

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO**

LAURA CORTES DE LOYOLA

**A LEI APLICÁVEL A CLAUSULA ARBITRAL EM CONTRATOS COMERCIAIS
INTERNACIONAIS**

**CURITIBA
2018**

LAURA CORTES DE LOYOLA

**A LEI APLICÁVEL A CLAUSULA ARBITRAL EM CONTRATOS COMERCIAIS
INTERNACIONAIS**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, do Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Rodrigo Cesar Nasser Vidal

CURITIBA

2018

LAURA CORTES DE LOYOLA

**A LEI APLICÁVEL A CLAUSULA ARBITRAL EM CONTRATOS COMERCIAIS
INTERNACIONAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Relações Internacionais de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Rodrigo Cesar Nasser Vidal

Prof. Membro da Banca: _____

Curitiba, 06 de abril de 2018

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer meus pais, amigos, e meu professor orientador, por sua paciência e apoio.

ΕΠΙΓΡΑΦΕ

“No one can make you feel inferior without your consent”

– Eleanor Roosevelt

RESUMO

O presente trabalho tem como tema as leis aplicáveis na arbitragem comercial internacional, em especial qual a lei aplicável a cláusula arbitral em um contrato comercial internacional em caso de omissão da especificação dela pelas partes. No primeiro momento, temos uma abordagem geral sobre a arbitragem, quais seus elementos, e os requisitos para esta ser classificada como "internacional" e "comercial". Depois o artigo apresenta o que é uma cláusula arbitral, suas funções e suas condições de validade. Por último, entramos na definição da lei aplicável a cláusula arbitral, como pode ocorrer sua escolha, a importância dela dentro do cenário arbitral, seguida das principais correntes que oferecem uma solução em caso da ausência de uma lei expressa pelos contratantes para governar essas cláusulas - *Lex Contractus*, *Lex Loci Arbitri* e duas correntes menores - junto de resumos de casos que apresentaram essa temática. Após uma análise dos referidos tópicos o trabalho procura apresentar resposta de como tribunais arbitrais e judiciais podem avaliar a questão da lei aplicável quando ela não foi previamente definida.

Palavras chaves: Arbitragem, Lei Aplicável, Cláusula Arbitral.

ABSTRACT

The present paper studies the applicable laws to a international commercial agreement, in particular, the law applicable to arbitration clause in an international commercial contract in case of omission of the specification by the parties. It starts with a general approach on arbitration, what are its elements, and the requirements for it to be classified as "international" and "commercial". Secondly, the article presents what is an arbitration clause, its functions and its conditions of validity. After that, part enters into the definition of the law applicable solely to arbitration clause, how its choice may occur, its importance within the international arbitration scenario, followed by the main theories that offer a solution in the absence of a law expressed by the parties to govern these clause - *lex contractus*, *lex loci arbitri* and two minor theories - together with case summaries that involved this theme. Lastly, after analyzing these topics, this paper seeks to answer how arbitral and judicial courts may face the issue of applicable law when it has not been previously defined.

Key-Words: Arbitration, Applicable Law, Arbitration Agreement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2. ARBITRAGEM	11
2.1 ELEMENTOS DA ARBITRAGEM.....	15
3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	19
3.1 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	21
3.1.1 Autonomia da Vontade das Partes.....	22
3.1.2 Condições de Validade.....	24
4. A DEFINIÇÃO DAS LEIS APLICÁVEIS A CLÁUSULA ARBITRAL	28
4.1 A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	28
4.2 A IMPORTÂNCIA DA DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL A CLÁUSULA ARBITRAL.....	31
4.3 CORRENTES PARA DETERMINAR AS LEIS APLICÁVEIS ESTRITAMENTE A CLÁUSULA ARBITRAL.....	34
4.3.1 Lei que rege o Contrato (<i>Lex Contractus</i>)	35
4.3.1.1 Arsanovia Ltd v. Cruz City 1 Mauritius Holdings [2013] 2 all ER 1	36
4.3.1.2 FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd e outros [2014] SGHCR 12	37
4.3.1.3 Reliance Industries Limited & Anr v Union of India [1993].....	38
4.4 Lei da Sede de Arbitragem (<i>Lex Loci Arbitri</i>).....	38
4.4.1 Sulamérica Cia Nacional de Seguros, S.A. e ors. v Enesa Engenharia, S.A. e ors.[2012] EWCA Civ 638	39
4.4.2 C v D [2007] EWHC 1541(Comm.).....	41
4.4.3. Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Andustrisi AS e VSC Steel Company Ltd [2013] EWHC 4071 (Comm).....	42
4.4.4 Correntes Menores.....	42

4.4.4.1 As Intenções Comuns das Partes	43
4.4.4.2 Modelo Suiço.....	43
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
5.1 CONCLUSÃO.....	49
6. REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O atual nível de globalização permite que novas transações internacionais sejam formadas todos os dias e com elas vislumbra-se a aproximação de diversas nações em diversos âmbitos, como o econômico, cultural e social, e conseqüentemente o jurídico.

Dentro das relações comerciais firmadas entre pessoas jurídicas de diferentes países, se torna necessário definir uma maneira segura para solucionar litígios que venham a surgir entre elas. Devido a diferentes leis processuais e materiais de um país para outro, assim como a busca pela neutralidade, celeridade e especialidade pelos contratantes, uma saída encontrada é optar por uma convenção arbitral.

As leis aplicáveis em disputas arbitrais internacionais é um tema de grande importância no cenário mundial. Quando a arbitragem é escolhida como o meio para resolver uma disputa, é preciso pensar cuidadosamente nas leis que se aplicam às partes constituintes do procedimento e processo de arbitragem.

Dentro dos acordos arbitrais existem quatro áreas em que as partes podem eleger as leis aplicáveis, elas podem ser combinações de duas ou mais legislações e regulamentos internacionais, e podem ser coincidentes ou distintas entre si. As partes têm o poder de escolha para lei material, que será utilizada para o mérito da disputa, da lei processual, que será aplicada ao procedimento arbitral, da lei para execução da decisão pelos árbitros, e também, da lei aplicável à cláusula arbitral de um contrato.

Na arbitragem, legislações nacionais e regulamentos internacionais concedem às partes ampla autonomia para escolher quais leis serão aplicadas. Essa decisão tem como objetivo trazer para a arbitragem neutralidade, familiaridade e evitar legislações com orientações desvantajosas para o tipo negócio entre as partes¹. Cabe aos árbitros avaliar as questões materiais ou processuais submetidas a eles, conforme as peculiaridades do caso, de acordo com a vontade expressa das partes.

Entretanto, muitas vezes podem existir dúvidas acerca de qual lei deverá ser aplicada à determinadas questões relevantes dentro do caso, por não ter a determinação expressa do regramento pelas partes. Se existem incertezas sobre a lei material na arbitragem internacional o tribunal pode se utilizar da "via indireta".

¹ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 47, 2015, p.10.

Determinar a lei aplicável com base na análise de um conflito entre leis possíveis é o *meio indireto*, diferente de aplicar a lei sem considerar conflitos de leis, que consiste no *meio direto*². Segundo essa teoria os árbitros têm a liberdade de aplicar a lei que considerarem mais apropriada, com apoio em acordos e convenções internacionais, como por exemplo o *English Arbitration Act* de 1996, seção 46.

Para Dalmaso existe um "razoável consenso" na arbitragem internacional quando se trata de dúvidas sobre qual deve ser a lei processual aplicada no litígio³. A lei aplicada será a da sede, escreve o autor, ou seja, seguirá a jurisdição do local onde será julgada a lide.

Dentro dentro deste contexto, surge a dúvida: como se dá a decisão da lei aplicável exclusivamente a cláusula arbitral dentro de um contrato comercial internacional? O presente trabalho tem como assunto a importância da adequada seleção das leis aplicáveis à cláusula arbitral em contratos comerciais internacionais. Esse tema tem apresentado grandes repercussões em tribunais arbitrais e judiciais, pois divide as opiniões de doutrinários, e nas jurisprudenciais, em qual lei deve reger os planos de existência, de eficácia e de validade de uma cláusula arbitral dentro de um contrato⁴. Devido à falta de regularidade entre as partes de uma relação jurídica de eleger expressamente uma lei ou regra específica para lidar com a cláusula arbitral, cai sobre as mãos dos árbitros decidir sobre a interpretação, o cumprimento e os efeitos destas cláusulas.

Nestas situações a escolha da lei aplicável à uma cláusula arbitral pode criar insegurança jurídica entre os contratantes. Pode ser que ações paralelas sejam abertas e decisões contraditórias possam ser decretadas em mais de uma jurisdição, através da propositura de ordens para impedir o processo de começar ou continuar, e nunca chegar à uma conclusão para a lide.

Essas decisões pelos árbitros são casos limítrofes, como escreve Ricardo Dalmaso Marques, onde *anti-suit injunctions* são propostas para assegurar o cumprimento de uma cláusula arbitral ou que a convenção de arbitragem em si não existe ou é inválida.

²Moses, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press. 3ª Edição, 2017. p.85.

³ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 47, 2015, p.14.

⁴ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 47, 2015, p.8.

O presente trabalho apresenta uma breve definição de arbitragem internacional, suas utilidades e suas características, seguido de um enfoque nas peculiaridades das cláusulas arbitrais em contratos comerciais internacionais, como a autonomia da vontade das partes e as condições de validade desta.

Por último, o terceiro capítulo do trabalho fala sobre a importância da definição prévia pelas partes da lei que irá reger essa cláusula, se eventualmente elas entrarem em algum conflito. Também descreve as correntes e teorias aplicadas por cortes judiciais e arbitrais para determinar qual é a lei aplicável, junto de exemplos de casos onde não há clara eleição de qual lei deve ser aplicada à cláusula arbitral em contratos internacionais.

2. ARBITRAGEM

Arbitragem é um método privado de resolução de conflitos, escolhido pelas partes para decidir litígios entre elas sobre determinado mérito contratual sem o uso de cortes estatais. Pode ser utilizada quando as partes estão diante de um desentendimento sobre direitos patrimoniais disponíveis. Ela ocorre por intervenção de um terceiro imparcial a lide, escolhido livremente pelas partes. É uma forma alternativa de solução de conflitos fora do Poder Judiciário, com sentença vinculativa proferida pelo(s) árbitro(s), seu poder deriva da vontade das partes.

Carlos Alberto Carmona⁵ conceitua a arbitragem como:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada a disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigante possam dispor (2009, p. 31).

Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kroll definem arbitragem internacional como mecanismo para determinar disputas relativas à contratos ou outras relações com um elemento internacional por árbitros independentes, de acordo com procedimentos, estruturas e padrões substantivos, legais ou não legais, escolhidos direta ou indiretamente pelas partes⁶.

⁵ Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um Comentário À Lei Nº 9.307/96 - 3ª Ed. 2009, p. 36.

⁶ Lew, Julian, Mistelis, Loukas, Kroll, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration - 2003, p. 1. Tradução do autor.

Christian Bühring-Uhle, Lars Kirchhoff e Gabriele Scherer (2006, p.31) colocam arbitragem como um "processo privado com resolução obrigatória de uma disputa por meio da decisão de um ou mais indivíduos particulares selecionados pelas partes da lide"⁷.

Alan Redfern e Martin Hunter(2004, p.1), por sua vez, definiram arbitragem como:

It is a private method of dispute resolution, chosen by the parties themselves as an effective way of putting an end to disputes between them, without recourse to the courts of law"⁸ (Alan Redfern; Martin Hunter, 2004, p.1)

Arbitragem, portanto, é a busca de um meio privado alternativo ao Judiciário de resolução de conflito. Neles, as partes capazes de firmar relações jurídicas buscam a intervenção de um terceiro imparcial para que decida, com base nas limitações da cláusula arbitral, sobre o conflito relativo à direitos patrimoniais disponíveis dos litigantes.

