

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

LIZ TEIXEIRA MARTINS

Rio de Janeiro

2021

LIZ TEIXEIRA MARTINS

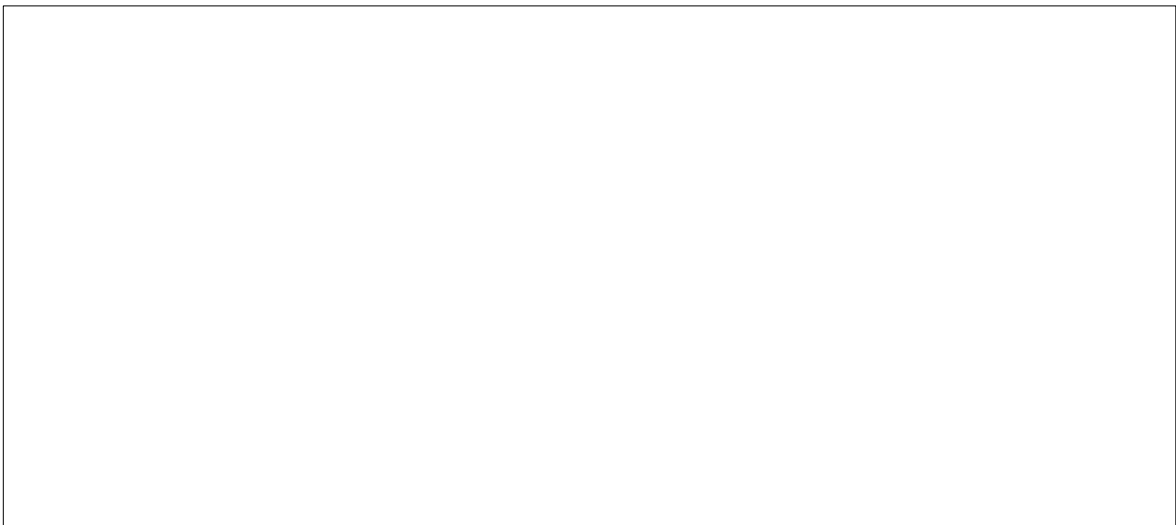
A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza

Rio de Janeiro

2021

CIP – Catalogação na Publicação



Autorizo, apenas para fins acadêmico e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

LIZ TEIXEIRA MARTINS

A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza

Data: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2021

AGRADECIMENTOS

Confesso que escrever este capítulo – possivelmente até mais do que o trabalho propriamente dito – sempre me deu calafrios. Cogitei abandoná-lo, com receio de não saber expressar em palavras o verdadeiro agradecimento que sinto pelas pessoas aqui mencionadas e por tantas outras que encontrei na estrada até aqui.

Agradecer é um ato diário. Uma forma de reconhecer que ninguém vence sozinho. E é claro que eu não poderia deixar de agradecer e dedicar este trabalho à minha pequena-grande família. Pai, Mãe, Livia, Avós e Tias: obrigada pela oportunidade de viver e de aprender com vocês diariamente o sentido de amar. Vocês foram os primeiros a dar significado a essa e a tantas outras palavras do meu vocabulário, e é por isso que carrego vocês em cada pedaço de mim.

Aos meus queridos amigos – os de longa data e aqueles que passaram como brisa – agradeço imensamente pela troca. É na pausa dos sorrisos, das gargalhadas e das conversas que a correria do dia a dia encontra respiro – e sempre um abraço quentinho. Agradeço à Paloma, Malu, Gabi, Taís, Carol, Bia e a tantas outras mulheres incríveis que me transbordam de orgulho.

Não posso deixar de agradecer ao Marcelo, autor da palavra parceria em sua versão ressignificada. A você, com quem venho compartilhando minhas vitórias, anseios e desafios nestes últimos três anos: obrigada pela cumplicidade e admiração que encontramos no olho no olho. Na arte dos encontros e desencontros, um bom acaso me trouxe a você.

Agradeço aos meus amigos da Equipe de Competições e Estudos em Arbitragem (ECEArb) da UFRJ, verdadeira divisora de águas da minha (ainda) breve vida profissional. Fazer parte da ECEArb nunca se limitou aos passos que dei rumo ao mundo da arbitragem, mas se estende aos grandes amigos que encontrei no universo das competições e à oportunidade de orientar e crescer com pessoas incríveis e brilhantes. Ao Caio Gabra, verdadeiro propulsor de pessoas e idealizador do projeto, ao Lucas, Luísa, Manu, Luli, Gorla, Thiago e Luiz: meu sincero obrigada.

Além disso, sou muito grata a todas e a todos do Barbosa Müssnich Aragão Advogados, minha segunda casa e onde tive a oportunidade de ser criada por profissionais de qualidades ilimitadas. Matheus, Clara, Naomi, Marina, Guilherme, Pedro, Castilho, Luíza, Georgea, Julia e Nina, agradeço imensamente pela confiança e por todo o aprendizado até aqui. Sem dúvidas, a caminhada é árdua e longa, mas a vista compensa.

Por fim, obrigada a minha orientadora, Prof. Marcia Xavier de Souza, pelo apoio e confiança para a elaboração do presente trabalho, e aos alunos e demais professores que fazem da UFRJ referência no ensino público, gratuito e de qualidade.

RESUMO

MARTINS, Liz Teixeira. *A Escolha da Lei Aplicável à Convenção de Arbitragem*. Rio de Janeiro, 2021. Monografia de final de curso. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

A lei aplicável à convenção de arbitragem regula a interpretação e validade do instrumento, bem como a jurisdição de um tribunal arbitral. Quando as partes não elegem expressamente um ordenamento jurídico para reger tais questões, a Doutrina e jurisprudência criaram uma série de métodos para identificá-la. A multiplicidade desses critérios causa desconforto ao instituto da arbitragem, escolhido por sua previsibilidade e eficiência. O presente trabalho conduz uma análise comparativa entre as abordagens e traz o posicionamento recente da jurisprudência a respeito do tema, indicando possível tendência que se vislumbra entre as últimas decisões proferidas. Aborda, por fim, as importantes iniciativas da comunidade arbitral a fim de prevenir os problemas causados por essa omissão inconveniente na convenção de arbitragem.

Palavras-Chave: Arbitragem; Lei Aplicável; Convenção de Arbitragem.

ABSTRACT

MARTINS, Liz Teixeira. *Determining the Law Applicable to the Arbitration Agreement*. Rio de Janeiro, 2021. Monografia de final de curso. National Faculty of Law of the Federal University of Rio de Janeiro.

The applicable law to the arbitration agreement regulates its interpretation and validity, as well as the jurisdiction of an arbitral tribunal. When parties are silent regarding which law should govern such matters, commentators and courts have created methods to identify it. The multiplicity of these criteria is uncomfortable to arbitration, chosen for its predictability and efficiency. The present work conducts a comparative analysis between the approaches and indicates the recent position of courts on the subject, pointing out a possible trend that can be glimpsed among recent decisions. Finally, it addresses the important initiatives of the arbitration community in order to prevent the problems caused by this inconvenient omission in the arbitration agreement.

Keywords: Arbitration; Applicable Law; Arbitration Agreement.

LISTA DE ABREVIATURAS E DEFINIÇÕES

§	Parágrafo
Arsanovia	<i>Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings</i>
Artigo	Art.
Código Civil	Lei nº 10.406/2002
Código de Processo Civil	Lei 13.105/2015
Convenção de Nova Iorque	Decreto nº 4.311/2002
Enka	<i>Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb</i>
FirstLink	<i>FirstLink Investments v. GT Payment</i>
Lei de Arbitragem	Lei nº 9.307/1996
Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	Decreto-lei nº 4.657/1942
NTPC	<i>National Thermal Power v. Singer Company and others</i>
Sulamérica	<i>Sulamerica CIA Nacional de Seguros and others v. Enesa Engenharia S.A. and others</i>
Sumitomo	<i>Sumitomo Heavy Industries Ltd v. Ongc Ltd and others</i>
XL Insurance	<i>XL Insurance v. Owen Corning</i>
Zhangjiagang	<i>Mentresor (Zhangjiagang) Food Co Ltd v. Italian Ferrero SpA</i>

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	
RESUMO	
ABSTRACT	
LISTA DE ABREVIATURAS E DEFINIÇÕES	
SUMÁRIO	
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – A ARBITRAGEM	3
1.1. Panorama geral do instituto	3
1.2. A convenção de arbitragem	4
1.2.1. A importância da autonomia da vontade das partes para a redação da convenção de arbitragem.....	6
1.2.2. O contrato e a cláusula compromissória.....	7
1.3. Arbitragem doméstica e arbitragem internacional	9
CAPÍTULO II – LEIS APLICÁVEIS	14
2.1. <i>Lex causae</i>	16
2.2. <i>Lex arbitri</i>	18
2.3. Lei aplicável à convenção de arbitragem	21
CAPÍTULO III – A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	24
3.1. Breve panorama da problemática	24
3.2. Métodos empregados para escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem.....	30
3.2.1 Verificação da escolha implícita.....	30
3.2.2. <i>Default rule</i>	39
3.2.3. A lei mais próxima e conectada à convenção de arbitragem.....	42
3.2.4. Princípio pró-validade	46
3.3. Último posicionamento das cortes: o caso enka.....	49
3.4. Recomendação: incentivo à escolha expressa	52
CONCLUSÃO	56

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
---	-----------

INTRODUÇÃO

O princípio norteador da arbitragem é a liberdade dos contratantes de estabelecerem as regras do jogo ao qual submeterão seu litígio. De comum acordo, as partes poderão escolher desde temas mais específicos, como a formação acadêmica de seus árbitros, até questões que permearão todo o procedimento, como as leis aplicáveis àquela disputa.

Em especial no que diz respeito às arbitragens de cunho internacional, – assim caracterizadas, na maioria das vezes, por envolver partes oriundas de países distintos – a definição das leis que guiarão os árbitros na análise de questões processuais e materiais é tema bastante delicado, tendo em vista que estão diretamente relacionadas ao resultado do jogo. Nesses casos, é bem provável que os diversos aspectos da disputa sejam analisados sob a ótica de várias leis, pertencentes a ordenamentos jurídicos diferentes.

Mesmo assim, há pouca controvérsia em torno das leis aplicáveis ao contrato e à sede da arbitragem, eis que as partes costumam delimitá-las expressamente. Esta premissa, no entanto, não se estende à convenção de arbitragem. É prática recorrente que as partes não estabeleçam a lei que regerá questões de validade e interpretação daquele contrato, delegando esta árdua tarefa ao tribunal arbitral ou às cortes judiciais.

A partir daí, um leque de opções é aberto aos julgadores: seriam aplicáveis as leis que regem o contrato? Ou aquelas referentes à sede da arbitragem?

Infelizmente, não há resposta certa para essas indagações. Isso porque a determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem é objeto de intenso debate. A literatura e a jurisprudência estatal e arbitral desenvolveram diversos métodos para a sua definição, sendo algumas delas abordadas no presente trabalho.

É evidente que essa multiplicidade de caminhos colide frontalmente com a essência da arbitragem. Ao optarem por tal método de resolução de disputas, os contratantes esperam resolver seu litígio de maneira técnica, célere e previsível, renunciando a um Judiciário moroso e passional.

No entanto, a ausência de definição da lei aplicável à convenção de arbitragem é capaz de frustrar essa legítima expectativa, visto que não são incomuns os casos em que sentenças arbitrais são anuladas por se definir lei diversa àquela estabelecida pelo tribunal arbitral.

Como se percebe, este trabalho preocupa-se em enfatizar a importância da inclusão clara e expressa da lei que governará a convenção de arbitragem. Por esse motivo, buscou-se apurar eventual tendência na jurisprudência internacional que garanta maior previsibilidade e eficiência aos contratantes – pacificando de uma vez por todas a controvérsia – e as iniciativas que a comunidade arbitral vem tomando a fim de popularizar essa prática.

Afinal, é preciso buscar soluções para tamanha insegurança jurídica, honrando a vontade primordial das partes que optaram pelas vantagens do procedimento arbitral.

CAPÍTULO I – A ARBITRAGEM

1.1. Panorama geral do instituto

De antemão, revela-se necessário esclarecer alguns conceitos que se impõem como verdadeiro alicerce para a construção do presente trabalho. Tomemos, assim, a concepção do instituto da arbitragem e algumas de suas particularidades como ponto de partida.

Segundo Emmanuel Gaillard e John Savage, a arbitragem é o mecanismo por meio do qual a resolução de um litígio é confiada a terceiros (árbitros), cujo poder e atuação derivam de um negócio jurídico (convenção de arbitragem), e não da autoridade estatal:

“Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for 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 a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement.”¹

Nota-se que o processo estatal, como meio mais empregado para dirimir controvérsias, é utilizado como referência para a própria definição do instituto da arbitragem. Por esse motivo, diz-se que a arbitragem – assim como a mediação e a conciliação, por exemplo – consistiria em método alternativo de resolução de disputas.

Carlos Alberto Carmona, contudo, aponta para o equívoco dessa classificação, já que é de se esperar que as partes procurem, primeiramente, resolver os conflitos por elas próprias (através de negociação, mediação, conciliação, etc) e depois, na ausência de êxito, submetam o litígio ao Poder Judiciário ou a um tribunal arbitral.² Nesse contexto, considerando que a arbitragem e o processo estatal consistem nos verdadeiros métodos alternativos de disputas, seria mais apropriado referir-se, simplesmente, ao método de resolução de controvérsias mais adequado para cada caso concreto.³

¹ Tradução livre: A arbitragem é um mecanismo através do qual a resolução de uma questão, que é de interesse de duas ou mais pessoas, é submetida a uma ou outras pessoas – o árbitro ou árbitros – que derivam seus poderes de um acordo privado, e não da autoridade do Estado, e que devem proceder e decidir o caso dentro do escopo desse acordo. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999. p. 9).

² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 32-33.

³ Ibid., pp. 32-33.

Como se viu, a arbitragem e o processo estatal colocam-se, por vezes, em oposição à negociação, mediação e conciliação. Isso ocorre, pois aqueles mecanismos são caracterizados como métodos heterocompositivos de solução de disputas, nos quais um terceiro impõe sua decisão aos litigantes, enquanto no outro extremo (autocomposição) as partes são meramente auxiliadas a solucionar a sua controvérsia.⁴

Há, no entanto, diferenças relevantes entre os métodos heterocompositivos de resolução de conflitos. A principal delas, possivelmente, pode ser extraída do próprio trecho colacionado acima. Ao contrário da inafastável e inevitável jurisdição estatal, a outorga de poderes aos árbitros ocorre por força de um contrato, isto é, do próprio exercício da autonomia das partes de optarem por tirar das mãos do Estado a apreciação de eventual litígio.⁵

É por isso que se chama atenção para o caráter consensual e facultativo da arbitragem, sendo indispensável a presença da vontade das partes de afastarem a soberana jurisdição estatal. Para João Batista Lopes, “*a solução de controvérsias por esse meio só deve ser admitida quando expressa e inequivocadamente convencionada pelas partes*”.⁶

1.2. A convenção de arbitragem

Conforme já adiantado, é através da celebração de um negócio jurídico que há a legitimação da jurisdição do tribunal arbitral e a derrogação da jurisdição estatal. Não por outro motivo, Redfern e Hunter definem esse acordo para arbitrar – a convenção de arbitragem – como a pedra basilar da arbitragem internacional.⁷

⁴ LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios Aplicáveis à Arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 28.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 137.

⁶ LOPES, João Batista. “Arbitragem: natureza, requisitos e eficácia da cláusula compromissória”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 47. 2015. p. 2.

⁷ “*The agreement to arbitrate is the foundation stone of international arbitration.*” BLACKABY, Nigel; et al. Agreement to arbitrate. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 6. ed. Kluwer Law International, 2015. p. 71.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Art. 3º da Lei de Arbitragem proclama a convenção de arbitragem como verdadeira promessa de instituição de um juízo arbitral.⁸ Neste dispositivo, o negócio jurídico é gênero que se divide em duas espécies: a “cláusula compromissória” e o “compromisso arbitral”. Enquanto a primeira diz respeito ao negócio jurídico que prevê a submissão de um litígio futuro relacionado a uma relação contratual preexistente (Art. 4º da Lei de Arbitragem), o compromisso arbitral é celebrado com a intenção de sujeitar um conflito já em curso a um tribunal arbitral (Art. 9º da Lei de Arbitragem). A distinção mais notável entre os contratos reside, portanto, justamente no momento de sua celebração.⁹

Naturalmente, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral estarão sujeitos aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, previstos no Art. 104 do Código Civil. Por isso, além da vontade livremente manifestada – que, como se viu, é a base da arbitragem –, os contratantes devem se atentar à forma escrita do acordo e ser dotados de capacidade civil, conforme expressamente exige o Art. 1º da Lei de Arbitragem.

As consequências do descumprimento dos pressupostos de validade podem ser desastrosas. Mesmo em um cenário de menos extremismo, em que a convenção de arbitragem não é declarada nula, a redação patológica desse contrato pode obstar o prosseguimento saudável do procedimento arbitral, como bem pontuado por Felipe Vollbrecht Sperandio:

“O decurso harmonioso do processo arbitral está diretamente relacionado com a boa redação da convenção de arbitragem. Se a convenção de arbitragem não observar os requisitos legais, ao final, todo o processo arbitral pode desabar. Com isso em mente, não se pode subestimar a importância da convenção de arbitragem no estudo da arbitragem comercial.”¹⁰

Por mais que a atenção ao cumprimento dos requisitos formais da convenção de arbitragem não seja o foco do presente trabalho, este estudo se debruça sobre a prevenção de controvérsias que se instauram por força de eventuais lacunas na convenção de arbitragem. O caminho para a solução deste problema é mais simples do que parece: basta que as partes

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 79.

⁹ TIBURCIO, Carmen. “Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo”. **Revista de Processo**. v. 241. 2015. p. 1.

¹⁰ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. “Convenção de Arbitragem”. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 68.

exercitem a sua autonomia e delimitem, de antemão, questões que possivelmente serão enfrentadas durante o curso do procedimento arbitral.

1.2.1. A importância da autonomia da vontade das partes para a redação da convenção de arbitragem

Engana-se quem pensa que a necessidade do cumprimento de certos requisitos formais afasta o interesse pela via arbitral. Quando comparada com o Judiciário, a arbitragem permite que as partes criem um procedimento sob medida, feito especialmente para atender às peculiaridades do caso concreto.

