada por uma instituição arbitral especializada, de caráter permanente, a qual possui um regulamento próprio aplicável ao instituto da arbitragem.

Há grandes centros de arbitragem que merecem menção por seu reconhecimento global, temos *London Court of International Arbitration* em Londres, *International Chamber of Commerce* na França, o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa em Portugal e *American Arbitration Association* em Nova Iorque, entre outros.

Um das principais vantagens na escolha desses centros de arbitragem é a existência de um regulamento próprio, o qual contém regras que já foram testadas e experimentadas. Em razão disso, considera que “os regulamentos institucionais se tornem pequenos mas verdadeiros códigos de processo arbitral”³⁴, sendo até considerados como fontes privadas da arbitragem internacional.

Essa constatação pode trazer uma certa “rigidez” à arbitragem pois, na medida que são normas já pré-estabelecidas, tornam-se menos flexíveis à vontade das partes em certas matérias³⁵; mas sem dúvida, ainda são normas importantes e especializadas para a arbitragem internacional.

Evidentemente que as regras de arbitragem destas instituições têm como objetivo principal permitir o desenvolvimento justo e eficiente do processo arbitral, proporcionando, também, uma alta confiabilidade e eficiência administrativa no mercado global. Outra vantagem importante, é a existência de funcionários especializados e inteiramente dedicados os processos arbitrais, prestando total apoio às partes e seus mandatários no decurso da arbitragem.

³⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 427.

³⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 427.

No entanto, há também desvantagens emanadas desse recurso, tal como os elevados custos a serem arcados pelas partes de modo a verem seu litígio solucionado por determinado centro de arbitragem. Porém, embora pesem os elevados custos, há casos, principalmente no âmbito do comércio internacional, em que a escolha por este tipo se apresenta como a mais aconselhável em razão da complexidade do litígio, bem como, dos envolvidos.

Já na arbitragem não institucionalizada, também conhecida como *ad hoc*, o tribunal é constituído para resolver um determinado litígio e, após cumprir esse objetivo, este deixa de existir. Ela será conduzida pelas regras estabelecidas pelas partes ou pelo tribunal arbitral constituído por força da convenção de arbitragem.

A vantagem mais clara é a possibilidade de as partes poderem adaptar a arbitragem aos seus próprios intuítos e objetivos, adequando-a à natureza do litígio.

Porém, ao mesmo tempo, comporta uma desvantagem, a excessiva dependência da cooperação das partes para o sucesso da arbitragem, o que, muitas vezes, não se verifica. Outras dificuldades ainda poderão surgir no tocante às questões de anulação de sentenças arbitrais, pois a decisão final sempre dependerá de um sistema legal que se apresente adequado às características do litígio.

É de destacar que, na prática, por não existir um regulamento próprio, as partes optam por adotar as regras de alguma instituição; é bastante comum, por exemplo, adotar as Regras de Arbitragem da UNCITRAL, chamada de Lei-Modelo.

Com o exposto, foi possível verificar que o instituto da arbitragem vem alterando os padrões clássicos de justiça, possibilitando às partes envolvidas se socorrerem de outro meio que não o Poder Judiciário. Essa possibilidade carrega inúmeras vantagens, principalmente, no âmbito das relações do comércio internacional com a adoção da arbitragem internacional, sobre a qual debruçamo-nos a seguir.

CAPÍTULO 2 – ARBITRAGEM INTERNACIONAL

2.1 A importância do estudo da arbitragem internacional

Diante do exposto até aqui, ficou clara a importância e a indispensabilidade da arbitragem como forma alternativa de resolução de conflitos nos vários campos do Direito. Essa valorização é ainda mais marcante no tocante ao comércio internacional, pois, como veremos, o aumento do mercado e a sua internacionalização fomentou, e ainda fomenta, o seu desenvolvimento.

O fenômeno da arbitragem começa com o fim da 2ª Guerra Mundial com a “consciência, por parte dos agentes econômicos, da superioridade da via arbitral de resolução dos litígios relativamente ao recurso aos tribunais judiciais”³⁶.

A conceitualização da arbitragem como internacional é complexa e não há uma uniformidade nos sistemas. A maioria dos ordenamentos jurídicos faz distinção entre a arbitragem nacional ou doméstica e a arbitragem internacional, adotando dispositivos específicos para cada modalidade. Portugal, nesse âmbito, merece destaque pela sua Lei de Arbitragem Voluntária, considerada uma referência no Direito Comparado.

Para se trazer uma diferenciação inicial entre a arbitragem nacional e internacional, seria necessária a análise da existência ou não do envolvimento de diferentes ordenamentos jurídicos estatais. Noutras palavras, verificar se há conexão com um único Estado, oportunidade em que será considerada nacional, ou se o litígio ou outros elementos têm conexão com mais de um Estado, momento em que assumirá assim, a caracterização de internacional.

A conexão com diferentes estruturas nacionais é comum e habitual nas relações do comércio internacional, razão pela qual, muitas vezes encontramos a denominação arbitragem comercial internacional, por sua constante e indispensável aplicação nesse ramo.

Contudo, não quer dizer que a arbitragem internacional se restrinja às questões de direito comercial, podendo envolver ainda outras questões de direito público e privado. Todavia, concordamos ser inegável que esta atinge seu ponto mais alto no âmbito do comércio internacional.

³⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, cit., p.18.

Ademais, a defesa de que a arbitragem internacional é o meio mais adequado para a resolução de litígios oriundos do comércio internacional, dá-se em razão das suas características e mecanismos próprios, que proporcionam, em última análise, maiores benefícios frente a arbitragem nacional.

O primeiro benefício que salta à atenção é a celeridade do processo arbitral: “a justiça arbitral é a mais expedita porque reveste de menos formalismo, porque a actuação dos árbitros não depende dos condicionalismos que muitas vezes emperram os processos judiciais”³⁷.

Não é preciso de maiores elocubrações para entender que a rápida solução dos conflitos internacionais é de extrema utilidade no âmbito comercial, pois a demora para solucionar o litígio poderá acarretar perdas económicas significativas às suas partes. Afinal, com ainda mais ênfase nesse cenário, “tempo é dinheiro”.

Outro ponto muito importante é a confidencialidade, qualidade que sujeita publicidade negativa aos negócios, permitindo a conservação das relações comerciais dando maior flexibilidade na celebração dos acordos.

A participação das partes é terceira vantagem significativa, pois poderão desempenhar um papel ativo no processo arbitral, como a escolha do procedimento aplicável ao litígio, bem como, a escolha dos árbitros que irão compor o tribunal arbitral.

E os benefícios não se restringem às partes, os árbitros também desfrutarão de uma certa autonomia, pois terão ao seu dispor uma gama de instrumentos normativos próprios da arbitragem internacional como seus princípios e fontes, os quais proporcionarão uma melhor ferramenta para aplicação de uma solução adequada à matéria discutida.

Por último, mas não menos importante, é a alta qualidade técnica das decisões proferidas no tribunal arbitral. Ao optar pela arbitragem, as partes desfrutarão do carácter especializado dos árbitros internacionais nas matérias que deram origem ao conflito, os quais, conseqüentemente, proferirão decisões mais acuradas³⁸.

Além disso, as partes terão ao seu dispor uma sentença com o mesmo valor das decisões proferidas em território nacional, desfrutando, ainda, da possibilidade de executá-las no lugar que achar mais conveniente. Isso porque a Convenção de Nova Iorque de 1958 permite que a decisões arbitrais estrangeiras sejam reconhecidas em outros países

³⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 24.

³⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 187-188.

independentemente do local onde foram proferidas, facilitando, assim, a aceitação internacional das decisões arbitrais.

Portanto e pelas razões já narradas, entendemos que a arbitragem internacional é a ferramenta mais eficaz para solucionar os litígios decorrentes das relações internacionais.

Contudo, por envolver questões de Direito Internacional e ter características próprias - diferentes das arbitragens nacionais -, seu estudo merece destaque e análise.

2.2 Conceito e noções da arbitragem internacional

Inicialmente, para um melhor desenvolvimento, faz-se primordial iniciarmos o estudo retomando, agora com mais profundidade, a diferenciação entre a arbitragem nacional ou doméstica e a arbitragem internacional, em razão de ser essa classificação de extrema relevância, pois irá ditar qual legislação será aplicável ao processo arbitral e contribuirá na apuração da nacionalidade da sentença arbitral.

À arbitragem nacional, são impostas as disposições legais do seu país de origem na solução do conflito. O litígio emergente detém elementos de conexão com um único Estado.

Na arbitragem internacional, por sua vez, o litígio ou outros elementos terão conexões com mais do que um Estado, denotando assim, seu caráter internacional.

Entre nós, Luís de Lima Pinheiro, renomado doutrinador na matéria discutida, diferencia a arbitragem transnacional³⁹ *em sentido amplo e sentido estrito*⁴⁰.

A arbitragem transnacional ou internacional *em sentido amplo* é toda aquela que coloca problemas de determinação do estatuto da arbitragem, que é o conjunto das normas e princípios primariamente aplicáveis à arbitragem. Este estatuto interferirá em todos os pontos tocantes ao processo arbitral, processuais ou substantivos como “validade da convenção de arbitragem, a constituição, a competência e o funcionamento do tribunal arbitral, a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa e os requisitos da decisão arbitral”⁴¹; seus efeitos, possibilidade de impugnação judicial estatal, como também, ao reconhecimento e execução das decisões arbitrais estrangeiras.

³⁹ O autor utiliza a expressão “arbitragem transnacional” e não “arbitragem internacional”, como habitualmente se faz ao analisar o instituto, contudo, a denominação não é considerada incorreta. O autor por ser defensor de um direito transnacional autônomo, considera essa expressão a mais adequada. A utilização de uma ou outra denominação não irá interferir no estudo da matéria.

⁴⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 24-33.

⁴¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 443.

Ela irá receber a característica de internacional ao colocar problemas frente ao estatuto quanto ao litígio, ou a própria arbitragem, conecta-se em níveis jurídicos relevantes com mais de um Estado. Este problema está relacionado com a determinação do Direito aplicável, de qual norma aplicar, tendo em vista a conexão com outros ordenamentos jurídicos.

Essa distinção, como se pode deduzir, é estranha às arbitragens nacionais pois, pela soberania do Estado, há, em geral, uma imposição ao regulamento por regras de aplicação específica à arbitragem interna.

Já a arbitragem transnacional *em sentido estrito* tem por objeto um litígio do comércio internacional e é, em razão da sua indissociação das operações do comércio internacional, é que a essa se confere a expressão *arbitragem comercial internacional*⁴².

Devido à intrínseca relação com as operações de comércio internacional, esta modalidade de arbitragem assume certas particularidades: primeiramente, possuir uma relevância sociojurídica sem paralelo noutras internas ou transnacionais. Em segundo lugar, ter por objeto relações entre empresas ou equiparados, segundo o princípio da autonomia privada pode atuar de forma vasta⁴³.

Por seu turno, Manuel Pereira Barroca define a arbitragem internacional em um conceito geral, como sendo um “meio jurisdicional privado e voluntário de dirimção de um litígio, de caráter contratual ou não, caracterizado pela existência de elementos de conexão envolvendo mais de um estado”⁴⁴. Reforça-se, mais uma vez, a necessidade de conexão com elementos externos com mais do que um Estado.

O autor completa, ainda, que o litígio tem que ser “susceptível de ser resolvido pela via arbitral e relata a interesses privados ou a interesses público-privados que não deva ser submetido, por disposição legal ou por convenção internacional, a tribunais específicos”⁴⁵.

Verificamos, também, a caracterização do litígio como sendo decorrente do Direito Comercial ou de outras questões privadas ou públicas. No entanto, não deixam de precisar ser obrigatoriamente arbitráveis dentro dos contornos legais de cada Estado.