Segundo Lew, Mistelis e Kroll (2001), arbitragem é diferente dos demais métodos de resolução de conflito, pois não é um procedimento realizado em cortes nacionais, não é determinado por um *expert*, não é uma negociação ou mediação. É uma forma alternativa de resolução que impõe decisão definitiva com obrigatoriedade entre as partes, diferente de outras alternativas que apenas apresentam o apoio para que as partes cheguem a uma solução.

Para os autores, a negociação direta entre as partes e seus conselheiros seria a mais escolha fácil e rápida para se chegar a consensos sobre os desentendimentos que surgem ao decorrer do contrato. Entendem que, por apresentar um formato que se aproxima às circunstâncias e o controle das partes, pode ser direcionado para os interesses de cada lado. Entretanto, esse método tende a falhar devido à falta de confiança entre os contratantes, também pelo fato de que nenhum deles é obrigado a "ceder" à vontade do outro.

A mediação que envolve um terceiro neutro, o mediador, trabalha com ambos os lados para resolver a disputa através de um acordo, mas não impõe uma solução.

⁷ Bühring-Uhle, Christian, L Kirchhoff, Gabriele Scherer. Arbitration and Mediation in International Business. Kluwer Law International; 2ª Edição, 2006. Tradução do autor.

⁸ "Forma privada de resolução de disputas, escolhida pelas partes como uma forma efetiva de colocar um fim a lides entre elas, sem recorrer a Cortes Públicas." Redfern, Alan, Hunter, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4ª Edição 2004, p. 1. Tradução do autor.

Pode ser um método mais eficiente que a negociação, pois o mediador elabora com as partes um compromisso, depois de mostrar os pontos vulneráveis de cada lado. Entretanto, não apresenta uma solução obrigatória entre os contratantes, pois estes são livres para aceitar ou rejeitar os termos formados.

De um ponto de vista teórico, essas três instituições são claramente distintas entre si⁹. O conciliador e o mediador tentam reunir as partes para chegar à uma solução, entretanto, eles não tem o poder de impor esse remédio para eles. Uma decisão final na conciliação e na mediação só pode surgir quando há um acordo entre as partes.

Vários são os motivos para preferência da arbitragem pelas partes contratantes. Diferente de outras formas de resolução de conflitos, a forma, estrutura e procedimento na arbitragem variam de acordo com as características de cada caso. Na arbitragem internacional as variantes, como a possibilidade de escolha de múltiplas leis aplicáveis a cláusula arbitral, ao procedimento e a execução da resolução, a escolha dos árbitros ou do tribunal, afetam e influenciam a decisão final da lide. É por esse motivo que muitos contratos comerciais internacionais se voltam a esse mecanismo, ao invés da negociação e da mediação.

Comparada aos procedimentos de cortes nacionais, a arbitragem representa um procedimento mais flexível, célere e adequado para transações internacionais. Geralmente contratos comerciais internacionais envolvem partes de diferentes culturas, línguas, sistemas legais e conhecimentos, por isso requerem um método mais neutro e personalizado para cada caso.

De acordo com Born (2001), as partes não querem correr o risco de submeter sua lide à Corte nacional da parte contrária, esta pode ser tendenciosa ou de visão limitada. Muitas cortes nacionais não são preparadas para lidar com lides comerciais internacionais, elas não têm aptidão, experiência e recursos que instituições de arbitragem apresentam. A arbitragem oferece a possibilidade de escolha de um decisor competente e neutro para ambos os lados. pois é, em princípio, independente de qualquer autoridade nacional.

Esse método tende a ser mais ajustável e menos formal que os de cortes nacionais. Assim, as partes têm mais liberdade de acordar sobre leis e procedimentos

⁹ Goldman, Fouchard Gaillard. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International; 1ª Edição, 1999. p. 12.

mais apropriados para seu caso, criar cronogramas adaptável às partes e seus advogados, ao invés de serem obrigados a seguir com regramentos fixos do processo civil¹⁰.

Além disso, muitas empresas e instituições colocam sua privacidade como prioridade quando lidam com processos legais. Por isso, a confidencialidade do procedimento arbitral se torna mais um atrativo quando se trata de contratos comerciais internacionais.

Outro fator é a resolução obrigatória e única que a arbitragem produz. Esta resolução deve ser executada na maioria das cortes nacionais signatárias da Convenção de Nova Iorque de 1958¹¹, que evita múltiplas decisões ou decisões divergente sobre a mesma lide. A decisão dos árbitros é única, não existem recursos para instâncias superiores, que tendem a prolongar o procedimento por anos¹².

Entretanto, a arbitragem apresenta algumas desvantagens. Segundo Redfern (2009), entre as críticas que o procedimento recebe estão os altos custos. As taxas e custos dos árbitros, da instituição arbitrária e os demais custos ao longo do decorrer do procedimento devem ser pagos pelas partes, além do pagamento de advogados e outros membros da equipe legal e suas acomodações no decorrer do procedimento, o que torna o método, como um todo, custoso.

O autor também coloca o limite dos poderes dos árbitros como um ponto negativo na arbitragem. Muitas situações dependem de poderes que somente um juiz de Corte estatal possui, como exigir o comparecimento de uma testemunha na sessão, com penalidade de multa em caso de ausência. Se for necessário para resolução do conflito poderes que são prerrogativas do Estado, fica necessário recorrer à cortes estatais.

Redfern (2009) chega a conclusão de que, ao debater os prós e contras da arbitragem, ele fica em favor da arbitragem para resolver disputas internacionais. Para ele, em qualquer situação de conflito entre as partes de um contrato comercial internacional, a arbitragem é uma forma conveniente e neutra, vista como um meio mais preparado em quesitos como experiência dos árbitros, com conhecimento do

¹⁰ Redfern, Alan, Hunter, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª Edição 2009, p 33.

¹¹Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Prêmios Arbitrais Estrangeiros de 1958, incluído na lei brasileira com a publicação do Decreto 4311 em 23 de julho de 2002.

¹² Redfern, Alan, Hunter, Martin. *op. cit.* p.35.

idioma do contrato e o conhecimento das leis escolhidas pelas partes, do que cortes estatais.

Born (2001, p.10) também se coloca favorável à arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos em casos de contratos comerciais internacionais:

No fundo, se as generalizações devem ser feitas, a arbitragem internacional é muito parecida com a democracia; não está perto do ideal, mas geralmente é melhor do que as alternativas existentes¹³ (Born, 2001, p10).

Segundo o autor: "a arbitragem é o jeito menos ineficiente de resolver conflitos que surgem em transações internacionais"¹⁴.

2.1 ELEMENTOS DA ARBITRAGEM

Segundo Born (2001), arbitragem comercial internacional tem características bem definidas. Primeiro, ela é consensual - as partes entram em acordo de usar a arbitragem como modo de resolução de conflitos que surgiram ou venham a surgir de um contrato. Segundo, a sentença vem de um decisor não relacionado ao Estado, eles não devem ser juízes ou agentes do governo, sim "particulares selecionados ordinariamente pelas partes"¹⁵. Ainda, a arbitragem produz uma decisão obrigatória entre as partes, que é capaz de ser executada em cortes estatais, e portanto, é diferente dos acordos em mediações e negociações. E por último, o método arbitral é considerado mais flexível quando comparado aos de cortes nacionais.

Seguindo essa lógica, Lew, Mistelis e Kroll (2003, p.3) apontam quatro características fundamentais de arbitragem:

- Uma alternativa à cortes nacionais;
- Um mecanismo privado para resolução de disputas;
- Selecionado e controlado pelas partes;
- Uma decisão final e obrigatória de direitos e deveres entre as partes.

¹³Born, Gary. International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. 2ª Edição. Holanda: Kluwer Law International, 2001. p.11. Tradução do autor.

¹⁴ Id., 2001, p.12.

¹⁵ Id., 2001, p.1.

Arbitragem não é um procedimento estatal. Quando as partes acordam pela arbitragem elas removem a prerrogativa de recorrer suas disputas relacionadas ao contrato pela jurisdição de cortes nacionais.

Outra característica da arbitragem é de ser um meio privado entre as partes. Se algum desentendimento surgir entre os contratantes, deve ser resolvido através do sistema privado acordado.

Para os autores, a principal característica da arbitragem é que surge da vontade das partes. Elas tem o total controle para estabelecer a forma, os sistemas legais, a estrutura, o procedimento e outros termos da arbitragem. Implícito ao acordo pela arbitragem é a decisão final e obrigatória entre as partes¹⁶.

Nessa linha de raciocínio, Redfern (2009) apresenta seis elementos chaves da arbitragem internacional: o acordo pela arbitragem; a existência de uma disputa; a escolha do árbitro; os procedimentos arbitrais; a decisão e a execução desta decisão.

A concordância em arbitrar é a base de todo o procedimento. Os contratantes devem submeter à resolução disputas e desentendimentos entre eles sobre o contrato. A disputa deve ser passível de resolução através de arbitragem, ou seja, seu assunto pode ser resolvido por arbitragem e não interfere na esfera exclusiva de cortes nacionais. Leis nacionais estabelecem os limite das lides que podem se submeter a arbitragem de acordo com sua cultura, situação social e políticas econômicas¹⁷. Esta disputa pode ser presente ou futura, se assim acordado entre as partes na cláusula arbitral no contrato.

Se inicia o procedimento arbitral de acordo com os termos da cláusula ou seguindo regras subsidiárias estipuladas para serem aplicadas na arbitragem¹⁸. Para este trabalho, segue-se com a forma institucional de arbitragem, onde as partes submetem suas disputas à um procedimento arbitral administrado e direcionado por uma instituição existente. Elas provêem um serviço especializado para as atividades e objetivos, e auxiliam com o funcionamento da arbitragem¹⁹. Cada instituição tem um

¹⁶ Lew, Julian, Mistelis, Loukas, Kroll, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration - 2003, p. 4.

¹⁷ Redfern, Alan, Hunter, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4ª Edição 2009, p. 94.

¹⁸ Lew, Julian, Mistelis, Loukas, Kroll, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration - 2003, p. 32.

¹⁹ Id., 2003, p.32.

conjunto de regras que apresentam uma estrutura e um calendário para cada processo²⁰.

Um dos contratantes inicia a arbitragem através da notificação da outra parte. Seguindo essa forma primária de contato, um tribunal arbitral deve ser constituído. Regras diferentes podem se aplicar a cada caso. As partes podem decidir o número de árbitros, selecionar quem ocupa esse papel e qual o limite de seus poderes, entre outras prerrogativas²¹. É fundamental que a instituição em si não julgue a lide. Essa tarefa cabe aos árbitros, particularmente selecionados pelas partes, que não são "empregados" da instituição²². O tribunal e as partes têm flexibilidade para desenhar o procedimento adequado para a disputa. Ele segue as regras apontadas na cláusula para gerir o mecanismo de resolução de conflito²³.

No curso dos procedimentos arbitrais as partes podem chegar a um parecer, caso contrário, cabe ao tribunal a função de resolver a lide e determinar um veredito em forma escrita. O tribunal não tem os mesmo poderes que as cortes nacionais, mas tem o encargo similar ao definir os direitos e obrigações de cada parte na decisão final obrigatória²⁴.

Mesmo sendo resultado de um mecanismo particular, a sentença arbitral tem poder obrigatório entre as partes e potencial de consequências legais públicas. Se ela não for executada de maneira voluntária entre os contratantes, pode se recorrer à cortes nacionais para que seja concretizada.