É a partir do exercício da autonomia da vontade das partes (sempre ela), que mais um caro fundamento à arbitragem se revela: a flexibilidade do procedimento. A convenção de arbitragem será justamente um quadro em branco que, com exceção da necessária atenção aos requisitos de validade delimitados acima, pode ser livremente pintado pelos contratantes:

“A arbitragem, regida pela Lei 9.307/1996, tem como um de seus pilares a autonomia da vontade das partes. Isso permite que elas escolham não apenas o árbitro que solucionará o seu litígio, mas também as regras materiais e processuais que serão aplicadas pelo julgador privado. Também se admite que as partes alterem consensualmente regras procedimentais, definam quais meios de prova serão admissíveis no processo arbitral e em que ordem tais provas serão produzidas.”¹¹

Ou seja, as partes poderão, desde já, delimitar regras a serem observadas para a resolução de controvérsias, como a instituição arbitral a administrar o procedimento, a sede da arbitragem e as leis aplicáveis ao caso, como será explorado profundamente neste trabalho. A flexibilidade na escolha das regras de direito a serem obedecidas pelos árbitros, inclusive, é grande vantagem do procedimento arbitral quando em comparação ao Poder Judiciário. Isso porque o sistema jurídico brasileiro é bastante vacilante no que diz respeito à possibilidade das partes de submeterem sua relação à lei material de outro país, razão pela qual não são raras as vezes que

¹¹ AMARAL, Paulo Osternack. “Negócio jurídico processual e arbitragem”. In: MELO, Leonardo de Campos (coord.); BENEDUZI, Renato Resende (coord.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 270.

cláusulas contratuais nesse sentido são afastadas sob a justificativa de violarem a ordem pública, como prevê o Art. 2º, §1º da Lei de Arbitragem.¹²

Ao optarem pela arbitragem, os contratantes também terão a oportunidade de escolher câmaras arbitrais especializadas no seu mercado de atuação. Cite-se como exemplo a *London Maritime Arbitrators Association*, referência na resolução de disputas envolvendo Direito Marítimo e a *International Cotton Association*, especializada no gerenciamento de litígios no mercado internacional de algodão. Não há limites para a imaginação quando se procura otimizar a previsibilidade, eficiência e segurança procedimental e, ainda por cima, elevar o nível de *expertise* dos julgadores.¹³

1.2.2. O contrato e a cláusula compromissória

A lei pátria de arbitragem, ao seguir a tendência internacional, viabiliza a contratação das diversas obrigações mencionadas acima (regras de direito aplicáveis, número de árbitros que solucionarão a disputa, etc.) por entender que a cláusula compromissória “*é um contrato em si mesmo, independentemente de outros para existir ou subsistir*”.¹⁴

Esse enquadramento jurídico acarreta uma série de consequências. A mais relevante delas, prestigiada no Art. 8º da Lei de Arbitragem, é a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que está inserida. Essa ficção legal tem sua razão de ser, uma vez que a causa do contrato principal é completamente diversa daquela que levou as partes a optarem pelo juízo arbitral em primeiro lugar.¹⁵

Em função da coexistência de dois objetos diferentes – que não podem ser comparados hierarquicamente, esclareça-se desde logo –, a nulidade de um não pressupõe necessariamente a invalidade do outro. Se assim fosse, o contratante mal intencionado poderia esquivar-se

¹² CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., pp. 64-66.

¹³ BORN, Gary. **International commercial arbitration**. 3. ed. Kluwer Law International, 2021. pp. 85-86.

¹⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 133.

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 174.

facilmente da obrigação de submeter suas controvérsias à arbitragem, bastando que plantasse nulidades no contrato para que a cláusula compromissória fosse presumidamente inválida.¹⁶

Essa proteção garantida por lei permite que a vontade primitiva das partes – isto é, afastar a jurisdição estatal – seja respeitada mesmo diante de supostos vícios no contrato principal. Aliás, é por força da autonomia da cláusula compromissória e do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*¹⁷ que os próprios árbitros poderão decidir a respeito de eventual nulidade suscitada. É como entende o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO ESTATAL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Segundo a regra da *Kompetenz-Kompetenz*, o próprio árbitro é quem decide, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória, nos termos dos arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei nº 9.307/1996. 2. O caráter jurisdicional da arbitragem, decorrente da regra *Kompetenz-Kompetenz*, prevista no artigo 8º da lei de regência, impede a busca da jurisdição estatal quando já iniciado o procedimento arbitral, operando-se o efeito negativo da arbitragem previsto no art. 485, VII, do NCPC. 3. Na hipótese dos autos as informações prestadas pelo Juízo Arbitral dão conta de que, além de se pronunciar sobre a sua própria competência com a efetiva verificação da cláusula compromissória existente no contrato celebrado entre as partes, foi comprovada a alteração de sua denominação social com a juntada do documento respectivo. 4. Agravo interno não provido.”¹⁸

Importante mencionar que a separabilidade que reina entre a cláusula compromissória e o contrato também permite que aquela permaneça produzindo efeitos mesmo diante da rescisão (ou da tentativa de extinção) do instrumento em que está contida. Sob a mesma lógica anterior, incumbirá ao árbitro dirimir o litígio decorrente do contrato desfeito.¹⁹

¹⁶ DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. “Cláusula de arbitragem nos contratos comerciais internacionais, seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ”. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.). **Coleção Atlas de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

¹⁷ Tradução literal: Competência-competência.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Conflito de Competência nº 170.233/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília. 14/10/2020. **Diário de Justiça**. 19/10/2020.

¹⁹ STEINER, Renata Carlos. “Arbitragem e autonomia da cláusula compromissória”. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 31/2011. p. 5.

Por fim, – e aqui fica evidente a relevância do assunto para o presente trabalho – a autonomia da cláusula compromissória permite que ela seja regida por lei diferente daquela aplicável ao contrato, como o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de reconhecer.²⁰ Isso significa dizer que, na ausência de escolha expressa das partes, a lei contratual não regerà necessariamente a validade, escopo e interpretação da cláusula compromissória.²¹

Como se verá adiante, a possibilidade de aplicação de leis distintas a esses instrumentos é causa de infundáveis disputas. Por esse motivo, deve-se sempre incentivar as partes a selecionar a lei que regerà à cláusula compromissória de forma expressa e inequívoca.²²

1.3. Arbitragem doméstica e arbitragem internacional

Para os mais acostumados a submeter disputas ao Poder Judiciário, o qual certamente apreciará um desentendimento societário à luz do Código Civil e indeferirá um descabido pedido de produção de prova pericial baseando-se no Código de Processo Civil brasileiro, a interação entre leis de Estados diferentes pode soar confusa – quando não assustadora.

Como se verá adiante, a coexistência de diversos sistemas jurídicos em um mesmo procedimento é um grande indicativo de que se está diante de uma arbitragem internacional. Aspectos como esse revelam-se ferramentas úteis frente a cenários como o brasileiro, no qual a Lei de Arbitragem não diferencia expressamente a arbitragem doméstica da arbitragem internacional, sendo completamente alheia às peculiaridades deste tipo de procedimento.

Essa visão – chamada pela Doutrina de sistema monista – parece razoável quando adotada por países que são reconhecidos por suas regras sólidas no campo da arbitragem, o que paradoxalmente viabiliza o constante aprimoramento das leis para que estejam sempre

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada nº 11.106/EX. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília. 17/05/2017. **Diário de Justiça**. 21/06/2017. Confira-se, também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada nº 5.828/EX. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília. 19/06/2013. **Diário de Justiça**. 26/06/2013.

²¹ MARQUES, Ricardo Dalmaso. “A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional”. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 12. 2015. p. 17.

²² SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Op. cit., p. 77.

alinhadas à realidade de um mundo global e conectado. Infelizmente, esse não é o caso do Brasil.²³

Irmão caçula de Estados com centenas de anos de experiência no mundo arbitral, como a Inglaterra e a França, o Brasil mergulhou tardiamente na onda que prometia levar mais celeridade e simplicidade à solução de litígios. Basta notar que o procedimento arbitral somente foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição da Lei 9.307, em 1996. Como se não fosse suficiente, a Lei de Arbitragem foi submetida a uma verdadeira epopeia jurídica: a resistência para aceitação da lei foi tamanha que precisou ser declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2001, cinco anos após a sua edição.²⁴

Sem dúvidas, caberia uma postura mais cautelosa do legislador pátrio. Ao diferenciar a arbitragem internacional da doméstica, qualquer dúvida a respeito dos procedimentos específicos exigidos por uma arbitragem daquela natureza seria dirimida.

Diante dessa lacuna proposital, a Doutrina recorre a dois critérios principais para caracterizar um procedimento arbitral como doméstico ou internacional: o critério econômico e o critério jurídico.

Em relação a este último, entende-se que a arbitragem será internacional quando está em contato com mais de um ordenamento jurídico.²⁵ Carlos Alberto Carmona, citando Vigoriti, escreve que “*O caráter internacional da arbitragem deriva do fato de pertencerem as partes litigantes a Estados diversos (seja como cidadãos, seja como residentes) ou do fato de a relação controvertida desenrolar-se no território de Estados diversos.*”²⁶

O Superior Tribunal de Justiça adotou esse entendimento ao analisar um contrato que continha cláusula compromissória. Aspectos como a origem das partes e o local de celebração

²³ LEE, João Bosco. “A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional”. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 11. 2001. p. 1.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília. 12/12/2001. **Diário de Justiça**. 30/04/2004.

²⁵ LEE, João Bosco. Op. cit., p. 1.

²⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 28.

do instrumento foram decisivos para que a Corte Especial caracterizasse o contrato – e, conseqüentemente, o litígio que dele se originasse – como internacional:

“SENTENÇA ESTRANGEIRA JUÍZO ARBITRAL CONTRATO INTERNACIONAL ASSINADO ANTES DA LEI DE ARBITRAGEM (9.307/96).

1. **Contrato celebrado no Japão, entre empresas brasileira e japonesa, com indicação do foro do Japão para dirimir as controvérsias, é contrato internacional.**

2. Cláusula arbitral expressamente inserida no contrato internacional, deixando superada a discussão sobre a distinção entre cláusula arbitral e compromisso de juízo arbitral (precedente: REsp 712.566/RJ).

3. As disposições da Lei 9.307/96 têm incidência imediata nos contratos celebrados anteriormente, se neles estiver inserida a cláusula arbitral.

4. Sentença arbitral homologada.²⁷

O critério econômico, por sua vez, pode ser extraído da redação do Art. 1.504 do Código de Processo Civil francês, que esclarece que o procedimento arbitral terá caráter internacional quando os interesses do comércio internacional estiverem em jogo,²⁸ isto é, quando a matéria em disputa envolve operação econômica que pressupõe a circulação de bens, serviços ou capitais através das fronteiras, conforme leciona Philippe Fouchard.²⁹

O reflexo de encarar a natureza do procedimento arbitral sob essa perspectiva é que a jurisprudência francesa, por exemplo, considera irrelevante o fato de as partes eventualmente dividirem a mesma nacionalidade ou residirem em um mesmo país. A arbitragem será considerada internacional quando aspectos econômicos apontarem para esse sentido.

É o que se nota a partir da análise do caso *Thinet v. Labrely*³⁰, que envolveu duas sociedades de origem francesa que haviam celebrado um contrato para a construção de edifícios na Arábia Saudita. Para a Corte de Cassação francesa, a movimentação de capital para o exterior

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Sentença Estrangeira Contestada nº 349/JP, Relatora: Min. Eliana Calmon. 21/03/2007. Brasília. **Diário de Justiça**: 21/05/2007.

²⁸ “*Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”. Tradução livre: A arbitragem é internacional quando envolve os interesses do comércio internacional. (FRANÇA, Código de Processo Civil, Livro IV – A arbitragem, Art. 1.504. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006089134/#LEGISCTA000006089134. Acesso em: 25 ago. 2021).

²⁹ FOUCHARD, P; GAILLARD, E; GOLDMAN, B. **Traité de l'arbitrage commercial international**. Paris: Litec, 1996. p. 64.

³⁰ FRANÇA. Corte de Cassação. Primeira Câmara Cível. *Thinet v. Labrely*. Relatora: M. Camille Bernard. Paris. 08/03/1988.

foi fator determinante para apreciar a disputa à luz dos dispositivos do Código de Processo Civil francês atinentes à arbitragem internacional.

A valorização de um viés econômico em detrimento do critério jurídico também pode ser percebida na jurisprudência pátria. Ao julgar o Recurso Especial nº 616/RJ, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

“Não são apenas fatores geográficos ou relativos ao domicílio das partes que o caracterizam como contrato internacional, em oposição aos contratos internos, mas, sobretudo, a finalidade do contrato, ou seja, o transporte marítimo de país a país, portanto, transnacional, atividade econômica de apoio, principalmente, aos contratos de compra e venda entre pessoas de nacionalidades diversas, sujeitas a sistemas jurídicos diferentes, que acabam por vincular-se pela vontade das partes.”³¹

Diante da jurisprudência dividida a respeito do tema, caminhos que abraçam ambos os critérios – jurídico e econômico – parecem bem-vindos a fim de solucionar o impasse. Afinal, como afirma João Bosco Lee, “*as necessidades do comércio internacional e da própria arbitragem internacional requerem um sistema mais liberal.*”³²

Nesse sentido, a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL traz em seu Art. 1º, § 3º uma série de critérios alternativos para definir um procedimento arbitral internacional, como por exemplo: (i) a existência de partes com sedes comerciais em diferentes Estados; ou (ii) quando o local da arbitragem ou o local em que as obrigações serão cumpridas é situado em Estado distinto da residência das partes.³³ A alternatividade elimina-se, portanto, os pontos negativos de cada critério.

Como se viu, a internacionalidade da arbitragem pressupõe, na maioria das vezes, o diálogo entre leis de mais de um Estado. Provavelmente, o tribunal arbitral que apreciará um contrato doméstico será constituído e analisará a disputa a partir do que dispõe a lei brasileira. A coexistência de diferentes sistemas jurídicos em uma mesma arbitragem, por outro lado, traz

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 616/RJ, Relator: Min. Gueiros Leite. 24/04/1990. Brasília. **Diário de Justiça**: 13/08/1990.

³² LEE, João Bosco. Op. cit., p. 2.

³³ INTERNACIONAL. UNCITRAL Arbitration Rules. New York, 2006. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rulesrevised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021).

consigo grandes desafios aos árbitros, como a definição das leis aplicáveis à controvérsia quando ausente estipulação expressa.

CAPÍTULO II – LEIS APLICÁVEIS

Quem deu causa aos atrasos verificados em uma obra? Quem é o responsável pelos defeitos identificados em um produto? A resposta para esses questionamentos reside, na grande maioria das vezes, na análise dos fatos relatados pelas partes, sendo a lei mera coadjuvante no processo de convencimento do tribunal arbitral.

Assim como os árbitros solucionam uma disputa sem referirem-se detalhadamente à lei aplicável ao mérito do caso, também pode o tribunal arbitral acabar por ignorar a existência de regramentos que governam a sua própria existência e o procedimento por ele conduzido.³⁴

Essa realidade, no entanto, jamais pode levar à conclusão equivocada de que a arbitragem existiria em um “vácuo jurídico”, como advertem Redfern e Hunter.³⁵ Essa insinuação equivale a dispensar a exigência de uma lei governando um contrato, já que as partes da relação estabeleceriam suas próprias regras através do instrumento:

“It is often said that the parties to a contract make their own law, and it is, of course, true that, subject to the rules of public police and ordre public, the parties are free to agree upon such terms as they may choose. Nevertheless, agreements that are intended to have a legal operation (as opposed to a merely social operation) create legal rights and duties, and legal rights and duties cannot exist in a vacuum but must have a place within a legal system which is available for dealing with such questions as the validity application and interpretation of contracts, and, generally, for supplementing their express provisions.”³⁶

Assim, tal como um contrato, a arbitragem é necessariamente regida por regras de Direito, e a maioria das legislações e regulamentos de instituições arbitrais possibilita a escolha livre das leis materiais e processuais que governarão o procedimento.

³⁴ BLACKABY, Nigel; et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 6. ed. Kluwer Law International, 2015. p. 155.

³⁵ Ibid., p. 156.

³⁶ Tradução livre: Costuma-se dizer que as partes de um contrato fazem suas próprias leis, e é claro que, sujeito às regras de política pública e da ordem pública, as partes são livres para concordar com os termos que quiserem. No entanto, os acordos que se destinam a uma operação legal (em oposição a uma operação meramente social) criam direitos e deveres legais, e direitos e deveres legais não podem existir no vácuo, mas devem ter um lugar dentro de um sistema jurídico que está disponível para lidar com questões como a validade, aplicação e interpretação de contratos e, em geral, para complementar suas disposições expressas. (MCNAIR, 1957 apud BLACKABY, Nigel; et al. Ibid., p. 157).

O princípio da autonomia da vontade (*lex voluntatis*), que confere às partes o poder de estipular as leis aplicáveis a sua relação jurídica, está consagrado no Art. 2º, § 1º da Lei de Arbitragem³⁷ e, a título comparativo, no Art. 1.511 do Código de Processo Civil francês.³⁸

A redação ambígua da Lei de Arbitragem dificulta a sua interpretação. Há quem entenda que a liberalidade garantida pelo Art. 2º, § 1º se restringiria às leis de cunho processual, não sendo aplicável às leis materiais. Essa interpretação, no entanto, passa despercebida pela maioria dos arbitralistas brasileiros, que reconhece que “*o dispositivo legal comentado, ao referir-se no parágrafo primeiro a regras de direito, está-se reportando às regras de forma e de fundo*”.³⁹

Sujeitas as partes aos limites estabelecidos no Art. 2º, § 1º, portanto, poderão estabelecer as leis processuais e substanciais aplicáveis a sua relação jurídica, o que inclui a escolha de leis de outros Estados. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já emitiu sua opinião a respeito, reconhecendo a validade de cláusula compromissória que fixava o direito francês como legislação aplicável à controvérsia submetida ao juízo arbitral:

“1) arbitragem - constitucionalidade - contrato de agência contendo cláusula que impõe a resolução dos conflitos no juízo arbitral, segundo o direito francês - validade - inteligência do art. 2º da lei nº 9.307/96 - incidência do princípio da autonomia da vontade - 2) inépcia da inicial - ilegitimidade passiva - inoccorrência - inicial que preenche os requisitos legais - alegação de existência de contrato verbal de representação comercial - cabimento - recurso parcialmente provido. RELATÓRIO Cuida-se de agravo de instrumento tirado de r. decisão que, nos autos de ação de cobrança ajuizada pela agravada contra as agravantes, rejeitou as preliminares argüidas no sentido da prevalência do juízo arbitral, no sentido da inépcia da inicial e no sentido da ilegitimidade passiva da segunda delas. Em síntese, sustentam as agravantes que deve prevalecer a cláusula que no ajuste feito entre a primeira recorrente e a agravada, estabeleceu que os conflitos seriam resolvidos no juízo arbitral. Demais disso, insistem em que a inicial é confusa, cumulando pedidos indevidamente, e aduzem que a co-ré Total Energie do Brasil Ind. e Com. Ltda não

³⁷ “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.” (BRASIL, Lei nº 9.307/1996, Capítulo I – Disposições Gerais, Art. 2º, §1º, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 26 ago. 2021).

³⁸ “Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce.”. Tradução livre: O tribunal arbitral decidirá a controvérsia de acordo com as regras de direito que as partes tenham escolhido ou, na falta disso, de acordo com as que considerar convenientes. Leva em consideração, em todos os casos, as práticas comerciais. (FRANÇA, Código de Processo Civil, Livro IV – A arbitragem, Art. 1.511. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006089134/#LEGISCTA000006089134. Acesso em: 26 ago. 2021).