Contudo, essas pinceladas tomam contornos muito mais teóricos, uma vez que, como já expomos, a arbitragem internacional vê sua maior aplicação prática no comércio

⁴² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 33-34.

⁴³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, cit., p. 449.

⁴⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de arbitragem*, cit., p. 555.

⁴⁵ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de arbitragem*, cit., p. 556.

internacional. E é dentro desse ambiente, que a arbitragem internacional se desenvolve e, é, pelo mesmo fato, que nasce sua complexidade.

2.2.1 Fontes da arbitragem internacional

Como vimos, há dois pontos de extrema relevância ao caracterizar uma arbitragem como internacional: os elementos de conexões e as matérias consideradas e permitidas pelos ordenamentos estatais à arbitragem internacional; os quais, na sua grande maioria, referem-se a questões de direito comercial internacional.

Em razão desses fatores, o Direito Comparado assume grande relevo na disciplina da arbitragem internacional pela conexão de diferentes ordenamentos jurídicos. Isso, ao mesmo tempo, pode caracterizar-se como uma vantagem, mas pode também importar em desvantagens. Isso porque, não havendo uma uniformidade a respeito do tema, faz-se necessário se ater aos ordenamentos escolhidos na porção em que disciplinam a arbitragem.

Há, ainda, mais especificamente, o direito arbitral internacional, que é composto pela consolidação dos usos comerciais, das normas publicadas pelos centros de arbitragem, que sevem para regular e auxiliar o processo arbitral, a jurisprudência (arbitral e judicial), quando tratar da matéria de arbitragem, como também, os princípios gerais de direito, a ordem pública internacional e principalmente as convenções internacionais⁴⁶.

Das fontes internacionais, ainda se faz necessário destacar duas de grande aplicação e indispensáveis à arbitragem internacional: a Convenção de Nova Iorque de 1958 (*New York Convention CNY*) e a Lei-Modelo da UNCITRAL (*Model Law of The United Nations Commission on International Trade Law*).

A Convenção de Nova Iorque de 1958 disciplina o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e ganha destaque na arbitragem internacional, pois é, por ela, que as sentenças proferidas no tribunal arbitral terão validade e poderão ser executadas em local diferente de onde foram proferidas, fato de extrema importância nas relações oriundas do comércio internacional, pois as partes terão liberdade para execução onde lhes convier.

Já a Lei-Modelo da UNCITRAL é um regulamento que disciplina questões referente ao procedimento arbitral, com o objetivo de padronizar os diferentes ordenamentos jurídicos existentes sobre a arbitragem.

⁴⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 576-582.

Podemos afirmar com certeza que “a influência destas fontes, nas diversas ordens jurídicas, foi decisiva. Os vários países ajustaram as leis internas em consonância com esses dados; basta ver a nossa Lei de 1986 radica a CNY, enquanto a LAV de 2011 acolhe a Lei-Modelo”⁴⁷.

Assim, pela constante menção e importância das fontes mencionadas, é de primazia fazermos breves comentários a elas.

2.2.1.1 Lei-Modelo da UNCITRAL

A Lei Modelo da UNCITRAL representa um marco na arbitragem internacional. Em razão da crescente economia global e das relações entre os Estados, fez-se necessária um quadro legal suficiente para lidar com os novos problemas que ali cresciam.

Frente a esse cenário, foi criada a *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL)⁴⁸, com objetivo de ser o órgão jurídico central das Nações Unidas no campo do direito do comércio internacional, objetivando a redução entre as diversas disparidades contidas nos diversos Direitos Comerciais nacionais, entendidas como empecilhos às trocas internacionais⁴⁹.

Desde a sua criação, a Comissão tem como objetivo promover de forma progressiva e harmônica a modernização dos instrumentos, medidas legislativas e não legislativas, essenciais para o correto desenvolvimento das relações econômicas internacionais, principalmente, nas áreas que envolvem “resolução de disputas, práticas contratuais internacionais, transporte, insolvência, comércio eletrônico, pagamentos internacionais, transações seguras, aquisição e venda de mercadorias”⁵⁰.

Como resultado, em 28 de abril de 1976, foi aprovado o primeiro “Regulamento de Arbitragem”, o qual, em 2010 foi adaptado e denominado Lei-Modelo da UNCITRAL (*Model-Law on Internacional Comercial Arbitration*), estando em vigor até hoje.

⁴⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 25.

⁴⁸ Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional - CNUDCI

⁴⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito comercial*, cit., p. 182.

⁵⁰ Informação contida no anexo da Lei-Modelo da UNCITRAL no seu *A Guide to UNCITRAL – Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, 2013, p. 1 – Disponível no site da UNCITRAL em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/12-57491-guide-to-uncitral-e.pdf> (Acesso em 20.03.2022).

Ressalva-se que a UNCITRAL não é uma instituição que administra arbitragens, mas somente uma Comissão formada no âmbito das Nações Unidas com o objetivo de desenvolver e uniformizar regras relacionadas ao comércio internacional.

A UNCITRAL criou as Regras de Arbitragem, um excelente conjunto de regras para adoção na arbitragem internacional, o que certamente trouxe e traz mais segurança às partes e aos árbitros. A adoção deste regulamento, justamente em razão de seu processo inclusivo, é amplamente aceita na doutrina internacional, incluindo Estados membros da UNCITRAL, não Estados membros, organizações governamentais e não-governamentais.

A Lei-Modelo não tem caráter normativo, mas isso não diminui a importância de seu papel em unificar – ou, ao menos, tentar - as legislações no contexto da arbitragem internacional, fornecendo soluções adequadas e harmônicas ao processo arbitral na sua totalidade, da instauração do tribunal até o proferimento da sentença arbitral, além de regras de caráter supletivo buscando trazer sentimento de segurança e previsibilidade às partes.

Conforme refere a nota explicativa do Secretariado⁵¹ da UNCITRAL, “muitas vezes as leis nacionais não se encontravam adequadas aos casos internacionais”⁵², pelo fato de que cada ordenamento jurídico conceitua e considera a arbitragem internacional de acordo com seu entendimento.

Isso ainda se reforça quando “a maior parte destas leis (...) foram feitas tendo em conta sobretudo, senão mesmo exclusivamente, a arbitragem a nível nacional. (...) a consequência negativa é que os conceitos tradicionais locais são aplicados a casos internacionais e não satisfazem as necessidades da prática corrente”⁵³.

Por esta razão, recomenda-se que as legislações internas, que versam sobre matéria de arbitragem internacional, sejam interpretadas em consonância com as regras estabelecidas para o procedimento arbitral na referida lei, em caso de litígios decorrentes dos contratos internacionais.

Pelo mesmo fato, Portugal promulgou a LAV em 2011, justamente com o objetivo de se aproximar da Lei-Modelo da UNCITRAL e fomentar a arbitragem no território

⁵¹ Nota explicativa do Secretariado da UNCITRAL sobre a Lei-Modelo sobre arbitragem comercial internacional de 1985, alterada em 2006, com fins meramente informativos, servindo de guia para uma melhor interpretação das regras - Disponível do Ministério da Justiça (DGPJ) em https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Lei-modelo_uncitral.pdf (Acesso em 20.03.2022).

⁵² Nota do Secretariado da UNCITRAL, ponto n. 5, p. 30.

⁵³ Nota do Secretariado da UNCITRAL, ponto n. 6, p.30.

português, evitando que empresas e profissionais recorram aos árbitros e tribunais arbitrais em outros países. Com essa mudança, Portugal se colocou na vanguarda da legislação arbitral mundialmente, adotando uma moderna e completa lei arbitral⁵⁴.

É, assim, incontestável a importância da Lei-Modelo da UNCITRAL na arbitragem internacional, principalmente, no tocante os critérios caracterizadores da internacionalidade da arbitragem, matéria tratada a seguir.

2.2.1.2 Convenção de Nova Iorque de 1958

A Organização das Nações Unidas convocou uma conferência em Nova Iorque, no dia 20 de maio de 1958, em que foi confeccionada a Convenção de Nova Iorque (CNI)⁵⁵, que disciplina sobre o *reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras*.

O seu surgimento se deu em razão da insatisfação de diversas “entidades envolvidas na promoção do comércio internacional, relativamente à inadequação dos documentos normativos que visavam assegurar, no plano internacional, a obrigatoriedade das convenções de arbitragem e o cumprimento das sentenças arbitrais estrangeiras”⁵⁶.

A UNCITRAL considera a Convenção de Nova Iorque um dos mais importantes tratados das Nações Unidas na área de direito comercial internacional, consolidando e permitindo ampla aplicação da arbitragem internacional para resolução de conflitos nas disputas comerciais.

Atualmente, a Convenção de Nova Iorque conta com a adesão de 170 países⁵⁷, facilitando a circulação de sentenças arbitrais mundialmente. Portugal, em 1994, aderiu a Convenção com reserva de reciprocidade: “No âmbito do princípio da reciprocidade, Portugal só aplicará a Convenção no caso de as sentenças arbitrais estrangeiras terem sido

⁵⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 58.

⁵⁵ Para um melhor aprofundamento sobre a matéria: ICCA’s Guide (*International Council For Commercial Arbitration*) obra intitulada - *Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes*, 2012; UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2016; ALBERT JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1981; ANTÔNIO SAMPAIO CAMELO, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2016; MARIKE R. P. PAULSSON, *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International, 2016.

⁵⁶ ANTÔNIO SAMPAIO CAMELO, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 7.

⁵⁷ Informação contida no site <https://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states> (Acesso em 28.05.2022).

proferidas no território de Estados a ela vinculados”⁵⁸, ou seja, só serão reconhecidas e executadas as sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um dos Estados signatários. A reserva de reciprocidade está prevista no art. I, (3) da referida Convenção.

Com a Convenção, a sentença arbitral passa a ter ampla aceitação internacional, pois esta permite que, por meio do processo de reconhecimento e execução, a sentença arbitral possa ser executada em Estado diverso daquela em que tenha sido proferida, ou seja, a sentença arbitral emitida pelo tribunal arbitral, além de ter caráter vinculante e produzir os mesmos efeitos de uma sentença judicial, agora terá seus efeitos de reconhecimento e execução ampliados, trazendo maior versatilidade e eficiência para arbitragem internacional.

A Convenção trata de dois fatores de importância para a arbitragem. O primeiro sobre o reconhecimento e a execução de convenções de arbitragem, e o segundo sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

No seu primeiro artigo, define o seu âmbito de aplicação como sendo a sentença arbitral estrangeira proferida em território diferente daquele em que se busca o reconhecimento e execução, bem como, aquelas não consideradas sentenças internas (*domestic awards*) pelo tribunal em que se busca o reconhecimento⁵⁹. Considera-se como local onde a sentença foi proferida a sede da arbitragem. Trata-se de um critério legal, o lugar estabelecido como sede pelas partes na convenção de arbitragem.

A conceituação e requisitos da convenção de arbitragem está disciplinada de forma geral no seu art. II, determinando a forma escrita como regra universal, podendo se revestir de compromisso arbitral ou de cláusula arbitral contida em um contrato⁶⁰. Também determina que os Estados signatário sempre encaminhem as partes à arbitragem na existência de uma convenção⁶¹.

O art. V, reconhecido como o “coração da Convenção”⁶², determina os fundamentos de recusa ao reconhecimento e execução da sentença arbitral. Os fundamentos elencados são taxativos e podem ser divididos em duas categorias: (i) justificativas de recusa

⁵⁸ Informações sobre a Convenção presente no site do Ministério Público de Portugal - <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-o-reconhecimento-e-execucao-de-sentencas-arbitrais-estrangeiras-2> (Acesso em 24.03.2022).

