

# A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Paula Eppinghaus Cirne Lima<sup>1</sup>

Resumo: No âmbito dos contratos internacionais, conflitos de leis são recorrentes, exigindo que os aplicadores do direito verifiquem qual o ordenamento jurídico aplicável. Na arbitragem internacional, a matéria ganha especial relevância, sobretudo considerando que o árbitro não está vinculado a nenhuma lei nacional. Além da lei aplicável ao mérito do contrato, a lei que rege a cláusula arbitral deve ser objeto de atento exame pelos árbitros, na medida em que pode afetar a validade e a eficácia da cláusula arbitral e, como consequência, do laudo arbitral. Embora não haja consenso, a doutrina e a jurisprudência (estatal e arbitral) estabeleceram diferentes mecanismos para escolha da lei aplicável à cláusula arbitral quando as partes deixam de pactuá-la.

Abstract: On international contracts, conflicts of law are recurrent, demanding that judges and referees verify which legal system is applicable. On international arbitration, this topic gains special relevance, considering that referees have no bound to any national law. Besides the substantive law, the law that governs the arbitration agreement should be subject to careful exam by referees, as it may affect the validity and enforcement of the arbitration clause and, as a consequence, of the award. Even though there is no consensus, scholars and case law (both state and arbitral) established different mechanisms to choose the applicable law to the arbitration agreement when the parties fail to do so.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada.

## INTRODUÇÃO



o ordenamento jurídico brasileiro, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê, em seu artigo 9º, que se aplicará a lei do país em que as obrigações forem constituídas. Por essa razão, muitos juristas defendem que a escolha da lei aplicável em contratos nacionais com cláusula arbitral é vedada no direito brasileiro, sob o pretexto de que a norma antes referida seria cogente e aplicável em detrimento de eventual acordo em contrário<sup>2</sup>.

Contudo, Luiz Olavo Baptista e Silvia Julio Bueno de Miranda afirmam que o destinatário da regra da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é o juiz, para as hipóteses em que as partes deixam de pactuar a lei que irá governar o contrato<sup>3</sup>. Além disso, segundo tais autores, essa norma foi excepcionada pela Lei Brasileira de Arbitragem — lei mais recente e mais especializada —<sup>4</sup>, que autoriza expressamente a livre eleição de legislação em seu artigo 11º, inciso IV<sup>5</sup>.

A expressa permissão legislativa para eleição da lei aplicável nas arbitragens domésticas prioriza a vontade das partes e, portanto, está em consonância com os princípios que norteiam a arbitragem internacional. Ainda assim, segundo Ricardo Ramalho Almeida, os contratos nacionais somente podem ser regidos por lei estrangeira “quando não se caracterizar fraude à lei nacional e quando tal escolha puder ser razoa-

---

<sup>2</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 07, n. 27, p. 11-34, out./dez. 2010. p. 2-3.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 3.

<sup>4</sup> *Ibid.* p. 4.

<sup>5</sup> Art. 11, Lei 9.307/1996. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: (...) IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; (...).

velmente fundamentada”<sup>6</sup>.

No âmbito dos contratos internacionais, a discussão sobre viabilidade de escolha de lei perde seu propósito: a vontade das partes deve ser priorizada em detrimento de qualquer lei, razão pela qual as partes podem “se colocar sob o governo de outra lei, sem indagar da natureza das leis no sistema a que estariam submetidas se não fosse sua escolha”<sup>7</sup>. Nesse sentido:

A autonomia da vontade é claramente o princípio dominante em matéria de arbitragem comercial internacional, estando consagrado na virtual totalidade das legislações modernas e regulamentos de arbitragem das principais instituições internacionais. Assim, ordinariamente o direito aplicável aos aspectos materiais, processuais e conflituais do litígio submetido à arbitragem será o direito indicado pelas partes – a *lex voluntatis* -, que inserida em contrato, será a *lex contractus* e se aplicará ordinariamente à arbitragem, como *lex causae*.<sup>8</sup>

Diferentemente do que ocorre na arbitragem doméstica, as arbitragens internacionais geralmente envolvem, por sua própria natureza, sistemas legais distintos, seja porque as partes são de países diferentes, porque a arbitragem ocorre em um país diferente daquele em que as partes estão situadas ou porque a decisão arbitral será cumprida em um país diferente. Obviamente, essas situações aumentam a probabilidade de conflitos de normas, exigindo que os árbitros ou que os próprios juízes enfrentem a matéria em discussão.

Somado a isso, os árbitros não estão vinculados a determinadas regras de conflito de leis, podendo se valer daquelas que entenderem mais adequadas para resolver o litígio. Ricardo

---

<sup>6</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Regras de direito aplicáveis à solução do litígio. In: \_\_\_\_\_. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2005. p. 143-226. cap. 3. p. 161.

<sup>7</sup> DOLINGER, Jacob. *A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro*. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.); MARTINS, Pedro Batista (coord.); LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 77.

<sup>8</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Op. Cit. p. 153-154.

Dalmaso Marques aponta, por exemplo, para a inaplicabilidade da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980 em arbitragens<sup>9</sup>.

A situação fica ainda mais complexa quando as partes são provenientes de países diferentes ou, ainda, quando a decisão vai ser cumprida em outro(s) país(es). Todos esses sistemas nacionais próprios podem comprometer a eficácia da cláusula arbitral, de modo que a interpretação da lei aplicável à convenção é de suma importância para todo o procedimento que será instaurado e, após, para a execução da decisão.

Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kröll esclarecem que a existência e a validade da cláusula arbitral (e a lei que a rege) podem ser objeto de discussão perante o tribunal arbitral e perante cortes estatais nos mais variados momentos do procedimento<sup>10</sup>. E, conforme ressaltam Franco Ferrari e Linda Silberman, a autonomia das partes não resolve, por si só, o problema da lei aplicável<sup>11</sup>.

Portanto, o presente artigo visa a examinar mecanismos para aplicação da lei aplicável à cláusula arbitral para as hipóteses em que as partes deixam de fazê-lo. Assim, propõe-se neste artigo analisar quais as normas e os princípios serão utilizados para aferir a validade da cláusula arbitral, de acordo com os critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência internacional.

## PARTE I – O DIREITO APLICÁVEL À CLÁUSULA ARBITRAL

---

<sup>9</sup> MARQUES, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável a cláusulas arbitral na arbitragem comercial internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 7-37, jul./set. 2015. p. 4.

<sup>10</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. *Comparative international commercial arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003. p. 109.

<sup>11</sup> FERRARI, Franco; SILBERMAN, Linda. Getting the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 26, p. 73-121, abr./jun. 2010. p. 1.

