

Document information

Publication

Revista Brasileira de Arbitragem

Jurisdiction

Brazil

Bibliographic reference

Ricardo Dalmaso Marques, 'A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2015, Volume XII Issue 47) pp. 7 - 37

A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional

Ricardo Dalmaso Marques

Ricardo Dalmaso Marques (1) (★)

O presente artigo se propõe a (i) expor, brevemente, a forma pela qual são, na teoria e na prática, definidas as “leis aplicáveis” na arbitragem comercial internacional; (ii) enfatizar a importância da correta e clara determinação da lei aplicável à cláusula arbitral, detalhando, em especial, os recentes paradigmáticos casos sobre o tema; e (iii) delimitar, na medida do possível, e com vistas à preservação da expectativa das partes e da segurança jurídica buscada na arbitragem comercial internacional, (iii.1) as precauções que podem ser tomadas pelas partes no momento de redação do contrato e da cláusula arbitral e (iii.2) como deve ser vista e avaliada, por tribunais arbitrais e judiciais, a questão da lei aplicável à cláusula arbitral quando ela não tiver sido definida pelas partes.

This article aims at (i) briefly addressing how the several applicable laws in international commercial arbitration are determined in theory and in practice, (ii) by detailing in particular the most recent paradigmatic cases on the subject, emphasizing the importance of a correct and clear determination of the law applicable to the arbitration agreement, and (iii) establishing – as much as possible and having in mind the main intention to preserve the parties' expectations and the legal certainty aimed in international commercial arbitration – (iii.1) the precautions that may be taken by the parties when drafting contracts and the arbitration agreement, and (iii.2) how the subject of the applicable law to the arbitration agreement is recommended to be viewed and analyzed by arbitral tribunals and the courts when such issue is not expressly agreed upon by the parties in advance.

1 Introdução: A Lei Aplicável como Fator Decisivo na Arbitragem Comercial Internacional

↑
P 7
↓
Temas relativos à lei aplicável são capitais na resolução de disputas judiciais ou arbitrais. Disputas internacionais ou transnacionais (2), em particular, ● dão azo a dúvidas acerca de qual lei deve ser aplicada a cada uma das questões materiais e processuais controversas que podem surgir da relação entabulada. E, a despeito das louváveis iniciativas buscando harmonizar a interpretação e a aplicação de leis nas mais diversas jurisdições e internacionalmente (3), a definição da lei aplicável acaba por alterar sensivelmente as bases e os resultados do negócio celebrado e do conflito surgido. Alterando-se as regras do jogo, são impactados também os seus resultados.

Afinal, a não ser quando recebem das partes ou da lei poderes para julgar por equidade ou atuar como *amiable compositeurs*, juízes ou árbitros devem aplicar a lei estritamente. Mais precisamente na arbitragem, como se sabe, quando as partes optam por uma arbitragem de direito (tendo também eleito uma lei específica como aplicável ao mérito da disputa), há a possibilidade de flexibilização do procedimento, mas nunca do mérito (4). Com efeito, o método pelo qual árbitros e juízes enfrentam e determinam a lei aplicável é sempre vital para o resultado na resolução de conflitos.

No processo judicial, como cada tribunal nacional possui sua *lex fori*, da qual as partes muito raramente fugirão (a não ser que decidam pela aplicação de uma lei estrangeira ao mérito, conforme as regras de conflito aplicáveis) (5), a questão da definição da lei aplicável costuma ser menos controversa – mormente quanto a aspectos processuais. Na arbitragem comercial internacional, por outro lado, tendo em vista as diversas leis e regras que podem se mostrar aplicáveis quanto a cada uma das questões relevantes (de mérito ou de procedimento), a determinação de cada uma dessas leis, no caso concreto, não raramente se mostra mais complexa. Diz-se, pois, que são diversas as “leis ● aplicáveis” na arbitragem comercial internacional, e a interface entre elas nem sempre é de simples definição (6).

No presente artigo, dá-se enfoque a uma dessas “leis aplicáveis” existente na arbitragem comercial internacional: a lei aplicável à cláusula arbitral, cuja determinação por tribunais arbitrais e judiciais tem ocasionado relevantes dúvidas no cenário internacional. A (talvez compreensível) prática de não se estipular expressamente na cláusula arbitral a lei que a regeria tem originado dúvidas quanto à aplicabilidade, à cláusula arbitral, da lei da sede da arbitragem (*lex loci arbitri*) ou da lei que as partes elegeram para reger o contrato (*lex contractus*), por exemplo. Considerando que os planos da existência, validade e eficácia da cláusula arbitral – assim como os seus efeitos, o seu cumprimento e a sua interpretação (como verdadeiro “negócio jurídico processual”) (7) – estão intimamente atrelados à jurisdição dos árbitros (ou à ausência dela), qualquer imprecisão pode conduzir ao início

de *anti-suit injunctions* (ou medidas “anti-processo”) e de vários contenciosos nos mais diversos países.

Nesse cenário, qualquer questão que surja acerca da forma pela qual deve ser efetivada ou interpretada a cláusula arbitral pode abrir caminho para ações judiciais e arbitragens paralelas e contraditórias em mais de uma jurisdição, uma vez que grande parte das legislações arbitrais nacionais – cada qual em determinada extensão – permite a propositura de *anti-suit injunctions* com o propósito de assegurar o cumprimento da cláusula arbitral, por exemplo. Como esclarece Gary Born (8) :

[...] antisuit injunctions are, in appropriate circumstances, an effective means of enforcing the negative obligations imposed by international arbitration agreements. They are not inconsistent with the New York Convention (because they enforce, rather than breach, international arbitration agreements) and, used appropriately, offer important benefits.

O propósito do presente artigo, nesse contexto, consiste em (i) expor, brevemente, a forma pela qual são, na teoria e na prática, definidas as “leis aplicáveis” na arbitragem comercial internacional; (ii) enfatizar a importância da correta e clara determinação da lei aplicável à cláusula arbitral, detalhando, em especial, os recentes paradigmáticos casos sobre o tema; e (iii) delimitar, na medida do possível, e com vistas à preservação da expectativa das partes e da segurança jurídica buscada na arbitragem comercial internacional, (iii.1) as precauções que podem ser tomadas pelas partes no momento de redação do contrato e da cláusula arbitral e (iii.2) como deve ser avaliada, por tribunais arbitrais e judiciais, a questão da lei aplicável à cláusula arbitral quando ela não tiver sido definida pelas partes.

▲ P 9
● P 10
▼

Nesse passo, no presente artigo, não serão abordados a extensão e os limites do princípio *kompetenz-kompetenz* no Direito brasileiro e na arbitragem internacional – porquanto já analisados em outra oportunidade (9) . Para os fins desta análise, tomam-se como premissas as noções de que (a) a flexibilização do princípio *kompetenz-kompetenz* varia de jurisdição para jurisdição e (b) a análise prévia da validade, existência ou eficácia da cláusula arbitral pelos tribunais judiciais previamente aos árbitros somente pode ocorrer em situações limítrofes, em casos de vícios teratológicos. Nesse sentido, adota-se como premissa crucial que somente deveriam ser admitidas pelos tribunais judiciais as *anti-suit injunctions* que tenham como propósito (i) assegurar o cumprimento da cláusula arbitral ou (ii) obstar o prosseguimento de arbitragem que inequivocamente e *prima facie* foi instaurada a partir de convenção de arbitragem inexistente, inválida ou ineficaz, por exemplo.

Esclareça-se, ainda, que o presente artigo tem como escopo apenas a arbitragem comercial internacional, entendida como aquela com algum elemento estranho a uma mesma nacionalidade, nos termos do art. 1(3) da Lei-Modelo da Uncitral (10) – ainda que possa esse conceito diferir (ou mesmo inexistir) conforme a lei nacional de cada país (11) . As questões que aqui se põem claramente não se verificam na arbitragem doméstica, na qual as partes optam por lei aplicável (quanto a aspectos de mérito ou de procedimento) que, na quase absoluta integralidade dos casos, identifica-se com a nacionalidade da sede, das partes e da relação contratual, por exemplo. Nesse caso, não parece haver maiores dúvidas acerca de qual deve ser a lei aplicável a ser considerada e aplicada pelo tribunal arbitral (12) . Tampouco se está tratando, evidentemente, de arbitragens ● de investimento, que são regidas por tratados bilaterais ou multilaterais e por outras normas de direito internacional público (13) .

▲ P 10
● P 11
▼

2 Premissa: A Escolha da Lei Aplicável (ou fas “Leis Aplicáveis”) na Arbitragem Comercial Internacional

A doutrina de eleição da lei aplicável compõe a parcela do direito processual mais relacionada ao Direito Internacional Privado, conhecida como “conflito de leis”. Esse conflito pode existir tanto quanto (i) à lei material, que consiste naquela que define a natureza e o conteúdo dos direitos e das obrigações impostos às partes pelo negócio jurídico; como (ii) à lei processual, que é aquela que determina os métodos pelos quais os direitos e as obrigações materiais serão definidos ou resolvidos (14) . Em outras palavras, o direito processual envolve também os conflitos de leis. Como indicou a *International Law Association (ILA)*, em seu *report* sobre o tema em 2008, apresentado no Rio de Janeiro, “*the determination of the contents of the applicable law is by and large a matter of procedure*” (15) .

A maioria das legislações e dos regulamentos arbitrais nacionais confere ampla autonomia às partes para escolherem as leis materiais e processuais aplicáveis na arbitragem (16) . É o caso da Lei nº 9.307/1996 (“Lei Brasileira de Arbitragem”), que, em seu art. 2º, § 1º, estabelece que “[p]oderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. Como se pode observar da expressão “regras de direito”, a autonomia concedida diz respeito tanto à lei material quanto à lei processual que serão aplicadas na arbitragem (17) .

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*) (18).

Diferentemente do que ocorre na esfera judicial, não há, na arbitragem comercial, regras codificadas e jurisprudência vasta sobre como a lei aplicável deve ser determinada em cada caso. No âmbito judicial, como se sabe, não é necessariamente pacífico – a depender da jurisdição relevante – o entendimento de que podem as partes livremente eleger a lei material aplicável (por exemplo, direito estrangeiro) (19). No Brasil, por exemplo, a doutrina e a jurisprudência divergem a respeito da possibilidade de as partes elegerem lei aplicável diversa daquela estabelecida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto nº 4.657, de 04.09.1942), cujo art. 9º prevê que a lei aplicável às obrigações assumidas pelas partes será (talvez necessariamente) aquela do país em que forem constituídas (20). Essa discussão é bem sintetizada por Luiz Olavo Baptista (21):

A aceitação dos critérios da norma brasileira não foi pacífica na doutrina. Há quem entenda que a regra do art. 9º da LICC só se aplica se não houver escolha pelas partes de outra lei: é a opinião, por exemplo, de Valladão e de Strenger. Ambos são partidários da teoria da “autonomia da vontade”, segundo a qual, como já vimos anteriormente, as partes estão livres para se colocar sob o império de qualquer das leis aplicáveis à relação contratual (há os que dizem apenas *qualquer lei*). [...] No Brasil, é possível escolher a lei aplicável de duas formas: firmando o contrato no local cuja lei se deseja ver prevalecer, ou escolhendo, ● de modo expresso quando o contrato ocorra em situação sob a regência das convenções da CIDIP V, do Mercosul, ou quando há cláusula arbitral.

