

No mais, entendemos que não há qualquer incompatibilidade na previsão tanto da mediação quanto da arbitragem como meios de solução dos conflitos societários, um não exclui o outro. Na realidade, essa possibilidade é, inclusive, traduzida mediante a adoção da chamada cláusula escalonada.

“A cláusula escalonada ou cláusula med-arb ou cláusula sequencial estabelece como forma de solução da controvérsia, etapas que devem ser cumpridas até que se culmine em uma decisão final, caso não se tenha obtido a composição nas etapas anteriores.”⁴⁹

Na sociedade limitada, portanto, parece-nos plenamente possível estabelecer uma cláusula que preveja que quaisquer conflitos deverão ser, em um primeiro momento, submetidos a um processo de mediação e que, caso não seja exitosa a mediação, na sequência, os conflitos sejam levados à via arbitral. Nesse caso, é importante que as partes estabeleçam um prazo máximo (razoável) para que os sócios possam tratar de resolver o conflito por meio da mediação. Caso fique a critério das partes, à época, definir quando se dará o insucesso da mediação, isso poderá ser um fator prejudicial à resolução dos conflitos, podendo ser utilizado como instrumento de barganha.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Arbitragem como método de resolução de conflitos nas cooperativas, de Marco Aurélio Gumieri Valério – *ReDE* 9/375-388 (DTR\2015\9137);
- Arbitragem societária no direito brasileiro: questões práticas sob perspectiva comparada, de Andressa M. R. Cavalcante – *RARB* 64/102-142 (DTR\2020\1778); e
- Vinculação das partes não signatárias à cláusula arbitral constante nos acordos de acionistas, de Daniel Pinheiro Longa – *RePro* 307/421-442 (DTR\2020\11548).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2019\160627.

49. PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. *A cláusula escalonada*. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 291.

LEI APLICÁVEL À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

APPLICABLE LAW TO THE ARBITRATION AGREEMENT IN INTERNATIONAL ARBITRATION

LEONARDO OHLROGGE

Doutor em Direito pela Universidade de *St. Gallen* (Suíça). LL.M. pela Universidade de Frankfurt (Alemanha). Advogado Sênior no escritório Meyerlustenberger Lachenal (Suíça). leonardo.ohlrogge@mll-legal.com

RODRIGO SALTON ROTUNNO SAYDELLES

Pesquisador em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Membro da Associação Brasileira de Estudantes de Arbitragem (ABEARb). rodrigosaydelles@outlook.com

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Internacional

RESUMO: O presente artigo analisa criticamente a problemática acerca da lei aplicável à cláusula compromissória no âmbito da arbitragem internacional. Primeiramente, apresenta-se os pressupostos teóricos da questão. Após, analisa-se as principais abordagens acerca de qual deve ser a lei aplicada diante da ausência de escolha expressa pelas partes: a lei da sede da arbitragem, a lei que rege o contrato principal, princípios internacionais ou o princípio *in favorem validitatis*. Por fim, propõe-se uma tentativa de sistematização da questão, construída a partir da recente jurisprudência e doutrina internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem internacional – Cláusula compromissória – Lei aplicável – Caso SulAmérica – Escolha de lei – *in favorem validitatis*.

ABSTRACT: This article analyzes the issue of the law applicable to the arbitration agreement in the context of international arbitration. First, it addresses the theoretical fundamentals of the matter. Thereafter, it analyzes the main approaches regarding the law applicable to the arbitration agreement in the absence of an express choice by the parties: whether the law of the seat of arbitration, the law that governs the main contract, international principles or an *in favorem validitatis* approach. Finally, it proposes a systematic approach to deal with this issue, based on the recent international case law and doctrine.

KEYWORDS: International arbitration – Arbitration agreement – Applicable law – SulAmérica case – Choice of law – *in favorem validitatis*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Autonomia da cláusula compromissória. 3. Possíveis leis aplicáveis à cláusula compromissória na ausência de escolha expressa. 3.1. Lei da sede. 3.2. Lei do contrato. 3.3. Princípio da intenção comum das partes – a “terceira via” francesa. 3.4. *In favorem validitatis*. 4. Recomendação: disposição contratual expressa acerca da lei aplicável à cláusula compromissória. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O regime jurídico da arbitragem internacional apresenta peculiaridades próprias em relação às arbitragens realizadas em âmbito doméstico. Uma discussão típica das relações jurídicas internacionais é a definição da lei aplicável, dada a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos que as tangenciam.

Em sede de contratos comerciais internacionais, frequentemente as partes elegem a arbitragem enquanto modo de resolução de litígios oriundos dessas relações, sendo a inclusão de cláusula compromissória a regra geral em relações complexas e envolvendo elevados valores.¹ Nesse contexto, há uma série de ordenamentos jurídicos potencialmente relevantes, e, para evitar discussões acerca da lei aplicável à relação contratual, é possível a inclusão de uma cláusula de escolha de lei. Contudo, essa cláusula, *a priori*, diz respeito apenas ao mérito de eventual disputa, não sendo, por si só, suficiente para evitar discussões quanto ao ordenamento jurídico a ser aplicado à cláusula compromissória, pois a escolha da lei que governa o contrato não necessariamente é a mesma lei que governa a cláusula de arbitragem.

A possibilidade de aplicação de diferentes leis ao mérito, à cláusula arbitral e ao procedimento arbitral é, muitas vezes, ignorada por aqueles que negociam o contrato principal, seja por falta de familiaridade com o instituto da arbitragem ou por decisão estratégica, por exemplo, para evitar novos pontos de conflito durante as negociações. No entanto, a determinação da legislação aplicável à cláusula de arbitragem é fundamental para uma série de questões atinentes à arbitragem internacional.² A de-

1. PINHEIRO, Luís de Lima. O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I): uma Introdução. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 68, v. II-III, 2008. p. 579.
2. Gary Born elenca treze questões fundamentais à arbitragem internacional que são potencialmente reguladas a partir da definição da lei aplicável à convenção de arbitragem, são elas: (i) validade formal da convenção de arbitragem; (ii) capacidade das partes para concluir a convenção de arbitragem; (iii) possibilidade dos representantes das partes concluírem a convenção de arbitragem; (iv) formação e existência da convenção de arbitragem; (v) validade substancial e legalidade da convenção de arbitragem; (vi) não arbitrabilidade e arbitrabilidade objetiva; (vii) identificação das partes em relação à convenção de arbitragem; (viii) efeitos da convenção de arbitragem; (ix) meios de efetivação da convenção de arbitragem; (x) interpretação da convenção de arbitragem; (xi) extinção da convenção de arbitragem; (xii) transmissão da

terminação de qual deve ser a lei aplicada diante da falta de previsão contratual expressa se torna mais complexa quando a sede da arbitragem é em local diverso ao da lei aplicável ao mérito do contrato nos termos previstos na cláusula de lei aplicável.

Em tais casos, caberá aos árbitros determinar a lei que governa a cláusula compromissória, os quais quase que invariavelmente optarão pela lei da sede da arbitragem, que é a lei que governa o procedimento arbitral, ou a lei que rege o contrato principal, aplicável aos aspectos substanciais do negócio entre as partes. A questão de qual deve ser a lei aplicável à cláusula compromissória é longe de ser pacífica nos tribunais.³ A jurisprudência demonstra que esse não é um mero problema teórico: enquanto as leis nacionais adotarem diferentes critérios formais e materiais para definir, por exemplo, a validade da convenção de arbitragem, a definição da lei aplicável será, em última análise, uma questão central atinente à própria validade da arbitragem;⁴ ou, se diferentes ordenamentos apresentarem diferentes abordagens acerca da extensão subjetiva ou objetiva da cláusula compromissória, a definição da lei aplicável determinará a composição dos polos da arbitragem ou o escopo de cognição do tribunal arbitral.

2. AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A problemática da lei aplicável possui estreita relação com o princípio da autonomia da cláusula compromissória, conhecido também como princípio da separabilidade. Este princípio é um dos pilares da arbitragem e possui previsão expressa nas leis de arbitragem de diversos países, incluindo o Brasil,⁵ e é reconhecido amplamente pela jurisprudência internacional.⁶

convenção de arbitragem e (xiii) renúncia ao direito de arbitrar (BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 495).

3. MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012. p. 71.
4. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003. p. 109; BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 478.
5. A título exemplificativo: Reino Unido (UK Arbitration Act, 1996, Sessão 7); Brasil (Lei 9.307/96, art. 8º); Portugal (Lei de Arbitragem Voluntária, art. 18, (2)(3)); França (*Code de Procédure Civile*, art. 1447); Suíça (Federal Act on Private International Law, Art. 178(3)); Escócia (Arbitration Act 2010, art. 5º); Espanha (art. Ley 60/2003, 22(1)); Suécia (Swedish Arbitration Act – SFS 1999:116, Section 3). Ainda, o princípio também é referido no art. 16(1) da Lei Modelo da UNCITRAL em Arbitragem Comercial Internacional (2006).
6. Apenas a título exemplificativo: *House of Lords, Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) v. Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants)*, UKHL 40, 2007; *Cour de Cassation, 1ª Hecht v. Société Busiman's, 1972*; *US Supreme Court, Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 1967.

