

A VONTADE E A FORMA: A PERCEPÇÃO DA ARBITRAGEM NO CASO DO CONTRATO DE SEGURO DO PROJETO JIRAU

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 38/2013 | p. 35 - 60 | Jul - Set / 2013
 DTR\2013\7887

José Augusto Fontoura Costa

Professor da Faculdade de Direito de São Paulo (USP) e da Universidade Católica de Santos.
 Bolsista produtividade do CNPq.

Área do Direito: Arbitragem

Resumo: Este artigo discute uma decisão brasileira e duas inglesas a respeito do direito aplicável à arbitragem e sua sede referentes ao projeto de construção da Hidrelétrica de Jirau. Mediante a análise de ambas as leis de arbitragem e do texto das decisões, o presente texto apresenta possíveis pistas para compreender algumas diferenças entre as culturas jurídicas, bem como as características do instituto nesses sistemas jurídicos enfocando as seguintes questões: autonomia da cláusula arbitral, competência-competência, direito aplicável, sede da arbitragem e sentença estrangeira.

Palavras-chave: Direito comparado - Direito aplicável - Competência-competência - Tribunais ingleses - Culturas jurídicas.

Abstract: This article discusses a Brazilian and two English decisions on the law applicable to arbitration and its seat regarding an insurance agreement related to the Jirau dam project. Through an analysis of both arbitration statutes and the text of the decisions the text presents possible clues to understand some differences between the legal cultures, as well as the features of the institute in these legal systems focusing the following issues: autonomy of the arbitral clause, competence-competence, arbitration seat and foreign awards, and applicable law.

Keywords: Comparative law - Applicable law - Competence-competence - English courts - Legal cultures.

Sumário:

1. INTRODUÇÃO - 2. CULTURA JURÍDICA E ARBITRAGEM - 3. RELATO DOS CASOS - 4. VALIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL - 5. ALGUMAS DIFERENÇAS ENTRE A ARBITRAGEM NO SISTEMA BRASILEIRO E NO BRITÂNICO - 6. DIREITO APLICÁVEL À ARBITRAGEM - 7. DUAS VISÕES DA ARBITRAGEM - 8. CONCLUSÃO - 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que muito já se caminhou, no Brasil, para a ampliação e consolidação do uso da arbitragem para um universo crescente de situações para as quais, como diria Carlos Alberto Carmona, este meio de solução de controvérsias se mostra mais adequado.

Entretanto, é possível observar, mesmo sem fundamento em ampla pesquisa empírica, lampejos de resistência e desconfiança cercando o instituto. É nesse contexto que a decisão brasileira que se analisa em seguida faz sentido, pois revela uma percepção *razoável*, pois passível de ser justificada tecnicamente e aceita socialmente.

O presente artigo, portanto, propõe-se a ser um ensaio que, a partir de um estudo de casos, busca comparar as perspectivas judiciais brasileira e britânica¹ a respeito da arbitragem. Estuda-se, para tanto, a questão da eficácia da cláusula arbitral e lei aplicável à arbitragem nos contratos de seguro vinculados ao projeto hidrelétrico de Jirau em seu tratamento pelo TJSP e pelas Cortes Reais de Justiça.

Parte-se, depois de uma breve aproximação metodológica, à descrição dos casos e, então, à análise dos elementos construtivos dos discursos decisórios, buscando compreender, em cada um dos juízos, a importância (a) da vontade das partes, (b) da autonomia da convenção arbitral e (c) da excepcionalidade do instituto.

2. CULTURA JURÍDICA E ARBITRAGEM

Como já se observou, o presente artigo busca comparar a compreensão brasileira e a britânica a respeito da arbitragem mediante a análise de decisões sobre uma mesma questão. Nesse sentido, os textos estudados – considerados manifestações jurídicas consistentes com as culturas nas quais tiveram lugar – auxiliam na compreensão das diferenças a respeito da percepção técnica e social do instituto nos diferentes países. Não se pretende, decerto, que tal análise seja exaustiva ou, muito menos, conclusiva; tenha-se sempre em mente que estudos de caso são recursos heurísticos e podem auxiliar na compreensão das diferenças entre culturas jurídicas, mas jamais podem ser extrapolados na forma de conclusões gerais.

Além disso, o objeto que pode ser analisado também é restrito, pois, ao invés da compreensão do que possa ter passado pela mente dos julgadores, a análise de decisões limita-se, necessariamente, aos seus resultados e, portanto, aos textos efetivamente produzidos. Como o momento da articulação discursiva é posterior à escolha de um resultado, pode-se afirmar, em uma simplificação grosseira, que primeiro se decide, para depois justificar (COSTA, 2000).

É razoável, portanto, considerar que a existência de um contexto social que influi sobre as decisões de duas principais maneiras: (1) limita a compreensão técnica a partir do estabelecimento de figuras e parâmetros conceituais a respeito dos quais não se realiza uma crítica consciente e (2) limita e baliza o que se decide mediante barreiras de aceitação social (i) da correção técnica da justificação e (ii) da razoabilidade do que se decidiu conforme padrões morais, científicos, econômicos, políticos e de outras naturezas. Tanto o primeiro elemento, construtivo dos conceitos utilizados para a articulação do discurso, quanto o segundo, delimitador do campo de aceitabilidade das decisões, podem ser observados como operando no quadro de uma cultura jurídica.²

Parte-se, portanto, da pressuposição de que existe uma cultura jurídica britânica (e talvez fosse mais adequado falar em *inglesa*) e outra brasileira. Não se considera, embora isso também possa ser relevante, o fato de que tais culturas nacionais se colocam no âmbito de tradições jurídicas diversas: anglo-saxônica e romano-germânica. Tampouco se discute a existência ou possibilidade de uma cultura arbitralista específica, a qual seria mais internacionalizada (DEZALAY; GARTH, 1996), até porque os textos estudados são todos judiciais.

Sem embargo, a comparação leva a conclusões interessantes: a compreensão técnica e específica da arbitragem (âmbito de arbitrabilidade, autonomia da convenção arbitral e direito aplicável) parece ter uma relação bastante próxima com posições mais gerais a respeito do instituto (excepcionalidade do meio, predomínio da vontade e caráter integral da relação arbitral) e da própria função do direito em geral (controle estatal/solução de litígios). Decerto, há, no texto de cada uma das decisões, uma coerência entre os aspectos micro e macro, ou seja, a orientação dos menores aspectos do caso e dos institutos é consistente com as percepções mais gerais a respeito da natureza e utilização da arbitragem; isso será visto em detalhe mais adiante.

Entrementes, cabe sugerir o seguinte eixo para a reflexão: tal coerência do discurso ou é resultado de uma real consistência das bases sociais do direito ou é o resultado de uma estratégia de justificação, a qual depende da coerência entre específico e geral para se legitimar.

3. RELATO DOS CASOS

Fala-se, aqui, em “casos” e não “caso” por uma simples razão: do ponto de vista estritamente jurídico a noção de caso depende de uma efetiva provocação da jurisdição que estabelece não apenas os limites fatuais e temporais, mas, sobretudo, o próprio direito aplicável, pois este varia conforme o foro e os critérios de conexão aplicados. Assim, o Agravo de Instrumento oposto pelas seguradas é um caso e o da Corte da Divisão Comercial do Tribunal da Rainha da Suprema Corte de Justiça inglesa, outro caso. Há, decerto, fatos comuns, mas como se enfatiza exatamente as diferenças entre as abordagens dos dois juízos, faz mais sentido tratar cada um separadamente.

Em março de 2011 ocorreram incidentes dos quais resultaram danos, sofridos pelas empresas encarregadas da construção da Hidrelétrica de Jirau: Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Enesa Engenharia S.A. (seguradas). Dada a existência de apólice de seguros para danos materiais da Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A., Mapfre Seguros S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A., Zurich Brasil Seguros S.A., Allianz Seguros S.A. e Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A. (seguradoras).