Na arbitragem internacional, porém, essas limitações não se verificam, porquanto não há, necessariamente, nesse caso, “direito estrangeiro” (22). Como estabelecem as legislações nacionais mais modernas, o tribunal arbitral está autorizado a aplicar as regras de conflito de leis que considerar mais apropriadas, sem vínculo obrigatório às regras de determinada jurisdição (23). Na Europa, por exemplo, a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (80/934/CEE), de 1980 (“Convenção de Roma”), aplica-se aos tribunais judiciais, mas não obrigatoriamente aos tribunais arbitrais, que podem ser orientados pelas regras de conflito de leis mais adequadas, conforme a vontade expressada pelas partes (24).

Grande parte das legislações, dos regulamentos arbitrais e dos contratos, inclusive, dispõe que a lei material aplicável à arbitragem – que deve ser aplicada pelo tribunal arbitral –, em geral, será (i) a lei eleita como aplicável pelas partes, (ii) a lei com conexão mais próxima com o caso ou (iii) a lei da sede comercial do vendedor. Maurício Gomm dos Santos adverte, ainda, que a atenção às leis de possível execução também é relevante, pois o tribunal “deve ter certeza que o acordo é passível de cumprimento no país ou em países onde o cumprimento poderá ser reclamado” (25).

Cabe aos árbitros avaliar, portanto, conforme as circunstâncias do caso, a lei aplicável a cada uma das questões materiais e procedimentais que lhes foram submetidas (26). Trata-se da chamada “via direta” (*voie directe* ou *direct approach*), que consistirá na interpretação da lei aplicável quando as partes expressamente elegerem uma legislação a ser aplicada, em semelhança ao sistema previsto pelo art. 3(1) da Convenção de Roma:

Art. 3º

Liberdade de escolha

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias ● da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.

Também como exemplo, a Seção 46(1) do *English Arbitration Act 1996* estabelece que o tribunal arbitral deve julgar a disputa conforme a lei eleita pelas partes como aplicável ao mérito da disputa, ou conforme outros elementos previstos pelas partes ou decididos pelo tribunal (“*other considerations as are agreed by [the parties] or determined by the tribunal*”). Ressalte-se, nada obstante, que os regulamentos de arbitragem (que são incorporados à cláusula arbitral pela vontade das partes) podem estabelecer regras de conflitos de leis também diferentes daquelas trazidas pela lei da sede, por exemplo. Com destaque, o art. 21 do atual Regulamento de Arbitragem da CCI de 2012 estabelece regras próprias, que também devem ser consideradas pelo tribunal arbitral tanto na via direta como na indireta de determinação da lei aplicável:

Art. 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.

Quando as partes não estipularem expressamente a lei material aplicável, por outro lado, o tribunal deverá fazer uso da “via indireta” (*voie indirecte* ou *indirect approach*), segundo a qual a lei aplicável ao mérito deverá ser determinada conforme as regras de conflito de leis que considerar mais apropriadas (27). Mais uma vez como parâmetro, a Seção 46(2) do *English Arbitration Act 1996* prevê que, ausente qualquer eleição pelas partes, caberá ao tribunal definir a lei aplicável à disputa conforme as regras de conflito de leis que considerar aplicáveis (28). Por fim, caso a via indireta tampouco se mostre possível pelas peculiaridades do caso, a definição da lei material aplicável será uma questão de discricionariedade do tribunal arbitral – e não necessariamente a lei da sede.

▲ P 14

● P 15

Como se pode observar, os tribunais arbitrais possuem considerável liberdade para decidir a respeito do tema (29), o que não pode, contudo, ser confundido com arbitrariedade (30). É nessa análise, por exemplo, que a lei inglesa – como muitas outras (31) – possibilita ao árbitro que avalie qual seria a lei com a mais próxima e real conexão com o contrato (*closest and most real connection test*) (32). Toda essa digressão não é sem sentido para os fins da presente análise; como se verá adiante, a lei material aplicável pode afetar sensivelmente questões processuais e procedimentais.

Quando se trata da lei processual, a questão da eleição da lei aplicável ganha contornos ainda mais complexos. Enquanto, no processo judicial, a lei processual aplicável consiste exatamente naquela do tribunal judicial nacional que possui jurisdição e competência para julgar a causa; na arbitragem, há razoável consenso de que a lei processual a ser aplicada será aquela da sede (ou local, conforme a lei nacional aplicável) da arbitragem – o que é corroborado por algumas legislações nacionais e sentenças arbitrais (33). Como esclarecem Michael Hwang e Fong Lee Cheng: “*The seat is very closely related to the law governing the conduct of the arbitration (often known as ‘the curial law’). The curial law usually is the law of the seat. It must be noted that there can be a different law governing the arbitration agreement*” (34).

A questão que surge, ato contínuo, é: Qual a lei aplicável estritamente à cláusula arbitral? A lei material, a lei processual, aquela que rege o contrato ou aquela da sede? Como se verá adiante, uma série de dúvidas pode surgir antes, durante ou após a arbitragem quanto à cláusula arbitral, em especial no que toca à sua existência, validade e eficácia – dúvidas essas que têm ocasionado relevantes dificuldades no âmbito internacional. Como assevera Frédéric Barchand, “*no consensus has emerged on how to answer a simple yet fundamental question: what law governs that agreement? The controversy surrounding this issue does disservice to the system’s users, who – as is well known – greatly value certainty and predictability*” (35).

▲ P 15

● P 16

3 Problemática: A Importância (E As Dúvidas Acerca) da Lei Aplicável à Cláusula Arbitral

Como se pode notar, são diversas as “leis aplicáveis” que merecem destaque na arbitragem comercial internacional. Entre elas estão, principalmente: (i) a lei que rege o contrato e/ou as obrigações e os deveres pactuados entre as partes (*lex contractus*); (ii) a lei processual (normalmente, a lei da sede da arbitragem), que define questões relativas à condução da arbitragem, como a indicação de árbitros, a sentença arbitral e as causas de intervenção dos tribunais judiciais (*lex arbitri* ou *curial law*) (36); (iii) a lei que rege a cláusula arbitral; e (iv) a lei do local onde a homologação e a execução da sentença podem se fazer necessárias (37).

É indiscutível a importância, assim, em uma arbitragem comercial internacional, da clara definição da lei aplicável a cada uma das questões que serão resolvidas, pelo árbitro ou pelo juiz togado (esse em função de apoio ou controle legal à arbitragem). Parece claro que, nessa seara, cada uma dessas leis aplicáveis pode ser diferente das demais, o que certamente afetará a interpretação a ser dada a cada um desses aspectos do procedimento arbitral. Entre essas leis aplicáveis, cada qual com a sua relevância própria, destaca-se no presente artigo a lei aplicável à cláusula arbitral, cuja determinação tem causado sérias dificuldades de cunho teórico e prático no Brasil e no mundo.

Como ênfase principal, a presunção de que a lei aplicável ao contrato será sempre também a lei aplicável à cláusula arbitral não se mostra necessariamente correta (38). As discussões travadas sobre o tema demonstram que ele não ganhou compreensão ou aceitação unânimes ou prevalentes no cenário internacional. Não há dúvidas de que a cláusula arbitral, nas legislações arbitrais modernas, é considerada independente e autônoma em relação ao contrato ● em que está inserida. Trata-se da chamada “separabilidade” ou autonomia (*separability*) da cláusula arbitral, incorporada no Brasil por meio do art. 8º da Lei de Arbitragem (39). Em termos teóricos e práticos, a cláusula

▲ P 16

● P 17

arbitral é considerada um contrato separado e autônomo, cuja validade não é necessariamente afetada pela potencial invalidade do contrato principal (40). Como consequência, a cláusula arbitral é regida por uma lei própria, que pode (ou não) divergir da lei que rege o contrato como um todo.

A lei aplicável à cláusula arbitral, como parece óbvio, raramente (para não se dizer nunca) é estipulada expressamente pelas partes no contrato. Esse fato não reduz a sua relevância, já que os termos da cláusula arbitral – o que engloba a lei que a rege – definirão fatores decisivos para a instauração, a condução e a conclusão do procedimento arbitral, e também para a prolação e o cumprimento da sentença arbitral, tais como (i) os planos da existência, validade, eficácia da cláusula arbitral; e (ii) a interpretação e o escopo da cláusula arbitral. Como indica o Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) em sua recente publicação sobre o tema, “*the law of the arbitration agreement potentially governs the formation, existence, scope, validity, legality, interpretation, termination, effects and enforceability of the arbitration agreement as well as identities of the parties to the arbitration agreement*” (41).

Esclareça-se, de antemão, que não se está tratando necessariamente da lei que rege a arbitrabilidade da disputa, que provavelmente será a da sede (*lex loci arbitri*) para as matérias de apoio judicial à arbitragem, ou, no processo de homologação, aquela do país em que se busca o reconhecimento e a execução, nos termos do art. V(2)(a) da Convenção de Nova Iorque de 1958. Na linha do quanto esclarece Klaus Peter Berger, “*the legal determination of the objective arbitrability of the subject matter of the arbitration is only relative, i.e., limited to the viewpoint of the forum whose rules are applied*” (42). Segundo o mesmo autor, a lei aplicável à cláusula arbitral deverá reger matérias como a validade, a eficácia e, também, a extensão do pacto (43):

^{P 17}
—
^{P 18}
▼
The law determined according to the conflict of laws rule explained above governs all issues that relate to the substantive validity of the arbitration agreement. ● This includes the conclusion of the arbitration agreement, i.e., the validity of offer and acceptance and the determination of the moment of conclusion of contract, as well as errors of consent such as fraud, error, coercion, undue force, etc., and the execution and termination of the arbitration agreement, e.g., duration, impossibility, the prerequisites and consequences of cancellation and the application of the rule exceptio non adimpleti contractus. Finally, this law governs all questions that relate to the scope of the arbitration agreement, including the extension of the arbitration agreement to third parties. Typically, this latter issue must be determined by applying the rules of contract interpretation of that law, including the principle of in favorem validitatis dealt with above.

De forma crucial, a lei que rege a cláusula arbitral acaba por definir nada menos do que a existência (ou não) de jurisdição dos árbitros sobre a disputa, e, como resultado, também a possibilidade de um tribunal judicial decidir o mérito daquele determinado conflito. A lei aplicável à cláusula compromissória toca sensivelmente, portanto, um dos principais “calcanhares de Aquiles” da arbitragem internacional: as chamadas *anti-suit injunctions*, que costumam ser utilizadas em favor ou contra a arbitragem.

Se a lei de Nova Iorque rege a cláusula arbitral, por exemplo, conforme as Seções 7501 e seguintes do *New York Civil Practice Law and Rules (CPLR)*, a jurisdição do tribunal arbitral poderá ser condicionada (i) à validade da cláusula arbitral, (ii) à observância da cláusula arbitral pelas partes e (iii) à não decorrência do prazo prescricional ou decadencial do pleito formulado (44). Ainda, em caso de violação da cláusula arbitral por uma das partes, os tribunais de Nova Iorque poderão conceder *anti-suit injunctions* para garantir a observância da cláusula arbitral “*to foster New York's position as the international capital of business and finance*” (45).

O mesmo vale, também como exemplo, para o Brasil, que exige a forma escrita como requisito da cláusula arbitral (art. 4º, § 1º), e também admite, mesmo que em excepcionais situações, medidas com vistas a preservar a jurisdição dos árbitros, quando se verifica a violação da cláusula arbitral por alguma das partes (46). Não por outro motivo, pois, que a International Law Association, em ● seu *report* já mencionado, tratou da lei aplicável à cláusula arbitral como a lei (ou regras) que rege a jurisdição do tribunal arbitral (*rules governing the jurisdiction of the arbitral tribunal*) (47):

^{P 18}
—
^{P 19}
▼
Rules governing the jurisdiction of the arbitral tribunal, in particular the rules relating to the existence, the validity, the scope and the effects of the arbitration agreement (including questions relating to the capacity of the parties to enter into the arbitration agreement) and rules governing arbitrability, i.e., whether a particular kind of dispute can be resolved by arbitration.