No âmbito da arbitragem internacional, a discussão sobre a lei aplicável é de suma relevância para a solução do litígio e para a instauração do próprio procedimento. Deste modo, propõe-se a análise da autonomia da cláusula arbitral, o que possibilita que ela seja regida por lei distinta da lei do contrato, bem como a análise das diferentes leis possivelmente aplicáveis no procedimento arbitral.

## A) AUTONOMIA DA CLÁUSULA ARBITRAL

Como sabido, a cláusula de arbitragem é um contrato autônomo vinculado ao contrato principal em que ela está inserida. A autonomia da cláusula arbitral, inicialmente constatada na França, é amplamente reconhecida e inclusive apontada como um dos princípios gerais da arbitragem internacional<sup>12</sup>.

Embora existam tecnicamente dois contratos, eles são unificados para fins instrumentais<sup>13</sup>, podendo-se dizer que existe “um contrato dentro de outro contrato”<sup>14</sup>. Justamente por isso, a nulidade do contrato principal não implica, necessariamente, nulidade da cláusula<sup>15</sup>, conforme redação expressa do art. 8º da Lei Brasileira de Arbitragem<sup>16</sup>.

Como consequência, a cláusula arbitral pode estar sujeita à legislação diversa da que rege o contrato principal. Significa dizer que um mesmo contrato poderá ser regido por duas

---

<sup>12</sup> SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999. P. 199.

<sup>13</sup> PITOMBO, Eleonora Coelho. *Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio kompetenz-kompetenz no Brasil*. In: LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 329.

<sup>14</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Op. Cit. p. 5.

<sup>15</sup> PITOMBO, Eleonora Coelho. Op. Cit. p. 329.

<sup>16</sup> Art. 8º, Lei 9.307/1996. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

leis distintas: uma especificamente para fins de aferição da validade da cláusula arbitral e a outra para o mérito do contrato.

Intuitivamente, poderia se assumir que as normas aplicáveis ao contrato principal seriam igualmente aplicáveis à cláusula arbitral. Afinal, a cláusula arbitral é um dispositivo do contrato, como qualquer outro, de modo que seria razoável presumir que a lei substantiva do contrato seja aplicada também para regular a existência, validade e eficácia da cláusula arbitral<sup>17</sup>.

Nesse sentido, já decidiu a High Court of Justice do Queen's Bench Division inglês no caso *Sonatrach Petroleum Corporation v. Ferrell International Limited*:

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.<sup>18</sup>

Da mesma forma, Franco Ferrari e Linda Silberman sugerem que a validade da cláusula arbitral pode ser resolvida com base na autonomia das partes, especificamente através da aplicação da lei material escolhida pelas partes para regulamentar o contrato<sup>19</sup>. Embora essa situação seja frequente, ela não necessariamente é uma suposição segura<sup>20</sup>.

Sobre o tema, Renato Nazzini afirma que a presunção é de que a lei do contrato é a mesma lei da cláusula arbitral, mas essa conclusão pode ser afastada de acordo com as peculiaridades do caso concreto<sup>21</sup>. Ainda, Fouchard, Gaillard e Goldman

---

<sup>17</sup> BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerda de. *Arbitragem comercial*: princípios, instituições e procedimentos. A prática no CAM-CCBC. São Paulo: Marcial Pons; CAM-CCBC, 2013. p. 137.

<sup>18</sup> [2001] EWHC 481 (Comm). Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2001/481.html>>. Acesso em 26 jan 2018.

<sup>19</sup> FERRARI, Franco; SILBERMAN, Linda. Op. Cit. p. 3.

<sup>20</sup> BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerda de. Op. Cit. p. 137.

<sup>21</sup> NAZZINI, Renato. *The law governing the arbitration agreement*: a transnational

explicam que a autonomia da cláusula arbitral tem duas principais consequências diretas, quais sejam: (i) o status do contrato principal não afeta a cláusula arbitral<sup>22</sup> e (ii) a cláusula arbitral pode ser regida por lei distinta do contrato principal<sup>23</sup>.

No contrato principal, a escolha da lei aplicável é fundamental para resolver o litígio, conforme se infere abaixo:

A escolha da lei material (em inglês, substantive law ou governing law), visivelmente, possui importância destacada para as partes, que costumam eleger uma ou outra como aplicável à disputa, como, por exemplo, buscar (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. Até por esse motivo, a maioria das legislações arbitrais nacionais possibilita às partes que escolham como lei aplicável à arbitragem (a) a legislação nacional de um ou mais países (que podem ser combinadas em casos mais complexos); (b) uma lei “transnacional”, como os princípios gerais de direito e a *lex mercatoria* – que podem englobar, por exemplo, os Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, hoje em sua edição de 2010 –; (c) uma legislação internacional codificada em um tratado, como a Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG”), aderida e recentemente promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.327/2014; ou, mesmo, (d) a equidade (principles of equity and good conscience).<sup>24</sup>

No que tange a cláusula arbitral, a escolha da lei aplicável é ainda mais importante, pois cada ordenamento jurídico tem requisitos próprios de validade do compromisso arbitral. Deste modo, “a lei que rege a cláusula arbitral acaba por definir nada menos do que a existência (ou não) de jurisdição dos árbi-

---

solution? In: Betancourt, Julio César (ed.). *Defining issues in international arbitration: celebrating 100 years of the Chartered Institute of Arbitrators*. UK: Oxford, 2016. p. 97-98.

<sup>22</sup> Deste modo, a nulidade ou ineficácia do contrato não necessariamente implicará nulidade ou ineficácia da cláusula arbitral.

<sup>23</sup> SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.* p. 209-210.

<sup>24</sup> MARQUES, Ricardo Dalmaso. *Op. Cit.* p. 3.

tros sobre a disputa”<sup>25</sup>.

Exemplificativamente, no Brasil, a validade da cláusula arbitral depende dos mesmos requisitos da validade dos contratos em geral previstos no Código Civil<sup>26</sup>. Assim, exige-se agente capaz<sup>27</sup>, objeto lítico, possível e determinado ou determinável, forma prescrita e não defesa em lei<sup>28</sup>.

No âmbito dos contratos internacionais, Julian Lew aponta para requisitos objetivos para fins de aferição da validade cláusula arbitral: cláusula escrita e assinada (requisitos formais) e capacidade e consentimento das partes (requisitos materiais)<sup>29</sup>. Também nesse sentido:

Sendo a cláusula ou o compromisso arbitrais espécies de negócios jurídicos, a sua validade está condicionada à existência de declaração de vontade válida. Pressupõe, por isso, agentes capazes de emitir essa declaração. Se ao menos uma das partes signatárias de cláusula ou compromisso arbitrais não for capaz, a convenção arbitral será – ou poderá ser – inválida e/ou inoperante.<sup>30</sup>

Contudo, a abordagem majoritária das regras de arbitragem internacional é no sentido de ignorar requisitos materiais de validade: havendo cláusula arbitral escrita, é presumida a sua validade. Aliás, a Court de Cassation francesa concluiu, em 1972, no caso Hecht, que a cláusula arbitral era válida sim-

---

<sup>25</sup> Ibid. p. 6.