⁵⁹ ANTÔNIO SAMPAIO CAMELO, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., p. 7; ICCA’s Guide, cit., pp. 22-23.

⁶⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, cit., pp. 42-43.

⁶¹ ICCA’s Guide, cit., p. 8.

⁶² Texto original: “Article V is the heart of convention. It sets the forth the grounds for refusal.” - MARIKE PAULSSON, *The 1958 New York Convention in Action*, cit., p. 156.

arguidas pela parte demandada – n. 1, (a) a (e); e, (ii) justificativas de recusa oferecidas pelo tribunal competente onde se faz o requerimento, podendo ser feita a recusa de ofício – n. 2, (a) e (b). Vamos à leitura do referido artigo:

“1 - O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova:

a) Da incapacidade das Partes outorgantes da convenção referida no artigo II, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou da invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença; ou

b) De que a Parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada quer da designação do árbitro quer do processo de arbitragem, ou de que lhe foi impossível, por outro motivo, deduzir a sua contestação; ou

c) De que a sentença diz respeito a um litígio que não foi objecto nem da convenção escrita nem da cláusula compromissória, ou que contém decisões que extravasam os termos da convenção escrita ou da cláusula compromissória; no entanto, se o conteúdo da sentença referente a questões submetidas à arbitragem puder ser destacado do referente a questões não submetidas à arbitragem, o primeiro poderá ser reconhecido e executado; ou

d) De que a constituição do tribunal arbitral ou o processo de arbitragem não estava em conformidade com a convenção das Partes ou, na falta de tal convenção, de que não estava em conformidade com a lei do país onde teve lugar a arbitragem; ou

e) De que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida.

2 - Poderão igualmente ser recusados o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral se a autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos constatar:

a) Que, de acordo com a lei desse país, o objecto de litígio não é susceptível de ser resolvido por via arbitral; ou

b) Que o reconhecimento ou a execução da sentença são contrários à ordem pública desse país”⁶³.

Estes são os fundamentos permitidos para a recusa ao reconhecimento da sentença arbitral por seus signatários. Sua interpretação deve ser feita de forma restritiva, podendo o tribunal de reconhecimento, ao exercer sua discricionariedade no limite permitido pela

⁶³ Tradução obtida no site do Ministério Público de Portugal <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-o-reconhecimento-e-execucao-de-sentencas-arbitrais-estrangeiras-2> (Acesso em 24.03.2022)

Convenção, no tocante ao reconhecer ou não mesmo na presença dos fundamentos de recusa previstos⁶⁴. Atenta-se que, na leitura do Artigo V da Convenção, ao determinar os “fundamentos para denegação de execução fazem referência à lei nacional (...) a lei sob a qual a sentença foi proferida”⁶⁵.

Por fim, a Convenção preza pelo princípio da máxima eficácia previsto no seu art. VII (1) o qual permite a aplicação de outros tratados mais favoráveis ao reconhecimento da sentença, sempre visando exequibilidade da sentença arbitral⁶⁶.

2.3 Critérios caracterizadores da internacionalidade da arbitragem

Como se pode perceber, o caráter internacional da arbitragem acarreta divergência no tocante aos critérios utilizados para que se possa considerar uma arbitragem, efetivamente, internacional. Além das divergências doutrinárias que já aventamos, é importante considerar ainda que cada Estado irá dispor acerca do que é considerado arbitragem internacional no seu ordenamento jurídico e quais são os seus elementos caracterizadores.

E é nessa consideração que fica evidente uma “dependência” da arbitragem internacional à uma ordem jurídica estatal, o que instiga uma discussão na doutrina e entre os práticos de direito acerca do tema, induzindo a proposta reflexão sobre a sede da arbitragem - sua relevância e influência – na arbitragem internacional, escopo de discussão do trabalho.

Por sua vez, os Estados, com relação à disposição sobre a arbitragem, podem, ainda, adotar um de dois sistemas: monista ou dualista.

No sistema monista, há a provisão de um padrão único de regras em seus dispositivos legais, sem fazer distinção entre quais regras será aplicada à arbitragem internacional e à nacional. O Brasil, a Inglaterra, Holanda, Espanha, bem como a Suíça adotam o regime monista. Muitos doutrinadores versados nessa matéria reprovam essa

⁶⁴ ICCA’s Guide, cit., pp. 79-80.

⁶⁵ ICCA’s Guide, cit., p. 30.

⁶⁶ ICCA’s Guide, cit., pp. 15-16.

escolha, pois, dessa forma, a arbitragem internacional estará sujeita às restrições que a tradição e o imobilismo jurídicos naturalmente impõem à arbitragem nacional⁶⁷.

No sistema dualista, por outro lado, como é caso de Portugal e de França, há regras distintas dedicadas à arbitragem nacional e à internacional. Essa é, aliás, a preferência da doutrina e a recomendação da UNCITRAL, em razão da complexidade que a internacionalização do instituto acarreta, parecendo essa ser a escolha mais adequada a essas peculiaridades.

Referente ao ordenamento português, merece, aqui, uma nota. Para alguns doutrinadores, o sistema é considerado semi-dualista. Como menciona Dário Moura Vicente, “não pode o sistema português ser qualificado, com propriedade, como dualista. A LAV norteada nesta matéria, não foi pela intenção de consagrar um regime autônomo e perfeitamente distinto, como sucede em França”⁶⁸, mas sim de reconhecer que a arbitragem internacional por suscitar *problemas especiais*, necessita de *regras especiais*.

Mesmo tendo a LAV estipulado um capítulo inteiro – cap. IX (artigo 49 ao 54) – somente para a arbitragem internacional, estabelecendo em seu art. 49, n. 2, que “salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna”⁶⁹, não há desvinculação total entre as regras destinadas à arbitragem nacional e aquelas destinadas à internacional.

Agora, vamos nos debruçar sobre os sistemas jurídicos em particular. O ponto principal na estipulação estatal é a definição do conceito de arbitragem internacional, estabelecendo o objeto de litígio, o qual, de maneira geral, estará ligado ao comércio internacional, e os elementos de conexão que caracterizaram a arbitragem em internacional.

Iniciaremos pelo ordenamento jurídico suíço. A lei suíça de direito internacional privado dispõe que serão aplicadas as disposições referentes à arbitragem internacional “às arbitragens com sede na Suíça se pelo menos uma das partes da convenção de arbitragem, no momento de sua celebração, não tiver domicílio, residência habitual ou sede na Suíça”⁷⁰.

⁶⁷ JOÃO BOSCO LEE, *A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional* in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Ano 4, n. 11, p. 348.

⁶⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, *Lei de Arbitragem Voluntário Anotada*, cit., pp. 200-201.

⁶⁹ Redação do art. 49, n. 2 da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa.

⁷⁰ Redação do art. 176, n. 1 da Lei de Direito Internacional Privado da Suíça – “*The provisions of this Chapter shall apply to arbitrations with their seat in Switzerland if at least one of the parties to the arbitration agreement, at the time of its conclusion, did not have its domicile, habitual residence or seat in Switzerland*”.

Adotou-se, aqui, o critério subjetivo: a nacionalidade das partes; ou seja, vincula o reconhecimento do caráter internacional da arbitragem ao fato de as partes terem seus domicílios, ou sedes, no caso de pessoas jurídicas, em países distintos no momento da celebração da convenção de arbitragem.

Já o sistema jurídico francês, adota o critério objetivo, que vincula a arbitragem internacional à natureza do litígio, abarcando todos os litígios emergentes de operações econômicas. Assim, estabelece no seu art. 1504 do Código de Processo Civil, que “a arbitragem é internacional se envolve os interesses do comércio internacional”⁷¹.

Com inspiração no direito francês⁷², o ordenamento português também vincula a conceituação da arbitragem internacional ao objeto do litígio, prevendo no art. 49, (1) da LAV, o conceito de arbitragem internacional sendo aquela “que põe em jogo interesses do comércio internacional”⁷³.

Contudo, a interpretação do referido artigo não é simples, havendo divergências no ordenamento português. A jurisprudência portuguesa entende que este artigo deve ser interpretado em conjunto com as diretrizes da Lei-Modelo da UNCITRAL pois, desta forma, o conceito será amplo e compatível com o que se entende por arbitragem comercial internacional.

Vejamos a doutrina. Dário Moura Vicente defende que o ordenamento português, ao considerar o objeto do litígio, possibilitará uma amplitude sobre o conceito de arbitragem internacional, pois versará sobre os “litígios cujas partes se encontrem estabelecidas em países diferentes (...), mas também aquelas que, embora apresentem conexões com um só país, (..) versem sobre litígios emergentes de operações econômicas que envolvam a circulação de produtos, serviços ou capitais através da fronteira”⁷⁴.

Luís de Lima Pinheiro ainda vai além, defendendo que não se enquadra na realidade comercial de hoje, a interpretação tradicional da conceituação de comércio internacional, entendida como aquela em que ocorre transferência de valores através de fronteiras.

⁷¹ Redação do art. 1504 do Código de Processo Civil francês: “*Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”.

⁷² O autor, Manuel Pereira Barrocas, segue o entendimento dos doutrinadores franceses Fouchard, Gaillard e Goldman, razão pela qual, entende que o ordenamento português “adota um critério exclusivamente econômico para caracterizar uma transação internacional e, assim, também, um litígio internacional e, por fim uma arbitragem internacional” - MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 571-572.

⁷³ Redação do art. 49, (1) da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa.

⁷⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, cit., pp. 199-200; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., pp. 38-41.

No seu entendimento, “a transferência de valores através das fronteiras já não é necessária e nem suficiente para que um contrato de empreendimento comum seja internacional”⁷⁵; pois a tendência da formação de grupos empresariais, como também, a sua transnacionalização, e principalmente, a ‘desmaterialização’ da riqueza e sua circulação, acarreta dificuldades na caracterização dos contratos internacionais, e por conseguinte, na qualificação da arbitragem como internacional⁷⁶.

O autor, por sua vez, ensina que “a transnacionalidade (ou internacionalidade) da arbitragem decorre da transnacionalidade da relação de que emerge o litígio. Não basta que a própria arbitragem comporte elementos de estraneidade. A relação controvertida tem que apresentar laços juridicamente relevantes com mais de um Estado e tem de pôr em jogo interesses do comércio internacional”.⁷⁷ A arbitragem será caracterizada internacional quando entrelaçar questões litigiosas do comércio internacional as quais têm relevância jurídica com mais que um ordenamento jurídico.

Por último, o ordenamento jurídico espanhol, ao caracterizar a arbitragem como internacional, além de adotar os critérios subjetivos e objetivos, também, adota um critério misto, aquele previsto na Lei-Modelo da UNCITRAL que possibilita que as partes estipulem na convenção de arbitragem que o objeto tem ligação com mais de um Estado⁷⁸.

É possível verificar que não há entre os ordenamentos nacionais, uma uniformidade no que toca aos critérios de identificação da arbitragem internacional. Contudo, também se nota que a maioria utiliza elementos presentes na própria Lei-Modelo da UNCITRAL, que cumpre, assim, seu objetivo de servir de padrão para os Estados.

A Lei-Modelo da UNCITRAL fornece elementos necessários para identificar a arbitragem internacional, ao contrário da Convenção de Nova Iorque de 1958, que optou por não se pronunciar a respeito dos critérios de caracterização da arbitragem internacional: “*the*

⁷⁵ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 38.

⁷⁶ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 38-39.

⁷⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 35.

⁷⁸ Redação do art. 3, (1) da Lei de Arbitragem espanhola: “*El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional*”.

*New York Convention confines its application to foreign awards, but makes no attempt to provide a definition of international arbitration*⁷⁹.