Para Redfern (2009) arbitragem comercial internacional é um híbrido²⁵. Ela começa como um acordo privado entre as partes e continua através de procedimentos privados, nos quais as partes possuem um papel ativo. Mas acaba em uma decisão obrigatória que possuiu força e efeito que, em condições apropriadas, cortes nacionais ao redor do mundo devem reconhecer sua execução.

²⁰ Born, Gary. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. 2ª Edição. Holanda: Kluwer Law International, 2001. p.11.

²¹ Lew. op. Cit, 2003, p. 36.

²² Born, op. cit., p. 12.

²³ Redfern, op. cit., p.26.

²⁴ Redfern, Alan, Hunter, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª Edição 2009, p.27.

²⁵ Id., 2009, p. 30.

O autor complementa as características da arbitragem comercial internacional conceituando o "comercial" e o "internacional". O termo 'internacional' é usado para diferenciar as disputas domésticas das que transcendem barreiras estatais.

Lew, Mistelis e Kroll (2003, p.58) também classificam o termo internacional da arbitragem através de três características:

Uma arbitragem pode ser internacional por causa de (a) seu assunto ou de seu procedimento ou sua organização é estrangeira; (b) as partes envolvidas são de diferentes jurisdições; ou (c) existe uma combinação desses dois (Lew; Mistelis; Kroll, 2003, p. 58).

Existem três vertentes para que o procedimento seja internacional. A primeira depende da natureza do litígio. São disputas que envolvem elementos estrangeiros, mesmo que as partes sejam da mesma nacionalidade. Uma arbitragem é "internacional" quando apresenta elemento ou carácter estrangeiro. Quando existe um componente em seu procedimento ou na matéria de que trata que cruze as "barreiras estatais", é suficiente para ser considerada uma lide internacional para instituições como a ICC (*International Chamber of Commerce*)²⁶.

Para segunda vertente, uma disputa se caracteriza internacional quando as nacionalidades dos contratantes envolvidos são, como ocorre na maioria dos casos, de diferentes países, lugar de residência ou lugar de ocupação, ou seja, quando existe uma diversidade na nacionalidade ou no lugar de negócio das partes. O carácter internacional surge da diferença de origem, domicílio ou sede dos contratantes que utilizam diferentes jurisdições.

A última vertente, a abordagem da *Model Law*²⁷, combina os critérios anteriormente mencionados - que as partes tenham local de negócios diferentes, de que a disputa tenha uma matéria internacional ou que o procedimento tenha características estrangeiras²⁸. Esse modelo cria um sistema flexível e efetivo para a determinação do carácter "internacional" de uma arbitragem.

²⁶ Redfern, Alan, Hunter, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª Edição 2009, p.58.

²⁷ Documento criado pela UNCITRAL que se destina a ajudar os Estados a reformar e modernizar suas leis sobre o procedimento arbitral, a fim de levar em consideração as características e necessidades particulares da arbitragem comercial internacional.

²⁸ Redfern, Alan, Hunter, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª Edição 2009, p 8.

Nas regras da Lei-Modelo da UNCITRAL o termo "comercial" tem ampla interpretação que atinge as relações de natureza comercial. Apresentam um *hall* exemplificativo de transações de troca ou fornecimento de bens e serviços; acordos de distribuição, produção, *leasing*, entre outros. A intenção de abrir a interpretação de "comercial" em procedimentos arbitrais foi de deixá-los maleáveis para se encaixar às necessidades da comunidade internacional.

Nem o Protocolo de Geneva, de 1923 ou a Convenção de Nova Iorque, de 1958, apresentam definição para o termo "comercial". Estes documentos deixam em aberto para as leis nacionais de cada país definir qual é o limite das obrigações em contratos comerciais. Isso é chamado de "*commercial reservation*"²⁹.

Artigo III:

Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas."³⁰

Existem diferentes formas de arbitragem. Em cada situação é essencial às partes que determinem qual tipo é o mais apropriado ou relevante para seu perfil. A conclusão de cada caso envolve a escolha de leis nacionais, instrumentos internacionais, a cláusula arbitral no contrato entre as partes e as leis arbitrais aplicáveis.

3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A base da arbitragem comercial internacional é o acordo entre as partes de utilizar a arbitragem como mecanismo de resolução de seus conflitos. Antes que possa haver uma arbitragem válida, é necessário que a cláusula arbitral seja válida³¹. A

²⁹ Reserva Comercial.

³⁰ Brasil. Decreto-lei Nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de julho de 2002.

³¹ Redfern, Alan, Hunter, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4ª Edição 2009, p 15.

natureza contratual da arbitragem requer o consentimento de cada um das partes para que haja o procedimento³². Goldman define a cláusula arbitral como:

Um compromisso arbitral internacional é um acordo em que duas ou mais partes aceitam que uma disputa que surgiu ou venha a surgir entre eles, e que tenha uma característica internacional, deve ser resolvida por um ou mais árbitros (Goldman, 1999. p. 193).

Essa necessidade é reconhecida tanto por leis nacionais como por instrumentos arbitrais internacionais. Por exemplo, a Convenção de Nova Iorque de 1958³³ traz em seu artigo quinto:

Artigo V:

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

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

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

³² Lew, Julian, Mistelis, Loukas, Kroll, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration - 2003, p. 99.

³³ Brasil. Decreto-lei Nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de julho de 2002.

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país."

Acordos de arbitragem comercial internacional podem ser elaborados de múltiplas formas. Os contratos podem conter diversas páginas, especialmente desenvolvidas para atender as necessidades das partes, ou poucas linhas com apenas algumas especificações³⁴. Independente de sua configuração, suas existências são de vital importância para o processo arbitral. Quando elaborados de maneira adequada, podem preparar as partes para um procedimento eficiente, se feito de maneira inadequada e sem atenção pode resultar em um caminho com problemas legais e práticos³⁵.

3.1 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Existem dois tipos básicos de acordos arbitrais: a cláusula compromissória e o acordo de submissão. Lew, Mistelis e Kroll (2003) escrevem como os compromissos de submissão tratam com lides que já surgiram antes do esboço do documento, por isso os termos podem ser elaborados sob medida para as circunstâncias do caso. Geralmente apresentam detalhes, tratando da constituição do tribunal arbitral, o procedimento a ser seguido, a matéria a ser decidida, a lei substantiva e outros assuntos.

Já cláusulas compromissórias são uma precaução para disputas que podem ocorrer entre as partes, e se surgir algum desentendimento deve, necessariamente, seguir o procedimento arbitral. Os autores descrevem como curtas e diretas³⁶. Hoje em dia a distinção entre estas duas formas perdeu relevância, e como resultado, em instrumentos mais recentes sobre arbitragem internacional, os dois conceitos são agrupados, e ambos definidos como compromisso arbitral que seguem as mesmas regras gerais³⁷.

³⁴ Lew, Julian, Mistelis, Loukas, Kroll, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration - 2003, p. 100.

³⁵ Born, Gary. International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. 2ª Edição. Holanda: Kluwer Law International, 2001. p.54.

³⁶ Id., 2003, p.101.

³⁷ Goldman, Fouchard Gaillard. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International; 1ª Edição, 1999. p. 194.

Segundo Carmona (2009, p. 79), a cláusula compromissória não pode ser qualificada como um pré-contrato, pois ela representa uma "promessa de instituir juízo arbitral". Ela possui duplo caráter, é um acordo de vontades e, ao mesmo tempo, vincula as partes quando trata de litígios atuais ou eventuais, obrigando-os à submissão ao juízo arbitral³⁸.

Para o autor: "[...] basta convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral."(Carmona, 2009, p. 79)

3.1.1 Autonomia da Vontade das Partes

Uma cláusula arbitral tem diversas funções. Para Lew, Mistelis e Kroll (2003, p.100) a primeira delas é como evidência do consentimento das partes de submeter a resolução de suas disputas ao procedimento arbitral. Segundo, seus termos estabelecem a jurisdição e autoridade do tribunal arbitral sob a de cortes estatais. É nela que se encontra a origem do poder concedido ao árbitros. Ainda, é a cláusula que estabelece a obrigação entre as partes de solucionar suas divergências através da arbitragem.

No contexto internacional, escreve Born (2001, p. 55), as cláusulas arbitrais são presumidas como separáveis e autônomas do contrato pelo qual foram formadas. Elas têm uma existência própria, com um objeto específico, e podem ser governadas por leis diferentes da do contrato firmado. A validade da cláusula não está limitada ao contrato principal e vice-versa. A obrigação de resolver as disputas através da arbitragem continua, mesmo que a obrigação principal ou o contrato como um todo expirar ou apresentar algum vício. A separabilidade da cláusula protege a integridade do acordo a arbitragem, e garante que a intenção de submeter disputas não seja derrubada com o contrato principal³⁹.

³⁸ Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um Comentário À Lei Nº 9.307/96 - 3ª Ed. 2009, p.79.

³⁹ Lew, Julian, Mistelis, Loukas, Kroll, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration - 2003, p. 101.

Redfern (2009, p.19) coloca a *l'autonomie de la volonté*⁴⁰, o consentimento da vontade das partes pela arbitragem como principal função do acordo arbitral. Uma vez que as partes cedem por esse procedimento, não podem retirar unilateralmente essa permissão.

Por exemplo, em disputas que envolvem o término, a invalidade ou a não existência do contrato, se a cláusula for simplesmente parte do contrato principal, ela sofre o mesmo destino do contrato principal. Isso seria uma divergência ao que as partes acordaram quando submeteram a resolução de lides sobre o contrato ao procedimento arbitral, em acordos onde toda e qualquer disputa que surgir, relativo ao relacionamento entre as partes, deve ser solucionado por arbitragem. Isso também envolve problemas relacionados à alegações de não existência, invalidade ou término do mesmo. Se essas alegações levassem à cláusula arbitral ao mesmo destino que o contrato principal, seria uma forma fácil de uma das partes "fugir" de sua obrigação a arbitragem.

Essa doutrina está firmada nas leis arbitrais modernas⁴¹. A Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (1985) apresenta em seu artigo 16, (1):

Artigo 16. Competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua jurisdição

(1) O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre sua própria jurisdição, incluindo quaisquer objeções quanto à existência ou validade do acordo arbitral. Para o efeito, uma cláusula compromissória que faz parte de um contrato deve ser tratada como um acordo independente dos outros termos do contrato. A decisão do tribunal arbitral de que o contrato é nulo e sem efeito não implica a nulidade da cláusula compromissória.

As Regras da ICC sobre arbitragem também trazem em seu texto no Artigo 6º, (4):

Artigo 6

4) Em todos os casos encaminhados ao Tribunal nos termos do n.º 3 do artigo 6.º, o Tribunal decidirá se e em que medida o arbitramento deve prosseguir. A arbitragem deve prosseguir se e na medida em que o Tribunal de Primeira Instância acredite, à primeira vista, que existe um acordo de arbitragem ao abrigo das Regras. Em particular:

(i) quando houver mais do que duas partes na arbitragem, a arbitragem procederá entre as partes, incluindo quaisquer partes adicionais aderidas,

⁴⁰ Autonomia da vontade das partes.

⁴¹ Id., 2003, p. 105.

nos termos do artigo 7º, relativamente às quais o Tribunal de Primeira Instância acredite que uma convenção de arbitragem nos termos do Podem existir regras que os unam; e

(ii) quando os pedidos de acordo com o Artigo 9 forem feitos em mais de uma convenção de arbitragem, a arbitragem procederá a quaisquer reclamações relativamente às quais o Tribunal de Primeira Instância esteja satisfeito (a) que os acordos de arbitragem sob os quais esses pedidos são feitos podem ser compatível, e (b) que todas as partes na arbitragem podem ter concordado que essas reivindicações podem ser determinadas em conjunto em uma única arbitragem.