De acordo com o princípio da separabilidade, e conforme previsto no art. 8º da Lei 9.307/96, a cláusula de arbitragem é autônoma em relação ao contrato no qual ela está inserida.⁷ Dessa forma, a invalidade do contrato principal não implica necessariamente na invalidade da cláusula compromissória.⁸

Ainda, o princípio da separabilidade possui outra importante consequência principalmente para os contratos internacionais: a possibilidade de a cláusula ser governada por lei diversa daquela aplicável ao contrato principal. Sendo a cláusula compromissória separada do contrato principal, é possível então que exista uma outra lei que a regule.⁹ Por conseguinte, o princípio da separabilidade é o pressuposto teórico à discussão acerca de qual deve ser a lei aplicável à cláusula compromissória. Portanto, diante do surgimento de um conflito, resta averiguar as possibilidades acerca da definição da lei aplicável à cláusula compromissória.

3. POSSÍVEIS LEIS APLICÁVEIS À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NA AUSÊNCIA DE ESCOLHA EXPRESSA

A partir da possibilidade de haver diferentes leis aplicáveis, torna-se relevante o estabelecimento de critérios aptos a orientar a definição de qual lei deve governar a cláusula compromissória. Entretanto, atualmente há pouco consenso em relação a esses critérios, dando azo a uma grande margem de incerteza.¹⁰ Não obstante,

existem duas possibilidades principais: a lei do contrato principal e a lei da sede da arbitragem.¹¹ Ambas possibilidades são examinadas abaixo por meio da análise da jurisprudência internacional e do exame dos principais argumentos contra e a favor de suas aplicações. Ainda, são objeto de análise neste artigo outras possíveis abordagens, quais sejam, a aplicação do princípio da intenção comum das partes e a aplicação do princípio pró-validação.

3.1. Lei da sede

Na falta de previsão contratual expressa quanto à lei aplicável à cláusula compromissória, sustenta-se haver uma forte tendência ao entendimento de que essa se sujeita à lei da sede da arbitragem. Além de doutrina e jurisprudência internacional, existem também previsões específicas em regras institucionais e leis de arbitragem nesse sentido. Por exemplo, dispõe o artigo 16.4 das regras de arbitragem da LCIA (2020)¹² que a lei aplicável à cláusula de arbitragem e ao procedimento arbitral será a lei da sede, salvo acordo entre as partes por escrito em sentido contrário.¹³ As leis de arbitragem da Suécia¹⁴ e Escócia¹⁵ possuem previsão semelhante, prevendo a aplicação da lei da sede à cláusula arbitral quando o contrato for silente.

7. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 112; LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003. p. 102; FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAND, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 198; BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 477; BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?. In: Albert Jan van der Berg (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?*. ICCA Congress Series, v. 13. Haia: Luuwer Law International, 2007. p. 321.
8. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003. p. 103; FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAND, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 210.
9. Convenção de Nova Iorque, Art. V(1)(a): Da incapacidade das Partes outorgantes da convenção referida no artigo II, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou da invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram ou, no caso de omissão, quanto à lei aplicável ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença.
10. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 474.

11. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 159; MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012. p. 69; ASHFORD, Peter. The Law of The Arbitration Agreement: The English Courts Decide?. In: *The American Review of International Arbitration*, v. 24, n. 3, 2013. p. 469.
12. London Court of International Arbitration. Principal câmara de arbitragem inglesa.
13. LCIA (2020). 16.4: *Subject to Article 16.5 below, the law applicable to the Arbitration Agreement and the arbitration shall be the law applicable at the seat of the arbitration, unless and to the extent that the parties have agreed in writing on the application of other laws or rules of law and such agreement is not prohibited by the law applicable at the arbitral seat.* 16.5: *Notwithstanding Article 16.4, the LCIA Rules shall be interpreted in accordance with the laws of England.*
14. The Swedish Arbitration Act, Section 48: *If an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. If the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country where, in accordance with the parties' agreement, the arbitration had or shall have its seat. The first paragraph shall not apply to the issue of whether a party was authorized to enter into an arbitration agreement or was duly represented.*
15. Arbitration (Scotland) Act 2010. Art. 6: *Where (a) the parties to an arbitration agreement agree that an arbitration under that agreement is to be seated in Scotland, but (b) the arbitration agreement does not specify the law which is to govern it, then, unless the parties otherwise agree, the arbitration agreement is to be governed by Scots law.*

De mesma sorte, é possível observar subjacente ao artigo V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque de 1958 uma regra de conflito de leis, segundo a qual a validade da cláusula arbitral será analisada conforme a lei escolhida pelas partes ou, na ausência desta, conforme a lei onde a sentença foi feita, ou seja, a lei da sede.¹⁶ Ao analisar esse artigo da Convenção de Nova Iorque, GARY BORN identifica a lei da sede da arbitragem como uma regra geral quando as partes não escolhem uma lei aplicável à convenção de arbitragem (*mandatory international default rule*).¹⁷

É reconhecível haver tendência especialmente forte de se aplicar à cláusula compromissória a lei da sede da arbitragem diante da inexistência de cláusula de escolha de lei para reger o mérito do contrato.¹⁸ Isso se deve ao fato de que, nesses casos, a convenção de arbitragem será regulada pelo sistema legal com a conexão mais próxima,¹⁹ que se deve entender como sendo aquele aplicado a partir da escolha expressa das partes de qual deve ser o país sede da arbitragem²⁰. Abordagem nesse sentido pode ser encontrada nos casos *Habas Sinai ve Tibbi Gazlar istihsal Endustrisi AS v. VSC Steel Co Ltd*,²¹ de 2013, e *C v. D*²², de 2007. Assim, a controvérsia acerca da lei

aplicável à cláusula compromissória reside principalmente nos casos em que existe tanto uma cláusula de escolha de leis no contrato principal quanto a definição de um outro país enquanto a sede da arbitragem.

Uma das decisões mais emblemáticas sobre a legislação aplicável à cláusula compromissória foi proferida pela Corte de Apelação Inglesa em 2012 no caso *SulAmérica v. Enesa*.²³ Esse caso se tornou um paradigma na discussão a respeito de qual deve ser a lei aplicável à cláusula compromissória, tendo sido citado em diversos casos posteriores, que o utilizaram de ponto de partida.

Na decisão do caso *SulAmérica v. Enesa Engenharia*, a Corte de Apelação Inglesa entendeu que a lei da sede, no caso, a lei inglesa, deveria ser aplicada à cláusula de arbitragem incluída em um contrato de seguro regido pela lei brasileira e que elegia Londres enquanto sede da arbitragem. Nesse caso, uma das seguradas (brasileira) afirmou que não estava sujeita à cláusula arbitral por falta de consentimento alegando que o contrato era de adesão e os pressupostos do artigo 4º, § 2º da lei de arbitragem brasileira não estavam preenchidos.²⁴ Para decidir a controvérsia, o tribunal inglês precisou determinar se a cláusula compromissória seria governada pela lei escolhida pelas partes para reger o contrato (lei brasileira) ou pela lei da sede da arbitragem (lei inglesa).

A decisão proferida pelo tribunal inglês contém análise aprofundada sobre a legislação aplicável à cláusula compromissória e estabeleceu um teste de três estágios para determinar qual deve ser o direito que rege a cláusula compromissória: (i) em primeiro lugar, deve ser observado se há uma escolha expressa de lei aplicável à cláusula compromissória (ii) em segundo lugar, diante da ausência de escolha expressa, deve ser analisado se há escolha tácita de lei e (iii) em terceiro lugar, não havendo nem escolha expressa nem escolha tácita, deve-se considerar qual o sistema jurídico que possui a “conexão real e mais próxima” em relação à convenção de arbitragem.²⁵

Aplicando esse teste, concluiu-se que as partes não tinham escolhido expressamente e nem implicitamente que a cláusula arbitral também seria submetida à lei brasileira. Dessa forma, a partir do critério da “conexão real e mais próxima”, o

23. England and Wales Court of Appeal, *Sul América Cia Nacional De Seguros S.A v. Enesa Engenharia S.A.*, EWCA civ 638, 2012.

24. Art. 4º, § 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.

25. England and Wales Court of Appeal, *Sul América Cia Nacional De Seguros S.A v. Enesa Engenharia S.A.*, EWCA civ 638, 2012. § 25.

16. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAND, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 227; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 160.

17. “In cases where ‘the parties have not agreed upon a body of law to govern the arbitration agreement (either expressly or impliedly),’ then Article V(1)(a)’s second prong expressly prescribes a mandatory international default rule. That default rule, which was one of the Convention’s major innovations, is the law of the arbitral seat, not the law governing the underlying contract. It violates the Convention for national courts to reject this default rule, in favor of either the law governing the underlying contract, the law of the enforcement forum, or otherwise” (BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 512-513).