Por entenderem estar ausente qualquer obrigação de pagar, as seguradoras iniciaram, em Londres, um procedimento arbitral em 29.11.2011 para obterem uma declaração de inexistência da obrigação e de que haveria ocorrido uma alteração material em uma das condições da apólice.

As seguradas, buscando obstar a via arbitral, ingressaram com ação cominatória no Brasil, da qual derivou o AgIn 0304979-49.2011.8.26.0000, com o fito de reverter decisão denegatória de tutela antecipada. Com efeito, o Des. Paulo Alcides, da 6.ª Câmara de Direito Privado do TJSP, deferiu o pedido das agravantes em liminar de 16.12.2011, determinando:

“(…) às agravadas que se abstenham da instituição da pretendida arbitragem em Londres enquanto se discute o direito das seguradas de recusar-se a esse modo de solução de controvérsias.”

O recurso foi julgado, em abril de 2012, a favor das agravantes, confirmando a liminar que concedeu a tutela antecipada. Houve embargos de declaração e recurso para o STJ, onde os autos foram recebidos aos 15.05.2013.

No meio tempo, as seguradoras buscaram estabelecer, na Justiça Inglesa, seu direito a ver arbitradas questões derivadas do contrato com as seguradas. A competência é do *Queen’s Bench* da *High Court of Justice*, que processa tanto o pedido de primeira instância com juiz singular, quanto apelações, utilizando, no caso, um Tribunal divisional com dois juízes.

Particularmente, as reclamantes pedem a continuação de uma ordem liminar que veda às seguradas continuarem com o Agravo e a cominatória acima mencionados. No caso [2012] EWHC (Comm) – 2012 WL 14764 o Juiz Cooke decidiu pela legalidade do júízo arbitral e que:

“(…) não poderia impedir tais considerações evitassem que as seguradoras efetivassem seu direito de arbitrar em conformidade com o direito inglês e seus próprios princípios de direito internacional privado.”

Em apelação interposta pelas seguradas, os Juízes *Lord Moore-Bick* e *Lady Hallett* (Caso A3/2012/0249) mantiveram o decidido em primeira instância. Destarte, deu-se sequência à ação que, na justiça inglesa, obrigaria as seguradas a participarem da arbitragem.

4. VALIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL

O contrato entre seguradas e seguradoras dispõe, em redação que poderia ser menos controversa, cláusulas a respeito da jurisdição estatal e arbitral:

“Cláusula 7.ª:

Lei e foro – fica estabelecido que esta Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil. Qualquer disputa nos termos desta Apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil.”

“Cláusula 12:

Arbitragem – No caso do Segurado e a Seguradora não entrarem em acordo sobre o montante a ser pago sob esta Apólice através de mediação conforme acima estabelecida [Cláusula 11] tal Disputa será encaminhada para um processo de arbitragem sob as Regras de Arbitragem da Arias. O Tribunal será constituído por três árbitros sendo um a ser nomeado pelo Segurado, outro a ser nomeado pela Seguradora, e o terceiro a ser designado pelos dois árbitros nomeados. (...)

(...)

“A sede da arbitragem ficará em Londres, Inglaterra.”

Em face da adoção de cláusula arbitral e dessa redação, coloca-se em questão (a) sua eficácia e, (b) se deve produzir efeitos, qual seria sua abrangência material. Nesse sentido, a solução dada no Brasil e na Inglaterra foi diversa, como se verá.

4.1 O júízo brasileiro

De fato, o júízo brasileiro entendeu que a cláusula arbitral não seria eficaz, apresentando a seguinte

justificativa:

“Contudo, bem analisada e avaliada a questão, constata-se que a Cláusula 12, contra tudo o que foi dito pelas [seguradoras], não pode e não deve prevalecer em virtude de relevante motivo: não goza de anuência expressa de uma das partes, como exige o § 2.º do art. 4.º da Lei 9.307/1996.”

Apenas para recordar, o dispositivo legal apontado reza que “nos contratos de adesão” a parte aderida não poderá iniciar a arbitragem se não houver concordância expressa da aderente “por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula”.

Cabe, então, uma breve digressão a respeito do sentido e do alcance do § 2.º do art. 4.º de Lei de Arbitragem brasileira. O elemento central de sua hipótese é de que o contrato em que se apôs a cláusula se caracteriza como sendo “de adesão”. Ora, em geral se tende a colocar sob esta mesma expressão dois aspectos diversos: (a) a impossibilidade de negociar cláusulas e termos como uma exigência da massificação das relações contratuais e a necessidade de mitigar os custos de transação e (b) a assimetria de poder que, associada com a ausência de alternativas viáveis, impeliaria o aderente a aceitar quaisquer condições, sobretudo em face da existência de assimetrias de informação.

Mesmo sem se ingressar na interessante discussão de se algum desses aspectos, isoladamente, é suficiente para caracterizar a adesão, é necessário ressaltar que *a assimetria de poder não está presente no caso em tela*. Não se trata, evidentemente, de um seguro que, como o de uma motocicleta ou automóvel, não deixa qualquer margem à negociação do conteúdo clausular, em que pese a prática do setor e a exigência das resseguradoras internacionais referente à inclusão de cláusula arbitral.³

A própria decisão inglesa, mesmo sem decidir sobre a natureza do contrato, aponta que os documentos e provas referentes à negociação evidenciam sua continuidade por meses, o que contraria a visão quase *naïve* de que o contrato era de seguro e os contratos de seguro são de adesão... Não obstante, a prática bastante assentada de referir as relações de seguro à arbitragem da Arias (UK), câmara arbitral que funciona desde 1991 sob os auspícios da *Association Internationale de Droit des Assurances* (Aida) deixa claro não haver, com particular referência à indicação do sistema de solução de controvérsias, ampla margem de negociação. Considerado como um todo, porém, o contrato é amplamente discutido.

Além disso, dificilmente seria possível imaginar que empresas capazes de construir um dos maiores projetos de energia do mundo, a Hidrelétrica de Jirau, não tenham poder de barganha em sua relação com seguradoras; menos sentido ainda teria a ideia de que estas careceriam de conhecimento a respeito de como funcionam contratos de seguro ou da presença de uma cláusula arbitral.

Não obstante, o juízo brasileiro apoiou-se na caracterização do contrato como sendo de adesão, o que provocou, portanto, a incidência da regra legal impeditiva dos efeitos da cláusula arbitral – mesmo sem comprometer, diga-se de passagem, sua validade.

No que se refere à cobertura da convenção arbitral, em interpretação literal da Cláusula 12, entendeu o magistrado que a arbitragem não poderia se estender para além das controvérsias referentes ao montante a ser pago sob tal apólice, o que – embora não venha discutido no acórdão – parece fazer referência à inidoneidade da cláusula para cobrir questões referentes à inexistência da obrigação de pagar ou de alteração material da apólice.

A partir desses argumentos, entende o magistrado que:

“Enfim, os vícios nas disposições contratuais, como acima apontados, geram dúvida mais que razoável, o suficiente para obstar os efeitos da denominada “eficácia negativa da cláusula compromissória”, justificando, em caráter excepcional, a relativização do princípio competência-competência, previsto no art. 8.º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996, pelo qual ao árbitro tocará decidir acerca de sua competência.”

Faz-se mister, nesse aspecto, recordar que o art. 8.º da Lei 9.307/1996 se refere à *autonomia da cláusula compromissória*, que pode ter alguma relação com o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*,

mas jamais poderia ser com este confundida, como se verá mais adiante.