Inicialmente, a Lei-Modelo da UNCITRAL preocupa-se logo no seu primeiro artigo com a definição de *comércio internacional*, conceituando o que entende pelo termo *comercial*:

“Deve ser entendido no seu sentido lato, de forma a abranger as questões decorrentes de qualquer relação de natureza comercial, contratual ou não contratual. As relações comerciais incluem, mas não se encontram restritas, as seguintes transações: qualquer fornecimento de bens ou serviços; acordos de distribuição; representação ou agência comercial; faturação; leasing; construção civil; consultoria; engenharia; licenças; investimento; financiamento; operações financeiras; seguros; acordo de exploração ou de concessão; co-empresendimento e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de bens ou de passageiros por ar, mar, caminhos-de-ferro ou por estrada”⁸⁰.

A definição fornecida tem como objetivo uma interpretação ampla do termo comercial, oferecendo uma enumeração de carácter exemplificativos, das relações contratuais ou não, que podem ter natureza comercial. O objetivo foi fornecer um vasto campo de atuação para que os Estados pudessem enquadrar e aplicar nas suas legislações internas. Assim, no âmbito da arbitragem, serão incluídos todos os aspectos relacionados com o comércio internacional.

Em conjunto com o disposto, a Lei-Modelo, no seu art. 1, (3), fornece os elementos de conexão ocorrentes nas relações internacionais, podendo ser divididas em critérios subjetivo, objetivo e critério intermediário que une os outros dois. Assim, prevê que uma arbitragem é internacional se:

⁷⁹ Tradução: “Convenção de Nova Iorque limita sua aplicação as sentenças estrangeiras, mas não tenta fornecer uma definição de arbitragem internacional” - PHILIPPE FOUCARD; EMMANUEL GAILLARD e BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (edited by Emmanuel Gaillard and John Savage), The Hague: Kluwer, 1999, p. 61.

⁸⁰ Redação original presente no rodapé do art. 1 (1) da Lei-Modelo da UNCITRAL: “*The term ‘commercial’ should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road*”.

“(a) As partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou (b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede; (i) O local da arbitragem, se estiver fixado na convenção ou for determinável de acordo com esta; (ii) Qualquer local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto do litígio tenha maior ligação; ou (c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais do que um país”⁸¹.

Como podemos verificar, o primeiro critério é o subjetivo, qual seja a nacionalidade das partes. A Lei-Modelo determina que a arbitragem será considerada internacional quando as partes, na entrada em vigor da convenção, encontram-se em diferentes Estados, podendo ser sua residência habitual ou a sua sede.

O segundo critério, o objetivo, diz respeito à natureza do litígio que se opõe entre as partes na arbitragem. Leva-se em conta a natureza econômica do conflito, de modo que o próprio litígio adquire o caráter internacional, independente da nacionalidade das partes. O cerne são as características do litígio quando envolve interesses do comércio internacional ou pela prática ou verificação, em mais de um Estado, dos diversos atos ou fatos juridicamente relevantes na caracterização do litígio⁸², como por exemplo, a execução ou os desdobramentos do litígio irão ocorrer em outro Estado, mesmo estando as partes na mesma localidade.

Os autores Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman fornecem uma simples diferenciação entre os dois critérios, estabelecendo que, enquanto “*the objective criterion focuses on the subject matter of the dispute and the international or national character of the underlying transaction*”⁸³, em contrapartida, o critério subjetivo, por seu turno, “*focus is on the different nationality or domicile or place of business of the parties to*

⁸¹ Redação original do art. 1 (3) da Lei-Modelo da UNCITRAL: *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; or (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 (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country”.*

⁸² MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 569-570.

⁸³ Tradução: “o critério objetivo incide sobre o objeto da disputa e o caráter internacional ou nacional da transação subjacente” - PHILIPPE FOUCHARD; EMMANUEL GAILLARD e BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 58.

the arbitration agreement (..) because it follows that parties, individuals or companies, should come from different jurisdictions”⁸⁴.

A Lei-Modelo da UNCITRAL, na sua última alínea, alarga o conceito de arbitragem internacional abrangendo os casos em que, não obstante coincidirem o lugar de prolação e de execução da sentença, a matéria litigada esteja estreitamente ligada a outro Estado ou em que as partes tiverem expressamente estipulado que a matéria tem relação com mais de um Estado. Este último critério permite o enquadramento amplo da arbitragem internacional possibilitando que as próprias partes, na convenção de arbitragem, convençam a conexão do objeto com outros países.

Os autores Alan Redfern e Martinn Hunter advertem que “*if a question arises as to whether or not a particular arbitration is ‘international’, the answer will depend upon the provisions of the relevant national law*”⁸⁵. Ou seja, precisamos ter em mente que, mesmo verificando internacionalidade da arbitragem perante as regras da Lei-Modelo da UNCITRAL, caso haja dúvidas e/ou conflitos na sua caracterização, será necessário verificar a lei interna dos Estados envolvidos no litígio.

A despeito de a arbitragem ter esse caráter internacional, não significa que não há interferência dos ordenamentos jurídicos estatais, pois são eles que fornecem conteúdo e são fontes dela. “Melhor dito, resultam do modo como o direito nacional dos estados que maior atenção tem se dedicado à arbitragem internacional concebem o conteúdo, a eficácia e, em suma, a importância econômica e social da arbitragem na resolução de conflitos internacionais”⁸⁶.

E é justamente em razão dessa combinação - mesmo indireta - de diferentes sistemas jurídicos e critérios que, por vezes, são até de difícil identificação e/ou interpretação, que a Lei-Modelo da UNCITRAL surge para facilitar e servir como guia. Seu regulamento contém disposições específicas para um correto desenvolvimento e aproveitamento da arbitragem internacional no direito comercial, pois são conceitos amplos

⁸⁴ Tradução: “o foco está na nacionalidade ou domicílio diferente ou local de negócios das partes da convenção de arbitragem (..) porque segue que as partes, indivíduos ou empresas, devem vir de diferentes jurisdições” - PHILIPPE FOUCARD; EMMANUEL GAILLARD e BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 59.

⁸⁵ Tradução: “se surgir uma dúvida sobre se uma determinada arbitragem é ou não ‘internacional’, a resposta dependerá das disposições da lei nacional conexa” - NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES; ALAN REDFERN; MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª edição, The Hague: Oxford University Press, 2015, p. 11.

⁸⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 576.

e adequados ao instituto da arbitragem, possibilitando maior prestatividade e benfeitorias às partes envolvidas.

2.4 Sede da arbitragem

Como já é possível perceber, o tema da arbitragem internacional é complexo e cercado de divergências, sendo necessário adequações e enquadramentos entre as mais variadas fontes, nacionais e internacionais, como a Convenção de Nova Iorque e a Lei-Modelo, e os diversos ordenamentos jurídicos. As questões vão desde a definição do conceito até o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais. Como exposto, nesse trabalho, focaremos em uma questão específica dessas inúmeras que podem ser exploradas nesse âmbito: a sede da arbitragem.

Inicialmente, vamos nos debruçar sobre seu conceito para, na sequência, alinharmos sua relevância/influência na arbitragem internacional e, finalmente, oferecer nosso ponto de vista.

A sede da arbitragem é definida como o local onde ocorre a instauração do tribunal arbitral, correspondendo ao “domicílio legal do instituto da arbitragem”⁸⁷. É possível também dizer que é o domicílio do árbitro ou do presidente do tribunal, caso haja mais que um tribunal (tribunal plural)⁸⁸.

Para demonstrar tal pensamento, iremos utilizar a metáfora do doutrinador alemão RAAPE: “o tribunal arbitral não é elevado sobre a terra, não paira no ar, deve em algum sítio aterrar, em algum sítio ‘ligar-se à terra’”⁸⁹. Essa metáfora expressa exatamente o impacto que a determinação da sede da arbitragem possui na arbitragem internacional. No entanto, como veremos, esse “impacto” é limitado, mas relevante até os dias de hoje.

A determinação do local onde será a sede da arbitragem é feita, por livre escolha, das partes na convenção de arbitragem. Na sua falta, este será escolhido pelos árbitros, que deverão levar em conta as circunstâncias da matéria litigada e a conveniência das partes⁹⁰.

⁸⁷ Expressão original utilizada por Gary Born: “*the tribunal seat is the legal home of the arbitration*” - GARY B. BORN, *International commercial arbitration*, cit., p.1716.

⁸⁸ MANUEL PEREIRA BARROCA, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 625.

⁸⁹ Tradução feita pelo autor a original metáfora em alemão - LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 449.

⁹⁰ Estipulação prevista no art. 20, (1) da Lei-Modelo da UNCITRAL: “as partes podem decidir livremente sobre o local da arbitragem. Na falta de tal decisão, este local será fixado pelo tribunal arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, incluindo a conveniência das partes”.

Como dissemos, o local da sede, “em certos termos, determinará o caráter internacional da arbitragem”⁹¹. Isso porque, mesmo que exista um certo entendimento na conceituação de que se trata de uma arbitragem internacional, conforme já colocamos, é preciso notar que, em caso de dúvida, deverá o árbitro se socorrer da lei de arbitragem do local onde o tribunal arbitral está sediado, por ser aquela que tem maior conexão e influência sobre o processo arbitral⁹².

Em razão disso, nas concepções atuais, a sede possui caráter convencional. Assim, as partes, ao exercerem a autonomia da vontade e fixarem o local da sede, indiretamente, também escolhem as matérias processuais estaduais que irão reger o processo arbitral⁹³. Dessa feita, a localização convencionalizada pelas partes implicará em efeitos jurídicos⁹⁴.

Anota-se, contudo, que os atos não precisam ser, necessariamente, praticados no local da sede. Os árbitros podem realizar audiências e outros atos em locais diferentes da sede, por exemplo, quando os advogados ou algumas testemunhas residem em lugares diversos da sede, onde serão realizados os atos, por serem, desse modo, menos dispendiosos⁹⁵.

Importante apontar também que, ainda assim, todos os atos, mesmo os citados acima, considerados como praticados na sede da arbitragem para seus devidos efeitos jurídicos.

O fato de a arbitragem se desenvolver no território de um Estado não representa, por si só, uma ligação justificável de interesse do Estado sede no seu desenvolvimento e/ou resultado; porém, não deixa de haver repercussões práticas e jurídicas.

Práticas, pois “os tribunais arbitrais não dispõem de um aparelho coercivo organizado e próprio que lhes assegure plena eficácia, necessitando por isso do auxílio dos tribunais estaduais”⁹⁶. No aspecto jurídico, será o Estado – sede escolhida pelas partes - mais do que meramente o local em que foram efetuados/emitidos os atos do tribunal, havendo que

⁹¹ MARIA ÂNGELA BENTO SOARES; RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos internacionais: compra e venda, cláusulas penais e arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 389.

⁹² MARIA ÂNGELA BENTO SOARES; RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos internacionais: compra e venda, cláusulas penais e arbitragem*, cit., pp. 388-389.

⁹³ DARIO MOURA VICENTE, *Lei de arbitragem voluntária anotada*, cit., pp. 126-127; RUI MOURA RAMOS, *A arbitragem no novo direito português*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2012, p. 588.

⁹⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 624.

⁹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, cit., pp. 310-311.

⁹⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 616-617.

se considerar os impactos que a lei nacional terá na arbitragem, notadamente no âmbito processual.

Outro aspecto relevante dessa discussão decorre justamente de uma das vantagens da arbitragem, qual seja, “a possibilidade de criar regras flexíveis, quase casuísticas que permitam um tratamento célere e adequado do caso”⁹⁷ em litígio. Isso porque podem as partes, ainda, selecionar um único ordenamento jurídico ou uma composição de vários ordenamentos, circunscrevendo cada um dos ordenamentos selecionados a uma área de atuação específica. Há, assim, a possibilidade de se estar diante de verdadeira colcha de retalhos de legislações nacionais.