18. “If there is no express choice of the law to govern the contract as a whole, or the arbitration agreement in particular, there is a very strong presumption that the proper law of contract (including the arbitration clause) is the law of the country in which the arbitration is to be held” (COLLINS, Lawrence. *The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England*. In: Julian Lew (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. Londres: Springer-Science+Business Media, B. V. p. 127).

19. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAND, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 223.

20. ASHFORD, Peter. *The Law of The Arbitration Agreement: The English Courts Decide?*. In: *The American Review of International Arbitration*, v. 24, n. 3, 2013. p. 471.

21. High Court of Justice Queen’s Bench Division, *Habas Sinai ve Tibbi Gazlar istihsal Endustrisi AS v. VSC Steel Co Ltd*, EWCH 4071, 2013. § 100.

22. Court of Appeal, *C v. D*, EWCA Civ 1828, 2007.

tribunal entendeu que o direito inglês deveria reger a cláusula compromissória, em sendo esse o direito aplicável na sede da arbitragem.²⁶

Destaca-se que o tribunal não deixou de reconhecer que a escolha da lei aplicável ao contrato de seguro poderia ser um forte indicativo de escolha implícita em relação à cláusula arbitral, sob o fundamento de que é comum as partes desejarem que toda a relação entre elas seja governada pelo mesmo sistema jurídico. Entretanto, dois fatores foram elencados para contrabalancear esse argumento: (i) ao escolher Londres como sede da arbitragem, as partes desejaram que o direito inglês fosse aplicável à condução e à supervisão do procedimento,²⁷ por conseguinte, seria lógico de se pressupor que as partes teriam concordado que o direito inglês governaria todos os aspectos relacionados à convenção de arbitragem;²⁸ (ii) a aplicação da lei brasileira poderia implicar que a instauração da arbitragem fosse condicionada à vontade do aderente.²⁹ Assim, ao decidir que a lei inglesa deveria ser aplicada para dirimir a disputa acerca da eficácia da cláusula arbitral, o tribunal afastou, portanto, a possibilidade dessa ser considerada inválida. Sendo assim, materializou-se uma abordagem de acordo com o princípio *in favorem validitatis*.

Ainda que o sistema trifásico estabelecido pela Corte de Apelação Inglesa siga uma sequência lógica, inexistente uma divisão clara entre o segundo e o terceiro critérios. Pode ser difícil na prática verificar se há elementos suficientes para considerar presente uma escolha tácita de lei. Ademais, como reconhecido na própria decisão, ao se chegar no terceiro passo de análise (busca pela “conexão real e mais próxima”), haverá grande possibilidade de se aplicar a lei da sede. De fato, tendo em vista que a cláusula compromissória apresenta estreita relação com a lei da sede da arbitragem, a escolha da sede em país diferente do país cujo sistema jurídico governa a relação contratual material entre as partes, pode ser considerada, inclusive, como um elemento de escolha implícita acerca da lei aplicável à cláusula de arbitragem.

No caso *FirstLink Investments v. GT Payment*,³⁰ julgado em Singapura em 2014, a partir da abordagem do caso *SulAmérica*, há um questionamento acerca de até

26. England and Wales Court of Appeal, *Sul América Cia Nacional De Seguros S.A v. Enesa Engenharia S.A.*, EWCA civ 638, 2012. § 32.

27. England and Wales Court of Appeal, *Sul América Cia Nacional De Seguros S.A v. Enesa Engenharia S.A.*, EWCA civ 638, 2012. § 29.

28. England and Wales Court of Appeal, *Sul América Cia Nacional De Seguros S.A v. Enesa Engenharia S.A.*, EWCA civ 638, 2012. § 29.

29. England and Wales Court of Appeal, *Sul América Cia Nacional De Seguros S.A v. Enesa Engenharia S.A.*, EWCA civ 638, 2012. § 30.

30. High Court of Singapore, *FirstLink Investments v. GT Payment*, suit n. 915 of 2013, SGHCR 12, 2014.

que ponto a escolha de lei para reger o contrato principal indica uma intenção tácita de que essa lei seja também aplicada à cláusula compromissória. O argumento levantado foi o de que, quando há um conflito entre as partes, o que é desejável é a neutralidade. Assim, havendo dúvidas entre a aplicação da lei do país de um dos contratantes (que frequentemente é escolhida enquanto a lei do contrato) e a lei da sede da arbitragem (que, muitas vezes, é um terceiro país neutro), esta é que deve ter preferência. Ademais, é apontado que a sede da arbitragem é o centro de gravidade jurídico, havendo uma força atrativa que justifica a aplicação da sua lei à cláusula compromissória quando não há uma escolha expressa feita pelas partes.

No que tange à jurisprudência inglesa, a Corte de Apelação reconheceu que os critérios elaborados na decisão do caso *SulAmérica* necessitavam de maior clareza³¹ e proferiu recente decisão em abril de 2020 buscando elucidar o tratamento da questão no litígio entre *Enka Insaat Ve Sanayi v. OOO Insurance Company Chubb & Ors*.³² O tribunal entendeu que, quando ausente escolha expressa de legislação aplicável à cláusula arbitral, como regra geral será aplicada a lei da sede como escolha implícita, salvo quando presentes circunstâncias que apontem o contrário. Conforme destacado na decisão, um dos fatores que podem levar à conclusão de que a lei da sede não pode ser aplicada é a possibilidade de a cláusula ser considerada inválida de acordo com essa. Sendo assim, é possível perceber mais uma vez, na jurisprudência inglesa, um viés a favor do princípio *in favorem validitatis*.

A decisão neste caso traz extensa e detalhada análise para sustentar a lei da sede como escolha implícita de lei aplicável à cláusula arbitral. Em primeiro lugar, são tecidas considerações acerca do princípio da separabilidade e da falta de conexão entre a lei aplicável ao mérito e a lei aplicável à cláusula arbitral. A decisão ainda refuta a alegação de que seria a intenção das partes que todo o contrato fosse regido por apenas um sistema jurídico, haja vista que, ao escolher outro país como sede, as partes já estão submetendo o contrato às leis de mais de um país. Em segundo lugar, a Corte de Apelação Inglesa afirmou que as leis que regem a cláusula arbitral e o procedimento arbitral se sobrepõem de certa forma, dando vários exemplos, segundo os quais a lei de arbitragem inglesa governaria não somente questões processuais, mas

31. Principalmente após a decisão *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group* de 2020 poucos meses antes, na qual o tribunal entendeu que naquele caso havia uma escolha implícita de que a regra aplicável ao mérito também governaria a cláusula arbitral e gerou bastante repercussão e questionamentos sobre uma possibilidade de ruptura dos critérios elaborados no caso *SulAmérica*.

32. Court of Appeal, *Enka Insaat Ve Sanayi v. OOO “Insurance Company Chubb” & Ors*, EWCA Civ 574, 2020.

também direitos substanciais das partes relacionados à cláusula compromissória. De forma precisa, salientou a Corte de Apelação Inglesa que o argumento utilizado a favor da aplicação da lei do contrato principal segundo o qual as partes desejariam que apenas uma lei regesse todo o contrato deveria ser utilizado neste ponto a favor da aplicação da lei da sede. Isto porque, a lei a ser aplicada à cláusula arbitral apresenta muito mais proximidade com a lei da sede do que com a lei do contrato e essa relação entre ambas as leis é tão estreita que não deveria se partir do pressuposto que as partes desejariam aplicar duas leis diferentes a pontos tão próximos. Por fim, o tribunal afirmou que considerava a aplicação da lei da sede à cláusula arbitral como uma escolha implícita de lei aplicável, isto é, dentro do escopo do segundo ponto do sistema trifásico e não em razão de conexão mais próxima (o terceiro ponto). Para a Corte de Apelação Inglesa, a escolha da sede implica na escolha da *lex arbitri*, e dada a proximidade entre *lex arbitri* e lei aplicável à cláusula compromissória, pareceu-lhe natural que a escolha da sede também possa ser considerada como escolha da lei aplicável à cláusula arbitral.

Em outubro de 2020, foi a vez da Suprema Corte Inglesa proferir decisão no caso *Enka Insaat Ve Sanayi v. OOO Insurance Company Chubb & Ors*. Apesar de a Suprema Corte ter mantido a decisão da Corte de Apelação, houve mudanças na abordagem acerca do método para determinar a lei aplicável à cláusula arbitral. A decisão foi clara no sentido de que a escolha da sede por si só não implica em uma escolha implícita da lei aplicável à cláusula compromissória, devendo ser considerada apenas na análise da conexão “mais próxima”.³³ Para a Suprema Corte Inglesa, havendo escolha de lei para governar o contrato principal, presume-se que esta governará também a cláusula compromissória (salvo em determinadas circunstâncias, por exemplo, quando a cláusula arbitral puder ser declarada inválida se aplicada a lei do contrato principal). Os fundamentos da decisão da Suprema Corte Inglesa são tratados no ponto abaixo juntamente com as decisões que decidiram pela aplicabilidade da lei do contrato à convenção de arbitragem.