Para indicar as complexidades que têm surgido do tema, destaca-se, entre os diversos casos conhecidos internacionalmente sobre o assunto, três considerados paradigmáticos envolvendo o Reino Unido (o primeiro deles também relacionado ao Brasil) nos últimos anos. Algumas linhas sobre esses três precedentes são traçadas a seguir, para que se possa avaliar de que forma o tema da lei aplicável à cláusula arbitral se mostra relevante e como ela deve ser determinada nos casos mais sensíveis.

3.1 Sulamerica cia. Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia and others [2012] ewca civ 638 (“Sulamerica”)

No caso *Sulamerica*, a disputa surgiu, em março de 2011, a partir de contratos de seguro firmados por empresas brasileiras, encarregadas pela construção da usina hidrelétrica de Jirau, no Rio Madeira, em Rondônia, e seguradoras brasileiras e estrangeiras. As apólices de seguro estabeleceram a lei brasileira como aplicável, mas previram Londres, na Inglaterra, como sede da arbitragem; havia também, contudo, previsões aparentemente incompatíveis de eleição de foro judicial no Brasil e da arbitragem sediada na Inglaterra. Como é de praxe, não houve estipulação da lei aplicável à cláusula arbitral (48).

O conflito de jurisdições nasceu quando as empresas seguradas (brasileiras) ajuizaram, em dezembro de 2011, ação perante os tribunais pátrios buscando impedir o prosseguimento da arbitragem iniciada pelos seguradores em Londres um mês antes, alegando invalidade e inobservância do escopo da cláusula arbitral por esses últimos (a primeira *anti-suit injunction*, portanto). Alguns dias depois, as seguradoras (brasileiras e estrangeiras) seguiram aos tribunais ingleses, pleiteando também a concessão de *anti-suit injunction*, essa para impedir as empresas seguradas de prosseguir com a medida “antiarbitragem” que haviam iniciado no Brasil. Estava instaurada a “luta de *anti-suit injunctions*” nos territórios brasileiro e inglês (49).

A apreciação que deveria ser feita por ambos os tribunais, como se pode notar, dizia respeito notadamente à validade e ao escopo da convenção de arbitragem prevista nas apólices – o que deveria ser aferido conforme a lei aplicável à cláusula arbitral. Conforme se introduziu anteriormente, somente poderiam os juízes brasileiro e inglês intervir para (i) fazer cumprir a cláusula arbitral ou (ii) impedir o prosseguimento de arbitragem caso se verificasse, *prima facie*, vício teratológico na cláusula compromissória. As respectivas jurisdições dos tribunais brasileiro e inglês dependiam, assim, da validade e do escopo da cláusula arbitral.

Como foi amplamente divulgado à época, tanto os tribunais brasileiros como os ingleses decidiram pela sua própria jurisdição para apreciar as respectivas ações intentadas pelas partes (50). O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão por maioria, de abril de 2012, confirmou liminar que já havia sido concedida pelo desembargador relator em dezembro de 2011, decidindo que as seguradoras estavam proibidas de prosseguir com a arbitragem em Londres até que fosse decidida a questão da validade da cláusula arbitral, sob pena de multa diária de R\$ 400 mil. Observe-se, entretanto, que o tribunal paulista não fez qualquer avaliação acerca da lei aplicável à cláusula arbitral, presumindo-se que seria a brasileira, e, portanto, afirmando que seria ela inválida sob esse ordenamento (51):

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”. (52)

Os tribunais ingleses, por outro lado, em decisão anterior, de janeiro de 2012, haviam enfrentado diretamente a questão da lei aplicável à cláusula arbitral antes de avaliar se possuíam (ou não) jurisdição para apreciar o pedido de *anti-suit injunction* promovido pelas seguradoras. Em resumo, entendeu a Commercial Court que, ausente previsão específica a respeito da lei aplicável à cláusula arbitral, a lei da sede da arbitragem seria aquela com a mais próxima e real conexão com o contrato (no caso, a lei inglesa). Na Court of Appeal, em maio de 2012, a decisão final de aplicabilidade da lei inglesa [da sede, portanto] se manteve; contudo, nessa decisão superior, ressaltou-se que seria apenas “excepcional” que a lei aplicável à cláusula arbitral divergisse da lei aplicável ao contrato – que deveria ser considerada um “forte indicativo” de que seria aquela a lei que as partes pretendiam deveriam reger também a cláusula arbitral (53):

As a general rule the arbitration agreement will be governed by the same law, since it is part of the substance of the underlying contract. But this is not an absolute rule, since other factors may point clearly to some other system of law. Thus if the arbitration is to be held in the territory of a state which is party to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Awards, section 5(2)(b) of the Arbitration Act 1975 [now section 103(2)(b) of the Arbitration Act 1996] appears to give rise to a rebuttable presumption that the law governing the validity of the arbitration agreement is the law where the award is to be made. The presumption would we submit readily be rebutted in favour of the proper law of the underlying contract.

Entendeu a Court of Appeal inglesa, por outro lado, que, conforme as regras de conflito de leis inglesa, dois fatores demonstrariam que as partes não pretendiam escolher a lei brasileira como aplicável à cláusula arbitral (a despeito de ser ela a lei que regia o contrato): (i) a escolha de Londres como sede da arbitragem e (ii) a suposta invalidade da cláusula arbitral sob o direito brasileiro (54). Como fator final, ainda se apontou que a

escolha de Londres como sede da arbitragem significava o estabelecimento da mais próxima e real conexão (“*the closest and most real connection*”) com a lei inglesa, e não com a brasileira (55). Aparentemente, as partes chegaram a um acordo e a frente judicial no Brasil foi encerrada em dezembro de 2013.

▲
P 21

●
P 22
▼

3.2 *Arsanovia Ltd v. Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 2 all ER 1

No caso *Arsanovia*, em 2010, diversos conflitos se verificaram entre empresas do Chipre e das Ilhas Maurício a partir de *Shareholders Agreement* e de *Keepwell Agreement*, que previam as leis da Índia como aplicáveis, mas estabelecendo a resolução de conflitos por arbitragem sediada em Londres, sob a administração da LCIA – London Court of International Arbitration. De forma resumida, três sentenças foram proferidas pelo tribunal arbitral constituído, tendo os requerentes buscado a invalidação de duas delas, alegando ausência de jurisdição do tribunal arbitral (56).

De forma semelhante ao caso *Sulamerica*, a definição da lei aplicável à cláusula arbitral se mostrava crucial para o caso, uma vez que definiria se o tribunal arbitral possuía (ou não) jurisdição para julgar o conflito, e, se a lei aplicável fosse a indiana, a cláusula arbitral poderia ser considerada inaplicável a uma das partes. Como se pode notar, a principal diferença com relação ao caso *Sulamerica* dizia respeito ao fato de que, em *Arsanovia*, sentenças arbitrais já haviam sido proferidas e poderiam ser invalidadas em caso de decisão negativa de jurisdição (*substantive jurisdiction*) (57).

A Commercial Court, em dezembro de 2012, seguindo o mesmo racional do caso *Sulamerica* – porém chegando a decisão diametralmente oposta –, e entendeu que as partes teriam implicitamente escolhido as leis da Índia como aplicáveis à cláusula arbitral, porquanto (i) a escolha dessa lei como regendo o contrato deveria ser considerada o “indicativo mais forte” da vontade das partes; (ii) não haveria qualquer outra indicação de que essa não seria a escolha implícita, a não ser a escolha da sede em Londres, que *per se* não seria decisiva; e (iii) havia previsão expressa no contrato de que se aplicariam dispositivos da Indian Arbitration and Conciliation Act 1996 relativos à concessão de tutelas de urgência, o que, *contrario sensu*, demonstraria que as partes entendiam que essa lei seria aplicável ao caso (58).

3.3 *Habas Sinai ve Tibbi Gazlar Istihsal Andustrisi as and Vsc Steel Company Ltd* [2013] Ewhc 4071 (Comm)

Em dezembro de 2013, a Commercial Court, em julgamento de ação de invalidação de sentença arbitral, basicamente referendou o entendimento que havia sido manifestado nos casos *Sulamerica* e *Arsanovia* quanto à definição da lei aplicável à cláusula arbitral a partir da lei do contrato, como regra. A diferença básica com relação a esses dois casos consistiu no fato de que o contrato ● principal, firmado entre empresas da Turquia e de Hong Kong, não estabelecia a lei aplicável ao contrato em si, e tampouco à cláusula arbitral (59).

▲
P 22

●
P 23
▼

Entendeu a Commercial Court, nessa linha, que a lei aplicável ao contrato principal deveria ser examinada em antecedência a qualquer análise de validade. No caso em questão, todavia, como as partes não haviam eleito uma lei aplicável ao contrato, decidiu-se que (i) a *lex contractus* deveria ser da Turquia, por possuir maior proximidade com a relação contratual em si; contudo, (ii) a lei da sede (a lei inglesa) consistiria naquela com a qual a cláusula arbitral possuiria a sua mais próxima e real conexão. Nesse caso em especial, aliás, decidiu-se expressamente que a capacidade e os poderes para se eleger a lei aplicável ao contrato principal podem ser diferentes daqueles necessários para se definir a lei aplicável a outras questões, como a da cláusula arbitral e da sede (60).

3.4 A Lei Que Rege O Contrato Ou A Lei da Sede Deve Consistir No “Mais Forte Indicativo” do que As partes pretendiam Seria a lei aplicável à Cláusula Arbitral?

Os casos *Sulamerica*, *Arsanovia* e *Habas* sumarizados *supra*, como se pode notar, sugerem que a *lex contractus* deveria ser considerada o “fator mais relevante” – mas não absoluto – para se estabelecer qual deve ser determinada como lei aplicável à cláusula arbitral. Esses casos estão em linha, em tese, com o precedente *NTPC v. Singer, AIR 1993 SC 998*, de 1992, em que a Supreme Court of India decidiu que (i), em caso de indefinição, a lei aplicável à cláusula arbitral seria aquela que regeria o contrato, e (ii) somente na ausência de *lex contractus*, a sede deveria ser considerada como possuindo uma *closest connection* com a disputa (61).

▲
P 23

●
P 24
▼

Essas decisões, entretanto, não demonstram necessariamente a posição prevalente sobre o assunto em termos internacionais, até porque diversos praticantes ● da lei inglesa pontuaram precisamente que os precedentes referidos acima contrariavam o posicionamento que havia sido adotado pelos tribunais ingleses, por exemplo, em *C v. D* [2007] EWCA Civ 282 (62), de que a lei da sede deveria ser considerada, na maioria dos casos, a lei aplicável à cláusula arbitral (“*in most cases, the law of the arbitration agreement will coincide with the curial law*”) (63). Aliás, o próprio caso *C v. D* já havia sido considerado uma alteração relevante de entendimento pelos tribunais ingleses, demonstrando a flutuação que o tema enfrentou nas últimas décadas (64). Pouco antes do

caso *Sulamerica*, por exemplo, no caso *Abuja International Hotels Ltd v. Meridien Sas* [2012] *EW HC 87 (Comm)*, os tribunais ingleses haviam decidido que a sede da arbitragem em Londres – e não a *lex contractus* – significaria a mais próxima e real conexão com a cláusula arbitral (65).