A decisão do Tribunal nos termos do n.º 4 do artigo 6.º não prejudica a admissibilidade ou o mérito do fundamento ou dos fundamentos de qualquer parte.

3.1.2 Condições de Validade

Segundo Redfern (2009, p.87), em 1923 o Protocolo de Geneva⁴² e, em 1927, a Convenção de Geneva, lidaram com o reconhecimento e a execução de decisões arbitrais estrangeiras. Elas foram seguidas de várias convenções, até que eventualmente, em 1958, a Convenção de Nova Iorque⁴³ foi promulgada. Esta convenção vai além de suas antecedentes quando trata do reconhecimento e execução de compromissos e cláusulas arbitrais.

O efeito desta e das demais convenções sobre arbitragem foi de estabelecer o que é usualmente requerido para uma cláusula arbitral válida em contratos comerciais internacionais e indica os perímetros dentro dos quais este acordo vai operar. Elas refletem o desenvolvimento das leis arbitrais e da prática da arbitragem em instituições. Com isso, tiveram um papel fundamental na harmonização e modernização de leis relacionadas a arbitragem.

A validade formal de um acordo arbitral é geralmente regulada por estas Convenções relacionadas à arbitragem e por leis nacionais⁴⁴. Redfern (2009, p.89) se

⁴²Brasil. Decreto-lei 21.187, de 22 de março de 1932. Promulga o Protocolo relativo a cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 22 de março de 1932.

⁴³Brasil. Decreto-lei Nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de julho de 2002.

⁴⁴ Lew, Julian, Mlstelis, Loukas, Kroll, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration - 2003, p. 112.

refere à quatro requerimentos para uma acordo arbitral válido, segundo a Convenção de Nova Iorque trata⁴⁵:

1. O acordo deve estar por escrito;
2. Lidar com presentes ou futuras disputas;
3. Estas surgiram de uma relação legal definida, seja por contrato ou não;
e,
4. Dizem respeito a matéria que pode ser submetida ao procedimento arbitral.

O Artigo II da Convenção requer que o acordo esteja por escrito. Com o desenvolvimento da tecnologia dos meios de comunicação amplia a definição de 'por escrito' para registros desse compromisso em qualquer forma.

A Lei-Modelo da UNCITRAL apresenta em seu artigo 7:

"Opção I

(1) "Contrato de arbitragem" é um acordo das partes para submeter à arbitragem todas ou determinadas controvérsias que surgiram ou que possam surgir entre elas em relação a uma relação jurídica definida, seja contratual ou não. Um contrato de arbitragem pode assumir a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou sob a forma de um acordo separado.

(2) O contrato de arbitragem deve ser por escrito.

(3) Um contrato de arbitragem é por escrito se o seu conteúdo estiver registrado em qualquer

forma, independentemente de o contrato de arbitragem ou o contrato ter sido concluído oralmente, por meio de conduta ou por outros meios.

(4) O requisito de que um acordo de arbitragem seja por escrito é preenchido por uma comunicação eletrônica se as informações nele contidas forem acessíveis de modo a serem utilizados para posterior referência; "Comunicação eletrônica" significa qualquer comunicação que as partes façam por meio de mensagens de dados; "Mensagem de dados" significa informação gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios eletrônicos,

⁴⁵ Artigo II - 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

magnéticos, ópticos ou similares, incluindo, mas não limitado a intercâmbio eletrônico de dados (EDI), correio eletrônico, telegrama, telex ou telecópia.

(5) Além disso, um contrato de arbitragem é por escrito, se contiver em uma troca de declarações de reivindicação e defesa em que a existência de um acordo é alegado por uma das partes e não é negado pelo outro.

(6) A referência em um contrato a qualquer documento contendo uma cláusula de arbitragem constitui um acordo de arbitragem por escrito, desde que a referência seja tal que faça parte deste contrato.

Opção II

"Acordo de arbitragem" é um acordo das partes para submeter à arbitragem todas ou certas disputas que surgiram ou que possam surgir entre elas em relação a uma relação jurídica definida, contratual ou não."

O documento também apresenta uma "Segunda Opção". A partir desta opção é suficiente mostrar um acordo entre as partes de qualquer formato, ou seja, escrito ou uma gravação - cartas, telegramas ou *e-mails* ou em arquivos de áudio ou vídeo - que comprove a existência da escolha pela arbitragem⁴⁶.

As disputas, presentes ou futuras, devem surgir de uma relação contratual entre as partes. Para ambos, a Convenção de Nova Iorque e a Lei-Modelo da UNCITRAL, é suficiente que exista um relacionamento legal entre eles, expresso em contrato ou não.

A matéria da lide deve ser passível de resolução através de arbitragem e não pode envolver matéria exclusiva de cuidado das cortes nacionais. A Convenção de Nova Iorque e Lei-Modelo estão limitadas à disputas de "possível resolução por arbitragem". Fica a critério das leis nacionais de cada Estado definir quais matérias podem ou não ser resolvidas por esse mecanismo⁴⁷.

Outros dois requisitos apresentados por Redfern (2009) entram na esfera da lei aplicável à capacidade das partes⁴⁸. Eles são relativos ao reconhecimento e à aplicabilidade de uma decisão quando a parte requerida recusou executá-la, pois o acordo foi realizado por um pessoa incapaz, ou de que o acordo era inválido perante a lei aplicável a ele. Encontra-se apoio no Artigo V (1)(a) da Convenção de Nova Iorque:

"Artigo V

⁴⁶ Redfern, Alan, Hunter, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª Edição 2009, p. 91.

⁴⁷ Id., 2009, p.95.

⁴⁸ Lew, Julian, Mistelis, Loukas, Kroll, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration* - 2003, p. 117.

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;"

Como também na Lei-Modelo da UNCITRAL, em seus Artigos 34(2)(a) e 36(1)(a)(i):

"Artigo 34. Pedido de anulação como recurso exclusivo contra sentença arbitral:

(2) Uma sentença arbitral pode ser anulada pelo tribunal especificado no artigo 6 somente se:

(a) a parte que faz o pedido fornece prova de que:

(i) uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7º estava sob alguma incapacidade; ou o referido acordo não é válido de acordo com a lei a que as partes o submeteu ou, na falta de qualquer indicação sobre isso, nos termos da lei deste Estado;

Artigo 36. Motivos para recusar reconhecimento ou execução:

(1) O reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral, independentemente do país em que foi feita, só podem ser recusados:

(a) a pedido da parte contra a qual é invocada, se essa parte fornece ao tribunal competente onde o reconhecimento ou a execução é solicitada prova de que:

(i) uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7º estava sob alguma incapacidade; ou o referido acordo não é válido de acordo com a lei a que as partes o submeteu ou, na falta de qualquer indicação sobre isso, nos termos da lei do país onde o prêmio foi feito.

As partes que formam um contrato comercial internacional devem ser capazes, se não o contrato não será válido. A regra geral é que qualquer pessoa natural ou jurídica, com capacidade de aderir a um contrato, tem a capacidade de acordar com uma cláusula arbitral. Se algum dos contratantes mostrar-se incapaz, esse vício pode ser apontado por qualquer uma das partes, no começo ou no fim do procedimento arbitral. No começo, serve para impedir a continuidade do procedimento e no final, vem para que a Corte ou tribunal não reconheça ou execute a decisão⁴⁹. As leis de capacidade variam de Estado para Estado e, em cláusulas arbitrais, muitas vezes, é preciso estar atento a mais de uma jurisdição.

⁴⁹ Redfern, Alan, Hunter, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4ª Edição 2009, p. 95.

4. A DEFINIÇÃO DAS LEIS APLICÁVEIS A CLÁUSULA ARBITRAL

A lei aplicável é um fator decisivo na arbitragem comercial internacional⁵⁰. Devido à possibilidade e de leis e regras admissíveis a cada uma das questões relevantes - de mérito ou de procedimento - a serem decididas pelo árbitro ou juiz, fica clara a importância da definição de cada uma. Essa multiplicidade de combinações pode alterar significativamente o resultado de um procedimento arbitral. Entretanto, em situações concretas, essa fixação não se mostra tarefa simples⁵¹, especialmente quando se trata da lei que rege a cláusula arbitral em um contrato.

Identificar a lei aplicável à cláusula arbitral em contratos comerciais internacionais é o tema deste capítulo. Esse assunto foi muito debatido devido às escolhas divergentes de tribunais arbitrais e jurisdicionais, e até hoje existem conflitos na doutrina e na prática de qual a melhor maneira de resolver este problema. Ele é de grande importância, pois qualquer decisão sobre a jurisdição que essa cláusula deve seguir irá afetar seus planos de existência, validade e eficácia, assim como seus efeitos.

A terceira parte deste trabalho traz uma síntese de como se dá a escolha das leis aplicáveis em questões materiais e processuais, seguida de uma análise sobre a importância da determinação pelas partes da jurisdição que irá se aplicar ao compromisso de arbitrar. Também foram analisadas as teorias sobre qual deve ser a lei aplicada utilizadas por tribunais arbitrais e juízes em casos limítrofes de omissão pelas partes.

4.1 A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Devido a liberdade de escolha pelas partes, a arbitragem internacional pode envolver mais de um sistema de leis ou conjunto de regras para regê-la. Redfern

⁵⁰ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional Revista Brasileira de Arbitragem, N. 47, p. 7–37, 2015.

⁵¹ Born, Gary. International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. 2ª Edição. Holanda: Kluwer Law International, 2001. p.95.

(2009, p.165) identifica cinco sistemas de leis diferentes, os quais influenciam a prática deste mecanismo:

1. a lei estrita sobre o compromisso de arbitrar;
2. a lei processual (*lex arbitri*) , para os procedimentos do tribunal arbitral;
3. a lei material (*lex contractus*), sobre o negócio jurídico do contrato;
4. recomendações, regras e diretrizes não obrigatórias que podem se aplicar ao contrato;
5. a lei de reconhecimento e execução da decisão.

Marques⁵² segue a mesma linha de pensamento sobre as diversas leis que se aplicam aos procedimentos arbitrais internacionais. Em seu artigo escreve:

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*) ; (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 (Marques, 2015, p.16).

Os contratantes têm o direito de nomear as leis que irão dirigir a relação entre eles, que podem ser diferentes entre si. Se uma disputa surgir, e não estiver pré-acordado entre as partes quais leis devem ser seguidas, torna-se difícil fazer uma avaliação apropriada de como proceder sobre os direitos e obrigações entre as partes⁵³. Quando isso ocorre, os árbitros se encontram em uma situação conhecida no direito processual como "conflito de leis"⁵⁴.

Esta divergência pode instaurar dúvidas tanto para questões de lei material (*substantive law*), que define a natureza dos direitos e obrigações das partes no negócio jurídico; quanto para questões na lei processual (*procedural law*), aquela que determina os métodos utilizados para resolução da lide.

⁵² Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional Revista Brasileira de Arbitragem, N. 47, 2015. p.16.

⁵³ Redfern, Alan, Hunter, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4ª Edição 2009, p. 230.

⁵⁴ Marques Op. cit., 2015, p.10.

A eleição de uma lei material tem clara importância para os contratantes. É através dela que eles podem buscar neutralidade, familiaridade, regras e leis mais favoráveis ao seu negócio jurídico⁵⁵. Além de jurisdições nacionais ou estrangeiras, em acordos comerciais internacionais, pode-se aplicar princípios gerais do direito internacional, comercial, do *Unidroit*⁵⁶ e outras convenções e tratados internacionais para administrar a arbitragem, o que abre o leque de possibilidades para os contratantes.