<sup>26</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Op. Cit. p. 5.

<sup>27</sup> Cada país regulamenta, através das suas respectivas leis nacionais, os requisitos de capacidade, de acordo com critérios culturais, políticos e sociais (BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerdau de. Op. Cit. p. 134.).

<sup>28</sup> Especificamente quanto à forma, o direito brasileiro exige cláusula escrita, em conformidade com a Convenção de Nova Iorque (BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Op. Cit. p. 6.).

<sup>29</sup> LEW, Julian. *The law applicable to the form and substance of the arbitration clause*. In: VAN DER BERG, Albert Jan (ed.). *Improving the efficient of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York convention*. ICCA congress Series. v. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 120-123.

<sup>30</sup> BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerdau de. Op. Cit. p. 134.



plesmente com base no princípio da autonomia das partes, sem qualquer referência à lei que governaria tal cláusula<sup>31</sup>.

Ainda assim, a doutrina ressalva que a frequente desatenção dos árbitros com relação às normas que disciplinam o contrato e o procedimento a ser seguido não significa que essas normas não sejam incidentes no caso — tanto que, havendo violação de preceito de ordem pública, o laudo será anulado ou o exequatur será negado, com base na Convenção de Nova Iorque<sup>32</sup>. Significa dizer que, ainda que o árbitro não esteja vinculado a nenhum ordenamento jurídico estatal, a sua tarefa é sim aplicar o direito para solução de um litígio<sup>33</sup>.

Ricardo Ramalho Almeida parece sintetizar a questão:

Não obstante árbitro internacional atue, em certa medida, acima e além dos ordenamentos jurídicos nacionais, o valor jurídico da arbitragem depende fundamentalmente do beneplácito estatal, determinante para o status do árbitro, para a natureza de título executivo judicial da sentença arbitral, para o reconhecimento dos efeitos práticos da sentença, seu acolhimento pelo ordenamento jurídico e, principalmente, para sua executoriedade forçada. O árbitro é autônomo e independente e sua atuação se dá na esfera privada; contudo, o Estado (leia-se, a lei) também determina autonomamente — empregando-se a palavra, aí, em sentido forte — o valor e a juridicidade do trabalho do árbitro.<sup>34</sup>

Deste modo, é evidente que a lei aplicável especificamente para a cláusula arbitral é elementar para a própria existência e eficácia da arbitragem, o que justifica o estudo da matéria, sobretudo para fins de padronização dos mecanismos utilizados pelos tribunais arbitrais, evitando-se insegurança jurídica.

## B) AS LEIS APLICÁVEIS NA ARBITRAGEM

<sup>31</sup> SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. Op. Cit. p. 215.

<sup>32</sup> BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerda de. Op. Cit. p. 134.

<sup>33</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Op. Cit. p. 144.

<sup>34</sup> Ibid. p. 166.

Como visto, a validade da cláusula arbitral pode ser aferida por lei distinta da que irá governar o contrato principal. Mas qual a legislação pode ser aplicada para essa finalidade?

A rigor, as partes podem acordar o que melhor lhes convir: lei nacional, lei estrangeira, princípios gerais de direito, leis transnacionais como a *lex mercatoria* e os princípios UNIDROIT, equidade, *bons costumes*, entre outros<sup>35</sup>. Não havendo acordo, incumbe aos árbitros escolherem livremente a legislação que entenderem adequada.

Afinal, todo e qualquer contrato é regido por uma lei, ainda que dele não surja um litígio. Por consequência, a cláusula arbitral não está situada em um vácuo jurídico, sendo obrigatoriamente governada por alguma legislação<sup>36</sup>.

Vale enfatizar que Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kröl explicam que existe uma tendência na prática arbitral internacional no sentido de dissociar a questão da existência e validade da cláusula arbitral de qualquer legislação nacional, restringindo tal análise à princípios gerais<sup>37</sup>. Exemplificativamente, os autores apontam para o precedente *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, envolvendo a extensão de cláusula arbitral para empresas de um mesmo grupo econômico, em que a câmara arbitral da International Chamber of Commerce (doravante denominada ICC) entendeu que poderia avaliar a validade da cláusula arbitral sem aplicar qualquer lei específica<sup>38</sup>.

Ainda assim, a discussão sobre qual a lei aplicável à cláusula arbitral é de suma relevância para a validade e eficácia da arbitragem e, portanto, é objeto de reiterada discussão, tanto

---

<sup>35</sup> BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerda de. Op. Cit. p. 150.

<sup>36</sup> BLACKABY, Nigel et. al. *Redfern and Hunter on International arbitration*. 6. ed. UK: Oxford, 2015. p. 156.

<sup>37</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. Op. Cit. p. 126.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 126.

no âmbito da jurisprudencial como da doutrina internacional. Sobre o tema, Renato Nazzini diferencia três leis aplicáveis nos procedimentos arbitrais: (i) a *lex causae*, também denominada substantive law, que regulamenta o mérito do contrato, (ii) a lei da cláusula arbitral (que pode ou não ser a mesma que a *lex causae*, como visto na seção acima) e (iii) a *lex arbitri*, que é a lei do local da arbitragem, que governa os aspectos procedimentais<sup>39</sup>.

Em regra, a *lex causae* é diferente da *lex arbitri*, na medida em que a arbitragem usualmente ocorre em um país neutro, em que nenhuma das partes têm vínculos<sup>40</sup>. Segundo Adriana Braghetta, haveria um anseio na comunidade internacional para desvincular-se da lei da sede, pois diferentemente do juiz, o árbitro não teria fórum (estando adstrito única e exclusivamente ao regulamento da instituição)<sup>41</sup>.

Nesse sentido, a referida jurista aponta para os precedentes Chromolloy e Hilmarton, que tiveram seus laudos anulados nas respectivas sedes da arbitragem, mas foram devidamente executados em outros países<sup>42</sup>. Apesar disto, Allan Redfern e Martin Hunter afirmam que, ainda que a arbitragem esteja sujeita às normas que regem a instituição escolhida pelas partes, tais regras, para serem efetivas, precisam ser sancionadas pelo direito daquele local<sup>43</sup>.

Converge nesse sentido as lições de Adriana Braghetta, que advoga pela importância da lei da sede, sob o pretexto de que ela tem um papel importante na (i) definição da nacionalidade do laudo, com reflexos na sua execução, (ii) definição da competência do Judiciário para eventual discussão de nulidade,

---

<sup>39</sup> NAZZINI, Renato. Op. Cit. p. 94.