E não são apenas esses os casos recentes relevantes. Em *FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd and others* [2014] *SGHCR 12, 19 June 2014*, a *Singapore High Court* não seguiu as mesmas premissas adotadas no caso *Sulamerica*, decidindo que, ausentes indicações em sentido contrário, a lei da sede deve ser considerada a “escolha implícita das partes” para reger a cláusula arbitral. Decisões semelhantes foram proferidas, (i) pela *Swedish Supreme Court*, em *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. Al Trade Finance Inc* (2001) *XXVI Ybk Comm Arb 291*; e (ii) pelo *Brussels Tribunal de Commerce*, em *Matermaco SA v. PPM Cranes Inc* (2000) *XXV Ybk Comm Arb*.

Em resumo dos entendimentos analisados, parece-nos que ambos os posicionamentos são embasados em razoáveis argumentos, que são a seguir listados e resumidos para maior facilidade de compreensão e apresentação:

(A) Lei que Rege o Contrato (*Lex Contractus*)

▲
P 24
—
P 25
▼

- (a.1) As partes, quando elegem a lei que regerá o contrato, pretendem que essa mesma lei reja todas as relações contratuais advindas do contrato, incluindo a cláusula arbitral; não deveriam as partes, assim, ser surpreendidas com outra lei como aplicável – haveria, como afirma Julian D. M. Lew, uma “forte presunção” de que a lei que rege o contrato também regeria a cláusula arbitral (66);
- (a.2) A sede, na arbitragem internacional, deveria ser considerada como possuindo reduzido – ou nenhum – impacto sobre a lei aplicável;
- (a.3) Para alguns, a “lei aplicável” mencionada no art. V.1(a) da Convenção de Nova Iorque de 1958 (67) estaria se referindo à lei que rege o contrato, e, portanto, a referida convenção corroboraria a maior proximidade da *lex contractus* com a lei da cláusula arbitral (68).

(B) Lei da Sede (*Lex Loci Arbitri*)

- (b.1) As partes, quando elegem a sede da arbitragem, pretendem que todos os aspectos da disputa (em especial, os processuais) sejam regidos pela lei daquela sede, o que englobaria também a validade da cláusula arbitral;
- (b.2) A Convenção de Nova Iorque de 1958, em seu art. V.1(a), ao mencionar a “lei do país onde a sentença foi proferida”, estabeleceria que, ausente a previsão expressa pelas partes acerca da lei aplicável à cláusula arbitral, a sua validade deveria ser avaliada conforme a lei da sede da arbitragem;
- (b.3) A separabilidade ou autonomia (*separability*) da cláusula arbitral esclareceria que poderia ela ser regida por lei diversa daquela estabelecida para reger o contrato principal (69); e
- (b.4) A maioria das legislações arbitrais nacionais estabeleceria que a validade formal da cláusula arbitral (por exemplo, se deve ser celebrada por escrito) deve ser aferida conforme a lei da sede.

▲
P 25
—
P 26
▼

Uma terceira visão, com menor força talvez, seria a exposta por Frédéric Barchand, para quem – certamente se ancorando na visão francesa de “deslocalização” (*delocalization*) da arbitragem internacional (70) – as partes, ao decidirem se submeter a uma arbitragem puramente internacional, quanto à sua natureza e ao seu escopo, estariam escolhendo a sede como mera jurisdição neutra, que não poderia ter influência sobre a cláusula arbitral. Segundo o autor, com efeito, deveria a cláusula arbitral ser regida por normas transnacionais, e não por uma lei nacional, porquanto as partes teriam implicitamente pretendido “to internationalize their chosen dispute resolution process, most likely on grounds of neutrality and efficiency” (71).

De forma semelhante, Alan Redfern e Martin Hunter afirmam que a interpretação francesa sobre o tema seria, na realidade, de buscar interpretar o que seriam as “discerníveis intenções mútuas das partes” (*parties' discernible common intentions*), também com o propósito de evitar os problemas que poderiam surgir das duas teorias supracitadas (72). Os mesmos autores ainda mencionam o modelo suíço, que, com o evidente propósito de assegurar a validade da cláusula arbitral a despeito de qual lei se decida aplicar (*favor arbitri*), estabelece que será ela considerada válida se observar a lei eleita pelas partes, a lei do contrato, ou a lei suíça (qualquer delas!) (73).

Especificamente sob o Direito brasileiro, o posicionamento mais drástico parece ser o de Arnaldo Wald, para quem, ao comentar o caso *Sulamerica*, afirma que uma teoria “na qual se admite que as várias cláusulas do mesmo contrato possam estar sujeitas a várias leis” não teria “qualquer fundamento jurídico e não se aplica no Direito brasileiro” (74). O respeitado professor não admitiria, assim, que a cláusula arbitral fosse regida por lei diversa da lei aplicável ao contrato. Posicionamento em sentido oposto, entretanto, é

▲
P 26

P 27 defendido por Leandro Tripodi e Thiago Rodovalho, que bem pontuam que “[e]mbora exista presunção em favor da lei que rege o contrato principal, a lei da sede da arbitragem também pode se aplicar à convenção” (75).

Pelas posições acima sumarizadas, é evidente que se trata de uma zona ainda bastante cinzenta. Como afirmam Steven A. Hammond e Pavlos Petros (76), apesar de a tendência moderna ser realmente a de que a lei da sede seja considerada aplicável à cláusula arbitral, “*there is no hard and fast rule as to which approach will be adopted by the court or tribunal – there is no unified approach or set of rules for determining the governing law of an arbitration agreement*”. Também nesse sentido é o retrato feito por Gary B. Born (77):

An unfortunate consequence of the separability presumption in the choice-of-law context has been the development of a multiplicity of different approaches to choosing the law governing the formation, validity and termination of international arbitration agreements. National courts, arbitral tribunals and commentators have adopted a wide variety of choice-of-law approaches to issues of substantive validity, ranging from application of the law of the judicial enforcement forum, to the law of the arbitral seat, to the law governing the underlying contract, to a “closest connection” or “most significant relation” standard, to a “cumulative” approach looking to the law of all possibly-relevant states.

Também nessa linha de ilustrar a controvérsia hoje existente reproduz-se, a seguir – com algumas poucas adaptações e traduzido –, quadro comparativo preparado por Vivekananda N. e Ankit Goyal em detalhado artigo sobre o tema (78):

País (jurisdição)	Caso	Sede da arbitragem prevista na convenção de arbitragem	Lei aplicável ao mérito prevista no contrato	Foi especificada a lei aplicável à cláusula arbitral?	Decisão do tribunal quanto à lei aplicável à cláusula arbitral
Índia	<i>NTPC</i>	Londres	Índia	Não	Contrato
Índia	<i>Sumitomo</i>	Londres	Índia	Não	Contrato
China	<i>Zhangjiagang</i>	Suíça	China	Não	Sede
Cingapura	<i>Firstlink</i>	Suécia	“ <i>Arbitration Institute of SCC</i> ”	Não	Sede
Reino Unido	<i>XL Insurance</i>	Londres	Nova Iorque	Não	Sede
Reino Unido	<i>C v. D</i>	Londres	Nova Iorque	Não	Sede
Reino Unido	<i>Sulamérica</i>	Londres	Brasil	Não	Sede
Reino Unido	<i>Arsanovia</i>	Londres	Índia	Não	Contrato

P 27 A partir dessas discussões, aliás, o Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) e a LCIA – London Court of International Arbitration tomaram medidas exatamente buscando impedir que as dúvidas discutidas anteriormente causem maiores dificuldades às partes, como ocorreu no caso *Sulamérica*. Recentemente, (i) o HKIAC alterou a sua cláusula-modelo para incluir previsão expressa de que as partes elegem determinada lei como aplicável à cláusula arbitral (79); e (ii) a LCIA revisou o seu regulamento de arbitragem para estabelecer que a lei da sede da arbitragem será a lei aplicável à cláusula compromissória, salvo em caso de previsão expressa em sentido contrário pelas partes (80).

Posta a problemática, resta-nos avaliar quais as possíveis soluções que podem ser adotadas por partes, árbitros e tribunais judiciais, preventiva e repressivamente, a esse respeito. Como se verá, muito embora se reconheça que a *lex contractus* consista no indicativo mais forte de qual teria sido a real vontade das partes no momento da contratação, o sistema da arbitragem internacional parece se dirigir – como medida de cautela – ao entendimento oposto.

4 Proposições: Como partes, Árbitros e Tribunais Judiciais Podem Determinar A Lei Aplicável à Cláusula Arbitral

A nosso ver, as principais questões que se colocam a partir da problemática retratada *supra*, destarte, são: (i) Devem as partes prever expressamente a lei aplicável à cláusula arbitral, por exemplo, por meio dos mecanismos instituídos pelo HKIAC e pela LCIA referidos *supra*?; (ii) Se não o fizerem, qual deve ser a regra a ser aplicada pelos tribunais arbitrais e judiciais acerca de qual será a lei aplicável à cláusula arbitral? Nitidamente, o item (i) trata de uma medida que pode ser implementada preventivamente pelas partes, enquanto o item (ii) consiste em solução que inevitavelmente será adotada por consequência, porquanto não deverão ser muitas as partes que se atentarão ao item (i), ao menos nos próximos anos.

4.1 Devem as partes Especificar a Lei Aplicável à Cláusula Arbitral?

Quanto à primeira pergunta, a resposta nos parece positiva em determinados casos. Quando a lei aplicável ao contrato e a lei da sede são as mesmas, é evidente que não se mostrará necessária a especificação da lei aplicável à cláusula arbitral; nesse caso, não haverá qualquer dúvida acerca da lei que regerá os delicados aspectos da cláusula arbitral.

▲
P 28

●
P 29

Nas hipóteses, por outro lado, em que a lei do contrato e a lei da sede sejam diferentes, parece ser ideal a especificação da lei aplicável à cláusula arbitral, seja a escolha por um ou pelo outro. Ao invés de se deixar aos árbitros ou aos tribunais judiciais a aferição (ou tentativa de aferição) acerca de qual teria sido a real vontade das partes nesse tocante, ou qual seria a lei com maior conexão com a cláusula arbitral, é muito mais prudente que as partes já esclareçam esse acordo de antemão. Conforme observam James Freeman e Manish Aggarwall, entretanto, esse cuidado de especificar a lei aplicável à cláusula compromissória não se mostraria imprescindível quando as jurisdições envolvidas na cláusula podem ser consideradas *well-recognised, business-friendly and pro-arbitration* porquanto, nessas, as chances de invalidação da cláusula arbitral por motivos torpes e não técnicos seriam reduzidas (81).

Trata-se, aliás, da solução proposta pela *International Swaps and Derivatives Association (ISDA)*, em seu *Arbitration Guide* publicado em 2013, em que se alerta que

[w]here the seat of arbitration is not the same as the parties' choice of governing law [...], there may be uncertainty as to which law was supposed to be the governing law of the arbitration clause in the absence of a specific governing law for the arbitration clause. To avoid this uncertainty, where appropriate a governing law of the separable arbitration clause has been included. (82)

O *Guide* afirma, além disso, que essa recomendação não se aplicaria, por exemplo, se a sede for eleita na França (onde a validade da cláusula arbitral é avaliada conforme os “*substantive principles of international law [...] rather than by reference to any governing law*”) ou na Suíça (onde, como mencionado *supra*, a cláusula arbitral será considerada válida se observados os requisitos de qualquer das leis potencialmente aplicáveis) (83).