³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 64. Ver também: LEE, João Bosco. Op. cit., p. 3.

tem legitimidade para figurar no pólo passivo da relação, porque nada contratou com a autora. FUNDAMENTAÇÃO Sem embargo do respeito tributado a prolator, não pode subsistir a r. decisão recorrida. A questão relativa à constitucionalidade da lei de arbitragem (9.307/96) já foi alvo de várias apreciações judiciais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu não violar referida norma legal a Carta da República (Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5,206-7, procedente do Reino da Espanha). Referido comando legislativo não agride à regra do art. 5o, XXXV, da Constituição Federal, porque tal preceito não é de molde a impedir que as partes, em atenção ao desiderato que norteia seus interesses, possam renunciar a que eventual querela que entre elas venha a se instalar seja submetida à apreciação jurisdicional, sem se olvidar que qualquer delas poderá demandar, perante o Judiciário, a nulidade da cláusula compromissória. Quadrando a relação jurídica estabelecida entre os contratantes, de ajuste que se orienta exclusivamente em função da autonomia de suas vontades, é perfeitamente licito que prefiram ver os conflitos daí emergentes resolvidos no juízo arbitral. No caso dos autos, cuida-se de um contrato de agência celebrado entre a agravada e a primeira agravante, que em seu artigo 11 traz expressa a previsão de que quaisquer litígios decorrentes do ajuste serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Conciliação e de Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional (fl. 93). Bate-se a recorrida pelo descabimento da pretensão recursal alegando que a matéria deveria ser argüida através de exceção e não como preliminar da contestação. Diz, ainda, que a regra do art. 88 do CPC impõe que a questão seja submetida à Justiça Brasileira, até porque a obrigação era de ser cumprida em nosso país (arts. 8o e 9o da Lei de Introdução ao Código Civil). Assevera, mais, que a cláusula é inválida porque autoriza que a demanda seja resolvida à luz do direito francês. Sem razão, todavia. A matéria bem poderia haver sido agitada na contestação, já que verte incompetência absoluta, e, pois, improrrogável. Da letra do art. 88 do CPC não se há cuidar, porquanto não se instalou conflito entre autoridade judiciária brasileira e autoridade judiciária alienígena, seja em virtude de eleição de foro, seja em virtude do local do cumprimento da obrigação.⁴⁰

O processo de escolha de leis – sejam elas domésticas ou pertencentes a outros Estados – é de suma importância na arbitragem. Isso porque é possível identificar pelo menos cinco questões que serão regidas por leis próprias no âmbito de um mesmo procedimento.⁴¹

Ao que importa para o presente trabalho, abordaremos três delas: a lei aplicável ao mérito da controvérsia (*lex causae*), a lei da sede da arbitragem (*lex arbitri*) e, por fim, a lei aplicável à convenção arbitral.

2.1. *Lex causae*

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 7ª Câmara. Agravo de Instrumento 0026424-17.2002.8.26.0000. Relator: Des. Waldir de Souza José. São Paulo. 24/09/2002. **Diário de Justiça**: 04/10/2002.

⁴¹ BLACKABY, Nigel; et al. Op. cit., p. 157.

Como mencionado, um acordo com a intenção de criar relações jurídicas não existe em um vácuo legal. Ele será necessariamente erigido em um sistema denominado de lei substantiva ou lei material. Esse conjunto de dispositivos governará a interpretação e validade do instrumento, os direitos e obrigações dos contratantes e as consequências decorrentes de um eventual inadimplemento.⁴²

O escopo de incidência da lei material evidencia, por si só, a importância de uma escolha consciente e estratégica. Nesse sentido, a via arbitral revela-se atraente por permitir que os contratantes estipulem a lei material de qualquer Estado para a resolução da controvérsia, o que é de grande valia para disputas de caráter internacional.⁴³

Antes dessa importante concessão feita pela Lei de Arbitragem, que garante maior segurança aos contratantes e prestigia a vontade das partes, o contrato estaria sujeito à lei do país em que foi celebrado, conforme prevê o Art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁴⁴ Por isso, não eram raras as vezes que as partes viajavam ao exterior para assinar um contrato, seguras de que a lei do país estrangeiro governaria a sua relação.⁴⁵

Desde 1996, portanto, a opção pela arbitragem tem se tornado cada vez mais comum entre contratantes, já que representa um verdadeiro porto seguro para as partes que desejam submeter sua relação jurídica a uma lei específica.⁴⁶

Gozando desse benefício, as partes costumam considerar, ao escolher a lei que regerá a sua relação: “(i) *neutralidade*, (ii) *sofisticação*, (iii) *familiaridade com princípios internacionais do comércio e/ou* (iv) *evitar legislações ou regras que se mostram desfavoráveis ao tipo de negócio entabulado*”.⁴⁷

⁴² BLACKABY, Nigel; et al. Op. cit., p. 185.

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 65.

⁴⁴ “*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*” (BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Art. 9º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 27 ago. 2021).

⁴⁵ MUNIZ, Joaquim T. de Paiva; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. **Arbitration Law of Brazil: practice and procedure**. Nova Iorque: Juris Publishing, 2006. p. 34.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁷ MARQUES, Ricardo Dalmaso. Op. cit., p. 15.

Interessante notar que a maioria das legislações domésticas de arbitragem permite o julgamento por equidade, dispensando os árbitros da obrigação de proferir uma decisão com base na lei que governa o contrato. No caso da Lei de Arbitragem, essa possibilidade está prevista no Art. 2º, e a Doutrina entende que tal escolha deverá constar necessariamente na convenção de arbitragem.⁴⁸

Havendo essa previsão expressa, o tribunal arbitral poderá mitigar a severidade das regras de Direito ao entender que o caso concreto não foi previsto pelo legislador, quando a legislação aplicável for anacrônica ou porque a incidência da norma causaria injusto desequilíbrio entre as partes.⁴⁹ Há quem entenda, ainda, que esse tipo de convenção de arbitragem empoderaria os árbitros a ajustar o poder de barganha das partes, revisando termos expressos do contrato ou afastando obrigações impostas por lei.⁵⁰

Realisticamente, a arbitragem por equidade representa grandes riscos. Como se viu, o tribunal arbitral levará em consideração o próprio conceito de justiça, que pode ser diametralmente oposto à perspectiva das partes. Não por outro motivo, as estatísticas reunidas pela Corte de Arbitragem da CCI (Câmara de Comércio Internacional) entre os anos de 1987 e 2005 revelam que “o percentual máximo de arbitragens por equidade foi de 4%, e sua média tem se mantido abaixo de 1% dos casos desde o ano 2000 (exceto em 2002, quando teve 1,6%)”.⁵¹

Mesmo que a autorização para o julgamento por equidade não seja tão popular entre os contratantes, não se pode negar que é elemento particular do universo arbitral. Vejamos agora outra questão estranha ao processo judicial: a *lex arbitri*.

2.2. *Lex arbitri*

⁴⁸ VALLE, Martim Della. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. 2009. Tese (Doutorado) – Curso de Direito Internacional, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 46.

⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 65.

⁵⁰ MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. **Commercial Arbitration**. 2. ed. Edimburgo: LexisNexis Butterworths, 1989. p. 62.

⁵¹ VALLE, Martim Della. Op. cit., p. 328.

Por força do princípio da autonomia da vontade, as partes poderão desenhar previamente a arbitragem sobre a qual submeterão sua controvérsia, conforme demonstrado anteriormente. É justamente neste momento que os contratantes elegerão a sede da arbitragem – o centro de gravidade jurídico do procedimento – e definirão, se assim desejarem, mecanismos específicos para regular a disputa.

Para os fins deste trabalho, deixaremos de lado as discussões relativas à equivalência da *lex arbitri* à lei da sede da arbitragem e assumiremos que, ao fixar a sede da arbitragem, os contratantes também terão estabelecido, quando implicitamente, a *lex arbitri*.⁵²

Usualmente, arbitragens de natureza internacional desenrolam-se em país que é neutro em relação aos contratantes – isto é, nenhuma das partes possui residência ou sede naquele Estado e é local alheio a sua relação comercial. Isso significa dizer que a lei da sede da arbitragem (*lex arbitri*) diferirá, no geral, da lei que governa os aspectos materiais da controvérsia.⁵³

A lei da sede nada mais é do que um conjunto de regras que estabelece parâmetros externos à convenção de arbitragem para a condução do procedimento. Nesse contexto, o caso *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc.* pontua algumas questões que serão reguladas pela *lex arbitri*:

*“The law governing the arbitration comprises the rules governing interim measures (eg Court orders for the preservation or storage of goods), the rules empowering the exercise by the Court of supportive measures to assist an arbitration which has run into difficulties (eg filling a vacancy in the composition of the arbitral tribunal if there is no other mechanism) and the rules providing for the exercise by the Court of its supervisory jurisdiction over arbitrations (eg removing an arbitrator for misconduct).”*⁵⁴

⁵² BORN, Gary. Op. cit., p. 1.654.

⁵³ BLACKABY, Nigel; et al. Op. cit., p. 167.

⁵⁴ Tradução livre: A lei que rege a arbitragem compreende as regras que regem as medidas provisórias (por exemplo, ordens judiciais para a preservação ou armazenamento de bens), as regras que autorizam o exercício pelo Tribunal de medidas de apoio para auxiliar uma arbitragem que se deparou com dificuldades (por exemplo, preencher a composição do tribunal arbitral, se não houver outro mecanismo) e as regras que preveem o exercício pelo Tribunal de sua jurisdição de supervisão sobre arbitragens (por exemplo, remoção de um árbitro por má conduta). (REINO UNIDO. Divisão de Queen’s Bench (Corte Comercial). *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc.* Relator: Johan Steyn. Londres. j. 18/02/1991).

Como se vê, a lei da sede engloba questões procedimentais – como a constituição do tribunal arbitral –, mas não se restringe a tanto. A *lex arbitri* também lidará com as hipóteses de anulação de uma sentença arbitral e determinará se um litígio relacionado a direitos sobre patentes é arbitrável, por exemplo.⁵⁵

Essa dualidade torna necessária a distinção dos conceitos de *lex arbitri* e de lei processual aplicável à arbitragem. Esta última é definida como o grupo de normas a ser seguido pelo tribunal arbitral durante o curso da arbitragem, regulando, portanto, questões internas ao procedimento.⁵⁶ Por outro lado, a *lex arbitri* possui escopo mais amplo: engloba todas as provisões da legislação de um país relativas à arbitragem. No Brasil, a *lex arbitri* corresponde à Lei de Arbitragem.

A confusão entre os conceitos tem sua razão de ser. Muitas vezes, os dispositivos atinentes à arbitragem fazem parte do corpo de artigos que integra o código de processo civil de determinado país, como é o caso da França.

A bem da verdade, a discussão acaba restrita aos livros. Na prática, a lei do procedimento arbitral equivalerá à *lex arbitri*. Foram poucos (e controversos) os casos em que as partes elegeram leis procedimentais de país diferente da sede da arbitragem.⁵⁷

Fato é que, tal como ocorre com a lei aplicável ao contrato, a definição da sede da arbitragem e, por consequência, da *lex arbitri*, é de extrema relevância. Ao designar um país específico para servir como sede da arbitragem, os contratantes adentram no território daquele Estado e sujeitam-se a sua autoridade soberana, o que é capaz de gerar consequências imprevisíveis às partes.⁵⁸

É nesse contexto que o caráter transfronteiriço de uma arbitragem internacional se torna mera ficção. A interferência das cortes locais em um procedimento se verificará, por exemplo, quando a cláusula compromissória prever especificidades em relação à composição do tribunal

⁵⁵ BLACKABY, Nigel; et al. Op. cit., p. 175.

⁵⁶ POUURET; BESSON, 2007 apud MANGE, Flavia Fóz. **Processo arbitral transnacional: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem**. 2012. Tese (Doutorado) – Curso de Direito Internacional e Comparado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 18.

⁵⁷ BORN, Gary. Op. cit., p. 1.654.

⁵⁸ CARBONNEAU, Thomas E. **The law and practice of arbitration**. Nova Iorque: Juris Publishing Inc., 2004. pp. 43-44.

arbitral que colidem com a *lex arbitri*. Nesses casos, as cortes locais podem compelir as partes a respeitar as disposições da lei doméstica ou ainda declarar a nulidade do procedimento arbitral em razão de vícios na convenção de arbitragem, contrariando a autonomia privada tão cara à arbitragem.⁵⁹

2.3. Lei aplicável à convenção de arbitragem

Se alguma conclusão pode ser extraída das páginas que antecedem este tópico é a de que a convenção arbitral é o coração da arbitragem. Como afirmam Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kroll, este instrumento cumpre uma série de funções.⁶⁰ Em primeiro lugar, evidencia o consentimento dos contratantes de submeterem suas disputas ao foro arbitral. Segundo, estabelece a jurisdição do tribunal arbitral. E, por fim, é a fonte primária de poder dos árbitros.

Por consistir no alicerce de qualquer procedimento, a convenção de arbitragem é presumidamente válida. A Doutrina reconhece que esse princípio – se assim pudermos denominá-lo – é consagrado quando a legislação internacional reconhece a força executória do instrumento.⁶¹ É o que se depreende do Art. II.3 da Convenção de Nova Iorque, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 4.311/2002.⁶²

Mesmo assim, não são raras as vezes que são identificados potenciais vícios na convenção de arbitragem capazes de macular sua validade e, por conseguinte, procedimento arbitrais dela derivados. Foi o que ocorreu no caso destacado abaixo. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve sentença que declarou nula sentença arbitral diante do descumprimento dos requisitos do Art. 10 da Lei de Arbitragem pelo compromisso a ela relacionado, o que tornaria o instrumento nulo:

“APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. TÍTULO EXECUTIVO. NULIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. Termo de compromisso

⁵⁹ Ibid., p. 44.

⁶⁰ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. Op. cit., p. 100.

⁶¹ CHOI, Dongdoo. “Choice of law rules applicable for international arbitration agreements”. **Asian Arbitration Journal**. v. 11. 2015. p. 107.

⁶² “O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.” (BRASIL, Decreto nº 4.311/2002, Art. II.3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm Acesso em: 29 ago. 2021).

arbitral não atendeu aos requisitos do artigo 10 da Lei nº 9.307/96. As partes não foram regularmente qualificadas, o árbitro também não foi identificado e tampouco a matéria objeto da arbitragem está expressa no termo. Evidente nulidade do compromisso arbitral que enseja a nulidade da sentença arbitral, tal como dispõe o artigo 32, inciso I da Lei nº 9.307/96. Precedentes desta Corte. Sentença mantida. Recurso a que se nega seguimento, na forma do art. 557, caput, CPC.”⁶³

Consequências catastróficas como essa ressoam como um alarme nos ouvidos dos advogados mais desavisados. A fim de evitar a declaração de nulidade de um procedimento arbitral, a existência de um acordo válido para arbitrar deve ser apurada antes da instauração de qualquer arbitragem.⁶⁴ Esse passo preliminar será realizado à luz da lei aplicável à convenção de arbitragem.

Além de questões relacionadas à validade, a lei tratada neste tópico também governará o escopo e a interpretação da convenção de arbitragem. Pragmaticamente, o conjunto de dispositivos aplicáveis determinará se o tribunal arbitral possui jurisdição para julgar determinado assunto e, em caso negativo, se as cortes locais deverão suspender o procedimento; a possibilidade de concessão de medidas acautelatórias a uma das partes; a validade e exequibilidade de uma sentença arbitral e outras matérias de suma importância ao procedimento.⁶⁵

O quadro abaixo, traduzido da tabela elaborada por Maxi Scherer, demonstra as principais questões que forçam as cortes judiciais a definirem a lei aplicável à convenção de arbitragem. Os duzentos casos analisados foram escolhidos aleatoriamente pela autora e indicam que aproximadamente 60% dos julgados envolvem discussões relacionadas à validade da convenção de arbitragem:

Tabela 1 – Quando a lei aplicável à convenção de arbitragem se torna relevante

Total de casos analisados	200	
Validade material da convenção de arbitragem	103	51,5%
Validade formal da convenção de arbitragem	14	7%
Escopo da convenção de arbitragem	36	18%

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível 0003764-75.2010.8.19.0054. Relatora: Des. Teresa de Andrade Castro Neves. 12/03/2012. Rio de Janeiro. **Diário de Justiça**: 20/02/2012.

⁶⁴ CHOI, Dongdoo. Op. cit., p. 106.

⁶⁵ SINGARAJAH, Frederico. “Has the English Court of Appeal changed its mind on the proper law of the arbitration agreement?” **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 67. 2020. p. 110.

Arbitrabilidade	33	16,5%
Extensão subjetiva da convenção de arbitragem	26	13%
Interpretação da convenção de arbitragem	7	3,5%

Fonte: SCHERER, 2021, apud AMIR, Ibrahim. “The proper law of the arbitration agreement: a comparative law perspective: a report from the CI Arb London’s branch keynote speech 2021”. **Kluwer Arbitration Blog**. 21 de maio de 2021. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/21/the-proper-law-of-the-arbitration-agreement-a-comparative-law-perspective-a-report-from-the-ci-arb-londons-branch-keynote-speech-2021/>. Acesso em: 15 set. 2021.

Assim, considerando que a lei aplicável à convenção de arbitragem poderá comprometer a execução da sentença arbitral e afetar a jurisdição e os poderes do tribunal arbitral, é imprescindível que as partes fixem expressamente o conjunto de dispositivos legais que governarão tais questões. Infelizmente, a realidade encontra-se bem distante disso.

Inobstante o crescimento desenfreado do instituto da arbitragem nos últimos anos, o estabelecimento de lei aplicável à convenção de arbitragem é exceção, e a Doutrina e jurisprudência ainda não chegaram a um acordo sobre o caminho a seguir diante dessa lacuna. É o que veremos adiante.

CAPÍTULO III – A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

3.1. Breve panorama da problemática

Como se pode perceber, diversas são as “leis aplicáveis” que se sobressaem na arbitragem internacional, de modo que se revela imprescindível a definição expressa dos regramentos que governarão as questões submetidas a um tribunal arbitral.

Contudo, nem sempre os contratos são redigidos seguindo as melhores técnicas. Soma-se isso ao fato de que, normalmente, os esforços dos advogados recairão sobre os termos econômicos, financeiros e comerciais do contrato, como explica Piero Bernardini.⁶⁶ O resultado não poderia ser outro: tendo em vista que a redação da cláusula compromissória é relegada para os últimos minutos antes do *sign off* – motivo pelo qual recebe o apelido de *midnight clause*⁶⁷ pela Doutrina – é frequente que não seja cuidadosamente pensada, o que pode criar sérios problemas quando uma disputa emerge.

Exemplo desse descuido, ou até mesmo da pressa em finalizar um acordo, é quando as partes deixam de estabelecer a lei aplicável à cláusula compromissória. Mesmo que haja consenso de que os contratantes são livres para fixar esse conjunto de regras, a escolha é quase sempre nebulosa ou inexistente. A prática é tão incomum que, dentre os *dos e dont's* apontados por Joaquim de Paiva Muniz, a eleição de lei aplicável à convenção arbitral é classificada como mero elemento opcional.⁶⁸

Nem poderia se esperar diferente. A maioria dos modelos de cláusulas compromissórias disponibilizada pelas instituições arbitrais não contém menção expressa à lei aplicável ao instrumento. É o caso, por exemplo, da cláusula modelo da Câmara de Comércio Internacional, que apresenta a seguinte redação:

⁶⁶ BERNARDINI, Piero. “The arbitration clause of an international contract”. **Journal of International Arbitration**. v. 9. 1992. p. 45.

⁶⁷ Tradução livre: cláusula da meia-noite. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. “Cláusula compromissória: aspectos contratuais”. **Revista do Advogado**. n. 116. 2012. p. 15)

⁶⁸ MUNIZ, Joaquim de Paiva. “Visão prática da elaboração da cláusula arbitral”. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; MENDES, Lucas Vilela dos Reis da Costa (coord.). **Práticas de arbitragem: técnicas, agentes e mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2021.

“Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento.”⁶⁹

Basta uma rápida leitura para notar que não há qualquer menção à indicação da lei aplicável à cláusula compromissória. Nem mesmo nas diretrizes para redação e adaptação do modelo a instituição mencionou essa possibilidade.⁷⁰

Mesmo diante da inegável subutilização desse recurso, não há fundamentos que justifiquem o incentivo à manutenção desse *status quo*, principalmente porque a lei aplicável à cláusula compromissória não equivale necessariamente à lei que governará o contrato em que está inserida.

Como pontuado anteriormente, o princípio da separabilidade da cláusula compromissória possibilita que ela seja regida por lei diversa daquela aplicável ao contrato principal. Afinal, a cláusula compromissória trata da obrigação das partes de solucionar disputas conforme procedimentos específicos, em local determinado e seguindo regramentos próprios da sede da arbitragem. Por outro lado, o contrato subjacente envolve obrigações das partes de executarem determinados atos (entregar produtos, prestar serviços, etc) em um lugar estabelecido.

Muitas vezes, os locais de performance dessas obrigações sequer coincidem, de modo que se revela despropositada a tentativa de estender a lei aplicável ao contrato à cláusula compromissória.⁷¹

Certamente, a escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem é tarefa mais complexa do que definir a lei aplicável ao contrato. Isso ocorre em razão dos diferentes efeitos da cláusula, que possuem efeitos materiais, como a obrigação das partes de submeter a controvérsia à

⁶⁹ Câmara de Comércio Internacional. Standard ICC Arbitration Clauses (Portuguese Version). Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/standard-icc-arbitration-clauses-portuguese-version/>. Acesso em: 5 set. 2021.

⁷⁰ “As partes são livres para adaptar a cláusula de acordo com as circunstâncias particulares. Por exemplo, podem querer estipular o número de árbitros, uma vez que o Regulamento de Arbitragem contém uma presunção em favor de um árbitro único. Pode ser desejável, também, que as partes estipulem o idioma e a sede da arbitragem e a lei aplicável ao mérito do litígio. O Regulamento de Arbitragem não limita a liberdade de escolha das partes quanto ao idioma e sede da arbitragem e à lei aplicável ao contrato.” Ibid.

⁷¹ BORN, Gary. Op. cit., p. 607.

arbitragem (efeito positivo da cláusula), e processuais, como a derrogação da jurisdição das cortes nacionais (efeito negativo da cláusula).⁷²

O desafio, que poderá ser submetido ao escrutínio de um tribunal arbitral ou de um juiz estatal, toma forma em diversos estágios do procedimento. É nesse contexto que Julian Lew anuncia que “quando” e “onde” as questões relativas à existência e validade da cláusula compromissória surgirão influenciará diretamente na escolha da lei aplicável à cláusula compromissória.⁷³

Cortes nacionais lidarão com o tema, por exemplo, quando uma das partes tentar discutir o mérito da controvérsia a partir da propositura de ação no Judiciário e a parte contrária invocar a existência de uma cláusula arbitral válida impedindo que disputas sejam submetidas aquele foro. Ou, ainda, quando uma sentença arbitral tiver sido prolatada e a parte vencida buscar o seu reconhecimento no Judiciário.⁷⁴

No segundo cenário, haveria uma propensão muito maior a adotar uma lei que favorecesse o reconhecimento da validade da cláusula compromissória, uma vez que os litigantes já teriam dispendido tempo e altos custos para a resolução da controvérsia pela via arbitral, ao passo que, no primeiro cenário, o procedimento arbitral sequer teria sido instaurado.⁷⁵

Piero Bernardini também chama atenção para a interferência das etapas do procedimento na escolha da lei aplicável à cláusula compromissória.⁷⁶ Para o autor, as cortes locais deverão seguir o comando do Art. V.1.a da Convenção de Nova Iorque⁷⁷, que aponta para a análise da validade da cláusula através da lei escolhida pelas partes ou, na sua ausência, da lei da sede da

⁷² BERNARDINI, Piero. “Arbitration clauses: achieving effectiveness in the law applicable to the arbitration clause”. BERG, Albert Jan Van Den (ed). **Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention**. v. 9. 1999. p. 200.

⁷³ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. Kluwer Law International, 2003. p. 110.

⁷⁴ Ibid. p. 111.

⁷⁵ Ibid. p. 111.

⁷⁶ BERNARDINI, Piero. Op. cit., p. 200.

⁷⁷ “as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida;” (BRASIL, Decreto nº 4.311/2002, Artigo V.1.a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm Acesso em: 4 set. 2021).

arbitragem, quando estiverem diante de um pedido de reconhecimento ou execução de sentença arbitral. Em outros casos, como o primeiro cenário exposto acima, as cortes poderão seguir as regras de conflito de leis do foro em que se situam a fim de determinar a lei aplicável.⁷⁸

O tribunal arbitral enfrentará esse desafio de modo diferente. Embora esteja vinculado a um suposto dever de assegurar a exequibilidade da sentença arbitral proferida, exercido à luz da Convenção de Nova Iorque,⁷⁹ a verdade é que ele não é vinculado às diretrizes de convenções e, muito menos, pode ser compelido a seguir as regras de conflito de leis de qualquer foro, já que não faz parte de um órgão estatal.⁸⁰ A consequência disso é que diferentes caminhos têm sido utilizados para a apuração da lei aplicável, sem que exista uma diretriz clara sobre como proceder diante de desafios como esse.

Não por outro motivo, a aleatoriedade é elemento marcante em decisões judiciais e arbitrais no que diz respeito à escolha da lei aplicável à cláusula compromissória. Na grande maioria das vezes, os julgadores simplesmente basearam suas escolhas na lei do contrato principal ou na lei da sede da arbitragem, sem que critérios bem definidos fossem utilizados como amparo.⁸¹

Foi nesse contexto que Peter Ashford chamou atenção para a decisão proferida pela Corte Comercial da Inglaterra e do País de Gales no caso *Peterson Farms Inc v. C&M Farming Ltd.* No julgamento, o juiz Langley assumiu que a lei do contrato seria aplicável à cláusula compromissória sem aludir-se a um método específico ou fundamentação legal.⁸²

⁷⁸ BERNARDINI, Piero. Op. cit., p. 200.

⁷⁹ Alguns regulamentos de instituições arbitrais, como é o caso da Câmara de Comércio Internacional, prestigiam esse dever: “*Em todos os casos não expressamente previstos no Regulamento, a Corte e o tribunal arbitral deverão proceder em conformidade com o espírito do Regulamento, fazendo o possível para assegurar que a sentença arbitral seja executável perante a lei.*” (International Chamber of Commerce Arbitration Rules, Portuguese Version, 2021. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>. Acesso em: 4 set. 2021).

⁸⁰ BERNARDINI, Piero. Op. cit., p. 201.

⁸¹ NUNES, Maria Rafaela Saadi. **Conflito de leis na arbitragem internacional: sobre a determinação da lei aplicável à cláusula arbitral.** 2019. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/maria_nunes.pdf. Acesso em: 1 set. 2021. p. 10.

⁸² ASHFORD, Peter. “The proper law of the arbitration agreement.” In: BREKOULAKIS, Stavros (ed.). **Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management.** London: Sweet & Maxwell, 2019. p. 283.

Em movimento contrário (e necessário), a jurisprudência e Doutrina vêm desenvolvendo uma multiplicidade de métodos para determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem, como a escolha da lei que possui a relação mais próxima e conectada ao acordo das partes e o princípio pró-validade, que serão esclarecidos adiante.⁸³ Para todos os fins, essas abordagens necessariamente culminarão na escolha da *lex causae* ou da *lex arbitri* para governar a convenção de arbitragem.

Inobstante o esforço da comunidade arbitral em pacificar tema de tamanha complexidade, ainda não se chegou a um consenso sobre qual opção seria a mais viável ou a mais correta. Essa insegurança colide frontalmente com os princípios da arbitragem. Como afirma categoricamente Gary Born, “*this confusion does not comport with the ideals of international commercial arbitration, which seeks to simplify, expedite and rationalize transnational dispute resolution.*”⁸⁴

A fim de ilustrar a controvérsia ainda existente a respeito do tema, apresenta-se, abaixo, tabela comparativa entre as decisões proferidas a respeito da lei aplicável à cláusula compromissória em diversas jurisdições, adaptada de quadro elaborado por Ricardo Dalmaso Marques.⁸⁵ Considerando a confidencialidade inerente à arbitragem, o foco da análise recaiu sobre decisões proferidas por cortes estatais.

Na sequência, os dados obtidos foram comparados e reproduzidos em gráfico ilustrativo. Concluiu-se que, no universo de dez casos estudados, a escolha pela *lex arbitri* é mais recorrente do que a da *lex causae*.

Essa conclusão é reiterada pelos resultados da pesquisa conduzida por Maxi Sherer, acima mencionada. Dentre as oitenta jurisdições analisadas, 51% dos países tendem a aplicar a lei da sede da arbitragem, enquanto 34% favorecem a lei do contrato.⁸⁶

⁸³ QIU, Diana. “A comparative analysis of the approaches used to determine the four laws of Commercial Arbitration”. In: BREKOULAKIS, Stavros (ed.). **Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management**. London: Sweet & Maxwell, 2020. p. 51.

⁸⁴ Tradução livre: esta confusão não condiz com os ideais da arbitragem comercial internacional, que visam simplificar, agilizar e racionalizar a resolução de disputas transnacionais (BORN, Gary. Op. cit., p. 508).

⁸⁵ MARQUES, Ricardo Dalmaso. Op. cit., p. 27.

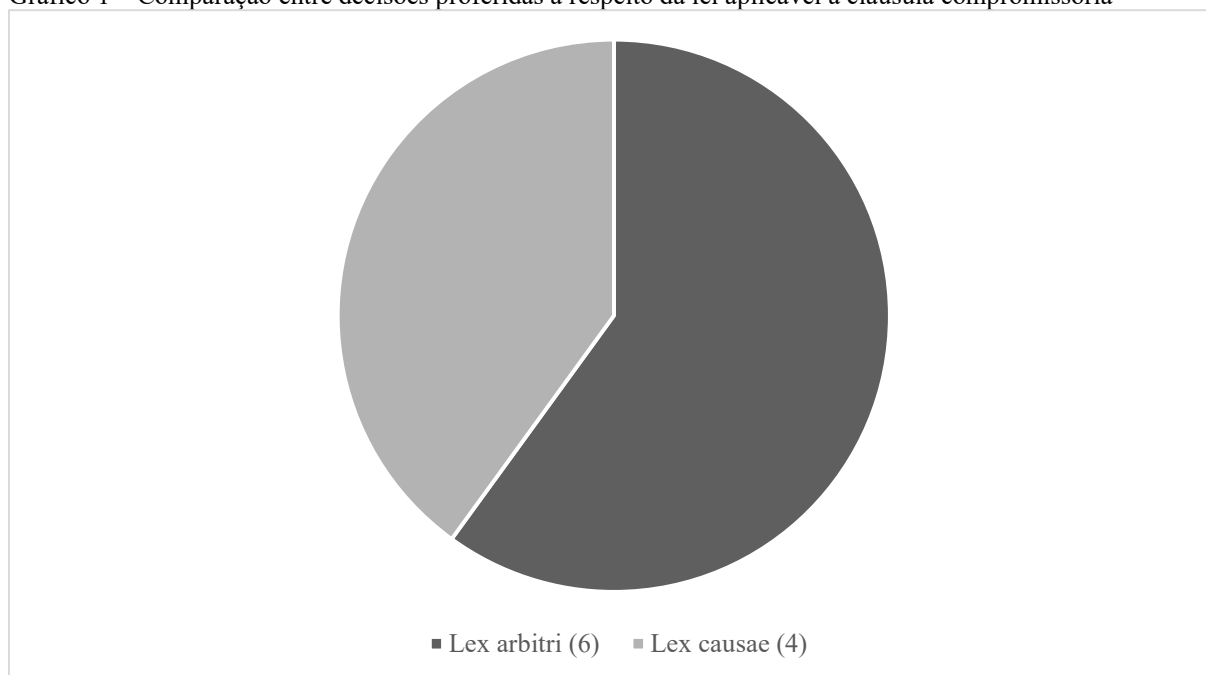
⁸⁶ SCHERER, 2021, apud AMIR, Ibrahim. Op cit., p. 2.

Tabela 2 – Decisões proferidas a respeito da lei aplicável à cláusula compromissória

Jurisdição	Caso e Ano	<i>Lex arbitri</i>	<i>Lex causae</i>	Decisão quanto à lei aplicável à cláusula compromissória
China	Zhangjiagang (2006)	Suíça	Chinesa	<i>Lex arbitri</i>
Índia	NTPC (1992)	Inglesa	Indiana	<i>Lex causae</i>
Índia	Sumitomo (1997)	Inglesa	Indiana	<i>Lex causae</i>
Reino Unido	C v. D (2007)	Inglesa	Norteamericana	<i>Lex arbitri</i>
Reino Unido	Arsanovia (2013)	Inglesa	Indiana	<i>Lex causae</i>
Reino Unido	Sulamérica (2013)	Inglesa	Brasileira	<i>Lex arbitri</i>
Reino Unido	XL Insurance (2015)	Inglesa	Norteamericana	<i>Lex arbitri</i>
Reino Unido	Enka (2020)	Inglesa	Russa	<i>Lex arbitri</i>
Singapura	Firstlink (2014)	Sueca	Regulamento da Câmara de Comércio de Estocolmo	<i>Lex arbitri</i>
Singapura	BCY v. BCZ (2016)	Singapurense	Norteamericana	<i>Lex causae</i>

Fonte: Elaborado pela autora (2021).

Gráfico 1 – Comparação entre decisões proferidas a respeito da lei aplicável à cláusula compromissória



Fonte: Elaborado pela autora (2021).

Vejamos, portanto, os diversos critérios e métodos utilizados pela jurisprudência e Doutrina a fim de determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem diante da omissão das partes.

3.2. Métodos empregados para escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem

O ponto de partida para resolução de questões referentes à convenção de arbitragem consiste em verificar se a lei que governaria o instrumento foi expressamente fixada. Caso as partes tenham sido aconselhadas por advogados cautelosos, familiarizados com os grandes problemas causados por pequenas omissões como essa, a convenção de arbitragem indicará a lei aplicável.⁸⁷ Embora digna de comemorações, essa hipótese não interessa ao presente trabalho.

Por outro lado, é a partir da constatação dessa inconveniente lacuna que se desenrolarão as próximas páginas.

3.2.1 Verificação da escolha implícita

Sem dúvidas, a abordagem mais tradicional para a escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem consiste em analisar a intenção das partes. Para tanto, cortes e tribunais arbitrais buscarão extrair a vontade dos litigantes a partir da análise de evidências referentes às negociações pré-contratuais, declarações emitidas pelas partes ou de qualquer outro indício que poderia acusar uma intenção conjunta de aplicar determinada lei à convenção de arbitragem.⁸⁸

Essa análise é bastante controversa. Afinal, a escolha implícita deverá seguir a lei da sede da arbitragem ou a lei aplicável ao contrato?

3.2.1.1 A *lex causae* como escolha implícita

⁸⁷ Abre-se um parêntese para que o curioso caso *Kabab-Ji S.A.L. v. Kout Food Group* seja relatado. Muito embora a cláusula compromissória não trouxesse especificamente uma lei própria, o juiz Michael Burton reconheceu – o que foi confirmado pela Corte de Apelação – que a definição da lei aplicável ao contrato representava uma escolha expressa de que a lei inglesa governaria todas as provisões contidas no instrumento, inclusive a cláusula compromissória. Isso se deu porque uma das cláusulas contratuais dispunha que “[t]his Agreement shall be governed by [English law]” (Tradução livre: esse contrato será regido pela lei inglesa) e, ao consultar o índice de termos definidos do instrumento, chegava-se à conclusão de que “contrato” significava todos os termos do instrumento, o que incluiria a cláusula compromissória nele contida. (REINO UNIDO. Corte de Apelação. *Kabab-Ji S.A.L. v. Kout Food Group*. Relator: Lorde Flaux. Londres. j. 20/01/2020).

⁸⁸ QIU, Diana. Op. cit., p. 58.

A presunção de que a *lex causae* se estende à convenção de arbitragem é construída a partir do seguinte pressuposto: quando as partes escolhem uma legislação específica para governar o contrato e se omitem quanto à lei aplicável à cláusula compromissória, a sua real intenção é que todo o contrato em questão – incluindo a convenção de arbitragem – seja regido por esta única lei. Essa a presunção é ainda mais forte quando se trata de uma cláusula compromissória, e não de um compromisso arbitral.⁸⁹

Em um primeiro momento, parece razoável adotar essa visão. Ora, não haveria motivo para que apenas uma das inúmeras cláusulas de um contrato fosse regida por lei especial – mesmo que essa cláusula em questão consistisse em uma cláusula compromissória.⁹⁰ É como entende Julian Lew:

“There is a very strong presumption in favour of the law governing the substantive agreement which contains the arbitration clause also governing the arbitration agreement. This principle has been followed in many cases. This could even be implied as an agreement of the parties as to the law applicable to the arbitration clause.”⁹¹

O racional por trás dessa corrente chama atenção: a presunção de extensão da lei aplicável ao contrato à convenção de arbitragem não violaria o princípio da separabilidade?

Para muitos autores, a resposta para esse questionamento é negativa. Isso porque o princípio da separabilidade busca primordialmente prevenir que a nulidade do contrato principal contamine a validade da cláusula compromissória, de modo que é incorreto assumir que os dois instrumentos devam ser tratados necessariamente de maneira isolada.⁹² É nesse sentido que Yves Derains observa que *“the autonomy of the arbitration clause and of the principal contract does not mean that they are totally independent one from the other, as evidenced by the fact that acceptance of the contract entails acceptance of the clause.”⁹³*

⁸⁹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. Op. cit., p. 222.

⁹⁰ BLACKABY, Nigel; et al. Op. cit, p. 159.

⁹¹ Tradução livre: Há uma presunção muito forte a favor da lei que rege o contrato que contém a cláusula compromissória. Este princípio foi seguido em muitos casos. Isso poderia até mesmo consistir em um acordo implícito das partes quanto à lei aplicável à cláusula compromissória. (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. Op. cit., p. 111).

⁹² GOH, Nelson; MILES, Wendy. “A principled approach towards the law governing arbitration agreements.” In: KAPLAN, Neil; MOSER, Michael J. (eds.). **Jurisdiction, admissibility and choice of law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles**. Kluwer Law International, 2018.

⁹³ Tradução livre: a autonomia da cláusula compromissória e do contrato principal não significa que sejam totalmente independentes entre si, como atesta o fato de que a aceitação do contrato implica a aceitação da cláusula.

A presunção a favor da *lex causae* é ainda mais relevante quando se está diante de uma cláusula escalonada. Por meio desse tipo de instrumento, as partes estarão obrigadas a seguir etapas pré-determinadas antes de resolver a disputa por meio de arbitragem. Deverão, por exemplo, negociar em boa-fé e instaurar um procedimento de mediação antes que um tribunal arbitral possa julgar a controvérsia.