<sup>40</sup> BLACKABY, Nigel et. al. Op. Cit. p. 166

<sup>41</sup> BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem*. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.); MARTINS, Pedro Batista (coord.); LEMES, Selma Ferreira (coord.). Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 23.

<sup>42</sup> Ibid. p. 23.

<sup>43</sup> BLACKABY, Nigel et. al. Op. Cit. p. 156.

(iii) definição da lei que rege a cláusula arbitral, em caráter subsidiário, e (iv) definição do procedimento arbitral<sup>44</sup>. A propósito, diversos julgados relevantes aplicaram a *lex arbitri* para verificação da validade da cláusula arbitral.

No caso *Bullbank*, julgado na Suécia, a corte estatal afirmou que a validade da cláusula arbitral deveria ser aferida à luz da lei do país em que a arbitragem se desenvolve<sup>45</sup>.

Também nesse sentido o julgado estatal americano *Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime, LLC*, em que o tribunal entendeu que a lei inglesa, escolhida pelas partes para regular o contrato, não seria aplicável à convenção de arbitragem, pois essa não teria sido a intenção das partes, o que exigiria a aplicação da lei da sede, qual seja, o *Federal Arbitration Act* americano de 1925<sup>46</sup>.

Essa inclusive parece ser a solução dada pela Convenção de Nova Iorque<sup>47</sup>, ao determinar que o contrato firmado seja válido de acordo com a legislação à qual as partes o submeteram ou, na sua ausência, de acordo com a lei da sede. Vejamos:

#### Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou (...)<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> BRAGHETTA, Adriana. *Op. Cit.* p. 25.

<sup>45</sup> BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerda. *Op. Cit.* p. 140.

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 139-140.

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 139.

<sup>48</sup> Art. V, 1, a, da Convenção de Nova Iorque, incorporada no ordenamento jurídico

Outrossim, Alan Redfern e Martin Hunter adotam uma classificação distinta — complementar — da de Renato Nazzini, apontando para cinco diferentes sistemas de lei que podem ser aplicados na arbitragem internacional. Além das três legislações antes mencionadas (*lex causae*, lei da cláusula arbitral e *lex arbitri*), eles indicam também, dentre as leis aplicáveis no procedimento arbitral, (i) outras normas aplicáveis e diretrizes não cogentes e (ii) a lei aplicável para reconhecimento e execução da decisão arbitral, podendo inclusive ser mais de uma, caso a decisão tenha que ser executada em mais de um país<sup>49</sup>.

Especificamente sobre essa última, ressalta-se que a lei nacional do país em que o laudo será executado é de suma importância, pois pode impactar na eficácia da sentença arbitral. Aliás, segundo as normas da ICC, o tribunal precisa adotar todas as medidas para que a sua decisão seja exequível, o que obviamente impede a violação do direito do país em que a decisão será executada, conforme abaixo:

Article 42

General Rule

In all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law.<sup>50</sup>

Entretanto, é possível que o tribunal arbitral, conhecendo a(s) lei(s) que deveria(m) ser aplicada(s), conscientemente deixe de aplicá-la(s), o que atrai a teoria do manifest disregard of the law. Essa teoria é fruto de recurso da Suprema Corte americana no precedente *Wilko v. Swan*, de 1989, em que se decidiu, em dictum, que “[i]n unrestricted submissions... the interpretations of the law by the arbitrators in contrast to manifest disregard are not subject, in the federal courts, to judicial

---

Brasileiro através do Decreto n. 4.311/2002.

<sup>49</sup> BLACKABY, Nigel et. al. *Op. Cit.* p. 157.

<sup>50</sup> ICC Rules. Disponível em: <  
<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>>. Acesso em 26 jan 2018.

review for error in interpretation”<sup>51</sup>.

Para melhor compreender a questão, convém extrair ex-certo da referida decisão:

Arbitrators may not disregard the law. Specifically, they are, as Chief Judge Swan pointed out, "bound to decide in accordance with the provisions of section 12(2)." On this we are all agreed. It is suggested, however, that there is no effective way of assuring obedience by the arbitrators to the governing law. But, since their failure to observe this law "would . . . constitute grounds for vacating the award pursuant to section 10 of the Federal Arbitration Act," 201 F.2d 439, 445, appropriate means for judicial scrutiny must be implied, in the form of some record or opinion, however informal, whereby such compliance will appear, or want of it will upset the award.<sup>52</sup>

Com base neste entendimento da Suprema Corte, as cortes recursais americanas passaram a examinar, das mais variadas formas, eventual manifest disregard of the law<sup>53</sup> — embora não haja consenso sobre o que é precisamente esse desrespeito à lei<sup>54</sup>. Vale destacar que o Federal Arbitration Act (doravante denominado FAA) não prevê hipóteses de descon sideração da lei como motivo para anulação do laudo<sup>55</sup>.

Por essa razão, a doutrina e a jurisprudência divergem sobre a anulação de laudo arbitral por manifest disregard of the law com base no FAA: algumas cortes e juristas se valem da regra de excesso de autoridade, enquanto outros se valem de misconduct do árbitro, ambas expressamente listadas no art. 10 do FAA como causas de anulação<sup>56</sup>. Ainda assim, a maioria dos julgados menciona apenas o precedente da Suprema Corte acima colacionado, simplesmente deixando de aplicar o FAA<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> DRAHOZAL, Christopher R. Codifying manifest disregard. *Nevada Law Journal*, Las Vegas, v. 8, n. 1, p. 234-250, jan. 2008. p. 234.

<sup>52</sup> Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/case.html>>. Acesso em 26 jan 2018.

<sup>53</sup> DRAHOZAL, Christopher R. Op Cit. p. 235.

<sup>54</sup> Ibid. p. 234.

<sup>55</sup> Ibid. p. 238.

<sup>56</sup> Ibid. p. 239.

<sup>57</sup> Ibid. p. 240.

Nessa linha, no recente julgado *Stolt-Nielsen AS v. Animalfeeds International Corp.*, a Suprema Corte americana, por maioria, utilizou o art. 10 do FAA para anular laudo arbitral sob o argumento de abuso de poder do árbitro, justamente por erro na análise de escolha da lei aplicável à cláusula arbitral<sup>58</sup>. Especificamente, o caso exigia verificação do cabimento de ações coletivas em arbitragem envolvendo direito marítimo, o que poderia variar conforme a lei aplicável à cláusula arbitral, mas isso foi desconsiderado com base em “own policy preference” do tribunal arbitral, acarretando a decisão judicial de nulidade da arbitragem<sup>59</sup>.