Nesse caso, poderão as partes, evidentemente, optar livremente por uma ou outra lei aplicável. Vivekananda N. e Ankit Goyal bem pontuam, porém, que a eleição expressa e inequívoca da lei da sede se mostrará muito mais segura, porquanto “*ensures that any subsequent challenge to an award or proceedings for resisting enforcement do not throw up a surprise on this particular issue*” (84). Mais que isso, os autores enfatizam que a escolha de qualquer outra lei que não a da sede pode, sim, ter impactos no procedimento, e, assim, não se recomendaria essa opção quando a lei eleita “*differ substantively from the law of the seat of arbitration so as to ensure the validity of any award rendered*” (85). ● Por esse e outros motivos – a grande maioria relacionada à segurança jurídica almejada –, como se verá adiante, que a lei da sede nos parece mais condizente com o sistema arbitral hoje vigente internacionalmente.

▲
P 29

●
P 30

4.2 Qual Deve ser A Regra (Se Alguma) Na Determinação, Por Tribunais Judiciais E Arbitrais, da Lei Aplicável à Clausula Arbitral?

Quanto à segunda questão, quer-nos parecer que – muito embora, como indicam os casos *Sulamerica*, *Arsanovia* e *Habas*, a lei eleita como aplicável ao contrato seja uma forte indicação de que pretendiam, também, que se aplicasse à cláusula arbitral – é mais condizente com a teoria e a prática da arbitragem internacional que a *lei da sede* deva ser considerada, como regra, a lei aplicável à cláusula arbitral. A segurança jurídica do sistema arbitral, ainda que não fosse essa a resposta ideal, foi estabelecida de forma que a sede fosse a regra (ainda que não absoluta, pois haverá casos em que restará claro que as partes intentaram algo diferente) quando houver dúvidas acerca da lei aplicável à cláusula arbitral e às suas peculiaridades.

Entendemos dessa maneira, em especial, a partir da interpretação de que a Convenção de Nova Iorque, em seu art. V(1)(a), possibilita a denegação da homologação da sentença arbitral também quando a cláusula arbitral violar a lei de sua sede. Não nos parece, pois, que a referida convenção, nesse mesmo artigo, ao se referir a uma cláusula arbitral que “*não é válida nos termos da lei à qual as partes a submeteram*”, estaria aludindo à lei aplicável ao contrato; essa não é a interpretação mais adequada do texto normativo, a nosso ver. Caso as partes tivessem expressamente previsto a lei aplicável à cláusula arbitral, não há dúvidas que esse comando legal se aplicaria, mas não nos parece ser o caso quando as partes deixam de estabelecer essa regra diretamente na cláusula. Nessa hipótese, aplicar-se-á o trecho final do art. V(1)(a), segundo o qual a cláusula arbitral seria analisada, “*na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida*” (sem ênfase no original), como estabelece o *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention – A Handbook for Judges* (p. 25):

Although Article V(1)(a) refers in its first part to the law to which the parties have subjected the arbitration agreement as the applicable law to the validity of the arbitration agreement (see Chapter III), in practice parties rarely choose beforehand the law that is to govern the formation and substantive validity of their arbitration agreement. This determination is therefore to be made by the court seized of a challenge thereto. There are several possibilities

but some of the most commonly adopted solutions are either (as mentioned in the Convention) the law of the arbitral seat which may be in a country other than that of the court (Article V(1)(a) second rule, by analogy), the *lex fori* or the law governing the contract as a whole. (sem ênfase no original)

▲
P 30

●
P 31

Essa é também, aliás, a solução proposta pela Lei Modelo da Uncitral em seus arts. 3(2)(a) (i), que trata das causas de invalidação da sentença arbitral, e 36(1)(a)(i), que versa sobre as causas para denegação da homologação da sentença arbitral estrangeira. Veja-se:

Art. 34. [...]

- (1) *Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.*
- (2) *An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:*
 - (a) *the party making the application furnishes proof that:*
 - (i) *a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or.*

Art. 36. [...]

- (1) *Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:*
 - (a) *at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the proof that:*
 - (i) *a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or. Não se contesta que, em determinados casos, conforme a regra de conflito de leis eleita pelas partes, pode o tribunal chegar à conclusão, pelas vias direta ou indireta, de que as partes elegeram a lei do contrato como aplicável à cláusula arbitral – como ocorreu, por exemplo, no caso *Enercon India v. Enercon GMBH, Civ. App. 2086/7, 2014*, em que a *Supreme Court of India* decidiu que, tendo as leis da Índia sido eleitas como aplicáveis para reger o contrato e a arbitragem em si, todas as leis potencialmente aplicáveis indicavam intenção das partes de que a lei aplicável à cláusula arbitral deveria também ser a indiana. Essa é, sim, uma possibilidade. Nesse caso, havia uma peculiaridade, porém: as partes dispuseram que a venue (local) da arbitragem seria Londres, mas o tribunal indiano entendeu que a redação dada à cláusula poderia significar somente que se pretendeu que audiências fossem realizadas na Inglaterra, e nada mais (86).*

▲

P 31

●

P 32

A despeito de exceções, que sempre existirão, parece de todo recomendado que um posicionamento firme quanto à regra seja estabelecido. Idealmente, ● as partes se precaverão dessa discussão, estabelecendo a lei aplicável à cláusula arbitral nos casos em que esse esclarecimento se mostrar necessário: como demonstrado antes, nas situações em que (i) a lei aplicável diferir da lei da sede e (ii) a sede puder não ser considerada como favorável à arbitragem internacional e a outros princípios comerciais relevantes. Caso essa precaução não seja tomada, parece-nos que, sempre respeitando as regras de conflito de leis que o tribunal arbitral entender como aplicáveis no caso concreto, a lei da sede da arbitragem deve ser considerada, como regra, aplicável à cláusula arbitral.

Assim agindo, ainda que correndo o risco de se ignorar a vontade real das partes de que a cláusula arbitral fosse também pela *lex contractus*, estará o tribunal judicial ou arbitral assegurando que não se prosseguirá com uma arbitragem fadada à invalidação. Deve-se ter em mente que, quando da homologação da sentença arbitral futuramente, o juízo de validade da cláusula arbitral muito provavelmente será feito com base na lei da sede, como estabelece o art. V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque. De nada adiantará o tribunal apreciar apenas a *lex contractus* se a lei da sede fatalmente conduzirá à invalidação da cláusula arbitral e, conseqüentemente, da sentença superveniente, como defendem Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kroll (87):

Under the New York Convention and similar laws in the absence of a choice of law provision the place of arbitration, where it has been chosen by the parties, may be the strongest connecting factor to the arbitration agreement. It is the place where the arbitration agreement is to be performed and where the existence of the agreement might be tested in setting aside procedures.

E essa regra poderia se aplicar, a nosso ver, a qualquer jurisdição que se possa considerar “sede de arbitragens internacionais”, independentemente da tradição jurídica adotada e das regras de conflito de leis previstas em sua legislação interna. Tomamos a liberdade de

discordar, nesse sentido, de José Augusto Fontoura Costa, quando pontua que os critérios utilizados no caso *Sulamerica* não seriam aplicáveis no Brasil, sob o argumento de que as regras inglesas de conflito de leis, aplicadas pelos tribunais ingleses naquele precedente, muito diferem das brasileiras; não haveria no Brasil, para o renomado autor, o conceito de *proper law*, em que há um direito mais ou menos adequado para o caso; “a sistemática da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro opta por identificar critérios rígidos, como o lugar da constituição das obrigações e a residência do proponente” (88).

Esse entendimento não se poderia sustentar, primeiramente, pois, como pontua José Carlos de Magalhães, a noção de *proper law* é inerente ao contrato internacional, e, tendo sido “especialmente desenvolvida pelos tribunais arbitrais, *substitui as clássicas regras de conflito de leis aplicadas pelos tribunais judiciários*” (sem ênfase no original) (89). Como se expôs *supra*, os tribunais arbitrais não estão adstritos às regras de conflito de leis de uma ou outra jurisdição, e os julgamentos que seriam feitos tanto pelos tribunais brasileiros como pelos ingleses deveriam levar em conta o seguinte fator: não seriam necessariamente as regras de conflito da lei inglesa ou da brasileira que definiriam a lei aplicável à cláusula arbitral; trata-se de matéria que deveria ser avaliada posteriormente pelo tribunal arbitral, quando constituído, em respeito ao princípio do *kompetenz-kompetenz*.

Conforme também se abordou antes, com efeito, a interferência dos tribunais brasileiros e ingleses no caso *Sulamerica*, por exemplo, somente poderia ocorrer para (i) compelir uma das partes a cumprir a cláusula arbitral (como fizeram os tribunais ingleses) ou (ii) impedir o prosseguimento de uma arbitragem que tivesse *prima facie* sido instaurada com base em cláusula arbitral patentemente inválida (como pretenderam fazer os tribunais brasileiros). A diferença que nos parece crucial aqui, entretanto, consiste no fato de que os tribunais ingleses – diferentemente dos brasileiros – levaram em conta que se tratava de contrato internacional e arbitragens internacionais, e que, como tanto, mais de uma lei poderia sim ser considerada aplicável quanto a diferentes questões. Os tribunais brasileiros não tomaram em consideração esse importante fato.

No momento em que o contrato de seguro foi celebrado entre partes brasileiras e estrangeiras, e elegendo como sede uma cidade fora do Brasil, as partes concordaram – ainda que implicitamente – com a possibilidade de que leis de outros países fossem consideradas aplicáveis. Como bem observam Luiz Olavo Baptista e Sílvia Julio Bueno de Miranda, a partir do momento em que decidem as partes eleger a arbitragem como método de resolução de conflitos, e que seja ela sediada fora do país, concordam expressamente que mais de uma lei pode se mostrar aplicável (90): ●

A regra é a mesma para contratos domésticos e internacionais. Não há nenhuma lei no Direito brasileiro que imponha às partes em um contrato doméstico que elas não têm o direito de arbitrar disputas em uma jurisdição estrangeira e sob uma lei também estrangeira. Sempre que os contratos contiverem uma cláusula de arbitragem, as partes serão livres para escolher a sede da arbitragem e a lei aplicável que julguem apropriadas. Uma vez feita a escolha na convenção de arbitragem, as partes deverão respeitá-la.

Em síntese, muito embora existam atualmente diversas teses e teorias no sentido de que a sede da arbitragem deve ter pouca ou nenhuma influência sobre a lei aplicável na arbitragem, a realidade é que, a nosso ver, a sede da arbitragem ainda tem desempenhado papel relevante, seja na instauração, condução ou conclusão da arbitragem. A essa conclusão chega também Albert Jan van den Berg (91):

35. *The New York Convention does not contain a rule of conflict of laws for determining the law applicable to the arbitration agreement at the stage of referral to arbitration. The absence of conflict rules has given rise to diverging judicial interpretations, ranging from the law of the forum to the law where the award will be made or will likely be made. The Draft Convention retains the latter conflict rule since it will lead to the same law governing the arbitration agreement at the stage of enforcement of the arbitral award (see Art. 5(3)(a)). This option is supported by the experience in practice that, whilst a number of laws are potential candidates for governing an arbitration agreement, the law of the place of arbitration is held to be the governing law in most cases. Furthermore, the applicability of the law of the place of arbitration to the validity of the arbitration agreement has the advantage that a choice by the parties (or arbitral institution) for a favorable place of arbitration implies a choice for a law that is probably also favorable to the validity of the arbitration agreement.*

Nos moldes do quanto explica o autor, a determinação da lei da sede como aplicável à cláusula compromissória ainda contribui para a segurança jurídica, pois proporciona às partes maior previsibilidade. Como consequência, ao eleger a sede, estarão elas, preferencialmente, selecionando lei que se mostra favorável à validade da cláusula arbitral; não haveria razões para se fazer diferente, obviamente. Precisamente nesse sentido, Yasuhei Taniguchi defende que

it will be better to have a predetermined solid rule than to resort to an unpredictable search for the possible intention of the parties either by a judge or by an arbitrator. If such a principle is established [a lei da sede como aplicável], the parties to an arbitration agreement will choose a place of arbitration with that principle in mind.