Independentemente disso, é possível sumarizar a justificativa da decisão nos seguintes termos: trata-se de contrato de seguro, contratos de seguro são de adesão, cláusulas arbitrais em contratos de adesão têm eficácia limitada (exigindo manifestação expressa e específica de aceitação pela parte aderente), não houve tal aceitação no caso e, portanto, há razões para sustar a eficácia da cláusula liminarmente, até que se decida a ação principal, mediante a proibição de que as seguradoras busquem a instituição e continuidade do juízo arbitral em Londres.

4.2 O juízo inglês

A decisão inglesa não chegou a tratar da eventual ineficácia relativa da cláusula em razão da natureza supostamente “de adesão” do contrato em questão. Com efeito, o percurso da fundamentação foi bastante diverso.

Preliminarmente, busca-se identificar se houve vontade das partes em instituir a arbitragem, ou se a inclusão da cláusula teria ocorrido ao arrepio das seguradas. Entende o magistrado que tal não foi o caso, dada a extensão e complexidade da negociação, bem como a experiência das construtoras e o fato de que evitar tal cláusula estaria ao alcance de suas mãos.

Superado tal ponto, discute em detalhe a questão do direito aplicável à arbitragem. A argumentação se constrói sobre dois pilares: a aplicação de um critério de “direito mais adequado” (*proper law*) e a ampla autonomia da convenção arbitral.

No tópico 5 a questão do direito aplicável será apresentada em maior detalhe, de maneira que, por ora, importa mencionar que o juiz inglês afastou a aplicação do direito brasileiro:

“A consequência de minha decisão de que o direito inglês é o aplicável à convenção arbitral significa que não há qualquer questão a respeito de sua validade, pois jamais foi esgrimido pelas seguradas (que sempre apresentaram alegações, a despeito de sua afirmação de que não haveria jurisdição da Corte inglesa) que, como objeto das regras de direito internacional privado inglês, quaisquer normas do Direito brasileiro que a pudessem tornar ineficaz (como o art. 4.º(2) da Lei Brasileira de Arbitragem e o art. 44 da Circular 256 da Susep) pudessem ter efeitos extraterritoriais ou ter qualquer aplicação no que diga respeito à Corte inglesa. Tais normas são irrelevantes para minha decisão, de acordo com o direito inglês e seus princípios de direito internacional privado, independentemente de se a Corte brasileira pode considerar tais regras como sendo obrigatoriamente aplicáveis.”

Superada, portanto, a questão da validade e efeitos da cláusula arbitral, em conformidade com o direito inglês, o juiz aborda sistematicamente a interpretação dos termos do contrato para identificar se haveria uma restrição do âmbito material da arbitragem à fixação dos valores. Nesse sentido, entende que “os termos das Cláusulas 11 e 12 devem ser lidos conjuntamente, como parte de um procedimento escalonado de solução de controvérsias”.

Decide, então, depois de considerar que a grafia de “disputa” com maiúscula na Cláusula 11 (mediação) e com minúscula na seguinte (arbitragem) seria mero erro material, que não corresponderia à vontade das partes uma restrição tão dura do âmbito de questões arbitráveis, até porque não seria possível determinar o *quantum* sem decidir sobre o que está ou não coberto pela apólice.

5. ALGUMAS DIFERENÇAS ENTRE A ARBITRAGEM NO SISTEMA BRASILEIRO E NO BRITÂNICO

Mesmo que se assuma como pressuposta a universalidade do fenômeno jurídico, é certo que cada uma de suas manifestações apresenta peculiaridades históricas e sociais. Não é diferente quando se avalia um único instituto e sua regulação positiva em cada país.

Destarte, a própria existência de direito legislado no Brasil e no Reino Unido para regular a arbitragem pode servir como ponto de partida para desvendar como cada cultura a percebe. Mesmo que cada campo jurídico e cada estrutura social e mecanismo de aplicação sejam profundamente diferenciados, é fato que o processo de legitimação e a função simbólica do direito ocorrem de modo análogo, havendo a operação de um *corpus* normativo por meio de sujeitos tecnicamente capacitados e decisões proferidas por julgadores imparciais (BOURDIEU, 1986).

Desse modo, apesar de parcialmente descontextualizada, a análise da legislação auxilia na identificação das maneiras de compreender a arbitragem, pois, como parte do *corpus*, é derivada das noções técnicas que informaram o processo legislativo e, como pressuposto necessário das decisões corretas, limitantes das possibilidades de justificação.

Optou-se, na busca de compreender melhor o instituto em cada país, por ressaltar como dois aspectos da arbitragem são tratados pelas leis de ambos os direitos, nomeadamente a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/1996) e a Lei de Arbitragem britânica de 1996 (Arbitration Act 1996), quais sejam: (a) a autonomia da convenção de arbitragem e (b) a sede arbitral e seu modo de determinação.

5.1 Autonomia da cláusula arbitral e a competência para decidir sobre a própria competência

No direito legislado brasileiro a expressão da autonomia da arbitragem não é extensa. Com efeito, a palavra “autônoma” aparece uma única vez no texto legal, quando se refere especificamente à cláusula compromissória em relação ao contrato na qual está inserida. Nesse sentido, a Lei 9.307/1996 dispõe:

“Art. 8.º 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.”

Em interpretação estritamente gramatical, pode-se afirmar que o âmbito de tal autonomia é bastante restrito, pois aparece como qualidade da *cláusula* e à sua proteção contra eventual *nulidade* do contrato.

O parágrafo único da norma brasileira, porém, gera alguma confusão, pois se espera que o parágrafo tenha o sentido de regular o *caput*, o que não parece ser o caso. Ao atribuir aos árbitros o poder de decidir a respeito da existência, validade e limites da eficácia da convenção arbitral extrapola o âmbito capitular, pois as razões que podem, porventura, fulminar ou restringir o alcance da arbitragem vão muito além da nulidade do contrato em que esteja a cláusula. A *autonomia da cláusula* e o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* são conceitos diversos e independentes, pois a primeira se refere tão somente à imunização da cláusula em relação a eventual nulidade do contrato, ao passo que o segundo diz respeito à competência atribuída ao árbitro para decidir sobre os limites de sua própria competência. Esse tema é retomado, aliás, no art. 20 da Lei 9.307/1996:

“A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.”

A hipótese, portanto, cobre as situações em que a parte argui defeito da convenção arbitral, ao passo que a regra do parágrafo único do art. 8.º cobre a verificação *ex officio*, além da provocada. Do mesmo modo, estabelece parâmetro para a ocorrência de preclusão, pois a parte que não se manifesta de pronto fica impedida de fazê-lo no futuro. Caso se denegue o pedido de nulidade, é possível retomar a questão na ação anulatória da sentença arbitral (art. 20, § 2.º e art. 33 da Lei 9.307/1996).

Para um olhar menos atento, a lei britânica não chega a ser muito diversa da brasileira. No tocante à cobertura da disposição referente à autonomia da cláusula arbitral, parece não haver uma diferença significativa:

“7. Autonomia (separability) do acordo de arbitragem

A menos que as partes convencionem de outra maneira, um acordo de arbitragem que integra ou foi feito para integrar um outro acordo (a despeito de se por escrito ou não) não deve ser considerado inválido, inexistente ou ineficaz em consequência da invalidade, inexistência ou ineficácia do outro acordo, e deve, para este fim, ser tratado como um acordo distinto.”

Decerto, ambos os dispositivos se referem à imunização primária da cláusula arbitral em relação ao

contrato, podendo esta ser salva e permanecer ativa em respeito à vontade das partes. Há, porém, algo a se destacar. A lei brasileira, ao fazer referência a uma cláusula *inserta* em um contrato, opta pela sua identificação formal, ou seja, a inclusão no mesmo documento. A inglesa, porém, prefere privilegiar a intenção das partes, não apenas porque reconhece tanto acordos escritos quanto não escritos, mas porque identifica a relação com o acordo substantivo não apenas formalmente (*integra*), mas também com fulcro na vontade (*feito para integrar*).