Diante dessas considerações, conclui-se que, para resolver o imbróglio da lei aplicável, é fundamental verificarmos os princípios basilares do contrato de arbitragem, quais sejam, autonomia privada e *pacta sunt servanda*<sup>60</sup>. Justamente por isso, diversos julgados desconsideram requisitos formais exigidos pela lei aplicável para fazer valer a cláusula arbitral com base na intenção das partes, costumes e boa-fé.

Da mesma forma, se existirem dois ordenamentos jurídicos possivelmente aplicáveis, mas apenas um desse reconhece a cláusula arbitral como válida, essa será a lei aplicada pelos tribunais arbitrais internacionais, em atenção à autonomia privada. Afinal, se as partes não quisessem se submeter à arbitragem elas não teriam inserido a cláusula no seu contrato.

Ainda assim, conflitos de leis são recorrentes, em especial no que tange a cláusula arbitral, exigindo reiterada intervenção dos árbitros e dos juízes.

## PARTE II – MÉTODOS APONTADOS PARA A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

---

<sup>58</sup> FERRARI, Franco; SILBERMAN, Linda. Op. Cit. p. 9.

<sup>59</sup> Ibid. p. 9.

<sup>60</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Op. Cit. p. 6.

Como visto, diversas leis podem ser aplicadas em um único procedimento arbitral. Assim, para resolver o impasse destes conflitos de lei, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram métodos para verificação da lei aplicável à cláusula arbitral quando as partes forem omissas, como, exemplificativamente, no caso *Jirau*, abaixo examinado com detalhes.

#### A) CRITÉRIOS QUE BALIZAM A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Geralmente, os tribunais chegam a uma decisão de mérito sem justificar a lei aplicável, prestando pouca ou nenhuma atenção à lei que governa a própria arbitragem<sup>61</sup>. Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência arbitral estabeleceram métodos para escolha da lei aplicável — ainda que não haja consenso sobre a forma de se proceder nessas circunstâncias.

Segundo Alan Redfern e Martin Hunter, quando as partes silenciam sobre a lei aplicável à cláusula arbitral, existem duas principais opções: aplicar a lei do local da arbitragem ou aplicar a lei do contrato principal<sup>62</sup>. Para facilitar a questão, Redfern e Hunter elaboraram um passo a passo para fins de verificação da lei aplicável — tanto ao contrato como à cláusula arbitral<sup>63</sup>.

Primeiro, o árbitro deve verificar se existe uma escolha implícita das partes, sendo que essa sempre deve ser respeitada<sup>64</sup>. Segundo, e somente se as partes não tiverem escolhido a legislação aplicável implicitamente, o árbitro deve apurar se a escolha do fórum implicou escolha da lei, de modo a aplicar a *lex arbitri* com base no brocardo *qui indicem forum elegit jus*<sup>65</sup>.

Nesse sentido já decidiu o High Court of Justice do

---

<sup>61</sup> BLACKABY, Nigel et. al. Op. Cit. p. 181.

<sup>62</sup> Ibid. p. 219.

<sup>63</sup> Ibid. 219.

<sup>64</sup> Ibid p. 219.

<sup>65</sup> Ibid p. 220.



Reino Unido no precedente *Arsanovia Ltd & Ors v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, concluindo que a *lex arbitri* seria aplicável para fins de verificação da validade da cláusula arbitral, pois ao se submeter à arbitragem em outro país, as partes estariam aceitando aquela legislação<sup>66</sup>.

Por outro lado, Renato Nazzini afirma que a primeira escolha do árbitro sempre deve ser a lei do contrato, na medida em que existe uma presunção da sua aplicabilidade, e a segunda escolha deve ser a lei do local da arbitragem<sup>67</sup>. Nessa linha, grande parte da doutrina afirma que a *substantive law* se aplica também à cláusula arbitral; afinal, se a cláusula é uma das disposições das partes, porque aplicar lei diversa da lei escolhida para governar o contrato?<sup>68</sup>

Entretanto, há outro posicionamento no sentido de aplicar imediatamente à cláusula arbitral a lei do local da arbitragem, também denominada pela doutrina estrangeira como *seat of arbitration*. Esse é precisamente o disposto nas regras da London Court of International Arbitration (doravante denominada LCIA), senão vejamos:

16.4 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.<sup>69</sup>

Nesse cenário, pode-se concluir que as soluções propostas acima focam em estabelecer a lei aplicável à cláusula arbitral com base na lei nacional aplicável ao contrato ou na lei do local da arbitragem. Todavia, os tribunais franceses optaram

---

<sup>66</sup> [2012] EWHC 3702 (Comm). Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/3702.html>>. Acesso em 26 jan 2018.

<sup>67</sup> NAZZINI, Renato. Op. Cit. p. 99.

<sup>68</sup> BLACKABY, Nigel et. al. Op. Cit. p. 158.

<sup>69</sup> Disponível em: <[http://www.lcia.org/dispute\\_resolution\\_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article16](http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article16)>. Acesso em 26 jan 2018.

por uma terceira solução (geralmente denominada “french third way”): aplicar apenas a intenção das partes para aferir a validade da cláusula arbitral, evitando conflito de leis e qualquer discussão sobre o regime jurídico nacional aplicável<sup>70</sup>.

Para evitar a total “deslocalização” da cláusula arbitral, a Court de Cassation francesa relativizou tal abordagem, sujeitando a cláusula às disposições mandatórias da lei francesa<sup>71</sup>. Assim, no caso Dalico de 1993, a Court de Cassation concluiu que a existência e a eficácia da cláusula arbitral deveriam ser apuradas com base na intenção comum das partes, desde que observadas as regras cogentes francesas e a ordem pública internacional, mas ainda assim mantendo a dispensa de qualquer outra lei nacional<sup>72</sup>.

O Supremo Tribunal do Reino Unido teve a oportunidade de analisar o posicionamento dos tribunais franceses quando do julgamento do precedente *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. v. Ministry of Religions Affairs, Government of Pakistan*<sup>73</sup>. Naquele caso concreto, foi instaurada uma arbitragem na ICC em Paris decidindo em desfavor de um trust do governo do Paquistão.

A execução dessa decisão foi desafiada no Reino Unido, sob o argumento de que o tribunal arbitral não teria jurisdição sobre um governo não signatário — ou seja, alegação de invalidade da cláusula arbitral inserida no contrato que deu origem ao litígio. Entretanto, a Suprema Corte do Reino Unido aplicou a lei francesa, que reconhece que os princípios transnacionais podem ser aplicáveis para reconhecer a validade e efetividade de cláusula arbitral internacional<sup>74</sup>, convalidando a denominada “french third way”.

---

<sup>70</sup> BLACKABY, Nigel et. al. Op. Cit.. p. 164.