33. Supreme Court, *Enka Insaat Ve Sanayi v. OOO “Insurance Company Chubb” & Ors*, UKSC 38, 2020: “The choice of a different country as the seat of the arbitration is not, without more, sufficient to negate an inference that a choice of law to govern the contract was intended to apply to the arbitration agreement” (§ 170(v)). Ainda, “Where there is no express choice of law to govern the contract, a clause providing for arbitration in a particular place will not by itself justify an inference that the contract (or the arbitration agreement) is intended to be governed by the law of that place. In the absence of any choice of law to govern the arbitration agreement, the arbitration agreement is governed by the law with which it is most closely connected. Where the parties have chosen a seat of arbitration, this will generally be the law of the seat, even if this differs from the law applicable to the parties’ substantive contractual obligations” (§ 170(vii)).

3.2. Lei do contrato

Outra possibilidade de lei aplicável à cláusula compromissória é a lei que rege o contrato principal. Parte da doutrina entende que existiria uma presunção nesse sentido,³⁴ sendo essa especialmente forte quando a cláusula compromissória consta no corpo do próprio contrato.³⁵ Essa corrente pondera que não haveria razão especial para se escolher uma outra lei para governar apenas uma das cláusulas do contrato só pelo fato dessa ser a cláusula compromissória.³⁶

Nessa linha, o princípio da separabilidade não significaria que a cláusula arbitral e o contrato principal são completamente independentes um do outro. A existência da relação entre ambos pode ser percebida a partir da constatação de que a aceitação do instrumento contratual implica também na aceitação da cláusula compromissória, sendo despicienda qualquer outra formalidade.³⁷

Pode ser arguido que, apesar dos contratos serem naturalmente incompletos, durante o processo de interpretação, não é recomendável que o intérprete procure adcrever sentidos que ampliem a margem de incerteza e de vagueza dos textos. Nesse sentido, deve-se considerar que, quando da redação do contrato, normalmente sequer é cogitado que a inserção da cláusula de escolha de leis não viria a abranger todas as cláusulas contratuais, sendo aprioristicamente altamente improvável que a vontade das partes seja a de sujeitar a cláusula compromissória a outra lei que não a que por elas foi expressamente definida para governar o contrato na qual está inserida.³⁸

34. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003. p. 109; COLLINS, Lawrence. The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England. In: Julian Lew (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. Londres: Springer-Science+Business Media, B. V., p. 127; DERAIS, Yves. ICC Arbitral Process: Part VIII. Choice of Law Applicable to the Contract and International Arbitration. In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 6, n. 1, 1995. p. 16-17.

35. LEW, Julian. *SulAmérica and Arsanovia: English Law Governing Arbitration Agreements*. In: AFFAKI, Georges; NAON, Horacio Grigera. *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Jurisdictional Choices*. Paris: ICC, 2015. p. 136.

36. “If the parties expressly choose a particular law to govern their agreement, why should some other law – which the parties have not chosen – be applied to only one of the clauses in the agreement, simply because it happens to be the arbitration clause?” (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 159).

37. DERAIS, Yves. ICC Arbitral Process: Part VIII. Choice of Law Applicable to the Contract and International Arbitration. In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 6, n. 1, 1995. p. 16-17.

38. DERAIS, Yves. ICC Arbitral Process: Part VIII. Choice of Law Applicable to the Contract and International Arbitration. In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 6, n. 1, 1995. p. 16-17.

Portanto, seria recomendável a interpretação de que a cláusula de escolha de leis deve abranger também a cláusula compromissória, mitigando a já natural incerteza decorrente da ambiguidade e vagueza dos textos.

Enquanto contra-argumento, pode-se apontar que, apesar da tendência de a redação das cláusulas de escolha de leis ser bastante ampla, a vontade das partes pode raramente ser considerada como sendo direcionada especificamente à cláusula compromissória. Inclusive, nota-se que normalmente sequer são tecidas maiores considerações negociais acerca da convenção de arbitragem, o que as levou a serem conhecidas como *midnight clauses*.

Por conseguinte, é possível que se conclua que seria exacerbado considerar que a cláusula de escolha de leis constitua uma escolha expressa de lei aplicável à cláusula compromissória.³⁹ O fato de as partes raramente elaborarem maiores considerações negociais em relação a essa cláusula justificaria lhe dar um tratamento diferenciado ao se analisar a lei aplicável,⁴⁰ e não se determinar de antemão que a lei escolhida pelas partes para governar o contrato principal deve automaticamente reger a cláusula compromissória por conta de algum tipo de presunção.⁴¹

A análise da jurisprudência internacional elucida quais fatores levam os tribunais a aplicar a lei que rege o contrato principal à cláusula arbitral:

No caso *BCY v. BCZ*,⁴² julgado em Singapura em 2016, o entendimento do tribunal foi o de que a regra geral é a cláusula compromissória ser governada pela lei escolhida pelas partes para reger o contrato principal.⁴³ O entendimento do tribunal não foi alterado pelo fato de que o SPA (*share purchase agreement*) que deu origem ao litígio não ter sido assinado. Ademais, o tribunal afirmou que o único caso em que o ordenamento jurídico que rege o contrato não deve ter prevalência é quando a sua aplicação nega efeitos à cláusula compromissória. Esse entendimento esposado demonstra uma abordagem em consonância com o princípio *in favorem validitatis*.⁴⁴

39. Nessa linha, FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAND, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 222.

40. BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?. In: Albert Jan van der Berg (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?*. ICCA Congress Series, v. 13. Haia: Luuwer Law International, 2007. p. 322.

41. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAND, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1993. p. 224.

42. High Court of Singapore, *BCY v. BCZ*, SGCH 249, 2016.

43. High Court of Singapore, *BCY v. BCZ*, SGCH 249, 2016. § 70.

44. High Court of Singapore, *BCY v. BCZ*, SGCH 249, 2016. § 74.

No caso *Wilson Taylor Asia Pacific v. Dyna-Jet*,⁴⁵ julgado em 2016 pela Corte de Apelação de Singapura, decidiu-se disputa envolvendo cláusula compromissória assimétrica e a sua validade. O contrato era governado pelo direito inglês, e a sede da arbitragem era Singapura. Na decisão, afirmou-se que seria “inevitavelmente paroual” aplicar à cláusula compromissória o direito de Singapura apenas pelo fato de que o caso estava sendo julgado por uma corte de Singapura.⁴⁶ Segundo a fundamentação, a convenção de arbitragem foi inserida em um contrato governado pelo direito inglês e, por conseguinte, o direito a ela aplicável deveria ser o direito inglês.⁴⁷ Portanto, o tribunal estabeleceu uma relação de sinonímia entre o direito aplicável ao contrato e o direito aplicável à cláusula compromissória.

No caso *BMO v. BMP*⁴⁸ de 2017, julgado pela Corte Superior de Singapura, a disputa envolvia a propriedade de ações de uma companhia sediada no Vietnã. Ao abordar a questão, o tribunal seguiu a linha de entendimento consagrada no caso *SulAmérica e BCY v. BCZ*. Pesou favoravelmente à prevalência da lei do contrato o fato de que a sede da arbitragem não estava expressamente definida na cláusula compromissória, tendo-se recorrido para a sua determinação ao regulamento da instituição arbitral eleita pelas partes⁴⁹. Ademais, menções específicas em relação ao direito vietnamita vieram a corroborar a existência de uma escolha implícita em favor da lei do contrato.⁵⁰

No caso *National Thermal Power Corporation v. Singer Company and Ors*⁵¹ de 1992, a Suprema Corte Indiana afirmou que quando as partes expressamente escolhem uma lei para reger o contrato, na ausência de intenção inequívoca em sentido contrário, essa lei também abarcará a convenção de arbitragem. Ademais, entendeu-se que só há presunção de que a lei da sede será aplicada à cláusula compromissória quando não houver uma cláusula de escolha de leis no contrato principal. Por fim, foi ressaltado que a presunção de que a lei que rege o contrato principal é a mesma que rege a cláusula compromissória deve ser entendida enquanto ainda mais forte quando essa estiver inserida no corpo do contrato principal.

É possível encontrar decisões em sentido semelhante nos tribunais ingleses. Há quem perceba, inclusive, uma tendência na Inglaterra a se dar preferência para a lei

45. High Court of Singapore, *Dyna-Jet v. Wilson Taylor Asia Pacific*, SGHC 238, 2016.

46. High Court of Singapore, *Dyna-Jet v. Wilson Taylor Asia Pacific*, SGHC 238, 2016. § 31.

47. High Court of Singapore, *Dyna-Jet v. Wilson Taylor Asia Pacific*, SGHC 238, 2016. § 31.

48. High Court of Singapore, *BMO v. BMP*, SGCH 127, 2017.

49. High Court of Singapore, *BMO v. BMP*, SGCH 127, 2017. § 40.

50. High Court of Singapore, *BMO v. BMP*, SGCH 127, 2017. § 39.

51. Supreme Court of India (Nova Deli), *National Thermal Power Corporation v. The Singer Company and Others*, Supreme Court, Civil Appeal n. 1978, 1992.

do contrato.⁵² Por exemplo, no caso *Sonatrach Petroleum v. Ferrel Internacional* de 2002,⁵³ o entendimento foi o de que, quando o contrato principal contém uma escolha de leis expressa, e a convenção de arbitragem não contém uma escolha de leis apartada, essa normalmente será governada pelo ordenamento jurídico expressamente escolhido para regular o contrato principal.⁵⁴ Ademais, destacou-se que normalmente – porém não invariavelmente – tanto o contrato quanto a convenção de arbitragem serão regulados pela mesma lei.