Para a arbitragem comercial internacional não há regras e jurisprudência vasta sobre como a lei aplicável à matéria da lide deve ser determinada pelos árbitros. Marques (2015, p.12) coloca que cabe ao tribunal arbitral utilizar as regras de conflito de leis que julgam mais apropriadas em cada caso. Ele completa:

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 (Marques, 2015, p.12).

Dependendo das circunstâncias de cada caso a lei aplicável às questões materiais podem ser submetidas à interpretação da "via indireta"⁵⁷. Segundo essa interpretação, a lei aplicável às questões de mérito será a que o tribunal julgar mais adequada. Esse sistema está previsto no artigo 28 da Lei-Modelo da UNCITRAL:

Artigo 28. Regras aplicáveis ao conteúdo da disputa

(1) O tribunal arbitral decidirá o litígio de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes quanto ao mérito da disputa. Qualquer designação da lei ou do sistema legal de um determinado Estado deve ser interpretada, a menos que seja expressa de outra forma, como se referindo diretamente ao direito substantivo desse Estado e não às suas regras de conflitos de leis.

(2) Na falta de qualquer designação pelas partes, o tribunal arbitral deve aplicar a lei determinada pelas regras de conflitos de leis que considere aplicáveis.

(3) O tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* ou como amável sócio se as partes o tiver expressamente autorizado a fazê-lo.

⁵⁵ Marques Op. cit., 2015, p.10.

⁵⁶ O Instituto para a Unificação do Direito Privado é uma organização governamental internacional sediada em Roma, cujas tarefas são estudar necessidades e métodos para modernizar, harmonizar e coordenar o direito privado e, em particular, comercial, entre Estados e grupos de Estados e formular instrumentos jurídicos uniformes, princípios e regras para alcançar esses objetivos.

⁵⁷ A "via direta", segundo Marques, é quando as partes escolheram a jurisdição aplicável a lei material.

(4) Em todos os casos, o tribunal arbitral decidirá de acordo com os termos do contrato e tomará em consideração os usos do comércio aplicável à transação.

Marques (2015, p.15) escreve que, na arbitragem internacional, existe um consenso entre juristas e árbitros quando se trata da definição da lei aplicável à questões processuais. Segundo ele, deve ser aplicada a lei da sede ou local onde as partes decidiram que a arbitragem deve ocorrer, também chamada de *curial law* (lei curial). É ela que determina os poderes e a identidade do órgão jurisdicional nacional competente para supervisionar e apoiar o processo arbitral quando não apontados expressamente pelas partes.

Pode-se aplicar leis diferentes a cada uma dessas esferas no procedimento arbitral e isso afeta a interpretação de cada aspecto que elas orientam⁵⁸. Assim, é inquestionável a importância da definição destas leis para que os árbitros cheguem a uma justa decisão sobre as questões controversas em uma lide.

4.2 A IMPORTÂNCIA DA DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL A CLÁUSULA ARBITRAL

É comum que as partes manifestem-se sobre qual deve ser a lei material e lei processual para controlar seus atuais ou futuros desentendimentos, entretanto, elas geralmente esquecem de identificar qual a lei aplicável estritamente ao compromisso arbitral. Nesses casos, é comum que surjam dúvidas sobre qual lei deve reger o termo.

A lei aplicável à cláusula arbitral é de decisiva importância para a instituição e o desenvolvimento do procedimento arbitral. A sua jurisdição irá afetar os plano de existência, validade e eficácia do compromisso, como também de sua interpretação e do seu alcance. O Centro de Arbitragem Internacional em Hong Kong⁵⁹ se manifesta sobre o tema:

⁵⁸ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional Revista Brasileira de Arbitragem, N. 47, 2015, p.16.

⁵⁹ É uma das principais organizações de resolução de disputas do mundo, especializada em arbitragem, mediação, adjudicação e resolução de conflitos de nomes de domínio. A HKIAC também oferece instalações auditivas de última geração, que foram classificadas primeiro em todo o mundo para localização, valor para o dinheiro, serviços de TI e utilidade da equipe.

[...] a lei do contrato de arbitragem governa potencialmente a formação, existência, alcance, validade, legalidade, interpretação, rescisão, efeitos e exigibilidade do contrato de arbitragem, bem como a identidade das partes no contrato de arbitragem.⁶⁰

Os três planos do negócio jurídico visam regular os direitos e deveres de cada um dos contratantes. Como cada país pode apresentar diferentes imposições e requisitos mínimos para a existência, validade e eficácia desta composição de vontades das partes, é importante que a legislação que sistematiza essas camadas esteja definida e que não apresente conflitos ou impedimentos para que o procedimento arbitral ocorra. Em caso da seleção de uma lei que apresente uma norma proibitiva ao uso da arbitragem a certos temas, a arbitragem como um todo seria nula ou, posteriormente, poderia ser declarada inválida. Restaria às partes recorrer ao poder judicial nacional, o que pode levar a múltiplas decisões com respostas conflitantes.

No cenário da arbitragem internacional as diversas opções de leis aplicáveis criam uma multiplicidade de possíveis resultados nos diferentes níveis do negócio jurídico. Cada aspecto, que deve ser analisado de acordo com a legislação aplicável, envolve uma análise das partes, da manifestação de vontade das mesmas, do objeto e da forma do acordo. Ainda, deve-se examinar se apresenta algum vício e quais são seus efeitos no plano material. Para Lew, Mistelis e Kroll (2003, p.108) esses elementos podem ser pleiteados antes, durante e até depois do procedimento e podem criar mais dúvidas sobre interação de convenções internacionais e leis nacionais.

A lei escolhida para reger a cláusula arbitral define a existência ou não da jurisdição dos árbitros sobre a disputa. Dependendo de qual jurisdição foi selecionada pelos árbitros, o mérito de uma disputa pode ser ou não remetida a arbitragem⁶¹.

Não se pode confundir a lei aplicável estritamente ao compromisso de arbitrar com a arbitrabilidade, escreve Marques (2015, p.17). Arbitrabilidade, que segue a *lex*

⁶⁰ Dong, Arthur. Reflections on HKIAC 's Revised Model Arbitration Clause and Its Impact on Chinese Practice. Kluwer Arbitration Blog. 25 de outubro de 2014.

⁶¹ Lew, Julian, Mistelis, Loukas, Kroll, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration** - 2003, p. 109.

loci arbitri, determina quais assuntos podem ou não ser submetidos a arbitragem. Finkelstein⁶² coloca:

Arbitrabilidade é uma condição pela qual um determinado caso se enquadra ou não aos fatos de uma certa disputa para determinar se a controvérsia é ou não sujeita à resolução pela via arbitral. Assim, temos que, a despeito de qualquer disputa ser passível de revisão judicial, somente algumas podem ser solucionadas pela via arbitral. Arbitrabilidade, nesta perspectiva, é uma condição distinta e mais ampla do que a questão de validade do pacto arbitral." (FINKELSTEIN, 2007, p.24)

As diferentes abordagens por leis nacionais sobre a forma e a validade das cláusulas arbitrais criam incertezas sobre qual a lei aplicável a esse compromisso.

Esse conflito de leis aplicáveis pode se tornar, muitas vezes, contraprodutivo e foge do objetivo da arbitragem comercial internacional. A incerteza sobre qual lei deve ser aplicável a cláusula prolonga os procedimentos arbitrais e jurídicos e, muitas vezes, são necessários meses para que a corte chegue a uma decisão se tem o poder ou não sobre a causa, se ela pode se aplicar ou não a uma das partes, entre outros problemas que podem surgir acerca dessa dúvida.

Além disso abre a possibilidade para que uma das partes pleitear em cortes nacionais ou arbitrais a existência ou não do compromisso através de ações de *anti-suit injunction*⁶³. A resolução da lide pode deixar de ser feita por vias arbitrais e acabar trazendo insegurança jurídica para as partes, que continuaram sem ter seu mérito controverso resolvido.

Marques coloca:

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 (Marques, 2015, p. 8).

⁶² Finkelstein, Cláudio. 'A Questão da Arbitrabilidade' (2007) 4 Revista Brasileira de Arbitragem, n. 13, Kluwer Law International, 2007. pp. 24–30.

⁶³ De acordo com Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan M Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, p.363. A injunção anti-ação é um mandado judicial proferido contra uma parte privada com a intenção de impedir que essa parte inicie uma ação em outro fórum ou forçar essa parte a interromper tal ação se ela já foi iniciada.

4.3 CORRENTES PARA DETERMINAR AS LEIS APLICÁVEIS ESTRITAMENTE A CLÁUSULA ARBITRAL

A falta de prática pelas partes de explicitar qual a lei que rege estritamente o compromisso arbitral em contratos internacionais não tira sua importância para o processo. É dela que surgem os poderes de instauração, condução e decisão do procedimento arbitral⁶⁴. Quando ausente, uma expressa deliberação em contrato fica a cargo dos árbitros e tribunais qual é a lei mais adequada para aplicar a essa cláusula contratual.

Em um primeiro momento, pode-se pensar que a mesma lei escolhida pelas partes para administrar o contrato principal serviria para o compromisso arbitral nele contido. Entretanto, isso nem sempre é a realidade⁶⁵. Segundo a teoria da "separabilidade" da cláusula arbitral, esta é autônoma, ou seja, ela é independente do contrato no qual está inserida e não deve necessariamente seguir o mesmo destino que ele.

Marques(2015, p.16) coloca:

Em termos teóricos e práticos, a cláusula arbitral é considerada um contrato separado e autônomo, cuja validade não é necessariamente afetada pela potencial invalidade do contrato principal. 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.(Marques, 2015, p. 16).

Para Born (2001) existem quatro possibilidades de leis aplicáveis aos compromissos arbitrais: a lei que expressamente ou implicitamente foi escolhida pelas partes para ordenar a cláusula arbitral, a lei do local onde ocorre a arbitragem, a lei que ordena o contrato que deu origem ao compromisso arbitral, ou a lei da instituição arbitral recorrida⁶⁶.

Portanto, a lei empregada ao acordo entre as partes de submeter suas discussões a arbitragem pode ser o mesmo da lei que rege o contrato originário (*lex contractus*) ou, pode seguir as leis da sede da arbitragem (*lex arbitri*), ou ainda, em

⁶⁴ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional Revista Brasileira de Arbitragem, n. 47, 2015 p.8.

⁶⁵ Redfern, Alan, Hunter, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4ª Edição 2009, p. 166.

⁶⁶ Born, Gary. International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. 2ª Edição. Holanda: Kluwer Law International, 2001. p.95.

correntes minoritárias, seguir a intenção comum entre as partes. Devido a essa pluralidade de alternativas, entende-se porque essa ainda é uma área de divergência entre doutrinadores, juízes e árbitros.

4.3.1 Lei que rege o Contrato (*Lex Contractus*)

Para esta vertente, a cláusula arbitral, como parte do contrato firmado entre as partes, deve seguir as leis escolhidas por elas para conduzir o contrato⁶⁷. Se as partes expressamente optaram por uma lei para reger seu contrato, por isso, para esta corrente, não parece prudente que outra lei - que as partes não acordaram em utilizar - deva ser aplicada para decidir sobre a cláusula arbitral⁶⁸.

Os autores que defendem essa doutrina utilizam do artigo V.1 (a) da Convenção de Nova Iorque de 1958:

Artigo V

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

Para eles, quando o artigo traz em seu texto "lei aplicável", está se referindo à lei que as partes escolheram para reger o contrato, portanto, tem um maior grau de conexão com a vontade das partes.

Alguns casos são citados, a seguir, em que a definição da lei aplicável a cláusula pendeu para essa corrente.