<sup>71</sup> Ibid. p. 164.

<sup>72</sup> BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerda de. Op. Cit. p. 141

<sup>73</sup> BLACKABY, Nigel et. al. Op. Cit. p. 165.

<sup>74</sup> Ibid. p. 165.

Ainda, em uma arbitragem instaurada na ICC, o tribunal se valeu dessa abordagem francesa para sujeitar empresa não signatária à cláusula arbitral, pelo fato de ela integrar o mesmo grupo econômico da empresa que celebrou o contrato (e, portanto, que se comprometeu a resolver o litígio mediante arbitragem)<sup>75</sup>. O caso ficou conhecido como Peterson Farms e teve aplicação do direito francês para fins de aferição da validade da cláusula arbitral, embora a lei aplicável ao contrato fosse do Arkansas<sup>76</sup>.

Ademais, na Suíça, a análise da cláusula arbitral pode se dar de diversas formas, para maximizar as hipóteses de validade da cláusula arbitral. O Federal Statute of Private International Law suíço de 1987 (doravante denominado Swiss PIL) prevê que a validade da cláusula arbitral pode ser aferida tanto pela lei escolhida pelas partes, pela lei que governa o contrato como um todo como pela lei suíça, conforme abaixo:

Article 178 III. Arbitration agreement

1 The arbitration agreement must be made in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text.

2 Furthermore, an arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the main contract, or to Swiss law.

3 The arbitration agreement cannot be contested on the grounds that the main contract is not valid or that the arbitration agreement concerns a dispute which had not as yet arisen.<sup>77</sup>

Esse modelo “consiste precipuamente, em combinar distintas abordagens, em prol de, sempre que possível, salvaguardar a efetividade da convenção em questão”, afinal, a finalidade da cláusula compromissória é justamente prestigiar a

---

<sup>75</sup> NAZZINI, Renato. Op. Cit. p. 102.

<sup>76</sup> Ibid. p. 102.

<sup>77</sup>

Disponível

em:

<[https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG\\_english.pdf](https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf)>. Acesso em 26 jan 2018.

vontade das partes de não se submeter à jurisdição estatal<sup>78</sup>. Fouchard, Gaillard e Goldman explicam que essa alternativa é a mais clara indicação da imparcialidade — a favor da arbitragem, obviamente — do Swiss PIL<sup>79</sup>.

O que se percebe é que não há consenso na doutrina e na jurisprudência internacional sobre os critérios para aferição da lei aplicável à cláusula arbitral, embora existam mecanismos para essa finalidade. Ainda assim, a vontade das partes e a validade da arbitragem parecem ser os fundamentos predominantes na determinação de qual lei irá reger a cláusula arbitral.

## B) O CASO JIRAU

O caso Jirau ou, como é conhecido na doutrina estrangeira, o caso SulAmérica, é um precedente paradigmático que decorre de litígio securitário envolvendo empresas brasileiras que aceitaram se submeter à arbitragem a ser realizada em Londres, com aplicação da Aida Reinsurance and Insurance Arbitration Society Arbitration Rules. Em síntese, um grupo de construtoras contratou seguro de um grupo de seguradoras (dentre as quais a SulAmérica, que acabou sendo citada nos precedentes) para cobertura dos riscos envolvidos na construção da Usina Hidrelétrica de Jirau, em Rondônia<sup>80</sup>.

O seguro foi acionado para cobrir determinado sinistro ocorrido em 2011, mas foi negado pelo grupo de seguradoras<sup>81</sup>. Após tentativas infrutíferas de acerto, as seguradoras deram início ao procedimento arbitral em Londres, em consonância com a cláusula arbitral do contrato; mas as empresas construto-

---

<sup>78</sup> BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerda de. Op. Cit. p. 141

<sup>79</sup> SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. Op. Cit. p. 238.

<sup>80</sup> PERETTI, Luiz Alberto Salton. Caso Girau: decisões na Inglaterra e no Brasil ressaltam métodos e reações distintas na determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 37, p. 29-49, jan./mar. 2013. p. 1.

<sup>81</sup> *Ibid.* p. 2.

ras ajuizaram ação em São Paulo para obter uma ordem impedindo a arbitragem (denominado na doutrina estrangeira *anti-suit injunction*).

Frente a isso, as empresas seguradoras procuraram a Commercial Court do Reino Unido para impedir que as construtoras ajuizassem ações desta espécie no Brasil; o que foi acolhido, em síntese, pelos seguintes fundamentos:

In these circumstances, it is clear to me that the law with which the agreement to arbitrate has its closest and most real connection is the law of the seat of arbitration, namely the law of England. (...) The consequence of my finding that English law is the proper law of the agreement to arbitrate means that no issue arises as to its validity (...). Whilst I am therefore very conscious of the decision of the single judge of the Court of Appeal in Brazil, who on 16th December granted an interim order to the Insureds to stop the Insurers establishing or resorting to arbitration proceedings in London (at least on the Insured's view of the effect of the order), until the Insureds' right to refuse to accede to that kind of dispute resolution was considered by the court, I cannot allow such considerations to prevent the Insurers from enforcing their right to arbitrate in accordance with English law and its own conflict of laws principles.<sup>82</sup>

Contra essa decisão, a empresa Enesa (integrante do grupo das construtoras) interpôs apelação, alegando que ela não estaria vinculada à cláusula arbitral porque ela seria governada pela lei brasileira, a qual determina que ela somente possa ser invocada com o consentimento da Enesa, por se tratar de contrato de adesão. A questão foi então examinada pelo Court of Appeals inglês do Queen's Bench Division, justamente para apurar a validade da cláusula arbitral.

Para tanto, o tribunal estabeleceu um critério com três perguntas para resolver a questão da lei aplicável. Primeiro, há escolha expressa das partes? Segundo, há escolha implícita das

---

<sup>82</sup> [2012] EWHC 42 (Comm). Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/42.html>>. Acesso em 26 jan 2018.

partes (sobretudo para as hipóteses em que as partes escolhem a lei aplicável ao contrato)? Terceiro, qual o direito mais próximo e com maior conexão real com a cláusula?

Naquele caso concreto, o Tribunal entendeu que haveriam fortes indícios de que as partes escolheram a lei brasileira, que governava o contrato principal, para regular também a cláusula arbitral, mas dois fatores demonstraram o contrário: (i) a escolha de outro país para sediar a arbitragem implica inevitavelmente a aceitação da lei deste país e (ii) a aplicação da lei brasileira provavelmente fulminaria a arbitragem.