Só mais adiante, em separado, expõe a regra referente à competência de estabelecer a própria competência:

“30 *Competência do Tribunal para decidir sobre sua própria competência (jurisdiction)*

(1) A menos que as partes convençionem de outra maneira, o Tribunal Arbitral pode decidir sobre sua própria competência substantiva, ou seja, para definir

(a) se há uma convenção arbitral válida.

(b) se o Tribunal foi corretamente constituído e

(c) quais matérias foram submetidas à arbitragem de acordo com a convenção arbitral.

(2) Pode-se recorrer de qualquer dessas decisões mediante qualquer processo arbitral de apelação ou revisão, bem como de acordo com as regras desta Parte [inclusive mediante atuação do Judiciário].”

O dispositivo trata, portanto, da discussão pelo próprio Tribunal Arbitral a respeito da validade da convenção arbitral, da constituição do Tribunal e do âmbito material coberto pelo consentimento para a arbitragem. A redação, muito mais analítica que a da lei brasileira, deixa claro que os limites materiais da arbitragem, estabelecidos por meio da vontade das partes, devem ser verificados, também, com os instrumentos convençionados.

As diferenças de percepção legislativa do instituto, destarte, voltam a aparecer. Ao contrário da clara localização da regra sobre as decisões em matéria de competência que cabem aos árbitros feita pelo britânico, o legislador brasileiro apenas tratou o tema em ocasiões nas quais este aparece vinculado a outras questões jurídicas. Da primeira vez, no art. 8.º, junto com a autonomia da cláusula e, da outra vez, no art. 20, associada à discussão da preclusão na arbitragem.

O tratamento dado pela Lei 9.307/1996 não vai além da ideia de que a *Kompetenz-Kompetenz* é um epifenômeno relacionado à imunização da cláusula arbitral ou, quanto muito, de uma condição para que ocorra preclusão de matérias que não foram alegadas na arbitragem. Assim como na discussão anterior, privilegia-se o ponto de vista estatal em detrimento da vontade autônoma das partes na arbitragem; a lei brasileira se preocupa – corretamente, aliás – com garantir a arbitragem e seus efeitos em um contexto adverso ao instituto, como era em 1996. Para tanto, não chega a ousar; não atribuiu, conseqüentemente, os mesmos efeitos que outros ordenamentos dão à vontade.

Enuncia-se aqui, portanto, a problemática que está presente no próprio título deste artigo: é possível imaginar que a percepção brasileira do instituto tende a privilegiar aspectos formais, pois vê na arbitragem uma exceção à atuação do Judiciário; a maior preocupação com o elemento volitivo e a própria estrutura das normas britânicas acenam para uma maior atenção dada ao que as partes realmente pretendem.

5.2 Sede da arbitragem e lugar da sentença

O juízo brasileiro não dá qualquer importância à sede indicada pelas partes e à escolha da lei aplicável à arbitragem.

Decerto, a Lei 9.307/1996 não utiliza a noção de sede de arbitragem, mas, seguindo de perto o que dispõe a Convenção de Nova Iorque de 1958 (Dec. 4.311/2002), opta por estabelecer como elemento relevante para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras o critério do *país de emissão* da sentença (art. 34 da Lei 9.307/1996 e art. I da Convenção de Nova Iorque de 1958). Embora nada no ordenamento pátrio vede a identificação de uma *sede* para a arbitragem, o evento relevante para a hipótese normativa legal não é nada além do país de emissão da sentença,



o qual não precisa ser, necessariamente, o mesmo da realização dos procedimentos e da realização dos atos de secretaria. Reforça tal compreensão a determinação da lei brasileira de que o compromisso arbitral *deve* identificar o lugar em que será proferida a sentença (art. 10, IV, da Lei 9.307/1996) e *pode* conter o lugar onde ocorrerão os procedimentos (art. 11, I, da Lei 9.307/1996).

Atente-se, sem embargo, que as disposições legais em matéria de arbitragem no direito público, ao estabelecerem que esta deve acontecer no Brasil estabelece *sede* obrigatória e irrenunciável, a qual deve abranger *todos* os atos e procedimentos – a bem da própria publicidade e transparência da administração. Não é o caso, porém, da questão em tela no presente artigo, que se trata de relação integralmente privada.

A respeito da sede, por seu turno, o Arbitration Act 1996 estabelece, em seu art. 3.º, que:

“a sede da arbitragem’ significa a sede jurídica da arbitragem, designada

- (a) pelas partes no acordo de arbitragem, ou
- (b) por qualquer instituição, arbitral ou não, ou pessoa designada pelas partes para tal fim, ou
- (c) pelo Tribunal Arbitral, se autorizado pelas partes, ou determinada, na ausência de tal designação, considerando-se o acordo entre as partes e todas as circunstâncias relevantes.”

Deste modo, não pode existir, nos termos da legislação inglesa, arbitragem sem sede, pois mesmo quando é ausente sua designação expressa, ela deve ser determinada em face do sopesamento dos demais elementos presentes na relação arbitral e contratual. Não há, diga-se de passagem, qualquer conexão fixa da sede com o lugar da sentença.

Com efeito, embora não faça sentido imaginar uma arbitragem cujos atos não se efetivem em lugar algum, é certo que a noção de *sede* é diversa da de *lugar da sentença*, mesmo que, nas mais das vezes, estes sejam coincidentes. Neste sentido, destaca-se o fato de que a legislação brasileira é silente a respeito da sede, ao passo que a britânica insiste na identificação de *uma única sede* a ser determinada pelas partes (alínea *a*), fundada em delegação expressa (alíneas *b* e *c*) ou determinada a partir da análise do acordo arbitral e suas circunstâncias. Portanto, mesmo que o acordo arbitral preveja a realização de atos em diversos países, a sede da arbitragem será única. Tal consequência inexistente no direito brasileiro, cuja preocupação não ultrapassa a de identificar o lugar da sentença.

Embora, à primeira vista, a distinção entre *sede* e *lugar da sentença* possa parecer desimportante, de fato se impõe como reveladora de percepções do instituto incrustadas em diferentes culturas: a ideia de que sempre existe uma sede é consentânea com uma abordagem tendente a observar o instituto de modo integral, enquanto a importância dada à prolação do laudo parece fragmentar a visão que se tem das efetivas relações arbitrais, que são complexas e se espraiam ao longo do tempo, para, ao cabo, se concentrar na problemática da efetivação do que se decidiu.

Desse modo, é possível observar que a própria legislação britânica tende a ver na arbitragem uma relação integral orientada essencialmente pela vontade das partes envolvidas, enquanto a visão brasileira tende a distinguir apenas os contornos de uma alternativa ao Judiciário, excepcionalmente autorizada pela lei, cuja validade e funcionamento dependem especificamente de seus termos, verificados ponto a ponto.

Como se verá logo em seguida, a discussão do direito aplicável à arbitragem corrobora a hipótese de que há diferenças profundas na compreensão do instituto, as quais se apresentam na tensão entre o domínio da vontade das partes e o da forma legalmente instituída.

6. DIREITO APLICÁVEL À ARBITRAGEM

Embora a lei brasileira autorize a escolha do direito aplicável à arbitragem (art. 2.º da Lei 9.307/1996), não se chega a discutir tal temática. Pode-se imaginar, a propósito, que na ausência de uma determinação expressa de normas estrangeiras aplicáveis, jamais se cogitou lançar mão de ordenamento alienígena, não se chegando, sequer, a avaliar os efeitos da Cláusula 7, que indica foro e lei.