A problemática foi enfrentada novamente no caso *Arsanovia v. Cruz City Mauritius Holdings* de 2012. A partir da aplicação dos pressupostos do caso SulAmérica, o tribunal inglês concluiu pela aplicação da lei do contrato à cláusula compromissória. Nesse caso, surgiram três arbitragens a partir de um empreendimento fracassado. Os instrumentos contratuais que regiam a relação eram governados pelo direito indiano, e tinham previsão de arbitragem sediada em Londres, conforme as regras da LCIA (*the London Court of International Arbitration*).⁵⁵ As arbitragens ocorreram paralelamente, e não foram formalmente consolidadas, portanto, foram exaradas três decisões.⁵⁶ Posteriormente, duas das partes de duas das arbitragens questionaram as decisões, afirmando que o direito indiano – que regia o contrato – deveria se aplicar à convenção de arbitragem, o que teria como resultado a ausência de jurisdição do tribunal. Um ponto observado foi o fato de que as partes excluíram expressamente disposições da lei indiana de arbitragem.⁵⁷ Assim, entendeu-se que, se as partes haviam tido a preocupação de descartar explicitamente a aplicabilidade de parte da lei indiana era porque, *a contratio sensu*, pretendiam que as outras disposições fossem

52. Em termos doutrinários, essa tendência foi percebida por Neil Andrews (ANDREWS, Neil. *Arbitration and Contract Law: Common Law Perspectives*. Suíça: Springer, 2016. p. 59) e por Julian Lew (LEW, Julian. *SulAmérica and Arsanovia: English Law Governing Arbitration Agreements*. In: AFFAKI, Georges; NAON, Horacio Grigera. *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Jurisdictional Choices*. Paris: ICC, 2015. p. 137-138).

53. High Court of England and Wales, *Sonatrach Petroleum Corp v. Ferrell International Ltd*, EWHC 481, 2002.

54. Excerto original: “[w]here the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement to arbitrate contains no separate express choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract” (High Court of England and Wales, *Sonatrach Petroleum Corp v. Ferrell International Ltd*, EWHC 481, 2002).

55. High Court of England and Wales, *Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, EWHC 3702, 2012. § 4.

56. High Court of England and Wales, *Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, EWHC 3702, 2012. § 5.

57. High Court of England and Wales, *Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, EWHC 3702, 2012. § 20.

aplicadas.⁵⁸ Ademais, a cláusula de escolha de leis em favor do direito indiano foi um outro fator que também indicaria a vontade das partes no sentido de que aquele direito regesse também a cláusula compromissória.⁵⁹ Dessa forma, a partir da *ratio* do SulAmérica, o tribunal entendeu que as partes haviam, de fato, feito uma escolha de lei,⁶⁰ apesar de reconhecer que o ordenamento inglês teria uma conexão mais real e próxima em relação à cláusula compromissória.⁶¹

Mais recentemente, em janeiro de 2020, a Corte de Apelação Inglesa se manifestou sobre o tema no caso *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*.⁶² A inovação trazida nesse julgado se refere à valorização da escolha expressa de lei. O diferencial foi a existência de uma cláusula de definição de termos, que trazia a definição de “Contrato” adotada pelas partes. Assim, o tribunal entendeu que a inserção dessa cláusula de definição introduz necessariamente um diálogo entre a cláusula de escolha de leis e a cláusula arbitral e decidiu pela aplicação da lei do contrato também à cláusula compromissória. Ainda, o tribunal afirmou que o princípio da separabilidade não impede que a cláusula compromissória seja interpretada em conjunto do contrato no qual está inserida.

No julgamento da Suprema Corte Inglesa, no dia 9 de outubro de 2020, no caso *Enka Insaat Ve Sanayi v. OOO Insurance Company Chubb & Ors* tratado no ponto anterior, foi explicitamente reconhecida a presunção de que a lei escolhida pelas partes para ser aplicada ao contrato principal deverá, via de regra, também ser aplicada à convenção de arbitragem.⁶³ Na fundamentação, foram apontadas as razões que justificam essa abordagem: (i) segurança, uma vez que se assegura que a cláusula de escolha de leis rege o contrato por inteiro, (ii) consistência, pois apenas um ordenamento jurídico governará os direitos e as obrigações das partes, (iii) evita a complexidade e a incerteza que estão associadas à aplicação de múltiplos ordenamentos à mesma relação contratual, (iv) evita a artificialidade, porquanto a presunção de

58. High Court of England and Wales, *Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, EWHC 3702, 2012. § 20.

59. High Court of England and Wales, *Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, EWHC 3702, 2012. § 21.

60. High Court of England and Wales, *Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, EWHC 3702, 2012. § 23.

61. High Court of England and Wales, *Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, EWHC 3702, 2012. § 24.

62. Court of Appeal, *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*, EWCA Civ 6, 2020.

63. Supreme Court, *Enka Insaat Ve Sanayi v. OOO “Insurance Company Chubb” & Ors*, UKSC 38, 2020. Na conclusão do julgado, destaca-se: “Where the law applicable to the arbitration agreement is not specified, a choice of governing law for the contract will generally apply to an arbitration agreement which forms part of the contract.” (§ 170(iv)).

separabilidade é um conceito jurídico com o qual as partes não necessariamente estão familiarizadas e não ponderam quando das negociações e (v) coerência, haja vista que em linha com o tratamento dado a outras cláusulas, como a cláusula de lei aplicável e de eleição de foro, que são cláusulas que também podem ser “isoladas” do restante do contrato.⁶⁴

A partir da análise da jurisprudência, pode-se vislumbrar quais elementos normalmente são considerados para aplicar à cláusula compromissória a lei do contrato. Um primeiro aspecto a verificar é se as partes não elegeram uma sede para a arbitragem, ou se preocuparam em inserir no contrato dispositivos que indiquem uma intenção de aplicar à cláusula compromissória a lei que rege o contrato principal. Nesses casos, haverá uma tendência pela aplicação à cláusula compromissória da lei expressamente escolhida para reger o contrato principal.

Em segundo lugar, deve-se ponderar o efeito da presunção da separabilidade na cláusula compromissória e na intenção das partes quando da redação do contrato. De fato, cláusulas de escolha de leis tendem a ser amplas, e, pelo fato de que as partes raramente tecem maiores considerações sobre a cláusula compromissória, pode-se considerar verdadeiros tanto o argumento de que (i) as partes dificilmente ponderam, de antemão, que a cláusula compromissória poderia vir a ser regida por outra lei que não a escolhida na cláusula de escolha de leis e o de que (ii) apesar disso, dificilmente essa cláusula é redigida tendo em consideração a cláusula compromissória. Diante dessas ponderações acerca da dificuldade de remontar a intenção das partes quando da redação do contrato, pode-se considerar artificial a aplicação do princípio da separabilidade para aplicar uma lei diferente da lei que rege o contrato principal. Afinal, a autonomia da cláusula compromissória é um artifício jurídico criado para assegurar o seguimento da arbitragem diante da invalidade do contrato, ou seja, é um mecanismo que visa facilitar a solução de determinada controvérsia, e não criar problemas procedimentais a partir da definição da lei aplicável à cláusula arbitral.

Em terceiro lugar, mesmo diante do princípio da separabilidade, a cláusula compromissória, inegavelmente, possui uma relação instrumental em relação ao contrato principal. A sua razão de ser é dirimir litígios decorrentes da inobservância de direitos e deveres abarcados pelo seu escopo objetivo e subjetivo. As cláusulas contratuais devem ser interpretadas no seu todo, e não de forma segmentada, razão pela qual a separabilidade não indica uma clivagem completa em relação ao contrato subjacente, cuja lei de regência, de alguma forma, terá importância na ponderação acerca da lei aplicável à cláusula compromissória. Nesse sentido, destaca-se que a cláusula compromissória apresenta tanto aspectos materiais quanto processuais. Por essa razão, é perfeitamente compreensível que alguns aspectos materiais dessa

64. As razões podem ser encontradas no parágrafo 53 da decisão.

cláusula sejam analisados à luz da lei escolhida para reger o contrato principal (v.g. existência de dolo ou coação), sendo possível aplicar a cláusula de escolha de leis para avaliar os aspectos materiais e a lei da sede para analisar os aspectos processuais da cláusula compromissória.

Por fim, um quarto aspecto a ser considerado, especialmente importante para afastar a aplicação da lei do contrato à cláusula compromissória, é quando essa produzirá um efeito de tornar a opção pela arbitragem inválida ou ineficaz. Mesmo que não exista uma escolha de lei expressa à cláusula compromissória, a sua mera existência indica a vontade de ambas as partes de que as disputas referentes à relação contratual sejam dirimidas através de arbitragem. Assim, se a aplicação do ordenamento do contrato tiver por consequência a fulminação da cláusula arbitral, seria contraditório concluir que as partes, implicitamente, escolheram aplicar a essa cláusula um ordenamento que a considere inválida.