Considerando que esses degraus (etapas) fazem parte de uma mesma escada (cláusula) é difícil conceber que a obrigação de negociar seria regida por lei distinta daquela que governa o contrato principal, por exemplo.⁹⁴

Por esses motivos, a *lex causae* é, sob um viés histórico, a lei escolhida pelos julgadores para governar a convenção de arbitragem. Muitos foram os casos – principalmente aqueles submetidos à jurisdição inglesa – que assim decidiram.⁹⁵

Aqui, merece destaque o *leading case*⁹⁶ *BCY v. BCZ*, que superou o entendimento adotado pela Suprema Corte de Singapura no julgamento do caso *First Link*, apenas dois anos antes.⁹⁷ Na ocasião, a Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre a jurisdição de um

(DERAINS, Yves. “Choice of the law applicable to the contract and international arbitration”. **The ICC International Court of Arbitration Bulletin**. v. 6. 1995. p. 16).

⁹⁴ GOH, Nelson; MILES, Wendy. Op. cit., pp. 388-389.

⁹⁵ A título de exemplo, veja: “*In the absence of exceptional circumstances, the applicable law of an arbitration agreement is the same as the law governing the contract of which it forms a part.*” Tradução livre: na ausência de circunstâncias excepcionais, a lei aplicável à convenção de arbitragem é a mesma que rege o contrato do qual ela faz parte. (REINO UNIDO. Corte Comercial da Inglaterra e do País de Gales. Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania. Londres. Relatora: Elizabeth Gloster. j. 04/11/2005); “*Where the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement to arbitrate contains no separate express choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract.*” Tradução livre: quando o contrato substantivo contém uma escolha expressa de lei, mas a cláusula compromissória não contém uma escolha expressa de lei própria, o contrato o último normalmente será regido pelo corpo da lei expressamente escolhido para reger o contrato substantivo. (REINO UNIDO. Corte Comercial da Inglaterra e do País de Gales. Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) v. Ferrell Int’l Ltd. Relator: Anthony Colman. Londres. j. 10/10/2001). “[T]here is the proper law which regulates the substantive rights and duties of the parties to the contract from which the dispute has arisen. Exceptionally, this may differ from the national law governing the interpretation of the agreement to submit the dispute to arbitration.” Tradução livre: existe a lei que regula os direitos e deveres das partes no contrato que deu origem ao litígio. Excepcionalmente, essa lei poderá diferir da lei que rege a interpretação do acordo para submeter a disputa à arbitragem. (REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. Channel Group v. Balfour Beatty Ltd. Londres. j. 21/01/1993).

⁹⁶ Tradução livre: caso paradigmático.

⁹⁷ A decisão da Suprema Corte no caso *BCY* marca uma abordagem distinta daquela tomada no caso *FirstLink*, em que restou decidido que a escolha implícita das partes se inclinava a favor da lei da sede da arbitragem. No entendimento do relator do caso *BCY*, o racional de que essa presunção se daria em razão da neutralidade da sede da arbitragem é equivocado. Isso porque, muito embora a lei procedimental da sede seja neutra, não há garantia

tribunal arbitral para decidir sobre a desistência de uma das partes de prosseguir com a celebração de um *Sale and Purchase Agreement* (SPA).⁹⁸ O argumento do requerido era justamente de que o tribunal arbitral não teria jurisdição sobre a causa em razão da não conclusão do contrato – o que justificaria a ausência de uma cláusula compromissória válida e vinculante.

Diante disso, a Suprema Corte precisou definir o sistema legal que regeria a controvérsia, uma vez que não houve escolha expressa da lei que governaria a cláusula compromissória. O embate travou-se entre as leis de Nova Iorque, aplicáveis ao contrato, e as leis de Singapura, local eleito como a sede da arbitragem.

Por meio de decisão extremamente elucidativa e didática, em que a Suprema Corte construiu a sua fundamentação através da análise de outros casos paradigmáticos, fixou-se o entendimento de que as leis de Nova Iorque – isto é, a *lex causae* – seriam aplicáveis à cláusula compromissória.

Ao adotar o método trifásico empregado pela Corte de Apelação Inglesa no caso Sulamérica (infra, p. 42), a Suprema Corte de Singapura situou o cenário na segunda fase do método, aplicada quando se constata uma escolha implícita de lei pelas partes:

“Where the contract stipulates that the “agreement” is to be governed by one system of law, the natural inference is that the parties intended for the express choice of law to govern all the clauses in the contract, including the arbitration agreement contained within.”⁹⁹

Considerando que a cláusula compromissória é normalmente negociada como parte do contrato principal e não de modo independente, a Suprema Corte esclareceu que a presunção de que ambos os instrumentos seriam regidos por um mesmo sistema legal só deve ser

de que a lei contratual – que seria aplicável à cláusula compromissória – seguiria a mesma premissa. (SINGAPURA. Suprema Corte. *BCY v. BCZ*. Relator: Steven Chong. Cidade de Singapura. j. 09/11/2016).

⁹⁸ Tradução livre: contrato de compra e venda de ações.

⁹⁹ Tradução livre: Onde o contrato estipula que o "acordo" deve ser regido por um sistema jurídico, a inferência natural é que as partes pretendiam a escolha expressa da lei para reger todas as cláusulas do contrato, inclusive a convenção de arbitragem nele contida. (SINGAPURA. Suprema Corte. *BCY v. BCZ*. Relator: Steven Chong. Cidade de Singapura. j. 09/11/2016).

descartada quando a lei do contrato invalidar a cláusula compromissória, em evidente flerte com o princípio pró-validade, tratado abaixo (infra, p. 46).

Novamente, esse raciocínio esbarra com o princípio da separabilidade da cláusula compromissória. A Suprema Corte de Singapura, no entanto, afastou qualquer probabilidade de inquietação a partir de dois principais argumentos: primeiro, o objetivo precípua desse princípio é proteger a jurisdição do tribunal arbitral quando a validade da cláusula compromissória ou do contrato em que se insere é contestada. Segundo, o princípio serve para garantir a sobrevivência da convenção de arbitragem quando o contrato principal é declarado nulo.

Em suma, “*Resort need only be had to the doctrine of separability when the validity of the arbitration agreement itself is challenged.*”¹⁰⁰

Outra decisão que merece destaque foi proferida pela Suprema Corte do Reino Unido no caso *Arsanovia*.¹⁰¹ O contrato em questão era expressamente regido pela lei indiana e continha cláusula compromissória que previa a submissão de eventuais disputas a procedimento arbitral sediado em Londres.

O caso alcançou as cortes inglesas após a apresentação de impugnações às sentenças arbitrais pelos requerentes, por meio das quais alegaram que as disputas não seriam arbitráveis à luz da lei indiana – supostamente aplicável à cláusula compromissória. Como não havia indicação expressa do sistema legal que governaria o instrumento, o primeiro passo consistiu em investigar uma eventual escolha implícita das partes.

Nesse sentido, o relator reconheceu que a *lex causae* deveria ser considerada “*a strong pointer to their intention about the law governing the arbitration agreement*”.¹⁰² Esse entendimento ainda foi reforçado pelo fato de que as partes haviam convencionado a exclusão

¹⁰⁰ Tradução livre: Só é preciso recorrer à doutrina da separabilidade quando a validade da própria convenção de arbitragem é contestada. (SINGAPURA. Suprema Corte. *BCY v. BCZ*. Relator: Steven Chong. Cidade de Singapura. j. 09/11/2016).

¹⁰¹ REINO UNIDO. Suprema Corte. *Arsanovia Ltd e outros v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*. Relator: Andrew Smith. Londres. j. 20/12/2012.

¹⁰² Tradução livre: um forte indicador de sua intenção sobre a lei que rege a convenção de arbitragem. (REINO UNIDO. Suprema Corte. *Arsanovia Ltd e outros v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*. Relator: Andrew Smith. Londres. j. 20/12/2012).

de certos dispositivos da lei de arbitragem indiana na cláusula compromissória, o que foi considerado como um claro indicativo de que os contratantes desejavam, em contrapartida, a incidência da lei indiana às questões relativas ao instrumento.¹⁰³

A Suprema Corte também ponderou que a única circunstância contrária à escolha da lei indiana consistia na definição de Londres como sede da arbitragem. No entanto, tal fato não seria relevante o suficiente para afastar a presunção de que a *lex causae* se estenderia à cláusula compromissória.¹⁰⁴

Por fim, no julgamento do caso Enka, tratado abaixo (infra, p. 49), a Suprema Corte inglesa reconheceu expressamente a presunção de que a *lex causae* também governaria a cláusula compromissória.¹⁰⁵ Embora a decisão final tenha sido a favor da aplicação da *lex arbitri* pelos motivos expostos abaixo, vale ressaltar as justificativas que embasariam a dita presunção, elencadas didaticamente por Leonardo Ohlrogge e Rodrigo Salton Rotunno Saydelles:

“(i) segurança, uma vez que se assegura que a cláusula de escolha de leis rege o contrato por inteiro, (ii) consistência, pois apenas um ordenamento jurídico governará os direitos e as obrigações das partes, (iii) evita a complexidade e a incerteza que estão associadas à aplicação de múltiplos ordenamentos à mesma relação contratual, (iv) evita a artificialidade, porquanto a presunção de separabilidade é um conceito jurídico com o qual as partes não necessariamente estão familiarizadas e não ponderam quando das negociações e (v) coerência, haja vista que em linha com o tratamento dado a

¹⁰³ “[W]here parties have expressly excluded specific statutory provisions of a law, the natural inference is that they understood and intended that otherwise that law would apply. Therefore to my mind the reference to IACA in the arbitration agreement supports the claimants’ contention that the parties evinced an intention that the arbitration agreement should be governed by Indian law (except in so far as they agreed otherwise).” Tradução livre: Quando as partes excluíram expressamente disposições legais específicas de uma lei, a inferência natural é que elas entenderam e pretendiam que, de outra forma, essa lei se aplicaria. Portanto, a meu ver, a referência à IACA na convenção de arbitragem apoia a alegação dos requerentes de que as partes manifestaram a intenção de que a convenção de arbitragem fosse regida pela lei indiana (exceto na medida em que acordassem de outra forma). (REINO UNIDO. Suprema Corte. Arsanovia Ltd e outros v. Cruz City 1 Mauritius Holdings. Relator: Andrew Smith. Londres. j. 20/12/2012).

¹⁰⁴ GLICK, Ian. VENKATESAN; Niranjana. “Choosing the law governing the arbitration agreement”. In: KAPLAN, Neil; MOSER, Michael J. (eds.). **Jurisdiction, admissibility and choice of law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles**. Kluwer Law International, 2016. p. 136.

¹⁰⁵ REINO UNIDO. Suprema Corte. Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb. Relatores: Lordes Hamblen e Leggatt. Londres. 09/10/2020. Na decisão do julgado, ressalta-se: “Where the law applicable to the Arbitration agreement is not specified, a choice of governing law for the contract will generally apply to an arbitration agreement which forms part of a contract.” Tradução livre: Quando a lei aplicável à convenção de arbitragem não for especificada, a escolha da lei aplicável para o contrato geralmente se aplicará a uma convenção de arbitragem que faça parte de um contrato.

outras cláusulas, como a cláusula de lei aplicável e de eleição de foro, que são cláusulas que também podem ser “isoladas” do restante do contrato.”¹⁰⁶

Analisando o recorte da jurisprudência colacionado acima, extraem-se os principais elementos que são considerados pelos julgadores ao aplicar a lei do contrato à cláusula compromissória. Em primeiro lugar, deve-se apurar se há provisões no contrato que indiquem uma intenção implícita nesse sentido. Em segundo lugar, deve-se ponderar a vontade das partes frente ao princípio da separabilidade, uma vez que as partes dificilmente levam em consideração que a cláusula compromissória poderia ser regida por lei distinta daquela que governará o contrato e que o objetivo primordial desse princípio é assegurar o seguimento da arbitragem diante de eventual invalidade do contrato principal. E, por fim, que a cláusula compromissória indubitavelmente possui uma relação instrumental com o contrato principal.¹⁰⁷

3.2.1.1 A *lex arbitri* como escolha implícita

Parcela da Doutrina e da jurisprudência reconhece que a ausência de definição expressa da lei aplicável à convenção de arbitragem pressuporia a escolha implícita da lei da sede da arbitragem para governar as questões atinentes ao instrumento. Essa premissa é uma máxima para Gary Born, que somente admite sua flexibilização quando a *lex arbitri* coloca em risco a validade da convenção de arbitragem (infra, p. 46).¹⁰⁸

É verdade que a maioria das decisões que apoiam a aplicação da lei da sede chegam a essa conclusão ao identificar que a *lex arbitri* é a lei mais próxima e conectada à cláusula compromissória, seguindo a perspectiva adotada no caso Sulamérica (infra, p. 42). Contudo, é necessário destacar os casos em que os julgadores levaram em consideração, principalmente, a vontade implícita das partes.

Primeiramente, essa presunção parte do pressuposto de que o contrato principal e a convenção de arbitragem podem ser regulados por leis distintas, já que são instrumentos autônomos. Essa possibilidade existe porque, na maioria das vezes, a intenção das partes é que

¹⁰⁶ OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Op. cit. p. 250.

¹⁰⁷ Ibid., p. 251.

¹⁰⁸ BORN, Gary. Op. cit., p. 537.

a lei aplicável ao contrato governe os aspectos comerciais da sua relação, e não questões relativas à resolução de eventuais disputas.

Afinal, soa irrazoável sujeitar a convenção de arbitragem – cujo principal objetivo é prever e delimitar o procedimento arbitral – a uma lei distinta da *lex arbitri*, que governa justamente o mesmo procedimento arbitral. É por esse motivo que a aplicação de duas leis diferentes à cláusula compromissória e ao procedimento pode representar insegurança jurídica e criar conflitos que contrariam os princípios da arbitragem e a intenção primordial das partes.¹⁰⁹

Esse foi o entendimento adotado pela Corte Comercial do Reino Unido no caso XL Insurance. Após a seguradora ter recorrido às cortes inglesas para garantir a observância da escolha da via arbitral pelo segurado, que havia ajuizado ação no Judiciário norteamericano, fez-se necessário apurar a lei aplicável à cláusula compromissória para analisar a validade e exequibilidade do instrumento contido na apólice firmada entre as partes, governada pelas leis de Nova Iorque.

Baseando-se na premissa de que a convenção de arbitragem pode ser regida por lei distinta daquela aplicável às demais obrigações contratuais,¹¹⁰ o relator do caso extraiu a intenção das partes a partir da referência expressa à lei de arbitragem inglesa na cláusula compromissória. Esse elemento foi decisivo para a escolha da *lex arbitri*, uma vez que a referida lei contava com dispositivos específicos sobre jurisdição arbitral.¹¹¹

No caso FirstLink, a Suprema Corte de Singapura precisou determinar a lei aplicável à cláusula compromissória, uma vez que as partes – como era de se esperar – não fixaram nenhuma escolha expressa. A investigação revelou-se necessária quando o requerente resistiu

¹⁰⁹ Ibid., p. 537.

¹¹⁰ “An arbitration clause in a contract is an agreement within an agreement [...] It is a general principle of English private international law that it is for the parties to choose the law which is to govern their agreement to arbitrate and the arbitration proceedings, and that English law will respect their choice”. Tradução livre: uma cláusula compromissória em um contrato é um acordo dentro de um acordo [...] É um princípio geral do direito internacional privado inglês que cabe às partes escolherem a lei que deve reger a convenção de arbitragem e o processo arbitral, e que a lei inglesa respeitará sua escolha. (REINO UNIDO. Corte Comercial. XL Insurance Ltd. v. Owens Corning. Londres. Relator: Toulson. 2000).

¹¹¹ NAZZINI, Renato. “The law applicable to the arbitration agreement: towards transnational principles”. *International and Comparative Law Quarterly*. 3. ed. v. 65. Julho, 2016. p. 8.

à submissão da controvérsia à Câmara de Comércio de Estocolmo, instituição arbitral eleita para administrar o procedimento, sob a justificativa de que a cláusula compromissória pactuada era inválida.¹¹²

O argumento do requerente baseava-se no fato de que as regras da Câmara de Comércio de Estocolmo – curiosamente escolhidas para governar o contrato principal – aplicavam-se à cláusula compromissória, o que invalidaria o instrumento tendo em vista o caráter puramente procedimental dos dispositivos contidos no regulamento institucional.

A partir disso, a Suprema Corte apropriou-se do *three stage inquiry*¹¹³, consagrado pelo caso Sulamérica (infra, p. 42), para identificar a lei aplicável à cláusula compromissória. A conclusão da corte, no entanto, foi diametralmente oposta: a intenção das partes, na realidade, estaria voltada para a aplicação da mesma lei da sede da arbitragem à cláusula compromissória, rejeitando o entendimento da Corte de Apelação inglesa de que as partes normalmente desejam que apenas um sistema legal governe a cláusula compromissória e as demais obrigações contidas no contrato.¹¹⁴

Isso se deve ao fato de que, quando uma disputa emerge, os litigantes dariam preferência a uma lei de caráter neutro para governar o procedimento arbitral, conforme se depreende do trecho colacionado abaixo:

“There can therefore be no natural inference that commercial parties would want the same system of law to govern these two distinct relationships. The natural inference would instead be to the contrary. When commercial relationships break down and parties descend into the realm of dispute resolution, parties’ desire for neutrality comes to the fore; the law governing the performance of substantive contractual

¹¹² SINGAPURA. Suprema Corte de Singapura. FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd. Relator: Shaun Leong Li Shiong AR. Cidade de Singapura. j. 19/06/2014.

¹¹³ Tradução livre: investigação de três etapas.

¹¹⁴ “*Notwithstanding so, this court takes the view that it cannot always be assumed that commercial parties want the same system of law to govern their relationship of performing the substantive obligations under the contract, and the quite separate (and often unhappy) relationship of resolving disputes when problems arise. In fact, the more commercially sensible viewpoint would be that the latter relationship often only comes into play when the former relationship has already broken down irretrievably.*” Tradução livre: Não obstante, esta corte considera que nem sempre pode ser assumido que as partes comerciais desejam o mesmo sistema de lei para reger as obrigações substantivas contidas no contrato e a relação separada (e muitas vezes infeliz) de resolução de litígios quando problemas surgem. Na verdade, o ponto de vista comercialmente mais sensato seria que o último relacionamento muitas vezes só entra em jogo quando o primeiro relacionamento já está irremediavelmente rompido (SINGAPURA. Suprema Corte de Singapura. FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd Op. cit., p. 8).

*obligations prior to the breakdown of the relationship takes a backseat at this moment (it would take the main role subsequently when the time comes to determine the merits of the dispute), and primacy is accorded to the neutral law selected by parties to govern the proceedings of dispute resolution.*¹¹⁵

Em conclusão, a Suprema Corte de Singapura aponta que o local eleito como sede da arbitragem é nada menos que o centro de gravidade jurídico do procedimento, imbuído de uma força magnética que justificaria a aplicação da respectiva lei à cláusula compromissória quando não há escolha expressa.¹¹⁶

Embora a lei da sede da arbitragem possa ser escolhida para governar a convenção de arbitragem a partir da apuração da vontade das partes há outras abordagens que culminam nesse mesmo resultado prático. Vejamos a seguir.