Em terreno tão árido, dificilmente floresceria comparação. Por mais que seja complexa e interessante a argumentação dos tribunais de Sua Majestade, falta contraponto de onde apenas se ouve

eloquente silêncio.

Resta, então, descrever as posturas e passos dos juízes do *Queen's Bench* da *High Court of Justice*, que em primeira instância e apelação se pronunciaram detalhadamente sobre a questão. Inicialmente, o Juiz Cooke estabeleceu uma linha argumentativa que conduziu à conclusão de que, por ser o elemento de conexão mais próximo e real, a sede determinaria a aplicação da lei inglesa. Em 2.ª instância, *Lord Moore-Bicks* e *Lady Hallett* retomam a questão, em relatório minudente do primeiro aceito integralmente pela segunda. Por fim, há manifestação do *Master of the Rolls*,⁴ Presidente do Tribunal, que apresenta sua própria linha de argumentação. Todos os três raciocínios são sensivelmente diferentes, a despeito de chegarem à mesma conclusão: deve-se aplicar o direito britânico, conforme o qual a Cláusula 12 é válida e efetiva.

6.1 Juiz Cooke

Para determinar a aplicação do direito inglês, o juiz da 1.ª instância, Cooke, partiu da constatação de que a sede da arbitragem é Londres e que “foi aceito pelas seguradas que isso implica jurisdição das cortes inglesas para supervisionar o procedimento arbitral” (§ 10). A partir disso, afirma que (§ 10):

“Isso decorre dos termos expressos da *Lei de Arbitragem [britânica] de 1996*, em particular das regras da seção 2, as quais estabelecem que a Parte 1 da Lei se aplica quando a sede da arbitragem for na Inglaterra, Gales ou Irlanda do Norte. Isso estabelece, imediatamente, uma forte conexão entre o próprio acordo de arbitragem e o direito da Inglaterra. É por esse motivo que, recentemente, autoridades têm ressaltado que a localização ou a sede da arbitragem é um importante fator para indicar o direito mais adequado para reger o acordo de arbitragem.”

Aceitar a existência um direito mais adequado para o acordo de arbitragem que seja diverso daquele que rege o contrato depende de uma concepção de *autonomia* da relação arbitral que vai além da mera consideração da *Kompetenz-Kompetenz*. Não se parte, na visão do Juiz Cooke, da subsidiariedade da arbitragem em face de uma relação contratual principal, mas de um distanciamento que torna a determinação da sede algo mais importante do que a própria lei escolhida pelas partes no contrato – a brasileira, no caso. Nesse sentido, refere-se a *Lord Mustill* e sua afirmação de que embora fosse comum a lei do contrato ser a mesma da arbitragem, era ainda mais comum que essa fosse a da sede indicada. Cita, ainda, o Juiz Longmore, no sentido de que (§ 12):

“(...) um acordo de arbitragem terá normalmente uma conexão mais próxima e real com o lugar que as partes escolheram para arbitrar, do que com o lugar do direito do contrato subjacente, nos casos em que as partes deliberadamente tenham escolhido arbitrar, em um lugar, controvérsias que teriam surgido em um contrato regulado pelo direito de outro lugar.”

Por conseguinte, opta pela aplicação da lei britânica *em razão da predominância do critério da sede sobre o da lei escolhida para o acordo substantivo*. Para tal conclusão são essenciais a noção de uma ampla autonomia da arbitragem – para além da mera ideia de imunidade da cláusula compromissória – que se diferencia da relação substantiva;

Essa decisão, portanto, merece ter um aspecto bem destacado: mesmo quando há escolha da lei aplicável ao contrato (como na Cláusula 7.ª),⁵ a importância que se dá à autonomia da relação arbitral pode ser tão estimada no direito inglês, a ponto de afastar a presunção de que aquela seria a mesma lei aplicável à arbitragem, ou seja, ainda que manifesta a vontade das partes sobre o direito aplicável ao contrato. O Juiz Cooke, portanto, considera que não houve escolha expressa no tocante à arbitragem, especialmente em razão de as partes haverem indicado sede diversa.

Fica, portanto, a recomendação de que – mesmo que aparentemente redundante – cuide-se da explicitação da lei da arbitragem em separado. Lembre-se, também, que o critério do “direito mais adequado” é bastante complexo, pois não apenas incorpora aspectos da “vontade presumida” (o que as partes teriam hipoteticamente escolhido), mas também do “centro de gravidade da relação” (o local com que a relação apresenta maior proximidade econômica, social e jurídica).

6.2 Lord Moore-Bick

Para discutir a lei aplicável à arbitragem, o relator da apelação na Justiça inglesa esclarece que há duas questões a serem enfrentadas para a determinação da lei aplicável à arbitragem no caso (§

25):

“Embora existam muitas manifestações de autoridade que tocam o problema, aceita-se que não há qualquer precedente vinculante para esta Corte. Não obstante, as autoridades estabelecem duas proposições incontroversas capazes de estabelecer um ponto de partida para qualquer investigação a respeito do direito mais adequado para reger a convenção arbitral. A primeira é que, mesmo quando a convenção é parte de um contrato substantivo (como sói ser), o direito que a rege pode não ser o mesmo do contrato substantivo. A segunda é que o direito mais adequado deve ser determinado a partir de uma investigação em três estágios sobre (i) a escolha expressa, (ii) a vontade presumida e (iii) a conexão mais próxima e real. É matéria de princípio que esses três estágios devem ser avaliados sucessivamente e nessa ordem, pois qualquer escolha feita pelas partes deve ser respeitada, mas já se disse em muitas ocasiões que, na prática, o estágio (ii) se funde ao (iii), porque a identificação do sistema jurídico com o qual o acordo tem a conexão mais próxima e real pode ser um importante fator para decidir se as partes teriam feito uma escolha implícita do direito aplicável.”

Posto isso, o magistrado inicia a análise de cada passo. Em primeiro lugar, portanto, considera que, estando associada a uma indicação de foro judicial, a Cláusula 7.^a não pode ser aceita como estabelecendo voluntariamente o direito aplicável à convenção arbitral – não há, portanto, escolha expressa.

No que se refere à existência de uma vontade presumida, considera que, com efeito, a indicação da lei brasileira para as relações substantivas é um forte indício de que esta poderia ser a mesma pretendida para a convenção arbitral. Não obstante, há pistas que orientam no sentido contrário (§ 30):

“Embora o juiz não tenha decidido a este respeito, as seguradas dizem que [o direito brasileiro] faz com que a convenção só possa ser exigida com seu consentimento. Se isso é correto, este é um importante fator que a Corte dele levar em conta ao considerar a escolha do direito brasileiro. Embora muitas convenções arbitrais permitam que qualquer das partes leve a controvérsia à arbitragem, algumas estabelecem que a arbitragem é uma opção de apenas uma das partes. Se é isso o que as partes pretendiam obter, portanto, os meios estariam facilmente à mão. No presente caso, no entanto, não há nada que indique que as partes tinham a intenção de estabelecer uma convenção de mão única; com efeito, a Cláusula 11, que estabelece o contexto imediato para a 12, prevê expressamente que qualquer das partes pode levar à arbitragem uma controvérsia que não tenha sido resolvida por mediação. A possível existência de uma regra do direito brasileiro que teria prejudicado tal posição tende a sugerir que as partes não tinham intenção de que seu acordo arbitral fosse regido por este sistema jurídico.”

O argumento é consistente: se o segundo passo da perquirição do direito mais adequado é a vontade presumida das partes, não se poderia imaginar que esta apontasse para um sistema jurídico cujas regras levassem à mutilação do que foi avençado: não há dúvida de que as partes pretenderam uma convenção arbitral que possibilitaria o início dos procedimentos por qualquer uma delas, independentemente de anuência específica da outra; resta dúvida, portanto, sobre a razoabilidade de estender, com esteio na vontade presumida, a escolha de lei aplicável voltada a regular os aspectos substantivos do contrato.