Importante destacar que a arbitragem continuará a se desenvolver pelos aspectos próprios de uma arbitragem internacional - fontes e direito inerentes a ela – e apenas quando for necessária, ou imprescindível, é que ocorrerá a interferência dos regulamentos internos.

Esta é a tese defendida pela doutrina dominante, de quem Dario Moura Vicente é representante: “na arbitragem internacional, a escolha do lugar da arbitragem determina a escolha da *lex arbitri*, a qual disciplinará, salvo convenção em contrário”, o processo arbitral, como “a admissibilidade de decretamento de providência cautelares, os meios de impugnação das decisões arbitrais, as intervenções de apoio pelos tribunais estaduais, entre outros”⁹⁸. Ou seja, a lei da sede da arbitragem irá reger a “validade substantiva, a interpretação e o âmbito (subjetivo e objetivo) da convenção de arbitragem”⁹⁹. Mais à frente, discutiremos esta linha de pensamento mais a fundo, com seu enquadramento na chamada tese territorialista da arbitragem.

Um outro aspecto importante da escolha do local da sede é a determinação da nacionalidade da decisão arbitral, sujeitando-a às imposições de anulação estabelecidas na lei estatal da sede¹⁰⁰.

Neste ponto, há uma divergência em se determinar a “nacionalidade” de uma sentença arbitral internacional. Alguns autores defendem que “a sentença que (o tribunal

⁹⁷ MARIA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, cit., p. 235.

⁹⁸ DARIO MOURA VICENTE, *Lei de arbitragem voluntaria anotada*, cit., pp. 126-127.

⁹⁹ ANTÔNIO SAMPAIO CAMELO, *Direito da arbitragem (ensaio)*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 164.

¹⁰⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, cit., pp. 586-587; PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD, BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 651ss

arbitral) proferiu tem lugar-sede na arbitragem internacional, situado num determinado estado, mas não tem nacionalidade desse estado, nem a de qualquer outro”¹⁰¹.

Porém, já se adianta que o posicionamento majoritário é de se aceitar a nacionalização da sentença arbitral internacional em vista da correlação com a Convenção de Nova Iorque de 1958.

Destacam-se, no que toca à execução da sentença arbitral, as provisões da Convenção de Nova Iorque quanto à nacionalização da sentença e a importância na escolha do Estado. O Estado sede deverá ser signatário da convenção sob pena de tornar a sentença arbitral inexecutável fora do território em que foi proferida¹⁰², não podendo, caso contrário, as partes se valerem do processo de reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira disciplinada na Convenção.

Em razão de todos os fatos narrados, é habitual, na arbitragem internacional, escolher um local neutro para ser a sede da arbitragem de modo a evitar maiores conflitos, tanto com a lei nacional da sede, como entre as partes - evitando que haja, em razão de peculiaridades, vantagens a uma em detrimento da outra -, bem como, por questões relacionadas a matéria litigada – aspecto que ganha especial relevo no âmbito do comércio internacional, que, em geral, demanda sentenças altamente técnicas.

2.4.1 Problemática: reflexão acerca da relevância da lei da sede da arbitragem na arbitragem internacional

2.4.1.1 Conceitos introdutórios

Diante do exposto, estabelecemos que há influência que a lei local - ou seja da sede da arbitragem - exerce sobre a arbitragem. Nossa análise, agora, cinge-se especificamente acerca dessa influência - dimensão e limitações - que a lei da sede terá na arbitragem internacional.

¹⁰¹ Entre nós, Manuel Barroca defende esse posicionamento, seguindo a corrente que defende a deslocalização ou desnacionalização da arbitragem internacional em razão da sua autonomia em relação aos estados - MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 628-629.

¹⁰² ANTÔNIO SAMPAIO CAMELO, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, cit., pp.15-19.

Para uma melhor desenvoltura, iniciaremos com a diferenciação das regras aplicadas à arbitragem internacional em dois blocos: regras aplicadas para solucionar o mérito da causa e as regras aplicadas para reger o processo arbitral e seus aspectos processuais, em outras palavras, o Direito aplicável ao mérito da causa e o Direito aplicável à arbitragem¹⁰³.

A lei utilizada para decidir o mérito da causa, ou seja, a lei fundamento da decisão proferida no tribunal arbitral, é denominada *lex causae*. A escolha da referida lei decorre do *princípio da autonomia da vontade*¹⁰⁴, o qual consagra a possibilidade de as partes e os árbitros escolherem as regras de direito que entenderem serem mais apropriadas para a solução da matéria do litígio.

A autonomia dos árbitros se dá em caso de omissão de estipulação na convenção de arbitragem, podendo estes, supri-la com a escolha do direito que acharem mais conveniente e que detém uma conexão com o objeto do litígio. É nessa possibilidade de se subjugar vários ordenamentos jurídicos na arbitragem internacional, que nasce a discussão do presente trabalho.

É justamente essa possibilidade de se aplicar vários ordenamentos jurídicos e de delimitar suas atuações, podendo alguns exercerem jurisdição sobre ao mérito da causa, e outros, jurisdição sobre o processo arbitral, que torna imprescindível enfrentar a distinção das leis entre leis aplicáveis ao mérito da causa (*lex causae*) e a lei aplicável à arbitragem (*lex arbitri*).

A definição de *lex arbitri*, assim como ocorre com o conceito de arbitragem internacional, carece de uniformidade na doutrina. Como resultado, os tribunais arbitrais são cautelosos ao se posicionarem a respeito dessa questão, colaborando com a permanência dessa indefinição, como aponta Georgios Petrochilos¹⁰⁵: “*arbitral tribunals will usually avoid making general pronouncements on either the lex arbitri or, more specifically, the procedural law applicable, unless they are required to do so to resolve a specific question that arises in the proceedings*”.

¹⁰³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 477-478.

¹⁰⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 222-223.

¹⁰⁵ Tradução: “os tribunais arbitrais geralmente evitam fazer pronunciamentos sobre a *lex arbitri* ou, mais especificamente, sobre a lei processual aplicável, a menos que sejam obrigados a fazê-lo para resolver uma questão específica que surja no processo”; GEORGIOS PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, in Oxford Private International Law Series, 2004, p. 203 *apud* GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 1769.

Contudo, na prática, há alguma convergência na aceitação de que a lei do local onde se assenta a sede da arbitragem é a lei que irá reger alguns aspectos da arbitragem, tornando-se nesses pontos, a *lex arbitri* do caso. Frequentemente, a influência da lei nacional ocorre nas seguintes matérias¹⁰⁶: (i) validade da convenção de arbitragem – no tocante à arbitrabilidade do litígio e como lei supletiva (caso de omissão); (ii) as normas do processo arbitral de forma supletiva também; (iii) controle estatal na legalidade do processo e da decisão arbitral – excepcionalmente por via de recurso ou ação de anulação; (iv) assistência prestada pelos tribunais judiciais; e, por último, (v) determinação da origem da sentença proferida pelo tribunal arbitral para efeito de reconhecimento e execução – Convenção de Nova de Iorque de 1958.

Ou seja, prevalece a concepção geral que a lei que rege a arbitragem interna será a mesma aplicada à arbitragem internacional de uma maneira supletiva e limitada a determinadas matérias, com ênfase na validade e eficácia da convenção de arbitragem e da sentença arbitral, notadamente quanto ao seu reconhecimento e sua execução¹⁰⁷.

O debate, no entanto, continua sobre quais são os limites impostos ao Estado ao exercer este controle, se há ou não uma autonomia da arbitragem e, até que ponto há conexão, a maior ou a menor, com a lei de arbitragem do Estado sede.

Inicialmente, o que verificamos é um controle do Estado sede na arbitragem em razão de ser o território que se definiu como local da arbitragem internacional. Uma visão tradicional e territorialista sobre a arbitragem, denominada tese territorialista ou tese da sede da arbitragem.

Porém, ao longo tempo, outras visões nascem com o argumento de sugerir concepção mais favorável ao desempenho e às características próprias da arbitragem internacional, tensionando diminuir essa influência/controlado estatal, que entendem os autores dessas teses limitar seu verdadeiro potencial. Nascem, assim, as teses autônoma e pluralista.

No próximo ponto, iremos nos debruçar justamente sobre essas teses e como elas tentam explicar a importância – ora reafirmando-a, ora relativizando-a - da determinação da sede da arbitragem na modalidade internacional.

¹⁰⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp.621-623.

¹⁰⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 83-84.

2.4.1.2 Tese territorialista

Como inicialmente verificamos, a escolha da sede da arbitragem agrega um caráter territorial à arbitragem internacional, e a tese que sustenta e valida essa concepção é a territorialista¹⁰⁸, também denominada como tese da sede da arbitragem.

A tese territorialista defende o posicionamento tradicional, segundo o qual, toda arbitragem tem fundamento em uma ordem jurídica que irá constituir sua *ordem jurídica base*¹⁰⁹.

Na arbitragem internacional, essa *ordem jurídica base*, designada como a lei da arbitragem, será a ordem jurídica estatal da sede do tribunal arbitral. Desse modo, o local escolhido como sede da arbitragem internacional terá influência no desenvolver da arbitragem, notadamente seus aspectos processuais, bem como, da decisão arbitral. Esta tese defende o controle da arbitragem na sua sede.

A tese da sede da arbitragem surge da concepção jurisdicional da natureza jurídica da arbitragem, em que se considera que “por força do Direito da sede da arbitragem que os árbitros desempenham uma função jurisdicional e, por isso, a arbitragem transnacional está necessariamente submetida a este Direito”¹¹⁰.

Essa vertente jurisdicional, sustenta que o poder jurídico do tribunal arbitral resulta da delegação ou permissão da ordem jurídica estatal, pois aquele não detém poder jurídico originário¹¹¹.

Como sustenta o doutrinador Dário Moura Vicente, na arbitragem internacional ocorrerá a sujeição do árbitro ao direito de um determinado Estado. Neste caso, ao direito onde está localizado o tribunal arbitral pois, é dele que emana sua função jurisdicional¹¹². O tribunal arbitral recebe sua competência para dirimir os litígios resultantes da relação das

¹⁰⁸ Outras denominações utilizadas *Lex loci arbitri* por FRANCIS MANN na sua obra intitulada “*Lex Facit Arbitrum*” em 1967; MANUEL BOTELHO DA SILVA, *Arbitragem Voluntária - A Hipótese da Relatividade da Posição do Árbitro Perante o Direito de Conflitos de Fonte Estatal*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 33 e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 479 – denominam como “tese da sede da arbitragem”; JAN PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, LSE Law: Society and Economy Working Papers 2/2010 – a denomina como *Territorial Thesis: law of the place of arbitration*.

¹⁰⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 448.

¹¹⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 479.

¹¹¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 449.

¹¹² DARIO MOURA VICENTE, *Da arbitragem Comercial Internacional*, Coimbra, 1990; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 565.

partes, da convenção de arbitragem, porém, é o Estado em que a arbitragem está sediada que irá conferir aos árbitros o poder jurisdicional.

Completando esse entendimento, Francis Mann defende que a arbitragem se subjeta a lei de arbitragem interna do Estado sede, denominando-a como *lex loci arbitri*¹¹³. O autor argumenta que a lei de arbitragem da sede é a lei mais apta ao bom andamento do processo arbitral¹¹⁴.

Nessa visão, a lei de arbitragem vigente no local onde está sediado o tribunal arbitral, será aquela utilizada pelos árbitros e, no campo de autonomia permitido por ela, é que as partes poderão rebater as regras do processo arbitral. Desse modo, aqui, a *lex arbitri* - a lei da arbitragem (a lei aplicável à arbitragem) – também se identifica com a *lex loci arbitri* (lei da arbitragem da sede). Entendendo-se que a lei da sede é quem fornece o conteúdo mínimo e imperativo ao regulamento da arbitragem internacional¹¹⁵.