3.2.2. *Default rule*¹¹⁷

O Art. V.1.a. da Convenção de Nova Iorque prescreve regra padrão a ser aplicada quando as partes não escolheram – explicitamente e nem implicitamente – a lei que governará a convenção de arbitragem. A redação desse dispositivo não abre brecha para dúvidas: nessa hipótese, a lei aplicável corresponderá ao sistema legal do país em que a sentença arbitral foi prolatada, ou seja, a lei da própria sede da arbitragem.¹¹⁸

Evidentemente, a adoção dessa regra padrão encontra dificuldades práticas. É o caso, por exemplo, de convenções de arbitragem lacunosas, que deixam de indicar o local da sede do procedimento.¹¹⁹

¹¹⁵ Tradução livre: Portanto, não pode haver nenhuma inferência natural de que as partes comerciais iriam querer que o mesmo sistema de leis governe essas duas relações distintas. A inferência natural seria, em vez disso, o contrário. Quando as relações comerciais se rompem e as partes caem no reino da resolução de disputas, o desejo das partes por neutralidade vem à tona; a lei que rege o cumprimento das obrigações contratuais substantivas antes do rompimento da relação fica em segundo plano neste momento (assumiria o papel principal posteriormente, quando chegar a hora de determinar o mérito da disputa), e a primazia é concedida à lei neutra selecionada por partes para reger os procedimentos de resolução de litígios. (SINGAPURA. Suprema Corte de Singapura. *FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd*. Op. cit.).

¹¹⁶ OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Op. cit., pp. 3-4.

¹¹⁷ Tradução livre: Regra padrão.

¹¹⁸ “as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou” (BRASIL, Decreto nº 4.311/2002. Op. Cit.).

¹¹⁹ MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. Op. cit., p. 63.

Mesmo assim, é inegável que o Art. V.1.a. da Convenção de Nova Iorque garante um porto seguro para as partes que navegam nas águas turbulentas da escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem – desde que a sede eleita seja signatária da referida convenção, obviamente. É nesse sentido que Gary Born afirma:

*“Relatedly, Article V(1)(a)’s default rule produces clear and easily-predictable results: in the overwhelming majority of all cases, the arbitral seat is either specified by the parties or clearly designated by the arbitral tribunal or institution. Application of the law of the arbitral seat presents none of the interpretive issues and uncertainties that result from a rule relying on the implied intent of general choice-of-law provisions.”*¹²⁰

É justamente por esse motivo que cortes e tribunais arbitrais vislumbram uma saída previsível e pouco controversa na regra padrão da Convenção de Nova Iorque. Esse foi o caminho escolhido pela Suprema Corte da Suíça ao julgar o caso *Insurance Company v. Reinsurance Company* em 1995.

Nesse caso, a definição da lei aplicável à convenção de arbitragem se mostrou necessária diante da discussão em torno do escopo objetivo do instrumento, já que a submissão dos contratos facultativos de resseguro à jurisdição arbitral era disputada.¹²¹

Assim, a Suprema Corte da Suíça determinou que a controvérsia deveria ser analisada à luz da lei da sede da arbitragem, fundamentando-se expressamente na regra padrão prevista no Art. V.1.a. da Convenção de Nova Iorque:

“For this reason, preliminary issues concerning the validity of an arbitration agreement may not be decided according to the lex fori. Hence, where the New York Convention applies, reference should be made, for all issues which concern the validity of an arbitration agreement and are not regulated by the Convention itself, to the law to be determined according to Art. V(1)(a) of the New York Convention. With the exception of the so-called subjective arbitrability (capacity to act, legal capacity and capacity to enter into agreements), for which the personal law applies, this means that the arbitration agreement must be examined ‘under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where

¹²⁰ Tradução livre: Da mesma forma, a regra padrão do Artigo V (1) (a) produz resultados claros e facilmente previsíveis: na esmagadora maioria de todos os casos, a sede da arbitragem é especificada pelas partes ou claramente designada pelo tribunal ou instituição arbitral. A aplicação da lei da sede da arbitragem não apresenta nenhuma das questões interpretativas e incertezas que resultam de uma regra baseada na intenção implícita de disposições gerais de escolha da lei. (BORN, Gary. Op. cit., p. 538).

¹²¹ SUÍÇA. Suprema Corte. *Insurance Company v. Reinsurance Company*. Lausanne. j. 21/03/1995.

the award was made'. On the basis of the arbitral clause in this case, the determining factor here is the arbitral seat in Stockholm, so that Swedish law must be applied to the issue of the scope of the clause."¹²²

A decisão acima privilegia os objetivos do procedimento arbitral e está em consonância com a ideia de que a convenção arbitral é um instrumento autônomo, distinto do contrato em que está inserida.¹²³ Essa visão também está presente em outras legislações de caráter transnacional, como a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL,¹²⁴ a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional¹²⁵ e de natureza doméstica, como as leis de arbitragem da Suécia¹²⁶ e Escócia.¹²⁷

¹²² Tradução livre: Por esse motivo, as questões preliminares relativas à validade de uma convenção de arbitragem não podem ser decididas de acordo com a *lex fori*. Portanto, onde a Convenção de Nova York se aplica, deve ser feita referência, para todas as questões que dizem respeito à validade de uma convenção de arbitragem e não são regulamentadas pela própria Convenção, à lei a ser determinada de acordo com o art. V (1) (a) da Convenção de Nova York. Com exceção da chamada arbitrabilidade subjetiva (capacidade de agir, capacidade jurídica e capacidade de celebrar contratos), para a qual se aplica o direito pessoal, isso significa que a convenção de arbitragem deve ser examinada “nos termos da lei que as partes a sujeitou ou, na falta de indicação, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida”. Com base na cláusula arbitral, neste caso, o fator determinante aqui é a sede arbitral em Estocolmo, de modo que a legislação sueca deve ser aplicada à questão do alcance da cláusula. (Ibid., p. 13).

¹²³ BORN, Gary. Op. cit., p. 535.

¹²⁴ Ao dispor que o reconhecimento e execução da sentença arbitral pode ser recusado: caso uma parte da convenção de arbitragem a que se refere o artigo 7 estava com alguma incapacidade; ou o referido acordo não é válido nos termos da lei a que as partes o sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação sobre o mesmo, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida (tradução livre). (INTERNACIONAL. UNCITRAL Arbitration Rules. Op. cit).

¹²⁵ Prevendo que, ao analisar a validade e existência de uma convenção de arbitragem, as cortes deverão examinar a validade do instrumento: nos termos da lei a que as partes tenham submetido a convenção de arbitragem; na falta de qualquer indicação, de acordo com a lei do país em que a sentença será proferida (tradução livre). (INTERNACIONAL. European Convention on International Commercial Arbitration. Genebra, 1961. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf. Acesso em: 11 set. 2021).

¹²⁶ “*If an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. If the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country where, in accordance with the parties’ agreement, the arbitration had or shall have its seat.*” Tradução livre: Se uma convenção de arbitragem tiver uma conexão internacional, o acordo será regido pela lei acordada pelas partes. Se as partes não chegarem a tal acordo, a convenção de arbitragem será regida pela lei do país onde, de acordo com o acordo das partes, a arbitragem teve ou terá sua sede. (SUÉCIA. Lei de Arbitragem. Seção 48. Disponível em: https://sccinstitute.se/media/1773096/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf. Acesso em: 11 set. 2021).

¹²⁷ “*Where the parties to an arbitration agreement agree that an arbitration under that agreement is to be seated in Scotland, but the arbitration agreement does not specify the law which is to govern it, then, unless the parties otherwise agree, the arbitration agreement is to be governed by Scots law.*” Tradução livre: quando as partes de uma convenção de arbitragem concordam que uma arbitragem nos termos desse acordo deve ter sede na Escócia, mas a convenção de arbitragem não especifica a lei que deve regê-la, então, a menos que as partes concordem em contrário, a convenção de arbitragem deve ser regido pela lei escocesa. (ESCÓCIA. Lei de Arbitragem. Artigo 6º. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1>. Acesso em: 11 set. 2021).

3.2.3. A lei mais próxima e conectada à convenção de arbitragem

O método trifásico estabelecido pelo Art. V.1.a. da Convenção de Nova Iorque ganhou adaptações pela jurisprudência inglesa. A partir do caso Sulamérica, possivelmente o julgado mais associado à presente discussão, passou-se a considerar a lei mais próxima e conectada à convenção de arbitragem (*closest and most real connection*) em vez da lei do local em que a sentença arbitral foi proferida, substituindo a terceira e última etapa a ser analisada para determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem. Contudo, não foram verificadas mudanças consideráveis. Via de regra, a lei da sede continua sendo aplicada ao final do método trifásico.¹²⁸

Comparativamente, a abordagem tratada neste tópico é mais flexível do que os critérios esclarecidos anteriormente, já que estes são baseados em um único fator.¹²⁹ A apuração da lei mais próxima e conectada à convenção de arbitragem, por outro lado, levará em consideração diversos elementos. Enquanto a *lex causae* pode ser considerada conectada à convenção de arbitragem caso o local de performance da obrigação principal seja extremamente importante para a relação contratual das partes, a *lex arbitri* também é conectada à convenção de arbitragem pois a sede é nada menos que o local em que a arbitragem será realizada.¹³⁰ No final, a determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem levará em consideração a lei que for mais próxima e que mais se conecte ao referido instrumento. No caso Sulamérica, a Corte de Apelação Inglesa considerou que a lei inglesa – a *lex arbitri* – assumia essa função.

O julgamento paradigmático orbitava em torno de duas apólices de seguros, por meio das quais três empreiteiras brasileiras (Enesa Engenharia S.A. e outras) contrataram com seis seguradoras (Sulamerica CIA Nacional de Seguros S.A. e outras) a cobertura dos riscos relacionados à construção da Usina Hidrelétrica de Jirau, em Rondônia.¹³¹

¹²⁸ QIU, Diana. Op. cit., p. 53.

¹²⁹ BORN, Gary. “The law governing international arbitration agreements: an international perspective”. **Singapore Academy of Law Journal**. v. 26. 2014. p. 830.

¹³⁰ CHOI, Dongdoo. Op. cit., p. 110.

¹³¹ REINO UNIDO. Corte de Apelação. Sulamerica CIA Nacional de Seguros S.A. e outros v. Enesa Engenharia S.A. e outros. Relator: Lorde Moore-Bick. Londres. j. 16/05/2012.

As apólices estabeleceram a lei brasileira como aplicável aos instrumentos, bem como indicaram que “*qualquer disputa [...] ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos Tribunais do Brasil*”.¹³² Contraditoriamente, as apólices também dispunham que as partes poderiam submeter eventual controvérsia à arbitragem sediada em Londres caso não obtivessem êxito no procedimento de mediação. Como esperado, a lei aplicável à cláusula arbitral não foi estipulada pelos contratantes.

A “luta de *anti-suit injunctions*”¹³³ iniciou-se quando as empresas seguradas ajuizaram ação perante o Tribunal de Justiça de São Paulo buscando impedir o prosseguimento do procedimento arbitral iniciado pelas seguradoras em Londres e a declaração de invalidade das convenções de arbitragem contidas nas apólices. Alguns dias depois, as seguradoras pleitearam, perante a Corte Comercial de Londres, uma ordem judicial com efeito inverso, a fim de impedir as empresas seguradas de dar continuidade à medida “antiarbitragem” proposta na corte paulista.

Ambos os tribunais decidiram a favor da sua própria jurisdição para apreciar as respectivas ações ajuizadas pelas partes. A disputa (ou melhor, a pré-disputa) deveria ser solucionada a partir da análise da validade e do escopo da cláusula compromissória à luz da lei a ela aplicável. Isso pressupunha, naturalmente, a determinação do sistema legal que regeria tais questões. Contudo, somente os tribunais ingleses construíram sua fundamentação com base na lei aplicável à convenção de arbitragem.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao reconhecer sua jurisdição para apreciar o caso em questão, confirmou a liminar que havia determinado a suspensão do procedimento arbitral instaurado em Londres e entendeu que a anuência das seguradas era requisito essencial para a validade da cláusula compromissória. Ao assim entender, a 6ª Câmara de Direito Privado não fez qualquer alusão à lei que regeria tal instrumento, pressupondo que o ordenamento brasileiro seria aplicável à cláusula:

¹³² PERETTI, Luiz Alberto Salton. “Caso Jirau: decisões na Inglaterra e no Brasil ressaltam métodos e reações distintas na determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem”. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 10. n. 37. p. 31.

¹³³ Tradução livre: ordem antiprocesso. (MARQUES, Ricardo Dalmaso. Op. cit., p. 20).

“Contudo, bem analisada e avaliada a questão, constata-se que a Cláusula 12, contra tudo o que foi dito pelas agravadas, não pode e não deve prevalecer em virtude de relevante motivo: não goza da anuência expressa de uma das partes, como exige o § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/1996. No mesmo sentido, o art. 44 da Circular Susep nº 256/2004, que expressamente dispõe que a cláusula deverá “estar redigida em negrito e conter a assinatura do segurado, na própria cláusula ou em documento específico, concordando expressamente com sua aplicação” (inciso I) e conter a informação de que “é facultativamente aderida pelo segurado” (inciso II, alínea a). E também, por que sua razão de ser (a mediação e a arbitragem) está de mãos atadas com a previsão nela contida, ou seja, ela se justificaria na hipótese de divergência em torno do “montante a ser pago sob esta apólice.”¹³⁴

Do outro lado do mundo, a Corte de Apelação julgava a apelação interposta contra decisão que confirmou a ordem judicial proferida anteriormente pela Corte Comercial, que procurava suspender a ação ajuizada em território brasileiro. No âmbito do recurso interposto, argumentou-se que não somente a lei brasileira era mais conectada ao instrumento, como também refletia a escolha implícita das partes. As seguradoras alegaram que (i) o sistema legal brasileiro regia as obrigações materiais da apólice; (ii) as cortes brasileiras possuíam jurisdição exclusiva sobre as disputas relacionadas aos contratos; (iii) o objeto da apólice consistia em hidroelétrica localizada no Brasil; (iv) o câmbio das apólices era o Real; e (v) os contratos foram redigidos em português.¹³⁵ De acordo com as apelantes, todos esses elementos comprovavam que a lei brasileira era mais conectada à cláusula compromissória contida nas apólices.¹³⁶

Esses argumentos foram rejeitados pela Corte de Apelação, que embora tenha ressaltado que apenas excepcionalmente a lei aplicável à convenção de arbitragem não seria regida pela lei do contrato, entendeu que o caso concreto fugia da regra geral com base em três fatores principais.

Primeiramente, a escolha da sede da arbitragem em Londres sugere que “*the parties intended English law to govern all aspects of the arbitration agreement, including matters*

¹³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 6ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento 0304979-49.2011.8.26.0000. Relator: Des. Paulo Alcides. São Paulo. 19/04/2012. **Diário de Justiça**. 22/04/2012.

¹³⁵ SINGARAJAH, Frederico. Op. cit., p. 115.

¹³⁶ Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Arnaldo Wald, Ana Gerdau de Borja e Máira de Melo Vieira: “Além disso, a nulidade da cláusula compromissória em razão da inexistência de consentimento à arbitragem pode ser considerada matéria de ordem pública e, portanto, óbice ao reconhecimento da futura sentença arbitral no Brasil - o que, certamente, era de pleno conhecimento das partes quando da celebração do contrato. À luz desses fatores, e considerando a inexistência de disposição contratual expressa a esse respeito, poder-se-ia entender que a lei brasileira é aquela que apresenta ligação mais próxima com a disputa, podendo-se concluir que as partes pretenderam aplicá-la a todo o complexo de suas relações contratuais, inclusive à cláusula arbitral.” (WALD, Arnaldo; BORJA, Ana Gerdau de; VIEIRA, Máira de Melo. “A posição dos tribunais brasileiros em matéria de arbitragem no último biênio (2011-2012).” **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 35. 2012. p. 7).

touching on the formal validity of the agreement and the jurisdiction of the arbitrators”.¹³⁷ Em segundo lugar, a Corte de Apelação reconheceu que eventual eleição da lei brasileira pelas partes culminaria na inoperabilidade da cláusula compromissória, já que permitiria a instauração da arbitragem apenas a critério das seguradas, invalidando o procedimento arbitral instaurado pelas seguradoras. Em outras palavras: *“The possible existence of a rule of Brazilian law which would undermine that position tends to suggest that the parties did not intend the arbitration agreement to be governed by that system of law.”*¹³⁸

Por fim, a Corte de Apelação concluiu suas razões reconhecendo que a lei inglesa era mais próxima e conectada à convenção de arbitragem, rejeitando a alegação dos recorrentes em sentido contrário:

*“One then has to consider with what system of law the agreement has the closest and most real connection. Although Mr. Wolfson submitted that the agreement has a close and real connection with the law of Brazil, being the law governing the substantive contract in which the arbitration agreement itself is embedded, I think his argument fails adequately to distinguish between the substantive contract and the system of law by which it is governed. No doubt the arbitration agreement has a close and real connection with the contract of which it forms part, but its nature and purpose are very different. In my view an agreement to resolve disputes by arbitration in London, and therefore in accordance with English arbitral law, does not have a close juridical connection with the system of law governing the policy of insurance, whose purpose is unrelated to that of dispute resolution; rather, it has its closest and most real connection with the law of the place where the arbitration is to be held and which will exercise the supporting and supervisory jurisdiction necessary to ensure that the procedure is effective. Its closest and most real connection is with English law. I therefore agree with the judge that the arbitration agreement is governed by English law.”*¹³⁹

¹³⁷ Tradução livre: as partes pretendiam que a lei inglesa regesse todos os aspectos da convenção de arbitragem, incluindo questões relativas à validade formal do acordo e à jurisdição dos árbitros. (REINO UNIDO. Sulamerica CIA Nacional de Seguros S.A. e outros v. Enesa Engenharia S.A. e outros. Op. cit., p. 9).

¹³⁸ Tradução livre: a possível existência de uma norma de direito brasileiro que prejudique essa posição tende a sugerir que as partes não pretendiam que a convenção de arbitragem fosse regida por esse sistema de direito. (Ibid., p. 9).

¹³⁹ Tradução livre: Deve-se então considerar com qual sistema de lei o acordo tem a conexão mais próxima e real. Embora o Sr. Wolfson tenha alegado que o acordo tem uma conexão estreita e real com a lei do Brasil, sendo a lei que rege o contrato substantivo em que a própria convenção de arbitragem está embutida, acho que seu argumento falha em distinguir adequadamente entre o contrato substantivo e o sistema jurídico pelo qual é governado. Sem dúvida, a convenção de arbitragem tem uma conexão estreita e real com o contrato do qual faz parte, mas sua natureza e finalidade são muito diferentes. Em minha opinião, um acordo para resolver disputas por arbitragem em Londres e, portanto, de acordo com a lei arbitral inglesa, não tem uma conexão jurídica estreita com o sistema jurídico que rege a apólice de seguro, cujo propósito não está relacionado ao da resolução de disputas; ao contrário, tem sua conexão mais próxima e real com a lei do lugar onde a arbitragem será realizada e que exercerá a jurisdição de apoio e supervisão necessária para assegurar que o procedimento seja eficaz. Sua conexão mais próxima e real é com a lei inglesa. Portanto, concordo com o juiz que a convenção de arbitragem é regida pela lei inglesa.