3.3. Princípio da intenção comum das partes – a “terceira via” francesa

Para além de aplicar à cláusula compromissória a lei do contrato ou a lei da sede da arbitragem, uma terceira alternativa foi desenhada pelos tribunais franceses. A ideia por trás desse entendimento é a de que a existência e o escopo da convenção de arbitragem devem ser determinados pela intenção comum dos agentes envolvidos. Essa abordagem evita eventuais conflitos relacionados a particularidades de sistemas domésticos e de regras de conflito de leis.

Por trás dessa perspectiva está a noção transnacional da arbitragem internacional, a partir da qual a legitimidade e a validade do procedimento arbitral estão lastreadas nos instrumentos internacionais que estabelecem uma coletividade normativa comum.⁶⁵ Um caso importante nesse sentido é o *caso Dalico*,⁶⁶ julgado pela Corte de Cassação Francesa em 1993. Nesse, foi explicitamente entendido que a vontade comum das partes já bastava para haver validamente a arbitragem internacional, sendo despidianda qualquer referência legislativa a um ordenamento estatal.⁶⁷ Os únicos

65. GAILLARD, Emmanuel. *International Arbitration as a Transnational System of Justice*. In: Albert Jan Van Den Berg. *Arbitration – the next fifty years*. The Hague: Kluwer Law International, 2012. p. 66-73.

66. Cour de Cassation, n. de pourvoi 91-16828, 1993.

67. Trecho do inteiro teor: “Mais attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique”.

limites a serem considerados através dessa abordagem são a ordem pública internacional e as provisões cogentes do direito francês.⁶⁸

Em 2009, o mesmo entendimento foi aplicado para solucionar o caso *SOERNI*.⁶⁹ A *ratio* do julgado foi a de que a vinculação de uma companhia com a arbitragem internacional não é referenciada com base em lei nacional, mas pela implementação de uma regra material deduzida do princípio da validade do acordo de arbitragem com base na vontade comum das partes, das exigências da boa-fé e da crença legítima dos signatários de que se vincularão à arbitragem. Essa abordagem também pode ser vista, a título meramente exemplificativo, nos casos *Société Uni-Kod v. Société Ouralkal*⁷⁰, de 2003, e *SA Burkinabe des ciments et matériaux v. Société des ciments d'Abidjan*⁷¹, de 2009.

A visão transnacionalista também foi abordada pela Suprema Corte do Reino Unido no caso *Dallah Real Estate*⁷², julgado em 2010. Nesse caso, um tribunal arbitral sediado em Paris aceitou jurisdição sobre o governo do Paquistão, decidindo em favor da requerente. A sentença foi desafiada na França, e a execução desafiada no Reino Unido; nessa, uma das discussões foi a jurisdição do tribunal sobre o governo do Paquistão, que não havia sido signatário. O direito francês foi usado como ponto de partida para a análise, e o entendimento do tribunal foi o de que o direito francês reconhece a aplicabilidade de princípios transnacionais para determinar a existência, a validade e a eficácia da cláusula compromissória em sede de arbitragem internacional.

Contudo, deve-se destacar que a abordagem transnacionalista é objeto de críticas e pode trazer resultados inapropriados por desvincular totalmente a arbitragem de um ordenamento estatal. Igualmente, é seguida mormente em países cujo direito é fortemente influenciado pela França. Como contraposição, em um caso julgado pelo

68. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003. p. 126-127.

69. Cour de Cassation, *Société d'Études et Représentations Navalhes et Industrielles (Soerni) v. Société Suisse Air Sea Broker Limited (ASB)*, n. de porvoi 08-16025, 2009.

70. Trecho do inteiro teor: "En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique".

71. Trecho do inteiro teor: "Mais attendu qu'en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels".

72. Supreme Court, *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Gov't of Pakistan*, UKSC 46, 2010.

Tribunal Federal Alemão em 2014, no qual se debateu o tema da vinculação de terceiros não signatários da cláusula de arbitragem por meio da teoria dos grupos de sociedades, preferiu-se fazer uma análise da lei aplicável a partir das regras de conflitos de leis, definindo o direito aplicável à cláusula compromissória, para posteriormente decidir a questão.⁷³

3.4. In favorem validitatis

É possível de se questionar até que ponto é compatível com as demandas da arbitragem internacional a discussão em abstrato se é a lei do contrato ou a lei da sede que deve governar a convenção de arbitragem diante da ausência de escolha expressa pelas partes. A carência de critérios internacionais bem definidos e uniformes leva a um considerável grau de incerteza e de imprevisibilidade, o que justifica a adoção de uma abordagem "pró-validade".

O internacionalmente conhecido *validation principle*, podendo ser traduzido como "princípio pró-validade"⁷⁴, dispõe que, se diante de qualquer uma das leis potencialmente aplicáveis à convenção de arbitragem essa seja considerada substancialmente válida, mesmo que à luz das outras haja invalidade, deve-se preferir confirmar a validade e permitir o prosseguimento da arbitragem.⁷⁵ A aplicação desse princípio serve como um contraponto às idiosincrasias das leis de arbitragens domésticas, servindo como um fator de adaptação importante às peculiaridades da arbitragem comercial internacional,⁷⁶ pois parte do pressuposto da intenção inequívoca das partes em arbitrar.⁷⁷

Embora a aplicação do *validation principle* não resolva por si o problema da escolha da lei aplicável à cláusula compromissória, esse é capaz de promover um importante recorte: ao se discutir a validade da convenção de arbitragem, deve-se priorizar a aplicação do ordenamento jurídico que a legitime; diferentemente, ao se discutir outras das questões relacionadas à determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem, segue-se a abordagem tradicional. Assim, o princípio pró-validade funciona como um filtro na escolha da lei aplicável a partir das questões controvertidas.

73. BGH, III ZR 371/12.

74. Tradução dos autores.

75. BORN, Gary. The Law Governing International Arbitration Agreements: an international perspective. In: *Singapore Academy of Law Journal*, 2014. p. 834.

76. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 522.

77. NAZZINI, Renato. The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles. In: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 65, 2016. p. 698.

Mesmo diante da tensão existente entre a lei do contrato e a lei da sede, seria improvável de se considerar que, implicitamente, as partes escolheram uma lei que levasse à invalidade da cláusula compromissória. Ora, se não é expresso no contrato qual a lei a essa aplicável, ao menos a inserção de uma cláusula compromissória – inequivocamente – demonstra a intenção de que eventuais controvérsias sejam dirimidas por arbitragem.⁷⁸ A partir daí, é possível inferir a vontade de conferir validade à convenção de arbitragem, aplicando-se, portanto, o ordenamento jurídico que suporte a arbitrabilidade do conflito. A escolha pela arbitragem internacional tem por objetivo principal de ter um meio neutro e eficiente de resolução das disputas comerciais, em que a resolução da controvérsia é priorizada em detrimento das objeções jurisdicionais e da rigidez que retardam o andamento do processo nas cortes estatais.⁷⁹

É possível constatar a adoção desse princípio de validação em certas leis de arbitragem. Por exemplo, o artigo 178(2) da lei suíça de arbitragem internacional prevê que a convenção de arbitragem é válida se conforme à lei escolhida pelas partes, ou à lei que governa os aspectos materiais da disputa ou à lei suíça.⁸⁰ Disposição semelhante está contida no artigo 51.º, n. 1 da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa e no artigo 9.6 da Lei de Arbitragem Espanhola.⁸¹ Igualmente, é possível perceber que esse princípio se encontra subjacente ao artigo V, 1(a) da Convenção de Nova York,⁸² como foi enfatizado no caso *Rhone Mediterranee v. Achille Lauro*.⁸³

78. Em linha argumentativa similar: BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 515.

79. BORN, Gary. The Law Governing International Arbitration Agreements: an international perspective. In: *Singapore Academy of Law Journal*, 2014. p. 835.

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

81. Artigo 51.º, n. 1 da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa: *Tratando-se de arbitragem internacional, entende-se que a convenção de arbitragem é válida quanto à substância e que o litígio a que ele respeita é susceptível de ser submetido a arbitragem se se cumprirem os requisitos estabelecidos a tal respeito ou pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem ou pelo direito aplicável ao fundo da causa ou pelo direito português*. Artigo 9.6 da Lei de Arbitragem Espanhola de 2006: *Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español*.

82. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 503.