Para o tribunal, a intenção das partes não poderia ser de que a cláusula arbitral somente fosse eficaz se a parte adversa consentisse; o que impediria, por si só, a aplicação do direito brasileiro. Convém extrair excerto da decisão que ilustra a conclusão aqui explicada:

Taking into account the various factors to which I have referred, I do not think that in this case the parties' express choice of Brazilian law to govern the substantive contract is sufficient evidence of an implied choice of Brazilian law to govern the arbitration agreement, because (if the insured are correct) there is at least a serious risk that a choice of Brazilian law would significantly undermine that agreement.<sup>83</sup>

O que se percebe é que a inaplicabilidade da cláusula arbitral segundo o direito brasileiro foi o motivo determinante para o Tribunal inglês aplicar a lei do local da arbitragem. A questão era um pouco mais complexa, pois a cláusula arbitral inserida no contrato em discussão era mista; ela exigia uma etapa antecedente de mediação, a ser regida pela lei brasileira.

Ainda assim, o tribunal entendeu que uma mesma cláusula poderia ser governada por leis diferentes, de modo que a parte de mediação seria regulada pela lei brasileira e a parte de arbitragem seria regulada pela lei inglesa.

---

<sup>83</sup> [2012] EWCA Civ 638. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>>. Acesso em 26 jan 2018.

O interessante é que esta mesma discussão foi travada perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (doravante denominado TJSP), em decorrência do indeferimento da liminar pleiteada pelas construtoras, que visava a impedir a instauração do procedimento arbitral<sup>84</sup>. Isso porque as construtoras interpuseram o agravo de instrumento n. 0304979-49.2011.8.26.0000, provido pelo TJSP, sob o argumento de que contratos de seguro são típicos contratos de adesão, que exigem concordância da parte adversa para instauração da arbitragem, nos termos do art. 4º, §2º, da Lei Brasileira de Arbitragem<sup>85</sup>.

Ainda, a decisão brasileira criticou a injunction obtida em Londres, pois não se poderia impedir “brasileiros de lutarem pelos seus direitos nos termos proclamados e resguardados por nossa Constituição Federal; principalmente quando estamos a tratar de empresas brasileiras, dirigidas por brasileiros, que contratam brasileiros e realizam obra em território brasileiro”. Tal decisão restou assim ementada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DISCUSSÃO SOBRE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM INSERIDA EM CONTRATO DE SEGURO. TUTELA INIBITÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. ART. 461, §3º, DO CPC. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. CONFLITO ENTRE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL ELETIVA DE LEI E FORO E A CLÁUSULA QUE DISPÕE SOBRE A VIA ARBITRAL. PREVALÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA A APRECIÇÃO DA MATÉRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. RISCO DE INEFICÁCIA DO PROVIMENTO FINAL. ARBITRAGEM EM LONDRES QUE IRÁ SUPRIMIR O OBJETO DA DEMANDA. LIMINAR CONFIRMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento

<sup>84</sup> PERETTI, Luiz Alberto Salton. Op. Cit. p. 2.

<sup>85</sup> Art. 4º, §2º, da Lei Brasileira de Arbitragem. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

0304979-49.2011.8.26.0000; Relator (a): Paulo Alcides; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/04/2012; Data de Registro: 21/05/2012)

Ressalta-se que essa decisão não foi unânime: o Desembargador Alexandre Lazzarini constatou que não haveria como reconhecer falta de conhecimento ou de aceitação da cláusula arbitral, tendo em vista que as partes envolvidas eram grandes empresas, aplicando-se o princípio da competência competência. Ainda que o voto divergente tenha aparentemente confundido os institutos de contratos de consumo e contratos de adesão, ele acertadamente aplicou o princípio consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, de que o próprio árbitro deve decidir sobre sua competência.

Veja-se que o posicionamento vencedor do julgado do TJSP desconsiderou a cláusula arbitral pactuada, o que claramente não se coaduna com a maioria dos julgados internacionais, que visam justamente a assegurar a validade da cláusula arbitral a qualquer custo. Por essa razão, Ricardo Dalmaso Marques critica a conclusão do tribunal paulista, sob o argumento de que ele (i) não adentrou na discussão da lei aplicável, (ii) decidiu o caso como se fosse uma arbitragem doméstica e (iii) invalidou cláusula arbitral que havia sido deliberadamente incluída no contrato celebrado entre as partes<sup>86</sup>.

Entretanto, Arnaldo Wald, Ana Gerdau de Borja e Máira de Melo Vieira parecem concordar com a solução dada pelo TJSP, senão vejamos:

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 apresen-

---

<sup>86</sup> MARQUES, Ricardo Dalmaso. Op. Cit. p. 17.



ta 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.<sup>87</sup>

Um aspecto interessante sobre essa multiplicidade de decisões sobre o mesmo tema diz respeito ao fato de o Judiciário inglês ter impedido o trâmite de ação no Brasil, sob o pretexto de que as partes haviam se comprometido a se submeter à arbitragem. A respeito, Luiz Alberto Peretti explica que a Inglaterra foi impedida de emitir anti-suit injunctions contra países membros da União Europeia, após o julgamento do caso *West Tankers* pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, extremamente similar ao caso *SulAmérica*, em que a Commercial Court do Reino Unido havia ordenado a desistência de ação na Itália por força da convenção de arbitragem<sup>88</sup>.

Esse impasse corrobora a conclusão de que a matéria em apreço é extremamente sensível, pois engloba noções de soberania nacional e validade e eficácia da própria arbitragem. Portanto, como se poderia esperar, esse caso paradigmático influenciou o posicionamento da doutrina e da jurisprudência arbitral e estatal sobre a matéria, tanto para (i) aplicar a lei do local da arbitragem também à cláusula arbitral, como para (ii) assegurar a validade da cláusula arbitral, através da aplicação da lei que mais se aproxima ao interesse das partes — visando, sempre que possível, a garantir a realização do procedimento arbitral.

## CONCLUSÃO

Parece evidente que toda a discussão sobre lei aplicável poderia ser evitada se as partes fizessem contratos claros, esco-

---

<sup>87</sup> WALD, Arnaldo; 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*, São Paulo, v. 09, n. 35, p. 15-31, out./dez. 2012. p. 7.

<sup>88</sup> PERETTI, Luiz Alberto Salton. Op. Cit. p. 8.

lhendo textualmente a lei que irá regular a validade da cláusula arbitral. Contudo, essa não parece ser uma preocupação das partes tampouco dos tribunais arbitrais.

Geralmente, a cláusula de resolução de controvérsias é um dos itens menos importantes durante o período de negociações e de elaboração do contrato — tornando-se um dos mais relevantes somente quando do surgimento do litígio. Não bastasse, os modelos de cláusulas divulgados para inclusão em contratos, em regra, não contêm menção à lei aplicável à cláusula arbitral.