Embora o embate entre jurisdições tenha se encerrado em 2013, a partir da celebração de um acordo para dar um ponto final à frente judicial no Brasil, o caso Sulamérica estabeleceu um precedente vinculante no campo da escolha de lei aplicável à cláusula compromissória e se tornou um verdadeiro *leading case*¹⁴⁰ no assunto, popularizando o critério do *closest and most real connection*¹⁴¹, que foi empregado em diversos casos posteriores.

A fama do caso Sulamérica, no entanto, não o torna imune a críticas. De acordo com Sapna Jhangiani, o critério da lei mais próxima à cláusula compromissória produz resultados imprevisíveis e conflitantes. A possibilidade de basear uma decisão em elementos variados gera questionamentos relacionados a quais fatores devem ser priorizados, alimentando as incertezas que já gravitam em torno da definição da lei aplicável à convenção de arbitragem.¹⁴²

3.2.4. Princípio pró-validade

Recentemente, juízes e árbitros têm adotado caminho que promete soluções mais simples e menos arriscadas do que as alternativas demonstradas anteriormente. O princípio pró-validade, que tem Gary Born como seu maior precursor, sugere que seja aplicada a lei que garante a validade da convenção de arbitragem em vez daquela em que o instrumento é inválido. Ao assim dispor, o princípio baseia-se na autonomia da vontade das partes, uma vez que, indubitavelmente, os contratantes intencionaram celebrar uma convenção de arbitragem válida quando decidiram submeter disputas ao foro arbitral.¹⁴³

O princípio tem sua lógica de ser: na ausência de disposição contrária, o objetivo precípua das partes ao escolherem a arbitragem é celebrar um acordo válido e exequível – em vez de um mero pedaço de papel. Assim, invariavelmente, a lei aplicável é aquela que valoriza essa intenção primitiva.

¹⁴⁰ Tradução livre: caso paradigmático.

¹⁴¹ Tradução livre: conexão mais próxima e real.

¹⁴² JHANGIANI, Sapna. “Conflicts of law and International Commercial Arbitration – can conflict be avoided?” **BCDR International Arbitration Review**. v. 2. n. 1. 2015. p. 107.

¹⁴³ QIU, Diana. Op. cit., p. 64.

Isso significa dizer que a adoção do princípio pró-validade pode culminar na escolha da lei do contrato ou da lei da sede – a depender dos efeitos que cada uma delas pode gerar na convenção de arbitragem.¹⁴⁴

Além de simplificar o trabalho de escolha da lei aplicável, o princípio pró-validade é vantajoso por estar em consonância com a Convenção de Nova Iorque, conforme defende Gary Born. Quando o Art. V.1.a prevê que a convenção de arbitragem será válida “*nos termos da lei à qual as partes o [a] submeteram*”,¹⁴⁵ o dispositivo também abraça eventual escolha não expressa. Assim, o princípio da validade é categorizado como uma eleição implícita de lei pelas partes, restando ao julgador a tarefa de identificar a lei sob a qual o acordo é válido.¹⁴⁶

Nos últimos anos, um número considerável de sentenças arbitrais e decisões judiciais mencionaram o método em suas razões. No caso ICC nº 7154, por exemplo, a adoção do princípio foi justificada com base no fato de que “*an arbitral clause has a closer relationship to the law that upholds its existence than to the law that denies it*”.¹⁴⁷

Esse raciocínio também é identificado em algumas decisões judiciais. É o que se extrai, por exemplo, do julgamento do caso Enka (infra, p. 49), em que os lordes Hamblen e Leggatt fundamentaram a escolha da *lex arbitri* como lei aplicável à convenção de arbitragem baseando-se no fato de que:

*“The principle that contracting parties could not reasonably have intended a significant clause in their contract, such as an arbitration clause, to be invalid is a form of purposive interpretation, which seeks to interpret the language of the contract, so far as possible, in a way which will give effect to – rather than defeat – an aim or purpose which the parties can be taken to have had in view.”*¹⁴⁸

¹⁴⁴ BORN, Gary. Op. cit., p. 611. Nesse mesmo sentido: “*If the choice lies between two systems of law, under one of which the arbitration agreement would be invalid, this is a factor in favour of choosing the other.*” Tradução livre: se a escolha for entre dois sistemas de direito, em um dos quais a convenção de arbitragem seria inválida, este é um fator a favor da escolha do outro. (MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. Op. cit., p. 63).

¹⁴⁵ BRASIL, Decreto nº 4.311/2002. Op. cit.

¹⁴⁶ BORN, Gary. Op. cit. p. 615.

¹⁴⁷ Tradução livre: uma cláusula arbitral tem uma relação mais estreita com a lei que a sustenta do que com a lei que a nega. (Sentença arbitral. Câmara de Comércio Internacional. Caso nº 7154. 1994).

¹⁴⁸ Tradução livre: o princípio de que as partes contratantes não poderiam razoavelmente ter pretendido que uma cláusula significativa em seu contrato, como uma cláusula compromissória, fosse inválida é uma forma de interpretação intencional, que visa interpretar a linguagem do contrato, na medida do possível, em uma forma que levará a efeito – ao invés de derrotar – um objetivo ou propósito que as partes possam ter em vista. (REINO UNIDO. Suprema Corte. Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb. Relatores: Lordes Hamblen e Leggatt. Londres. 09/10/2020). No Reino Unido, a Corte de Apelação também aplicou o princípio da

Nessa mesma linha, a Suprema Corte de Singapura reconheceu:

*“The parties’ intention to arbitrate is clear in the present case. The law should give the fullest effect to this clear intention such that an interpretation which confers validity to the arbitration agreement should be preferred to other interpretations which would invalidate the agreement.”*¹⁴⁹

Interessante notar que até instituições arbitrais têm mencionado o princípio ao tratar da lei aplicável à convenção de arbitragem em seus regulamentos, como é o caso das regras da World Intellectual Property Organization (WIPO), que sugerem que o instrumento será regido pelo sistema legal em que é válido – seja ele referente a *lex causae* (parágrafo a) ou a *lex arbitri* (parágrafo b):

*“An Arbitration Agreement shall be regarded as effective if it conforms to the requirements concerning form, existence, validity and scope of either the law or rules of law applicable in accordance with paragraph (a), or the law applicable in accordance with paragraph (b).”*¹⁵⁰

Em que pese a aplicação do princípio pró validade pela comunidade arbitral, Ian Glick e Niranjana Venkatesan consideram o método falho. Os autores apontam que nem sempre será plausível afirmar que o princípio consistiria em uma escolha implícita de lei nos moldes do Art. V.1.a da Convenção de Nova Iorque, como quando se verifica que a convenção de arbitragem é inválida à luz da lei do contrato e da lei da sede, mas válida sob a ótica de outros sistemas legais.

Nesse cenário, a tese de Gary Born parece conduzir para aplicação de alguns outros desses ordenamentos. Além da dificuldade da escolha, sustentam ser irrazoável defender que a

validade no caso Sulamérica ao rejeitar a aplicação da lei brasileira porque as partes não poderiam ter escolhido uma lei que resultaria na invalidade da cláusula compromissória. (BORN, Gary. Op. cit., p. 612).

¹⁴⁹ Tradução livre: A intenção das partes de arbitrar é clara no presente caso. A lei deve dar o máximo efeito a esta intenção clara, de modo que uma interpretação que confere validade à convenção de arbitragem seja preferida a outras interpretações que invalidariam o acordo. (SINGAPURA. Suprema Corte. FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd and others. Relator: Shaun Leong Li Shiong. Cidade de Singapura. j. 19/06/2014).

¹⁵⁰ Tradução livre: um Acordo de Arbitragem será considerado válido se estiver em conformidade com os requisitos relativos à forma, existência, validade e escopo da lei ou das normas legais aplicáveis de acordo com o parágrafo (a), ou a lei aplicável de acordo com o parágrafo (b).” (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Arbitration Rules 2021. Art. 61. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#awa2>. Acesso em: 15 set. 2021).

vontade das partes consistiria na aplicação de lei completamente dissociada das cláusulas do contrato e da relação comercial que envolve os contratantes.¹⁵¹

Em contestação, o autor aponta que críticas como essa desvirtuam o verdadeiro conceito do princípio pró-validade, que não almeja validar a convenção de arbitragem a qualquer custo, mas apenas servir de mecanismo para que a escolha da lei aplicável dentre as opções viáveis (lei do contrato ou lei da sede) privilegie aquela que torna a convenção de arbitragem válida.¹⁵²

No entanto, Gary Born não fornece resposta à encruzilhada sugerida por Ian Glick e Niranjan Venkatesan, de modo que o caminho a ser seguido na hipótese de a convenção de arbitragem ser inválida sob a perspectiva de ambas as leis ainda é desconhecido.

3.3. Último posicionamento das cortes: o caso Enka

Em meio aos impactos avassaladores causados por uma das maiores pandemias da história, as cortes inglesas precisaram se manifestar, mais uma vez, a respeito da lei aplicável à convenção de arbitragem quando ausente escolha expressa das partes.

Assim como o caso Sulamérica, o caso Enka também tratava de uma disputa envolvendo apólices de seguro. No entanto, em vez da água represada na usina hidrelétrica de Jirau, o contexto fático do Caso Enka envolveu um incêndio catastrófico que atingiu uma usina térmica a carvão localizada na Rússia. O litígio iniciou-se quando a seguradora (“Chubb”), após ter pagado a indenização à dona da obra, responsabilizou a empreiteira (“Enka”) pelo incidente, ajuizando ação perante a corte comercial de Moscou.¹⁵³

Na sequência, a empreiteira propôs uma liminar “antiprocessos” para impedir que a ação ajuizada pela seguradora prosseguisse, uma vez que a cláusula 50.1 do contrato celebrado entre Enka e Unipro, dona da obra, previa que eventuais disputas deveriam ser dirimidas por arbitragem sediada em Londres.

¹⁵¹ GLICK, Ian. VENKATESAN; Niranjan. Op. cit., p. 150.

¹⁵² BORN, Gary. Op. cit., p. 616.

¹⁵³ KOEPP, Johannes; TURNER, David. “A massive fire and a mass of confusion: Enka v. Chubb and the need for a fresh approach to the choice of law governing the arbitration agreement.” **Journal of International Arbitration**. v. 38. n. 3. 2021. p. 380.

A partir desse momento, a controvérsia resumiu-se ao seguinte questionamento: a cláusula 50.1 seria governada pela lei inglesa (*lex arbitri*) ou pela lei russa?¹⁵⁴ Caso as circunstâncias apontassem para a lei inglesa, o pleito da seguradora estaria contemplado no escopo objetivo da cláusula compromissória, o que não se verificaria na hipótese de aplicação da lei russa.¹⁵⁵

Em 1ª instância, o juiz Andrew Blake esquivou-se de determinar a lei que governaria a convenção de arbitragem. Ao entender que a foro russo era o mais apropriado para analisar a controvérsia, o pleito submetido pela empreiteira foi rejeitado exclusivamente com base na doutrina do *forum non-conveniens* – fundamento que sequer foi levantado pelas partes.¹⁵⁶

O posicionamento do juízo da ação de origem foi revertido pela Corte de Apelação ao julgar o recurso interposto pela Enka em face da sentença, reconhecendo que as cortes inglesas, que atuariam como autoridades supervisoras da sede da arbitragem, seriam o foro apropriado para analisar medidas “antiprocessos” no âmbito do caso em questão.¹⁵⁷

No que diz respeito à lei aplicável à convenção de arbitragem, o relator Lorde Popplewell propôs uma adaptação da célebre investigação de três etapas. O novo método consistiria em apenas duas fases: na primeira, a eleição de escolha expressa seria apurada, o que poderia envolver uma análise sistemática do contrato, e não somente da convenção de arbitragem.¹⁵⁸ Caso não identificada escolha expressa, a lei aplicável à convenção de arbitragem deveria ser a lei da sede, exceto quando elementos específicos do caso demonstrassem fortes indícios do contrário.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Não somente a convenção de arbitragem não continha escolha expressa de lei aplicável ao instrumento, como o contrato em sua totalidade também padecia dessa mesma omissão. A Chubb defendia a aplicação da lei russa aos dois instrumentos, enquanto a Enka argumentava a favor da lei inglesa (KOEPP, Johannes; TURNER, David. p. 381).

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 380.

¹⁵⁶ SINGARAJAH, Frederico. *Op. cit.*, p. 121.

¹⁵⁷ REINO UNIDO. Corte de Apelação. Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb. Relator: Lorde Popplewell. Londres. j. 29/04/2020.

¹⁵⁸ Johannes Koepf e David Turner enxergam pouca utilidade nesta orientação, uma vez que a Corte de Apelação não esclareceu em que hipóteses a lei do contrato representaria uma escolha expressa da lei da convenção de arbitragem (KOEPP, Johannes; TURNER, David. *Op. cit.*, p. 385).

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 91.

Ao fim do teste, a Corte de Apelação concluiu que a cláusula 50.1 do contrato em análise deveria ser regida pela lei inglesa:

“The presumption applies that the parties have impliedly chosen that the proper law of the arbitration agreement should coincide with the curial law and be English law. There are no countervailing factors let alone powerful ones.”¹⁶⁰

Como era de se esperar, a Chubb recorreu da decisão proferida pela Corte de Apelação. O caso passou, então, por escrutínio da Suprema Corte do Reino Unido.

Ainda que por motivos diferentes, a maioria dos votos da corte superior reconheceu que a lei inglesa governava a cláusula 50.1 e que a medida “antiprocesso” ajuizada em face da Chubb era válida. No entanto, a forte presunção que reinava a favor da lei da sede da arbitragem foi desconstruída ao longo da fundamentação da Suprema Corte.

A decisão estabeleceu que a lei aplicável à convenção de arbitragem será a *lex causae*¹⁶¹ ao menos que existam justificativas relevantes para decisão contrária. Em suma, essas exceções consistiriam (i) no risco de que a convenção de arbitragem seja inválida sob a lei do contrato—premissa que encontra suporte no princípio pró-validade, exposto acima (supra, p. 46); (ii) na existência de dispositivo contido na lei da sede da arbitragem que prevê a *lex arbitri* como regra padrão a ser seguida nesses contextos; e (iii) na ausência de escolha expressa da lei aplicável ao contrato principal.¹⁶²

Esse último cenário parece ter sido decisivo para que a Suprema Corte ultrapassasse a presunção de que a *lex causae* se estendia à convenção de arbitragem e decidisse que a *lex*

¹⁶⁰ Tradução livre: A presunção que se aplica é que as partes tenham implicitamente escolhido que a lei apropriada da convenção de arbitragem deve coincidir com a lei da sede e ser a lei inglesa. Não há fatores de compensação, muito menos poderosos. (REINO UNIDO. Corte de Apelação. Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb. Op. cit., p. 109).

¹⁶¹ “A number of further considerations confirm the reasonableness of, as a general rule, construing a choice of law to govern the contract as applying to an arbitration agreement set out in a clause of the contract, even where the law chosen to govern the contract differs from that of the place chosen as the seat of the arbitration.” Tradução livre: Uma série de outras considerações confirmam a razoabilidade de, como regra geral, interpretar uma escolha de lei para reger o contrato como aplicável a uma convenção de arbitragem estabelecida em uma cláusula do contrato, mesmo quando a lei escolhida para reger o contrato difere da lei do local escolhido como sede da arbitragem. (REINO UNIDO. Suprema Corte. Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb. Op. cit., p. 18).

¹⁶² Ibid., p. 59.

arbitri governaria o instrumento, já que é a lei mais próxima e conectada à convenção de arbitragem – seguindo o método adotado pelo caso Sulamérica:

*“Applying these principles, we have concluded that the contract from which a dispute has arisen in this case contains no choice of the law that is intended to govern the contract or the arbitration agreement within it. In these circumstances the validity and scope of the arbitration agreement (and in our opinion the rest of the dispute resolution clause containing that agreement) is governed by the law of the chosen seat of arbitration, as the law with which the dispute resolution clause is most closely connected. We would therefore affirm - albeit for different reasons - the Court of Appeal’s conclusion that the law applicable to the arbitration agreement is English law.”*¹⁶³

Além de ter esclarecido o peso a ser distribuído entre a lei do contrato e a lei da sede da arbitragem, a Suprema Corte reconheceu e ratificou expressamente o princípio pró-validade.¹⁶⁴ Embora o caminho até que se vislumbre um posicionamento mais homogêneo da jurisprudência ainda seja longo, a decisão da Suprema Corte é relevante e certamente influenciará os próximos julgamentos relacionados ao tema.

3.4. Recomendação: incentivo à escolha expressa

As últimas páginas deixaram evidente que a lei aplicável à convenção de arbitragem é tema extremamente controverso. Por esse motivo, a necessidade de solucionar questões relacionadas à validade e escopo desse instrumento gerará, na maioria das vezes, consequências imprevistas às partes. É como alertam Leonardo Ohlrogge e Rodrigo Salton Rotunno Saydelles:

“Discussões quanto à validade da cláusula de arbitragem podem gerar atrasos e elevar consideravelmente os custos do procedimento arbitral, principalmente quando há a bifurcação do procedimento, ou seja, a divisão da arbitragem em duas fases distintas para lidar respectivamente com mérito e jurisdição. Em caso de bifurcação, as partes incorrerão em custos para apresentarem submissões restritas à questão da lei aplicável à cláusula compromissória e à sua validade, além de honorários dos árbitros – os quais

¹⁶³ Tradução livre: Aplicando esses princípios, concluímos que o contrato do qual surgiu uma disputa neste caso não contém escolha da lei que se destina a reger o contrato ou a convenção de arbitragem nele contida. Nessas circunstâncias, a validade e o escopo da convenção de arbitragem (e em nossa opinião o restante da cláusula de resolução de disputas que contém esse acordo) são regidos pela lei da sede da arbitragem escolhida, como a lei com a qual a cláusula de resolução de disputas é mais intimamente conectada. Portanto, afirmaríamos - embora por razões diferentes - a conclusão da Corte de Apelação de que a lei aplicável à convenção de arbitragem é a lei inglesa (REINO UNIDO. Suprema Corte. *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb*. Op. cit., p. 60).

¹⁶⁴ TARAWALI, Naomi; GERARDY, Patrick. “The law governing the arbitration agreement – a fresh look at an old debate after the UK Supreme Court’s *Enka* judgement and recent clarification by the German Federal Court of Justice”. *German Arbitration Journal*. v. 19. n. 4. p. 210.

podem ainda precisar de alguns meses para prolatar a sentença parcial de jurisdição. Tais despesas são provavelmente muito menores do que os gastos que seriam incorridos durante a negociação do contrato para resolver a problemática da lei aplicável de forma amigável e definitiva.”¹⁶⁵

Mesmo assim, essa viral omissão continua contaminando contratos que possuem lei diversa daquela aplicável à sede da arbitragem. Evidentemente, não se revela necessária a especificação desse sistema legal quando a *lex arbitri* e a *lex causae* são as mesmas – motivo pelo qual o debate encontra poucos entusiastas na comunidade arbitral doméstica, inclusive.

Fato é que os diversos métodos apresentados reiteram a urgência de se promover uma conscientização das partes contratantes – e, principalmente, dos advogados que elaborarão o contrato – a respeito da necessidade de inclusão expressa da lei aplicável à convenção de arbitragem.