Impossível identificar o direito mais adequado, portanto, com base no critério do segundo passo.

Resta, então, a identificação da conexão mais próxima e real. Inicia-se, então, com a discussão da relação entre o acordo de arbitragem e os aspectos substantivos do contrato. Desse modo, as considerações feitas a respeito da autonomia arbitral devem ser lembradas: a própria legislação inglesa reconhece um *status* de ampla desvinculação, de sua compreensão como algo separado, embora conectado, com o contrato. Nesse diapasão, *Lord Moore-Bick* assevera (§ 32):

“Não há dúvidas de que a convenção arbitral tem uma conexão próxima com o contrato de que faz parte, mas sua *natureza* e objetivos são muito diferentes. A meu ver, um acordo para resolver controvérsias por arbitragem em Londres, e portanto em conformidade com o direito arbitral inglês, não tem uma conexão jurídica próxima com o sistema jurídico que rege a apólice de seguro, cuja finalidade não tem relação com a solução da controvérsia; mais do que isso, ela tem a relação mais próxima e real com o lugar onde deve ocorrer a arbitragem e que irá exercer a *jurisdição* de apoio e

supervisão necessária para assegurar que o procedimento seja efetivo.”

Deste modo, as conclusões do relator são no sentido de que a indicação da lei inglesa não é um resultado imediato da intenção das partes, como havia sugerido a decisão de primeira instância. A adoção de um teste em três etapas, das quais a última se pauta por critérios objetivos, quando já se mostra impossível identificar uma vontade clara das partes, indica que a *ratio decidendi* foi a *identificação da conexão objetivamente mais significativa*. Não deixa, portanto, de colocar foco no elemento volitivo, mas reconhece que quando este se esgota, faz-se necessária a consideração do centro de gravidade da relação arbitral.

6.3 Master of the Rolls

Depois de manifestar sua concordância com as conclusões do relator na apelação, o *Master of the Rolls* adiciona alguns parágrafos a respeito do direito mais adequado para reger a arbitragem.

Ressalta, então a dificuldade de se estabelecer critérios claros, os quais possam, *a priori*, determinar o direito aplicável (§51):

“Dado o caráter de desejável da certeza no campo dos contratos comerciais e o número de precedentes a este respeito, é, à primeira vista, surpreendente que não seja fácil decidir em muitos de tais casos se o direito mais adequado para reger o acordo de arbitragem é (i) o do país cujo direito se aplica ao contato ou (ii) o do país onde se fixou a sede da arbitragem. Não obstante, uma vez que se aceita que tal matéria e objeto de interpretação contratual, pode ser impossível evitar que a resposta deva depender de todos os termos de um contrato em particular, lido à luz das circunstância e do bom senso comercial.”

Inicia, então, a análise de uma série de importantes precedentes, para constatar a possibilidade de optar por dois possíveis percursos de raciocínio: (i) o que, em consonância com a jurisprudência mais recente, afirmaria, com base na autonomia da relação arbitral, a predominância do direito da sede e (ii) o que indica haver sólidas razões para considerar qualquer das soluções (lei que rege as relações substantivas ou lei da sede) como embasadas em questões de princípio. Em seguida, despreza explicitamente a alternativa que nega a maior proximidade da conexão da arbitragem com sua sede.

Isso não significa, evidentemente, que a vontade não seja relevante; ela não deixa de ser elemento decisivo para a identificação do direito mais adequado. É por isso que (§ 57):

“Em qualquer curso que se resolva seguir, é necessário considerar se há algo nas provisões do contrato ou nas circunstâncias que ajudem a resolver a charada.”

De qualquer modo, como, no caso, ambos os caminhos levam ao direito inglês (§ 59):

“Havendo identificado as duas abordagens que poderíamos adotar, considero ser desnecessário optar entre elas, pois ambas conduzem à conclusão de que essa apelação deve ser denegada.”

Conserva-se, portanto, a decisão da 1.^a instância, no sentido de considerar a arbitragem regida pelas normas britânicas, as quais resguardam a validade e efeitos da Cláusula 12 do contrato e obrigam as seguradas à arbitragem.

Embora não seja o caso de afirmar uma predominância absoluta do direito da sede sobre o da relação substantiva, já que sempre se deverá ter em conta o contexto do contrato e maximizar o respeito à vontade das partes, fica o alerta de que o lugar da arbitragem pode ser decisivo para a identificação do direito aplicável e, conseqüentemente, para que o sistema de solução de controvérsias seja bem sucedido.

6.4 Análise da indicação do direito aplicável

Quando se busca descrever a técnica do direito internacional privado como voltada à solução de situações que envolvam mais de um ordenamento jurídico é possível adotar a perspectiva do julgador, que deve, partindo do direito do foro, avaliar quais são as normas aplicáveis à situação apresentada. A análise do presente caso, decerto, clama por tal ponto de vista.

A propósito, uma definição clássica da doutrina inglesa deixa bem claro tal ponto de vista, ao afirmar

que o “direito internacional privado é a parte do direito inglês que opera sempre que a Corte é posta frente a um pedido que contém um elemento estrangeiro” (FAWCETT; CARRUTHERS, 2008, p. 3). Deste modo, o direito estrangeiro é sempre visto pela ótica do direito do foro britânico.

Nesse mesmo sentido, o Juiz Cooke (§ 3) esclarece que “a Corte inglesa deve aplicar as regras de conflito de leis do direito inglês”, ou seja, o foro é que estabelece o direito de base.

Quando se discute a importância da vontade das partes e da autonomia da relação arbitral, as duas principais noções para se compreender as decisões inglesas, estas são construídas conforme as regras do foro. É aí que são estabelecidas as formas e parâmetros da caracterização de um direito mais adequado, o *proper law*.

Tal critério é desconhecido do direito brasileiro, até porque a sistemática da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro opta por identificar critérios rígidos, como o lugar de constituição das obrigações e a residência do proponente (LINDB, art. 9.º). À exceção do critério do direito mais favorável, o qual é aplicado no campo das sucessões (art. 10) e exige uma análise prospectiva, todos, pelo menos por hipótese, dependem apenas da comprovação de um fato que conecta a relação ao Ordenamento.

Provavelmente é esta a razão pela qual as linhas argumentativas dos juízes ingleses pareçam tão tortuosas aos olhos brasileiros. Nesse sentido, é importante retomar a reflexão do *Master of the Rolls* a respeito da tensão entre segurança, hipoteticamente representada por um critério rígido, e a adequação, relacionada com a necessidade de interpretar o contrato para encontrar a melhor solução possível.

Não é de se admirar que tal perspectiva termine por privilegiar a vontade das partes, não apenas quanto à lei aplicável, mas à própria validade da convenção arbitral. Se os juízes buscam um elemento objetivo de identificação da conexão mais próxima e real, isso só ocorre depois que a vontade das partes não pode ser claramente identificada, inclusive porque a utilização das normas brasileiras poderia levar, como se argumentou, à ineficácia da Cláusula 12, o que, evidentemente, não poderia ser o desejo das partes, que livremente a incluíram no contrato.

Destarte, a discussão da lei aplicável à arbitragem nos foros ingleses parte (a) da aplicação do critério de maior adequação do direito à relação regida, (b) da ampla autonomia da relação arbitral e (c) da máxima consideração da vontade das partes.