Ainda nesse contexto, no nosso entendimento, andaram bem os tribunais ingleses ao

considerarem a lei mais favorável à validade da cláusula arbitral como prevalente, o que, para muito além de mera intenção de “preservar a arbitragem a todo custo” (*favor arbitri*), resguarda a segurança jurídica buscada pelas partes de, salvo em situações absurdas, ver o tribunal arbitral decidindo a questão da validade (ou não) da cláusula arbitral. Não se deve, evidentemente, conceder às cláusulas arbitrais poderes maiores do que as cláusulas de foro judiciais (92), mas não é aqui o caso. Trata-se, na realidade, de entendimento consonante com o art. VII(1) da Convenção de Nova Iorque de 1958 (93), que estabelece que, para fins de reconhecimento e execução da sentença arbitral, deve ser considerada a lei mais favorável à validade da cláusula arbitral – e, conseqüentemente, da sentença arbitral em si –, entre elas a lei da sede (94).

Filiamo-nos, portanto, à corrente que defende, na linha da afirmação de Adriana Braghetta, que a sede da arbitragem se mostra, sim, relevante, para

(i) a definição da nacionalidade do laudo com reflexos na execução; (ii) a definição da competência do Judiciário que controlará o laudo via ação de anulação; (iii) a verificação de sua influência, de forma subsidiária, para a regularidade da validade da convenção arbitral; e (iv) a análise das disposições procedimentais imperativas da sede. (95)

A solução menos indicada, parece-nos, é aquela adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, no caso *Sulamerica*, (i) não adentrou a discussão de qual lei seria a aplicável à cláusula arbitral, (ii) aparentemente, partiu do princípio de que se estava tratando de contrato e arbitragem domésticos, e (iii) invalidou, com base em critério puramente doméstico, cláusula arbitral que havia sido deliberadamente celebrada entre as partes no âmbito de uma relação e arbitragem internacionais.

Por óbvio, não se poderia exigir que os tribunais brasileiros se filiassem ao posicionamento de que a lei da sede seria mais relevante para se aferrar a lei que regeria a cláusula arbitral, mas nos parece incorreto um entendimento ● que toma por base tão somente a lei brasileira para impedir o prosseguimento de uma arbitragem internacional sediada fora do país. Deve-se disseminar pelo Brasil a noção de que, em matéria de arbitragem – e mormente de arbitragem internacional –, a lei aplicável nem sempre será a brasileira, ainda que relativa a eventos ocorridos no território brasileiro; a escolha de lei estrangeira também para esses casos é possível e deve ser considerada, ainda que para ser afastada.

5 Conclusão: A lei da Sede lei como mais Apropriada para – como Regra – Reger a Cláusula Arbitral

Entre as leis aplicáveis na arbitragem comercial internacional, a lei aplicável à cláusula arbitral – que rege sua existência, sua validade, sua eficácia, seu cumprimento e sua extensão, por exemplo (e para alguns, também a arbitrabilidade) – tem merecido calorosos debates nas últimas décadas e anos. A prática de as partes raramente (para não dizer nunca) estipularem essa lei aplicável no texto da cláusula arbitral, de uma mera inconveniência, passou a um problema grave de termos teóricos e práticos. Para além de uma discussão meramente acadêmica, os diversos casos internacionais surgidos sobre o assunto demonstram que a questão não é de fácil determinação, e que são diversas as visões de diferentes tribunais e autoridades.

Defende-se que, a despeito das louváveis discussões travadas a respeito do tema, a Convenção de Nova Iorque de 1958 parece definir solução que se mostra mais concreta e segura: a determinação de que a lei da sede da arbitragem seja, como regra, considerada a lei aplicável à cláusula arbitral (e independentemente da regra de conflitos de leis aplicada pelo tribunal judicial ou arbitral). Ainda que a aplicação da *lex contractus* também à cláusula arbitral se mostre, para alguns, mais adequada sob a perspectiva da expectativa das partes, essa escolha acaba por se verificar contraprodutiva, pois, ainda assim, possibilitará a verificação da higidez (ou ausência dela) da cláusula arbitral sob a lei da sede, por exemplo, nos termos do art. (V)(1)(a) da Convenção de Nova Iorque de 1958 e também de diversas leis arbitrais nacionais. Trata-se, repita-se, de uma regra que comportaria exceções pontuais, mas estabelecida para (tentar) por fim à insegurança que o tema tem trazido.

Entre uma escolha eficiente e segura, e outra preferível ou mais conveniente, ficamos, respeitosa e, com a primeira. Ademais, tratando-se de contratos e arbitragens internacionais, não se pode sequer dizer que haveria uma expectativa das partes de que a *lex contractus* se aplicaria também à cláusula arbitral, uma vez que (i) trata-se de seara em que sabidamente diversas leis podem se mostrar aplicáveis quanto às demais diversas questões processuais e materiais relevantes; e (ii) a separabilidade e a autonomia da cláusula arbitral são indicativos suficientes de que a lei que rege o contrato ● principal não necessariamente regerá também a cláusula arbitral. A lei que rege o contrato poderá ser considerada, no limite, um forte indicativo da real intenção das partes. Se as partes pressupuseram situação diversa dessa, podem ter pressuposto errado.

●

References

- 1) O autor agradece imensamente os excelentes comentários e críticas do Professor Ricardo de Carvalho Aprigliano e dos amigos Fernanda Marques Dal Mas, Douglas Depieri Catarucci e Isabela Nogueira Reis.
- ★) Advogado Associado da Equipe de Contencioso e Arbitragem de Pinheiro Neto Advogados, em São Paulo. Mestrando em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro brasileiro do ICDR Y&I. Secretário do Capítulo Brasileiro do *Club Español de Arbitraje* (CEA). Cofundador e ex-Secretário da Associação Brasileira dos Estudantes de Arbitragem (ABEARb). Membro brasileiro do *IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee*.
- 2) Apesar de não ser incontroverso o conceito de leis “transnacionais”, adota-se, para os restritos fins do presente artigo, o entendimento de que a “lei transnacional” diz respeito aos padrões e normas considerados universalmente aceitos. Ver BERGER, Klaus Peter. “Lex Mercatoria Online: the CENTRAL Transnational Law Database at www.tldb.de”, *Arbitration International*, LCIA; *Kluwer Law International*, 2002, Volume 18, Issue 1, p. 83: “*Since its rediscovery in the early 1960s, the discussion on the existence and practical usefulness of a theory of transnational commercial law, a new lex mercatoria, has been trapped in a vicious circle. Empirical studies show that transnational law is in fact being used in legal practice. Lists of principles and rules of the lex mercatoriaprovide a picture of the increasing richness of this new body of law*”. Também a esse respeito, ver SHEPPARD, Audley. “Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, *Arbitration International*, LCIA; *Kluwer Law International*, 2003, Volume 19, Issue 2, p. 217-248; e MANGE, Flavia Foz. *Processo arbitral: aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- 3) Como são as iniciativas da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral), criada em 1966 para fomentar a harmonização e unificação da lei do comércio internacional. Em especial, destaca-se a *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, criada em 1985 e revista em 2006, com o propósito de auxiliar os países a revisar e atualizar as suas respectivas legislações nacionais em termos de procedimento e outras peculiaridades da arbitragem internacional. Ver, a esse respeito, DONOVAN, Donald Francis. “The Allocation of Authority Between Courts and Arbitral Tribunals to Order Interim Measures: a Survey of Jurisdictions, the Work of Uncitral and a Model Proposal”, in VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series*, v. 12. Beijing: Kluwer Law International, 2005, p. 203-241.
- 4) Ver CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 7-21, out.-dez. 2009. Ver, também, MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/>.
- 5) Ver International Law Association (ILA), *Final Report – Ascertainning the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Rio de Janeiro, 2008, p. 8-12 (Disponível em <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>; acessado em 28.10.2014). Também nesse sentido: GARCEZ, José Maria Rossani. Escolha da lei substantiva da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, p. 48, 2005 (DTR\2005\7): “Ao submeterem uma questão ao Judiciário, as partes devem limitar-se a esperar que ao mesmo se apliquem as normas legais processuais, *ordinaria litis*, do foro, e a lei de regência do contrato (podendo ainda os juízes, eventualmente, decidir sobre a legitimidade da escolha desta última) ou, ainda, serem aplicadas, segundo a opinião dos juízes, regras de conflito de direito internacional, da *lex fori*, para selecionar a lei nacional mais adequada a ser aplicada”.
- 6) HAMMOND, Steven A.; PETROVAS, Pavlos. Which laws apply in international arbitration, in *Practical Law Arbitration*, 2014. Fonte: <http://uk.practicallaw.com/0-381-8418>, acessado em 28.10.2014.
- 7) CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 7.
- 8) BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. New York: Kluwer Law International, 2014. p. 1303.
- 9) Ver DALMASO, Ricardo Marques. O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência na Lei nº 9.307/1996 – Comentários às decisões da MC 17.868/BA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, n. 32, p. 275-306, jan.-mar. 2012.

- 10) “(3)An arbitration is international if:
 (the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that a agreement, their places of business in different States; or
)
 (one of the following places is situated outside the State in which the parties have
 b their places of business:
) (the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration
 i agreement;
)
 (any place where a substantial part of the obligations of the commercial
 i relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the
 i dispute is most closely connected; or
)
 (the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration
 c agreement relates to more than one country.”
)
- 11) Como esclarece João Bosco Lee, a internacionalidade da arbitragem pode ser definida pelo critério jurídico (que leva em conta os contatos objetivos com mais um ordenamento jurídico; adotado na Suíça, por exemplo) ou econômico (que leva em consideração se o negócio consiste em uma operação econômica envolvendo a circulação de bens, serviços ou capitais através de fronteiras; critério este adotado na França). (LEE, João Bosco. A Lei nº 9.307/1996 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 11, p. 347, 2001. Ver, também, CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- 12) Até por esse motivo que Fabiane Verçosa sustenta que a autonomia conferida pela Lei nº 9.307/1996 às partes para eleição da lei aplicável somente se aplicaria às arbitragens internacionais, e não à arbitragem interna (ou doméstica). (VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. arbitragem internacional: breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In: CARMEN TIBÚRCIO, Luis Roberto Barroso (Org.). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 421-448.
- 13) LUIS, Daniel Tavela. *Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Fonte: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08012014-084342>, acessado em 02.10.2014: “O desenvolvimento histórico da arbitragem de investimento é ligeiramente diferente do observado na arbitragem comercial. Diferentemente da arbitragem comercial, que tem como pedra angular a vontade das Partes, a arbitragem de investimento é fundada sobre a noção de Estado e nas limitações a que ele se sujeita. Neste sentido, a arbitragem de investimento possui uma grande similaridade com a arbitragem entre Estados, que é norteada por princípios de Direito Internacional Público. Assim, não é possível falar em arbitragem de investimento, se não houver consideração e respeito aos limites impostos pela soberania nacional”.
- 14) Ver SOARES, Guido F. S. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil – Vicissitudes. *Revista dos Tribunais*, v. 641, mar. 1989, p. 29.
- 15) International Law Association (ILA). *Op. cit.*, p. 15.
- 16) LEE, João Bosco. *Op. cit.*
- 17) CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64-76. Ver também LEE, João Bosco. *Op. cit.* Ver também VERÇOSA, Fabiane. *Op. cit.*
- 18) *Id.*, International Law Association (ILA). *Op. cit.*, p. 3: “Depending on the circumstances and the nature of the issue to be decided, as well as on the approach adopted by the arbitrators, these rules can be drawn from national legal systems (in particular the law of the place of arbitration, the law identified by the arbitrators as the law applicable to the specific issue under consideration and the law of the likely place of enforcement) or from non-national sources, such as the *lex mercatoria*, general or transnational principles, *Unidroit* principles on international commercial contracts, or even in certain cases international law”.
- 19) Ver, a esse respeito, ARAÚJO, Nádia de; GAMA JR., Lauro. A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros Princípios da Haia e perspectivas do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34, p. 11-41, jul.-set. 2012.

- 20) “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.
- § Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma
- 1 essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira
- o quanto aos requisitos extrínsecos do ato.
- § A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o
- 2 proponente.”
- o
- 21) BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex, 2010. p. 111-113. Ver também LEE, João Bosco. *Op. cit.* Ver também BAPTISTA, Luis Olavo. *Advocacia nas negociações internacionais. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 791.
- 22) LEITE, Antônio Pinto. *Jura novit curia e a arbitragem internacional. Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 35, out.-dez. 2012, p. 169.
- 23) TRIPODI, Leandro; RODOVALHO, Thiago. Aspectos da arbitragem securitária no contexto dos projetos de infraestrutura: uma análise do caso Jirau à luz dos princípios da arbitragem internacional e do Direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 227, jan. 2014, p. 363.
- 24) Ver Governing law of arbitration agreement (Commercial Court), *Practical Law – Arbitration*, publicado em 23.01.2013. Fonte: <http://uk.practicallaw.com/3-523-6505?source=relatedcontent>, acessado em 28.10.2014. HAMMOND, Steven A.; PETROVAS, Pavlos. *Op. cit.* Ver também CARDUCCI, Guido. The New EU Regulation 1215/2012 of 12 December 2012 on Jurisdiction and International Arbitration: With Notes on Parallel Arbitration, Court Proceedings and the EU Commission's Proposal. *Arbitration International*, v. 29, Issue 32013, p. 467-491.
- 25) SANTOS, Maurício Gomm. A situação dos países da América Latina no que tange à lei aplicável ao mérito do litígio submetido a uma arbitragem comercial internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, maio-set. 2004, p. 102.
- 26) GARCEZ, José Maria Rossani. *Op. cit.*
- 27) *Id.*, International Law Association (ILA). *Op. cit.*, p. 4: “*In the rare circumstances, where the agreement is silent on those issues, arbitrators look to conflict rules drawn from a specific legal system, or, more commonly nowadays, they rely on a flexible approach considered more suitable to international arbitration. [...] In many jurisdictions, arbitrators are not bound by the rules that apply in court proceedings, which implies that issues arise as to the identification and ascertainment of the conflict or scope rules that need to be applied*”. Observe-se que, na via direta, as partes elegem a lei aplicável ao mérito da disputa, e não necessariamente as regras de conflito previstas naquela legislação específica; as regras de conflitos de leis se fazem mais relevantes no caso da via indireta, como esclarece o art. 28, itens (1) e (2), da Lei-Modelo da Uncitral, de 1985 e revista em 2006.
- 28) É bastante comum que as partes estipulem, no contrato, a lei material aplicável à relação contratual entabulada. Em caso de inexistência de previsão expressa, caberá aos árbitros, a rigor, pelas regras de conflitos de leis, definir qual deverá ser a lei a ser aplicada ao mérito da disputa – que pode, ou não, ser a mesma que rege o contrato. Há uma diferença relevante, portanto, entre (i) a lei aplicável ao mérito da disputa e (ii) a lei que rege os deveres e as obrigações contratuais, embora não seja raro que sejam elas exatamente correspondentes.
- 29) LEE, João Bosco. *Op. cit.*: “O árbitro internacional não tem foro, o que lhe confere autonomia quanto à escolha do direito aplicável ao mérito. Assim, para determinar o direito aplicável ao mérito, o árbitro pode recorrer a métodos diferentes: aplicar uma regra de conflito que ele julgar apropriada ou proceder pela via direta, isto é, a escolha do direito material sem utilizar nenhuma regra de conflito”.
- 30) *Id.*, International Law Association (ILA), p. 5: “[...] [T]he Committee considers that there are desirable practices for arbitrators when assessing the applicable law and its contents. Although the Committee expressly does not seek to provide a set of prescriptive rules or mandatory procedures (and recognizes that there are always exceptions), this Report attempts to describe various approaches to the conflict and contents of laws questions, and to present a list of considerations that arbitrators may take into account in ascertaining the applicable law and its contents”.
- 31) BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 505: “[I]n the absence of a choice of law by the parties, a number of jurisdictions now apply some variation of a ‘most significant relation’ or ‘closest connection’ standard in selecting the law governing an international arbitration agreement. Under these standards, courts and arbitral tribunals generally look alternatively to either the law of the arbitral seat or the law chosen to govern the parties’ underlying contract as the most decisive connecting factors for international arbitration agreements”.
- 32) Sulamerica: full update on Court of Appeal decision on determining law of arbitration agreement. *Practical Law – Arbitration*, publicado em 23.05.2012. Fonte: <http://uk.practicallaw.com/7-519-5616?source=relatedcontent>, acessado em 28.10.2014.

- 33) O que não significa que a lei processual se aplicará por completo, como faz questão de pontuar Flavia Foz Mange (*Op. cit.*, p. 142-143).
- 34) HWANG, Michael; CHENG, Fong Lee. Relevant Considerations in Choosing the Place of Arbitration. *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, 2008, v. 4, Issue 2, p. 196. Ver também BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 2055-2056: “[B]oth the arbitration legislation and the so-called procedural law of the arbitration (also sometimes referred to as the *lex arbitri* or *curial law*) are almost always that of the arbitral seat”.
- 35) BARCHAND, Frédéric. Further Thoughts on Sulamerica: What About Transnational Rules. *Kluwer Arbitration Blog*, publicado em 20.09.2012. Fonte: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/09/20/further-thoughts-on-sulamerica-what-about-transnati...>, acessado em 28.10.2014.
- 36) Também denominadas *lex arbitri*, *curial law* ou *procedural law of the arbitration*. Ver “Sulamerica: [...] *Op. cit.* HAMMOND, Steven A.; PETROVAS, Pavlos. *Op. cit.* Ver também GRIERSON, Jacob; VAN HOOFT, Annet. *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*. New York: Kluwer Law International, 2012, p. 113-120.
- 37) FREEMAN, James; AGGARWAL, Manish. Should parties specify the law applicable to their arbitration agreements. *Practical Law – PLC Arbitration – International*, publicado em 22.01.2014. Fonte: <http://uk.practicallaw.com/0-554-8706#null>, acessado em 28.10.2014. Ver também BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 9, jul.-set. 2000 p. 307.
- 38) REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin, et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 165: “*It might be assumed that this is the same law as that which the parties had chosen to govern the substantive issues in dispute. But this is not necessarily a safe assumption*”. Ver também MARTINS, Pedro Batista. Princípio da autonomia da cláusula compromissória... *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, out.-dez. 2005, p. 173; e ARAÚJO, Nádya de. O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 27, out.-dez. 2010. p. 265.
- 39) “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.
- Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”
- 40) APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. *Revista do Advogado, Contratos*, AASP, ano XXX, n. 116, p. 174-192, jul. 2012: “[...] o ordenamento brasileiro atribuiu à cláusula compromissória uma autonomia clara, seguindo a linha da Convenção de Nova Iorque e da Lei Modelo da Uncitral (arts. 8.2 e 16) ambas inspiradoras de outros diplomas estrangeiros, como o da Espanha”.
- 41) “HKIAC Adds Choice of Law Provisions to its Model Clause”, *HKIAC website*, publicado em 01.08.2014. Fonte: <http://www.hkiac.org/en/news/483>, acessado em 28.10.2014. HAMMOND, Steven A.; PETROVAS, Pavlos. *Op. cit.*
- 42) BERGER, Klaus Peter. “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, v. 13, ICCA Congress Series, 2006, Montreal: Kluwer Law International, 2007, p. 303-304.
- 43) BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement... *Op. cit.*, p. 21.
- 44) Ver *Glickenhau & Co. v. Taylor*, 163 A.D.2d 59, 60 (1st Dep’t 1990) (“*CPLR 7503(a) requires the court to compel arbitration when there is no substantial question whether a valid agreement was made or complied with and when such proceedings are not barred by the statute of limitations.*”). A esse respeito, Daniel Gruenbaum esclarece que a lei de Nova Iorque é uma das poucas que sujeita a prescrição à lei do foro. GRUENBAUM, Daniel. Prescrição em contratos internacionais perante o árbitro e o juiz estatal (parte I): determinação do direito aplicável. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 11, n. 41, p. 91-116, abr.-jun. 2014.
- 45) Ver *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, LLP v. Garza-Morales*, 308 A.D.2d 261, 270 (1st Dep’t 2003) (confirmando a concessão de *anti-suit injunction* para impedir a parte requerida de prosseguir com uma ação judicial no México em violação à cláusula arbitral prevista em um *partnership agreement* celebrado em Nova Iorque e estabelecendo que todos os eventuais conflitos deveriam ser resolvidos por arbitragem em Nova Iorque). Ver também VERÇOSA, Fabiane. A eleição do direito e do foro do estado de Nova Iorque em contratos internacionais: reflexões práticas. *Revista dos Tribunais*, v. 879, p. 48, jan. 2009, p. 48.

- 46) BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 1303. Também nesse sentido: NERY JR., Nelson. Citação e arbitragem – *Anti Injunction Jurisdiction* ou *Anti-suit Injunction*. *Soluções Práticas de Direito*, v. 5, 2014, p. 185: “Juridicamente, as injunctions são caracterizadas como medidas coercitivas, de preceito inibitório, determinadas por um Tribunal para que a parte faça ou deixe de fazer alguma coisa. Nesse contexto, as *anti-suit injunctions*, que originalmente surgiram no *common law* (especialmente Inglaterra e Estados Unidos), mas que se disseminaram pelo mundo, inclusive nos países da *civil law*, consubstanciam-se em medidas coercitivas anti-processo (processo aqui referido em sentido lato), determinadas por um juízo estatal de um País em face de um processo (judicial ou arbitral) iniciado ou em vias de se iniciar em outra Nação. Trata-se de um provimento de caráter inibitório, um *non facere*, que se traduz na imposição à parte destinatária da *injunction* de uma obrigação de não fazer, no caso, de não iniciar ou dar continuidade a determinado processo (judicial ou arbitral).” Ver também: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.
- 47) *Id.*, International Law Association (ILA). *Op. cit.*, p. 3.
- 48) Ver PERETTI, Luiz Alberto Salton. Caso Jirau: decisões na Inglaterra e no Brasil ressaltam métodos e reações distintas na determinação da lei aplicável à cláusula arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 37, jul.-set. 2013, p. 29-49.
- 49) PENDELL, Guy; SPERANDIO, Felipe. The Brazilian dispute with the “close connection” to England & Wales. *Kluwer Arbitration Blog*, publicado em 10.08.2012. Fonte: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/08/10/the-brazilian-dispute-with-the-close-connection-...>, acessado em 28.10.2014.
- 50) PERETTI, Luiz Alberto Salton. *Op. cit.*
- 51) COSTA, José Augusto Fontoura. A vontade a forma: A percepção da arbitragem no caso do contrato de seguro do Projeto Jirau. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 38, jul.-set./2013, p. 35.
- 52) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº 0304979-49.2011.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Paulo Alcides, Julgado em 19.04.2012.
- 53) “Sulamerica: [...] *Op. cit.* Ver também SANTOS, Maurício Gomm; BEIRÃO, Fernanda Giorgio. O caso Jirau. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, jan.-mar. 2014, p. 233.
- 54) “[S]ince the insured say that under the law of Brazil the arbitration agreement is not enforceable against them without their consent, it is an issue that has to be determined, since it is an essential factor for the court to take into account in deciding whether to continue the injunction. Although the judge made no finding about the position under Brazilian law (because he did not need to), if the insured's argument were correct, the reference to arbitration would be ineffective and the injunction would have to be discharged.”
- 55) FREEMAN, James; AGGARWAL, Manish. *Op. cit.* Ver também “Sulamerica: [...] *Op. cit.* Ver também SANTOS, Maurício Gomm; BEIRÃO, Fernanda Giorgio. *Op. cit.*
- 56) Ver “Governing law of arbitration agreement (Commercial Court)”, *Practical Law – Arbitration*, publicado em 23.01.2013 (<http://uk.practicallaw.com/3-523-6505?source=relatedcontent>; acessado em 28.10.2014).
- 57) *Id.*
- 58) FREEMAN, James; AGGARWAL, Manish. *Op. cit.* (Arsanovia Ltd and others v. CruzCity 1 Mauritius Holdings [2012] EWHC 3702 (Comm)).
- 59) Ver “Law of arbitration agreement where law of seat agreed without actual authority (Commercial Court)”, *Practical Law – Arbitration*, publicado em 31.12.2013. Fonte: <http://uk.practicallaw.com/0-553-1249?source=relatedcontent>, acessado em 28.10.2014.
- 60) ORMSBY, Harry. “Governing law of the arbitration agreement: Importance of Sulamerica case reaffirmed where choice of seat was agreed without actual authority”. *Kluwer Arbitration Blog*, publicado em 29.01.2014. Fonte: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/01/29/governing-law-of-the-arbitration-agreement-importan...>, acessado em 28.10.2014: “In the light of my conclusion that the applicable law of the arbitration agreement is English law, even if the applicable law of the matrix contract is Turkish law, this issue is of little significance. This question falls to be determined pursuant to article 4 of the Rome Convention and I am prepared to assume, without deciding, that, as Habas contends, the applicable law is Turkish law on the basis that the contract is most closely connected with Turkey which is where the performance characteristic of the contract is to be performed and notwithstanding the ICC London arbitration clause”.
- 61) Também merece destaque, nesse mesmo sentido, o caso Enercon India v. Enercon GMBH, Civ. App. 2086/7, 2014, em que a Supreme Court of Índia decidiu que, tendo as leis da Índia sido eleitas como aplicáveis para reger o contrato e a arbitragem em si, todas as leis potencialmente aplicáveis direcionavam à intenção das partes de que a lei aplicável à cláusula arbitral deveria também ser a indiana. Ver também BHUSHAN, Abhinav; GANDHI, Niyati. The Ghost of the Governing Law Returns: Lex Arbitri v. Curial Law in India. *Kluwer Arbitration Blog*, publicado em 26.02.2014. Fonte: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/02/26/the-ghost-of-the-governing-law-returns-lex-arbitri-...>, acessado em 28.10.2014.

- 62) FREEMAN, James; AGGARWAL, Manish. *Op. cit.* Também nesse sentido, PENDELL, Guy; SPERANDIO, Felipe. *Op. cit.* Ver também Interplay of substantive and curial law in international arbitration, *PLC Dispute Resolution*, publicado em 03.07.2007. Fonte: <http://uk.practicallaw.com/4-371-2028?service=dispute>, acessado em 28.10.2014.
- 63) Ver "Sulamerica: [...] *Op. cit.* Fonte: <http://uk.practicallaw.com/7-519-5616?source=relatedcontent>, acessado em 28.10.2014.
- 64) Ver, nesse sentido, também da Inglaterra, os seguintes casos em que se entendeu que a lei da sede da arbitragem deveria ser considerada a lei aplicável à cláusula arbitral: *Union of India v. McDonnell Douglas Corp* [1993] 2 Lloyd's Rep 48; *Sumitomo Heavy Industries v. Oil and Natural Gas Commission* [1994] 1 Lloyd's Rep 45; *Peterson Farms Inc v. C&M Breeding Ltd* [2004] EWHC 121 (Comm); *Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v. Ferrell International Ltd* [2001] EWHC 481 (Comm), at paragraph 32; and *Final Award in ICC Case n° 6850, XXIII YB Comm Arb 37* (1998). Ver também *Sulamerica: Op. cit.*
- 65) Ver CHAPLIN, Jacqueline. Hold on to your seats! A settled test for the proper law of arbitration clauses. *Kluwer Arbitration Blog*, publicado em 23.03.2012 Fonte: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2012/03/23/hold-on-to-your-seats-a-settled-test-for-the-proper...>, acessado em 28.10.2014. Stephen A. Hammond e Pavlos Petrovas mencionam ainda outros casos nessa mesma linha: (i) *XL Insurance Ltd v. Owens Corning* [2001] 1 All ER (Comm) 530; e *Shashoua and others v. Sharma* [2009] EW HC 957 (Comm). HAMMOND, Steven A.; PETROVAS, Pavlos. *Op. cit.* Ver, nesse sentido, também REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin et al. *Op. cit.*, p. 168.
- 66) LEW, Julian D. M. "The law applicable to the form and substance of the arbitration clause", *ICCA Congress Series*, v. 9, Paris, 1998, p. 136: "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".
- 67) "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;
- [...]" (Decreto n° 4.311/2002, que internalizou a Convenção de Nova Iorque no Brasil)
- 68) REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin et al. *Op. cit.*, p. 166-167.
- 69) REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin et al. *Op. cit.*, p. 166: "An arbitration clause is taken to be autonomous and to be separable from other clauses in the agreement.(10) If necessary, it may stand alone. In this respect, it is comparable to a submission agreement. It is this separability of an arbitration clause that opens the way to the possibility that it may be governed by a different law from that which governs the main agreement".
- 70) HAMMOND, Steven A.; PETROVAS, Pavlos. *Op. cit.*: "The theory of delocalised arbitration is the idea that arbitration should be freed from control by the law of the seat. Instead, international arbitration would operate on a 'supra-national', 'transnational' or 'floating' level, and would be self-governing. Only the laws at the place of enforcement of the award would exert any sort of control over international arbitration. Although delocalisation theory has been much discussed, its relevance in practice is limited". Ver, em especial, GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*. Paris, 2010; e BONATO, Giovanni. *Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro* (no prelo).
- 71) BARCHAND, Frédéric. *Op. cit.* Ver também PERETTI, Luiz Alberto Salton; BARCHAND, Frédéric. "Do transnational rules matter", in *International arbitration: The coming of a new age?*, ICCA Congress Series, v. 17, Kluwer Law International, 2013, p. 389-395.
- 72) REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin et al. *Op. cit.*, p. 171: "The French courts, however, have adopted a different method whereby the existence and scope of the arbitration agreement is determined exclusively by reference to the parties' discernible common intentions. In this way, the arbitration agreement remains independent of the various national laws which might, in other jurisdictions, be deemed to apply to it. This approach avoids the difficulties of categorising the arbitration agreement for conflict of laws purposes, as well as the particularities of private international law regimes".
- 73) "Swiss Federal Statute of Private International Law, Artigo 178(2): As regards its substance, the arbitration agreement shall be 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 law governing the main contract, or if it conforms to Swiss law."
- 74) WALD, Arnaldo. Cláusula compromissória inválida por ser unilateral e não ter sido aceita pela parte. Prevalência da decisão do Poder Judiciário competente. *Comentários ao AgIn 0304979.2011.8.26.0000 do TJSP. Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34, jul.-set. 2012, p. 407.
- 75) TRIPODI, Leandro; RODOVALHO, Thiago. *Op. cit.*
- 76) HAMMOND, Steven A.; PETROVAS, Pavlos. *Op. cit.*
- 77) BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 486.

- 78) Vivekananda N; Ankit Goyal. "Which law governs the agreement to arbitrate", *Global Arbitration Review (GAR)*, publicado em 21.04.2015. Fonte: <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/33700/which-law-governs-agreement-arbitrate/>).
- 79) "The law of this arbitration clause shall be... (Hong Kong law)."
- 80) "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". Ver, nesse sentido, DONG, Arthur. "Reflections on HKIAC's Revised Model Arbitration Clause and Its Impact on Chinese Practice". *Kluwer Arbitration Blog*, publicado em 25.10.2014. Fonte: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2014/10/25/reflections-on-hkiacs-revised-model-arbitration-cl...>, acessado em 28.10.2014.
- 81) FREEMAN, James; AGGARWAL, Manish. *Op. cit.*
- 82) 2013 ISDA Arbitration Guide, p. 10 (https://www2.isda.org/attachment/NTg0MQ==/ISDA_Arbitration_Guide_Final_09.09.13.pdf; acessado em 28.10.2014).
- 83) *Id.*, 2013 ISDA Arbitration Guide, p. 10.
- 84) *Id.*, Vivekananda N; Ankit Goyal.
- 85) *Id.*, *ibidem*.
- 86) BHUSHAN, Abhinav; GANDHI, Niyati. *Op. cit.*
- 87) LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. et al. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 121. Ver também BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?, p. 314-315: "The rationale behind the application of the law of the seat of the arbitration is the closest-connection or center-of-gravity test which, in itself, is a generally accepted principle of conflict of laws. It is widely acknowledged today that an agreement to arbitrate is more closely connected with the law of the seat of the arbitration as the place of performance of the arbitration agreement than with any other country. [...] Thus, the choice of the seat by the parties, or on their behalf by the arbitral institution or the arbitral tribunal, functions as an indirect choice of law not only for the law applicable to the arbitration procedure but also for the law applicable to the substantive validity of the arbitration agreement, and, as we have seen above, for the law that determines the arbitrability of the claims raised and the formal validity of that agreement".
- 88) COSTA, José Augusto Fontoura. *Op. cit.*
- 89) MAGALHÃES, José Carlos de. A cláusula arbitral nos contratos internacionais. *Revista de Direito Mercantil*, v. 43, jan.-mar. 1981, p. 29.
- 90) BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Silvia Julio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do Direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, n. 27, out.-dez. 2010.
- 91) BERG, Albert Jan Van den. Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards: Explanatory Note. *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, 2009, Dublin, v. 14, Kluwer Law International, 2009, p. 653-654.
- 92) Ver BREKOULAKIS, Stavros L. "The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon It?" *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2007, v. 24, Issue 4, p. 341-364.
- 93) "1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada."
- (Decreto nº. 4.311/2002, que internalizou a Convenção de Nova Iorque no Brasil)
- 94) Ver ICCA's *Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention – A Handbook for Judges*, 2011, p. 26: "Article VII(1) is called the more-favourable-right provision, since it allows a party seeking recognition and enforcement to rely on rules that are more favourable than those of the Convention. More favourable rules may be found: (i) in the national law of the forum or (ii) in treaties applicable in the territory where recognition and enforcement are sought".
- 95) BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

© 2019 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at sales@kluwerlaw.com or call +31 (0)172 64 1562.