83. Estados Unidos, Tribunal de Apelações, terceiro circuito, *Rhone Mediterranee v. Achille Lauro*, j. em: 06.07.1983.

Igualmente, é possível chegar a resultado semelhante através de uma abordagem de direito material. Considerando que a cláusula compromissória é um negócio jurídico autônomo do contrato principal, é possível perceber que, além de uma dimensão procedimental, apresenta aspectos de direito material de igual relevância. Assim, na interpretação da cláusula compromissória, pode-se tomar em conta o princípio de direito material do *favor contractus*. Esse princípio está consubstanciado em diversos direitos domésticos, por exemplo, no art. 1.367⁸⁴ do Código Civil Italiano, no art. 1.191 do Código Civil Francês,⁸⁵ no art. 1.284 do Código Civil Espanhol,⁸⁶ no art. 1.562 do Código Civil Chileno⁸⁷ e no art. 1.853 do Código Civil Mexicano,⁸⁸ além de também estar presente no artigo 4.5. dos princípios do UNIDROIT.⁸⁹ A noção do *favor contractus* apresenta uma bidimensionalidade: por um lado, é uma regra de interpretação do negócio jurídico e, por outro, uma forma de conservação do negócio jurídico, que se materializa especialmente através da confirmação, da redução e da conversão.⁹⁰

O direito brasileiro, no artigo 170 do Código Civil,⁹¹ seguindo a tradição alemã (§ 140 do BGB)⁹² e portuguesa (art. 293 do Código Civil Português),⁹³ positivou a

84. *Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno* (1424).

85. *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun*.

86. *Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*.

87. *El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno*.

88. *Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*.

89. Os termos de um contrato devem ser interpretados de modo a que se dê efeito a todos eles, ao invés de privar quaisquer deles de efeito.

90. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Favor contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no Direito positivo brasileiro e no Direito comparado*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 1/2013. p. 488-505.

91. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

92. *Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde*. (Se um negócio jurídico nulo atender aos requisitos de outro negócio jurídico, considera-se que o último foi realizado, se for assumido que sua validade seria pretendida se houvesse conhecimento da invalidade).

93. O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade.

segunda dimensão do princípio do *favor contractus*. Contudo, não se pode cogitar do desconhecimento da sua dimensão interpretativa no direito brasileiro. Assim, prevalece a regra geral de que, quando uma cláusula contratual admite dois sentidos, deve-se dar prevalência àquele que possa produzir efeito, não se supondo que as partes tenham celebrado um contrato inutilmente e sem seriedade, devendo-se sempre preferir a interpretação que dê maior utilidade.⁹⁴

Dessa forma, atentando-se aos aspectos de direito material da cláusula compromissória, pode-se recorrer ao princípio do *favor contractus* para justificar que o contrato seja interpretado de modo a garantir a sua validade. Em outras palavras, havendo dúvidas sobre qual a lei de regência da cláusula compromissória, pode-se utilizar o *favor contractus* enquanto postulado hermenêutico, dando-se prevalência à vertente interpretativa que maximiza a eficácia da cláusula compromissória, não a invalidando.

Portanto, por meio da abordagem pró-validade, quer seja pela vertente procedimental através do *validation principle* ou da vertente material em razão do *favor contractus*, deve-se, diante de um conflito acerca de qual é a lei aplicável à cláusula compromissória, se perguntar se há de modo subjacente um questionamento acerca da validade. Se a resposta for afirmativa, prioriza-se a aplicação do ordenamento jurídico – quer o aplicável ao contrato, quer o aplicável na sede da arbitragem – que confira validade.⁹⁵ Não é a melhor abordagem pressupor que as partes negociaram, redigiram e firmaram uma convenção de arbitragem para dirimir os conflitos decorrentes da sua relação negocial apenas para ver esse mecanismo invalidado mediante a aplicação de uma suposta escolha implícita de lei. O interesse útil é que seja proferida uma sentença arbitral, e é isso o que deve ser priorizado.

Enquanto exemplo dessa abordagem, pode-se citar o caso *Hamlyn & Co v. Talisker Distillery*.⁹⁶ Esse caso envolveu uma parte inglesa e outra parte escocesa. A partir da lei inglesa, a convenção de arbitragem era válida, porém, sob a lei escocesa, haveria invalidade. Foi afirmado que a cláusula compromissória teria se tornado um “mero desperdício de papel” caso se considerasse que as partes estavam contratando intencionando a aplicação da lei escocesa, sendo, portanto, mais razoável de se sustentar que as partes contrataram com a intenção comum de efetivar todas as cláusulas, ao invés de “mutilar ou destruir uma das mais importantes previsões”.⁹⁷

94. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 247.

95. BORN, Gary. *The Law Governing International Arbitration Agreements: an international perspective*. In: *Singapore Academy of Law Journal*, 2014. p. 835.

96. *Hamlyn & Co v. Talisker Distillery* [1894] AC 202.

97. Trecho do inteiro teor: “whereas the arbitration clause becomes mere waste paper if it is held that the parties were contracting on the basis of the application of the law of Scotland, which would at once refuse to acknowledge the full efficacy of a clause so framed. It is more

Igualmente, é possível vislumbrar no caso SulAmérica a aplicação implícita do *validation principle*, na medida em que a estrutura argumentativa utilizada deixou subentendido que a preocupação maior da corte inglesa foi a de conferir validade à cláusula compromissória.⁹⁸

Destaca-se que em vários dos casos ingleses até aqui analisados, ainda que as decisões tenham divergido em relação à lei aplicável (algumas tendo optado pela lei da sede enquanto outras pela lei do contrato), essas decisões têm algo em comum: a opção pela lei que poria fim às alegações de invalidade de cláusula arbitral.⁹⁹ Assim, é possível perceber que as cortes inglesas vêm, de fato, aplicando implicitamente o princípio *in favorem validitatis*.¹⁰⁰ Inclusive na decisão da Suprema Corte Inglesa no caso *Enka Insaat Ve Sanayi v. OOO Insurance Company Chubb & Ors* foi explicitamente destacada a importância de priorizar a abordagem que assegure a efetividade da cláusula compromissória.¹⁰¹

Em síntese, a abordagem pró-validade satisfaz a preocupação de tornar a arbitragem internacional um mecanismo eficiente de resolução de controvérsias, sendo compatível com as disposições da Convenção de Nova York, e supera parte da complexidade e incerteza do método tradicional de análise da lei aplicável. Assim, diante de uma disputa de lei aplicável que potencialmente pode levar à invalidade da

reasonable to hold that the parties contracted with the common intention of giving effect to every clause, rather than of mutilating or destroying one of the most important provisions”.

98. BORN, Gary. *The Law Governing International Arbitration Agreements: an international perspective*. In: *Singapore Academy of Law Journal*, 2014. p. 841.

99. Court of Appeal, *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group*, EWCA Civ 6, 2020, High Court of England and Wales, *Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, EWHC 3702, 2012, England and Wales Court of Appeal, *Sul América Cia Nacional De Seguros S.A v. Enesa Engenharia S.A.*, EWCA civ 638, 2012, Court of Appeal, *Enka Insaat Ve Sanayi v. OOO “Insurance Company Chubb” & Ors*, EWCA Civ 574, 2020.

100. PEARSON, Sabrina. *SulAmérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement*. *Arbitration International*, v. 29, 2013. p. 125. Ao comentar a decisão no caso SulAmérica, a autora fez referências aos casos *L Insurance Ltd. v. Owens Corning*. [2000] 2 Lloyd’s Rep. 500 e *Abuja International Hotels Ltd. v. Meridien SAS*. [2012] EWHC 87. Em ambos os casos, as cortes inglesas aplicaram a lei da sede à lei do contrato ao invés da mesma lei aplicável ao mérito da disputa, invocada pelas partes para alegar a invalidade da cláusula arbitral.

101. Supreme Court, *Enka Insaat Ve Sanayi v. OOO “Insurance Company Chubb” & Ors*, UKSC 38, 2020. Na conclusão da decisão, foi destacado que: “Additional factors which may, however, negate such an inference [de que a cláusula de lei aplicável ao contrato governaria também a cláusula de arbitragem] and may in some cases imply that the arbitration agreement was intended to be governed by the law of the seat are: [...] (b) the existence of a serious risk that, if governed by the same law as the main contract, the arbitration agreement would be ineffective” (§ 170(vi)).

cláusula compromissória, deve-se dar prevalência ao ordenamento que assegure a arbitrabilidade da controvérsia.

4. RECOMENDAÇÃO: DISPOSIÇÃO CONTRATUAL EXPRESSA ACERCA DA LEI APLICÁVEL À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Muito embora sejam raros os contratos nos quais as partes preveem expressamente a lei a ser aplicada à cláusula arbitral, é recomendável que as partes assim o façam quando a lei do contrato e a lei da sede não forem a mesma.¹⁰² Destaca-se que, desde 2015, a câmara de arbitragem de Hong Kong (*Hong Kong International Arbitration Centre*) inclui sugestão nesse sentido.¹⁰³ Discussões quanto à validade da cláusula de arbitragem podem gerar atrasos e elevar consideravelmente os custos do procedimento arbitral, principalmente quando há a bifurcação do procedimento, ou seja, a divisão da arbitragem em duas fases distintas para lidar respectivamente com mérito e jurisdição. Em caso de bifurcação, as partes incorrerão em custos para apresentarem submissões restritas à questão da lei aplicável à cláusula compromissória e à sua validade, além de honorários dos árbitros – os quais podem ainda precisar de alguns meses para prolatar a sentença parcial de jurisdição. Tais despesas são provavelmente muito menores do que os gastos que seriam incorridos durante a negociação do contrato para resolver a problemática da lei aplicável à cláusula arbitragem de forma amigável e definitiva.