⁶⁷ Redfern, Alan, Hunter, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª Edição 2009, p. 167.

⁶⁸ 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".

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

Em dezembro de 2012 a Corte Arbitral Internacional de Londres⁶⁹ determinou que a lei que regia o contrato deveria ser aplicada no conflito de leis no caso entre Arsanovia Ltd v. Cruz City 1 *Mauritius Holdings* [2013] 2 all ER 1. A empresa Unitech Ltd, que eram matriz da Arsanovia Ltd e *Burley Holdings* Ltd, entraram em parceria com a empresa Cruz City 1 *Mauritius Holdings* para desenvolver as áreas desfavorecidas de Mumbai, Índia. Deste negócio surgiu a *Kerrush Investments* Ltd, formada pela Arsanovia e *Cruz City* como acionistas.

Diversos conflitos surgiram entre as empresas e não restou outra alternativa senão recorrer à arbitragem, como fora acordado. Os contratos previam as leis indianas como aplicáveis à resolução de conflitos, ou seja, para questões de mérito; e que a sede da arbitragem seria em Londres, Reino Unido, sob administração da Corte Arbitral Internacional de Londres.

Três decisões foram proferidas pelo tribunal arbitral e a *Cruz City*, como requerente, buscou a invalidação das duas primeiras, com a justificativa de que a instituição não teria jurisdição sobre a lide. Na terceira sentença, o Tribunal indeferiu o pedido reconvenicional sem fazer conclusões sobre a jurisdição.

Era necessário que a corte determinasse qual a lei aplicável à cláusula arbitral na ausência de uma expressa lei administrativa, antes de proferir sentença. Se a lei definida pelos árbitros fosse a Indiana, a lei que regia o contrato, a cláusula arbitral não poderia ser utilizada contra uma das partes e, conseqüentemente, as sentenças seriam inválidas, mas se definissem a lei inglesa, a lei da sede, ambos deveriam cumprir com as sentenças já proferidas pela Corte.

A Corte reconheceu que não poderia assumir que a lei aplicada para o contrato era a mesma que a lei que deveria ser aplicada a cláusula arbitral, devido à teoria da separabilidade desta e que, na ausência da expressa definição de uma lei estrita a cláusula arbitral pelas partes, o tribunal deveria considerar se existia uma escolha implícita de jurisdição.

⁶⁹ Trata-se da Corte arbitral mais antiga ainda em atividade, tendo sido fundada em 1883 pela Corte do Conselho dos Comuns da cidade de Londres. A Corte Internacional Arbitral de Londres possui suas regras e seus procedimentos próprios. Estes são tomados em tanta autoestima no cenário internacional que são utilizados até mesmo em arbitragens *ad hoc* que a LCIA não possui participação direta.

Ao analisar o caso, os árbitros chegaram à conclusão de que as partes teriam implicitamente escolhido as leis indianas como aplicável à cláusula arbitral. Uma análise no contrato mostrou uma previsão de que se aplicariam o *Indian Arbitration and Conciliation Act*⁷⁰, em casos relativos a tutelas de urgência. Isso demonstra que as partes queriam que a lei do contrato fosse aplicada a cláusula.

4.3.1.2 FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd e outros [2014] SGHCR 12

No caso entre *FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd e outros* [2014] SGHCR 12, que ocorreu em junho de 2014, a principal dúvida levantada no caso envolvia, mais uma vez, a forma como o tribunal iria decidir sobre qual seria a lei adequada para reger o acordo de arbitragem internacional, tal como designadamente escolhido pelas partes na ausência de uma escolha expressa.

O Demandante, *FirstLink Investments Corp Ltd*, iniciou processos judiciais em Singapura contra os três réus. O primeiro requerido solicitou a suspensão desses procedimentos com base em uma cláusula de arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (SCC) entre o demandante e ele próprio. O demandante então resistiu à permanência com base em que a cláusula de arbitragem era nula, inoperante e incapaz de ser executada.

O Tribunal Superior de Singapura⁷¹ adotou o inquérito de três etapas que o Tribunal de Apelação Inglês utilizou no caso *Sulamérica Cia Nacional De Seguros SA e outros v Enesa Engenharia SA* [2012], para determinar a lei aplicável do acordo de arbitragem: (i) escolha expressa das partes; (ii) a escolha implícita na ausência de uma escolha expressa; e (iii) onde as partes não fizeram qualquer escolha, a lei em que a convenção de arbitragem teve sua conexão mais próxima e mais real.

Em conclusão, o Tribunal Superior de Singapura discordou da posição Inglesa na medida em que: as partes teriam expressamente previsto a lei aplicável do acordo subjacente (por exemplo, Inglaterra e País de Gales), mas escolheram um assento

⁷⁰ A Lei de Arbitragem e Conciliação de 1996 é uma lei que regula a arbitragem nacional na Índia.

⁷¹ O Supremo Tribunal de Singapura é formado pelo Tribunal de Recurso e pela Suprema Corte, e ouve questões civis e criminais.

diferente para a arbitragem (por exemplo, Singapura), os tribunais de Singapura não poderia inferir ou assumir que as partes destinadas à lei do contrato subjacente tenham precedência sobre a lei da sede da arbitragem.

4.3.1.3 Reliance Industries Limited & Anr v Union of India [1993]

O caso *Reliance Industries Limited & Anr v Union of India* [1993] se deu em maio de 2014. Nele ficou decidido que, como a cláusula arbitral é uma das muitas cláusulas em um contrato, ela deve seguir a lei definida pelas partes para reger o contrato principal. A disputa surgiu entre dois contratos de produção de óleo e gás, eles eram regidos pelo direito substantivo indiano, e previam a arbitragem da UNCITRAL, com sede em Londres e a convenção de arbitragem regida pelas leis da Inglaterra.

A disputa criou precedentes para que "uma cláusula arbitral em um contrato comercial como este (*Reliance Industries Limited & Anr v Union of India* [1993]) deve ser considerado um acordo dentro de um acordo: "[...] As partes podem fazer uma escolha expressa para reger as questões do contratado comercial, como também para deveres e obrigações que surgem deste dever de arbitrar"⁷².

A ação chegou a conclusão de que em casos de indefinição, a lei aplicável à cláusula arbitral seria aquela que regeria o contrato, e somente na ausência de *lex contractus*, a sede deveria ser considerada como possuindo uma "real conexão" com a disputa.

Para estes casos os árbitros chegou a lei aplicável através de uma análise da vontade implícita das partes. Eles procuraram julgaram que a lei mais próxima da cláusula seria a mesma que rege o contrato e as questões materiais da lide.

4.4 Lei da Sede de Arbitragem (*Lex Loci Arbitri*)

É unânime entre as legislações arbitrais modernas de que a cláusula arbitral é independente e autônoma do contrato que lhe deu origem, escreve Marques (2015).

⁷² Reliance Industries Limited & Anr v Union of India [1993] Lloyd's Rep 48.

Para teoria da separabilidade da cláusula arbitral é considerada, em termos teóricos e práticos, um contrato separado e autônomo que não deve, necessariamente, seguir o mesmo destino do contrato no qual está inserida. Isso significa que esta cláusula é regida por uma lei própria, pode ser a mesma que o contrato principal ou não⁷³.

Marques (2015) entende que as partes têm em vista que, ao decidir a lei da sede é ela que irá governar os aspectos processuais da disputa o que, para o autor, inclui a cláusula arbitral.

Seus defensores acreditam que o texto do artigo V. 1(a) da Convenção de Nova Iorque⁷⁴ traria que, em situações onde a lei que rege a cláusula arbitral não fora definida, a validade da mesma seria definida pela lei da sede.

4.4.1 Sulamérica Cia Nacional de Seguros, S.A. e ors. v Enesa Engenharia, S.A. e ors.[2012] EWCA Civ 638

O caso da Sulamérica Cia Nacional de Seguros, S.A. e ors. v Enesa Engenharia, S.A. e ors.[2012] EWCA Civ 638, trata das duas empresas de seguros envolvidas na construção da terceira maior hidrelétrica no Brasil, a Usina Hidrelétrica Jirau, localizada no Rio Madeira.

A seguradora Enesa reivindicou danos e consequentes perdas resultantes de incidentes ocorridos em março de 2011. A Sulamérica negou a responsabilidade e, seguindo a cláusula de arbitragem, iniciou o procedimento arbitral no Reino Unido.

Em sequência, a Enesa entrou com um processo em cortes brasileiras procurando determinar que a arbitragem não tinha sido validamente iniciada e que a disputa deveria ser travada nos tribunais nacionais brasileiros. A Sulamérica retaliou, também pedindo ao Tribunal de Comércio Inglês um *anti-suit injunction*⁷⁵, que impedisse a Enesa de continuar com o processo no Brasil, em vista da arbitragem em

⁷³ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional Revista Brasileira de Arbitragem, N. 47, 2015 p.16.

⁷⁴ Texto previamente citado na p.27.

⁷⁵ Na área de conflitos de leis, a injunção anti-ação é uma ordem emitida por um tribunal ou tribunal arbitral que impede uma parte oposta de iniciar ou continuar um processo em outra jurisdição ou fórum. Se a parte contrária violar tal ordem proferida por um tribunal, um julgamento de desrespeito pode ser emitido pelo tribunal nacional contra essa parte.

“Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators” in ICCA Congress Series No 13, International Arbitration 2006: Back to Basics? Kluwer 2007.235.

andamento em Londres. O Tribunal de Comércio decidiu em favor da Sulamérica e a Enesa apelou.

A lei substantivas (brasileiras) aplicáveis à matéria e à lei curial (a sede da arbitragem seria em Londres, portanto, Inglesa) para o procedimento, ambas foram especificadas em contrato. A Corte, portanto, deveria determinar a lei que regula estritamente a cláusula de arbitragem.

Enesa afirmou que a lei material expressa em contrato era uma forte indicação de qual sistema jurisdicional à cláusula arbitral teria uma ligação mais próxima. Por esse ponto de vista, a lei Brasileira governaria a cláusula, e assim, o compromisso de arbitrar não poderia ser aplicado sem o consentimento expresso da Enesa, como exige o § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307 de 1996⁷⁶. Se esse fosse o entendimento a Sulamérica teria que litigar no Brasil.

Do outro lado, a Sulamérica alegou que a lei com a qual a convenção de arbitragem tem a sua conexão mais próxima e mais legítima é a da Inglaterra, pois a cláusula de arbitragem especifica que o assento da arbitragem será em Londres, Inglaterra. Junto disso, a presença da disposição que se refere a negociações "sem prejuízo", como esse conceito não existe no Brasil, foi mais uma evidência de que as partes queriam que o acordo de arbitragem fosse regido pela lei inglesa.

A Corte decidiu que a jurisdição que deveria seguir era a da sede de arbitragem. Primeiramente, baseado em jurisprudências anteriores (*XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2001] 1 All E.R. (Comm) 53), e pelo fato de que, se conduzido o procedimento no Brasil, de acordo com a legislação brasileira, o acordo de arbitragem só teria validade com o consentimento da Enesa e isso prejudicaria unilateralmente o compromisso arbitral entre as partes.

⁷⁶ Brasil. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de setembro de 1996.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

4.4.2 C v D [2007] EWHC 1541(Comm.)

Em C v D [2007] EWHC 1541(Comm.) a Corte Arbitral Internacional de Londres decidiu que a lei Inglesa era a lei aplicável a cláusula arbitral, mesmo que estivesse em um contrato sob jurisdição de Nova Iorque.

O caso envolveu um contrato de seguro pelo qual todas as disputas que surgirem entre as partes deveriam ser resolvidas em Londres pela Lei de Arbitragem Inglesa de 1996 e o contrato de seguro principal deveria ser regido pelas lei de Nova Iorque.