Isso porque os regulamentos das principais câmaras arbitrais se preocuparam em endereçar apenas a escolha da lei material que governa o contrato, mas não a lei que irá governar a cláusula arbitral (o que seria aconselhável, já que, como visto, elas podem ser distintas). Nesse sentido, dispõe o regulamento da ICC:

#### ARTIGO 21

##### Regras de direito aplicáveis ao mérito

1 As partes terão liberdade para escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo tribunal arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o tribunal arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas.

2 O tribunal arbitral deverá levar em consideração os termos do contrato entre as partes, se houver, e quaisquer usos e costumes comerciais pertinentes.

3 O tribunal arbitral assumirá os poderes de amiable compositeur ou decidirá ex aequo et bono somente se as partes tiverem acordado em conferir-lhe tais poderes.<sup>89</sup>

Embora esses critérios possam eventualmente ser utilizados para aplicar a lei que rege a cláusula arbitral, não existem regras claras especificamente para avaliar a validade da cláusula arbitral. Sobre o tema, Neil Kaplan e Olga Boltenko criticam a postura de instituições como a ICC, a LCIA, entre outras,

---

<sup>89</sup> Disponível em: <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em 26 jan 2018.

afirmando que nenhuma grande instituição do mundo, com exceção da Hong Kong International Arbitration Centre (doravante denominada HKIAC), recomendam que as partes optem textualmente pela lei aplicável à cláusula de arbitragem, embora inúmeros árbitros tiveram que fazer construções teóricas a esse respeito<sup>90</sup>.

Deste modo, a adoção da redação sugerida pela HKIAC, que indica claramente a lei que regulamenta a cláusula arbitral, certamente reduziria a necessidade de debate sobre qual a lei aplicável, permitindo que os árbitros se limitassem a resolver o litígio. O que se percebe, nesse contexto, é que nem mesmo os tribunais arbitrais estão preocupados em prevenir lacunas no que diz respeito à lei que governa a validade da cláusula arbitral.

Ademais, volta-se a enfatizar que, na prática, diversas vezes os tribunais não analisam a questão da lei aplicável à convenção de arbitragem e, quando o fazem, usam quaisquer critérios que justifiquem a manutenção da cláusula arbitral, sem sequer examinar a lei nacional incidente. Contudo, tendo em vista que a lei aplicável à cláusula arbitral afeta a validade de todo o procedimento, não parece razoável que ela seja simplesmente desconsiderada.

De toda a sorte, se o tribunal arbitral pode ser confiado para resolver o litígio, ele também deve ser confiado para escolher a lei aplicável à cláusula arbitral (e, corolário lógico, para aferir a sua validade), ainda que inexistam parâmetros objetivos para essa finalidade. Caso as partes não estejam confortáveis com o escopo de atuação dos árbitros — e sua liberdade —, elas podem e devem celebrar contratos completos, indicando, dentre outras previsões, a lei aplicável à cláusula arbitral.

---

<sup>90</sup> KAPLAN, Neil; BOLTENKO, Olga. *The dangers of neglect: governing law of arbitration agreements*. In: Betancourt, Julio César (ed.). *Defining issues in international arbitration: celebrating 100 years of the Chartered Institute of Arbitrators*. UK: Oxford, 2016. p. 81-82.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Arbitrabilidade. In:\_\_\_\_\_. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2005. p. 71-142. cap. 2.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Regras de direito aplicáveis à solução do litígio. In:\_\_\_\_\_. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2005. p. 143-226. cap. 3.
- ARAÚJO, Nadia de; GAMA JUNIOR, Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros Princípios da Haia e perspectivas para o Brasil - Escritório Permanente da Conferencia de Haia de Direito Internacional Privado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 09, n. 34, p. 11-41, jul./set. 2012.
- ASCARELLI, Tullio. A arbitragem da Associação Comercial de Santos e os contratos de café. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 08, n. 30, p. 261-267, jul./set. 2011.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 07, n. 27, p. 11-34, out./dez. 2010.
- BASSO, Maristela (Org.); POLIDO, Fabrício Pasquot (Org.); BORJA, Ana Gerdau de. *Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos*. A prática no CAM-CCBC. São Paulo: Marcial Pons; CAM-CCBC, 2013.
- BLACKABY, Nigel et. al. *Redfern and Hunter on International arbitration*. 6. ed. UK: Oxford, 2015.

- BRAGHETTA, Adriana. A escolha da sede na arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo/SP, v. 26, n. 87, p. 7-13, set. 2006.
- BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem*. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.); MARTINS, Pedro Batista (coord.); LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 18-32.
- DOLINGER, Jacob. *A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro*. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.); MARTINS, Pedro Batista (coord.); LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72-111.
- DRAHOZAL, Christopher R. Codifying manifest disregard. *Nevada Law Journal*, Las Vegas, v. 8, n. 1, p. 234-250, jan. 2008.
- FERRARI, Franco; SILBERMAN, Linda. Getting the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 26, p. 73-121, abr./jun. 2010.
- KAPLAN, Neil; BOLTENKO, Olga. *The dangers of neglect: governing law of arbitration agreements*. In: Betancourt, Julio César (ed.). *Defining issues in international arbitration: celebrating 100 years of the Chartered Institute of Arbitrators*. UK: Oxford, 2016. p. 81-92.
- LEW, Julian. *The law applicable to the form and substance of the arbitration clause*. In: VAN DER BERG, Albert Jan (ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York convention*. ICCA congress Series. v. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

- LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. *Comparative international commercial arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003.
- MARQUES, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável a cláusulas arbitral na arbitragem comercial internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 7-37, jul./set. 2015.
- NAZZINI, Renato. *The law governing the arbitration agreement: a transnational solution?* In: Betancourt, Julio César (ed.). *Defining issues in international arbitration: celebrating 100 years of the Chartered Institute of Arbitrators*. UK: Oxford, 2016. p. 93-104.
- PERETTI, Luiz Alberto Salton. Caso Girau: decisões na Inglaterra e no Brasil ressaltam métodos e reações distintas na determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 37, p. 29-49, jan./mar. 2013.
- PITOMBO, Eleonora Coelho. *Os efeitos da convenção de arbitragem: adoção do princípio kompetenz-kompetenz no brasil*. In: LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 326-338.
- REALE, Miguel. Crise da justiça e arbitragem 1. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 10, n. 36, p. 319-322, jan./mar. 2013.
- ROOS, Cristian Conejero; GRION, Renato Stephan. Arbitration in Brazil: the ICC experience. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 03, n. 10, p. 93-139, jul./set. 2006.
- SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999.
- SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. O juízo arbitral no direi-

to brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 451-463, abr./jun. 2015.

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*, São Paulo, v. 09, n. 35, p. 15-31, out./dez. 2012.