Ainda se defende que a concretização da *lex arbitri* só ocorre ao se considerar o diploma legislativo da arbitragem de cada Estado e, somente, na eventual possibilidade dessa lei permitir a remissão da regulação do processo à outra lei de arbitragem estrangeira, é que será permitida sua aplicação, retirando assim a exclusividade da sede no controle da arbitragem, como é permitido nos ordenamentos suíço e francês. Porém, essa não é uma tendência verificada em muitos ordenamentos jurídicos, como por exemplo o ordenamento português.

Em síntese, essa tese defende que a arbitragem, mesmo sendo internacional, precisa ter um local o qual pode chamar de “domicílio”, e assim, dar validade a sua competência e a sua jurisdição, sem a qual não detém mecanismos básicos para existir. O tribunal arbitral, ao determinar sua sede, apontando um território nacional, será regido pela lei deste local – pela lei de arbitragem estatal.

O acolhimento dessa tese, no campo da arbitragem internacional, ocorre geralmente quando o tribunal arbitral é acionado para decidir sobre uma questão que versa sobre uma matéria processual, fazendo-se necessário, então, saber qual lei será aplicável à arbitragem.

Tendo em mente que, segundo essa tese, no âmbito da arbitragem internacional, o papel da sede é elementar na sujeição da sua validade aos parâmetros impostos pelo Estado

¹¹³ Denominação utilizada por FRANCIS MANN na sua obra intitulada “*Lex Facit Arbitrum*” em 1967.

¹¹⁴ FRANCIS MANN, “*Lex Facit Arbitrum*” em 1967, p. 160.

¹¹⁵ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 1717.

sede, bem como, da legitimidade dos tribunais judiciais de intercederem no processo arbitral¹¹⁶, passamos a questionar os limites dessa intercessão.

A matéria - acerca dos limites da influência da lei da sede no andamento da arbitragem - já foi objeto de debate na jurisprudência.

Inicialmente, havia uma visão mais conservadora da corrente jurisdicional, em que se defendia um controle mais presente no mérito da causa, principalmente, no tocante a sentença arbitral, pelo Estado sede, porém essa visão já não tem mais aplicação. Isso porque, além de os Estados terem criado leis mais adequadas a arbitragem, também, há movimento de fomento e proteção da arbitragem internacional¹¹⁷.

Nessa visão mais recente, defende-se que os tribunais estatais serão competentes para prestar um auxílio ao tribunal arbitral quando forem acionados, devendo manter sua interferência pontual e restrita a um caráter supletivo. Essa percepção pode ser percebida como mais favorável aos árbitros e às partes que veem dirimidas questões pontuais, conferindo maior segurança ao procedimento e, por via de consequência, à sentença arbitral, sem, contudo, sujeitarem-se às mazelas do sistema tradicional como a demora e a falta de técnica específica.

Desse modo, a intervenção estatal deverá ser limitada na arbitragem internacional, em razão das suas próprias características, mas, segundo essa tese, imprescindível que haja intervenção, sobretudo, quando tratar de matéria como a arbitrariedade do litígio, defesa da ordem pública¹¹⁸ local e o controle processual referente as matérias imperativas reguladas na lei da sede¹¹⁹. Nestes pontos, necessária a intercessão do Estado e a sujeição do tribunal arbitral à lei estatal do lugar da sede.

No que toca à arbitrariedade do litígio, esta é determinada em cada ordenamento jurídico e irá influenciar na avaliação da validade da própria convenção de arbitragem que, por sua vez, da qual extrai-se a competência e, por conseguinte, a jurisdição do tribunal arbitral.

¹¹⁶ JAN PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., pp. 5-8; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 228-234.

¹¹⁷ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., pp.617-618.

¹¹⁸ Conceituação de Manuel Pereira Barrocas: “As ordens jurídicas são dotadas de um conjunto de princípios, valores e normas que caracterizam a sua essência e traduzem um estágio de desenvolvimento cultural, social e econômico num determinado momento. Este complexo denomina-se ordem pública” - MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de arbitragem*, cit., p. 449.

¹¹⁹ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, cit., p. 258.

Com relação a matérias imperativas reguladas na lei sede, como por exemplo, quando há leis conexas conflitantes aplicáveis à arbitragem, a lei de arbitragem da sede deverá ser respeitada. Neste caso, como sustenta o Dario Moura Vicente, ocorrerá a sujeição da arbitragem, no tocante as normas de conflito de leis¹²⁰, às regras nacionais, não podendo ocorrer a derrogação pelas partes ou árbitros¹²¹.

Nesse ponto, surge nova dissonância, pois a intervenção estatal poderá dar-se no âmbito do direito aplicável à arbitragem e não somente na parte processual, limitando, assim, a autonomia das partes e do árbitro no que toca ao que foi estipulado para resolução do mérito da causa¹²².

Os defensores desse argumento sustentam que esta intervenção é justificável, pois, a sua violação poderá causar um efeito negativo na decisão arbitral, como por exemplo, a sua anulação na sede. São essas regras que determinariam os casos de nulidade e os meios de impugnação da sentença arbitral¹²³.

Retornando ao tema principal, a tese territorialista defende ainda que, o fato de se considerar a lei da arbitragem da sede no processo arbitral diminui as chances de a sentença arbitral ser anulada, bem como, de ter seu reconhecimento negado. Isso porque as decisões produzidas em arbitragem internacional são consideradas decisões estrangeiras e, por isso, terão que passar pelo crivo do Estado onde se pretende executá-las, através do procedimento de reconhecimento das decisões ali impostas.

Deve, assim, o processo arbitral buscar ponderar, no seu andamento, os requisitos de validade da lei da arbitragem da sede e os requisitos estabelecidos para o reconhecimento da sentença arbitral, de modo que esta possa produzir seus efeitos.

Um ponto que merece menção é o fato que, tanto a Lei-Modelo da UNCITRAL, quanto a Convenção de Nova Iorque de 1958, utilizam o critério territorialista¹²⁴ em seus dispositivos, demonstrando a importância da sede na arbitragem internacional.

¹²⁰ DARIO MOURA VICENTE, *Da arbitragem Comercial Internacional*, Coimbra, 1990; MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de arbitragem*, cit., p. 565.

¹²¹ PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD, BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 633.

¹²² Observação feita pelo autor Luís de Lima Pinheiro ao delimitarem a *lex arbitri* a “lei aplicável ao processo arbitral” pois, no caso de conflito de leis, haverá incidência ao direito aplicável ao mérito da causa. - LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 477-478.

¹²³ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 479.

¹²⁴ Nota explicativa do Secretariado da UNCITRAL a respeito do critério de territorialidade adotada na Lei-Modelo; ponto 13 – “Um outro aspecto desta aplicabilidade tem a ver com o âmbito de aplicação territorial. O princípio consagrado no artigo 1.º, parágrafo 2.º, estabelece que a Lei Modelo adoptada num determinado Estado só se aplica se o local de arbitragem se localizar no território desse Estado”. Também disciplina matérias

A Lei-Modelo UNCITRAL utiliza o critério territorial para determinar o âmbito de aplicação das suas leis na arbitragem internacional e ainda estipula em que âmbito poderão os Estado sede intervir.

A Convenção de Nova Iorque, por sua vez, estabelece que o local de prolação da sentença arbitral será a da sede da arbitragem, sendo este, critério legal para se verificar seu enquadramento perante a convenção. Este é um ponto crucial na arbitragem internacional, pois o não reconhecimento da decisão arbitral poderá causar prejuízos a parte vencedora.

O ordenamento português, por exemplo, também adota o critério territorialista. O artigo 49, (2), da sua Lei de Arbitragem Voluntária, estabelece que “Salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna”. Ou seja, qualquer arbitragem que ocorra no território português estará sujeita às determinações presentes na sua lei de arbitragem interna. Essa disposição ainda é reforçada nas disposições finais da lei, que determina o âmbito de aplicação da lei no espaço português (art. 61 da LAV)¹²⁵.

Aliás, a doutrina majoritária é adepta da tese territorialista, defendendo que a lei de arbitragem nacional do Estado sede terá influência – nos parâmetros acima expostos – na arbitragem internacional.

Reforçando esse posicionamento, o doutrinador americano Nigel afirma que “The procedure of an arbitration may be regulated by the rules chosen by the parties; but the law is that of the place of arbitration and, to the extent that it contains mandatory provisions, is binding on the parties whether they like it or not. It may well be that the *lex arbitri* will govern with very free rein, but it will govern nonetheless”¹²⁶.

No entanto, a tese não passa ileso de críticas, sendo que a sua maior, seria o fato de vincular a arbitragem a uma lei estatal, ferindo um dos principais objetivos do instituto que

que reconhecem a competência do tribunal da sede para julgar determinadas matérias: “Os artigos são: o artigo 8.º, parágrafo 1.º e o artigo 9.º que abordam o reconhecimento de convenções de arbitragem incluindo a sua compatibilidade com medidas provisórias decretadas pelo tribunal, o artigo 17.º-J sobre medidas provisórias decretadas pelo tribunal, os artigos 17.º-H e 17.º-I sobre o reconhecimento e a execução de medidas provisórias decretadas por um tribunal arbitral e os artigos 35.º e 36.º sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.”

¹²⁵ DARIO MOURA VICENTE, *Lei de Arbitragem voluntária anotada*, cit., p. 228-229.

¹²⁶ Tradução “O procedimento de arbitragem pode ser regulado pelas regras escolhidas pelas partes; mas a lei do lugar da arbitragem e, na medida das suas disposições obrigatórias, é impositiva as partes. Pode ser que a *lex arbitri* governe com rédea solta, mas governará mesmo assim” - NIGEL BLACKABY; CONSTANTINE PARTASIDES; ALAN REDFERN; MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., p. 177.

é justamente escapar ao controle estatal. Além disso, algumas legislações estaduais podem ser incompatíveis com os propósitos da arbitragem internacional.

2.4.1.3 Tese autônoma

No outro extremo da tese anterior, temos a tese autônoma¹²⁷, que consiste na ideia de que existiria uma *ordem jurídica arbitral autônoma*, desvinculada de qualquer jurisdição estatal e a função jurisdicional exercida pelos árbitros seria a serviço da comunidade internacional, e não, da jurisdição delegada por um Estado.

Essa teoria propõe, ainda, a autonomia dos aspectos processuais da arbitragem internacional, pois estes teriam uma origem transnacional, sem qualquer vinculação com a ordem jurídica estatal do lugar da sede ou do lugar de execução da sentença arbitral¹²⁸.

Nesse sentido, Manuel Pereira Barrocas sustenta: “a tese autonomista pretende, mais recentemente, colocar acento tônico no caráter independente da arbitragem relativamente ao Estado, sobretudo da arbitragem comercial internacional”¹²⁹.

Emmanuel Gaillard, por sua vez, sustenta que a citada autonomia da ordem jurídica seria um resultado das práticas forenses da arbitragem internacional e que seu conjunto caracterizaria uma regulamentação criada especificamente para arbitragem, sendo compatível com seu instituto. O autor ainda dá, como exemplo, o fato de os centros de arbitragem exercerem práticas arbitrais semelhantes, possibilitando assim, a existência dessa “regulamentação específica”.

Em contraposição à tese territorialista, essa corrente, dando ênfase à autonomia das partes, defende que só seria permitida a aplicação das leis processuais do Estado sede com a concordância das partes¹³⁰. Ou seja, a escolha feita pelas partes seria fator fundamental para justificar a competência dos tribunais estaduais para controlar a arbitragem. Ao adotar essa tese, não haveria divergência entre o Direito aplicável à arbitragem e a o foro competente para efetuar o controle sobre ela.