5. CONCLUSÃO

A questão da definição da lei aplicável à convenção de arbitragem está envolta em uma série de nuances, que a torna uma das questões mais complexas da arbitragem internacional. As partes possuem ampla discricionariedade para determinar a lei aplicável à cláusula arbitral, porém raros são os contratos contendo disposição expressa neste sentido. Inexistindo escolha expressa acerca da lei aplicável, o tribunal terá de determinar a lei aplicável à cláusula compromissória a partir da análise de elementos que sejam indicativos de uma escolha tácita ou, caso não seja possível

102. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015. para. 3.10.

103. HKIAC, Cláusula Modelo: (...) “The law of this arbitration clause shall be ... (Hong Kong law).” Esta sugestão é acompanhada da seguinte nota: Optional. This provision should be included particularly where the law of the substantive contract and the law of the seat are different. The law of the arbitration clause potentially governs matters including the formation, existence, scope, validity, legality, interpretation, termination, effects and enforceability of the arbitration clause and identities of the parties to the arbitration clause. It does not replace the law governing the substantive contract.

verificar a intenção implícita de aplicar determinado ordenamento jurídico, deverá aplicar a lei com a conexão real e mais próxima. De antemão, importará observar se existe regra expressa na *lex arbitri* – como no caso da lei suíça – ou salvo quando a jurisprudência do país entender que a validade da cláusula compromissória deva se orientar por princípios de direito internacional – como no caso da França.

Dessa forma, as situações verdadeiramente problemáticas serão aquelas em que a cláusula de escolha de lei inserida no contrato aponta para um determinado ordenamento jurídico, enquanto a aplicação da lei da sede aponta para outro.

Tanto a posição que entende pela aplicação da lei do contrato principal, quanto aquela que advoga pela aplicação da lei da sede da arbitragem, tem boas razões para se justificar. Entretanto, é possível perceber uma tendência silente ao princípio da validação da cláusula de arbitragem. Ou seja, as decisões recentemente proferidas sobre legislação aplicável à cláusula compromissória vêm excluindo a aplicação da lei do contrato principal ou da sede quando a cláusula não for válida segundo essas. Esta parece ser a melhor abordagem para lidar com a questão, uma vez que se privilegia a vontade das partes no sentido de ter uma cláusula arbitral válida e eficaz.

Quanto aos critérios do caso SulAmérica, estes seguem uma sequência lógica para se determinar a vontade das partes. Entretanto, a escolha da sede deve ser entendida como escolha implícita da legislação aplicável ao contrato quando a cláusula arbitral for válida segundo esta. O terceiro critério – conexão mais próxima – deve ser utilizado quando não existir no contrato nem previsão acerca da sede da arbitragem e nem da legislação aplicável ao mérito. De forma sintética, pode-se resumir na seguinte tabela a forma de definição acerca da lei que deve ser aplicável à cláusula compromissória, a partir dos julgados ora analisados:

	Hipótese	Lei a ser aplicada
Escolha expressa	A cláusula compromissória indica qual a lei que a rege?	Lei escolhida pelas partes
	É possível inferir das demais disposições do contrato uma escolha de lei feita pelas partes?	Lei escolhida pelas partes
Escolha implícita	A aplicação da lei do contrato invalida a cláusula compromissória?	Lei da sede
	A aplicação da lei da sede invalida a cláusula compromissória?	Lei do contrato
	Existe escolha de sede e não existe cláusula de escolha de leis?	Lei da sede

	Hipótese	Lei a ser aplicada
	Existe cláusula de escolha de leis e não existe definição expressa de qual é a sede?	Lei do contrato
	Existem elementos pré-contratuais ou contratuais que caracterizam escolha tácita de lei?	Lei da sede/Lei do contrato
Conexão mais próxima	A <i>lex arbitri</i> ou o regulamento da câmara escolhida apresenta alguma previsão específica?	Aplica-se a previsão existente
	Não existe nem definição de lei no contrato nem definição expressa de qual é a sede?	Lei do contrato / Lei da sede
	Não existem outros elementos volitivos a serem ponderados além da cláusula de escolha de leis e a escolha da sede da arbitragem?	Lei da sede

Fonte: elaborado pelos autores.

Assim, a concreta verificação se há uma escolha de leis explícita, implícita ou, ainda, se não há uma escolha de lei passará pela análise concreta da cláusula compromissória, do contrato principal, e de outros elementos que circundam a relação negocial das partes. Todos esses devem ser levados em consideração na definição de qual lei deve ser aplicável à cláusula compromissória, devendo os árbitros e tribunais, quando possível, decidirem pela lei segundo a qual a cláusula de arbitragem será considerada válida – quando a sua validade estiver em disputa entre as partes. Este entendimento está de acordo com a expectativa das partes quando celebram o contrato em ter uma cláusula arbitral válida.

6. REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Neil. *Arbitration and Contract Law: Common Law Perspectives*. Suíça: Springer, 2016.
- ASHFORD, Peter. The Law of The Arbitration Agreement: The English Courts Decide?. In: *The American Review of International Arbitration*, v. 24, n. 3, 2013. p. 469-485.
- BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?. In: BERG, Albert Jan van den (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?*. ICCA Congress Series, v. 13. Haia: Kluwer Law International, 2007. p. 301-334.
- BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- BORN, Gary. The Law Governing International Arbitration Agreements: an international perspective. In: *Singapore Academy of Law Journal*, 2014. p. 814-848.

- COLLINS, Lawrence. The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England. In: LEW, Julian (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. Londres: Springer-Science+Business Media, B. V., 1987.
- DERAINS, Yves. ICC Arbitral Process: Part VIII. Choice of Law Applicable to the Contract and International Arbitration. In: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 6, n. 1, 1995.
- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAND, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999.
- GAILLARD, Emmanuel. International Arbitration as a Transnational System of Justice. In: Albert Jan Van Den Berg. *Arbitration: the next fifty years*. The Hague: Kluwer Law International, 2012.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Favor contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no Direito positivo brasileiro e no Direito comparado. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 1/2013. p. 475-542.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- LEW, Julian. SulAmérica and Arsanovia: English Law Governing Arbitration Agreements. In: AFFAKI, Georges; NAON, Horacio Grigera. *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Jurisdictional Choices*. Paris: ICC, 2015.
- LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003.
- MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.
- NAZZINI, Renato. The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles. In: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 65, 2016. p. 681-703.
- PEARSON, Sabrina. SulAmérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement. *Arbitration International*, v. 29, 2013. p. 115-126.
- PINHEIRO, Luís de Lima. O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I): uma Introdução. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 68, v. II-III, 2008. p. 575-650.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

REVISTA DE
**ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO**

Ano 17 • vol. 67 • out.-dez./2020

Fundador

ARNOLDO WALD

Diretor

GIOVANNI ETTORE NANNI

CONSELHO EDITORIAL

Arnoldo Wald Filho, Cláudio Finkelstein, Jairo Saddi, José Augusto Fontoura Costa,
Marina Gaensly Blattner, Paulo Henrique dos Santos Lucon

CONSELHO INTERNACIONAL

Alejandro Garro, Alexis Mourre, Arif Ali, Bernard Hanotiau, Bernardo M. Cremades, Carlos Ignacio Suárez Anzorena,
Christopher Seppälä, Claus von Wobeser, Diego Corapi, Eduardo Silva Romero, Fabien Gélinas,
Fernando Mantilla-Serrano, Giovanni Iudica, Horacio A. Grigera Naon, Jean Kalicki, José-Miguel Júdece,
Julie Bédard, Karl-Heinz Böckstiegel, Keith Rosenn, Klaus Sachs, Laurent Levy, Lauwrence Schaner,
Luca Radicati di Brozolo, Nigel Blackaby, Paul Friedland, Robert Smit, Thomas Clay, Yves Derains

CONSELHO DE REDAÇÃO

Ada Pellegrini Grinover (*in memoriam*), Alessandra Bonilha, Carlos Alberto Carmona, Diogo L. Machado de Melo,
Eduardo Arruda Alvim, Francisco José Cahali, Francisco Rezek, Gilberto Giusti, Gilberto Ildelfonso Ferreira Conti,
Gustavo Mendes Tepedino, Horacio Bernardes Neto, José Carlos de Magalhães, José Emilio Nunes Pinto,
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Lauro Gama Jr., Luciano Benetti Timm, Luiz Fernando de Almeida Guilherme,
Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Luiz Olavo Baptista, Marcos Rolim F. Fontes, Mário Sérgio Duarte Garcia,
Pedro Batista Martins, Raquel Elita Alves Preto, Selma Maria Ferreira Lemes, Tercio Sampaio Ferraz Jr.

ISSN 1679-6462

REVISTA DE
**ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO**

Ano 17 • vol. 67 • out.-dez./2020

Fundador

ARNOLDO WALD

Diretor

GIOVANNI ETTORE NANNI

Publicação Oficial do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**