Em maio de 2005, "C" iniciou procedimentos arbitrais contra "D" em Londres, pleiteando devolução de quantia paga além do limite. O tribunal decidiu parcialmente em favor de "C". "D" imediatamente intimidou a parte contrária para iniciar procedimentos em cortes nacionais norte americanas para decidir sobre a invalidade da decisão arbitral que, para "D", ignorou as leis de Nova Iorque. "C" entrou na Corte Arbitral Internacional de Londres com um pedido de *anti-suit injunction* para impedir "D" de prosseguir.

O tribunal britânico considerou que a sede de arbitragem para as partes era Londres e que as partes haviam acordado que qualquer disputa receberia uma única decisão final baseada nas leis inglesas em cortes inglesas.

Esse caso não envolveu a decisão sobre a cláusula arbitral, mas abriu precedentes para interpretação de que a lei mais próxima desta é a lei da sede de arbitragem ou invés da lei que rege o contrato. Entretanto, segundo Marques(2015, p.23) :

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 décadas¹. 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.

4.4.3. Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Andustrisi AS e VSC Steel Company Ltd [2013] EWHC 4071 (Comm)

Na discussão entre *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Andustrisi AS e VSC Steel Company Ltd* [2013] EWHC 4071 (Comm), mais uma vez a Corte decidiu em favor da lei da sede como a aplicável a cláusula arbitral.

A disputa entre Habas Sinai, uma empresa turca, contra VSC, um empresa de Hong Kong, surgiu de um contrato de compra e venda de barras de ferro, partindo da Turquia para Hong Kong. Este não apresentava lei aplicáveis ao contrato em si ou a cláusula arbitral. Em dezembro de 2013, a Corte entendeu que a lei aplicável a cláusula arbitral deveria ser a lei da sede. Como as partes não haviam eleito uma lei aplicável ao contrato, decidiu-se que o regeiria deveria ser a turca, por possuir maior proximidade com a relação contratual em si. Entretanto, 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.

Nestes casos, é possível perceber que a maior preocupação dos árbitros foi validar a autonomia da cláusula arbitral em relação ao contrato principal. As partes acordaram em submeter-se a arbitragem em caso de controvérsias, mas na hora do conflito uma das partes procurou negar esse compromisso.

4.4.4 Correntes Menores

Outras visões com menor força no cenário internacional⁷⁷ são encontradas na doutrina.

⁷⁷ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional Revista Brasileira de Arbitragem, N. 47, 2015 p.26.

4.4.4.1 As Intenções Comuns das Partes

A intenção comum das partes, ou como Redfern(2009) coloca "o jeito francês"⁷⁸, é um método adotado por cortes francesas e tem como um de seus defensores Frédéric Barchand⁷⁹. Esta teoria determina a lei aplicável através das intenções comuns discerníveis das partes. Barchand escreveu:

Em outras palavras, os tribunais devem prosseguir com base em uma regra interpretativa no sentido de que, quando o estatuto local não fornece uma resposta óbvia a uma questão de direito em disputa, eles devem abster-se de deliberar de maneira incompatível com soluções aceitáveis internacionalmente para o problema em questão (Barchand, 2012, p.4).

Essa corrente segue a teoria da "deslocalização", Hammond e Petrovas escrevem que a ideia de arbitragem deveria ser operada em um nível "supranacional" em que as leis da sede não deveriam interferir na arbitragem internacional. O desejo das partes de internacionalizar a discussão entre elas deve ser mantido quando se trata do compromisso arbitral, deve ficar neutra de quaisquer leis nacionais e utilizar normas transnacionais para reger a cláusula. Essa teoria, apesar de muito debatida, tem atuação limitada no mundo jurídico⁸⁰.

4.4.4.2 Modelo Suíço

Redfern (2009, p.173) também escreve sobre o Modelo Suíço. Essa linha adota a combinação de diversas teorias para chegar a lei aplicável a cláusula arbitral. Ela é utilizada principalmente na Suíça, através de seu artigo 178 (2) do Estatuto Federal Suíço sobre Lei Internacional Privada:

Artigo 178
III. Acordo de arbitragem
2 O contrato de arbitragem deve ser feito por escrito, por telegrama, telex, telecopiador ou qualquer outro meio. Além disso, um acordo de arbitragem é

⁷⁸ Redfern, Alan, Hunter, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4ª Edição 2009, p. 172.

⁷⁹ Barchand, Frédéric. Court Intervention in International Arbitration: Case for Compulsory Judicial Internationalism Symposium. Journal of Dispute Resolution, Vol. 2012, Iss. 1 2012.

⁸⁰ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional Revista Brasileira de Arbitragem, n. 47, 2015 p.25.

válido se estiver em conformidade com a lei escolhida pelas partes ou com a lei que rege o objeto do litígio , nomeadamente o contrato principal, ou o direito suíço.

Esse método permite às Cortes nacionais suíças a oportunidade de assegurar a validade da cláusula arbitral despeito da lei que se decida aplicar. Marques coloca:

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!) (Marques, 2015 p.26).

O objetivo desta corrente é assegurar a validade da cláusula arbitral. Será utilizada pelo tribunal a lei que salvar a cláusula, não importando se é a do contrato ou a da sede, desde que o procedimento arbitral seja realizado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma análise destas teorias e dos casos expostos pode-se perceber que o cenário internacional continua dividido entre as diversas possibilidades para solucionar questões que envolvem a aplicabilidade de leis exclusivamente a cláusula arbitral. Cada corrente apresenta fundamentos e legislações nas quais seus defensores podem se apoiar, com tudo, percebe-se que as que mais se destacam no nas disputas são a *lex contractus* e a *lex loci arbitri*.

Nitidamente novas questões surgem a partir do quadro apresentado. É realmente necessária a escolha de antemão da lei pelas partes? Qual das teorias mostra uma solução mais adequada em casos de ausência de prévia seleção pelas partes da lei aplicável a cláusula arbitral?

Primeiramente, fica claro que a expressa determinação pelas partes da lei, aplicável exclusivamente a cláusula arbitral em um contrato comercial internacional, poupa os tribunais e árbitros de tentativas de definir qual era a intenção das partes no momento de elaboração do contrato.

Em casos de omissão das partes, Marques (2015) apresenta duas hipóteses. Primeiro, quando as leis do contrato e da sede são coincidentes, não surge incerteza

sobre qual lei será utilizada para reger a cláusula arbitral⁸¹. Segundo, quando as leis se mostram diferentes entre si seria mais prudente das partes, seja pela celeridade da arbitragem, como também pela segurança jurídica do contrato, que elas decidam previamente em acordo expresso qual regramento ou legislação essa cláusula deve seguir em caso de lide, mas nem sempre isso se mostra possível.

Devemos lembrar em primeiro lugar de buscar pela preservação da arbitragem como meio de resolução de conflitos. Seguindo "*favor arbitri*"⁸², entende-se que uma vez que as partes optam por esses procedimento em contrato é evidente sua intenção de recorrer a esse método em casos de divergências entre elas. Como trazem James Freeman e Manish Aggarwall, a falta de especificação pelas partes de uma lei a cláusula arbitral não seria uma barreira quando as jurisdições trazidas pelas partes fossem consideradas como "*well-recognised, business-friendly and pro-arbitration*". Em situações com essas características as chances para invalidação da cláusula arbitral seriam quase nulas⁸³.

Pode-se encontrar a provisão de direito mais favorável no texto do guia provido pela *International Congress and Convention Association (ICCA)* sobre a Convenção de Nova Iorque de 1958⁸⁴:

By now it is a widely (though not universally accepted) understanding that the provisions of Article VII(1) also apply to the recognition and enforcement of the arbitration agreements addressed in Article II. Article VII(1) is mostly invoked in order to overcome the formal requirements applicable to the arbitration agreement by virtue of Article II(2) ⁸⁵

Algumas instituições internacionais já reconheceram a recorrência desse problema. Estas incluíram em seus modelos de cláusulas arbitrais mecanismos e

⁸¹ Marques, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional Revista Brasileira de Arbitragem, N. 47, 2015 p.28.

⁸² "Deve ser presumida a verdadeira intenção das partes que quando fizeram um acordo de arbitrar gostariam de submeter todas as suas disputas relacionadas ao contrato principal a um único fórum, o tribunal arbitral". BAR, Thomas, Karrer, Robert. Editado por Nedim Peter Vogt. The International Practice of Law. Helbing & Litchtenhahn, Suíça. 1997.

⁸³ Marques Op. cit., 2015, p.28.

⁸⁴ ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention – A Handbook for Judges, 2011, p. 26.

⁸⁵ É amplamente entendido (embora não universalmente aceito) que as disposições do Artigo VII (1) também se aplicam ao reconhecimento e à execução dos acordos de arbitragem mencionados no Artigo II. O Artigo VII (1) é principalmente invocado para superar as exigências formais aplicáveis à convenção de arbitragem por força do Artigo II (2).

redações que permitem que as partes possam, expressamente, determinar a lei que irá governar essa cláusula.

O Centro Internacional de Arbitragem em Hong Kong (HKIAC) coloca: "The law of this arbitration clause shall be ... (Hong Kong law)"⁸⁶. O texto explica em suas observações que esta disposição é opcional, as partes são aconselhadas a considerar a inclusão desta disposição em seus acordos de arbitragem, particularmente quando a lei do contrato substantivo é diferente da lei da sede.

Dessa maneira, a primeira questão pode ser respondida através ações preventivas, efetuadas tanto por parte das partes como por parte de instituições arbitrais. Assim, a segunda pergunta cai em uma área de consequência, ela deve ser enfrentada quando nenhuma das ações expostas anteriormente foram empregadas. Marques (2015) escreve que a eleição de uma regra aplicável a cláusula arbitral feita por tribunais arbitrais é um efeito inevitável quando as partes não se atentam previamente⁸⁷.

Em casos onde a lei processual e a lei material são diferentes, e a lei da sede for desfavorável quando ao uso da arbitragem e resta dúvida sobre qual é a lei aplicável exclusivamente a cláusula arbitral cabe ao tribunal decidir sobre qual é o caminho mais adequado e que se aproxima ao máximo da verdadeira intenção das partes dentro das peculiaridades do caso concreto.

Neste campo não existe uma solução harmônica entre todas as instituições arbitrais. Encontramos a presença de decisões favoráveis a utilização da lei contratual, como no caso *Sulamérica* no qual a Corte Inglesa entendeu que a intenção implícita das partes era a da lei contratual. Diferente das decisões dos tribunais de Cingapura e Hong Kong, que determinaram que a lei da sede da arbitragem é a apropriada para reger o acordo de arbitragem das partes na ausência de uma disposição expressa.

Para chegar a uma conclusão de qual seria a lei mais apropriada para resolver nos baseamos no texto de Ricardo Dalmaso Marques. O autor acredita ser 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" (MARQUES, 2015, p.28).

⁸⁶ New HKIAC model arbitration clauses. p.1.

⁸⁷ Marques Op. cit., 2015, p.27.

Em seu texto, Marques (2015) utiliza da ideia de que as normas e regramentos internacionais recaem na lei da sede para resolver problemas de contestação de sentença. Isso mostra que para se ter uma segurança jurídica quanto a execução da mesma é necessário recorrer a lei do país onde ela foi proferida.

Marques (2015) usa como fundamentação a interpretação do art. V(1)(a)⁸⁸ da Convenção de Nova Iorque de 1958, que trata da possibilidade de indeferimento da sentença arbitral em casos nos quais a cláusula arbitral infrinja a lei as quais as partes se submeteram. Para o autor as leis referidas no texto legal seriam as leis da sede, pois mais adiante o mesmo dispositivo traz: "[...] na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida".