¹²⁷ Outras denominações: tese da ordem jurídica arbitral autônoma ou *Autonomous legal order*.

¹²⁸ EMMANUEL GAILLARD, *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional* (tradução por Natália Mizrahi Lamas), Atlas, São Paulo, 2014, pp. 102-104.

¹²⁹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 47.

¹³⁰ EMMANUEL GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 60 ss.

Ainda referente à jurisdição exercida pelos árbitros, Ricardo Ramalho Almeida ensina que, na visão da tese autônoma, o árbitro “não é um representante, funcionário ou curador da ordem jurídica do Estado sede da arbitragem, mas, sim, um mandatário das partes, a quem se atribui o poder jurídico de decidir coercitivamente uma demanda em matéria patrimonial, com exclusão dos remédios estatais ordinários”¹³¹. Os árbitros, na arbitragem internacional, não teriam nenhum vínculo, nem um foro, razão pela qual, não se pode falar em *lex fori* em matéria de arbitragem internacional¹³².

Nessa mesma linha, a tese autonomista sustenta que, em caso de conflito de leis, o árbitro tem autonomia e está desvinculado do “direito de qualquer estado, não estando sujeito em abstrato a qualquer lei estadual específica”¹³³. Neste ponto, Manuel Pereira Barrocas perfilha a tese autonomista, pois defende que, no âmbito que rege o estatuto pessoal de árbitro, com exceção à lei que regula o contrato de árbitro, este “está desvinculado de qualquer outra lei”¹³⁴.

Outra referência à autonomia da arbitragem frente à ordem jurídica do país da sede é verificada quando se defende que mesmo tendo a sentença arbitral sido anulada na sede, esta pode ser reconhecida no local de execução, surtindo seus efeitos¹³⁵.

Essa tese tem ampla adoção na França, pois, no seu ordenamento positivo interno, não se considera a anulação de uma sentença arbitral no Estado sede como requisito de recusa ao reconhecimento da sentença estrangeira.

Porém, nesse mesmo ponto, a tese perde adeptos, pois, o reconhecimento da sentença arbitral é reduzido a uma possibilidade, podendo ou não se verificar. Aliás, o que se prevê é a sua anulação na maioria dos ordenamentos jurídicos.

Em Portugal, o doutrinador Luís de Lima Pinheiro¹³⁶ é adepto da tese autônoma. Em sua obra, o autor desenvolve o conceito e as características da tese, demonstrando ao leitor o porquê de esta ser, na sua visão, a mais adequada para a arbitragem internacional, principalmente no tocante à arbitragem em sentido estrito ou arbitragem comercial internacional. Iremos, nos próximos parágrafos¹³⁷, explicar sua leitura da tese autônoma.

¹³¹ RICARDO RAMALHO ALMEIDA, *A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma*, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, 2016, p. 360.

¹³² RICARDO RAMALHO ALMEIDA, *A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma*, cit., p. 360.

¹³³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 565.

¹³⁴ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 566.

¹³⁵ EMMANUEL GAILLARD, *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*, cit., p. 123.

¹³⁶ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., passim.

¹³⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., pp. 375-381.

Por ser defensor de um Direito Transnacional Autônomo, o doutrinador defende a concepção da arbitragem transnacional como objeto de uma *regulação autônoma*, a qual independe de ação de órgãos estaduais. A *regulação autônoma*, por sua vez, ocorre quando os árbitros e as partes se tornam destinatários de regras e princípios de caráter vinculante sem a dependência de uma ordem jurídica estatal.

Para que ocorra essa regulação autônoma, faz-se necessária a existência de uma *esfera de ação* em que essa *autonomia* é praticada pelos sujeitos das relações do comércio internacional e pelos árbitros responsáveis pela solução dos litígios emergente dessa relação.

Por sua vez, essa *ação autônoma* é praticada dentro de um *espaço transnacional*. Para o autor, o espaço transnacional se sustentaria na autorização e cooperação dos órgãos estaduais frente ao tribunal arbitral. Assim, geraria um meio benéfico para a boa desenvoltura da arbitragem, onde a autonomia das partes e dos árbitros na gestão da arbitragem fosse reforçada.

A concepção da existência desse espaço transnacional (considerando que ele, de fato, exista) fundamenta as teses favoráveis ao reconhecimento de um *Direito Autônomo do Comércio Internacional*. Esse ramo do direito seria composto por regras e princípios aplicáveis às relações do comércio internacional, criado de forma independente dos órgãos estatais, formando assim, a nova *lex mercatoria*.¹³⁸

O autor defende que “não há obstáculo teórico à vigência de Direito autônomo do comércio internacional”¹³⁹, porém, a regulação dos contratos internacionais carece de autonomia, pois “supõe a existência de jurisdição em que este Direito é aplicável imediatamente, i.e., sem a mediação de uma ordem jurídica estadual”¹⁴⁰.

Contudo, o teórico defende ser possível a *formação de uma ordem jurídica autônoma do comércio internacional* com a existência de um *espaço transnacional* adequado para este objetivo. Reitera ainda que as características do *espaço transnacional* não impediriam a criação de um Direito “privado” dos contratos do comércio internacional, “com base em processos específicos de criação normativa que se desenvolvem no seu seio, e autônomo relativamente às ordens estaduais singularmente consideradas”; e seria este

¹³⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3ª edição refundida, AAFDL, Lisboa 2019, pp. 134-137.

¹³⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., p. 138.

¹⁴⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I cit., p. 138.

“Direito” que serviria de fundamento para criação da “ordem jurídica base”¹⁴¹ que sustentaria a imposição da arbitragem internacional.

No entanto, o que defendemos é que a falha da teoria está exatamente nessa “ordem jurídica base”. Uma vez que não há correspondência com a realidade por não existir uma “ordem jurídica arbitral autônoma”.

Podemos concordar que há instrumentos normativos criados especificamente para a arbitragem internacional, porém, esta não tem autonomia, precisa de aparatos estatais para existir e funcionar e não há como negar sua dependência dos órgãos estatais, das legislações internas.

O próprio autor comenta que “as variantes mais modernas (da tese da sede da arbitragem), que favorecem a sujeição da arbitragem transnacional a regimes especiais que até certo ponto podem atender à sua especificidade”¹⁴².

Por fim, Manuel Barrocas conclui – referindo-se à tese como “superautonomista” - que ela ainda não tem correspondência com a realidade atual da arbitragem internacional e será difícil que isso venha a acontecer num futuro próximo, enquanto a Convenção de Nova Iorque estiver em vigor”¹⁴³.

2.4.1.4 Tese pluralista

Diferentemente das teses anteriores, a tese pluralista não considera a existência de uma ordem jurídica arbitral autônoma, tampouco aceita a imposição de que somente o Estado sede da arbitragem tem competência para decidir sobre a validade da sentença arbitral.

A tese pluralista defende que a arbitragem internacional é fundada por uma pluralidade de ordenamentos jurídicos e que a escolha pelos ordenamentos jurídicos é feita levando em consideração a certeza do reconhecimento da sentença arbitral. Ou seja, da união desses diplomas será formado o quadro de regras que os árbitros irão usar para reger a arbitragem, sempre com o objetivo de garantir o reconhecimento da sentença arbitral no provável lugar de execução. Desse modo, diversas jurisdições poderão ter vocação para uma possível execução da sentença arbitral estrangeira.

¹⁴¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p 416.

¹⁴² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 478.

¹⁴³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 629.

Perante essa teoria, podemos fazer a seguinte analogia com a tese territorialista: enquanto a lei de arbitragem na tese territorialista é influenciada pela *lex loci arbitri*, a tese pluralista é influenciada pela lei de arbitragem do lugar de reconhecimento da sentença, ou melhor, dos possíveis lugares de reconhecimento.

A tese pluralista defende que o controle não deveria ser feito na sede e somente no local da execução. Ao enfatizar a exequibilidade da sentença, o processo arbitral será regido pelo juízo de validade que a sentença arbitral precisa possuir para tal. Desse modo, a sentença é vista de modo independente do local que foi prolatada, porém, ela deverá fornecer credibilidade perante as partes ao seu possível reconhecimento em outros lugares, podendo ser o local em que foi proferida ou não.

A tese pluralista infere que a validade da sentença arbitral no local de origem é menos importante do que a sua validade nos potenciais locais de execução, em caso de conflitos. Desse modo, a sujeição da arbitragem à lei da sede não se caracterizará mais como em um fator determinante¹⁴⁴.

Gary Born, adepto da tese pluralista, afirma que a característica da arbitragem internacional de permitir a sobreposição de diferentes ordenamentos jurídicos, a fim de fornecer aos árbitros as ferramentas ideais para a obtenção de sentenças especializadas, resulta na “aplicação do princípio do *dépeçage* à arbitragem internacional”¹⁴⁵.

Os árbitros terão discricionariedade para decidir quais regras aplicar ao processo arbitral, não sendo limitados a um determinado ordenamento jurídico. Essa liberdade está vinculada à necessidade de a sentença arbitral ser reconhecida e executada quando há provocação do processo de reconhecimento.

Quando ocorrer uma regra de conflito, essa tese defende que o árbitro poderá se valer da sua discricionariedade e considerar a lei do lugar de execução em desfavor da lei da sede, pois seu objetivo final é a execução da decisão arbitral.

A tese pluralista utiliza como justificativa para sustentar sua ideologia a jurisprudência nos tribunais franceses, no caso *Chromalloy e Hilmarton*¹⁴⁶, no qual a

¹⁴⁴ PHILIPPE FOUCARD, EMMANUEL GAILLARD, BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 642.

¹⁴⁵ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 1761; Entre nós, MANUEL BOTELHO DA SILVA defende tal posicionamento em sua obra *Arbitragem Voluntária: A Hipótese da Relatividade da Posição do Árbitro Perante o Direito de Conflitos de Fonte Estatal*, 2004.

¹⁴⁶ “Jurisprudência dos tribunais franceses neste caso, reforçaram o significado relativo da localização da arbitragem ao permitirem a concessão de *exequatur* a sentenças arbitrais anuladas no estado da localização situado fora da França” - MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 629.

sentença arbitral anulada no local de origem, foi reconhecida e seu efeito executório concedido.

O autor Jan Paulsson simplifica a tese pluralista como: *“Depending on the international features of a particular case, the potential plurality is infinitely variable. It is not defined ex ante. True, many cases involve no factors extraneous to the national setting. But in the end, the potential legal orders that may be called upon to make arbitration effective in any given case will not have been finally identified until the arbitrants have finally lain down their arms”*¹⁴⁷.

A possibilidade de utilização de várias legislações, podem, ao final, trazer menos segurança do que o previsto, pois ao final do processo arbitral, os lugares considerados para execução no início da arbitragem, podem não ser mais os previstos¹⁴⁸; pois, no âmbito comercial internacional, a mutabilidade é constante.

Na prática, o processo arbitral acaba por se tornar muito caótico, levando por muitas vezes, os árbitros a aplicarem os princípios e regulamentos da sede, diminuindo assim, a possibilidade de a sentença ser anulada, evitando o seu não reconhecimento.

¹⁴⁷ JAN PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., p. 10.

¹⁴⁸ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 459.

POSIÇÃO ADOTADA E CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto no trabalho, ficaram claro dois fatores. O primeiro, é a importância e a indispensabilidade da arbitragem como forma alternativa de resolução de conflitos nos vários campos do Direito, sendo ainda mais marcante, sua utilização nos conflitos internacionais. Isso porque com o aumento do mercado e a sua internacionalização, as relações tomam um caráter especial, necessitando de um instrumento hábil para dirimir tais conflitos.