É nesse contexto que se insere o esforço da comunidade arbitral para popularizar o tema. Destaca-se, a título de exemplo, recentes seminários *online* que contaram com a participação de profissionais relevantes da área, como a apresentação anual promovida pelo Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb),¹⁶⁶ e o debate promovido pelo Canal Arbitragem em parceria com o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).¹⁶⁷

A disseminação do tema para além dos livros já colhe frutos. Algumas instituições arbitrais procuraram evitar o desgaste adicionando novas disposições aos seus regulamentos. É o caso, por exemplo, da regra padrão introduzida no regulamento da London Court of International Arbitration (LCIA) em 2014, criada justamente para reduzir o número de disputas

¹⁶⁵ OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Op. cit. p. 9.

¹⁶⁶ A palestra “*The proper law of the arbitration agreement: A comparative law perspective*” (tradução livre: O direito próprio da convenção de arbitragem: uma perspectiva do direito comparado) foi ministrada por Maxi Sherer, que discutiu os diversos métodos adotados pelas jurisdições ao redor do globo quando instadas a determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem. Os resultados foram comparados com a solução adotada recentemente pela corte inglesa no caso Enka. Disponível em: <https://www.ciarb.org/events/ciarb-london-branch-keynote-speech-2021/>. Acesso em: 16 set. 2021.

¹⁶⁷ Os participantes Eleonora Coelho, Luis Aboim, Gisela Mation e Mathieu de Boissésou discutiram os principais impactos do julgamento do caso Enka na escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem e analisaram o tema sob a perspectiva do direito francês e brasileiro. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7f8wmun9dMk&t=2964s>. Acesso em: 16 set. 2021.

relacionadas à definição da lei aplicável à convenção de arbitragem.¹⁶⁸ Nesse sentido, o artigo 16.4 do regulamento da instituição dispõe que o sistema legal da sede da arbitragem governará a convenção de arbitragem quando ausente escolha em sentido contrário:

“Subject to Article 16.5 below, the law applicable to the Arbitration Agreement and the arbitration shall be the law applicable at the seat of the arbitration, unless and to the extent that the parties have agreed in writing on the application of other laws or rules of law and such agreement is not prohibited by the law applicable at the arbitral seat.”¹⁶⁹

O artigo 6 do regulamento da London Maritime Arbitrators Association reforça o favoritismo em torno da escolha da *lex arbitri* como regra padrão:

“In the absence of any agreement to the contrary, the parties to all arbitral proceedings to which these Terms apply agree: (a) that the law applicable to their arbitration agreement is English and; (b) that the seat of the arbitration is in England.”¹⁷⁰

Dentre as iniciativas nessa seara, cita-se também o pioneirismo da Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) ao atualizar o modelo de convenção de arbitragem da instituição para que a redação incorporasse um lembrete para que as partes definam a lei aplicável ao instrumento:

“Any dispute, controversy, difference or claim arising out of or relating to this contract, including the existence, validity, interpretation, performance, breach or termination thereof or any dispute regarding non-contractual obligations arising out of or relating to it shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) under the HKIAC Administered Arbitration Rules in force when the Notice of Arbitration is submitted.

¹⁶⁸ Autor desconhecido. “The law governing the arbitration agreement in LCIA Arbitrations: Where you stand depends on where you sit”. **Withersworldwide**. 17 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.withersworldwide.com/en-gb/insight/the-law-governing-the-arbitration-agreement-in-lcia-arbitrations-where-you-stand-depends-on-where-you-sit>. Acesso em: 15 set. 2021.

¹⁶⁹ Tradução livre: sujeito ao Art. 16.5 abaixo, a lei aplicável ao Acordo de Arbitragem e à arbitragem será a lei aplicável na sede da arbitragem, a menos e na medida em que as partes tenham concordado por escrito sobre a aplicação de outras leis ou regras de direito e tal acordo não é proibido pela lei aplicável na sede arbitral.” (LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. Arbitration Rules. Art. 16.4. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2016. Acesso em: 14 set. 2021).

¹⁷⁰ Tradução livre: Na ausência de qualquer acordo em contrário, as partes em todos os procedimentos arbitrais aos quais estes Termos se aplicam concordam: (a) que a lei aplicável à convenção de arbitragem é a inglesa e; (b) que a sede da arbitragem é na Inglaterra. (LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION. The LMAA Terms 2021. Artigo 6º. Disponível em: <https://lmaa.london/wp-content/uploads/2021/04/LMAA-Terms-2021.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021).

The law of this arbitration clause shall be ... (Hong Kong law).

The seat of arbitration shall be ... (Hong Kong).

The number of arbitrators shall be ... (one or three). The arbitration proceedings shall be conducted in ... (insert language).¹⁷¹

Como demonstra o comunicado da instituição arbitral à imprensa, a novidade foi bastante celebrada entre juristas e acadêmicos de alto escalão. Julian Lew, por exemplo, pontuou que *“one sure way to avoid uncertainty as to the law applicable to the arbitration agreement is for the parties to unambiguously choose the law they want to apply”*.¹⁷² E continua: *“The addition to the HKIAC’s model clause to provide an express choice of law to govern the arbitration agreement is forward thinking and opportune”*.¹⁷³

Sem dúvidas, iniciativas como essa precisam ser comemoradas. Ainda que tímidas, essas propostas são de extrema relevância para prevenir a ocorrência de desfechos imprevisíveis e indesejados e trazer mais segurança a tema tão pouco claro.

¹⁷¹ Tradução livre: qualquer disputa, controvérsia, diferença ou reclamação decorrente de ou relacionada a este contrato, incluindo a existência, validade, interpretação, desempenho, violação ou rescisão ou qualquer disputa relativa a obrigações não contratuais decorrentes ou relacionadas a ele deve ser referida e finalmente resolvido por arbitragem administrada pelo Centro Internacional de Arbitragem de Hong Kong (HKIAC) de acordo com as Regras de Arbitragem Administrada do HKIAC em vigor quando a Notificação de Arbitragem é submetida. A lei desta cláusula compromissória será ... (lei de Hong Kong). A sede da arbitragem será ... (Hong Kong). O número de árbitros será ... (um ou três). O processo de arbitragem será conduzido em ... (inserir idioma). (HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. Model Clauses. Disponível em: <https://www.hkiac.org/arbitration/model-clauses>. Acesso em: 15 set. 2021).

¹⁷² Tradução livre: uma maneira segura de evitar incertezas quanto à lei aplicável à convenção de arbitragem é as partes escolherem de forma inequívoca a lei que desejam aplicar. (TAN, Karen. “HKIAC adds choice of law provisions to its model clause”. **Hong Kong International Arbitration Centre News**. 1 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.hkiac.org/news/hkiac-adds-choice-law-provisions-its-model-clause>. Acesso em: 15 set. 2021).

¹⁷³ Tradução livre: o acréscimo à cláusula modelo da HKIAC para fornecer uma escolha expressa de lei para reger a convenção de arbitragem é uma visão de futuro e oportuna. (Ibid.). Nesse mesmo sentido, Audley Sheppard afirma: *“Given the case law in some jurisdictions, the HKIAC’s reminder to specify the governing law of the arbitration agreement should help to avoid subsequent uncertainty and potential disputes and legal costs.”*. Tradução livre: dada a jurisprudência em algumas jurisdições, o lembrete do HKIAC para especificar a lei aplicável da convenção de arbitragem deve ajudar a evitar incertezas subsequentes e potenciais disputas e custos legais. (Ibid.).

CONCLUSÃO

Como se viu, a autonomia da vontade das partes é o princípio norteador da arbitragem – e do Direito Privado, no geral. É a partir dele que os contratantes se veem livres para escolher as regras de Direito que regerão sua relação comercial e eventuais disputas. Essa possibilidade ganha ainda mais destaque no cenário da arbitragem internacional, em que coexistem diversos sistemas jurídicos (seja pela origem das partes ou pelo local de execução da obrigação principal, por exemplo). As leis dessas diferentes jurisdições poderão exercer funções primordiais nessa relação contratual, regulando as obrigações materiais, questões relacionadas ao procedimento arbitral a ser deflagrado e à validade e interpretação da convenção de arbitragem.

É nesse contexto que se verifica que a eleição da lei aplicável à convenção não é prática usual entre os contratantes. Obviamente, essa ausência de escolha será de pouca importância na maioria dos casos. Quando a definição dessa lei se mostra necessária, no entanto, caberá ao tribunal arbitral – ou às cortes estatais, a depender do caso – utilizar-se de métodos para identificar a lei mais apropriada. Como se viu, uma mera inconveniência torna-se um grave problema teórico e prático.

A aplicação de diversos critérios pela jurisprudência impossibilita que se chegue a um consenso a respeito da forma mais apropriada para definição da lei aplicável à convenção de arbitragem. A variedade de métodos voltados a esse propósito, abordados neste trabalho, é incoerente com os ideais da arbitragem internacional, que procuram simplificar, acelerar e racionalizar disputas de caráter transnacional.

É nesse contexto que as cortes inglesas, por exemplo, parecem ter assumido uma “postura pêndulo” nas últimas décadas, não tendo sido capazes de manter um posicionamento sólido a respeito do assunto.

A abordagem inicial consistia em reconhecer que a definição expressa da lei do contrato significava que as partes haviam implicitamente escolhido essa lei para governar a convenção de arbitragem. É como se decidiu nos casos *Sonatrach* e *Svenska*, tratados acima (supra, p. 32).

Na sequência, os julgamentos dos casos XL Insurance e C v. D demonstraram uma tendência no sentido contrário, isto é, os contratantes teriam implicitamente eleito a lei da sede da arbitragem para governar questões relativas à convenção de arbitragem (supra, p. 37).

Foi somente no caso Sulamérica que as cortes inglesas propuseram um método mais didático e consistente, analisando a controvérsia a partir da investigação de três etapas. Embora tenham consagrado, na segunda etapa, que existe uma escolha implícita a favor da lei do contrato quando não há fatores em sentido contrário, as especificidades do caso levaram a Corte de Apelação a reconhecer que a convenção de arbitragem possui uma conexão mais próxima à lei da sede da arbitragem na terceira etapa do teste (supra, p. 46).

Por fim, a apuração da lei mais próxima e conectada à convenção de arbitragem também foi realizada quando se reconheceu que a lei da sede era aplicável ao caso Enka. No entanto, o verdadeiro legado deixado pela Suprema Corte inglesa foi ter proferido a primeira decisão que expressamente reconheceu o princípio pró-validade como meio de definir a lei aplicável à convenção de arbitragem (supra, 49).

Em meio ao cenário nebuloso que permeia o tema, é possível vislumbrar uma inclinação – ainda que discreta – a favor do princípio pró-validade, já que as decisões proferidas recentemente vêm excluindo a possibilidade de aplicação de uma das leis quando a convenção de arbitragem não é válida segundo seus dispositivos.

Esta parece ser a forma mais razoável de abordar a polêmica. Além de estar calcado na vontade das partes, uma vez que os contratantes desejam primitivamente uma convenção de arbitragem válida e eficaz, o método encontra suporte na Convenção de Nova Iorque, o que é de extrema relevância quando se fala em reconhecimento e execução de uma futura sentença arbitral.

Fato é que ainda há um longo caminho pela frente até que o tema encontre águas calmas. Até lá, é imprescindível que as partes sejam aconselhadas a definir explicitamente a lei aplicável à convenção de arbitragem. As iniciativas da comunidade arbitral, nesse sentido, contribuem para aumentar a conscientização dos advogados e contratantes a respeito do grande problema que essa pequena omissão é capaz de causar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. “Negócio jurídico processual e arbitragem”. In: MELO, Leonardo de Campos (coord.); BENEDUZI, Renato Resende (coord.). **A reforma da arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMIR, Ibrahim. “The proper law of the arbitration agreement: a comparative law perspective: a report from the CIARB London’s branch keynote speech 2021”. **Kluwer Arbitration Blog**. 21 de maio de 2021. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/21/the-proper-law-of-the-arbitration-agreement-a-comparative-law-perspective-a-report-from-the-ciarb-londons-branch-keynote-speech-2021/>. Acesso em: 15 set. 2021.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. “Cláusula compromissória: aspectos contratuais”. **Revista do Advogado**. n. 116. 2012. pp. 1-20.

ASHFORD, Peter. “The proper law of the arbitration agreement”. In: BREKOULAKIS, Stavros (ed.). **Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management**. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2019.

Autor desconhecido. “The law governing the arbitration agreement in LCIA Arbitrations: Where you stand depends on where you sit”. **Withersworldwide**. 17 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.withersworldwide.com/en-gb/insight/the-law-governing-the-arbitration-agreement-in-lcia-arbitrations-where-you-stand-depends-on-where-you-sit>. Acesso em: 15 set. 2021.

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

_____; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno. “Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010. pp. 11-34.

BERNARDINI, Piero. "Arbitration clauses: achieving effectiveness in the law applicable to the arbitration clause". In: BERG, Albert Jan Van Den (ed). **Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention**. 1. ed. v. 9. 1999.

_____. "The arbitration clause of an international contract." **Journal of International Arbitration**. v. 9. 1992. pp. 45-60.

BLACKABY, Nigel; et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 6. ed. Kluwer Law International, 2015.

BORN, Gary. **International commercial arbitration**. 3. ed. Kluwer Law International, 2021.
3. ed. Kluwer Law International, 2021.

_____. "The law governing international arbitration agreements: an international perspective". **Singapore Academy of Law Journal**. v. 26. 2014. pp. 814-848.

BRASIL. Decreto nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

_____. Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

CARBONNEAU, Thomas E. **The law and practice of arbitration**. 1. ed. Nova Iorque: Juris Publishing Inc., 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CHOI, Dongdoo. “Choice of law rules applicable for international arbitration agreements”. **Asian International Arbitration Journal**. v. 11. 2015. pp. 105-115.

DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. “Cláusula de Arbitragem nos Contratos Comerciais Internacionais: Seus Requisitos de Forma e Jurisprudência do STJ”. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.). **Coleção Atlas de Arbitragem**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DERAINS, Yves. “Choice of the law applicable to the contract and international arbitration”. **The ICC International Court of Arbitration Bulletin**. v. 6. 1995.

ESCÓCIA. Lei de Arbitragem. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1>. Acesso em: 11 set. 2021.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'arbitrage commercial international**. 1. ed. Paris: Litec, 1996.

FRANÇA, Código de Processo Civil, Livro IV – A arbitragem, Art. 1.504. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006089134/#LEGISCTA000006089134. Acesso em: 25 ago. 2021.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. 1. ed. Kluwer Law International, 1999.

GLICK, Ian; VENKATESAN, Niranjana. “Choosing the law governing the arbitration agreement”. In: KAPLAN, Neil; MOSER, Michael J. (eds.). **Jurisdiction, admissibility and choice of law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles**. 1. ed. Kluwer Law International, 2016.

GOH, Nelson; MILES, Wendy. “A principled approach towards the law governing arbitration agreements”. In: KAPLAN, Neil; MOSER, Michael J. (eds.). **Jurisdiction, admissibility and choice of law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles**. 2. ed. Kluwer Law International, 2018.

HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. Model Clauses. Disponível em: <https://www.hkiac.org/arbitration/model-clauses>. Acesso em: 15 set. 2021.

INTERNACIONAL. European Convention on International Commercial Arbitration. Genebra, 1961. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf. Acesso em: 11 set. 2021.

INTERNACIONAL. UNCITRAL Arbitration Rules. New York, 2006. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rulesrevised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

JHANGIANI, Sapna. “Conflicts of law and International Commercial Arbitration – can conflict be avoided?” **BCDR International Arbitration Review**. v. 2. n. 1. 2015. pp. 99-116.

KOEPP, Johannes; TURNER, David. “A massive fire and a mass of confusion: Enka v. Chubb and the need for a fresh approach to the choice of law governing the arbitration agreement.” **Journal of International Arbitration**. v. 38. n. 3. 2021. pp. 377-394.

LEE, João Bosco. “A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional”. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. v. 5. 2014. pp. 347-359.

LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de arbitragem**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative international commercial arbitration**. 1 ed. Kluwer Law International, 2003.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. Arbitration Rules. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2016. Acesso em: 14 set. 2021.

LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION. The LMAA Terms 2021. Disponível em: <https://lmaa.london/wp-content/uploads/2021/04/LMAA-Terms-2021.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

LOPES, João Batista. “Arbitragem: natureza, requisitos e eficácia da cláusula compromissória”. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 47. 2015. pp. 247-255.

MANGE, Flavia Fóz. **Processo arbitral transnacional: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem**. 2012. Tese (Doutorado) – Curso de Direito Internacional e Comparado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. “A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional”. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 12. 2015. pp. 7-37.

MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. **Commercial Arbitration**. 2. ed. Edimburgo: LexisNexis Butterworths, 1989.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. “Visão prática da elaboração da cláusula arbitral”. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; MENDES, Lucas Vilela dos Reis da Costa (coord.). **Práticas de arbitragem: técnicas, agentes e mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2021.

_____ ; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. **Arbitration Law of Brazil: practice and procedure**. 1. ed. Nova Iorque: Juris Publishing, 2006.

NAZZINI, Renato. “The law applicable to the arbitration agreement: towards transnational principles”. **International and Comparative Law Quarterly**. v. 65. n. 3. 2016. pp. 681-703.

NUNES, Maria Rafaela Saadi. **Conflito de leis na arbitragem internacional: sobre a determinação da lei aplicável à cláusula arbitral**. 2019. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/maria_nunes.pdf. Acesso em: 1 set. 2021.

OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. “Lei aplicável à cláusula compromissória na arbitragem internacional”. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 67. 2020. pp. 241-268.

PERETTI, Luiz Alberto Salton. “Caso Jirau: decisões na Inglaterra e no Brasil ressaltam métodos e reações distintas na determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem”. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 10. n. 37. 2013. pp. 29-49.

QIU, Diana. “A comparative analysis of the approaches used to determine the four laws of Commercial Arbitration”. In: BREKOULAKIS, Stavros (ed.). **Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management**. 1. ed. London: Sweet & Maxwell, 2020.

SINGARAJAH, Frederico. “A Corte de Apelação Inglesa mudou de ideia em relação à lei aplicável à cláusula compromissória?” **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 67. 2020. pp. 108-128.

STEINER, Renata Carlos. “Arbitragem e autonomia da cláusula compromissória”. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 31. 2011. pp. 131-151.

SUÉCIA. Lei de Arbitragem. Disponível em: https://sccinstitute.se/media/1773096/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf. Acesso em: 11 set. 2021.

TAN, Karen. “HKIAC adds choice of law provisions to its model clause”. **Hong Kong International Arbitration Centre News**. 1 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.hkiac.org/news/hkiac-adds-choice-law-provisions-its-model-clause>. Acesso em: 15 set. 2021.

TARAWALI, Naomi; GERARDY, Patrick. “The law governing the arbitration agreement – a fresh look at an old debate after the UK Supreme Court’s Enka judgement and recent clarification by the German Federal Court of Justice”. **German Arbitration Journal**. v. 19. n. 4. pp. 208-215.

TIBURCIO, Carmen. “Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo”. **Revista de Processo**. v. 241. 2015. pp. 521-566.

VALLE, Martim Della. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. 2009. Tese (Doutorado) – Curso de Direito Internacional, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerdau de; VIEIRA, Maíra de Melo. “A posição dos tribunais brasileiros em matéria de arbitragem no último biênio (2011-2012).” **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 35. 2012. pp. 15-31.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Arbitration Rules 2021. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#awa2>. Acesso em: 15 set. 2021.