7. DUAS VISÕES DA ARBITRAGEM

Existentes Estados soberanos e ausente uma sistemática internacional de solução de efetivas antinomias, resta a situação prática de grande desconforto, na qual um dos sistemas jurídicos proíbe que se dê sequência ao juízo arbitral, enquanto o outro protege exatamente sua continuidade. Do mesmo modo, apesar de algumas perspectivas teóricas sustentarem a existência de um único direito para cada relação, é fato que pode haver tantos critérios de conexão quanto há sistemas jurídicos e, portanto, nada garante a unicidade do liame entre os fatos e o direito aplicável, que sempre será aquele efetivamente determinado pelo Tribunal estatal.

Não se pode, no caso, falar de uma decisão errada e outra certa. Ambas podem ser sustentadas como sendo tecnicamente corretas, o que abarca tanto a conformidade com o *corpus* normativo, quanto a adequação ao *habitus* do conjunto significativo de atores responsáveis pela estruturação social do direito, a qual, por enquanto, se dá em torno dos sistemas estatais. Deve-se, aliás, ressaltar que a decisão brasileira seria “errada” para os padrões britânicos e vice-versa.

Porém, é importante avaliar quais os aspectos técnicos envolvidos com a construção do instituto em cada cultura jurídica levam a decisões tão diversas.

Em primeiro lugar, é preciso ter em conta as variações na própria técnica do direito internacional privado. A técnica adotada pelo legislador brasileiro foi a de identificar critérios rígidos e determináveis pela simples constatação de um fato relacionado com a origem do contrato (lugar da celebração ou residência do proponente). Na Inglaterra, ausente norma legal sobre o tema, aplica-se um critério de *common law* cuja caracterização depende de um aprofundamento da análise integral da relação em tela e do sopesamento de elementos volitivos, expressos ou presumidos, e objetivos.

Já na própria discussão dos conflitos de leis ocorre, para a correta aplicação dos critérios ingleses, um estudo da relação de arbitragem, o qual favorece sua percepção como autônoma. Como já se viu, cláusula e relação arbitral autônomas são noções completamente diferentes. A segunda noção, estranha à técnica brasileira, é fundamento necessário da decisão que, pautada pela constatação fática de um razoável divórcio entre a apólice e a sistemática de solução de controvérsias escolhida, encontra na sede da arbitragem a principal conexão com o direito aplicável. Não há, então, relação entre assessorio e principal, como a imunização obtida mediante a explícita separação da cláusula parece supor; como autônoma, a relação arbitral tem estabelecido regime próprio, o qual não se confunde com o do contrato.

Observou-se, no item 4, que as características da legislação britânica favorecem uma percepção plena da arbitragem não apenas pela maneira tecnicamente independente que aborda a separabilidade da cláusula arbitral, mas pela própria pressuposição de que sempre existe uma sede. A noção de que a arbitragem se constitui em uma atividade que se apresenta como um sistema em que os vários elementos são necessariamente correlacionados e estruturados, de modo a exigir uma compreensão da *integralidade da relação arbitral* como sinônima da autonomia da arbitragem. Na leitura cuidadosa das decisões inglesas ora analisadas isso salta aos olhos.

Tal ponto de vista teórico, mesmo que presente em parte da doutrina brasileira, não parece ter eco legislativo ou jurisprudencial.

Além disso, percebe-se uma importante diferença no que se refere à importância dada à vontade das partes. Enquanto os magistrados ingleses se esforçam para preservar a máxima força do que foi avençado, o brasileiro opta por uma saída formal – a ausência de escritos em negrito ou assinatura em campo específico – para negar eficácia àquilo sobre o que as partes concordaram. Recorde-se que, para tanto, teve de considerar como sendo “de adesão” um contrato negociado meses a fio por partes com poder de barganha suficiente e que jamais poderiam ser consideradas como inocentes neófitas do mundo dos negócios.

A atenção à vontade, porém, não é expressa apenas na verificação da validade da cláusula compromissória, pois ela também aparece (a) na questão do direito aplicável, em que o critério da *proper law* abarca a vontade expressa e presumida como elementos preponderantes para sua determinação, (b) na avaliação integral do sistema escalonado de solução de controvérsias que parte da mediação para, fracassada esta, passar à arbitragem, o qual sequer é discutido na decisão brasileira e (c) na importante constatação de que não é razoável presumir que as partes teriam escolhido a arbitragem para, no mesmo contrato, fazê-la fracassar mediante a escolha de direito incompatível.

Nessa mesma direção vai o curso argumentativo da decisão brasileira, que identifica uma “(aparente) divergência entre as disposições contratuais”, a qual não se resolve com uma interpretação contratual voltada a salvar o que as partes dispuseram, mas “bem analisada e avaliada a questão” encontra “relevante motivo” para afastar a arbitragem na ausência de um suposto requisito formal.

Ocorre que tal decisão faz sentido no direito brasileiro, em que a vontade não chega a ser privilegiada pela própria legislação. Desnecessário mencionar que o art. 9.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LGL\1942\3) não menciona a escolha voluntária do direito aplicável como elemento de conexão, o que, para dizer o mínimo, abre a polêmica a respeito dos limites da cláusula de escolha de lei no direito brasileiro.

A própria Lei 9.307/1996, merecidamente festejada por ocasião de sua entrada em vigor, parece desconfiar da livre manifestação da vontade: estabelece que a arbitragem só pode ser utilizada em matéria de “direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1.º), enquanto a lei inglesa coloca entre seus princípios gerais que “as partes devem ser livres para convencionar como suas controvérsias são resolvidas, sujeitas apenas às salvaguardas necessárias ao interesse público”. Se aqui é arbitrável apenas o que cabe na moldura legal, na Inglaterra tudo é arbitrável, a menos que ameace interesses públicos. Em outras palavras, para um sistema a vontade cabe onde o direito permite, no outro, onde não proíbe.

Portanto, a partir das decisões analisadas, é possível identificar como as duas principais diferenças técnicas entre a percepção do instituto (a) o papel da vontade, predominante no sistema inglês e mitigado no brasileiro e (b) a autonomia da arbitragem, tendente a ser parcial e limitada à questão da

separação da cláusula arbitral no direito brasileiro.

Fora desse âmbito, há também importantes diferenças no campo da indicação do direito aplicável à arbitragem, a qual, reconhecida pelo art. 2.º da Lei 9.307/1996, se limita a aceitar a escolha expressa, sem elencar critérios suplementares, particularmente a vontade presumida e o centro de gravidade da relação. A construção inglesa, fartamente discutida acima, privilegia a vontade das partes e a autonomia da relação arbitral a ponto de fazer o direito da sede predominar sobre o escolhido para o restante do contrato.

Por fim, mas não com menor importância, pode ser que o texto das decisões espelhe preconceitos profundos a respeito do instituto. Vejamos dois trechos das decisões:

“(1) As Cortes (...), quando em face de uma cláusula de jurisdição exclusiva e um acordo de arbitragem, apoiam-se na forte política jurídica a favor da arbitragem e na presunção de que as partes, como comerciantes racionais, poderiam ter tido a intenção de que qualquer controvérsia derivada da relação que estabeleceram seria decidida pelo mesmo Tribunal.

(2) Não se olvide que a solução pelo Poder Judiciário é a via ordinária, a regra, e não o caminho alternativo, este sim previsto na Lei (...), até porque a garantia fundamental de acesso à Justiça (...) é dotada de máxima força normativa.”

Resta alguma dúvida a respeito de como preencher as lacunas?

Decerto, indo além da análise do presente caso, é importante ressaltar que a jurisprudência e doutrina brasileiras vêm se aproximando progressiva e constantemente de uma nova percepção do instituto, mais completo e integrado, até porque aquilo que parecia improvável para alguns há vinte anos – a definitiva incorporação da prática arbitral no Brasil – se tornou uma marcada realidade também como resultado da postura consistente dos tribunais brasileiros (WALD; BORJA; VIEIRA, 2012). Não obstante, para que a vida não perca a graça, restam caminhos a trilhar.