O autor também usa a Lei Modelo da Uncitral, na qual dois de seus artigos apresentam justificativas para causas de invalidação da sentença arbitral, artigo 34⁸⁹, e sobre as causas de recusa do reconhecimento ou da execução de uma sentença arbitral, artigo 36⁹⁰. Estes novamente trazem a ideia de que a lei que os dispositivos se referem é a lei da sede da arbitragem pois apresentam em sua redação: "[...] na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida".

Para ele seria contraprodutivo se os tribunais arbitrais optarem por uma lei - a *lex contractus* - que, eventualmente, pode gerar insegurança jurídica aos envolvidos.

⁸⁸ Artigo V: 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

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

⁸⁹Artigo 34.o. Pedido de anulação como recurso exclusivo contra a sentença arbitral:

(2) A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal referido no artigo 6.o se (a) A parte que faz o pedido fizer prova de que:

(i) Uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7.o era incapaz; ou que a convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do presente Estado;

⁹⁰Artigo 36.o. Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução:

(1) O reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, só pode ser recusado:

(a) A pedido da parte contra a qual foi invocado, se essa parte fornecer ao tribunal estatal competente ao qual foi pedido o reconhecimento ou a execução, prova de que:

(i) Uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7.o era incapaz; ou que a convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do presente Estado;

De acordo com Marques(2015), uma sentença ou a possibilidade de resistir sua execução, se questionadas posteriormente, serão apreciadas pelas leis da sede, por tanto seria mais condizente se a mesma fosse a eleita para reger qualquer questão anterior e garantir a validade da sentença proferida⁹¹.

Além disso, na maioria dos casos, salvo exceções⁹², a lei da sede se mostra mais favorável ao princípio da preservação da arbitragem. Ela preserva a intenção dos contratantes ao optar pelo procedimento arbitral, e resguarda a boa fé objetiva e a segurança jurídica esperada por eles.

Seguindo essa linha Albert Jan van den Berg escreve em seu texto *Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards* de 2008:

The Draft Convention(The New York Convention - 1958) 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 article 5(3)(a)). This option is supported by the experience in practice that, whilst a number of laws is a potential candidate 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 favourable place of arbitration implies a choice for a law that is probably also favourable to the validity of the arbitration agreement."(VAN DEN BERG, p.9-10.)⁹³

Assim, fica clara a propensão do autor para a *lex arbitri* em casos de omissão das partes para definir a lei aplicável a cláusula arbitral. Dentre as correntes expostas neste trabalho, Marques(2015) atesta pela relevância do papel da sede de arbitragem na instauração, condução e conclusão da arbitragem⁹⁴. Para ele esta tese favorece a segurança jurídica e a previsibilidade do procedimento, e considera ela a solução mais

⁹¹ Marques Op. cit., 2015, p.29.

⁹² Marques Op. cit., 2015, p.31.

⁹³ O *Draft Convention* (Convenção de Nova York - 1958) mantém a lei do último conflito, pois utilizará à mesma lei que rege o acordo de arbitragem no estágio de execução da sentença arbitral (ver artigo 5(3)(a)). Esta seleção tem apoio na experiência e na prática pois, embora várias leis sejam candidatas em potencial para reger um acordo de arbitragem, a lei do lugar da arbitragem é considerada a lei que deve reger na maioria dos casos. Além disso, a aplicabilidade da *lex* da arbitragem para validar a convenção de arbitragem mostra a vantagem de que foi a escolha pelas partes (ou da instituição arbitral) de um local favorável ao procedimento de arbitragem, e implica na escolha de uma lei que provavelmente também é mais favorável para a validade do acordo de arbitragem. Tradução própria.

⁹⁴ Marques Op. cit., 2015, p.33.

indicada para harmonizar as decisões sobre este tema no cenário arbitral internacional.

5.1. CONCLUSÃO

A lei aplicável a cláusula arbitral dentro de um contrato internacional em um primeiro momento pode não se mostrar relevante. Entretanto, como demonstrado ao longo deste trabalho, fica clara a sua importância, é nela que vamos encontrar os os planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico, além dos fundamentos para o cumprimento e a extensão da cláusula.

Devido a falta de costume das partes de identificar expressamente qual a lei deve reger a cláusula arbitral, a discussão sobre o tema saiu do teórico e passou para o prático. O cenário internacional tem se deparado com diversos casos onde a omissão da mesma tornou-se uma barreira na resolução dos conflitos. Em situações onde o acordo de arbitrar possui *lex contractus* e *lex loci arbitri* diferentes, são de diferentes nacionalidades ou regulamentos internacionais diversos, e se mostram desfavoráveis ao princípio de *favor arbitri*, cabe aos tribunais judiciais e arbitrais a complicada tarefa eleger qual deve ser a lei aplicável a cláusula arbitral.

Foram encontradas diversas vertentes com justificativas e fundamentações para solucionar os casos que se encontram nesse contexto. Entre elas, se destacam duas: os que pensam ser mais apropriado que a lei que rege o contrato também seja aplicada para a cláusula arbitral, para eles foi vontade implícita das partes que a lei definida para manejar o contrato deva ser aplicada a todas as questões que surjam do mesmo, ou seja, entendem a cláusula arbitral como elemento inerente ao contrato principal. Diferem daqueles que defendem o uso da lei da sede como a aplicável, seus adeptos se baseiam na teoria da separabilidade, que vê a cláusula arbitral como um negócio jurídico distinto do contrato principal e não deve sofrer o mesmo destino que ele, por isso ela deve seguir a lei que conduz os aspectos processuais da disputa.

Através de uma pesquisa descritiva bibliográfica apresentada ao longo deste trabalho, conclui-se que o caminho mais eficiente e seguro para harmonização das decisões arbitrais é que a lei da sede de arbitragem seja aplicada a cláusula arbitral.

Observa-se que a *Lex Loci Arbitri* traz mais segurança jurídica para as partes, pois é utilizada por acordos internacionais com amparo em casos disputas

relacionadas a invalidação ou indeferimento da sentença arbitral. Seria contraprodutivo, tanto para as partes que ficam sem resposta a sua lide, quanto para os tribunais que deverão rever seu trabalho, que estes declarem uma decisão arbitral, baseada na *lex contractus*, que posteriormente pode ser declarada inválida.

Também, atende a separabilidade da cláusula arbitral do contrato principal. A cláusula arbitral tem um objeto próprio, e pode ser governada por uma legislação diferente da designada para gerir o restante do contrato. Essa característica apresenta mais um ponto de segurança para os contratantes, pois significa que a cláusula arbitral fica protegida dos mesmos vícios e erros que o contrato principal tiver. Atende também ao princípio favor arbitri, preserva a intenção das partes de recorrer à arbitragem em caso de litígio entre elas, ou seja, a convenção ao uso dessa forma alternativa de resolução de conflitos deve prosseguir mesmo que o contrato principal seja extinguido.

Visto isso, vemos a escolha da lei da sede como aplicável a cláusula arbitral em casos de omissão pelas partes como um caminho mais seguro e previsível. Podem surgir exceções, casos onde é claro ao juízo que a verdadeira intenção das partes era de utilizar a *lex contractus* para reger também a cláusula arbitral. Mas acreditamos que a designação da *lex loci arbitri* por tribunais nacionais e arbitrais, seria uma forma de padronizar situações que se encaixam neste padrão e uma tentativa de acabar com a insegurança jurídica que encontramos no cenário internacional.

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira, **Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais.** São Paulo: Lex Editora, 2010.

BAR, Thomas, Karrer, Robert. Editado por Nedim Peter Vogt. **The International Practice of Law.** Helbing & Lichtenhahn, Suíça. 1997.

BARHAND, Frédéric. Court Intervention in International Arbitration: Case for Compulsory Judicial Internationalism Symposium. **Journal of Dispute Resolution**, Vol. 2012, Iss. 1 2012.

BERG, Albert Jan Van den. Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards: Explanatory Note. 29 de maio de 2008. Disponível em: <www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/6/16015.pdf>. Acesso em: 4 de abril de 2018.

BERGER, Klaus Peter: Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion? van den Berg (ed.) **ICCA Congress** no.13; International Arbitration 2006: Back to Basics? Disponível em: <https://www.trans-lex.org/100680/_/berger-klaus-peter:-re-examining-the-arbitration-agreement-applicable-law-consensus-or-confusion-in:-van-den-berg-icca-congress-ser-no13-international-arbitration-2006:-back-to-basics-/>. Acesso em: 9 novembro 2017.

BUHRING-UHLE, Christian, L Kirchhoff, Gabriele Scherer. **Arbitration and Mediation in International Business**. Kluwer Law International; 2ª Edição, 2006.

BRASIL, DECRETO Nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

BRASIL, LEI Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário À Lei Nº 9.307/96** - 3ª Ed. 2009.

CHAPLIN, Jacqueline. ‘Hold on to your seats! A settled test for the proper law of arbitration clauses?’, **Kluwer Arbitration Blog**, 23 de março de 2012. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/23/hold-on-to-your-seats-a-settled-test-for-the-proper-law-of-arbitration-clauses/>> Acesso em: 9 novembro 2017.

DONG, Arthur. Reflections on HKIAC 's Revised Model Arbitration Clause and Its Impact on Chinese Practice. **Kluwer Arbitration Blog**. 25 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/25/reflections-on-hkiacs-revised-model-arbitration-clause-and-its-impact-on-chinese-practice/>> Acesso em: 10 novembro 2017.

F. EISEMAMM, “Les clauses d’arbitrage pathologiques”, **Essais in memoriam Eugenio Minoli**, Utet, 1974, p.20, Apud Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD

e Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, p. 283, 1996. Cf Matthieu de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Lille, GLN, p. 480.

HAMMOND, Steven A.; PETROVAS, Pavlos. Which laws apply in international arbitration, **Practical Law Arbitration**, 2014.

ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention – A Handbook for Judges, 2011. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges_guide_english_composite_final_jan2014.pdf> Acesso em: 3 de abril de 2018.

Introdução as fontes e instrumentos do Comércio Internacional, Maristela Basso, **Direito Comercial; Direito Internacional**; 1996. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69732>> Acesso em 12 set. 2017.

ISDA Arbitration Guide, 2013. Disponível em: <https://www2.isda.org/attachment/NTg0MQ==/ISDA_Arbitration_Guide_Final_09.09.13.pdf> Acesso em: 2 de abril de 2018.

Lei Modelo da UNCITRAL, sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985, com as alterações adotadas em 2006. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf> Acesso em: 2 de abril de 2018.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes**. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EA&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>> Acesso em 12 set. 2017.

LEMES, Selma M. Ferreira. **O Desenvolvimento da Arbitragem no Brasil e no Exterior**. Artigo Publicado no Jornal Valor Econômico – 01.08.03 Caderno Legislação & Tributos, p. E- 2.

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.

LEW, Julian, MISTELIS, Loukas, KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 3ª Edição, 2003.

MOSES, Margaret L., **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**. Cambridge University Press. 3ª Edição, 2017.

New HKIAC model arbitration clauses. 2014. Disponível em: <<http://hkiac.org/en/arbitration/model-clauses>> Acesso em: 3 de abril de 2018.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4ª Edição 2004.

SILVA, João Roberto da. **Arbitragem – Aspectos gerais da Lei 9307/96**. São Paulo: Mizuno, 2004.

Sulamerica: full update on Court of Appeal decision on determining law of arbitration agreement. *Practical Law – Arbitration*, publicado em 23.05.2012. Disponível em: <<http://uk.practicallaw.com/7-519-5616?source=relatedcontent>> Acesso em: 9 de novembro de 2017.