Não por outra razão, a arbitragem internacional atinge o seu ponto mais alto no âmbito do comércio internacional, revelando-se, em razão das suas características e mecanismos próprios, o meio mais adequado e que proporciona maiores benefícios frente a outros mecanismos de resolução, principalmente os estatais.

O segundo fator é a complexidade do tema arbitragem internacional, cercado de polêmicas e divergências desde da sua definição, passando pelos os elementos que a incorporam, até a prolação da sentença arbitral.

Percebemos, também, que a arbitragem internacional é composta por diversas fontes, merecendo destaque, as internacionais como a Lei-Modelo e a Convenção de Nova Iorque, bem como, as fontes nacionais composta pelos diversos ordenamentos jurídicos. Mesmo a Lei-Modelo servindo como um regulamento padrão para facilitar a regulação do instituto da arbitragem internacional, cada Estado dispõe acerca da matéria, delimitando o que é considerado arbitragem internacional no seu ordenamento jurídico e quais são os seus elementos caracterizadores.

E é neste ponto que podemos dizer que há uma certa influência da arbitragem internacional à uma ordem jurídica estatal, o que instigou a proposta reflexão sobre a sede da arbitragem - sua relevância e influência – quando a arbitragem internacional fixa seu tribunal em um território nacional, criando a sua *ordem jurídica base*.

Diante dessa reflexão, posicionamo-nos pela aplicação da tese territorialista por entendermos ser aquela que, ao menos por ora, revela-se mais condizentes com os contornos reais e práticos da arbitragem internacional.

Se não, vejamos: no que toca à tese autônoma, não há como considerar e nem reconhecer, na realidade e na prática atuais, uma *autonomia da ordem jurídica arbitral*. Não é nem que argumentamos a falta de embasamento teórico, mas, na prática, as soluções

mostram-se inviáveis. As arbitragens necessitam se assentar em uma “ordem jurídica” a qual possa validar e dar coercividade aos seus atos – sempre haverá uma sujeição e dependência dos tribunais estaduais -, fato que a tese autônoma parece ignorar ao não fornecer solução efetiva.

O ponto que entendemos a favor da tese territorialista, não podia ser outro senão fato de que a lei de arbitragem do local onde o tribunal arbitral está sediado é aquela que detém, principalmente na prática, maior conexão e influência sobre a arbitragem internacional, e não podia ser diferente, pois, será a lei da sede que definirá o enquadramento jurídico básico da arbitragem. Será ela, que de forma geral, irá validar a convenção de arbitragem, bem como, a eficácia e validade da sentença arbitral, pois é ao direito deste Estado que a arbitragem está submetida.

Como mostramos, a evolução da tese territorialista revela tendência – que nos parece a mais acertada - para defesa de que a intervenção estatal deve ser limitada na arbitragem internacional, respeitando as características do instituto e prestando auxílio ao tribunal arbitral a fim de colaborar para um bom e efetivo desenvolvimento do processo arbitral.

Aliás, os próprios Estados estão fornecendo, nos seus ordenamentos internos, regras compatíveis com a arbitragem internacional, corroborando, desse modo, o entendimento de que a intervenção estatal deve ser feita apenas de forma supletiva e pontual.

Essa percepção parece-nos ser, inclusive, mais favorável aos árbitros e às partes que veem dirimidas questões pontuais, zelando pela harmonia do desenvolvimento da arbitragem e conferindo maior segurança ao procedimento e, por via de consequência, à sentença arbitral, sem, contudo, perderem a autonomia e os benefícios próprios da arbitragem e da independência do poder estatal, característica distintiva do instituto.

A tese territorialista – notadamente na sua corrente mais recente - fornecerá, desse modo, mais estabilidade às partes e aos árbitros, permitindo uma efetiva e rápida solução do litígio, ainda que seja preciso recorrer ao tribunal estatal.

Sobre a eficácia da sentença - sua execução -, a filiação à tese territorialista também pode evitar discussões alongadas e dispendiosas, limitando que a parte perdedora utilize de artifícios para impedir o reconhecimento da decisão final. É o caso, por exemplo, de eventual utilização dos fundamentos de recusa do art. V da Convenção de Nova Iorque, valendo-se do argumento majoritário de não reconhecimento da sentença em caso de anulação na sede.

Atentando-se, árbitros e partes, ao ordenamento jurídico do Estado sede, poderão agregar maiores segurança e eficácia à arbitragem internacional também nesse sentido.

Não há como negar, portanto, que o Estado sede tem controle sobre a arbitragem, ainda que na modalidade internacional, exercendo – ainda que limitado – controle sobre esta. No que toca à sentença, ainda mais, oportunidade em que referido controle pode ser verificado por via da anulação e/ou recusa de reconhecimento, impedindo, desse modo, a execução da sentença.

Aqui, a nosso ver, ainda mais evidente a relevância da sede na arbitragem internacional, uma vez que uma sentença eficaz e exequível é o objetivo a que esta se dedica.

Nesse ponto, cabe, então, nossa crítica à tese pluralista. Há dois fatores a se considerar: (i) a vasta gama de opções que o árbitro deverá considerar como possíveis locais de execução da sentença; e (ii) a possibilidade de recusa do tribunal de reconhecimento, caso a sentença arbitral sofra alguma oposição na sede da arbitragem.

Ao se exigir dos árbitros, a consideração de todas as possíveis leis que terão contato com o processo e a sentença arbitrais, seja na sede ou nos diversos locais de execução, torna o procedimento – em descompasso total com os seus objetivos e características distintivas de celeridade e tecnicidade – árduo, moroso e passível – em ampla escala – de se tornar ineficaz.

Ainda que se reconheça a possibilidade de execução de sentença anulada – como já feito, inclusive, na França, estamos ainda de possibilidade e não de certeza. Há, ainda, questões que podem influenciar negativamente a análise do procedimento quando anulada a sentença na sede da arbitragem. Além disso, é dispendiosa e morosa a tarefa de, após todo o processo arbitral, ainda definir quando e em quais situações será autorizado o efetivo reconhecimento e execução da decisão.

Sendo o foco da tese, a obtenção de uma sentença executável, a melhor e mais fácil – ao menos na atual conjuntura - ação do árbitro será a de se ater a lei da sede da arbitragem, diminuindo, desse modo, as possibilidades de eventual invalidação da sentença.

Concluimos, dessa feita, que ainda há relevância na escolha da sede da arbitragem, devendo esta ser feita de forma consciente e estratégica pelas partes e/ou árbitros, em razão da clara influência que a lei da sede terá na regência da arbitragem internacional. A lei da sede, ao ser observada, assegurará a finalidade do processo arbitral, bem como, o bom andamento deste, resultando em maior satisfação das partes e dos árbitros.

Contudo, a tese não está livre de críticas. Há pontos que devem ser sempre respeitados: (i) a vontade das partes deve sempre ser o guia dos árbitros, sendo o elemento mais relevante no processo arbitral; e (ii) a interferência do controle do Estado sobre a arbitragem deve ser pontual, mínima e supletiva, sob pena de desvirtuar ponto essencial do instituto – sua independência.

Por último, um adendo e, talvez, um alerta às partes quando da escolha da sede. Para que a arbitragem internacional, desenvolva-se corretamente e produza os efeitos a qual se destina, é imprescindível que as legislações nacionais, no âmbito em que disciplinem sobre matéria de arbitragem internacional, sejam condizentes com o regulamento da Lei-Modelo da UNCITRAL, objetivando sempre incorporar leis de arbitragem específicas e condizentes com o instituto da arbitragem internacional.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ricardo Ramalho - “A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, n. 50, São Paulo, 2016, pp. 351-367, Disponível no site do Ministério Público de São Paulo: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.23.PDF (Acesso em 20.03.2022)

ALVIM, José Eduardo Carreira - *Direito arbitral*, 2ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013.

BARROCAS, Manuel Pereira - *Lei de arbitragem comentada*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin - *Redfern and Hunter on International Arbitration (Student Version)*, 6ª Edição, The Hague: Oxford University Press, 2015.

BORN, Gary B. - *International Commercial Arbitration*, 3ª Edição, Kluwer Law International, 2020.

CARAMELO, António Sampaio - *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: perante a convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária*, Almedina, Coimbra, 2016.

CARAMELO, António Sampaio - *Direito da arbitragem (ensaios)*, Almedina, Coimbra, 2017.

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado da Arbitragem: em comentário à Lei 63-2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015.

CORDEIRO, António Menezes - *Direito Comercial*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2022.

CORTEZ, Francisco “A arbitragem voluntária em Portugal: dos -ricos homens aos tribunais privados”, *Revista O Direito*, Ano 124, n. 4, Lisboa, 1992, pp. 541-591.

- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. - *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (edited by Emmanuel Gaillard and John Savage), The Hague: Kluwer, 1999.
- GOUVEIA, Mariana França - *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014.
- GAILLARD, Emmanuel - *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- GAILLARD, Emmanuel - *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional* (tradução por Natália Mizrahi Lamas), Atlas, São Paulo, 2014.
- LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. - *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- MACHADO, José Carlos Soares; GOUVEIA, Mariana França - *Resolução Alternativa de Litígios*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017.
- MOLUTSKY, Henri - *Études et notes sur l'arbitrage*, *Ecrits*, vol. II, Dalloz, Paris, 1974.
- PAULSSON, Marike - *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International, 2016.
- PAULSSON, Jan – “Arbitration in Three Dimensions”, *LSE Law: Society and Economy Working Papers*, 2/2010, Disponível em: http://eprints.lse.ac.uk/32907/1/WPS2010-02_Paulsson.pdf (Acesso em 24.03.2022)
- PAULSSON, Jan – “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, No. 2, 1981, pp. 358-387, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/759533?seq=1> (Acesso em 24.03.2022)
- PINHEIRO, Luís de Lima - *Arbitragem Transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005.
- PINHEIRO, Luís de Lima - *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005.
- PINHEIRO, Luís de Lima - *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3ª edição refundida, AAFDL, Lisboa, 2019.
- PINHEIRO, Luís de Lima - *Direito Internacional Privado*, vol. III, tomo II, 3ª edição refundida, AAFDL, Lisboa, 2019.

PINHEIRO, Luís de Lima – *Estudos de direito da arbitragem*, AAFDL, Lisboa, 2022.

RAMOS, Rui Manuel Moura – “A arbitragem no novo direito português”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXVIII, Tomo II, Coimbra Editora, 2012, p. 583-603.

SILVA, Manuel Botelho da - *Arbitragem Voluntária: A Hipótese da Relatividade da Posição do Árbitro Perante o Direito de Conflitos de Fonte Estatal*, Almedina, Coimbra, 2004.

SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Manuel Moura - *Contratos internacionais: compra e venda, cláusulas penas e arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1995.

VICENTE, Dário Moura - *Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa*, Editora Coimbra, Coimbra, 1990.

VICENTE, Dário Moura - *Lei de arbitragem voluntaria anotada*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2021.

UNCITRAL - *Model-Law on International Commercial Arbitration*, 2008, Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf - versão em português disponível no site do Ministério da Justiça (DGPJ) em https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Lei-modelo_uncitral.pdf

UNCITRAL - *A Guide to UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, 2013, Disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/12-57491-guide-to-uncitral-e.pdf>

UNCITRAL - *Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 2016.

ICCA's Guide (*International Council For Commercial Arbitration*) - Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes, 2012, Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/portuguese_guide_composite_for_website_final_revised_may_2012.pdf

Convenção de Nova Iorque de 1958 – Disponível em:
<https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf> - - versão em português disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-o-reconhecimento-e-execucao-de-sentencas-arbitrais-estrangeiras-2>

Legislação francesa – Disponível em:
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023450649

Legislação suíça – Disponível em: https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/20210129-Chapter-12-PILA_Translation_English.pdf

Legislação espanhola - Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646#a3>