8. CONCLUSÃO

Se, de fato, a construção dos argumentos que justificam uma decisão nasce para dar consistência e legitimidade a uma opção previamente feita, é também verdade que tal escolha é orientada por uma cultura que plasma não apenas as características de cada aspecto dos institutos, mas também a concepção geral a respeito do que é e para que serve o direito. Tal cultura não é livresca ou redutível ao *corpus* normativo relevante, mas se inscreve nos *habitus*, ou seja, nas práticas contínuas e cotidianas de advogados, árbitros, juízes, professores, promotores e quaisquer outros sujeitos envolvidos com a formação, manutenção e transformação do campo jurídico. Como composto por uma arquitetura social complexa, este dificilmente pode ser abordado integralmente de uma só vez, mas se desvela por meio de uma dialética metodológica performada no campo de tensão entre a teorização geral e a análise crítica de tal edifício teórico mediante estudos empíricos, análises de caso e propostas de explicações alternativas.

Deste modo, a análise comparativa das decisões que se propôs neste artigo jamais poderia ter a pretensão de abordar integralmente o tratamento que os Judiciários brasileiro e britânico dão à arbitragem. Isso dependeria de uma ampliação dos aspectos analisados, incorporando, pelo menos, uma avaliação jurisprudencial ampla e o estudo da literatura dominante em cada país, podendo ser complementado a partir de entrevistas qualitativas e quantitativas para uma compreensão mais sistemática das opiniões dos atores jurídicos relevantes. Não obstante, reconhecidas as fraquezas próprias de qualquer estudo de caso, particularmente a impossibilidade de extrapolação e generalização, deve-se também lembrar que o presente estudo também é útil, pois revela uma interessante diversidade de fundamentação discursiva em torno do mesmo instituto quando, pelo menos aparentemente, as decisões são praticamente idênticas. Isso ajuda a ressaltar, sobretudo na dinâmica do campo brasileiro, a existência de alternativas de justificação bastante receosas de uma aceitação ampla da vontade das partes.

É possível, sim, dizer que as decisões são praticamente idênticas porque *ambas privilegiam a competência do foro e a aplicabilidade de seu direito*. Em outras palavras, os juízes se entenderam competentes para, em conformidade com as ações iniciadas, decidir sobre a continuidade ou não da arbitragem mediante a aplicação de suas próprias leis. Em ambos os casos, a justificativa poderia ter sido pautada pela vontade das partes ou pela predominância da soberania nacional.

Apenas para propor percursos alternativos de justificativa:

“(1) *Juiz brasileiro*: as partes escolheram o direito brasileiro na Cláusula 7.^a; ausente tal indicação na Cláusula 12 se pressupõe aplicável a lei brasileira à arbitragem, que deve ser suspensa, pois [não houve anuência expressa das seguradas] [a cobertura material da cláusula se limita à fixação de valores] e

(2) *Juiz inglês*: a arbitragem tem sede na Inglaterra; deve-se aplicar o direito territorial inglês, pois as normas sobre arbitragem e procedimento são de direito público e não podem ser afastadas, a menos que haja determinação expressa das partes e, mesmo assim, de modo limitado.”

Visto o caso e discutidas as decisões, tais linhas de raciocínio parecem pouco prováveis, pois incompatíveis com os padrões aceitos em cada campo nacional: possivelmente os ingleses considerariam a argumentação incompatível com a liberdade garantida a comerciantes em plena posse de suas faculdades mentais e os brasileiros com os limites formais do controle e as limitações postas pelo Estado sobre as atividades privadas.

É de se supor que, à primeira vista, as sentenças inglesas pareçam muito desafinadas aos ouvidos brasileiros, percebidas até mesmo como excessivamente desviantes do ritmo normal descrito nas partituras, talvez ocultando melodias inconfessáveis. Se tal “ousadia” chega a chocar, é pouco provável que o juiz brasileiro se preste a bailar no compasso alienígena. Do outro lado, um fleumático *Master of the Rolls* tampouco tenderia a se encantar pelas batidas latinas...

Do caso, portanto, se conclui haver, possivelmente, uma tendência britânica a ver na arbitragem uma forma preferencial de solução de controvérsias, caracterizada por uma ampla autonomia frente à relação de fundo, caracterizada como um âmbito regulado predominantemente pela vontade das partes, cuja plena realização deve ser garantida pelo judiciário. Do ponto de vista brasileiro, mais do que a hoje propugnada solução *adequada*, há ainda espaço para se ver na arbitragem uma *alternativa*, ou seja, uma verdadeira exceção ao judiciário e, portanto, devendo ser interpretada e compreendida restritivamente e, por conseguinte, afastada sempre que houver dúvida a seu respeito, inclusive mediante o predomínio da forma sobre a efetiva vontade dos contratantes.

Pode ser que a cultura jurídica brasileira venha se alterando e, como afirma a doutrina e se lê em várias outras decisões, se mostrando mais afável com a vontade das partes. Se este é o caso, provavelmente existe uma tensão entre posturas tendentes a ver o instituto como forma *adequada* ou, simplesmente, *normal* e outras ainda pautadas por uma desconfiança a respeito da arbitragem. A análise da jurisprudência e doutrina, bem como uma topografia do campo jurídico brasileiro, poderia ajudar a compreender possíveis tendências que talvez aproximem, talvez afastem a percepção cultural do instituto da existente em outros países. Para tal discussão, porém, são necessários outros estudos.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. La force du Droit: éléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*. n. 1. vol. 64. p. 3-19. Lyon: Persee, 1986.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Normas de direito internacional: aplicação uniforme do direito uniforme*. São Paulo: Atlas, 2000.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: Chicago University Press, 1996.

FAWCETT, J. J.; CARRUTHERS, J. M. *Cheshire, North and Fawcett Private International Law*. 14. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

NELKEN, David. *Comparing legal cultures: an introduction*. Sudbury: Dartmouth Publishing, 1997.

WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerda de; VIEIRA, Maíra de Melo. A posição dos tribunais brasileiros em matéria de arbitragem no último biênio (2011-2012). *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 35. p. 15 São Paulo: Ed. RT, 2012.

1 Apesar das evidentes diferenças, utiliza-se, neste artigo, “inglês” e “britânico” como sinônimos. Com efeito, é preciso observar que a Lei Britânica de Arbitragem de 1996 é válida para Inglaterra, Gales e Irlanda do Norte – excetuando a Escócia, portanto – ao passo que a competência da *High Court of Justice* cobre Inglaterra e Gales. Além disso, os juízes falam em direito inglês.

2 Compreendida, aqui, como um conjunto de práticas e crenças compartilhadas a respeito do funcionamento do Direito em um âmbito determinado mediante noções compartilhadas de identidade. Não obstante, cabe destacar que tal noção é bastante vaga e ambígua, mesmo na sociologia jurídica (NELKEN, 1997).

3 Agradeço, a respeito do esclarecimento sobre a exigência das resseguradoras para a inclusão da arbitragem Arias (UK), o alerta feito por Wolf Ejenberg a partir de leitura de versão preliminar do presente artigo.

4 O *Master of the Rolls*, função que remonta o século XIII é o segundo cargo mais importante da Justiça inglesa, abaixo apenas do *Lord Chief Justice*. Ao tempo do presente caso, o cargo era ocupado pelo *Lord Neuberger of Abbotsbury*, atual presidente da Suprema Corte do Reino Unido, sendo substituído por *Lord Dyson*.

5 Quais seriam, a propósito, os efeitos da disposição sobre o direito aplicável desta cláusula em face da aplicação do art. 9.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro?