

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL**



**A DOUTRINA DA SEPARABILIDADE E A LEI APLICÁVEL À  
CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATOS  
INTERNACIONAIS**

RAFAEL HANSEN LENZI

ARCADAS, SÃO PAULO  
2023

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL**

**A DOUTRINA DA SEPARABILIDADE E A LEI APLICÁVEL À  
CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Processual, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona.

RAFAEL HANSEN LENZI

ARCADAS, SÃO PAULO

2023

---

Lenzi, Rafael Hansen

A doutrina da separabilidade e a lei aplicável à cláusula de arbitragem em contratos internacionais / Rafael Hansen Lenzi; Orientador: Professor Doutor Carlos Alberto Carmona – São Paulo, 2023.

146 p.

Tese de Láurea – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

---

1. Arbitragem. 2. Cláusula compromissória. 3. Lei aplicável 4. Sede arbitral.

*Memórias da São Francisco  
Que eu canto com emoção,  
Em cada canto do Largo  
Eu largo meu coração!<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> BOMFIM, P. Trovas acadêmicas do sesquicentenário. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, vol. 72, n. 2, p. 25-25, 1977. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66818>. Acesso em: 3 jun. 2023.

## AGRADECIMENTOS

A Associação Brasileira de Normas Técnicas não define os agradecimentos como parte obrigatória na escrita de uma tese, embora eu considere as palavras a seguir essenciais ao presente trabalho. Afinal, nestes quase cinco anos de faculdade, sou, sobretudo, grato. Grato pelas aulas assistidas, pelas oportunidades oferecidas e, claro, pelas diversas amizades construídas. Esta tese, mais do que minha, é de todos aqueles que me ajudaram, com seu conhecimento e companhia, ao longo dos últimos anos.

Aqui, deixo breve menção a vocês, que me ajudaram. Se, por um lado, fico triste em realizá-la de modo sintético, me encho de alegria ao perceber que seria impossível transcrever todo o auxílio fornecido nestas páginas.

À minha família, meus pais, minha irmã e minha avó, aos quais sou grato por tudo. O incentivo ao estudo, o suporte emocional e os valores de vida que carrego são, majoritariamente, autoria de vocês, os quais posso com prazer chamar de família.

À Júlia Rodrigues dos Santos, amor da minha vida, que em tão breve tempo já transformou a realidade para melhor. Muito além do amor, sinto por você admiração e gratidão por ter tido a sorte de te conhecer.

Aos meus amigos, que, desde o primeiro ano de faculdade me suportaram, seja pela tolerância, seja pelo apoio. Não conseguiria atravessar esta jornada sem a presença de vocês, Cristóvão Borba, Eduarda Renk e Márcia Martins.

Ao Grupo de Arbitragem dos Alunos da USP, nosso querido GARB-USP, que me proporcionou experiências mágicas e me ajudou a descobrir meu amor pelo direito, pela arbitragem e pelos *moots*. Aos meus *coaches*, Andreas Maximilian, Fernanda Nemr e Luiza Braz, por todo o auxílio. Às minhas *co-coaches*, Gabrielly França e Silvia Resstel, por nossa vitória na I CoDiTech Moot. Àqueles que foram *mooties* comigo, na CAII, na CBA ou no Vis Moot, e, em especial, Milena Laranjeira, Sophia Neves e Thiago Cobucci. Vocês fizeram da competição algo muito mais leve.

Ao BMA, que me proporcionou a oportunidade de ver na prática o que aprendia na faculdade, em meio a uma equipe única, que me ensinou muito. Não poderia deixar de

mencionar expressamente Sarah Fink e Ana Carolina Rosa, com as quais tive a honra de dividir, ainda que virtualmente, a baia dos estagiários nos últimos anos.

Por fim, mas não menos importante, esta tese é fruto de todos os professores que já passaram por minha vida. Sem vocês, eu não seria nada. Em especial, a meu orientador, Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona, o qual admiro profissional e academicamente. Seus textos sobre arbitragem são verdadeiras obras; suas aulas, verdadeiras lições.

São Paulo, junho de 2023

## **RESUMO**

A ausência de escolha expressa da lei aplicável à cláusula arbitral leva tribunais arbitrais e cortes estrangeiras à análise de eventual escolha implícita realizada pelas partes e à busca pela lei com maior conexão à convenção arbitral firmada junto ao contrato.

Todavia, a falta da adoção de critérios bem definidos e, consequentemente, a divergência interna da doutrina e dos julgados relevantes traz consigo a necessidade da análise acerca dos testes utilizados e dos resultados por eles alcançados, a depender dos fatos examinados em cada caso.

**Palavras-chave:** Arbitragem, lei aplicável, cláusula compromissória, escolha implícita, maior conexão, sede, contrato.

## **ABSTRACT**

The absence of an express choice of law applicable to the arbitration agreement leads arbitral tribunals and foreign courts to analyse any implied choice made by the parties and to search for the law with the closest connection to the agreement signed with the contract.

However, the lack of adoption of a well-defined criterion and, consequently, the internal divergence of doctrine and the leading cases brings with it the urge to analyse the rules adopted and the results achieved, depending on the facts examined on each case.

**Keywords:** Arbitration, applicable law, arbitration agreement, implied choice, closest connection, seat, contract.

## **LISTA DE TABELAS**

**Apêndice A** – Resumo da análise dos casos (p. 136)

**Apêndice B** – Hipóteses de aplicação de leis à convenção de arbitragem (p. 145)

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

<b>Abreviatura</b>	<b>Significado</b>
AAA	American Arbitration Association
art./arts.	Artigo/artigos
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Convenção de Genebra	Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927
Convenção de Nova Iorque	Convenção de Nova York sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 1958
Convenção Europeia	Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de Genebra de 1961
Coord.	Coordenador
Ed.	Editor
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
LCIA	London Court of International Arbitration
Lei Modelo	Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional
n./nn.	Número/números
Org.	Organizador
p./pp.	Página/páginas
para./paras.	Parágrafo/parágrafos
Protocolo de Genebra	Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
v.	<i>versus</i>
vol.	Volume

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	1
<b>2. A AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E A DOUTRINA DA SEPARABILIDADE .....</b>	9
2.1    Evolução Histórica da Autonomia da Cláusula Compromissória .....	10
2.2.1    Convenções internacionais .....	16
2.2.2    Câmaras arbitrais .....	18
2.2.3    Ordenamentos nacionais.....	19
2.3    Questões contemporâneas .....	21
<b>3. LEI APLICÁVEL À CLÁUSULA ARBITRAL .....</b>	26
3.1    Análise de casos e a formação de precedentes na arbitragem .....	31
3.1.1    Black-Clawson v. Papierwerke.....	34
3.1.2    Naviera Amazonica Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros .....	38
3.1.3    Sumitomo Heavy Industries v. Oil & Natural Gas Commission of India .....	41
3.1.4    Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd.....	44
3.1.5    XL Insurance v. Owens .....	47
3.1.6    NTPC v. Singer .....	51
3.1.7    C v. D.....	55
3.1.8    Dallah v. Pakistan .....	59
3.1.9    Sulamérica v. Enesa – o Caso Jirau.....	63
3.1.10    Arsanovia v. Cruz City .....	71
3.1.11    Habas Sinai ve Tibbi Gazlar İstihsal Endüstrisi v. VSC Steel Co.....	75
3.1.12    Firstlink v. GTPayment .....	77
3.1.13    BCY v. BCZ .....	82
3.1.14    Enka v. Chubb .....	86
3.1.15    Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group.....	102
3.2    Considerações acerca do posicionamento jurisprudencial.....	110

3.2.1	Considerações sobre a lei que rege o contrato principal .....	111
3.2.2	Considerações sobre a lei da sede da arbitragem .....	114
<b>4.</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	120
<b>5.</b>	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	123
	<b>APÊNDICE A – Resumo da análise dos casos</b> .....	136
	<b>APÊNDICE B – Hipóteses de aplicação de leis à convenção de arbitragem</b> .....	145

## 1. INTRODUÇÃO

The choice of the law applicable to an international commercial arbitration agreement is a complex subject. The topic has given rise to extensive commentary, and almost equally extensive confusion. This confusion does not comport with the ideals of international commercial arbitration, which seeks to simplify, expedite and rationalize transnational dispute resolution. There have, however, been a number of encouraging developments over the past decade suggesting solutions to these uncertainties, which provide the basis for a durable and effective resolution of the issue.<sup>2</sup>

Como relatado por Gary Born, a análise da lei aplicável à cláusula compromissória<sup>3</sup> segue, mesmo após décadas de debates e desenvolvimento, um tema controverso para o mundo arbitral. Ao não estipularem categoricamente o sistema legal que regerá a convenção de arbitragem pactuada em seu contrato, as partes abrem espaço para o debate acadêmico e prático quanto à regra de conflito de leis que será adotada, ao peso que deve ser dado a características específicas de sua relação e às consequências do resultado dessa análise para seu conflito.

Modestamente, esta tese busca, com foco específico nas divergências criadas em países de *common law*, analisar e esclarecer a confusão que tanto tem sido debatida nos últimos anos, afrouxando este nó górdio<sup>4</sup> presente até hoje na arbitragem internacional. Não à toa, como mencionado pelo professor americano, há valioso desenvolvimento recente no tema, capaz de gerar resultados duradouros à arbitragem. Esta, que por sua vez tem como um de seus pilares a simplificação e racionalização de disputas, deve ser capaz de se reorganizar antes de seguir sua expansão, notada especialmente em âmbito internacional.

Afinal, mesmo mais de 25 anos da promulgação da Lei de Arbitragem no Brasil, ainda são poucos os que conhecem sua utilização no país. Anônima à maior parte da população brasileira, diferentemente dos outros métodos “adequados”<sup>5</sup> de solução de conflitos, a arbitragem foge até mesmo do conhecimento de boa parte dos advogados atuantes no direito privado, principalmente fora do eixo Rio-São Paulo,<sup>6</sup> no que muitos chamam de *country club*

<sup>2</sup> BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. 3<sup>a</sup> ed., Kluwer Law International, 2022, p. 508.

<sup>3</sup> Na presente tese, “cláusula compromissória” também será tratada como “cláusula de arbitragem” e “cláusula arbitral”. Ainda, de forma mais geral, tratando do pacto em arbitrar, se fará referência a “acordo de arbitragem” e “convenção arbitral”.

<sup>4</sup> Considera-se um nó górdio, com base no mito grego, um problema de aparente resolução indisponível, como um nó impossível de ser desatado. Na lenda, entretanto, Alexandre, o Grande, teria, para a surpresa de todos, sacado sua espada e cortado o nó, solucionando a questão.

<sup>5</sup> Embora a arbitragem possa ser vista, junto à mediação e à conciliação, como um método alternativo ao Poder Judiciário para dirimir disputas, entende-se que a melhor nomenclatura seja método “adequado” de solução de conflitos (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 32).

<sup>6</sup> CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 1, pp. 21-31, 2004, versão digital, pp. 4-5. A arbitragem, entretanto, está se espalhando pelo país, com centros de qualidade

arbitral, formado por litígios que envolvem sempre os mesmos árbitros e advogados.<sup>7</sup> Trata-se de ambiente pouquíssimo diverso, razão pela qual ressalta-se a importância da criação de medidas afirmativas dentro deste domínio.<sup>8</sup>

O método, nesse sentido, pode ser definido essencialmente como um acordo para que se estabeleça “justiça privada”, isto é, um método de resolução de conflitos a ser julgado por um tribunal privado.<sup>9</sup> Ainda, de modo um pouco mais completo, a arbitragem é um “modo contratual de resolver disputas”: as partes livremente acordam que a resolução dos conflitos provenientes de sua relação será confiada a um árbitro ou a um painel de árbitros, sem a atuação do Poder Judiciário neste processo, estando as partes obrigadas a aceitar a decisão tomada no procedimento arbitral.<sup>10</sup>

Assim, com base na autonomia das partes e no respeito ao *pacta sunt servanda*,<sup>11</sup> tem-se que a convenção de arbitragem, usualmente<sup>12</sup> disposta em contratos na forma de cláusula compromissória,<sup>13</sup> é pedra angular da arbitragem, representando não apenas a vontade das

localizados fora do eixo Rio-São Paulo. Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. Vinte anos de vigência da Lei de Arbitragem brasileira. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 50, 2016, versão digital, p. 2.

<sup>7</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Os sete pecados capitais do árbitro. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52, pp. 391-406, 2017, versão digital, pp. 1-2.

<sup>8</sup> A título de exemplo (a ser seguido), destaca-se a recente criação do Conselho de Diversidade, composto por Luisa Romanó Pedroso, Luís Henrick B. Pereira e Eloah Scantelbury, uma iniciativa da New Generation do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) que implementará iniciativas de fomento à inclusão em todos os projetos da instituição.

<sup>9</sup> BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion? In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). ICCA Congress Series, vol. 13 (Montreal 2006): **International Arbitration 2006: Back to Basics?** ICCA Congress Series, vol. 13. Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, p. 301-334, 2007, p. 301.

<sup>10</sup> Como expresso por Lord Mustill, no caso *Pupuke Service Station v. Caltex Oil NZ Ltd.*: “Arbitration is a contractual method of resolving disputes. By their contract the parties agree to entrust the differences between them to the decision of an arbitrator or panel of arbitrators, to the exclusion of the Courts, and they bind themselves to accept that decision, once made, whether or not they think it right. In prospect, this method often seems attractive. In retrospect, this is not always so. Having agreed at the outset to take his disputes away from the Court the losing party may afterwards be tempted to think better of it, and ask the Court to interfere because the arbitrator has misunderstood the issues, believed an unconvincing witness, decided against the weight of the evidence, or otherwise arrived at a wrong conclusion. All developed systems of arbitration law have in principle set their face against accommodating such a change of mind. The parties have made a choice, and must abide by it” (grifo nosso) (NOVA ZELÂNDIA. Privy Council. *Pupuke Service Station Ltd. v. Caltex Oil (NZ) Ltd.*, caso n. 63/94, j. 16.1.1995. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b4dc2642c94e07cccd2427b>. Acesso em: 3 jun. 2023).

<sup>11</sup> GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**.

<sup>4ª</sup> ed. Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2021, p. 75.

<sup>12</sup> LEW, Julian D.M. The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. ICCA Congress Series, vol. 9, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, pp. 114-145, 1999, p. 115.

<sup>13</sup> Conforme estipulado no art. 4º da Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96): “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.”.

partes pela escolha do método, mas também as demais questões que determinarão o funcionamento do procedimento por elas estipulado.<sup>14</sup>

Nesse sentido, se por um lado a arbitragem necessita de uma base contratual para existir<sup>15</sup> (seja proveniente da negociação das partes ou da existência prévia de um tratado bilateral de investimento), a convenção arbitral também prevê a existência da função jurisdicional dos árbitros,<sup>16</sup> o que motivou uma série de debates acerca da natureza jurídica da arbitragem no final do século XX.<sup>17</sup> De todo modo, independentemente das discussões contemporâneas acerca de sua caracterização como negócio jurídico processual<sup>18</sup> ou até mesmo um verdadeiro contrato<sup>19</sup>, certa é criação de um tribunal privado, onde prevalece a autonomia da vontade das partes e a exclusão do Poder Judiciário.

Se, para muitos, esse distanciamento do judiciário seria suficiente para caracterizá-la como um outro animal,<sup>20</sup> encontra-se na arbitragem internacional um animal completamente diferente, e não apenas a arbitragem realizada entre partes de países distintos. Isto é, se na grande fauna jurídica a arbitragem pode ser considerada um elefante, não haveria qualquer problema em afirmar que a arbitragem internacional seria um elefante-marinho, criatura completamente diversa.<sup>21</sup> Ora, enquanto a arbitragem é adotada em âmbito doméstico como uma alternativa ao Poder Judiciário, com vantagens e desvantagens próprias, a arbitragem é amplamente reconhecida como o principal meio de se solucionar disputas internacionais,<sup>22</sup> sejam estas arbitragens comerciais, de investimento ou entre países.<sup>23</sup>

<sup>14</sup> GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. **Desafios e Cuidados na Redação da Cláusula de Arbitragem**, 2020, pp. 1-2. Disponível em: <https://mommalaw.com/wp-content/uploads/2020/05/Anexo-2.pdf>. Acesso em 3 jun. 2023.

<sup>15</sup> “Like a contract, an arbitration does not exist in a legal vacuum.” (BLACKABY, Nigel et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 7<sup>a</sup> ed. Kluwer Law International; Oxford University Press, 2023, para. 3.03).

<sup>16</sup> BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede arbitragem: visão a partir do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 5.

<sup>17</sup> LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: **Revista de Direito Empresarial**, vol. 20, pp. 243-276, 2016, versão digital, p. 1.

<sup>18</sup> APRIGLIANO, Ricardo. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. In: **Revista do Advogado**, n. 116, São Paulo: AASP, pp. 174-193, 2012, p. 176.

<sup>19</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Altas, 2014.

<sup>20</sup> MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 10, n. 38, Rio de Janeiro: Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, pp. 96-137, 2013, p. 117.

<sup>21</sup> PAULSSON, Jan. Arbitragem internacional não é arbitragem. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 11, n. 42, Rio de Janeiro: Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, pp. 208-227, 2014, p. 208.

<sup>22</sup> BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**. 3<sup>a</sup> ed. The Hague: Kluwer Law International, 2021, p. 8.

<sup>23</sup> Ibid., p. 1.

Mas qual seria o motivo para que 80%<sup>24</sup> dos contratos comerciais internacionais celebrados no mundo contenham uma cláusula compromissória? Aspectos positivos para o uso doméstico da arbitragem, como sua efetividade, decisões tomadas por árbitros especialistas nas questões de fundo, a confidencialidade e sua celeridade, pouco importariam. Na arbitragem internacional, sobressai-se a neutralidade,<sup>25</sup> a desvinculação do judiciário e a escolha das partes em regularem seu próprio procedimento.<sup>26</sup> Não por acaso, a arbitragem internacional vem, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, em constante e intenso crescimento.<sup>27</sup>

De todo modo, embora haja forte incentivo doutrinário para que a arbitragem internacional seja método autônomo de resolução de disputas,<sup>28</sup> sem qualquer participação de tribunais e cortes domésticas, nota-se que estes desempenham papel importante ao analisar a validade e o escopo de cláusulas compromissórias, intervindo diretamente na concessão de medidas cautelares.<sup>29</sup>

Além disso, por mais que a arbitragem internacional possua uma série de particularidades não existentes na arbitragem doméstica,<sup>30</sup> como a atribuição de outro significado à “autonomia da vontade” das partes<sup>31</sup>, muitos dos princípios aplicáveis em ambos os âmbitos são os mesmos, já que ainda se está diante do mesmo método de solução de conflitos: a arbitragem.

Nesse sentido, o princípio da autonomia da cláusula compromissória (para os países de *civil law*) ou a doutrina da separabilidade (para os países de *common law*), que estabelece a sobrevivência inicial da convenção de arbitragem na presença de vícios do contrato principal no qual ela está inserida (*infra*, n. 2), é, na visão doutrinária, ponto de partida na análise da lei

<sup>24</sup> Estimava-se, à época, que 80% dos contratos comerciais firmados em âmbito internacional possuíam cláusula compromissória (FOUCHARD, Philippe. **L'arbitrage commercial international**. Paris: Dalloz, 1965, p. 54).

<sup>25</sup> PAULSSON, 2014, op.cit, p. 209.

<sup>26</sup> BORN, 2021, op. cit., p. 8.

<sup>27</sup> ICC. Rapport statistique 2000. In: **Bulletin de la Cour Internationale de la CCI**, vol. 12, n. 1, 2001, p. 5.

<sup>28</sup> KAWHARU, Amokura. Arbitral Jurisdiction. In: **New Zealand Universities Law Review**, vol. 23, pp. 238-264, 2008, p. 242.

<sup>29</sup> Ibid., p. 238.

<sup>30</sup> OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Lei aplicável à cláusula compromissória na arbitragem internacional. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 67, pp. 241-268, 2020, versão digital, p. 1.

<sup>31</sup> A própria expressão “autonomia da vontade” apresentaria significados diferentes na arbitragem doméstica e na arbitragem internacional (BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 27, pp. 11-34, 2010, versão digital, p. 2).

a ela aplicável, já que possibilitaria a utilização à cláusula compromissória de lei distinta àquela que rege o contrato.<sup>32</sup>

Ainda que assim não fosse, como defendido por parte da doutrina,<sup>33</sup> a possibilidade de se aplicar regimentos diferentes à arbitragem surgiria justamente da ampla autonomia das partes para estabelecerem as regras aplicáveis a seus elementos contratuais e jurisdicionais.<sup>34</sup> Assim, evidente que as partes são livres para eleger a lei aplicável ao mérito, a lei que regerá o procedimento, a sede da arbitragem e, até mesmo, a utilização de regras não estatais (como a *lex mercatoria*) e de convenções que não seriam normalmente não seriam aplicadas ao processo.<sup>35</sup>

A questão, entretanto, surge da escolha de leis adotada pelas partes (ou a ausência desta), já que livres para optar por escolher ordenamentos distintos às questões substantivas do contrato, à cláusula compromissória, à própria arbitragem e às regras de conflitos de leis que serão utilizadas para aplicação das leis anteriores.<sup>36</sup>

Ao analisar a lei aplicável à convenção de arbitragem, tem-se quatorze<sup>37</sup> diferentes abordagens ou regras de conflito de leis para que, inicialmente, se escolha qual será o sistema legal responsável por reger a cláusula compromissória. Para além das discussões teóricas, são

<sup>32</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 508.

<sup>33</sup> “First, the doctrine of separability has rightly been described as the one of the ‘cornerstones’ of international arbitration. But its true scope has sometimes been misunderstood. As we explain below, the doctrine, properly analysed, treats the arbitration agreement as a ‘distinct agreement’ only in the context of a challenge to the validity of that agreement: it does not treat it as a distinct agreement more generally or for other purposes (such as choice of law).” (GLICK, Ian; VENKATESAN, Niranjan. Choosing the Law Governing the Arbitration Agreement. In: KAPLAN, Neil; MOSER, Michael J. (Ed.). **Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles**. The Hague: Kluwer Law International, pp. 131-150, 2018, p. 132).

<sup>34</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. Escolha da lei substantiva da arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 4, 2005, pp. 48-61, versão digital, p.1.

<sup>35</sup> AUDIT, Bernard. Choice of The Applicable Law by the Parties. In: BORTOLOTTI, Fabio; MAYER, Pierre (Ed.). **The Application of Substantive Law by International Arbitrators. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, vol. 11, The Hague: Kluwer Law International, pp. 10-21, 2014, p. 10.

<sup>36</sup> BORN, 2021, op. cit., pp. 42-43.

<sup>37</sup> Para além das 9 abordagens listadas por Marc Blessing em seus comentários sobre a palestra da Julian Lew, em que destacou que a lei aplicável à cláusula compromissória poderia ser (*i*) *locus regit actum*; (*ii*) a *lex arbitri*; (*iii*) a lei escolhida pelas partes; e (*iv*) a *lex causae*; (*v*) a lei das partes, ou de uma delas; (*vi*) a lei do país cujos tribunais teriam jurisdição na ausência da arbitragem; (*vii*) a lei do país onde a sentença arbitral será executada; (*viii*) uma combinação das leis; e (*ix*) uma abordagem nacional ou desnacionalizada (BLESSING, Marc. The Law Applicable to the Arbitration Clause. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.) **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. ICCA Congress Series, vol. 9, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, pp. 168-188, 1999 ,pp. 169-170), seria possível ainda, adicionar mais 5 possibilidades a este rol, como afirmado por Klaus Peter Berger: (*x*) a *capacity* das partes; (*xi*) a *lex loci arbitri*; (*xii*) a *receptum arbitri*; (*xiii*) a lei do contrato das partes com a câmara arbitral; e (*xiv*) à lei aplicável à substância do conflito (BERGER, op. cit., pp. 302).

apenas quatro as abordagens principais que merecem destaque nesta introdução: (i) a *locus regit formam actus*, ou seja, que a validade da cláusula será regida pela lei do local em que a arbitragem foi celebrada ou onde a cláusula produzirá efeitos; (ii) a lei da sede ou do local da arbitragem (*lex arbitri*); (iii) a lei do próprio acordo arbitral, quando escolhida pelas partes ou quando esta possa ser estabelecida com base nos termos do contrato; e (iv) a lei do contrato substantivo no qual a cláusula compromissória está estabelecida (*lex causae*).<sup>38</sup>

Como se não bastasse, diversas são as possíveis aplicações da lei que rege a convenção de arbitragem. Para Gary Born, essa questão poderia incluir, preliminarmente, até treze consequências distintas: (i) a validade formal de uma convenção de arbitragem; (ii) a *capacity*<sup>39</sup> das partes para celebrar uma convenção de arbitragem; (iii) a autoridade dos representantes das partes para celebrar uma cláusula compromissória; (iv) a formação e existência de um acordo arbitragem; (v) a validade substantiva e a legalidade de uma convenção de arbitragem; (vi) a “não arbitrabilidade” ou a “arbitrabilidade objetiva”; (vii) a identidade das partes de uma cláusula compromissória; (viii) os efeitos de uma convenção de arbitragem; (ix) os meios de execução de uma convenção de arbitragem; (x) a interpretação de um acordo arbitral; (xi) a rescisão e a expiração de uma convenção de arbitragem; (xii) sua cessão; e (xiii) a renúncia ao direito de arbitrar.<sup>40</sup>

Não se descarta, entretanto, a possibilidade de que a essas matérias também se apliquem leis distintas,<sup>41</sup> uma vez que há divergência relativa à lei aplicável, por exemplo, à *capacity* das partes em arbitrar.<sup>42</sup> Ainda, há hoje certa pacificação quanto à aplicação de lei à cláusula compromissória para análise de sua validade formal,<sup>43</sup> já que prevista expressamente no art. II da Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais

---

<sup>38</sup> BLESSING, 1999, op. cit., p. 169.

<sup>39</sup> Nesse sentido: “the capacity concerns the ability of a person or a legal entity to conclude and be a party to an arbitration agreement [...] It embraces both the capacity to have rights and the capacity to exercise rights, be it alone or through legal representatives (in the case of legal entities). The authority to agree to arbitration concerns the power to conclude such an agreement in the name or on behalf of another (agency). The latter must also not be confused with the authority to represent a party in arbitral proceedings by virtue of a specific power of attorney before the arbitrators” (POUDRET, Jean-Francois; BESSON. **Comparative Law of International Arbitration**. 2<sup>a</sup> ed, Sweet and Maxwell, 2007, para. n. 232).

<sup>40</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 523.

<sup>41</sup> Ibid., p. 509.

<sup>42</sup> No caso da *capacity*, entende-se que a lei de domicílio das partes poderá ser tão ou mais relevante que a lei aplicável à cláusula compromissória (SUÉCIA. *Svea Court of Appeal. State of Ukraine v. Norsk Hydro ASA*, caso n. T 3108-06, j. em 17.12.2007. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/4517>. Acesso em 3 jun. 2023).

<sup>43</sup> BERGER, op. cit., pp. 332-333. No mesmo sentido: BORN, 2022, op. cit., p. 658.

estrangeiras de 1958 (“Convenção de Nova Iorque”), adotada virtualmente por todos os países em que a arbitragem internacional é método usual de solução de conflitos (*infra*, n. 2.1).

De todo modo, a complexidade, as incertezas e os custos gerados apenas para se identificar a lei que rege a cláusula compromissória e quais matérias por ela serão afetadas vão de encontro com os princípios básicos da arbitragem internacional,<sup>44</sup> principalmente quando a execução das mais diversas abordagens e teorias ocorre por cortes estatais e tribunais arbitrais, com aplicações distintas.<sup>45</sup> Afinal, diferentemente dos painéis de árbitros, o Poder Judiciário está vinculado a uma *lex fori* e à aplicação das regras de conflito de leis nela estabelecidas, seja em âmbito doméstico ou internacional, com base na Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de Genebra de 1961 (“Convenção Europeia”).<sup>46</sup>

Evidente, assim, a relevância da matéria a ser analisada. Embora a cláusula compromissória seja pedra angular na arbitragem, abordada frequentemente por árbitros<sup>47</sup> e pelo Judiciário,<sup>48</sup> não há consenso quanto à lei a ela aplicável, objeto de discussão jurisprudencial e acadêmica. Destaca-se, ainda, que o tema foi tópico de discussão no 26th, no 29th e no 30th *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, que despertaram o interesse do autor no tema da presente tese.

Diante da imensidão de possibilidades a serem aplicadas e das decisões a serem analisadas, sejam estas arbitrais ou judiciais, de *civil* ou *common law*, optou-se pelo recorte temático às decisões tomadas por cortes estatais de *common law*, uma vez que seria possível verificar de maneira linear a alteração do posicionamento dos tribunais ingleses, indianos e singapurenses, graças à disponibilização das sentenças proferidas, feito considerado hercúleo de se realizar com tribunais arbitrais. Ademais, os casos selecionados são a melhor ilustração

<sup>44</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 509.

<sup>45</sup> BERGER, op. cit., p. 306.

<sup>46</sup> Ibid., pp. 306-307.

<sup>47</sup> Tem-se que ½ das decisões da ICC estão de algum modo relacionadas à jurisdição do tribunal arbitral, tema intrínseco da análise da cláusula compromissória (LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A; KRÖLL, Stefan M.. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 330).

<sup>48</sup> Embora não se trate especificamente da lei aplicável à cláusula compromissória, em pesquisa realizada pelo Direito GV e o CBAR constatou-se que o tema mais recorrente em decisões judiciais brasileiras era justamente o da validade, eficácia e existência da convenção de arbitragem (GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira. Projeto de pesquisa: Arbitragem e Poder Judiciário. Parceria Institucional Acadêmico-Científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR). In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 19, 2008, pp. 7-23).

da diversidade de abordagens possíveis ao se interpretar cláusulas gerais de escolha de lei,<sup>49</sup> fator importante na escolha da lei que regerá a cláusula compromissória.

Deste modo, para analisar a lei aplicável à convenção de arbitragem inserida em contratos internacionais, o presente trabalho se dividirá em dois tópicos principais.

Primeiro, se analisará a autonomia da cláusula compromissória e sua evolução ao decorrer das últimas décadas (*infra*, n. 2.1), uma vez que considerada ponto de partida para a discussão principal,<sup>50</sup> além de discorrer brevemente sobre sua positivação (*infra*, n. 2.2) e sua utilização na atualidade (*infra*, n. 2.3).

Em um segundo momento, a importância da lei aplicável ao acordo de arbitragem será aprofundada, bem como suas consequências práticas na arbitragem comercial internacional (*infra*, n. 3). Assim, se passará à análise de casos relevantes ao tema (*infra*, n. 3.1), com uma consolidação de comentários realizada ao seu fim (*infra*, n. 3.2). Nada obstante sua análise em texto corrido, o resumo dos casos relatados também consta no Apêndice A, enquanto as conclusões finais se encontram no Apêndice B.

---

<sup>49</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 605.

<sup>50</sup> Ibid., p. 508.

## 2. A AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E A DOUTRINA DA SEPARABILIDADE

A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.<sup>51</sup>

Embora universalmente aceitos nos dias de hoje, o princípio da autonomia da cláusula compromissória e a doutrina de sua separabilidade possuem recente história e paulatina inserção na arbitragem comercial internacional. Assim, sem adentrar às origens históricas da arbitragem na Grécia e em Roma<sup>52</sup> ou, até mesmo, mencionar o Código de Hamurabi<sup>53-54</sup>, faz-se necessário compreender o surgimento do princípio da autonomia da cláusula compromissória e sua evolução (*infra*, n. 2.1) para que se possa, *a posteriori*, analisar sua aplicação na arbitragem internacional (*infra*, n. 2.2) e abarcar sua relação com à lei aplicável à cláusula arbitral (*infra*, n. 3). Afinal, por mais estranho que pareça, a convenção de arbitragem não era vista como contrato em separado<sup>55</sup> e, muitas vezes, estava atrelada aos vícios do contrato principal no qual ela estava inserida.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Art. 8º, da Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9307/96).

<sup>52</sup> “Testemunhos mais antigos da utilização rudimentar da arbitragem datam de aproximadamente 2.000 a.C., quando as leis assírias permitiam que ‘magistrados domésticos’ aplicassem penas em litígios privados” (GABARDO, Rodrigo Araújo. Arbitragem no Direito Romano: uma Análise Comparativa In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 10, n. 39, pp. 25-34, 2013, p. 26).

<sup>53</sup> OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito.** Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod\\_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>54</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2019, versão digital, p. 166.

<sup>55</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Circuit Court of Appeals, Second Circuit. Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.*, caso n. 126 F.2d 978, 986, (2d Cir. 1942), j. 02.03.1942. A US Court of Appeals for the Second Circuit entendeu que deveria analisar a questão da formação de contrato em que havia cláusula compromissória, pois: “If the issue of the existence of the charter party were left to the arbitrators and they found that it was never made, they would, unavoidably (unless they were insane), be obliged to conclude that the arbitration agreement had never been made.”. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/126/978/1493061/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>56</sup> ÍNDIA. *Supreme Court. Union of India v. Kishorilal Gupta & Bros.*, caso n. 1959 AIR 1362, j. 21.05.1959. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/1391279/>. Acesso em 3 jun. 2023. A Suprema Corte indiana entendeu que: “(1) An arbitration clause is a collateral term of a contract as distinguished from its substantive terms; but none the less it is an integral part of it; (2) however comprehensive the terms of an arbitration clause may be, the existence of the contract is a necessary condition for its operation; it perishes with the contract; (3) the contract may be non est in the sense that it never came legally into existence or it was void ab initio; (4) though the contract was validly executed, the parties may put an end to it as if it had never existed and substitute a new contract for it solely governing their rights and liabilities thereunder; (5) in the former case, if the original contract has no legal existence, the arbitration clause also cannot operate, for along with the original contract, it is also void ; in the latter case, as the (1) I.L.R. [1948] 2 Cal. 171. original contract is extinguished by the substituted one, the arbitration clause of the original contract perishes with it; and (6) between the two falls many categories of disputes in connection with a contract, such as the question of repudiation, frustration, breach etc.”.

## 2.1. Evolução Histórica da Autonomia da Cláusula Compromissória

Ainda que a presunção desta separabilidade seja hoje uma pedra basilar à arbitragem doméstica e internacional, longa foi a construção jurisprudencial até que se chegasse a esta conclusão. Antigamente, a nulidade, invalidade ou ineficácia do contrato principal implicavam as mesmas intempéries à convenção arbitral, levando as disputas originadas ou surgidas daquele às cortes nacionais.

Consagrada apenas em 1963 pela *Cour de Cassation* Francesa no caso *Est. Reymond Gosset v. Carapelli*, (“Gosset”),<sup>57</sup> a autonomia da cláusula compromissória e sua distinção do contrato principal caminharam lentamente por décadas na Europa até se estabilizarem na jurisprudência e na doutrina internacional. Por muito, inclusive, acreditou-se que a cláusula compromissória era uma obrigação acessória ao contrato na qual insere, estando, portanto, subordinada à relação jurídica principal, sobretudo na jurisprudência francesa.<sup>58</sup>

Todavia, nota-se que já havia decisões alemãs e suíças que presumiam a doutrina da separabilidade já no século XIX e no início do século XX, embora os tribunais germânicos entendessem, à época, que a regra geral era a de dependência da cláusula arbitral ao contrato no qual ela se encontrava.<sup>59</sup>

Em 1890, o Tribunal Supremo do Império Alemão (*Reichsgericht*) assumiu que haveria uma presunção de separabilidade da cláusula compromissória em relação ao contrato principal. Em sua análise, a vontade das partes em arbitrar e a confiança destas nos árbitros daria a eles jurisdição para julgar a matéria mesmo na hipótese de invalidade do contrato no qual a convenção de arbitragem está inserida.<sup>60</sup> Caso contrário fosse, estar-se-ia presente de situação circular, na qual os vícios do contrato determinariam a ineficácia da cláusula compromissória, sem que os árbitros jamais fossem acionados.

<sup>57</sup> FRANÇA. *Cour de cassation, First Civil Law Chamber, Ets Raymond Gosset v. Carapelli*, j. 07.05.1963. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, vol. 4, n. 15, 2007, pp. 237-239.

<sup>58</sup> No original: “En tout cas, il paraît que c'est la jurisprudence française qui est la plus attachée à la thèse selon laquelle la clause compromissoire n'est qu'un accessoire du contrat dit principal et tombe dès lors en cas de nullité de ce contrat.” (MEZGER, Ernst. Congrès international de l'arbitrage (Paris, 11-13 mai 1961). In: **Revue internationale de droit comparé**, 1962, vol. 14, n. 1, pp. 86-87). Em tradução livre para o português: “De qualquer forma, parece que a jurisprudência francesa é a mais apegada à visão de que a cláusula de arbitragem é meramente um acessório ao contrato principal e, portanto, nula e sem efeito no caso de nulidade desse contrato.”.

<sup>59</sup> ALEMANHA. *German Reichsgericht. Caso n. 27 RGZ 378*, j. 17.01.1891.

<sup>60</sup> ALEMANHA. *German Reichsgericht. Caso n. 1890 JW, 203*, j. 30.04.1890.

Tal presunção de separabilidade foi adotada pelos tribunais alemães novamente em julgados no início do século XX,<sup>61</sup> desde que o contrato principal não estivesse relacionado a reivindicações nulas.<sup>62</sup>

Em 1915, no caso *Jörg v. Jörg*,<sup>63</sup> o Tribunal Federal Suíço declarou que a cláusula compromissória era um contrato de natureza processual inserte no contrato principal, aplicando ao primeiro a lei cantonal e ao segundo a lei federal helvética. O entendimento adotado em julgados primordiais<sup>64</sup> suíços de que a cláusula arbitral compõe um “contrato processual” ou um “contrato judicial”, embora errôneo, foi essencial para a conclusão de que a cláusula pode ser destacada do contrato e analisada por leis distintas.<sup>65</sup>

Ao passar dos anos, as decisões presumindo a separabilidade do contrato arbitral, que antes eram esparsas, foram se tornando cada vez mais frequentes, consolidando paulatinamente o princípio da autonomia da cláusula compromissória.

Em 1936, a Suprema Corte Sueca decidiu no caso *Norrköpings Trikåfabrik AB v. Per Persson AB*<sup>66</sup> que suposta fraude no contrato principal não afetaria a cláusula compromissória, mantendo a questão sob julgamento de tribunal arbitral a ser constituído, como se o contrato válido fosse.

No mesmo ano, em *Continental Insurance Co. v. Fuji Shōkai*,<sup>67</sup> a Câmara de Apelação de Tóquio manteve decisão proferida em primeira instância para determinar que a intenção das partes ao firmar o contrato era a de resolver seus conflitos por arbitragem. Assim, não caberia ao judiciário japonês, mesmo após a rescisão do contrato, analisar a relação das partes na

<sup>61</sup> ALEMANHA. *German Reichsgericht*. Caso n. 1914 JW 772, j. 17.04.1914.

<sup>62</sup> ALEMANHA. *German Reichsgericht*. Caso n. 27 RGZ 378, j. 17.01.1891.

<sup>63</sup> SUÍÇA. *Switzerland Federal Tribunal, First Civil Section, S. Chr. Jörg v. B. Jörg*, caso n. BGE 41 II 534 j. 28.05.1915. Disponível em: [https://entscheidsuche.ch/direkt\\_bund%2Fbge\\_1b79%2FBGE-41-2-534.pdf](https://entscheidsuche.ch/direkt_bund%2Fbge_1b79%2FBGE-41-2-534.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>64</sup> SUÍÇA. *Switzerland Federal Tribunal. Tobler v. Justizkommission des Kantons Schwyz*, caso n. DFT 59 I 177. Disponível em: [https://www.trans-lex.org/303700/\\_bge-59-i-177/](https://www.trans-lex.org/303700/_bge-59-i-177/). Acesso em: 3 jun. 2023); No mesmo sentido: SUÍÇA. *Switzerland Federal Tribunal. Caso n. DFT 64 I 39*, 44, j. 28.01.1938; e SUÍÇA. *Switzerland Federal Tribunal. Caso n. DFT 62 I 230, 233*, j. 06.11.1936.

<sup>65</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 385.

<sup>66</sup> SUÉCIA. *Högsta domstolen (Supreme Court). Norrköpings Trikåfabrik AB v. Per Persson AB*, caso n. NJA 1936 s. 521, j. 03.10.1936.

<sup>67</sup> JAPÃO. *Tokyo Appellate Chamber. Continental Insurance Co. v. Fuji Shōkai*, caso n. Kokusaishihō reishū 278, 1 278, j. 05.08.1936, (Tokyo App. Ch.). In: DOI, Teruo. National Report for Japan (1979) [ARCHIVED]. In: SANDERS, Pieter (Ed.). *ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1979*, vol. 4, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International), pp. 115 - 138, 1979, p. 122.

presença de uma cláusula arbitral. Ressalta-se que esta não foi a única vez em que os tribunais nipônicos adotaram a presunção de separabilidade antes de sua positivação.<sup>68</sup>

Em 1942, no caso Heyman v. Darwins,<sup>69</sup> a Câmara dos Lordes inglesa decidiu que a cláusula compromissória sobreviveria à violação contratual e sua consequente extinção.<sup>70</sup> Todavia, entendeu o tribunal britânico que cláusula arbitral não poderia sobreviver à nulidade do contrato,<sup>71</sup> uma visão já adotada na Alemanha.

Em 1959, na Itália, a *Corte di Cassazione*, ao tratar da natureza da cláusula compromissória, entendeu que não há nenhuma dificuldade lógica em reconhecer a existência da escolha pela arbitragem como um contrato de direito processual, constituindo um mandato aos árbitros, que possuem como obrigação a pronúncia de sentença efetiva.<sup>72</sup>

Graças à iniciativa do Comitê Francês de Arbitragem e de seu vice-presidente, Charles Carabiber, o I Congresso Internacional de Arbitragem ocorreu em Paris, entre os dias 11 e 13 de maio de 1961, na presença de magistrados, advogados, funcionários públicos e conselheiros de importantes organizações e empresas. No Congresso, quatro grupos de trabalho foram divididos para solucionar temas controversos e relevantes, sendo estes (*i*) a “independência” da convenção de arbitragem em relação ao contrato principal; (*ii*) a harmonização das regras de procedimento das câmaras de arbitragem privadas; (*iii*) a criação de um escritório internacional que poderia intervir na nomeação de árbitros, determinar o procedimento e até mesmo registrar as sentenças a fim de facilitar sua execução; e (*iv*) o problema da arbitragem entre governos ou demais pessoas de direito público, de um lado, e pessoas de direito privado, do outro.<sup>73</sup> A importância do Congresso foi tamanha, que, mesmo em meio a Guerra Fria, logrou reunir países

<sup>68</sup> Em mesma obra, Teruo Doi relata outros três casos em que o princípio da separabilidade fora adotado no Japão (DOI, op. cit., pp. 122-123.)

<sup>69</sup> REINO UNIDO. *House of Lords. Heyman v. Darwins Ltd.*, caso n. [1942] AC 356, j. 20.02.1942. Disponível em: <http://uniset.ca/other/css/1942AC356.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>70</sup> Em Heyman v. Darwins Ltd., *Lord Macmillan* entendeu que: “The contract is not put out of existence, though all further performance of the obligations undertaken by each party in favour of the other may cease. It survives for the purpose of measuring the claims arising out of the breach, and the arbitration clause survives for determining the mode of their settlement. The purposes of the contract have failed, but the arbitration clause is not one of the purposes of the contract.” (REINO UNIDO. *House of Lords. Heyman v. Darwins Ltd.*, caso n. [1942] AC 356, j. 20.02.1942. Disponível em: <http://uniset.ca/other/css/1942AC356.html>. Acesso em: 3 jun. 2023).

<sup>71</sup> Em Heyman v. Darwins Ltd., *Lord Macmillan* decidiu que: “If there has never been a contract at all, there has never been as part of it an agreement to arbitrate. The greater includes the less.” (REINO UNIDO. *House of Lords. Heyman v. Darwins Ltd.*, caso n. [1942] AC 356, j. 20.02.1942. Disponível em: <http://uniset.ca/other/css/1942AC356.html>. Acesso em: 3 jun. 2023).

<sup>72</sup> ITÁLIA. *Corte Suprema di Cassazione, Sezione I civile. Tommasi (Avv. Romanelli) v. Scalera (Avv. Orgera)*, caso n. 3027, j. 22.10.1959. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23175088>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>73</sup> MEZGER, op. cit., pp. 86-87.

capitalistas, como a própria França, e socialistas, como a União Soviética, em prol da utilização de arbitragem na realização de comércio internacional.

Ao tratar da “independência” da convenção de arbitragem em relação ao contrato principal, evidente a importância do tema debatido no primeiro grupo de trabalho, o qual foi publicado no mesmo ano por seu relator, Fréderic-Edouard Klein.<sup>74</sup> No Congresso, verificou-se que a autonomia da convenção arbitral em relação às demais cláusulas do contrato era um problema internacional, presente na jurisprudência de todos os que reconheciam o instituto da arbitragem.

Relatou Ernst Mezger, com surpresa, que até nos países anglo-saxões, onde a arbitragem possuía bases mais sólidas, havia uma discordância doutrinária, sem qualquer estabelecimento de princípios claros por parte da jurisprudência em relação à autonomia do acordo de arbitragem. Em contraponto, o autor menciona que a jurisprudência francesa permanecia apegada à ideia de acessoriedade da cláusula, mas que se decidiu de forma unânime no Congresso que essa teoria é extremamente perigosa à arbitragem, não havendo qualquer razão para segui-la.<sup>75</sup>

Prevaleceu, assim, a tese contrária, adotada na Alemanha, na Suíça, na Itália e nos países escandinavos de que a cláusula compromissória estabeleceria um “contrato processual”, o qual poderia ser apartado do contrato principal. Ainda, os membros do grupo de trabalho entenderam que a “teoria da independência” da convenção de arbitragem não impedia a formação de novas interpretações e aplicações práticas, como se segue até o dia de hoje. Por fim, o relator destacou que, embora o princípio da autonomia da cláusula compromissória esteja conectado ao princípio da competência-competência, estes devem ser tratados como princípios diversos.

Após as recomendações sugeridas no Congresso, faltava apenas um quesito para o estabelecimento da autonomia da cláusula compromissória: um caso a seguir seguido.

Foi em 1963, no caso Est. Raymond Gosset v. Carapelli,<sup>76</sup> em que Corte de Cassação Francesa consolidou a autonomia da cláusula compromissória ao decidir que na arbitragem

<sup>74</sup> KLEIN, Fréderic-Edouard. Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d’arbitrage international. In: **Revue critique de droit international privé**, Paris, n. 1, 1961, pp. 499-552.

<sup>75</sup> MEZGER, op. cit., pp. 86-87.

<sup>76</sup> FRANÇA. *Cour de cassation, First Civil Law Chamber, Ets Raymond Gosset v. Carapelli*, j. 07.05.1963. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, vol. 4, n. 15, 2007, pp. 237-239.

internacional há uma “completa autonomia jurídica”<sup>77</sup> da convenção arbitral, esteja ela presente no contrato principal ou firmada em documento à parte.

Ainda que Gosset não seja o primeiro caso a adotar a autonomia da cláusula compromissória, é ele o divisor de águas em matéria de separabilidade. Assim, a autonomia da cláusula arbitral, que antes vinha sendo admitida pelos tribunais como uma presunção, se tornou um princípio explícito após a adoção do termo pelo tribunal francês.

Após Gosset, a autonomia da cláusula compromissória passou a ser adotada com maior regularidade, sendo desenvolvida nos casos que abordaram o tema a partir de então, embora encontrasse certa oposição em algumas decisões.<sup>78</sup> Afinal, não haveria razão lógica para que a convenção fosse considerada acessória ao contrato na qual insere e enxergá-la como tal apenas frustraria o objetivo de pactuar uma cláusula compromissória: solucionar disputas por meio da arbitragem. Em hipótese diversa, bastaria a uma das partes violar o contrato ou invocar algum de seus vícios para frustrar completamente o processo arbitral, retirando o efeito não apenas das previsões materiais dispostas no contrato, mas também do método de solução de controvérsias nele indicado.

Para Gary Born, as consequências da doutrina da separabilidade são, inicialmente, (i) a possibilidade de se aplicar diferentes leis à cláusula compromissória e ao contrato principal; (ii) a possível validade da cláusula arbitral, ainda que na presença de vícios ou da rescisão do contrato principal, e vice-versa; e (iii) na visão equivocada de alguns, o surgimento princípio da competência-competência.<sup>79</sup>

A autonomia da cláusula compromissória garante o sonho de todo aplicador do direito: ao mesmo tempo, é responsável por (i) assegurar aquilo estipulado contratualmente e cumprir com a vontade das partes através da instauração da arbitragem; e (ii) evitar a má-fé na execução

<sup>77</sup> No original: “En matière d’arbitrage international, l’accord compromissoire, conclu séparément ou inclus dans l’acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte.” (grifo nosso) (FRANÇA. *Cour de cassation, First Civil Law Chamber, Ets Raymond Gosset v. Carapelli*, j. 07.05.1963. In: Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, vol. 4, n. 15, 2007, pp. 237-239). Em tradução livre para o português: “Na arbitragem internacional, a convenção de arbitragem, seja ela celebrada separadamente ou incluída no instrumento jurídico ao qual está relacionada, terá sempre, salvo em circunstâncias excepcionais, total autonomia jurídica e não poderá ser afetada por qualquer invalidade desse instrumento.” (grifo nosso).

<sup>78</sup> REINO UNIDO. *High Court. Tzortzis and Sykias v. Monark Line A/B*, caso n. [1968] 1 WLR 406, j. 24.01.1968. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=147031>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>79</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 377.

de contratos com o objetivo de frustrar a resolução de disputas.<sup>80</sup> Não à toa, o princípio foi adotado rapidamente pela doutrina e jurisprudência posterior. Já em 1975, René-Jean Dupuy, árbitro em Texaco Overseas Petroleum Company v. Líbia,<sup>81</sup> entendeu que o princípio da separabilidade da cláusula arbitral já havia sido adotado diversas vezes anteriormente pela jurisprudência e por doutrinadores de diversos países, entre eles Uruguai, Itália, França e Suíça, estando, portanto, pacificado, tanto para a arbitragem doméstica quanto para a arbitragem internacional.

O princípio da autonomia da cláusula compromissória foi também, ao decorrer dos anos, positivado em diversos ordenamentos jurídicos (*infra*, n. 2.2), consolidando a possibilidade dos árbitros de analisarem o contrato principal mesmo após sua rescisão ou nos casos em que este possui algum vício.

## 2.2. A positivação do princípio

Foi com base nesta construção jurisprudencial e doutrinária-prática que a autonomia da cláusula compromissória foi positivada em praticamente todos os países do mundo,<sup>82</sup> seja por meio de ordenamentos nacionais seja pela adoção de *soft laws* pelos praticantes da arbitragem internacional. Afinal, não faria sentido levar às cortes nacionais uma disputa em que as partes presumidamente optaram pela arbitragem.

Fato é que a maior parte dos países aceitou a doutrina da separabilidade como axioma para lidar com a efetividade do processo arbitral, considerando que há um foro alternativo para remediar a lide. Contudo, nem sempre há foro competente senão o arbitral para resolver litígios, como na existência de litígio entre um Estado e terceiros.<sup>83</sup> As normas, neste caso, evoluíram junto ao entendimento doutrinário e jurisprudencial.

---

<sup>80</sup> ANCEL, Jean-Pierre. L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire. In: **Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé**, ano 11, 1991-1993, pp. 75-119, 1994, p. 83.

<sup>81</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Award. **Texaco Overseas Petroleum Company, California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic**, j. 19.01.1977. Disponível em: <https://forarb.com/wp-content/uploads/2019/03/Texaco-Overseas-Petroleum-Company.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>82</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, 1999, para. 398.

<sup>83</sup> SCHWEBEL, Stephen M. **International Arbitration: Three Salient Problems**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, pp. 7-8.

### 2.2.1. Convenções internacionais

A primeira convenção moderna sobre arbitragem internacional, o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 1923 (“Protocolo de Genebra de 1923”), prevê que os acordos de arbitragem são válidos e capazes de serem efetivados, devendo as cortes dos países signatários remeter conflitos com tais cláusulas à decisão de árbitros, sem que se retire a competência dos tribunais nacionais quando a arbitragem não puder prosseguir. Todavia, a convenção não menciona em momento algum a autonomia da cláusula compromissória e sua sobrevivência na presença de vícios contratuais.<sup>84</sup>

A Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 (“Convenção de Genebra de 1927”), relacionada diretamente ao Protocolo de Genebra de 1923 também em nada menciona a autonomia da cláusula compromissória, sem mesmo conjecturar sua existência nas entrelinhas de seus artigos.

A Convenção de Nova Iorque, que, por sugestão da *International Chamber of Commerce* (“ICC”), substituiu o Protocolo e a Convenção de Genebra, se tornou inegável sucesso.<sup>85</sup> Com 170 países signatários, a Convenção de Nova Iorque foi capaz de uniformizar a homologação de sentenças arbitrais mundo afora, sem a necessidade de duplo *exequatur*.

Da mesma forma que os documentos anteriores, a Convenção de Nova Iorque pressupõe a separabilidade da cláusula compromissória. Contudo, o documento de 1958 tampouco menciona, indica ou impõe a existência deste princípio.

Em seus artigos II(1) e II(2), relativos à validade forma da convenção de arbitragem, a Convenção de Nova Iorque implicitamente indica a cláusula compromissória como um acordo distinto, insere no contrato principal, ao dispor que:

1. Each Contracting State shall recognize an **agreement in writing** under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration. (grifo nosso)

---

<sup>84</sup> Na íntegra: “Art. 4: The tribunals of the Contracting Parties on being seized of a dispute regarding a contract made between persons to whom Article 1 applies and including an Arbitration Agreement whether referring to present or future differences which is valid in virtue of the said article and capable of being carried into effect, shall refer the parties on the application of either of them to the decision of the arbitrators.

Such reference shall not prejudice the competence of the judicial tribunals in case the agreement or the arbitration cannot proceed or becomes inoperative”.

<sup>85</sup> MISTELIS, Loukas A. **Concise International Arbitration**. 2<sup>a</sup> ed., Kluwer Law International, 2015, p. 1.

2. The term ‘**agreement in writing**’ shall include an arbitral clause **in a contract** or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams. (grifo nosso)

Seu art. V(1)(a), por sua vez, também pressupõe que a cláusula arbitral e o instrumento principal no qual ela se encontra são contratos distintos no momento em que, ao tratar das exceções à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, indica a possibilidade de se aplicar leis diferentes ao contrato e à cláusula compromissória.

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, **under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made.** (grifo nosso)

Todavia, tais disposições ainda são parcias para se alegar que a Convenção de Nova Iorque contribuiuativamente para a evolução da doutrina da separabilidade da cláusula compromissória.

Foi na Convenção Europeia de Genebra de 1961 sobre Arbitragem Comercial Internacional em que o assunto foi abordado mais diretamente. Seu art. V(3) estabelece que:

3. Subject to any subsequent judicial control provided for under the *lex fori*, the arbitrator whose jurisdiction is called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon the existence or the validity of the arbitration agreement **or** of the contract of which the agreement forms part. (grifo nosso)

Verifica-se, portanto, para além da diferenciação entre a validade da convenção de arbitragem e do contrato principal, a competência do árbitro para julgar tais matérias, mesmo quando sua jurisdição é questionada.

Por sua vez, a Convenção de Washington do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (“ICSID”) de 1965, posterior ao I Congresso Internacional de Arbitragem, não trouxe acréscimos à autonomia da cláusula compromissória, embora seu art. 41 traga expressamente o princípio da competência-competência.<sup>86</sup> Entretanto, as Regras Complementares de Facilidade do ICSID (*ICSID Additional Facility Rules*) são expressas ao trazer o princípio da separabilidade em seu art. 53(1):

---

<sup>86</sup> O art. 41(1) da Convenção de Washington da ICSID estabelece que: “The Tribunal shall be the judge of its own competence.”.

The Tribunal shall have the power to rule on its jurisdiction and competence. For the purposes of this Rule, **an agreement providing for arbitration pursuant to the ICSID Additional Facility Rules shall be severable from the other terms of the contract in which it may have been included.** (grifo nosso)

Assim, nota-se a tímida aparição da doutrina da separabilidade nas convenções internacionais relativas à arbitragem, de modo que sua inclusão após o I Congresso Internacional de Arbitragem se deu majoritariamente pela interpretação dada às cláusulas que, de alguma forma, abordam a questão.

### **2.2.2. Câmaras arbitrais**

Contudo, quanto a esta adoção pelas câmaras internacionais de arbitragem, nota-se uma clara liderança da Câmara de Comércio Internacional (ICC) que já em 1955 previu em suas regras a separabilidade da cláusula compromissória:

Unless otherwise stipulated, **the arbitrator shall not cease to have jurisdiction by reason of an allegation that the contract is null and void or non-existent.** If he upholds the validity of the arbitration clause, he shall continue to have jurisdiction to determine the respective rights of the parties and to make declarations relative to their claims and pleas **even though the contract should be null and void or non-existent.** (grifo nosso)

Em 1985, foi a vez da *London Court of International Arbitration* (“LCIA”) adotar o princípio em seu art. 14.1,<sup>87</sup> utilizando-se de termos já trazidos pela Lei Modelo da UNCITRAL (*infra*, n. 2.2.3), como também realizado pela *American Arbitration Association* (“AAA”) em 1991 em seu art. 15(2).<sup>88</sup>

Atualmente, o princípio da separabilidade da cláusula compromissória está disposto em diversas câmaras de arbitragem domésticas e internacionais por todo o mundo. A título de

<sup>87</sup> Art. 14.1 do Regulamento da LCIA de 1985: “The Tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. **For that purpose an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract.** A decision by the Tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.” (grifo nosso).

<sup>88</sup> Atual art. 21(2) do Regulamento da AAA: “The tribunal shall have the power to determine the existence or validity of a contract of which an arbitration clause forms a part. **Such an arbitration clause shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract.** A decision by the tribunal that the contract is null and void shall not for that reason alone render invalid the arbitration clause” (grifo nosso).

informação, destaca-se o *Singapore International Arbitration Centre* (“SIAC”)<sup>89</sup> e o *Hong Kong International Arbitration Centre* (“HKIAC”).<sup>90</sup>

### 2.2.3. Ordenamentos nacionais

O fortalecimento do princípio era tanto que, entre os anos 70 e 2000, seu reconhecimento foi adotado inclusive nas leis domésticas e internacionais de arbitragem de diversos países, não somente daqueles que adotaram a Lei Modelo, mas também em demais nações, com diferentes sistemas legais. A lista é extensa e possui local apenas em notas de rodapé.<sup>91</sup>

Em 1985, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (“Lei Modelo”) já previa expressamente a separabilidade da cláusula compromissória, não apenas em seu art. 16(1), mas também nos comentários adicionais sobre a jurisdição do tribunal arbitral:

Art. 16(1): The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, **an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.** (grifo nosso)

Article 16(1) adopts the two important (not yet generally recognized) principles of ‘Kompetenz-Kompetenz’ and of **separability or autonomy of the arbitration clause**. The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, **an arbitration clause shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract, and a decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.**

---

<sup>89</sup> Art. 28(2) do Regulamento da SIAC de 2016: “The Tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, validity or scope of the arbitration agreement. **An arbitration agreement which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract.** A decision by the Tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration agreement, and the Tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any allegation that the contract is non-existent or null and void” (grifo nosso).

<sup>90</sup> Art. 19(2) do Regulamento do HKIAC de 2018: “The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or validity of any contract of which an arbitration agreement forms a part. For the purposes of Article 19, **an arbitration agreement which forms part of a contract**, and which provides for arbitration under these Rules, **shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract**. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not necessarily entail the invalidity of the arbitration agreement.” (grifo nosso).

<sup>91</sup> É de conhecimento a previsão legal da separabilidade da cláusula compromissória nos seguintes países: Argélia, Argentina, Austrália, Bolívia, Brasil, Chile, México, Cingapura, Colômbia, Costa Rica, Croácia, Djibuti, El Salvador, Equador, Escócia, Espanha, Etiópia, Hong Kong, Indonésia, Irlanda, Itália, Nova Zelândia, Países Baixos, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Portugal, Quênia, Ruanda, Síria, Sudão, Suécia, Tanzânia, Ucrânia, Uganda e Venezuela.

Detailed provisions in paragraph (2) require that any objections relating to the arbitrators' jurisdiction be made at the earliest possible time. (grifo nosso)

Há aqui, um paradigma na aplicação do princípio da separabilidade. Como comentado pela própria Lei Modelo, os princípios aqui adotados (autonomia e competência-competência) ainda não eram usualmente reconhecidos, mas foram inseridos no ordenamento da UNCITRAL, replicado internamente em muitos países.<sup>92</sup>

Sem novidades, há uma clara tendência na utilização destes princípios após o I Congresso Internacional de Arbitragem, reportado no Anuário de 1972 da própria UNCITRAL, que resumiu as três recomendações adotadas no evento: (i) a autonomia da cláusula compromissória; (ii) a competência dos árbitros para julgar sua validade e existência; e (iii) sua inserção em futuras regras arbitrais e em cláusulas compromissórias para evitar ambiguidade.<sup>93</sup>

Entretanto, faz-se necessário comentar sobre a adoção do princípio da separabilidade pela Lei 9.307/96, a Lei de Arbitragem brasileira, que o trouxe em seu art. 8º junto ao princípio da competência-competência, já apresentada na epígrafe deste capítulo:

**Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.**

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. (grifo nosso)

Ainda que a Lei de Arbitragem seja datada de 1996 e a prática arbitral seja recente em relação a demais países, o princípio da autonomia foi bem recebido no Brasil, com adoção usualmente estrita pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>94</sup>

Entretanto, ao se tratar de cláusulas arbitrais vazias, patológicas ou com vícios verificáveis à *prima facie*, a jurisprudência nacional possibilita a realização de análise prévia, em clara exceção ao princípio da autonomia da cláusula compromissória e ao princípio da competência-competência. Todavia, não há dúvidas quanto à aplicação do dispositivo no país.

---

<sup>92</sup> A título de exemplo quanto à diversidade dos países que adotaram a Lei Modelo da UNCITRAL, menciona-se a Austrália, o Canadá, a Bulgária, o Chipre, o Egito, a Escócia, o Peru e a Ucrânia, além de estados americanos como a Califórnia, a Florida, Ohio e Texas.

<sup>93</sup> NESTOR, Ion. Problems concerning the application and interpretation of existing multilateral conventions on international commercial arbitration and related matters. In: **UNCITRAL Yearbook**, Nova Iorque, vol. 3, pp. 193-250, 1972, pp. 218-219.

<sup>94</sup> ABBUD, André; ALVES, Rafael; LEVY, Daniel de Andrade. **The Brazilian Arbitration Act: A Case Law Guide**, Kluwer Law International, 2019, p. 53.

### 2.3. Questões contemporâneas

Engana-se quem sugere que a separabilidade da convenção arbitral não é reconhecida universalmente.<sup>95</sup> Graças à união de forças da jurisprudência já consolidada, da reiterada prática arbitral e da sua positivação, o princípio da autonomia da cláusula compromissória está consolidado em todo o mundo. Não à toa, são incontáveis os casos pós-Gosset que pisaram e repisaram a aceitação do princípio.

Nos Estados Unidos, adotou-se o princípio em 1967 em *Prima Paint v. Flood & Conklin*,<sup>96</sup> em 2006 em *Buckeye Check Cashing v. Cardega*,<sup>97</sup> e em 2010 com *Rent-A-Center, v. Jackson*.<sup>98</sup>

Na Inglaterra, o princípio foi suscitado em 1993 no caso *Harbour Assurance v. Kansa General International Insurance*,<sup>99</sup> em 2007 no célebre caso inglês *Fiona Trust & Holding Corp v. Privalov*,<sup>100</sup> e em todos os demais casos sobre lei aplicável que serão tratados em momento oportuno (*infra*, n. 3.1).

Todavia, embora a permanência da cláusula arbitral inserte em contrato viciado esteja positivada na maioria das legislações nacionais e transnacionais (*supra*, n. 2.2.3) e autonomia da cláusula compromissória seja atualmente um dos pilares da arbitragem, ela ainda é uma questão notável na prática, justamente pelo mal entendimento de sua base conceitual.<sup>101</sup> É exatamente este o questionamento realizado por Jean-Pierre Ancel:

Mais quelle est la signification précise de cette « autonomie »? Quelle est sa portée?<sup>102</sup>

---

<sup>95</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 387.

<sup>96</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg Co.*, caso n. 388 U.S. 395, j. 12.06.1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>97</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardega*, caso n. 546 U.S. 440, j. 21.02.2006. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/546/440/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>98</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, caso n. 561 U.S. 63, j. 21.06.2010. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/63/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>99</sup> REINO UNIDO. *High Court. Harbour Assurance Co. Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, caso n. [1993] QB 701, j. 31.07.1991. Disponível em: [https://www.trans-lex.org/302700/\\_harbour-assurance-co-ltd-v-kansa-general-international-insurance-co-ltd-\[1992\]-1-lloyds-lrep-81/](https://www.trans-lex.org/302700/_harbour-assurance-co-ltd-v-kansa-general-international-insurance-co-ltd-[1992]-1-lloyds-lrep-81/). Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>100</sup> REINO UNIDO. *Court of Appeal. Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, caso n. [2007] EWCA Civ 20, j. 24.01.2007. Disponível em: [https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=1455](https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1455). Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>101</sup> SCHWEBEL, op. cit., p. 1

<sup>102</sup> ANCEL, op. cit., p. 75. Em tradução livre para o português: “Qual o significado desta ‘autonomia’? Qual é o seu alcance?”.

Que signifie précisément le terme d'autonomie, coupable, il est vrai, d'être peu juridique? Ne faudrait-il pas mieux parler d' « indépendance » (Motulsky), ou de « séparabilité », à l'instar des juristes anglais?<sup>103</sup>

Como destacado pelo presidente honorário da Corte de Cassação francesa, até mesmo a nomenclatura referente à autonomia da cláusula compromissória é capaz de gerar inferências sobre o princípio.

Para os países de *common law*, tal princípio foi historicamente mencionado como a doutrina da *separability* ou *severability*, com foco na origem contratual da cláusula compromissória e na possibilidade de separar a convenção de arbitragem do contrato em que ela se encontra para análise de sua validade.

Os países de *civil law*, por sua vez, se referem ao princípio como a autonomia ou a independência da cláusula compromissória. Ainda, há aqueles que a mencionam como o *detachment* da convenção arbitral. É evidente, portanto, que tais nomenclaturas pressupõem um distanciamento maior da cláusula de solução de conflitos ao contrato principal. Na França, por exemplo, o descolamento da convenção de arbitragem em relação às leis domésticas também é chamado de “autonomia” da cláusula compromissória, ainda que se trate de outro conceito completamente distinto das questões relativas à validade e lei aplicável.<sup>104</sup>

Embora haja pouco para se beneficiar desta discussão e ambos os termos sejam imprecisos,<sup>105</sup> reputa-se ao termo “separabilidade” a maior precisão ao tratar de tal princípio, uma vez que não se pode considerar a cláusula compromissória um contrato autônomo ou independente do contrato principal, à vista da possibilidade de concluir por sua autossuficiência e, consequentemente, na existência de um *contrat sans loi*.<sup>106</sup>

Afinal, a “autonomia” da convenção de arbitragem pode, à primeira vista, ser compreendida como seu total desprendimento da relação na qual o pacto está inserido,<sup>107</sup> com a

<sup>103</sup> Ibid., p. 75. Em tradução livre para o português: “O que significa precisamente o termo autonomia, culpado, de fato, de ser pouco jurídico? Não seria melhor falar em ‘independência’ (Motulsky), ou de separabilidade, seguindo o exemplo inglês?”.

<sup>104</sup> GAILLARD; SAVAGE, op. cit., para. 388.

<sup>105</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 378.

<sup>106</sup> GAILLARD; SAVAGE, op. cit., para. 420.

<sup>107</sup> DIMOLITSA, Antonias C.. Separability and Kompetenz-Kompetenz. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Org.). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of the New York Convention.** The Hague: Kluwer, pp. 217-256, 1999, pp. 224-228.

aplicação de regras e princípios distintos para cada um dos contratos,<sup>108</sup> quando, na realidade, o princípio existe para “reforçar a eficácia da cláusula compromissória”,<sup>109</sup> que sobrevive aos vícios de nulidade do instrumento principal. É contra este desvirtuamento que há autores que se prendem a quais termos deveriam ser utilizados para se referir à autonomia-independência-separabilidade da cláusula compromissória.<sup>110</sup>

Nesta tese, contudo, as nomenclaturas referentes ao princípio da separabilidade foram e serão usadas como sinônimos, uma vez que não haveria razão prática para fazer o contrário. Os erros teóricos não são cometidos pelos termos utilizados, mas sim pela distorção da base conceitual do princípio.

Todavia, é necessário frisar que a cláusula arbitral não é desconexa do contrato na qual insere e que tais distorções reuniram uma nova série de consequências à separabilidade da cláusula compromissória. Assim, sendo o contrato nulo *ab initio*, como nos casos de corrupção, é possível que haja discussões sobre a validade da cláusula compromissória, uma vez que o que está em jogo é a própria vontade das partes em inserir convenção arbitral no contrato.<sup>111</sup>

Embora nem toda discussão atual envolva uma distorção do princípio da autonomia da cláusula compromissória, muitas das consequências debatidas nos dias de hoje podem ser entendidas como extensões do princípio da separabilidade para beneficiar a parte requerida a se desvincular da convenção de arbitragem.

É nesse sentido que Stephen Schwebel afirma em *International Arbitration: Three Salient Problems* que as questões atuais da doutrina da separabilidade não passam de inconformismos dos requeridos que tentam a todo custo frustrar o procedimento arbitral.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> Não se nega, contudo, a possibilidade de que leis distintas se apliquem ao contrato principal e à cláusula compromissória, seja em decorrência do princípio da separabilidade ou não (GLICK; VENKATESAN, op. cit., p. 132).

<sup>109</sup> BATISTA MARTINS, Pedro A. **Autonomia da cláusula compromissória**, versão digital, p. 1. Disponível em: [batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/autonomia-da-clausula-compromissoria.pdf](http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/autonomia-da-clausula-compromissoria.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>110</sup> DIMOLITSA, op. cit., pp. 224-228.

<sup>111</sup> SINDHU, Janhavi. Fraud, Corruption And Bribery – Dissecting The Jurisdictional Tussle Between Indian Courts And Arbitral Tribunals. In: **Indian Journal of Arbitration Law**, Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, vol. 3, n. 2, pp. 23-42, 2014, p. 38.

<sup>112</sup> SCHWEBEL, op. cit., p. 1.

Ainda que a doutrina da separabilidade tenha se estabelecido com o objetivo de assegurar a eficácia da arbitragem como método de disputa,<sup>113</sup> algumas de suas evoluções se opõem diretamente a seu propósito inicial.

Phillip Landolt, ao tratar dessas "inconveniências", traz como consequência do princípio da autonomia da cláusula compromissória a resistência ao se transportar a convenção de arbitragem na transferência do contrato principal,<sup>114</sup> mencionando o entendimento de Pierre Mayer.<sup>115</sup>

O autor francês, por sua vez, estabelece limites à autonomia da convenção de arbitragem, ao mencionar que esta não pode ser vista como um acordo em separado, concebido à parte do contrato principal, embora seja possível distinguir os mecanismos de solução de conflitos da parte material estabelecida na relação.<sup>116</sup> O foco aqui é evidente: fixar o princípio da autonomia a seus objetivos principais, isto é, a sobrevivência da cláusula compromissória e a possibilidade de se aplicar leis distintas a ela e ao contrato.

O autor ainda compara a convenção de arbitragem a uma cláusula de eleição de foro ou uma cláusula de eleição de lei, as quais, embora cumpram as “mesmas” funções da cláusula de arbitragem, não são consideradas “autônomas”.<sup>117</sup> Assim, a cláusula arbitral possuiria um aspecto auxiliar, o qual não tornaria a cláusula separável em casos nos quais há sua transferência, como na cessão ou sub-rogação do instrumento principal.<sup>118</sup>

As questões relativas à extensão da “autonomia” da cláusula compromissória e sua possível “evolução”, como os debates relativos à sua transferência são cada vez mais frequentes. Registra-se aqui comentários de Técio Spínola Gomes e Thiago Marinho Nunes:

**O termo autonomia poderia levar, em análise apressada, à falsa percepção de que a lei tornaria independente a cláusula compromissória do contrato,** de forma que a cessão de posição contratual não implicasse a transmissão da opção pela arbitragem. Não é verdade. A lei não impõe em nenhum artigo a obrigatoriedade de

<sup>113</sup> LANDOLT, Phillip. The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz. In: **Journal of International Arbitration**, vol. 30, n. 5, pp. 511-530, 2013, p. 511.

<sup>114</sup> Ibid., p. 516.

<sup>115</sup> Ibid., p. 520.

<sup>116</sup> MAYER, Pierre. The Limits of Severability of the Arbitration Clause. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. ICCA Congress Series, vol. 9, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, pp. 261-267, 1999, p. 261.

<sup>117</sup> Ibid., p. 262.

<sup>118</sup> Ibid., p. 263.

dupla manifestação da vontade. Dito isso, não é necessária uma cessão do contrato e outra cessão da cláusula compromissória.<sup>119</sup> (grifo nosso)

**A autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato principal no qual ela se insere deve ser compreendida no sentido jurídico e não material.** Ela não significa nem que a convenção de arbitragem deva ser objeto de uma aceitação distinta do contrato principal, nem que cláusula compromissória não possa acompanhar a convenção principal em caso de transmissão desta última.<sup>120</sup> (grifo nosso)

Entretanto, embora diversas e interessantes sejam as questões contemporâneas que envolvam entendimentos distintos sobre a autonomia da cláusula compromissória ao considerar que esta forma um contrato em si, descolada do contrato principal no qual está inserida, esta tese busca endereçar apenas as questões relativas à lei aplicável à cláusula arbitral e as questões daí emergentes.

---

<sup>119</sup> SPÍNOLA GOMES, Técio. A Transmissibilidade da Cláusula Arbitral diante da Cessão de Posição Contratual. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 5, pp. 69-81, 2015, versão digital, p. 4.

<sup>120</sup> MARINHO NUNES, Thiago. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 2, n. 5, pp. 15-51, 2005, p. 28.

### 3. LEI APLICÁVEL À CLÁUSULA ARBITRAL

Analizada a doutrina da separabilidade enquanto ponto de partida para a possibilidade da lei aplicável à cláusula compromissória se diferir do ordenamento jurídico que rege o contrato principal no qual inserta,<sup>121</sup> mister a análise da autonomia da vontade das partes e das regras de conflitos encarregadas por determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem, para então se analisar os *leading cases* estabelecidos na *common law*.

Para além da autonomia da cláusula compromissória, outros dois motivos reforçam a possibilidade de se aplicar leis distintas à convenção arbitral.<sup>122</sup> Primeiro, o acordo em arbitrar possui natureza jurisdicional própria, o que possibilitaria a aplicação da lei curial, aquela da sede da arbitragem, à convenção disposta no contrato principal. Segundo, porque convenções internacionais, como a Convenção de Nova Iorque, estipulam expressamente que as partes podem pactuar lei específica à cláusula arbitral.

De todo modo, as partes na arbitragem internacional podem livremente escolher as leis aplicáveis a diferentes aspectos de sua relação.<sup>123</sup> Assim, elas podem pactuar não apenas a lei substantiva que regerá o contrato, mas também aquela que rege o procedimento arbitral (*lex arbitri*) e a cláusula compromissória, tema do presente trabalho. Ademais, as partes ainda poderão eleger convenções, *soft laws* e outras questões relativas à homologação e à execução das sentenças arbitrais proferidas em seu procedimento.<sup>124</sup>

A matéria desta tese, por sua vez, é frequentemente abordada pela doutrina, que cria complexos cenários hipotéticos para fomentar seu debate.<sup>125</sup> Sua resolução, entretanto, se mostra extremamente problemática, ausente a uniformidade nas respostas oferecidas por cortes estatais, tribunais arbitrais e pela própria doutrina ao enfrentarem o tema.

Nesse sentido, em relação apenas à lei aplicável à cláusula compromissória, estabelece-se a possibilidade de quatorze<sup>126</sup> diferentes abordagens ou regras de conflito de leis para que se

<sup>121</sup> BORN, 2022, op. cit., pp. 510-511.

<sup>122</sup> NAZZINI, Renato. The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles. In: **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 65, pp. 681–703, 2016, pp. 684-685.

<sup>123</sup> BLESSING, Marc. Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration**. ICCA Congress Series, vol. 7. Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, 1996, pp. 391-446.

<sup>124</sup> BLACKABY, et al., op. cit., para. 3.05.

<sup>125</sup> HENDERSON, Alastair. Lex arbitri, procedural law and the seat of arbitration. In: **Singapore Academy of Law Journal**, vol. 26, pp. 886-910, 2014, p. 889.

<sup>126</sup> BERGER, op. cit., p. 302.

escolha qual será o sistema legal responsável por reger a convenção de arbitragem, sendo quatro delas as principais: (i) o local em que a arbitragem foi celebrada ou onde a cláusula produzirá efeitos (*locus regit formam actus*); (ii) a lei da sede ou do local da arbitragem (*lex arbitri*); (iii) a lei do próprio acordo arbitral, quando escolhida pelas partes ou quando esta possa ser estabelecida com base nos termos do contrato; e (iv) a lei do contrato substantivo no qual a cláusula compromissória está estabelecida (*lex causae*).<sup>127</sup>

Na prática, entretanto, a discussão acadêmica é frequentemente ignorada pelos mais experientes advogados ao negociarem a redação da convenção de arbitragem em um contrato internacional, em razão da limitação do tempo que pode ser despendido na discussão de cláusulas de resolução de conflitos, do foco na prevenção de ambiguidades e, até mesmo, da confiança na sabedoria dos árbitros que possivelmente vão analisar a matéria.<sup>128</sup>

A discussão doutrinária quanto à lei aplicável à cláusula compromissória, todavia, saiu do papel, protagonizando debates em âmbito arbitral e judicial, ainda que em momentos distintos da lide.

Durante o procedimento arbitral, a lei que rege a convenção de arbitragem é usualmente analisada quando a parte requerida questiona a jurisdição dos árbitros,<sup>129</sup> os quais averiguam a matéria sob seus aspectos formais e materiais graças ao princípio da competência-competência a eles disposto.<sup>130</sup>

O judiciário, por sua vez, está acostumado a lidar com o conflito de leis relativo à convenção arbitral (i) durante a ocorrência de procedimento judicial paralelo em que se questiona a arbitragem; (ii) no requerimento de medidas cautelares de socorro ou de proteção ao procedimento arbitral; (iii) na indicação de árbitro pelo Poder Judiciário; ou (iv) após o proferimento da sentença arbitral, seja para sua homologação e execução, seja para sua anulação, sempre pautado na análise da validade da cláusula compromissória.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> BLESSING, 1999, op. cit., p. 169.

<sup>128</sup> BERNARDINI, Piero. Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. ICCA Congress Series, vol. 9, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, pp. 197-203, 1999, p. 200.

<sup>129</sup> LEW, 1999, op. cit., p. 124.

<sup>130</sup> BERGER, op. cit., pp. 305-306.

<sup>131</sup> LEW; MISTELIS; KRÖLL, op. cit., pp. 109-110.

Importante aqui ressaltar que os diferentes foros em que a matéria é discutida podem facilmente aplicar diferentes regras de conflito de leis e frequentemente alcançar conclusões distintas quanto à lei aplicável à convenção arbitral e às consequências de sua aplicação. Afinal, enquanto as cortes estatais costumam se pautar pelas regras de conflitos de leis existentes em seu ordenamento jurídico, não há qualquer vinculação dos árbitros a uma *lex fori*, o que justifica a adoção de métodos tão distintos e singulares.<sup>132</sup>

Ademais, a validade da cláusula compromissória, tema principal da análise de lei aplicável, ainda é dividida entre suas questões formais e substantivas, passíveis da aplicação de leis distintas.<sup>133</sup> Assim, enquanto a averiguação da forma da convenção de arbitragem já encontra certo consenso, graças à utilização do artigo II da Convenção de Nova Iorque de 1958,<sup>134</sup> a análise material de sua validade deverá ser determinada pela aplicação de regras de conflito de leis.<sup>135</sup>

Ainda, embora Gary Born tenha estipulado treze possíveis consequências decorrentes da lei aplicável à convenção de arbitragem,<sup>136</sup> tem-se na prática que o debate acerca da lei aplicável ao acordo de arbitragem usualmente se relaciona apenas à existência, à validade e à interpretação da convenção de arbitragem.<sup>137</sup>

De todo modo, mesmo que assim o fosse, tribunais judiciais e arbitrais não necessariamente aplicarão a mesma lei a todos os treze cenários suscitados por Born: como afirmado pelo próprio autor, é possível que a lei do domicílio da parte se aplique para análise sua *capacity*, enquanto a Convenção de Nova Iorque regule as questões de forma da convenção de arbitragem e a lei da sede dite sua validade substantiva.<sup>138</sup>

---

<sup>132</sup> Ibid., p. 111.

<sup>133</sup> LEW, 1999, op. cit., p. 119.

<sup>134</sup> BERGER, op. cit., pp. 332-333. No mesmo sentido: BORN, 2022, op. cit., p. 658.

<sup>135</sup> LEW, 1999, op. cit., p. 129.

<sup>136</sup> Para Gary Born, essa questão poderia incluir, preliminarmente, até treze consequências distintas para sua aplicação: (i) a validade formal de uma convenção de arbitragem; (ii) a *capacity* das partes para celebrar uma convenção de arbitragem; (iii) a autoridade dos representantes das partes para celebrar uma cláusula compromissória; (iv) a formação e existência de um acordo arbitragem; (v) a validade substantiva e a legalidade de uma convenção de arbitragem; (vi) a "não arbitrabilidade" ou a "arbitrabilidade objetiva"; (vii) a identidade das partes de uma cláusula compromissória; (viii) os efeitos de uma convenção de arbitragem; (ix) os meios de execução de uma convenção de arbitragem; (x) a interpretação de um acordo arbitral; (xi) a rescisão e a expiração de uma convenção de arbitragem; (xii) sua cessão; e (xiii) a renúncia ao direito de arbitrar (BORN, 2022, op. cit., p. 523).

<sup>137</sup> BORN, 2022, op. cit., pp. 507-508.

<sup>138</sup> Ibid., p. 524.

Assim, na tentativa de abordar a questão da melhor maneira possível, diversos foram os critérios práticos adotados por cortes estatais, por tribunais arbitrais e pela doutrina, envolvendo a possibilidade de se aplicar diversas leis e em diversas etapas.<sup>139</sup> Aqui, menciona-se celeremente os parâmetros baseados em convenções internacionais e o teste triplo elaborado pelos países de *common law*, os quais serão aprofundados junto à análise de casos (*infra*, n. 3.1).

De antemão, nota-se a exclusão da Convenção de Roma I de 1980, “aplicável às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis”<sup>140</sup> já que seu artigo 1(2)(e) prevê expressamente que:

Artigo 1º Âmbito de aplicação material. [...] 2. São **excluídos** do âmbito de aplicação do presente regulamento: [...] e) As **convenções de arbitragem e de eleição do foro**. (grifo nosso)

A Convenção de Nova Iorque de 1958, por sua vez, não trata diretamente do tema,<sup>141</sup> mas traz em seu artigo V(1)(a) a aplicação de regra relativa à homologação de sentenças adotada como *fallback mechanism* para garantir que a sentença arbitral proferida não seja alvo de tentativas de anulação ou não-homologação:

1. Recognition and enforcement of **the award may be refused**, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or **the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made**.<sup>142</sup> (grifo nosso)

O mesmo ocorre com a Lei Modelo, em que o teste adotado para verificar a lei aplicável à cláusula compromissória segue, preventivamente, o disposto nos artigos 34(2)(a)(i) e 36(1)(a)(i), relativos à anulação ou não reconhecimento de sentença arbitral:<sup>143-144</sup>

Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award [...] (2) **An arbitral award may be set aside** by the court specified in article 6 **only if**: (a) the party making the application furnishes proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or **the said agreement**

<sup>139</sup> Ibid., p. 522.

<sup>140</sup> Artigo 1(1) da Convenção de Roma I de 1980.

<sup>141</sup> BLACKABY, et al., op. cit., para. 3.12.

<sup>142</sup> Art. V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque.

<sup>143</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 514.

<sup>144</sup> O Art. Art. 38, inc. I, da Lei de Arbitragem brasileira estabelece no mesmo sentido que: “Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;” (grifo nosso).

**is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State.**<sup>145</sup> (grifo nosso)

Article 36. Grounds for refusing recognition or enforcement (1) **Recognition or enforcement of an arbitral award**, irrespective of the country in which it was made, **may be refused only**: (a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or **the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made.**<sup>146</sup> (grifo nosso)

Já a Convenção Europeia de 1961 prevê em seu artigo VI(2) um conjunto de regras específicas para análise de conflito de leis relativa à cláusula compromissória.<sup>147</sup> Todavia, nota-se sua limitação apenas aos casos de análise da “validade da convenção arbitral”:

Article VI - Jurisdiction of Courts of Law [...] 2. In taking a decision concerning the existence or the validity of an arbitration agreement, **courts of Contracting States shall examine the validity** of such agreement with reference to the capacity of the parties, under the law applicable to them, and with reference to other questions **(a) under the law to which the parties have subjected their arbitration agreement; (b) failing any indication thereon, under the law of the country in which the award is to be made; (c) failing any indication as to the law to which the parties have subjected the agreement, and where at the time when the question is raised in court the country in which the award is to be made cannot be determined, under the competent law by virtue of the rules of conflict of the court seized of the dispute.** The courts may also refuse recognition of the arbitration agreement if under the law of their country the dispute is not capable of settlement by arbitration.<sup>148</sup> (grifo nosso)

Por outro lado, os tribunais do judiciário que não possuem regras específicas em sua *lex fori* para lidar com a lei aplicável à convenção de arbitragem devem desenvolver suas próprias regras para solucionar o problema.<sup>149</sup> Foi assim que o Reino Unido, seguido por diversos outros países de *common law* (e até mesmo de *civil law*), estabeleceu em Sulamérica v. Enesa (*infra*, n. 3.1.9) um teste de três etapas, em que se deve aplicar à convenção de arbitragem (i) a lei escolhida expressamente pelas partes; ou, em sua ausência, (ii) a lei escolhida implicitamente pelas partes; ou, em segundo grau de subsidiariedade, (iii) a lei com maior conexão ao acordo de arbitragem.

Como se não bastasse a existência de diversos métodos para se determinar o sistema legal regente, até a aplicação de uma mesma regra de conflito de leis pode resultar em conclusões distintas, já que a aplicação de cada uma de suas etapas pode ocorrer de forma

---

<sup>145</sup> Artigo 34(2)(a)(i) da Lei Modelo da UNCITRAL.

<sup>146</sup> Artigo 36(1)(a)(i) da Lei Modelo da UNCITRAL.

<sup>147</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 514.

<sup>148</sup> Artigo VI(2) da Convenção Europeia de 1961.

<sup>149</sup> BERGER, op. cit., pp. 306.

singular, como ocorre com os tribunais ingleses ao verificar qual a “escolha implícita” das partes e os fatores de “maior conexão”,<sup>150</sup> real objeto de análise da presente tese.

Segue-se, enfim, à análise de casos para que se compreenda (i) como surgem os casos relativos à aplicação de leis a convenções arbitrais; (ii) quais são os argumentos suscitados para cada uma das partes; e (iii) qual tem sido o posicionamento da jurisprudência ao escolher qual sistema legal regerá a cláusula compromissória, não apenas quanto ao resultado alcançado, mas com especial atenção à *ratio decidendi* adotada.

### 3.1. Análise de casos e a formação de precedentes na arbitragem

De início, causa estranheza tratar de precedentes na arbitragem, principalmente de precedentes judiciais relativos a procedimentos arbitrais internacionais. Afinal, a “arbitragem, obviamente, não possui sistema de *stare decisis* ou precedentes. Os árbitros não estão vinculados a considerarem decisões de tribunais ou painéis anteriores”<sup>151</sup>, estando livres, inclusive, para escolher as regras de direito internacional que considerarem apropriadas.<sup>152</sup> As decisões, quando seguidas, são por sua persuasão ou, ainda, pelo respeito ao profissional que as proferiu.<sup>153</sup>

No Brasil, por exemplo, tem-se que “[o] árbitro não está vinculado aos procedimentos, ritos e formas do Poder Judiciário ou do Código de Processo Civil”,<sup>154</sup> embora parte da doutrina entenda que, mesmo sem a aplicação dos arts. 926 e 927 do CPC, o árbitro não poderá se desvincular do entendimento pacificado nos julgados dos tribunais pátrios, por constituírem subsídio valioso na aplicação correta da lei. Assim, os precedentes judiciais não são seguidos por questões hierárquicas, mas sim pela eficácia persuasiva existente e a garantia de segurança

<sup>150</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 522.

<sup>151</sup> No original: “Arbitration, of course, has no system of stare decisis or precedent. Arbitrators are not bound to consider the decisions of earlier tribunals or panels.” (MOSK, Richard; GINSBERG, Tom. Dissenting Opinions in International Arbitration. In: **Liber Amicorum Bengt Broms**, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999, p. 268).

<sup>152</sup> No original: “it is often said that such a tribunal is not bound by any formal ‘conflict of law’ rules and is free to apply the law that it considers to be appropriate.” (BLACKABY, et al., op. cit., para. 3.11).

<sup>153</sup> SHEPPARD, Audley William. Res Judicata and Estoppel. In: CREMADESCO, Bernardo M. Sanz-Pastor; LEW, Julian D. M. (Ed.). **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, vol. 3. Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC), p. 219-242, 2005, p. 222.

<sup>154</sup> CREMASCO, Suzana Santi; VIANA, Bruno Giannetti. Aspectos contemporâneos da execução de sentença arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.) et al. **Processo Civil Contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, pp. 893-908, 2018, p. 902.

jurídica gerada por eles.<sup>155</sup> Faz-se necessário, entretanto, dar um passo atrás antes de avançarmos na análise de casos, para que seja possível entender (ao menos parcialmente) o que é um precedente, a sua importância e a influência que exerce sobre os agentes na arbitragem comercial internacional.

Nesse sentido, afirma Neil Duxbury que um “*precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action*”,<sup>156</sup> isto é, o precedente é uma decisão pretérita, relevante para guiar a conduta de árbitros e juízes que se veem diante de situações semelhantes às anteriormente julgadas, um exercício que surge naturalmente da atividade de julgar.<sup>157</sup> Assim, ao observar um litígio já decidido, aquele que julga não recorrerá apenas aos argumentos das partes e à doutrina, mas também às decisões anteriores na mesma matéria.

É importante reforçar que não se trata aqui de facilitar a atividade do juiz ou do árbitro ao julgar novos casos, mas sim de fornecer ao julgador a perspectiva passada, já adotada anteriormente em casos similares. Além disso, ressalta-se que o precedente difere da decisão que o originou: é a *ratio decidendi* previamente utilizada que fornece ao juiz elementos relevantes para serem usados nos casos futuros.<sup>158</sup>

Ademais, ressalta-se que nem toda decisão forma precedente, embora todo precedente seja proveniente de uma decisão, seja ela judicial ou arbitral, o que se dá em razão do *distinguishing* e do *overruling*.<sup>159</sup> Afinal, o julgador não está preso a decisões que envolvam casos distintos àquele tratado, nem a decisões que considera ultrapassadas, seja pela alteração de dispositivos legais, seja pela mudança de entendimento jurisprudencial e doutrinário.

Ainda, embora naturalmente associado à *common law*, em que há regras explícitas sobre sua existência e repercussão, o precedente ganha um “peso moral” nos países de *civil law* – e até mesmo na arbitragem –, proveniente do respeito e natural autoridade existente em decisões

<sup>155</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **O árbitro e a observância do precedente judicial**. Publicado em 01.11.2016 no CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>156</sup> DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1. Disponível em: doi: 10.1017/CBO9780511818684.002. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>157</sup> MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 15.

<sup>158</sup> COSTA E SILVA, Paula; VITORINO, Beatriz de Macedo; ALMEIDA, Filipa Lira de. **Arbitral Precedent: Still Exploring the Path**, publicado em 28.10.2018 no Kluwer Arbitration Blog. Disponível em: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/28/arbitral-precedent-still-exploring-the-path/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>159</sup> MARIANI, op. cit., p. 19.

pretéritas.<sup>160</sup> Assim, mesmo na ausência de precedentes vinculantes, as decisões anteriores são revisitadas na arbitragem como forma de consulta ao notório saber daqueles que já estiveram na mesma posição.

Especificamente na arbitragem comercial internacional,<sup>161</sup> é importante ter em mente que raras são as decisões publicadas e, portanto, os precedentes arbitrais não costumam ser considerados em análises feitas por outros árbitros, que muitas vezes são de outra jurisdição ou sistema jurídico.<sup>162</sup> Nota-se, entretanto, que as poucas sentenças acessíveis, junto às decisões judiciais, são capazes de influenciar a tomada de decisão até mesmo dos mais qualificados árbitros. Outrossim, as decisões pretéritas não são capazes apenas de influenciar a fundamentação das decisões proferidas por árbitros quando provocados por situações similares às já julgadas anteriormente: a análise de precedentes influencia diretamente a conduta das partes, tanto quanto a potenciais litigantes em um procedimento arbitral quanto à argumentação desenvolvida durante a arbitragem.<sup>163</sup>

Aqui, entretanto, os julgados analisados não são decisões arbitrais, mas sim decisões judiciais proferidas em países de *common law* atinentes à validade, existência e eficácia da convenção de arbitragem e, assim, com foco na lei a ela aplicável. Além disso, embora os diversos casos listados nesta tese se dividam entre julgados do Reino Unido,<sup>164</sup> Índia<sup>165</sup> e Singapura,<sup>166</sup> não há razão para os dividirmos entre seus países e respectivas jurisprudências, uma vez que, em razão da baixa quantidade de casos que analisam a matéria, as decisões analisadas citam casos julgados em demais países, na tentativa de identificar a melhor *ratio* a ser adotada. Ainda, até mesmo as sentenças e acórdãos proferidos em um único país estão

---

<sup>160</sup> ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. In: **Southern California Law Review**, vol. 63, 1989-1900, pp. 1-64. Disponível em: <http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/alexander-1989-constrained-precedent.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>161</sup> Na arbitragem de investimento, as sentenças proferidas costumam estar disponíveis para consulta, em razão da participação de Estados e seus entes.

<sup>162</sup> GUILLAUME, The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. In: **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford University Press, Vol. 2, n. 1, pp. 5-23, 2011, p. 15.

<sup>163</sup> MARIANI, op. cit., p. 11.

<sup>164</sup> Black Clawson v. Papierwerke Naviera Amazonica (*infra*, n. 3.1.1); Peruana v. Compania Internacional de Seguros (*infra*, n. 3.1.2); Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction (*infra*, n. 3.1.4); XL Insurance v. Owens (*infra*, n. 3.1.5); C v. D (*infra*, n. 3.1.7); Dallah v. Pakistan (*infra*, n. 3.1.8); Sulamérica v. Enesa (*infra*, n. 3.1.9); Arsanovia v. Cruz City (*infra*, n. 3.1.10); Habas Sinai v. VSC Steel (*infra*, n. 3.1.11); Enka v. Chubb (*infra*, n. 3.1.14); e Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group (*infra*, n. 3.1.15);

<sup>165</sup> Sumitomo Heavy Industries v. ONGC (*infra*, n. 3.1.3); e NTPC v. Singer (*infra*, n. 3.1.6).

<sup>166</sup> Firstlink v. GTPayment (*infra*, n. 3.1.12); e BCY v. BCZ (*infra*, n. 3.1.13).

repletas de divergências entre si, sobretudo se analisadas as decisões entre instâncias, a exemplo do que ocorre na análise dos tribunais ingleses em C v. D e Sulamérica v. Enesa (*infra*, n. 3.1.9).

Nesse sentido, para compreender qual o (des)entendimento atual acerca das decisões relativas à lei aplicável à cláusula compromissória, a análise se dará de modo a analisar: (i) os fatos do caso; (ii) a cláusula compromissória insere no contrato principal; (iii) o conflito entre as possíveis leis aplicáveis; (iv) os argumentos apresentados ao longo do processo; e (v) a *ratio decidendi* apresentada pelos tribunais ao julgar a matéria, usualmente reanalizada nos casos posteriormente citados. Ademais, a análise a seguir representa apenas uma parcela de casos que, não obstante conter os julgados mais relevantes para a doutrina e jurisprudência na atualidade, evidentemente não representa a totalidade de casos tocantes à matéria.<sup>167</sup>

### 3.1.1. Black-Clawson v. Papierwerke<sup>168</sup>

Em 1961, Black-Clawson International Ltd, empresa inglesa, e Papierwerke A.G, empresa alemã, firmaram um contrato para o fornecimento de máquinas para a fábrica na Alemanha, a serem pagas em 20 letras de câmbio, cada uma no valor de £ 48.406,00. A cláusula de solução de conflitos dispunha que as disputas não解决adas amigavelmente iriam para arbitragem perante a ICC, com submissão das partes ao *Arbitration Act* inglês e sede arbitral em Zurique. Ainda, a lei aplicável para analisar a disputa variaria conforme o reclamante:

(a) All disputes emanating between the parties from this contract, its appendices and additional agreements to this contract or in connection with the procedure of this contract including differences regarding the validity of these agreements and the validity of arbitration clause the parties will at first try to settle by friendly agreement.

(b) Should such intention fail, any dispute or difference shall be referred to the decision of one or more arbitrators to be appointed in conformity with the Rules of the **International Chamber of Commerce** and such reference shall be deemed to be

---

<sup>167</sup> Nota-se a existência de casos relevantes deixados de fora da análise a seguir, como: REINO UNIDO. *House of Lords. Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery e outros*, caso n. [1894] UKHL 642, j. 10.05.1984. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1894/31SLR0642.html>. Acesso em: 3 jun. 2023; REINO UNIDO. *House of Lords. Compagnie Tunisienne de Navigation SA v. Compagnie d'Armement Maritime SA*, caso n. [1971] AC 572 HL, j. 14.07.1970. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=147042>. Acesso em: 3 jun. 2023; REINO UNIDO. *High Court. Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v. Ferrell International Ltd.*, caso n. 2001 Folio 186, j. 04.10.2001. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/6/16926.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023; REINO UNIDO. *High Court. Shashoua e outros v. Sharma*, caso n. [2009] EWGC 957 (Comm), j. 07.05.2009. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f20a2c94e0775e7f12aa>. Acesso em: 3 jun. 2023; e SINGAPURA. *Court of Appeal. BNA v. BNB e outro*, caso n. [2019] S.G.C.A. 84, j. 27.12.2019. Disponível em: [https://www.elitigation.sg/gd/s/2019\\_SGCA\\_84](https://www.elitigation.sg/gd/s/2019_SGCA_84). Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>168</sup> REINO UNIDO. *High Court. Black Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, j. 03.03.1981. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=148684>. Acesso em: 3 jun. 2023.

**submission to arbitration within the meaning of the Arbitration Act of England of 1950 or any modification or re-enactment thereof.**

(c) **The arbitration** on such **reference shall take place in Zurich** and any question as to construction or effect shall be decided according to the **laws of England if the reference to arbitration shall have been made by the purchasers** and according to the laws of the Federal Republic of Germany if such reference shall have been made by the sellers. (grifo nosso)

A entrega da máquina ocorreu em 1963 e a partir de então uma série de disputas entre as empresas surgiu, dando origem a uma arbitragem requerida em junho de 1965, relacionada à performance da máquina e aos pagamentos a serem realizados por ela. A arbitragem, todavia, não foi de simples resolução. Em quase 15 anos de procedimento, diversas audiências arbitrais foram realizadas, todos os árbitros renunciaram e foram realizadas 9 audiências perante os tribunais suíços graças a pedidos de intervenção.

A sentença arbitral sobreveio em 1979 a favor dos compradores alemães (Papierwerke), que imediatamente prosseguiram com a homologação da decisão em território inglês, enquanto os vendedores ingleses requereram aos tribunais suíços que a sentença fosse anulada e o caso voltasse para reconsideração do tribunal arbitral, o que foi deferido no mesmo ano.

Em sequência, foi ajuizada ação na Inglaterra com pedido liminar para que os compradores fossem impedidos de tomar qualquer outra medida relacionada à arbitragem e que a convenção arbitral fosse declarada rescindida em razão da frustração, do repúdio à convenção e da alta demora nos procedimentos arbitrais. A Papierwerke, então, foi notificada para que interrompesse qualquer medida relacionada à arbitragem.

Para que a ação fosse mantida no judiciário londrino, três foram as questões suscitadas pela *Commercial Court* inglesa, sob relatoria de *Justice Mustill*. Primeiro: o acordo de arbitragem era regido pela lei inglesa, expressa ou implicitamente? Segundo: a Black-Clawson tinha argumentos plausíveis para alegar a frustração<sup>169</sup> desse contrato? Terceiro: se as respostas às perguntas anteriores forem positivas, o processo deveria prosseguir na *Commercial Court* inglesa? Assim, passou *Justice Mustill* à análise da lei aplicável à cláusula compromissória e da existência de repúdio ou frustração da arbitragem.

Para tanto, estabeleceu-se a aplicação já consolidada de três possíveis sistemas de lei relevantes na análise de cláusulas compromissórias: (i) a lei que rege o contrato principal; (ii)

---

<sup>169</sup> À época, *Lord Mustill* entendeu que a convenção de arbitragem representava um contrato divisível, capaz de ser rescindido por repúdio das partes ou frustração do método de solução de conflitos.

a lei aplicável à convenção de arbitragem e sua execução; e (*iii*) a lei do local (sede) em que ocorre a arbitragem, a *lex fori*. Embora normalmente as três questões sejam regidas pela mesma lei, é mais comum que, na aplicação de sistemas legais diversos a elas, a lei da sede seja distinta da lei do contrato. Ademais, quando todas as leis divergem entre si, é mais provável que a lei aplicável ao acordo de arbitragem seja a lei que rege o contrato principal.<sup>170</sup>

Nesse sentido, os remédios a serem fornecidos pelo judiciário dependem não apenas da lei aplicável, mas de quais aspectos serão analisados. No presente caso, a análise envolveu a existência do contrato em arbitrar mesmo após sua eventual frustração, razão pela qual de pouca importância seriam as questões processuais elegidas pela *lex fori* inglesa e a menção ao *Arbitration Act*, estando a questão mais ligada à lei substantiva que rege o contrato, a formação da cláusula compromissória e a possibilidade de rescindi-la por frustração ou repúdio. Ademais, entendeu-se que a única referência à lei inglesa na cláusula arbitral questionada era a aplicação do *Arbitration Act* de 1950 ao procedimento arbitral.

Ainda, embora a *lex fori* eleita tenha sido a inglesa, caberia ao tribunal da sede (Zurique) a análise acerca da frustração ou não da convenção de arbitragem. Afinal, caso contrário fosse, haveria um regime especial criado apenas para esta arbitragem, sendo os tribunais ingleses os responsáveis por anular e remeter a sentença novamente ao tribunal arbitral localizado na Suíça.

Além disso, considerou-se a cláusula disposta no contrato previa que as partes estavam submetidas à arbitragem, termo também utilizado no *Arbitration Act*, razão pela qual a convenção arbitral significava, indiretamente, que tribunais ingleses devessem garantir o procedimento e suspender eventuais ações movidas contra a arbitragem.

À exceção do *Arbitration Act* de 1950, todos os outros fatores apontam para a aplicação da lei suíça como aquela apropriada para reger o acordo: as partes escolheram Zurique como sede, que foi o local em que a arbitragem predominantemente ocorreu, e passaram, ao longo do tempo, a aplicar a ZPO (*Schweizerischen Zivilprozessordnung*), o código de processo suíço, para reger questões relativas à cláusula nos processos demandados em solo helvético. A partir disso, presumiu-se que esta era a única lei relevante à convenção de arbitragem.

---

<sup>170</sup> Original: “It is by no means uncommon for the proper law of the substantive contract to be different from the *lex fori*; and it does happen, although much more rarely, that the law governing the arbitration agreement is also different from the *lex fori*. [...] Where the laws diverge at all, one will find in most instances that the law governing the continuous agreement is the same as the substantive law of the contract in which it is embodied and that the law of the reference is the same as the *lex fori*.”

Como se não bastasse, ao descobrirem que questões levantadas durante o procedimento violavam a lei suíça, as partes passaram um ano reorganizando seus pleitos para estar em conformidade com o sistema legal helvético, bem como aplicaram a lei suíça para questões envolvendo medidas judiciais e problemas envolvendo a perícia realizada durante o processo, sem nunca ter levantado a possibilidade de aplicação da lei inglesa.

É por isso que, sagazmente, a Black-Clawson desviou destes fatos ao afirmar que a lei aplicável ao acordo de arbitragem, duradouro, em que as partes se submeteram a arbitrar em disputas futuras, era a inglesa, distinta da lei aplicável ao procedimento arbitral em questão. O fator relevante, portanto, seria a existência do acordo original em arbitrar. Deste modo, sendo a cláusula compromissória mais uma cláusula insere no contrato principal seria possível assumir que a lei a ela aplicável seria a mesma que rege a compra e venda, isto é, a lei inglesa.

Nesse sentido, *Justice Mustill* levantou a existência de duas relações contratuais existentes na resolução de conflitos pela arbitragem: (a) o contrato para submeter futuras disputas à arbitragem, que surge junto ao contrato principal no qual a cláusula compromissória está inserida e vigora por sua duração, ou enquanto existirem controvérsias (“acordo contínuo”); e (b) um ou mais conjuntos individuais de obrigações contratuais bilaterais que passam a existir quando uma das partes reivindica contra a outra uma reclamação que se enquadra no escopo da promessa original de arbitragem e que não foi possível solucionar (“acordo individual”).

São essas as obrigações bilaterais internas que, na visão do tribunal inglês, poderiam ser rescindidas por frustração ou repúdio, sem que o acordo contínuo fosse afetado. Deste modo, não resta razão sobre o pedido de que, com a frustração de um acordo individual, todo o acordo em arbitrar cairia por terra, embora também possam existir hipóteses para seu encerramento prematuro. Assim, não há nada que impeça que os acordos em arbitrar, contínuo e individual, sejam regidos por leis distintas, embora este problema raramente surja na prática.

Os argumentos da Black-Clawson de que a presente disputa não poderia ser mais ouvida e julgada de forma justa pelo tribunal arbitral e, portanto, fora frustrada, fazem referência, então, ao acordo individual, relacionado apenas à arbitragem iniciada em Zurique, e, evidentemente, tem o claro intuito de obstar arbitragem como um todo. Esta relação é regida pela lei suíça, sendo irrelevante determinar a lei aplicável ao acordo individual.

Ainda assim, *Justice Mustill* declarou que, independentemente da lei aplicável ao contrato, ao elegerem Zurique como sede da arbitragem, as partes indicaram uma intenção suficiente de que a lei que rege o acordo contínuo de arbitragem deveria, durante toda a vigência do contrato, ser a lei de Zurique, sendo este um dos casos “raros” em que a lei do contrato e da cláusula compromissória divergem.

Além disso, outros motivos apontam para a rejeição do pedido liminar da vendedora, já que o direito inglês exige a presença de *fumus bonus iuris* (“*a good arguable case*”) para concessão de cautelares. O pleito da Black-Clawson, entretanto, não possuía pé nem cabeça, seja pela suposta repudiação de má-fé à arbitragem pela compradora, seja pela frustração da arbitragem em solucionar os conflitos existentes entre as partes. Afinal, não há nenhum indicativo de que a Papierwerke agiu dolosamente para retardar o procedimento e o próprio tribunal suíço remeteu o caso à arbitragem após anular a sentença proferida anteriormente, não havendo, respectivamente, qualquer repudiação ou frustração.

Assim, entendeu-se que a presente disputa fez referência ao acordo individual em arbitrar, que as partes escolheram implicitamente a lei suíça (da sede) para reger esta relação e que não houve qualquer base para argumentar sobre a frustração ou o repúdio à convenção de arbitragem, enquanto os procedimentos arbitrais foram retomados conforme orientação do próprio tribunal suíço, sem que a cautelar fosse concedida pela *Commercial Court* inglesa.

Além disso, importante ressaltar que, no presente caso, a decisão judicial indicou que a lei aplicável ao acordo contínuo de arbitragem costuma ser aquela que rege o contrato, enquanto a lei da sede se aplicaria ao acordo individual. De todo modo, ainda que a lei aplicável à arbitragem já existente (acordo individual) fosse a inglesa, Zurique ainda seria o *centre of gravity* do procedimento.

### **3.1.2. Naviera Amazonica Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros<sup>171</sup>**

Naviera Amazonica Peruana, companhia relacionada à área naval, firmou em 1982 com a Compania Internacional de Seguros del Peru, seguradora, uma apólice de seguro em dólares relativa ao casco de quatro navios nas Américas, Europa e Japão, incorporando termos de um contrato americano de seguro anteriormente pactuado. Assim, formou-se contrato dividido em

---

<sup>171</sup> REINO UNIDO. *Court of Appeal. Naviera Amazonica Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros del Peru*, j. 10.11.1987. In: VAN DEN BERG, Albert Jan. **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1988**, vol. 13, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 1988), pp. 156-164.

condições gerais “impressas”, da apólice anterior, e condições gerais "datilografadas", específicas para este contrato, com previsão de que as cláusulas “datilografadas” prevaleceriam em caso de conflito. As condições gerais “impressas” previam que:

Whatever the domicile of the Insured, in the event of judicial dispute **he accepts, from now on, the jurisdiction and competence of the City of Lima**, without any reservation of any nature. (grifo nosso)

As condições gerais “datilografadas”, por sua vez, indicaram que:

Las Liquidaciones de Averia se realizarán en **Londres** (grifo nosso)

**Arbitraje bajo las Condiciones y Leyes de Londres** (grifo nosso)

Com base nessas estranhas cláusulas em sentido aparentemente contrário, iniciou-se disputa para verificar se a sede arbitral seria Lima ou Londres.

Em 1985, a Naviera Amazonica ajuizou ação perante a *High Court* londrina, requerendo a declaração de que a apólice de seguro previa a submissão de litígios à arbitragem a ser sediada em Londres, junto à indicação arbitral pela corte, nos termos do artigo 10<sup>172</sup> do *Arbitration Act* de 1950. A Seguradora, entretanto, foi ao tribunal de primeira instância de Lima, para obter decisão que restringisse a sede da arbitragem ao Peru.

Em sua decisão, a *High Court* recusou os pedidos da Segurada, alegando que Lima era o foro acordado entre as partes para sediar a arbitragem, mas que a lei por ela acordada para este procedimento seria a lei inglesa. Naviera Amazonica, assim, entrou com recurso à *Court of Appeal*, que entendeu que o litígio repousava, na realidade, entre o foro escolhido (“localização geográfica da arbitragem”) e a lei procedural aplicável (“localização jurídica da arbitragem”), sem a existência de qualquer precedente à época que relatassem a mesma situação.

*Justice Kerr*, na análise do caso, esclareceu que todos os contratos que preveem a solução de conflitos via arbitragem podem envolver três sistemas jurídicos potencialmente distintos: (a) a lei que rege as questões substantivas do contrato; (b) a lei que governa o acordo de arbitragem e sua performance; e (c) a lei [procedimental] que rege a condução da arbitragem. Na hipótese em que os sistemas legais diferem, embora sejam usualmente os mesmos, a lei aplicável ao contrato (lei a) frequentemente será distinta da lei da sede arbitral (lei c), de maneira similar àquela julgada em *Black-Clawson v. Papierwerke* (*supra*, n. 3.1.1), em que se

---

<sup>172</sup> Foi realizada a opção do autor de traduzir as “sections” inglesas pela palavra “artigo”.

considerou uma maior probabilidade de que o acordo de arbitragem seja regido pela lei contratual.

No presente caso, não há discussão sobre a lei que governa o direito substantivo da apólice de seguros firmada entre as partes (lei a), já que, embora este provavelmente seja a o peruano, não há qualquer relação desta com a presente disputa; nem sobre a lei substantiva da cláusula compromissória (lei b), já que era expressa a aplicação da lei inglesa à convenção arbitral. A matéria, portanto, se centra na escolha da lei que conduz a arbitragem, isto é, a lei processual, também conhecida como lei curial ou *lex fori* (lei c).

Nesse sentido, a *Court of Appeal* defendeu que o direito inglês não reconhece a arbitragem deslocalizada ou os procedimentos arbitrais que flutuam em âmbito transnacional, devendo cada arbitragem ter uma sede, um *locus arbitri* ou um foro que submeta a arbitragem às regras processuais que a ela serão aplicadas (lei c). Na ausência de escolha expressa para reger o procedimento, se aplicaria, pelo menos à *prima facie*, a lei do país em que a arbitragem ocorre, por sua conexão direta ao processo. Ainda, não haveria qualquer alteração nisto pela escolha de câmaras arbitrais em uma arbitragem institucionalizada, já os regulamentos destas seriam apenas incorporados ao contrato e à lei aplicável, desde que na ausência de contradições.

Além disso, embora nada impeça que as partes pactuem uma lei distinta àquela da sede da arbitragem, matéria muito discutida doutrinariamente, não haveria nenhum relato jurisprudencial nesses termos. Afinal, tal acordo envolveria uma série de complexidades e inconvenientes que dificultariam sua aplicação prática, como a possibilidade de uma lei doméstica reger a competência de tribunais estrangeiros. Basta imaginar a atividade do judiciário de Lima ao ser provocado por uma arbitragem no Peru, mas regulada pela lei procedural inglesa.

Assim, embora a Seguradora tenha argumentado com base em uma suposta subdivisão interna na lei processual (lei c), relativa à condução da arbitragem pelos árbitros e às regras que regem a supervisão das cortes nacionais, não se pode imaginar que as partes pretendiam ter sua relação submetida a regime tão complexo, em uma clara confusão entre a sede geográfica e a sede jurídica da arbitragem. Deste modo, frustrou-se a tese de que a arbitragem ocorreria em Lima, com aplicação da lei processual inglesa, mas com supervisão do judiciário peruano.

A pretensão das partes em escolher leis distintas - esta sim - seria a única capaz de construir tal Frankenstein. Entretanto, ao analisar as mesmas matérias que convenceram a

decisão da *Court of Appeal*, entendeu-se que esta nunca existiu. Cláusulas que preveem resquícios de foro judicial, questões idiomáticas e a origem das partes não podem definir levianamente o que elas pretendiam no encontro de suas mentes. No caso em tela, mesmo peruanas e negociando em espanhol, as partes são empresas internacionais, que contrataram e cobriram apólices para navios em todo o mundo, não estando estas vinculadas a Lima, embora o tribunal arbitral possa designar audiências em território peruano por conveniência.

Ressalta-se, ademais, a consideração realizada pelo *Justice Kerr* acerca das questões gramaticais levadas em conta na *High Court*: “linguistic points of this kind are not helpful for the construction of commercial contracts, particularly when concluded between foreign parties in a foreign language.”.

Foi assim que se chegou à conclusão de que a sede da arbitragem prevista contratualmente coincidia com a lei processual escolhida pelas partes. O enfoque aqui, entretanto, se encontra no racional utilizado para enfrentar, na prática, a possibilidade de existirem três leis distintas aplicáveis a um mesmo acordo - uma para as questões materiais do contrato, outra para as questões materiais da cláusula compromissória e, ainda, uma terceira lei, aplicável às questões processuais da arbitragem.

### **3.1.3. Sumitomo Heavy Industries v. Oil & Natural Gas Commission of India<sup>173</sup>**

Em 1983, a Oil & Natural Gas Commission of India (“ONGC”) contratou a Sumitomo Heavy Industries para a construção completa de uma plataforma petrolífera a aproximadamente 100 milhas de distância de Bombaim, com cláusula arbitral nos seguintes termos:

17.1. Applicable Laws. All questions disputes or difference arising under, out of or in connection with this Contract shall be subject to the laws of Indian [sic]. (grifo nosso)

17.2. Arbitration. If any dispute, difference or question shall at any time hereafter arise between the parties hereto or their respective representatives or assigns in respect of the construction of these presents or concerning anything herein contained or arising out of these presents or as to the rights, liabilities or duties of the said parties hereunder which cannot be mutually resolved by the parties, the same shall be referred to arbitration, the proceeding of which shall be held at London, U.K. Within 30 days of the receipt of the notice of intention of appoint arbitrators each party shall appoint an arbitrator of its own choice and inform the other party. Before entering upon the arbitration, the two arbitrators shall appoint an umpire. In case the parties fail to appoint its arbitrator within 30 days from the receipt of a notice from the other party in this behalf of if any dispute in selection of umpire, the president of International

---

<sup>173</sup> ÍNDIA. *Bombay High Court. Sumitomo Heavy Industries Ltd. vs Oil And Natural Gas Corporation*, caso n. 2002 (2) BomCR 10, j. 19.12.2001. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/952925/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

Chamber of Commerce, Paris, shall appoint the arbitrator and/or or the umpire as the case may be. The decision of the arbitrators and failing to an agreed decision by them, the decision of the umpire shall be find [sic] and binding on the parties. The arbitration proceeding shall be held in accordance with the provision of **International Chamber of Commerce** and the rules made thereunder as amended from time to time. The arbitration proceedings shall be conducted in English language. (grifo nosso)

Com o início de uma disputa após a conclusão dos trabalhos contratados, a Sumitomo enviou notificação arbitral à ONGC e, após a indicação dos árbitros das partes, que por sua vez elegeram árbitro de desempate (“umpire”), foi dado início às audiências preliminares. Sem a apresentação de defesa pela ONGC, a Sumitomo ajuizou ação na *Commercial Court* de Londres, para que fosse confirmada a possibilidade de prosseguir a arbitragem à revelia da ONGC. Foi proferida decisão que concedeu o prosseguimento da arbitragem, revogada no momento em que houve contestação da requerida.

No procedimento arbitral, os árbitros indicados divergiram quanto à decisão, o que provocou o *umpire* a proferir em 1995 sua sentença, contrária à ONGC. A empresa, resignada, requereu perante a *High Court* de Bombaim que o *umpire* apresentasse a sentença perante o judiciário, um pré-requisito para que pudesse alegar sua invalidade, inexequibilidade e pleitear sua anulação. A análise, entretanto, é anterior ao julgamento da *Supreme Court of India*.

Já na decisão proferida na *Commercial Court* inglesa,<sup>174</sup> Justice Potter indicou, tal qual nos casos ingleses anteriores, uma série de leis que necessitariam ser analisadas, sendo estas: (1) a lei do substantiva do contrato, que criou os direitos e obrigações pactuadas entre as partes; (2) a lei aplicável ao acordo de arbitragem, que rege a validade da convenção, a competência, a jurisdição dos árbitros e as obrigações decorrentes de tal pacto; (3) a lei do acordo individual, subsidiário ao acordo em arbitral contínuo, que emerge após a apresentação de uma notificação para arbitrar; e (4) a lei curial, que rege o procedimento arbitral em si.

Nesse sentido, afirmou que, em muitas arbitragens, a lei aplicável será a mesma para todos os quatro tópicos, sendo que a lei do contrato geralmente será muito decisiva na escolha da lei aplicável à cláusula compromissória, enquanto esta e a lei do acordo individual raramente serão distintas. É mais fácil, entretanto, encontrar lei processual distinta daquela que rege o contrato.

---

<sup>174</sup> REINO UNIDO. *High Court. Sumitomo Heavy Industries Ltd. vs Oil And Natural Gas Corporation*, caso n. [1994] 1 Lloyd's Rep. 45. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149759>. Acesso em: 3 jun. 2023.

Assim, entendeu em decisão irrecorrida que havia no presente caso (*i*) escolha expressa das partes pela aplicação da lei indiana ao contrato; (*ii*) alta probabilidade de que a lei indiana se aplicasse ao acordo de arbitragem, em razão das cláusulas insertes no instrumento contratual; (*iii*) indiferença quanto à lei aplicável ao acordo individual em arbitrar, pois a *doctrine of frustration of contract* é similar na Índia e na Inglaterra; e (*iv*) a lei processual aplicável é a inglesa, ainda que sem escolha expressa das partes, devido à sede da arbitragem.

A Sumitomo, com base nessas conclusões, alegou à *High Court* indiana que o tribunal de Bombaim não possuía jurisdição para analisar os pedidos da ONGC, que só poderiam ser averiguados pelos tribunais ingleses, devido à *lex fori* aplicável ao procedimento arbitral. À empresa indiana, entretanto, tal jurisdição da sede havia se esgotado tão logo a sentença fora proferida, sendo este o ponto principal da apelação.

Dentre as três possibilidades de leis aplicáveis às mais diversas questões oriundas de uma arbitragem, entendeu-se que: (*i*) a lei aplicável ao acordo de arbitragem rege a validade da convenção, o escopo da cláusula compromissória, a validade da notificação de arbitragem, a constituição do tribunal, a jurisdição do árbitro para analisar determinada matéria e a obrigação das partes em arbitrar eventuais disputas futuras; (*ii*) a lei curial rege a maneira pela qual a arbitragem deve ser conduzida, os poderes processuais dos árbitros e as questões relativas à produção e exibição de provas; e (*iii*) a lei do acordo individual em arbitrar rege a possibilidade de haver dispensa das partes da obrigação de arbitrar suas disputas por frustração ou repúdio.

Nesse sentido, a conclusão alcançada pela *Supreme Court of India* foi a de que a lei curial só está em vigor durante o procedimento arbitral, uma vez que ajuda o árbitro a reger e conduzir o processo. Em paralelo, os tribunais que administram a *lex fori* possuem supervisão da arbitragem em seu andamento, garantindo o cumprimento do processo e a efetivação de medidas cautelares. Assim, com a prolação da sentença e a extinção dos poderes e deveres do árbitro ("*functus officio*"), cessa também a autoridade das cortes nacionais do país sede, de modo que o pedido para se apresentar a sentença ao judiciário, seja para sua homologação ou anulação, não é regido pela lei curial.

Deste modo, não seria possível identificar qualquer relação entre a lei da sede (inglesa) e a apresentação da sentença proferida a um tribunal nacional indiano, já que esta seria regida pela lei aplicável à cláusula compromissória, que, no presente caso, seria a lei indiana, e não a *lex fori*, da sede inglesa, razões pelas quais a apelação foi rejeitada. O julgado traz, assim, uma

divisão de funções entre cada uma das “leis” apresentadas anteriormente, delimitando sua utilização em hipóteses como a de homologação e anulação da sentença arbitral, regidas pela lei aplicável à convenção de arbitragem, que seria a lei indiana, aplicável ao contrato.

### 3.1.4. Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.<sup>175</sup>

Em 1986, a Channel Tunnel Group Ltd. e France Manche S.A. (“Eurotunnel”) firmaram com uma série de empresas<sup>176</sup> um contrato de construção para a criação de um túnel no Canal da Mancha e demais obras auxiliares, como seu sistema de regulação de temperatura. Neste acordo, havia a previsão de solução de conflitos e escolha de lei do contrato nos seguintes termos:

Clause 67. Settlements of disputes. (1) If any dispute or difference shall arise between the employer and the contractor during the progress of the works [...], then, [...] such dispute or difference shall [...] in the first place be referred in writing to and be **settled by a panel of three persons (acting as independent experts but not as arbitrators)** who shall unless otherwise agreed by both the employer and the contractor within a period of 90 days after being requested in writing by either party to do so, and after such investigation as the panel think fit, state their decision in writing and give notice of the same to the employer and the contractor. [...] (2) The contractor shall in every case continue to proceed with the works with all due diligence and the contractor and the employer shall both give effect forthwith to every such decision of the panel (provided that such decision shall have been made unanimously) unless and until the same shall be revised by arbitration as hereinafter provided. **Such unanimous decision shall be final and binding upon the contractor and the employer unless the dispute or difference has been referred to arbitration as hereinafter provided.** [...] (4) all disputes or differences [...] shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by three arbitrators appointed under such rules. [...] **The seat of such arbitration shall be Brussels.** (grifo nosso)

Clause 68. The construction, validity and performance of the contract shall in all respects **be governed by and interpreted in accordance with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals.** Subject in all cases, with respect to the works to be respectively performed in the French and in the English part of the site, to the respective French or English public policy (ordre public) provisions. (grifo nosso)

---

<sup>175</sup> REINO UNIDO. *Court of Appeal. Channel Tunnel Group Ltd. e outro v. Balfour Beatty Construction Ltd. e outros*, caso n. [1993] A.C. 334, j. 22.01.1992. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18553.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023; e REINO UNIDO. *House of Lords. Channel Tunnel Group Ltd. e outro v. Balfour Beatty Construction Ltd. e outros*, caso n. [1993] Adj.L.R. 01/21, j. 21.01.1993. Disponível em: <http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Channel-Tunnel-Group-Ltd-Anor-v-Balfour-Beatty-Construction-Ltd-v-Ors-1993-AC-334.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>176</sup> Balfour Beatty Construction Ltd., Costain Civil Engineering Ltd., Tarmac Construction Ltd, Wimpey Major Projects Ltd., Gie Transmanche Construction, Bouygues S.A., Lyonnaise Des Eaux-Dumez, Societe Auxiliaire d'Enterprises S.A., Societe Generale d'Enterprises S.A. e Spie Batignolles S.A.

Nesse contexto, surgiu um conflito entre as partes quanto ao preço correto a ser pago aos construtores pelo sistema de arrefecimento do túnel, que foi incluído no contrato em um aditivo firmado em 1988, o que fez com que os construtores ameaçassem em 1991 a suspensão dos trabalhos que envolviam esse sistema de regulação de temperatura. Assim, no mesmo ano, a Channel Tunnel Group demandou medida cautelar perante os tribunais ingleses para que a suspensão das obras fosse impedida. Os construtores, por sua vez, pleitearam que a ação fosse suspensa até que ocorresse a arbitragem.

O Juízo de primeiro grau decidiu que, com o compromisso dos construtores em não suspenderem os trabalhos sem antes enviar uma notificação avisando sobre a paralisação com 14 dias de antecedência, não era necessário proferir decisão quanto ao pedido cautelar. Com permissão do *Judge Evans*, uma apelação da Channel Tunnel Group, a qual foi recebida pelo *Justice Staughton*.

Nesta apelação, os compradores do Eurotunnel defenderam que o juiz estava pronto para conceder a liminar exigindo que os construtores continuassem a trabalhar no sistema de resfriamento, abstendo-se apenas pela oferta de um compromisso em não suspender as obras sem antes notificar os apelantes.

Aqui, a disputa principal pairava sobre qual seria o valor adequado a ser pago pela construção do sistema de refrigeração aprovado posteriormente, ademais da suposta ausência de boa-fé das partes durante as negociações de tal preço e o direito das construtoras em suspender a execução da obra em razão dos descumprimentos contratuais da Channel Tunnel Group.

Na análise da decisão *a quo*, *Justice Staughton* entendeu que o Juízo de primeiro grau considerou que nenhuma das partes estava pronta para ingressar com a arbitragem, uma vez o painel de experts não havia sido consultado e, portanto, eventual suspensão do processo judicial em favor da arbitragem não poderia ser concedida. Ademais, a conclusão do *Judge Evans* foi a de que as partes estavam sujeitas à jurisdição dos tribunais ingleses, ainda que futura arbitragem viesse a ser realizada no exterior. Entretanto, antes de analisar as matérias substantivas, fez-se necessária a análise acerca do poder dos tribunais ingleses para conceder tal medida liminária pleiteada pelo Eurotunnel.

Para tanto, haveria previsão na artigo 12(6)(h) do Arbitration Act de 1950 que “[t]he High Court shall have, for the purpose of and in relation to a reference, the same power of

making orders in respect of [...] interim injunctions or the appointment of a receiver”, o que possibilitaria que, em uma disputa entre duas partes inglesas que submetessem seus litígios à arbitragem na Inglaterra, os tribunais do país sede supervisionassem e garantissem remédios necessários para seu bom prosseguimento, inclusive a concessão de medidas cautelares.

Esse entendimento, entretanto, só seria pacífico em arbitragens domésticas, enquanto no presente caso temos algumas das partes estrangeiras e a escolha expressa destas em arbitrar não ocorre na Inglaterra, mas sim em Bruxelas, o que caracteriza eventual arbitragem como internacional, nos termos do *Arbitration Act* inglês. Paire, no presente caso, a seguinte pergunta: “Does an English court have power to grant an injunction where the arbitration is to take place abroad, and if there is such a power, should it be exercised?”.

Aqui, entendeu-se que, embora a atuação dos tribunais e da lei inglesa só esteja normalmente adstrita ao território inglês, esta também poderia ocorrer em casos internacionais para, por exemplo, suspender procedimentos domésticos que buscam obstar a arbitragem.

Além disso, outras hipóteses possibilitam a aplicação das regras de conflito de leis inglesas em casos estrangeiros, como na não obrigatoriedade de execução de sentenças em certos casos, similares àqueles da Convenção de Nova Iorque, em que a cláusula compromissória não seria válida sob a lei a ela aplicável ou, subsidiariamente, no local em que a sentença foi proferida, ou, ainda, nele teria sido anulada. Nesse sentido, *Lord Mustill* constatou na *House of Lords* que:

**It is by now firmly established that more than one national system of law may bear upon an international arbitration.** Thus, there is the proper law which regulates the substantive rights and duties of the parties to the contract from which the dispute has arisen. Exceptionally, this may differ from the national law governing the interpretation of the agreement to submit the dispute to arbitration. Less exceptionally it may also differ from the national law which the parties have expressly or by implication selected to govern the relationship between themselves and the arbitrator in the conduct of the arbitration: the ‘curial law’ of the arbitration, as it is often called. (grifo nosso)

Isso, por si só, sugeriria que a validade da cláusula compromissória é regida pela lei escolhida pelas partes para reger o contrato. A sede da arbitragem, por sua vez, a responsável por fornecer a lei aplicável ao procedimento arbitral (lei curial), bem como ocorreria na concessão de remédios arbitrais ou em eventual anulação da sentença, teria mais usualmente lei distinta daquela aplicável ao acordo de arbitragem.

Assim, após analisar argumentos trazidos em casos anteriores, *Justice Staughton* entendeu que as partes não haviam formulado escolha pela lei aplicável à convenção de arbitragem, mas que haveria intenção de aplicar implicitamente os princípios regentes do contrato principal. Entretanto, indicou que o fator de conexão entre a *lex fori* e um procedimento arbitral seria a sede da arbitragem, razão pela qual os tribunais ingleses não teriam jurisdição para conceder a liminar ao Eurotunnel, independentemente da aplicação parcial (ou híbrida) da lei inglesa ao contrato e ao acordo de arbitragem.

Posteriormente, a *House of Lords* foi provocada a se manifestar sobre as questões de direito levantadas, mas manteve a decisão da *Court of Appeal* e não concedeu à Channel Tunnel Group a medida cautelar pleiteada.

### **3.1.5. XL Insurance v. Owens<sup>177</sup>**

Em 1998, a Owens Corning, empresa americana em expansão de seus negócios, decidiu criar um único programa mundial de seguros imobiliários, com base no modelo de apólice “Spectrum” adotado nos Estados Unidos da América e subscrito pela Allendale Mutual Insurance Company (atual FM Global), de modo a contar com a participação da Marsh & McLennan - seguradora da companhia no restante do mundo - na colocação do seguro, atuando como agente da Owens nas negociações.

É nesse contexto em que, após breve troca de e-mails entre Marsh & McLennan e a XL Insurance, empresa sediada nas Bermudas, foi firmada apólice que assegurou Owens Corning e suas subsidiárias contra danos materiais e riscos associados. O contrato continha condições especiais relativas à modificação de cláusulas presentes no modelo anterior, as quais não foram respondidas pela Owens durante as comunicações:<sup>178</sup>

Exceptions to the followed policy:

A THE APPRAISAL AND SUIT AGAINST THE COMPANY clauses are deleted and replaced with XL's London Arbitration clause.

---

<sup>177</sup> REINO UNIDO. *High Court. XL Insurance Ltd. v. Owens Corning*, caso n. 2000 Folio 694, j. 18.07.1999. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/18/18551.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>178</sup> A versão anterior dispunha que: “The Manuscript policy wording will be modified as follows: A THE APPRAISAL and SUIT AGAINST THIS COMPANY clauses will be deleted and replaced with XL's London Arbitration clause. B The JURISDICTION clause will be deleted. XL's Policy shall be construed in accordance with the internal regulation laws of the State of New York (USA).”.

B THE JURISDICTION clause will be deleted. XL's **Policy shall be construed in accordance with the internal regulation laws of the State of New York (USA).** (grifo nosso)

A cláusula que estipulou a arbitragem e a lei aplicável ao contrato, por sua vez, foram formuladas nos seguintes termos:

Arbitration. Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this Policy or the breach, termination or invalidity thereof shall be finally and fully **determined in London, England under the provisions of the Arbitration Act 1996** (Act) and/or any statutory modifications or amendments thereof for the time being in force. The Board of Arbitration shall fix, by a notice in writing to the parties involved, a reasonable time and place for the hearing and may prescribe reasonable rules and regulations governing the course and conduct of the arbitration proceeding, including without limitation discovery by the parties. The Board shall, within ninety (90) calendar days following the conclusion of the hearing, render its award as respects the matter or matters in controversy in writing and shall cause a copy thereof to be served on all the parties thereto, but the Board shall not set forth any reasons for its award. [...] Such decision shall be a complete defense to any attempted appeal or litigation of such decision in the absence of serious irregularity under Sect. 68 of the Act. Without limiting the foregoing, the parties waive any right to appeal to, and/or seek collateral review of the decision of the Board of Arbitration by, any court or other body to the fullest extent permitted by the applicable law, including, without limitation, any right to make application to the court under Sect. 45 or to appeal under Sect. 69 of the Act. (grifo nosso)

Governing Law and Interpretation. **This Policy shall be construed in accordance with the internal laws the State of New York**, United States except in so far as such laws: A pertain to regulation under the New York Insurance Law, or regulations issued by the Insurance Department of the State of New York pursuant thereto, applying to insurers doing insurance business, or issuance, delivery or procurement of policies of insurance, within the State of New York or as respects risks or insurers situated in the State of New York; or B are inconsistent with any provision of this Policy. provided, however, that the provisions, stipulations, exclusions and conditions of this Policy are to be construed in an even handed fashion as between the insured and XL and without reference to parol or other extrinsic evidence). (grifo nosso)

Em março de 2000, Owens iniciou um processo perante a *Superior Court of the State of Delaware* contra suas seguradoras, incluindo a XL Insurance, para que estas sejam declaradas responsáveis ao ressarcimento de custos incorridos pela empresa americana em razão do Y2K, o *bug* do milênio.<sup>179</sup>

A XL, por sua vez, ajuizou uma ação na *Commercial Court* inglesa em junho de 2000, requerendo medida cautelar que restringisse a Owens de prosseguir com sua ação em Delaware, a qual foi concedida pelo tribunal britânico, que proibiu até mesmo a instauração de procedimento arbitral até que fosse realizada uma audiência inicial entre as partes.

---

<sup>179</sup> Trata-se do medo da população global, entre os anos de 1999 e 2000, em relação a uma suposta incapacidade de os computadores reconhecerem o novo milênio, o que gerou grave dano financeiro a diversas empresas.

Na audiência, ocorrida em 30 de junho, as testemunhas da empresa norte-americana alegaram que ninguém na Owens possuía conhecimento da convenção de arbitragem questionada até ao início do processo em Delaware, acompanhadas de parecer técnico de Brice Clagett, que analisou a aplicação do *Federal Arbitration Act* (“FAA”) americano em relação a esse suposto acordo de arbitragem anexado nas comunicações entre as partes. Essas alegações foram contestadas pela XL.

Posteriormente à audiência, o processo americano foi elevado do tribunal estadual ao tribunal federal e a XL instaurou processo arbitral. Neste, embora ambas as partes tenham indicado seus árbitros, a Owens Corning fez ressalva de que ela se opunha à jurisdição de qualquer tribunal arbitral.

Nas submissões escritas apresentadas pela XL, as condições enviadas por e-mail eram válidas, sendo evidente a aplicação da lei do estado de Nova Iorque às questões materiais da apólice que incluía a cláusula compromissória, enquanto as questões procedimentais eram reguladas pela lei inglesa, à vista que Londres foi eleita sede da arbitragem. Ainda assim, mesmo que a lei aplicável à cláusula compromissória fosse a nova iorquina, isso não foi abordado no parecer, que se restringiu a analisar o impedimento de execução da cláusula por requisitos formais presentes na lei federal americana.

À Owens, já seria altamente questionável a existência de um acordo de arbitragem ajustado entre as partes, razão pela qual o tribunal inglês não poderia direcionar as partes à arbitragem londrina para resolver seus conflitos. De todo modo, caso a cláusula de arbitragem putativa fosse considerada pactuada, a lei a ela aplicável seria a de Nova Iorque, sob a qual a cláusula é contestável em relação a quesitos formais. Sem a certeza de que a cláusula foi de fato acordada, eventual erro da Owens em ajuizar ação em Delaware não seria gritante, razão pela qual requereu-se a manutenção da ação. Além disso, não haveria prejuízo à XL em ter a matéria julgada nos Estados Unidos, enquanto para a empresa americana seria necessário mover dois processos distintos, um contra a XL e outro contra as demais seguradoras.

*Justice Toulson*, da *High Court of Justice* inglesa, definiu, assim, quatro questões principais a serem enfrentadas: (i) havia um acordo aparente entre Owens Corning e a XL contendo uma cláusula arbitral?; (ii) qual lei rege a validade da convenção de arbitragem putativa e/ou qual tribunal deve determinar sua validade?; (iii) se e na medida em que o FAA é

relevante, qual o seu efeito?; e (iv) como o poder discricionário do tribunal [inglês] deve ser exercido?<sup>180</sup>

Primeiro, considerou que, com base em princípios gerais de formação de contratos, aplicáveis tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, o contrato firmado entre as partes continha cláusula arbitral válida, pois a Owens Corning e seus agentes nunca se manifestaram contrariamente aos e-mails enviados pela XL. Afinal, seria impensável uma situação em que se aceitasse apenas a apólice e se rejeitasse as condições especiais estabelecidas sem qualquer exteriorização dessa vontade. Sem isso, fica evidente que não há qualquer mal-entendido em relação à arbitragem.

Segundo – e mais importante –, partiu do pressuposto de que a cláusula compromissória é um acordo dentro de um acordo, o qual poderá ser afetado por um processo interno ou externo, cabendo às partes a escolha de lei aplicável à convenção arbitral. Como havia discordância entre as partes sobre a validade da cláusula e seu modelo empregado, ambas hipóteses foram consideradas, embora nenhuma diferença prática tenha sido notada.

Com menções aos casos *Black-Clawson v. Papierwerke* e *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty* (*supra*, nn. 3.1.1 e 3.1.4), entendeu-se que a divisão em rótulos entre questões materiais e processuais usualmente aplicadas à arbitragem era artificial: a interpretação a ser adotada deveria, assim, levar em consideração não somente a cláusula de escolha de lei, mas o contrato arbitral como um todo. Aqui, em ambos os modelos possíveis de cláusula compromissória, não se pode interpretar que as partes pretendiam a aplicação da lei nova iorquina para todos os aspectos da arbitragem, incluindo, por exemplo, sua validade.

Na presença de previsão expressa de que a sentença arbitral configuraria defesa completa contra eventuais recursos e apelações na ausência de irregularidades listadas no *Arbitration Act* inglês de 1996, também expressamente aplicável, tem-se que quaisquer eventuais irregularidades da cláusula deveriam ser julgadas pela lei inglesa. Deste modo, haveria uma escolha implícita das partes pela aplicação da lei inglesa à cláusula compromissória.

---

<sup>180</sup> No original: “There appear to me to be four key issues; 1. Was there an apparent agreement between Owens Corning and XL containing a London arbitration clause? 2. What law governs the validity of the putative arbitration agreement and/or the question which tribunal should determine its validity? 3. If and in so far as the FAA is relevant, what is its effect? 4. How should the court's discretion be exercised?”.

Neste cenário, a terceira pergunta sequer precisou ser respondida. Houve acordo nos e-mails trocados entre as partes e a lei a ele aplicável é a lei britânica, proveniente da sede arbitral escolhida.

Por fim, a compreensão da High Court of Justice inglesa foi a de que a medida pleiteada pela XL para restringir o prosseguimento da ação em Delaware deveria ser fornecida, já que o procedimento movido nos Estados Unidos representava uma violação à arbitragem acordada entre as partes. Além disso, a análise dos tribunais americanos, obrigados a aplicar *Federal Arbitration Act*, não examinaria qual seria a lei aplicável à cláusula compromissória, o que também deu razão ao tribunal inglês.

### **3.1.6. NTPC v. Singer<sup>181</sup>**

Em 1982, a National Thermal Power Corporation (“NTPC”), empresa pública Indiana geradora de energia, e a Singer Company (“Singer”), empresa inglesa, firmaram dois contratos para o fornecimento de equipamentos, montagem e comissionamento de determinadas obras na Índia, os quais incorporaram Termos e Condições Gerais, em que se previa que:

**7.2. The laws applicable to this Contract shall be the laws in force in India. The Courts of Delhi shall have exclusive jurisdiction** in all matters arising under this Contract. (grifo nosso)

**27.6.1. In the event of the Contractor being an Indian party**, that is to say a citizen and/or a permanent resident of India, a firm or a company duly registered or incorporated in India, the arbitration shall be conducted by three arbitrators, one each to be nominated by the Contractor and the Owner and the third to be named by the President of the Institution of Engineers, India. If either of the parties fails to appoint its arbitrator within sixty (60) days after receipt of a notice from the other party invoking the Arbitration clause, the President of the Institution of Engineers India, shall have the power at the request of either of the parties, to appoint the arbitrator. A certified copy of the said President making such an appointment shall be furnished to both the parties. (grifo nosso)

**27.6.2. The arbitration shall be conducted in accordance with the provisions of the Indian Arbitration Act, 1940 or any statutory modification thereof. The venue of arbitration shall be New Delhi, India.** (grifo nosso)

**27.7. In the event of foreign Contractor**, the arbitration shall be conducted by three arbitrators, one each to be nominated by the Owner and the Contractor and the third to be named by the President of the International Chamber of Commerce, Paris. Save as above, all Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of

---

<sup>181</sup> ÍNDIA. *High Court. The National Thermal Power Corporation Ltd. v. The Singer Company e outros*, j. 23.05.1990. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1991**, vol. 16, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 1991, pp. 574-584; e ÍNDIA. *Supreme Court. The National Thermal Power Corporation Ltd. v. The Singer Company e outros*, caso n. 1993 AIR 998, j. 07.05.1992. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/633347/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

Commerce shall apply to such arbitrations. **The arbitration shall be conducted at such places as the arbitrators may determine.** (grifo nosso)

Com o início da disputa entre as partes, a ICC foi acionada e iniciou-se a arbitragem com sede em Londres, conforme escolhido pelos árbitros. A título de conhecimento, foram escolhidos pelas partes um árbitro americano e um árbitro indiano, enquanto o presidente residia na Inglaterra.

Em agosto de 1989, o tribunal arbitral proferiu sentença parcial que declarou que a lei procedural inglesa era aplicável ao litígio, que o requerimento arbitral foi oportuno e que os pedidos da requerente e a reconvenção da requerida não estavam prescritos.

A NTPC, descontente com a sentença parcial, ingressou com ação anulatória na *High Court* indiana, onde também requereu a suspensão do procedimento arbitral até que a questão fosse julgada. Para tanto, alegava que a sentença proferida aplicava a lei indiana, razão pela qual poderia ser considerada uma sentença doméstica, passível de anulação nos tribunais de Deli. Ora, não havendo nos contratos e nos Termos e Condições Gerais a exclusão do *Arbitration Act* indiano, a lei procedural acompanharia a lei material em que o tribunal arbitral desconsiderou a existência de prescrição, sendo, portanto, a lei indiana aplicável à matéria. Por fim, os árbitros seriam livres para escolher a sede da arbitragem, que poderia muito bem ter sido a própria capital indiana.

A Singer, entretanto, alegava que a sentença liminar, proferida em Londres, deveria ser classificada como uma sentença arbitral estrangeira, sem a possibilidade de se anular a decisão na Índia, já que governada pela *Foreign Awards Act* indiana.

Sem adentrar na lei aplicável ao acordo de arbitragem, entendeu *Justice Deshpande* que, na ausência de previsão contratual expressa que disponha a lei processual da arbitragem, a *lex fori* deve se aplicar às matérias procedimentais, o que caracteriza a sentença liminar proferida como estrangeira. Assim, os dois pedidos da NTPC foram rejeitados pela *High Court* indiana.

Em recurso à *Supreme Court* da Índia, *Justice Kochu Thommen* fez a pergunta que considerou fatal para enquadrar ou não a sentença liminar como doméstica ou estrangeira: “Which is the law which governs the agreement on which the award has been made?”.

A NTPC, em sua apelação, alega que o contrato deveria ser visto como um todo, estando a cláusula compromissória nele inserida. Dessa maneira, a lei aplicável à cláusula seria a mesma

aplicável ao contrato (a lei da Índia), razão pela qual os tribunais indianos teriam, assim como os tribunais ingleses, jurisdição para analisar a condução da arbitragem. As interferências inglesas, entretanto, possuiriam menor influência e necessidade, já que a lei substantiva aplicável ao acordo arbitral seria a indiana, regendo às questões de capacidade, validade, efeito e interpretação do contrato, enquanto o Regulamento da ICC já supriria as questões procedimentais que necessitariam da lei inglesa.

A Singer, por sua vez, invocou o princípio da separabilidade para defender que a cláusula compromissória deve ser analisada em apartado do contrato principal. Nessas condições, a lei com maior proximidade ao acordo de arbitragem seria a lei da sede, razão pela qual a sentença da High Court estaria correta ao considerar a decisão liminar como estrangeira. Assim, a única contestação cabível à sentença só ocorreria no momento de sua homologação e execução, nos termos da Convenção de Nova Iorque de 1958.

*Justice Kochu Thommen* recorreu à doutrina (Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws), para afirmar que o contrato deveria ser visto em sua totalidade, averiguando a lei aplicável com base na construção do instrumento inicialmente firmado entre as partes. Aqui, sem a declaração expressa das partes, restou ao julgador a busca pelo que as partes pretendiam com o contrato, isto é, a análise da intenção inicial das partes.

Desta maneira, foi adotada a visão de “terceiro razoável”, em que o julgador se pergunta como uma pessoa justa e razoável teria considerado o problema. Assim, o local onde o contrato foi celebrado, a forma do contrato, seu objeto, o local de execução, de residência ou de negócios das partes, a referência ao tribunal competente e outros vínculos deveriam ser analisados para verificar a conexão entre as leis, o contrato e a cláusula compromissória.

Assim, a *Supreme Court* indiana definiu, em formato similar àquele consolidado futuramente, que a lei apropriada é (i) a escolhida expressamente pelas partes; ou, subsidiariamente, (ii) a lei que as partes escolheram implicitamente; ou, ainda, em segundo grau de subsidiariedade; (iii) a lei com maior conexão à convenção de arbitragem.

*Justice Kochu Thommen* diferenciou, ainda, a lei processual da arbitragem (*lex arbitri*) da aplicável à convenção arbitral. Afinal, esta seria a responsável, por exemplo, pela análise do escopo da cláusula compromissória, da vinculação das partes e da “extensão” do acordo a terceiros, devendo ser observada sob a ótica dos princípios materiais da lei doméstica do sistema escolhido e não propriamente das suas regras de conflito de leis.

Isto posto, não haveria necessidade, no caso em tela, de se fazer qualquer inferência extensiva sobre a intenção das partes quanto à competência das cortes estatais indianas, já que elas estipularam categoricamente no contrato, feito na Índia, que os tribunais em Deli devem “ter jurisdição exclusiva em todas as questões decorrentes deste contrato”. Ademais, a lei apropriada à convenção de arbitragem seria normalmente a mesma que a lei aplicável ao contrato, com a rara aplicação da lei da sede para tanto.

Por outro lado, a lei processual, que regula puramente os deveres e poderes procedimentais dos árbitros (como o funcionamento de oitiva de testemunhas) poderá igualmente ser definida pelas partes e, em sua ausência, pela escolha de sede. Esta “escolha”, enfraquecida no presente caso pelo redirecionamento desta liberalidade à ICC, é de menor relevância em relação à escolha da lei contratual, uma vez que a jurisdição dos tribunais da sede seria meramente concorrente àquela do país cuja lei rege o acordo de arbitragem.

Ainda, a *Supreme Court* da Índia entendeu que uma sentença proferida no território de um Estado estrangeiro pode ser considerada uma sentença doméstica na Índia, quando se pretende executá-la com base em convenção de arbitragem regida pela *proper law* indiana. A escolha pela ICC, então, não diferenciaria o sistema de leis aplicável, mas apenas o procedimento de regras adotado na nomeação dos árbitros e na condução da arbitragem.

Quanto à maior conexão entre a cláusula de arbitragem e o contrato, após entendimento de que não havia escolha expressa ou implícita formulada pelas partes, averiguou-se que se está diante de contrato feito em Deli, por uma empresa do setor público (NTPC), com termos próximos aos da legislação indiana, a ser performado em Deli, com empregados que atuarão sob a lei trabalhista indiana, com cláusula compromissória inserida no instrumento contratual. A autonomia do acordo de arbitragem, portanto, não poderia ser vista como sua independência total. Afinal, ser autônomo não significa ser diferente.

Assim, a escolha das partes pela lei material da Índia e a cláusula que optava pela jurisdição de cortes indianas levou a *Supreme Court* indiana a (i) declarar que a lei que rege o acordo de arbitragem é a nacional, a lei indiana aplicável ao contrato, por sua maior e mais real conexão; (ii) considerar a sentença arbitral liminar como se doméstica fosse; e (iii) dar provimento ao recurso da NTPC, com consequente anulação da decisão arbitral.

### 3.1.7. C v. D<sup>182</sup>

Em 1997, D, (“Seguradora”), e C (“Segurada”), ambas empresas americanas, firmaram apólice de seguro para cobertura desta e mais 303 subsidiárias, por meio de um *Bermuda Form* regido pelas leis do estado de Nova Iorque e com cláusula que previa solução de disputas por arbitragem a ser sediada em Londres.

Any dispute arising under this Policy shall be finally and **fully determined in London, England under the provisions of the English Arbitration Act of 1950 as amended** [...] If the party [...] notified of a desire for arbitration shall fail or refuse to nominate the second arbitrator [...] the party who first served notice of a desire to arbitrate will [...] apply to a judge of **the High Court of England** for the appointment of a second arbitrator [...] In the event of the failure of the first two arbitrators to agree on a third arbitrator [...] any of the parties may [...] apply to a judge of the High Court of England for the appointment of the third arbitrator [...]. The Board shall, within 90 calendar days following the conclusion of the hearing, render its decision on the matter or matters in controversy in writing [...] In case the Board fails to meet a unanimous decision, the decision of the majority of the members of the Board shall be deemed to be the decision of the Board and the same shall be final and binding on the parties thereto, and such decision shall be a complete defence to any attempted appeal or litigation of such decision in the absence of fraud or collusion. (grifo nosso)

This policy shall be governed by and construed in accordance with the internal laws of the **State of New York**, except insofar as such laws may prohibit payment in respect of punitive damages hereunder and except insofar as such laws pertain to regulation by the Insurance Department of the State of New York of insurers doing insurance business or issuance or delivery of policies of insurance within the State of New York; provided, however, that the provisions, stipulations, exclusions and conditions of this policy are to be construed in an evenhanded fashion as between the Insured and the Company; without limitation, where the language of this policy is deemed to be ambiguous or otherwise unclear, the issue shall be resolved in the manner most consistent with the relevant provisions, stipulations, exclusions and conditions. (grifo nosso)

Após conflito que envolveu uma série de reivindicações contra C e uma de suas subsidiárias, a Segurada acionou a apólice, exigindo da Seguradora o resarcimento pelos danos sofridos. Com a recusa do pagamento, iniciou-se a arbitragem C v. D, com *lex arbitri* inglesa (*Arbitration Act 1996*), conforme estabelecido no Termo de Arbitragem:

#### 8. Applicable Law

- (a) Pursuant to article V[q] of the Agreement, the **law governing the insurance policy is the law of the State of New York, USA.**
- (b) Pursuant to article V[o] of the Agreement, the **juridical seat of the arbitration is London, UK.** Accordingly the law governing the arbitration itself [Lex Arbitri] is the

---

<sup>182</sup> REINO UNIDO. *High Court. C v. D*, j. 28.06.2007. Disponível em: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2008**, vol. 33, Yearbook Commercial Arbitration, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2008) pp. 752 – 778; e REINO UNIDO. *Court of Appeal. C v. D*, caso n. [2007] EWCA Civ 1282, j. 05.12.2007. Disponível em: [https://www.trans-lex.org/311360/\\_c-v-d-%5B2007%5D-ewca-civ-1282/](https://www.trans-lex.org/311360/_c-v-d-%5B2007%5D-ewca-civ-1282/). Acesso em: 3 jun. 2023.

English Arbitration Act 1996, as amended and supplemented, regardless of whether meetings and hearings take place elsewhere in the interests of saving costs or convenience. (grifo nosso)

No mérito da disputa, a Seguradora alegou que (*i*) os danos sofridos estavam fora da cobertura da apólice; (*ii*) a notificação enviada não havia sido oportuna; (*iii*) houve *misrepresentation e non-disclosure* antes do início do seguro; e (*iv*) haveria violação da boa-fé por parte da Segurada, que violou a ordem pública (“*public policy*”) ao estimular a venda de seu produto para crianças, o que, consequentemente, estaria fora da cobertura da apólice, no que ficou conhecido como “defesa pediátrica”.

Em março de 2007, o tribunal arbitral proferiu sentença parcial em que rejeitou as três primeiras alegações da Seguradora, sem descartar a defesa pediátrica na hipótese em que os danos atribuídos ao uso infantil ultrapassassem o limite dos danos cobertos pela apólice (que possuía um limite de cobertura para uso adulto de US\$ 100 milhões).

Resignada, a Seguradora pediu que o tribunal arbitral declarasse que a sentença desrespeitava manifestamente a lei de Nova Iorque e, portanto, não poderia ser executada sob a Convenção de Nova Iorque. Assim, qualquer corte distrital americana poderia revisar a sentença parcial por erro. O tribunal arbitral fez duas mudanças burocráticas (“*clerical amendments*”), mas não alterou sua decisão.

A Seguradora, assim, manifestou sua intenção em anular a sentença arbitral perante os tribunais americanos, o que levou a Segurada às cortes inglesas, via *anti-suit injunction*, para impedir que a Seguradora fosse ao judiciário estadunidense.

Em abril de 2007, a *interim anti-suit injunction* foi concedida à Segurada, posteriormente substituída pelo compromisso de que D não buscaria a anulação da sentença parcial. Posteriormente, perante a *High Court* inglesa, a Segurada buscou uma cautelar final, que impedissem a Seguradora de anular a sentença, e, ainda, uma decisão declaratória de que a sentença proferida era final e vinculante. A Seguradora, por sua vez, buscava a suspensão do procedimento até a conclusão das tentativas de anular a sentença parcial nos Estados Unidos.

Para tanto, a Seguradora afirmava que, por se tratar de um contrato firmado por duas partes americanas, regido pela lei de Nova Iorque, seria possível aplicar a revisão judicial da arbitragem para alterar o “manifesto desrespeito à lei de Nova Iorque”, o que era permitido pela lei americana. Além disso, a decisão não poderia ser executada, já que a sentença parcial

proferida no presente caso não estaria sujeita à Convenção de Nova Iorque (“*non-Convention award*”).

*Justice Cooke*, por sua vez, entendeu que, pela questão estar sob julgamento de um tribunal inglês, os princípios ingleses de direito internacional privado e suas regras de conflito de leis deveriam ser aplicados para analisar o caso concreto (“*principles of the English rules on conflicts of laws*”). Portanto, como já reconhecido pelas partes no próprio termo de arbitragem, que a lei aplicável ao contrato seria aquela de Nova Iorque, enquanto a lei procedural inglesa se aplicaria à arbitragem.

A controvérsia, no entanto, repousava sob a lei aplicável à cláusula compromissória: enquanto para a Segurada a simples escolha da sede da arbitragem em Londres e aplicação da lei procedural inglesa já obstava a contestação da sentença parcial, a Seguradora defendia que a análise da matéria cabia à lei aplicável ao acordo de arbitragem, que rege as questões relativas à validade ou à invalidade da cláusula e a sua *performance* – como o dever implícito de cumprir a sentença arbitral ou o direito a questioná-la.

Diante deste conflito de leis, considerou *Justice Cooke* que, assim como já decidido por diversos casos ingleses anteriores, a escolha pela sede arbitral é similar a uma cláusula de jurisdição exclusiva. Assim, a sede também representaria escolha da jurisdição de supervisão à arbitragem, sendo a lei daquela a única eleita, implicitamente pelas partes, para contestação de decisões arbitrais, parciais ou finais.

Afinal, na ausência de acordo expresso (*i*) pela contestação das decisões proferidas pelo tribunal arbitral; ou (*ii*) pela não definitividade destas, considerou-se que a própria cláusula compromissória estabelecia que sentenças arbitrais proferidas no procedimento eram “finais e vinculativas às partes” e “defesas à tentativa de reformar ou contestá-las na ausência de fraude ou colusão”, o que representaria uma escolha ao *Arbitration Act* inglês, sem que a escolha expressa pela lei aplicável à apólice fosse capaz de infirmá-la.

Deste modo, para a *High Court* inglesa, é a lei da sede que regula a validade da sentença e a possibilidade de reformá-la, independentemente da lei aplicável ao acordo em arbitrar. Ainda assim, diante da provocação por parte da Seguradora, a decisão declarou que a lei que rege a cláusula compromissória ainda seria a lei inglesa.

Para tanto, considerando a perfeita possibilidade de se aplicar leis diversas ao contrato, ao procedimento e ao acordo de arbitragem, referendada pelo princípio da separabilidade, *Justice Cooke* estabeleceu que, nessas hipóteses, embora seja mais provável que a lei aplicável à cláusula compromissória seja a lei do contrato em referência, seria necessário analisar os termos específicos do contrato, especialmente a redação do acordo de arbitragem.

No presente caso, havia previsão de (i) sede londrina, com aplicação do *English Arbitration Act*; (ii) referência expressa à *High Court* inglesa para sanar questões relativas à nomeação de árbitros; e (iii) estipulação de que decisões arbitrais seriam finais, vinculantes e defesas a recursos, razões pelas quais considerou que as partes possuíam um claro objetivo com estas previsões. Assim, a *High Court* inglesa entendeu que, em *C v. D*, não seria possível enxergar que a lei aplicável à cláusula compromissória seria diferente da lei da sede, escolha implícita das partes.

Com a decisão que impediu a anulação da sentença parcial em qualquer outro foro senão o inglês, sem excluir contestações à execução internacional da decisão por meio do artigo V da Convenção de Nova Iorque, a Seguradora recorreu à *Court of Appeal*, sob relatoria do *Justice Longmore*.

Na apelação, o tribunal inglês manteve a decisão *a quo* proferida pelo *Justice Cooke*. Afinal, a única razão para o *Bermuda Form* escolher a sede arbitral em jurisdição distinta à de Nova Iorque, cuja lei era aplicável ao direito material da apólice, era se beneficiar dos recursos judiciais ingleses, sem qualquer razão para que a tentativa de anulação da sentença parcial também possa ocorrer em foro diverso, o que poderia, inclusive, gerar litispendência entre ações anulatórias inglesas e novaiorquinas. Assim, imputou correta a afirmação proferida em *A v. B*.<sup>183</sup>

[...] an agreement as to the seat of an arbitration is analogous to an exclusive jurisdiction clause. Any claim for a remedy going to the existence or scope of the arbitrator's jurisdiction or as to the validity of an existing interim or final award is agreed to be made only in the courts of the place designated as the seat of the arbitration.

Dessa maneira, independentemente da lei aplicável à cláusula compromissória, entendeu a *Court of Appeal* que era a lei da sede aquela responsável por determinar os recursos

---

<sup>183</sup> REINO UNIDO. *High Court. A v. B*, caso n. [2006] EWHC 2006 (Comm), j. 28.07.2006. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=153639>. Acesso em: 3 jun. 2023.

cabíveis contra sentenças arbitrais. De todo modo, a decisão do *Justice Longmore* ainda abordou o tema principal deste estudo.

Nela, explicou que, na ausência de escolha expressa entre as partes, deve-se escolher a lei com conexão mais próxima e real ao acordo de arbitragem - o que para ele seria a lei da sede, uma vez que as partes escolheram expressamente arbitrar suas disputas em jurisdição distinta àquela da lei estipulada no contrato. Assim, a mera escolha por uma sede distinta já seria suficiente para indicar a aplicação da *lex fori* à cláusula arbitral.

The question then arises whether, if there is no express law of the arbitration agreement, the law with which that agreement has its closest and most real connection is the law of the underlying contract or the law of the seat of arbitration. It seems to me that if (contrary to what I have said above) this is a relevant question, the answer is more likely to be the law of the seat of arbitration than the law of the underlying contract.

De todo modo, destaca-se a divergência do método adotado em C v. D dos casos futuramente analisados, já que, para verificar a lei aplicável à cláusula compromissória, analisou-se apenas (i) eventual escolha expressa das partes; e, em sua ausência, (ii) a lei com maior conexão à convenção de arbitragem, sem considerar a possibilidade de escolha implícita.

### **3.1.8. Dallah v. Pakistan<sup>184</sup>**

Em 1995, Dallah Real Estate and Tourism Holding Company, empresa saudita, e o presidente da República Islâmica do Paquistão, por meio do Ministério dos Assuntos Religiosos (*Ministry of Religious Affairs*), firmaram memorando de entendimento (MoU) em que Dallah se comprometeu a adquirir bens imobiliários na cidade sagrada de Meca e construir instalações habitacionais a serem arrendadas (*leasing*) ao governo do Paquistão por 99 anos, com intuito de abrigar até 45 mil peregrinos paquistaneses durante a Umra, peregrinação menor, a ser realizada em qualquer momento do ano, e a Hajj, peregrinação obrigatória, considerada um dos “Cinco Pilares do Islamismo”.

O Governo do Paquistão, via Ministério dos Assuntos Religiosos, então, criou o Awami Hajj Trust para organizar nacionalmente o programa e negociar com a empresa saudita. Um

---

<sup>184</sup> ICC. *Partial Award. Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, ICC Case No. 9987, j. 26.06.2001. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-dallah-real-estate-and-tourism-holding-company-v-the-ministry-of-religious-affairs-government-of-pakistan-first-partial-award-tuesday-26th-june-2001>. Acesso em: 3 jun. 2023.

acordo final foi firmado entre a Dallah e o Trust no ano seguinte, com a seguinte cláusula compromissória:

Any dispute or difference of any kind whatsoever between the **Trust and Dallah** arising out of or in connection with this Agreement shall be settled by arbitration held under the Rules of Conciliation and Arbitration of the **International Chamber of Commerce, Paris, by three arbitrators appointed under such Rules.** (grifo nosso)

Após o surgimento de problemas relacionados à suspeita de corrupção no programa do governo paquistanês, o Ministério de Assuntos Religiosos enviou notificação à Dallah informando que ela havia descumprido o contrato ao não enviar as especificações e os desenhos das instalações para aprovação do governo. Assim, a empresa saudita submeteu a disputa à arbitragem na ICC, com a República Islâmica do Paquistão, Ministério de Assuntos Religiosos no polo passivo. A requerida, entretanto, indicou que foi ajuizada ação na primeira instância da corte cível de Islamabad, capital do Paquistão.

Apesar desta manobra, a *International Court of Arbitration* decidiu prosseguir com a arbitragem, intimando os requeridos a indicarem árbitro e fixando Paris como sede do procedimento arbitral. Ainda assim, o Paquistão indicou que não estava sujeito à jurisdição da ICC, que teve que indicar um árbitro para o requerido, razão pela qual o tribunal arbitral, após constituído, optou por analisar e decidir as questões suscitadas por Dallah separadamente.

Através de sentença parcial, as questões preliminares relativas à jurisdição arguidas nas comunicações enviadas pelo Governo foram endereçadas:

Does an agreement to arbitrate under the ICC Rules exist between the Claimant and Defendant, and does the Arbitral Tribunal have jurisdiction in respect to the Defendant over the claims submitted by the claimant in the present case?

As partes apresentaram seus posicionamentos em duas oportunidades, escritas e orais, uma vez que a primeira audiência realizada não foi suficiente para endereçar todos os pontos levantados, e a sentença parcial foi proferida em 1999.

Dallah argumentou que o tribunal arbitral possuía jurisdição para analisar o presente conflito, com base em dois argumentos principais. Primeiro, porque o Trust criado para negociar com a empresa saudita não era nada além de um *alter ego* do próprio Governo do Paquistão e, portanto, os direitos e deveres criados pelo contrato vinculariam igualmente o requerido, que se tornou parte no instrumento contratual e no acordo de arbitragem (“*alter ego argument*”), já que o foi o próprio Governo do Paquistão que firmou o MoU. Subsidiariamente,

porque o artigo 264 da Constituição do Paquistão<sup>185</sup> garante que a recusa ou alteração legal não “affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued or incurred under the law” e, assim, os direitos da Dallah deveriam ser assegurados, independentemente das escusas paquistanesas (“article 264 argument”).

Além disso, quanto aos demais pontos arguidos pelo Paquistão, a empresa requerente alegou (*i*) que a lei aplicável ao contrato é a lei saudita, já que possui a maior e mais real conexão com o instrumento pactuado; (*ii*) que embora o Ministério de Assuntos Religiosos não possua personalidade jurídica, este está representado pelo Governo do Paquistão na presente demanda; (*iii*) que não há ilegalidade na lei saudita quanto à duração de 99 anos prevista no contrato; (*iv*) que a suposta inexequibilidade da sentença arbitral no Paquistão por questões de ordem pública abordadas na decisão a ser proferida não influenciaria a jurisdição do tribunal arbitral; (*v*) que independentemente da lei aplicável ao contrato, sua natureza é comercial, não religiosa, embora essa classificação só se torne relevante em eventual homologação da sentença; (*vi*) que não há invalidade no procedimento “unilateral” movido por Dallah; (*vii*) que a validação do acordo apenas por um Trust criado para representar o governo não afeta a validade do convenção de arbitragem; e (*viii*) que a ação movida em paralelo em território paquistanês não pode impedir o prosseguimento da arbitragem, já que não afeta em nada a jurisdição e a decisão do tribunal arbitral constituído.

O Governo, por sua vez, defendeu nas alegações escritas enviadas ao tribunal que nem ele nem o seu Ministério eram parte no contrato, pactuado pelo Awami Hajj Trust, que não era um alter ego do governo paquistanês, já que possuía autonomia para regular os negócios por ele assinados. Ademais, não houve qualquer financiamento estatal na formação do Trust, sendo impossível levantar o véu da personalidade jurídica e atingir o Ministério. Por fim, durante o tempo em que o contrato permaneceu ativo, a lei aplicável a ele teria sempre sido a lei paquistanesa e ainda não houve pronunciamento dos tribunais paquistaneses a respeito da disputa, ou, até mesmo, da unidade entre o Trust, o Ministério e o Paquistão.

Para analisar esta miríade de questões, o tribunal arbitral entendeu ser necessário, anteriormente, determinar a lei aplicável à cláusula compromissória – tema desta tese e razão de análise desta decisão – para então verificar a validade do acordo de arbitragem sob a ICC

---

<sup>185</sup> Artigo 246 da Constituição do Paquistão: “Where a law is repealed, or is deemed to have been repealed, by, under, or by virtue of the Constitution, the repeal shall not, except as otherwise provided in the Constitution – (c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued or incurred under the law”. Disponível em: [https://www.constituteproject.org/constitution/Pakistan\\_2018.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Pakistan_2018.pdf?lang=en). Acesso em: 3 jun. 2023.

pactuado entre Dallah e o Trust em setembro de 1996. O contrato, entretanto, não previa as regras de direito aplicáveis, tanto para si quanto para a convenção arbitral nele inserta. Assim, a disputa entre as partes repousava na lei aplicável ao contrato e ao acordo de arbitragem.

Sem distinguir o contrato da cláusula compromissória, Dallah defendia que a lei saudita era aplicável, já que seria aquela com maior conexão, enquanto o Ministério indicava a aplicação da lei paquistanesa durante a vigência do contrato. O tribunal arbitral entendeu, todavia, que a matéria deveria também ser analisada com base no princípio da autonomia da cláusula compromissória, já positivada à época no artigo 6.4 do Regulamento da ICC, sem que a lei aplicável ao acordo arbitral seja necessariamente aquela que rege o contrato principal.

A decisão, entretanto, nunca veio. Para a lei que rege o contrato, entendeu-se que não havia a necessidade de se decidir na sentença parcial se esta seria a lei do Paquistão ou da Arábia Saudita, em razão do princípio da separabilidade.<sup>186</sup> Já para a lei aplicável à cláusula compromissória, o tribunal arbitral adotou a aplicação de princípios transnacionais que refletem as exigências fundamentais de justiça no comércio internacional e o conceito de boa-fé nos negócios, por se tratar de arbitragem internacional nos termos da ICC, sem qualquer referência a leis domésticas.

Quanto à vinculação do requerido, foi o entendimento do tribunal arbitral de que, por meio da aplicação de tais princípios que regem acordo de arbitragem e da análise de comportamento do governo paquistanês durante as negociações, o Ministério de Assuntos Religiosos é parte legítima do procedimento arbitral, e, portanto, o tribunal tem jurisdição sobre o caso.

A sentença final foi proferida em Paris no dia 23 de junho de 2006, com decisão favorável à Dallah no valor de US\$20,588,040 e iniciou-se um novo problema: as tentativas de homologação e anulação da decisão arbitral, já que o Governo do Paquistão, frustrado com a derrota, alegava que a cláusula compromissória não era válida na lei do país em que a sentença foi proferida, nos termos do art. V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque.

---

<sup>186</sup> A questão foi decidida em segunda sentença parcial, proferida em 19.01.2004, em que se entendeu que a lei aplicável ao contrato era a lei saudita.

Na Inglaterra, ao analisarem a aplicação correta da lei da sede que proferiu a sentença, *i.e.*, a lei francesa, a *United Kingdom Supreme Court*<sup>187</sup> entendeu que não haveria provas de que o comportamento do Governo do Paquistão era suficiente para vinculá-lo à cláusula compromissória. Pelo contrário, todas as provas apontariam que houve vontade de contratar apenas entre Dallah e o Trust e, portanto, a sentença não poderia ser homologada.

Na França, entretanto, a *Cour D'Appel* de Paris<sup>188</sup>, em mesma análise adotada pelo tribunal inglês, concluiu que o comportamento do Ministério e, assim, do Governo do Paquistão era suficiente para que este estivesse vinculado ao acordo de arbitragem, razão pela qual a sentença foi homologada e o pedido de anulação rejeitado.

### 3.1.9. Sulamérica v. Enesa – o Caso Jirau<sup>189</sup>

Sem sombra de dúvidas, *Sulamérica v. Enesa* é o mais célebre dos casos aqui comentados e as decisões proferidas no Brasil e no Reino Unido são até hoje – e esta tese é prova cabal disso – analisadas e criticadas em todo o mundo.

Assim, em virtude de sua alta importância (e complexidade), faz-se necessário explicar seus fatos no detalhe, antes de recorrer às decisões nacionais e britânicas que se relacionam às duas apólices de seguro (“Apólices”) contratadas entre três sociedades brasileiras<sup>190</sup> (“Seguradas”) e seis empresas do ramo de seguros<sup>191</sup> (“Seguradoras”) para a cobertura de eventuais danos que ocorressem durante a construção da Usina Hidrelétrica de Jirau – como o caso é conhecido no Brasil.<sup>192</sup>

---

<sup>187</sup> REINO UNIDO. *Supreme Court. Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, caso n. [2010] UKSC 46, j. 03.11.2010. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0165.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>188</sup> FRANÇA. *Cour d'appeal de Paris. Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, caso n. 09/28533, j. 17.02.2011. Disponível em: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2011/U0365AF93D1289CD3931E>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>189</sup> REINO UNIDO. *High Court. Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA e outros v. Enesa Engenharia SA e outros*, caso n. [2012] EWHC 42 (Comm), j. 19.01.2012. Disponível em: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=ew/cases/EWHC/Comm/2012/42.html&query=\(sulam%20rica\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=ew/cases/EWHC/Comm/2012/42.html&query=(sulam%20rica)). Acesso em: 3 jun. 2023.; e REINO UNIDO. *Court of Appeal. Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA e outros v. Enesa Engenharia SA e outros*, caso n. [2012] EWCA Civ 638, j. 16.05.2012. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>190</sup> Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Enesa Engenharia S.A.

<sup>191</sup> Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A., Mapfre Seguros S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A., Zurich Brasil Seguros S.A., Allianz Seguros S.A. e Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A.

<sup>192</sup> Localizada no Rio Madeira, Rondônia, Brasil, a Usina Hidrelétrica de Jirau teve custo de construção em 10 bilhões de reais, conta com um reservatório de área de 361,6 km<sup>2</sup> em seu volume máximo, 50 turbinas geradoras e capacidade instalada de 3.750 MW.

As Apólices, por sua vez, continham três cláusulas relativas à resolução de disputas, que previam a escolha de lei e de foro (cláusula 7<sup>a</sup>), a ocorrência de mediação (cláusula 11) e, na ausência de sucesso desta, a ocorrência de procedimento arbitral (cláusula 12), transcritas abaixo em razão de sua importância:

**7. Law and Jurisdiction.** **It is agreed that this Policy will be governed exclusively by the laws of Brazil.** Any disputes arising under, out of or in connection with this Policy shall be subject to the **exclusive jurisdiction of the courts of Brazil.** (grifo nosso)

**11. Mediation.** **If any dispute or difference of whatsoever nature arises out of or in connection with this Policy including any question regarding its existence, validity or termination, hereafter termed as Dispute, the parties undertake that, prior to a reference to arbitration, they will seek to have the Dispute resolved amicably by mediation.** All rights of the parties in respect of the Dispute are and shall remain fully reserved and the entire mediation including all documents produced or to which reference is made, discussion and oral presentation shall be strictly confidential to the parties and shall be conducted on the same basis as without prejudice negotiations, privileged, inadmissible, not subject to disclosure in any other proceedings whatsoever and shall not constitute any waiver of privilege whether between the parties or between either of them and a third party. The mediation may be terminated should any party so wish by written notice to the appointed mediator and to the other party to that effect. Notice to terminate may be served at any time after the first meeting or discussion has taken place in mediation. If the Dispute has not been resolved to the satisfaction of either party within 90 days of service of the notice initiating mediation, or if either party fails or refuses to participate in the mediation, or if either party serves written notice terminating the mediation under this clause, then either party may refer the Dispute to arbitration. Unless the parties otherwise agree, the fees and expenses of the mediator and all other costs of the mediation shall be borne equally by the parties and each party shall bear their own respective costs incurred in the mediation regardless of the outcome of the mediation. (grifo nosso)

**12. Arbitration.** In case the Insured and the Insurer(s) shall fail to agree as to the amount to be paid under this Policy through mediation as above, such dispute shall then be referred to arbitration **under ARIAS Arbitration Rules.** The Arbitration Tribunal shall consist of three arbitrators, one to be appointed by the Insured, one to be appointed by the Insurer(s) and the third to be appointed by the two appointed arbitrators. The Tribunal shall be constituted upon the appointment of the third arbitrator. The arbitrators shall be persons (including those who have retired) with not less than ten years' experience of insurance or reinsurance within the industry or as lawyers or other professional advisers serving the industry. Where a party fails to appoint an arbitrator within 14 days of being called upon to do so where the two party-appointed arbitrators fail to appoint a third within 28 days of their appointment, then upon application ARIAS (UK) will appoint an arbitrator to fill the vacancy. At any time prior to the appointment by ARIAS (UK) the party or arbitrators in default may make such appointment. The Tribunal may at its sole discretion make such orders and directions as it considers to be necessary for the final determination of the matters in dispute. The tribunal shall have the widest discretion permitted under the law governing the arbitral procedure when making such orders or directions. **The seat of the arbitration shall be London, England.** (grifo nosso)

Em março de 2011, após uma revolta de funcionários que desencadeou furtos e incêndios, a então maior obra do país foi paralisada<sup>193</sup>. Ato contínuo, em razão dos sinistros ocorridos, as Seguradas notificaram as Seguradoras para recebimento da cobertura pelos danos causados.

Contudo, apesar de constituído grupo de auditores que analisariam as causas e o montante do dano decorrente dos protestos, as Seguradoras não se manifestaram formalmente até setembro de 2011 e as tentativas de mediação restaram todas infrutíferas.

Assim, em novembro de 2011, as Seguradoras deram início a procedimento arbitral com sede em Londres administrado pela ARIAS (UK), *the Insurance and Reinsurance Arbitration Society*, com o objetivo de receberem declaração (*i*) de inexistência de responsabilidade em cobrir os danos; e (*ii*) de que haveria alteração material em uma das cláusulas das Apólices.

Em dezembro de 2011, as Seguradas ajuizaram no Brasil ação cominatória com pedido de tutela antecipada<sup>194</sup> requerendo a declaração de invalidade da cláusula compromissória presente nas Apólices, com pedido de tutela antecipada *inaudita altera pars* para que as Seguradoras “se abstendam da instituição da pretendida arbitragem em Londres enquanto se discute o direito das seguradas de recusar-se [sic] a esse modo de solução de controvérsias, por não estarem vinculadas a qualquer cláusula ou compromisso arbitral”.<sup>195</sup>

Para tal, alegavam as Seguradas que, por se tratar de contrato de seguro, exemplo clássico de contrato por adesão, a cláusula compromissória só seria válida se esta estivesse “por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”, conforme estipulado no artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem brasileira. O pedido de tutela antecipada, entretanto, foi rejeitado.

Na mesma data, as Seguradoras ingressaram com *interim anti-suit injunction* perante a *Commercial Court* inglesa com objetivo contrário ao das Seguradas: impedir o prosseguimento da *anti-suit injunction* brasileira. A ação inglesa obteve, no dia seguinte, decisão favorável a seu pedido liminar, obstando o prosseguimento da ação das Seguradas no Brasil.

<sup>193</sup> CONJUR. **Justiça intervém em crise de canteiro de obras**, publicado em 18.03.2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mar-18/trt-rondonia-intervem-crise-canteiro-obras-usina>. Acesso em 3 jun. 2023.

<sup>194</sup> Processo n. 0223943-73.2011.8.26.0100, que tramitou perante a 9ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital em São Paulo.

<sup>195</sup> Despacho proferido em 19.12.2011 no processo n. 0223943-73.2011.8.26.0100.

Indignadas com a rejeição da liminar, as Seguradoras interpuseram, ainda neste dia, agravo de instrumento no qual o Desembargador Paulo Alcides proferiu despacho que concedeu o pedido às agravantes, nos termos:

Tendo em vista a complexidade da causa e considerando que há expressa menção no contrato (item 7, fl. 118) de que ‘a Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil’ e que ‘qualquer disputa nos termos desta Apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil’, e, ainda, diante da aparente ausência de concordância expressa das agravantes com a instituição de solução arbitral em Londres, exigida no art. 4º, §2º da Lei Federal nº 9.307/96, para se evitar prejuízo às agravantes, **concedo a liminar requerida, determinando-se ‘às agravadas que se abstêm da instituição da pretendida arbitragem em Londres enquanto se discute o direito das seguradas de recusar-se a esse modo de solução de controvérsias’** (fl. 15).<sup>196</sup> (grifo nosso)

Em abril de 2012, foi dado provimento ao recurso das Seguradoras, uma vez que se entendeu que a cláusula compromissória presente nas Apólices “não goza da anuência expressa de uma das partes, como exige o §2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96”.<sup>197</sup> Deste modo, foi deferido o pedido de tutela inibitória negativa de suspensão do procedimento arbitral inglês até proferimento de sentença pelo Juízo brasileiro, com fixação de astreinte diária no valor de R\$ 400.000,00. Ainda no Brasil, foram opostos embargos de declaração contra o acórdão, os quais foram rejeitados, e foi promovida Reclamação ao Superior Tribunal de Justiça, a qual também não obteve sucesso.

Na ação inglesa, foi realizada audiência em janeiro de 2012 e, na semana seguinte, a *Commercial Court* proferiu decisão quanto à continuação da *interim anti-suit injunction* obtida no mês anterior para que as Seguradas não prosseguissem com a ação brasileira que buscava impedir a continuação da arbitragem até análise de sua vinculação à cláusula compromissória.

Ao apresentar o caso, *Justice Cooke* identificou que a lei aplicável às Apólices é a brasileira, bem como as partes, os eventos decorridos e o objeto cujo seguro foi contratado são brasileiros, embora o resseguro realizado esteja em inglês e as cláusulas das Apólices sejam meras traduções. Além disso, esclareceu que “[o] programa foi feito sob medida para o projeto Jirau e foi objeto de longas e detalhadas negociações entre os segurados que são empresas de grande porte e as resseguradoras”<sup>198</sup>, o que o ajudou a definir se as Apólices eram ou não contratos de adesão.

---

<sup>196</sup> BRASIL. TJSP, AI n. 0304979-49.2011.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Alcides, despacho de 16.12.2011.

<sup>197</sup> BRASIL. TJSP, AI n. 0304979-49.2011.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Alcides, acórdão de 19.04.2012.

<sup>198</sup> No original: “The programme was tailor-made for the Jirau project and was the subject of lengthy and detailed negotiation between the Insureds who are substantial enterprises and the reinsurers.”.

As Seguradoras alegaram que o acordo de arbitragem presente na cláusula 12 era válido perante a lei inglesa e que as tentativas de mediação anteriores, como prevê a cláusula 11, foram frustradas. As Seguradas, por sua vez, sustentavam que a convenção de arbitragem era regida pela lei brasileira (por ser um contrato de adesão), que os requisitos presentes na cláusula 11 não foram cumpridos e que o escopo da arbitragem seria apenas o *quantum*, não cobrindo, portanto, a declaração requerida pelas Seguradoras.

Tratando-se de um julgamento realizado em uma corte inglesa, aplicaram-se as regras de conflito de leis britânicas. Assim, para analisar a validade material da cláusula compromissória, a *Commercial Court* formulou que a lei aplicável à convenção arbitral seria (*i*) aquela escolhida expressamente pelas partes; (*ii*) aquela escolhida implicitamente pelas partes; ou, ainda, (*iii*) a lei com conexão mais próxima e real ao acordo de arbitragem. Surge, então, o renomado teste de três etapas utilizado para exame da lei aplicável à cláusula compromissória.

Assim, passou-se à análise de qual das duas leis possuía maior conexão em relação à cláusula arbitral, a lei brasileira ou a lei inglesa – isto é, a lei do contrato ou a lei da sede –, para então avaliar a validade da cláusula arbitral e a continuação da *interim anti-suit injunction* concedida, uma vez que se considerou não haver escolha implícita formulada pelas partes.

Em menção ao caso *Fiona Trust & Holding Corp v. Privalov*<sup>199</sup>, retomou-se o princípio da autonomia da cláusula compromissória, afirmando que “perfeitamente possível (e uma ocorrência não infrequente) que as partes concordem expressamente que diferentes órgãos de direito identificados devem se aplicar ao acordo comercial e ao acordo de arbitragem dentro dele”<sup>200</sup>, embora este não seja o caso.<sup>201</sup> Assim, a única saída possível para lidar com a identificação da lei aplicável passou a ser a análise dos fatos, da redação utilizada nas Apólices

<sup>199</sup> REINO UNIDO. *Court of Appeal. Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, caso n. [2007] EWCA Civ 20, j. 24.01.2007. Disponível em: [https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=1455](https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1455). Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>200</sup> No original: “It is perfectly possible (and a not infrequent occurrence) for the parties expressly to agree that different identified bodies of law should apply to the commercial agreement and to the arbitration agreement within it.”

<sup>201</sup> No original: “This is not such a case and there is here a clear provision for the law and jurisdiction of Brazil to apply exclusively to the Policy which is defined as including the "Conditions and Exclusions", whilst the introduction to the Policy states that it comprises a number of items including the General Conditions. The General Conditions themselves, in Condition 1, state that the Policy and the Schedule, Exclusions, Extensions, Memoranda and Conditions shall be read together as one contract, though the following words suggest that the force of this relates to the meaning to be attached to any word or expression which is defined in any part of the Policy.”.

e, sobretudo, do peso a ser dado à sede da arbitragem, conforme já realizado nos casos anteriores.

Esta, por si só, na visão do juiz, possui uma forte conexão com a convenção de arbitragem e a lei inglesa, uma vez que, com base no *Arbitration Act* de 1996, a lei procedural inglesa é aplicável à arbitragem quando sua sede estiver no Reino Unido. Assim, por haver previsão expressa quanto à sede arbitral e a consequente aplicação da lei procedural inglesa, o acordo de arbitragem funcionaria uma cláusula de jurisdição exclusiva pela aplicação da lei inglesa.

Deste modo, após analisar precedentes ingleses, *Justice Cooke* definiu que a lei da sede é aquela com maior conexão à convenção de arbitragem, razão pela qual esta deve ser analisada com base na lei inglesa.

Neste sentido, toda questão relativa à possível invalidade da cláusula compromissória, arguida com base no artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem brasileira, se torna irrelevante para o caso em análise, razão pela qual deixou-se de comentar sobre a aplicabilidade do dispositivo às Apólices, *i.e.*, a qualificação desta como contratos de adesão, e eventuais efeitos desta aplicação no Brasil.

Em relação à obrigação de mediar previamente à instauração de procedimento arbitral, que independeria da lei aplicável ao acordo de arbitragem, ao escopo da arbitragem e à possibilidade de discutir matérias que ultrapassariam o quantum relativo à cobertura das Apólices, o tribunal inglês entendeu que “todas as disputas ou divergências podem ser e devem ser submetidas à arbitragem, sob os termos da cláusula 12”<sup>202</sup> e que pouco caberia à jurisdição brasileira na prática com base na cláusula 7ª.

Assim, com ciência da decisão proferida pela 6ª Câmara de Direito Privado em dezembro de 2011 para que as Seguradoras fossem impedidas de prosseguir com o procedimento arbitral londrino até que se decidisse acerca da validade da cláusula compromissória, manteve-se a *anti-suit injunction* inglesa. Indignadas, as Seguradas

<sup>202</sup> No original: “In the present case, on the construction that I have held, all disputes or differences can be and must be referred to arbitration under the terms of Condition 12, but if that is so, what is left of the exclusive jurisdiction of the courts of Brazil under Condition 7? The answer is very little in practice - much the same as found by Christopher Clarke J in paragraph 82 of the ACE decision. It enables the parties to found jurisdiction in a court in Brazil to declare the arbitrable nature of the dispute, to compel arbitration, to declare the validity of the award, to enforce the award, or to confirm the jurisdiction of the Brazilian courts on the merits in the event that the parties agree to dispense with arbitration.”

interpuseram apelação contra a decisão proferida pelo Judge Cooke, a qual foi recebida pela pelo *Justice* Moore-Bick.

Nela, o magistrado reforçou a separabilidade da convenção de arbitragem reconhecida pelo artigo 7º do *Arbitration Act* de 1996 e a utilização da regra utilizada pela *common law* para determinar a lei aplicável à cláusula compromissória, ou seja, o *three-step verification rule* composto por escolha expressa, escolha tácita e maior conexão.

Todavia, embora tenha afirmado que a cláusula em si forma um contrato à parte daquele no qual está inserida, seria justo partir do pressuposto que, “in the absence of any indication to the contrary, the parties intended the whole of their relationship to be governed by the same system of law”, uma vez que é natural a escolha expressa pela lei do contrato principal, mas incomum a escolha da lei que rege a cláusula compromissória.<sup>203</sup> Afinal, a escolha pela lei procedural se vincularia apenas à escolha da sede da arbitragem, usualmente distinta da lei que rege o contrato. Para o *Master of the Rolls*, há dois motivos para isso: (i) a escolha de um foro neutro à matéria da arbitragem para funcionar enquanto sede; e (ii) a alta chance de que as partes pretendiam que sua relação jurídica fosse regida pelo mesmo sistema legal.

Assim, ao contrário do que foi arguido pelas Seguradoras, a separabilidade da cláusula compromissória não seria capaz de fornecer uma resposta fácil à questão, que se baseia na importância dada pelas partes à escolha da sede no presente caso.<sup>204</sup>

Na aplicação do *three-stage enquiry*, o magistrado constatou que, embora nos casos recentes muita atenção tenha sido dada à maior conexão à convenção arbitral (terceira etapa do teste), não se pode negligenciar as duas etapas anteriores, uma vez que as partes escolheram anteriormente um sistema de lei para governar o contrato no qual inseriram o acordo de arbitragem. Deste modo, apenas caso a convenção estivesse disposta em outro documento, apartado do contrato principal, é que se poderia dar peso suficiente à escolha da sede, capaz de alterar a *ratio* de sua decisão. Concluiu, portanto, que, “na ausência de qualquer indicação em

<sup>203</sup> Na íntegra: “It has long been recognised that in principle the proper law of an arbitration agreement which itself forms part of a substantive contract may differ from that of the contract as a whole, but it is probably fair to start from the assumption that, in the absence of any indication to the contrary, the parties intended the whole of their relationship to be governed by the same system of law. It is common for parties to make an express choice of law to govern their contract, but unusual for them to make an express choice of the law to govern any arbitration agreement contained within it; and where they have not done so, the natural inference is that they intended the proper law chosen to govern the substantive contract also to govern the agreement to arbitrate.”.

<sup>204</sup> No original: “That being so, I do not think that separability provides an easy answer to the question that arises in this case, which turns primarily on the relative importance to be attached to the parties' express choice of proper law and their choice of London as the seat of the arbitration.”.

contrário, uma escolha expressa da lei que rege o contrato substantivo é uma forte indicação da intenção das partes em relação ao acordo para arbitrar.”.

Todavia, haveria no presente caso dois fatores relevantes a serem destacados em razão da sede arbitral ser Londres. Primeiro, que a escolha de outro país como sede da arbitragem implicaria a aceitação da lei arbitral deste país, relativa à condução e à supervisão do procedimento arbitral, o que tende a sugerir que a lei inglesa regesse todos os aspectos da cláusula compromissória, incluindo sua validade formal e a competência (*jurisdiction*) dos árbitros. Segundo, que caso a tese apresentada pelos Segurados estivesse correta – o que este autor rechaça fortemente – o acordo de arbitragem só seria materializado com a anuênciam dos “aderidos”, criando um acordo unilateral de arbitragem entre dois polos hiperssuficientes, o que invalidaria a arbitragem.

Deste modo, decidiu a *Court of Appel* inglesa que (i) não há escolha expressa pela lei que rege a cláusula compromissória; (ii) não é possível interpretar que a escolha expressa pela lei aplicável ao contrato (lei brasileira) é uma escolha tácita a sua aplicação ao acordo de arbitragem, já que sua aplicação poderia minar a arbitragem, conforme o princípio da validação; (iii) a cláusula arbitral possui uma conexão estreita com o contrato no qual está inserida, mas possui natureza e propósito muito diferentes, sem qualquer conexão jurídica ao sistema que rege as Apólices, cuja finalidade não se relaciona à solução de conflitos. Assim, a cláusula tem sua conexão mais próxima e real com a lei do local onde a arbitragem será realizada e que exercerá a jurisdição de apoio e supervisão necessária para garantir que o procedimento seja eficaz. Portanto, a lei com maior conexão, aplicável à convenção arbitral, é a lei inglesa.

Ainda, quanto à previsão de aplicação da lei brasileira à mediação, entendeu-se que não haveria impedimento de aplicar uma lei para cada método de solução de conflitos, sem qualquer razão lógica ou comercial para que a lei que governe a cláusula compromissória seja a brasileira.

Os demais magistrados (Hallett e Neuberger) concordaram com a decisão apresentada por *Justice* Moore-Bick, embora *Justice* Neuberger tenha observado que:

Given the desirability of certainty in the field of commercial contracts and the number of authorities on the point, it is, at least at first sight, surprising that it is by no means easy to decide in many such cases whether the proper law of the arbitration agreement is (i) that of the country whose law is to apply to the contract or (ii) that of the country which is specified as the seat of the arbitration. **However, once it is accepted that that issue is a matter of contractual interpretation, it may be that it is inevitable that the answer must depend on all the terms of the particular contract, when read in the light of the surrounding circumstances and commercial common**

**sense.** [...] Faced with this rather unsatisfactory tension between the approach in the earlier cases and the approach in C v D, it seems to me that, at any rate in this court, we could take one of two courses. The first would be to follow the approach in the most recent case, given that it was a decision of this court, namely C v D. The alternative course would be to accept that there are sound reasons to support either conclusion as a matter of principle. Whichever course is adopted, it is necessary to consider whether there is anything in the other provisions of the contract or the surrounding circumstances which assist in resolving the conundrum. (grifo nosso)

Até onde se sabe, as partes chegaram em um acordo e os processos brasileiros foram encerrados em dezembro de 2013.<sup>205</sup> Não obstante a opção pela autocomposição, as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e a *Court of Appeal* inglesa seguem até hoje sendo revisitadas, criticadas e mencionadas, principalmente pela contribuição do teste em três etapas formulado pelo Juízo britânico.

### 3.1.10. Arsanovia v. Cruz City<sup>206</sup>

Em 2008, Arsanovia, Burley e Unitech, requerentes, firmaram uma série de acordos de joint venture com a Cruz City, requerida, para o desenvolvimento de certas favelas em Bombaim, na Índia. Dentre eles, estavam um acordo de acionistas (“shareholders’ agreement”; “SHA”) firmado entre a Arsanovia, a Cruz City e a Kerrush, joint venture criada, e um acordo de garantia de solvência de empresa-mãe (“keepwell agreement”; “KWA”), ambos regidos pela lei indiana e com cláusulas compromissórias similares, nos seguintes termos:

LCIA Arbitration. Any dispute arising out of or in connection with the provisions of this Agreement, including any question regarding its validity, existence or termination, shall be referred to and finally settled by arbitration under the London Court of International Arbitration Rules (“Rules”), which rules are deemed to be incorporated by reference into this Clause. The number of arbitrators shall be three. **The seat or legal place of the arbitration shall be London, England.** The language to be used in the arbitral proceedings shall be English. [...] Notwithstanding the above, the Parties hereto specifically agree that they will not seek any interim relief in India under the Rules or under the Arbitration and Conciliation Act, 1996 (the “Indian Arbitration Act”), including Section 9 thereof. **The provisions of Part 1 of the Indian Arbitration Act are expressly excluded.** For the avoidance of doubt, the procedure in this Clause 21 shall be the exclusive procedure for the resolution of all disputes referred to herein.<sup>207</sup> (grifo nosso)

---

<sup>205</sup> MARQUES, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, vol. 12, n. 47, pp. 7-37, 2015, p. 21.

<sup>206</sup> REINO UNIDO. *High Court. Arsanovia Ltd e outros v. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, caso n. [2012] EWHC 3702 (Comm), j. 20.12.2012. Disponível em: [https://www.oeclaw.co.uk/images/uploads/judgments/Arsanovia\\_Ltd\\_Ors\\_v\\_Cruz\\_City\\_1\\_Mauritius\\_Holdings\\_2013\\_2\\_All\\_E\\_R\\_\(Comm\)\\_1.pdf](https://www.oeclaw.co.uk/images/uploads/judgments/Arsanovia_Ltd_Ors_v_Cruz_City_1_Mauritius_Holdings_2013_2_All_E_R_(Comm)_1.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>207</sup> Cláusula compromissória do SHA.

Governing Law. This agreement shall be governed by, and construed in accordance with **laws of India**, without regard to the conflict of law rules thereof that would require the application of the laws of another jurisdiction.<sup>208</sup> (grifo nosso)

Governing Law. This Keepwell Agreement shall be governed by, and construed and interpreted in accordance with, the **laws of India** without regard to conflicts of laws principles thereof.<sup>209</sup> (grifo nosso)

A partir de então, diversos conflitos surgiram entre as empresas, envolvendo o atraso na prestação do serviço contratado, a validade das notificações e as opções de venda surgiram previstas contratualmente, resultando na rescisão do contrato e em três arbitragens distintas que, apesar de constituídas com o mesmo tribunal arbitral, nunca foram consolidadas.

Na primeira, a Cruz City demandava o pagamento de indenização contra a Arsanovia e a Burley, nos termos específicos do SHA. Na segunda, o pedido de indenização ocorreu contra a Unitech e a Burley, com base no KWA. No terceiro procedimento arbitral, a Arsanovia buscava (i) a declaração de que as notificações foram válidas; (ii) a execução das obrigações da Cruz City nos termos do SHA; e (iii) a condenação dela ao pagamento de indenizações. As três sentenças foram proferidas em julho de 2012.

Nas sentenças 1 e 2, a decisão do tribunal foi favorável aos pedidos da Cruz City, embora Arsanovia defendesse que não haveria jurisdição do tribunal arbitral para julgar o caso. A sentença 3, por sua vez, indeferiu os pedidos dos requerentes e a reconvenção da Cruz City. Assim, a Arsanovia requereu a anulação das duas primeiras sentenças arbitrais.

Quanto à primeira sentença, alegou que o tribunal não tinha jurisdição porque a lei aplicável ao acordo de arbitragem do SHA seria a Indiana, sob a qual Burley não teria concordado em se vincular à arbitragem e, com base na lei Indiana, quando uma arbitragem é instaurada contra dois réus e apenas um deles é parte da cláusula compromissória, a arbitragem não pode ser mantida contra nenhum dos dois, não podendo o tribunal julgar os pedidos feitos à Arsanovia. Mesmo assim, caso se aplicasse a lei inglesa, a Burley não estaria vinculada à cláusula compromissória.

Já na segunda sentença, defendeu a ausência de jurisdição do tribunal arbitral porque a lei aplicável à convenção de arbitragem do KWA também era a Indiana, responsável por determinar seu escopo, e, nesse sentido, a interpretação adequada do KWA indicava que os pleitos contra a Unitech e a Burley só poderiam ser apresentados após o julgamento da

---

<sup>208</sup> Cláusula de eleição de lei aplicável presente no SHA.

<sup>209</sup> Cláusula de eleição de lei aplicável presente no KWA.

responsabilidade da Burley nos termos do SHA, ou seja, as reivindicações eram prematuras e fugiam da jurisdição do tribunal arbitral. De todo modo, arguiu ainda que, sob a lei Indiana, a responsabilidade ou não da Burley nos termos do SHA não estava no escopo da cláusula compromissória do KWA e, como a primeira sentença era inválida, esta não poderia ser utilizada como base para a segunda sentença.

Em primeiro lugar, a *High Court of Justice* inglesa definiu que, evidentemente, a lei aplicável à cláusula compromissória não está abrangida pela Convenção de Roma I, já que seu artigo 1(2)(e)<sup>210</sup> é expresso ao mencionar que estão excluídos de seu escopo “[a]s convenções de arbitragem e de eleição do foro”, devendo a matéria ser analisada com base nas regras de conflito de leis inglesas. Assim, a regra tríplice (escolha expressa, escolha implícita e lei com conexão mais próxima e real ao acordo de arbitragem) deverá ser utilizada na análise da lei aplicável à cláusula compromissória, já que, embora possa haver leve divergência entre esta e a lei do acordo individual em submeter o conflito à arbitragem, firmado entre as partes e o tribunal arbitral, este não é o caso.

Além disso, a lei que rege o acordo de arbitragem, seja o acordo individual ou o acordo contínuo, não é necessariamente a lei do “contrato matriz” em que a cláusula compromissória está inserida (*lex causae*), nem a lei curial, que rege as questões processuais do procedimento arbitral e de supervisão dos tribunais judiciais, a qual é usualmente a lei da sede da arbitragem. Na Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, a mera referência à sede já vincula as partes à primeira parte do *Arbitration Act* de 1996.

Todavia, como salientado anteriormente pelos tribunais ingleses em *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction* (*supra*, n. 3.1.4), embora seja possível a aplicação de leis distintas às mais diversas questões na arbitragem, não se espera que as partes optem por realizar tal construção, razão pela qual a escolha expressa por uma lei que rege o contrato é um forte sinal de que esta se aplicará a toda a relação entre as partes. A questão, portanto, emerge após a escolha da sede distinta daquela em que se origina a *lex causae*, indicando a presença de uma *lex fori* distinta daquela escolhida expressamente para reger o contrato.

Com referências a decisões anteriores mencionadas pelas partes, *Justice Andrew Smith* entendeu que a exclusão expressa da primeira parte da *Indian Arbitration and Conciliation Act*

---

<sup>210</sup> Artigo 1º da Convenção de Roma I, em sua versão oficial em português: “Âmbito de aplicação material. [...] 2. São excluídos do âmbito de aplicação do presente regulamento: [...] e) As convenções de arbitragem e de eleição do foro.”.

de 1996 era um indício direto de que as partes entendiam que a convenção de arbitragem fosse regida pela lei indiana, exceto naquilo que foi livremente excluído por elas.

Além disso, a indicação expressa de que a lei indiana governaria o SHA e o KWA seria forte indicativo de que essa lei também regeria a cláusula compromissória, sendo a referência a Londres como sede da arbitragem o único dispositivo em contrário a essa escolha, também presente na redação da cláusula.

Ainda, a corte inglesa fez breve elucidação sobre a escolha “tímida” dos patronos da Arsanovia em não arguir em primeira instância uma possível escolha expressa das partes pela lei indiana, reservando-se a alegar que haveria uma escolha implícita pela lei aplicável à convenção arbitral. Ora, como as partes indicaram na cláusula geral de eleição de leis que “este acordo” seria regido pelas leis da Índia, seria possível defender que estas se aplicariam a todos os dispositivos presentes no contrato, incluindo a cláusula compromissória. Afinal, termos expressos não necessariamente são aqueles absolutamente e inequivocamente explícitos, e, a referência à lei aplicável não foi realizada de forma restritiva, mas sim ao “Acordo” como um todo.

Diante dos pedidos requeridos, decidiu *Justice* Andrew Smith que houve uma escolha implícita das partes em aplicarem a lei indiana, aquela que rege o contrato principal, ao acordo de arbitragem e, caso assim não seja, convenção de arbitragem ainda teria sua conexão mais próxima e real com a lei indiana. Todavia, a decisão inglesa fez a ressalva de que, caso seu julgamento fosse puramente sobre o sistema de leis com conexão mais próxima à convenção de arbitragem, esta seria a inglesa, pelos mesmos motivos arguidos em C v. D e Sulamérica v. Enesa (*supra*, nn. 3.1.7 e 3.1.9). A análise da escolha das partes, contudo, faz necessária a decisão pela aplicação da lei indiana.

Quanto à análise de jurisdição do tribunal arbitral, pouco relevante para a presente tese, deferiu-se o pedido relativo à primeira sentença, com declaração de que não havia competência material e, portanto, o mérito da sentença não teria efeito. Para a segunda sentença, entretanto, entendeu-se que o tribunal arbitral possuía competência, razão pela qual os pedidos da Arsanovia foram indeferidos.

### 3.1.11. Habas Sinai v. VSC Steel Co.<sup>211</sup>

Habas, fabricante turca de aço, e VSC, empresa de armazenamento de vergalhões, aço estrutural e produtos de engenharia que é parte do Grupo VSC, listado na bolsa de valores de Hong Kong, teriam firmado em 2009 um contrato de compra e venda de 15.000 metros de vergalhões de aço. As negociações ocorreram entre diversas empresas intermediárias, sem que Habas tivesse ao menos uma vez trocado mensagens diretamente com a VSC.

Dentre as diversas minutias, a sede da arbitragem e a lei que rege o contrato foram alteradas várias vezes entre as partes. Inicialmente, a VSC propôs a sede em Hong Kong, com aplicação desta lei também às questões materiais do contrato, mas a Habas sugeriu que a arbitragem fosse realizada em Istambul, com aplicação da lei turca ao contrato, incluindo a Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Insistente, a VSC indicou novamente o desejo em arbitrar em seu país e aplicar a lei de Hong Kong, o que levou o intermediário da Habas a indicar que “If you don't accept it, please put not Istanbul but Paris or Switzerland at least”. Após mais de cinco alterações, a versão final continha a seguinte convenção de arbitragem:

Any controversy or claim out of or relating to this contract or any alleged breach [sic] thereof, will be settled with the **International Chamber of Commerce in Paris in accordance with the rules applied by that organization.** (grifo nosso)

Por e-mail, entretanto, a previsão de arbitragem em Paris foi alterada durante a assinatura das partes e de seus representantes para que a sede arbitral fosse Londres.

O bem que havia sido negociado, todavia, nunca foi entregue, motivo pelo qual a VSC se utilizou da cláusula compromissória com sede em Londres para buscar a recuperação dos danos sofridos, o que resultou em sentença arbitral que em 2012 lhe deu razão no valor de US\$ 3,142,500, a serem acrescidos das custas processuais e da correção monetária.

A Habas, por sua vez, questionou perante a *High Court of Justice* inglesa a jurisdição do tribunal arbitral e a validade de sua sentença, considerando que não havia convenção de arbitragem vinculante às partes, já que (*i*) as intermediárias da Habas não tinham autoridade para concluir uma cláusula compromissória; e (*ii*) não houve consenso entre as partes por

---

<sup>211</sup> ICC. **VSC Steel Company v. Habas Sinai ve Tibbi Gazlar İstihsal Endüstrisi As**, ICC n. 17.195; e REINO UNIDO. **High Court. Habas Sinai ve Tibbi Gazlar İstihsal Endüstrisi As v. VSC Steel Company**, caso n. [2013] EWHC 4071, j. 19.12.2013. Disponíveis em: <https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-vsc-steel-company-limited-hong-kong-s-a-r-vs-habas-sinai-ve-tibbi-gazlar-istihsal-endustrisi-as-turkey-partial-award-tuesday-10th-july-2012>. Acesso em: 3 jun. 2023.

arbitrar em Londres. Embora não a tenha utilizado durante o procedimento arbitral, Habas defendeu, para tanto, que a lei aplicável ao contato e à cláusula compromissória era a turca, sob a qual não existiria convenção de arbitragem válida.

*Justice Hamblen*, diante desta provocação, passou a analisar se (*i*) a Habas ainda poderia questionar a competência do tribunal arbitral; (*ii*) se houve consentimento das partes em arbitrar; e (*iii*) qual seria o direito aplicável a cláusula compromissória. Todavia, entendeu logo de início que a objeção da companhia turca só poderia apresentar suas objeções em uma interpretação extensiva do *Arbitration Act* de 1996, razão pela qual a ação não deveria prosperar.

Ainda, decidiu que, se as partes pactuaram cláusula compromissória, as empresas optaram pela aplicação da arbitragem em Londres, já que esta fora a última minuta assinada pelos representantes da Habas, que tinham autoridade para vincular as partes à solução de disputas por arbitragem, ainda que por meio de outras intermediárias. De todo modo, a urgência do contrato e o modo como ele se deu não exigiram a assinatura das duas partes antes que as obrigações nele estipuladas fossem vinculantes, o que não descarta a assinatura posterior da VSC, enquanto o silêncio sobre a alteração da cláusula compromissória e o prosseguimento com a assinatura do contrato indicam sua concordância com seus termos.

A questão principal para analisar a validade da convenção de arbitragem, todavia, ainda pairava sob a lei aplicável, não apenas à cláusula compromissória, mas também ao contrato principal no qual estava inserte.

Nesse sentido, partiu do pressuposto de que o alegado pela Habas, isto é, que não haveria escolha expressa de lei para reger a cláusula compromissória, e que esta seria regida pela lei turca pela maior conexão desta ao contrato, estaria correto, já ressaltando a inaplicabilidade da Convenção de Roma I de 1980 a convenções arbitrais.

Assim, com base no recente caso Sulamérica v. Enesa (*supra*, n. 3.1.9), *Justice Hamblen* seguiu os seguintes parâmetros: (*i*) ainda que a cláusula compromissória esteja contida dentro do contrato principal, a lei a ela aplicável pode ser distinta da lei deste; (*ii*) a determinação da lei que rege a convenção de arbitragem deve ocorrer com base no teste de três etapas; (*iii*) quando não há lei expressa aplicável ao contrato, a escolha pela sede arbitral é fator relevante, possuindo a maior e mais real conexão ao acordo de arbitragem, sendo a redação da própria cláusula questão a ser analisada como uma escolha implícita; (*iv*) quando há escolha expressa

de lei ao contrato principal, este deverá ser o fator relevante levado em consideração; (v) ainda assim, a escolha de sede em país distinto é fator que diverge dessa escolha, mas que não é suficiente para levar a *High Court of Justice* à decisão distinta; e (vi) quando há fatores suficientes apontando à ausência de escolha implícita derivada da escolha expressa de lei regente do contrato principal, deve-se aplicar a lei com conexão mais próxima e real, que geralmente é a lei do país sede, onde há jurisdição para suporte e supervisão da arbitragem, a fim de que os procedimentos sejam efetivos. Assim, não havendo escolha das partes por um sistema legal para reger o contrato, a lei do país sede da arbitragem, a própria Inglaterra, deverá ser aplicada, com base na decisão proferida no caso Sulamérica.

A Habas, entretanto, argumentou que haveria boas razões para entender que a sede arbitral não possui, no presente caso, a maior conexão com a convenção de arbitragem, já que a escolha por Londres teria se dado em excesso de autoridade das empresas representantes, devendo-se aplicar a lei turca.

A *High Court of Justice*, todavia, desconsiderou os argumentos da companhia, considerando, por exemplo, que não há qualquer relação entre os poderes das empresas representantes e a maior proximidade ou conexão à cláusula arbitral, ademais de não ser possível identificar a validade da cláusula compromissória e da vontade das partes antes da determinação de lei aplicável. Os pleitos da Habas, ainda, iriam de encontro a outros julgados ingleses, que reforçaram a decisão de se aplicar a lei da sede.

Assim, ainda que a lei que regesse o contrato fosse a lei turca (o que deverá ser determinado pelo artigo 4º da Convenção de Roma I de 1980), e assumindo que assim o seja, pouca relevância isto tem à convenção de arbitragem, que deverá ser regida pela lei inglesa, país da sede arbitral, por sua maior conexão.

### 3.1.12. Firstlink v. GTPayment<sup>212</sup>

It is not uncommon that commercial parties omit to include in their contracts an express choice of law governing their international arbitration agreements. **These ‘midnight clauses’ may be included in the main contract very late in the day along with other standard terms just before the contract is signed, understandably so as most parties would be enthusiastic about concluding the negotiations on the contractual obligations, while failing to direct their minds to a possible breakdown of the commercial relationship and the attendant specifics of the dispute resolution process.** The central question raised in the present case

---

<sup>212</sup> SINGAPURA. *High Court. First Link Investments Corp. Ltd. v. GT Payment Pte. Ltd. e outros*, caso n. [2014] SGHCR 12, j. 19.06.2014. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/7/17749.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

concerns how the court would determine the proper law governing an international arbitration agreement as impliedly chosen by parties in the absence of an express choice. (grifo nosso)

É o retrato comum que Shaun Leong descreve ao introduzir o presente caso em seu julgamento na *High Court of Singapore*. Afinal, todos os casos até aqui descritos poderiam ter sido evitados (ou reduzidos) com a indicação expressa da lei aplicável à convenção de arbitragem. Embora a presença das “cláusulas da meia-noite” em contratos internacionais já fosse à época conhecida por todos, elas continuaram (e continuam) a existir, razão pela qual ainda há casos a serem comentados.

Em janeiro de 2012, Firstlink, empresa pública de Singapura voltada à participação em investimentos, se registrou como membro no site da GTPayment, empresa privada, também constituída no país, que presta serviços de pagamento on-line para comerciantes e consumidores globais. Por meio dessa inscrição, a Firstlink se vinculou ao acordo de usuários, contrato padrão da GTPayment, e depositou valores para uso na plataforma de pagamentos online.

A Firstlink, entretanto, ao invés de utilizar a quantia depositada para compras online, teria realizado um pagamento de US\$ 83.820,60 para a conta de Ling Yew Kong, seu próprio diretor administrativo. Consequentemente, a plataforma suspendeu publicamente a conta da empresa estatal enquanto investigava a transação que supostamente violaria os termos do contrato firmado entre as partes.

Por sua vez, a empresa pública alegou que tinha planos em investir na GTPayment e que o depósito e pagamento realizados eram apenas uma maneira de verificar a comprovação de fundos e realizar uma *due diligence*, de modo a testar a plataforma. Assim, a Firstlink ajuizou ação contra a plataforma de pagamentos, a empresa responsável pelo software e o principal proprietário e diretor administrativo das duas empresas.

A GTPayment, todavia, requereu a suspensão da ação judicial movida pela Firstlink, com base no *International Arbitration Act* e na cláusula arbitral presente no contrato padrão da plataforma:

Any claim will be adjudicated by Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. You and GTPayment agree to submit to the jurisdiction of the Arbitration Institute of the **Stockholm Chamber of Commerce**. Both parties expressly agree not to bring the disputes to any other court jurisdictions, except as agreed here to the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. (grifo nosso)

Para que a suspensão do processo judicial seja concedida em favor da arbitragem em Singapura, é necessário que, nos termos dos artigos 6(1) e 6(2) do *International Arbitration Act*, a existência de um acordo de arbitragem seja verificada *prima facie* e este não possa ser considerado pelo judiciário como sendo “nulo, sem efeito, inoperante ou incapaz de ser executado”<sup>213</sup>, critério também usado no artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque.<sup>214</sup> Ressalta-se que a Lei Modelo da UNCITRAL foi adotada por Singapura em seu *Arbitration Act de 1994*.

À análise da validade da cláusula, insuficientemente atacada pela Firstlink, verificou-se que não havia escolha expressa das partes pela lei aplicável à cláusula compromissória, embora houvesse escolha pela lei que rege o contrato principal:

16. General. This Agreement is governed by and interpreted under the laws of **Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce** as such laws are applied to agreements entered into and to be performed entirely within Stockholm.  
(grifo nosso)

A escolha atípica e questionável pela aplicação de regras de uma instituição arbitral como se direito material fossem faz com que esta seja, na prática, uma escolha pela lei nacional sueca. Afinal, como pontuado pelo tribunal singapurense, a própria possibilidade de tal escolha e a consequente validade do contrato principal seriam postas em questão na tentativa de aplicar as regras do *SCC Arbitration Institute* às questões materiais.

Todavia, a escolha pela lei que rege o instrumento principal possui grande importância no presente julgado, já que, embora a cláusula compromissória esteja protegida pela doutrina da separabilidade, a Firstlink alegou que a mesma escolha de lei que rege o contrato principal se aplicaria ao acordo em arbitrar e, portanto, a convenção de arbitragem seria “nula, sem efeito, inoperante ou incapaz de ser executada”, uma vez que a cláusula de lei aplicável era inválida, ausente sentido lógico em tal dispositivo.

<sup>213</sup> Artigos 6(1) e 6(2) do *International Arbitration Act* de Singapura: “6. (1) Despite Article 8 of the Model Law, where any party to an arbitration agreement to which this Act applies institutes any proceedings in any court against any other party to the agreement in respect of any matter which is the subject of the agreement, any party to the agreement may, at any time after filing and serving a notice of intention to contest or not contest and before delivering any pleading (other than a pleading asserting that the court does not have jurisdiction in the proceedings) or taking any other step in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings so far as the proceedings relate to that matter. (2) The court to which an application has been made in accordance with subsection (1) is to make an order, upon such terms or conditions as the court thinks fit, staying the proceedings so far as the proceedings relate to the matter, unless it is satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”.

<sup>214</sup> O Art. II(3) da Convenção de Nova Iorque estabelece que: “3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”.

Nesse sentido, para determinar a lei aplicável à cláusula compromissória e verificar sua possível invalidade, foi aplicado o mesmo teste utilizado em *Sulamerica v. Enesa* (*supra*, n. 3.1.9), já utilizado pela *Singapore Court of Appeal* para determinar a lei substantiva em alguns casos.<sup>215</sup> Ademais, é também de entendimento da *Court of Appeal* singapurense que o acordo em arbitrar deve ser analisado como qualquer outra forma de contrato comercial firmado entre as partes.<sup>216</sup>

Assim, para determinar a lei apropriada à convenção de arbitragem, buscou-se identificar (i) a escolha expressa das partes; (ii) a escolha implícita das partes; e (iii) a lei com conexão mais próxima e real à cláusula compromissória; e, embora o método tenha sido adotado integralmente, a *ratio decidendi* do caso inglês foi reconsiderada, especialmente quanto à segunda etapa do teste.

Na ausência de escolha expressa das partes por uma lei aplicável à convenção arbitral, como no caso Sulamérica, aqui, e em todos os demais casos já analisados, a *Court of Appeal* inglesa criou, em essência, a presunção de que a lei expressa aplicável ao contrato, isto é, a lei material, seria a escolha implícita das partes para reger a cláusula compromissória, o que também foi aceito em *Arsanovia e Habas Sinai*.

Assim, em uma competição franca, sem outros fatores que indiquem a lei aplicável ao acordo de arbitragem para além (i) da escolha de lei substantiva que rege o contrato; e (ii) da sede em que o procedimento arbitral ocorrerá e a sentença será proferida, há a inferência de que as partes escolheram implicitamente a lei material como a lei aplicável à cláusula compromissória, com base na presunção de que as partes pretendiam que seu relacionamento fosse regido integralmente pelo mesmo sistema jurídico.

Não obstante, não é esse o entendimento da *High Court of Singapore*. O tribunal entendeu que nem sempre é possível assumir que as partes desejavam a aplicação de uma única lei para regular o contrato e a cláusula compromissória. Afinal, a expectativa natural é que a arbitragem só será ativada após a frustração (completa ou parcial) do contrato, o que faria com

---

<sup>215</sup> SINGAPURA. *Court of Appeal. Pacific Recreation Pte. Ltd. v. S Y Technology Inc. e outro*, caso n. 136/2006 [2008] SGCA 1, j. 16.01.2008. Disponível em: [https://www.elitigation.sg/gd/s/2008\\_SGCA\\_1](https://www.elitigation.sg/gd/s/2008_SGCA_1); e SINGAPURA. *Court of Appeal. JIO Minerals FZC e outros v. Mineral Enterprises Ltd.*, caso n. [2010] SGCA 41, j. 11.11.2010. Disponível em: [https://www.elitigation.sg/gd/s/2010\\_SGCA\\_41](https://www.elitigation.sg/gd/s/2010_SGCA_41). Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>216</sup> SINGAPURA. *Court of Appeal. Insigma Technology Co. Ltd. V. Alstom Technology Ltd.*, caso n. 155/2008 [2009] SGCA 24, j. 02.06.2009. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-alstom-technology-ltd-v-insigma-technology-co-ltd-judgment-of-the-court-of-appeal-of-singapore-2009-sgca-24-tuesday-2nd-june-2009>. Acesso em 3 jun. 2023.

que as partes escolhessem pela “neutralidade” da cláusula compromissória e de sua sede. Ademais, a lei substantiva ficaria em segundo plano, assumindo seu papel apenas na análise do mérito do caso, verificado apenas após a constatação de validade da convenção de arbitragem, sua extensão e a instauração do procedimento arbitral. Nesse sentido, e em adição de outro precedente britânico,<sup>217</sup> entendeu-se que, na realidade, o pressuposto a ser adotado é o de que as partes pretendem que qualquer disputa decorrente de seu contrato seja decidida de acordo com a cláusula de resolução de conflitos por elas eleita.

Não apenas, considerou que na arbitragem internacional, a sede do procedimento é o centro de gravidade jurídico que dá vida e efeito a uma convenção de arbitragem, sem a qual o acordo nunca poderia se desenvolver e resultar em uma sentença executável. Além disso, a importância da sede seria reconhecida em mais de 140 países à época, já que é a referência subsidiária do art. V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque de 1958 quanto à ausência de executabilidade de uma sentença arbitral. Dispositivo similar aparece nos arts. 34(2)(a)(i) e 36(1)(a)(i) da Lei Modelo da UNCITRAL. Os empresários que pactuam uma cláusula compromissória, por sua vez, têm o interesse de que a sentença arbitral proferida no fim do procedimento seja vinculante e executável, outro motivo para se considerar a importância da sede da arbitragem.

Foi sob essa perspectiva que a *High Court of Singapore* entendeu que a escolha por uma sede, por si só, já configura escolha implícita das partes pela lei aplicável à cláusula compromissória, já que não haveria a intenção inicial de que haja alguma invalidade sob a lei da sede capaz de gerar não executividade da sentença. Essa visão, ainda, se aplicaria até à arbitragem mais deslocalizada, já que haveria uma sede, ainda que implicitamente escolhida pelas partes.

Além disso, a simples escolha por uma sede neutra automaticamente vincularia as partes à lei processual do local em que a sentença será proferida, razão pela qual seria concebível a ideia de que as partes escolheram a mesma lei para determinar a validade da cláusula compromissória, ainda mais com a suposta confiança das partes na supervisão dos tribunais locais.

---

<sup>217</sup> REINO UNIDO. *House of Lords*. Premium Nafta Products Limited e outros v. Fili Shipping Company Limited e outros, caso n. [2007] UKHL 40, j. 17.10.2007. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/l200607/ljudgmt/jd071017/ship-1.htm>. Acesso em: 3 jun. 2023.

Shaun Leong, entretanto, deixou claro que os pontos levantados não passam de uma construção, devendo a lei aplicável à convenção de arbitragem ser determinada caso a caso, com base nos fatos específicos e no que as partes demonstraram na redação do acordo. De todo modo, considerou-se que as partes optaram implicitamente, ao fazer referência ao *Stockholm Chamber of Commerce*, pela lei da Suécia, sede do procedimento arbitral, como lei que regerá a cláusula compromissória, o que é reforçado pelo art. 48 da *Swedish Arbitration Act*.<sup>218</sup>

Ainda assim, caso se leve em conta o argumento trazido pela Firstlink, o resultado seria o mesmo. Afinal, a indicação de que as regras da instituição arbitral sueca se aplicariam ao mérito da disputa não impossibilitaria a arbitragem, embora diversas questões surjam dessa escolha. A matéria, todavia, deve ser respondida pela própria *Stockholm Chamber of Commerce*, e não pela *High Court of Singapore*, que analisou apenas a suspensão da ação judicial movida no país.

Deste modo, embora haja convergência da lei contratual e a sede da arbitragem, ambas suecas, o julgado singapurense rompe a presunção frequentemente adotada nas decisões inglesas quanto à escolha implícita das partes pela aplicação da lei do contrato à convenção de arbitragem, substituindo-a pela lei da sede.

### **3.1.13. BCY v. BCZ<sup>219</sup>**

Trata-se de disputa entre duas companhias que iniciaram negociações relativas a contrato de compra e venda de ações (“*sale and purchase agreement*”; “SPA”) para que BCY, um banco estrangeiro, vendesse suas ações à BCZ e a uma co-compradora, também não sediadas em Singapura. O SPA, por sua vez, já continha desde sua primeira minuta a aplicação da lei de Nova Iorque ao contrato principal, o que foi mantido durante todas suas sete versões.

A cláusula compromissória da ICC, entretanto, só surgiu na segunda minuta, em substituição a uma cláusula de eleição de foro judicial nova-iorquina, com alterações relativas

---

<sup>218</sup> O art. 48 do *Swedish Arbitration Act* estabelece que: “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.”.

<sup>219</sup> SINGAPURA. *High Court. BCY v. BCZ*, caso n. [2016] SGHC 249, j. 09.11.2016. Disponível em: <https://nysba.org/NYSBA/Sections/International/Events/2018/Seoul%20Regional%20Meeting/Course%20Materials/BCY%20v%20BCZ.PDF>. Acesso em: 3 jun. 2023.

à quantidade de árbitros (árbitro único) e à sede dos procedimentos (Singapura) na quarta minuta:

#### 9.13 Governing Law and Dispute Resolution.

9.13.1 This Agreement and any non-contractual obligations arising out of or in connection with it are governed by and shall be construed in accordance with the **Laws of the State of New York of the United States of America**.

9.13.2. All disputes (including a dispute, controversy or claim regarding the existence, validity or termination of this Agreement – a ‘Dispute’) arising out of or in connection with this Agreement shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one arbitrator appointed in accordance with the said Rules, such arbitration to take place in Singapore. **The seat of the arbitration shall be Singapore.** (grifo nosso)

O problema, todavia, surge na medida em que a BCY decide em agosto de 2013 não prosseguir com a venda das ações, o que levou a BCZ a iniciar o procedimento arbitral perante a ICC, já que a convenção de arbitragem teria sido formada na segunda ou na sexta minuta, e, em razão da doutrina da separabilidade, persistiu mesmo à eventual inexistência do contrato principal, isto é, do SPA, que teria se tornado vinculante na sexta ou na sétima minuta. BCY, por sua vez, levantou na arbitragem questão preliminar relativa à inexistência da cláusula compromissória, o que trouxe à tona o debate quanto à existência de um acordo arbitral firmado entre as partes e a lei a ele aplicável.

Nesse sentido, o termo de arbitragem bifurcou o procedimento, dividindo-o entre questões de “Jurisdição” e de “Mérito”. No que toca a esta tese, os pontos procedimentais abordados pelo árbitro único estavam ligados (*i*) à existência e à validade da convenção de arbitragem da ICC; e, em caso afirmativo (*ii*) a quando ela passou a existir; e (*iii*) a quais eram as partes vinculadas a esta convenção.

Assim, com referência ao caso Sulamérica v. Enesa (*supra*, 3.1.9), entendeu-se na arbitragem que a lei aplicável à cláusula compromissória era a lei de Nova Iorque, em razão da ausência de escolha expressa das partes por um sistema legal para reger a convenção arbitral e da escolha expressa pela lei nova-iorquina ao contrato principal, havendo, portanto, escolha implícita das partes a sua aplicação. Além disso, constatou-se que a cláusula arbitral passou a vincular as partes já na segunda minuta do SPA, vinculando BCY, BCZ e a co-compradora, mas não seus acionistas.

Com isso, BCY ingressou com a presente ação perante a *Singapore High Court*, sob relatoria do *Justice Steven Chong*, para que fosse declarada a ausência de jurisdição do árbitro

único para ouvir e julgar o caso ou, subsidiariamente, que ele tivesse jurisdição apenas em relação ao pedido de violação do SPA.

Incontroverso neste processo judicial, como foi na arbitragem, que a análise da formação da convenção arbitral depende diretamente da lei aplicável à cláusula compromissória: Nova Iorque, a lei do contrato, para BCZ, como foi definido em Sulamérica v. Enesa e no procedimento arbitral instaurado; ou Singapura, lei do país sede dos procedimentos, como defendido pela BCY com base em Firstlink v. GTPayment, caso também julgado em Singapura.

Aqui, entretanto, pouca ou nenhuma relevância possui a questão levantada, já que ambas as partes reconhecem que não há diferença material entre a aplicação da lei nova-iorquina da lei singapurense, à exceção dos pedidos secundários relativos ao enriquecimento sem causa e ao *estoppel* requeridos na arbitragem, mas descartados perante o Judiciário.

Mesmo assim, e embora a jurisprudência de Singapura permita ao Juiz não relatar a escolha pela lei aplicável quando esta resultar no mesmo fim,<sup>220</sup> Justice Steven Chong expressou sua opinião sobre as questões levantadas, já que havia sido provocado com opiniões doutrinárias e jurisprudenciais divergentes. Nesse sentido, com base no teste de três etapas adotado em ambos os casos mencionados pelas partes (Sulamérica e Firstlink), passou a fazer considerações sobre o tema.

Em Sulamérica v. Enesa, é evidente a presunção adotada por *Justice* Moore-Bick de que na ausência de qualquer indicação em contrário, presume-se que as partes pretendiam que todo o seu relacionamento fosse regido pelo mesmo sistema de leis, havendo uma “inferência natural” de que a lei aplicável ao contrato principal também se aplicaria à convenção de arbitragem. Nesse sentido, dois cenários distintos foram desenhados.

Em uma convenção “autônoma” de arbitragem (compromisso arbitral), sem que haja escolha expressa de lei aplicável, seria necessário analisar a lei com conexão mais próxima e real ao acordo de arbitragem “independente”, que, no caso, seria a lei da sede.

Todavia, caso a cláusula estivesse contida em um contrato (cláusula compromissória), a escolha expressa da lei que o rege seria provavelmente a lei implicitamente escolhida pelas

---

<sup>220</sup> SINGAPURA. High Court. The “Chem Orchid”, caso n. [2015] SGHC 50, j. 18.02.2015. Disponível em: [https://www.elitigation.sg/gdviewer/s/2015\\_SGHC\\_50](https://www.elitigation.sg/gdviewer/s/2015_SGHC_50). Acesso em: 3 jun. 2023.

partes para governar a convenção arbitral, o que ainda pode ser reconsiderado diante da eficácia da cláusula dentro dessa escolha, graças ao princípio da validação.

No caso Firstlink, por sua vez, a High Court of Singapore adotou o teste consolidado pelos tribunais ingleses, mas discordou da presunção de que a escolha expressa da lei aplicável ao contrato represente uma escolha implícita das partes para que esta se aplique à convenção de arbitragem. Assim, em disputa direta entre a lei substantiva escolhida para reger o contrato e a sede da arbitragem, esta deverá ser considerada a escolha implícita das partes.

Justice Steven Chong, diante das duas visões em sentidos opostos, concordou com a decisão inglesa, não acreditando que a decisão em FirstLink representaria a aplicação das regras de conflitos de lei de Singapura. Além disso, discordou da decisão quanto à suposta “concorrência direta” entre a lei do contrato e a lei da sede, já que, diferentemente do caso Sulamérica e da presente ação, em Firstlink não havia escolha expressa pela lei aplicável a nenhum dos dois fatores, motivo pelo qual considerou desnecessária sua contraposição ao julgado inglês.

Ademais, a própria posição doutrinária, defenderia a utilização do caso Sulamérica como referência, já que seria surpreendente a adoção de outra lei à cláusula compromissória que não fosse a lei que rege o contrato principal, enquanto outros precedentes também adotariam a mesma posição.

Quanto aos argumentos relativos à separabilidade da cláusula compromissória, a *High Court* of Singapore reforçou que esta serve apenas para dar efeito à convenção de arbitragem e à expectativa inicial das partes em adotar este método de resolução de conflitos, sem que isso signifique que a cláusula constitui um acordo distinto a partir do momento em que o contrato principal é formado. Afinal, como ressaltado no próprio Sulamérica v. Enesa, a separabilidade não “isola a convenção de arbitragem do contrato substantivo para todos os fins”<sup>221</sup>.

A sede, por sua vez, atrairia a cláusula compromissória para si por dois motivos principais, sendo estes a neutralidade em sua escolha, tomada dentro de grandes contratos internacionais, e a possibilidade de não-homologação em hipótese de invalidade do acordo sob a lei da sede. Todavia, isso não necessariamente significa que as partes optaram pela aplicação da lei material da sede à análise da validade da convenção de arbitragem, a qual pode não

---

<sup>221</sup> No original: “[...] insulate the arbitration agreement from the substantive contract for all purposes”.

possuir qualquer relação com o contrato em disputa, nem que uma eventual tentativa de frustrar a execução da sentença demonstre que as partes submeteram a cláusula compromissória à lei da sede.

Assim, à exceção dos casos de acordos “independentes” de arbitragem, a lei aplicável à convenção arbitral deverá, no entendimento da *High Court of Singapore*, ser a lei que rege o contrato principal. Nas exceções, entretanto, em que uma convenção de arbitragem rege diversos contratos complexos com leis distintas ou as partes convencionam uma arbitragem deslocada de um contrato, *Justice Steven Chong* entende que a lei da sede deverá ser usada como referência para lei aplicável à formação da arbitragem. No presente caso, portanto, a decisão do árbitro único foi seguida e declarou-se que a lei que rege a cláusula compromissória é a nova-iorquina, a mesma do SPA.

### **3.1.14. Enka v. Chubb<sup>222</sup>**

**In my view the time has come to seek to impose some order and clarity on this area of the law, in particular as to the relative significance to be attached to the main contract law on the one hand, and the curial law of the arbitration agreement on the other, in seeking to determine the AA [arbitration agreement] law. The current state of the authorities does no credit to English commercial law which seeks to serve the business community by providing certainty.<sup>223</sup>** (grifo nosso)

Enka, uma empresa de construção e engenharia sediada na Turquia e com operações em todo o mundo, especialmente com a Rússia, foi contratada em 2012 pela CJSC Energoproekt, empresa russa que havia firmado contrato com a E.ON Rússia (atual PJSC Unipro) enquanto empreiteira geral para a concepção e construção do projeto de expansão da central eléctrica de Berezovskaya, para realizar os trabalhos relativos à instalação da caldeira e todos os equipamentos auxiliares necessários. O contrato global era bicolunado, com redação em inglês e em russo, e, embora não previsse um sistema legal aplicável a ele, continha cláusula de resolução de conflitos nos seguintes termos:

50. Resolution of disputes.

<sup>222</sup> REINO UNIDO. *High Court. Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO “Insurance Company Chubb” e outros*, caso n. [2019] EWHC 3568, j. 20.12.2019. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3568.html>. Acesso em: 3 jun. 2023; REINO UNIDO. *Court of Appeal. Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO “Insurance Company Chubb” e outros*, caso n. [2020] EWCA Civ 574, j. 29.04.2020. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/574.html>. Acesso em: 3 jun. 2023; e REINO UNIDO. *Supreme Court. Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO “Insurance Company Chubb” e outros*, caso n. [2020] UKSC 38, j. 09.10.2020. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>223</sup> Lord Justice Popplewell no julgamento do caso realizado pela *Court of Appeal*.

50.1. The Parties undertake to make in good faith every reasonable effort to resolve any dispute or disagreement arising from or in connection with this Agreement (including disputes regarding validity of this agreement and the fact of its conclusion (hereinafter – ‘Dispute’) by means of negotiations between themselves. In the event of the failure to resolve any Dispute pursuant to this Article within 10 (ten) days from the date that either Party sends a Notification to the opposite Party containing an indication of the given Dispute (the given period may be extended by mutual consent of the Parties) any Party may, by giving written notice, cause the matter to be referred to a meeting between the senior managements of the Contractor and Customer (in the case of the Contractor senior management should be understood as a member of the executive board or above, in the case of Customer, senior management shall be understood as general directors of their respective companies). The parties may invite the End Customer to such Senior Management Meeting. Such meeting should be held within fourteen (14) calendar days following the giving of a notice. If the matter is not resolved within twenty (20) calendar days after the date of the notice referring the matter to appropriate higher management or such later date as may be unanimously agreed upon, the Dispute shall be referred to international arbitration as follows:

- the Dispute shall be finally settled under the **Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce.**
- the Dispute shall be settled by three arbitrators appointed in accordance with these Rules,
- the arbitration shall be conducted in the English language,
- **the place of arbitration shall be London, England.**

50.2. Unless otherwise explicitly stipulated in this Agreement the existence of any Dispute shall not give the Contractor the right to suspend Work.

[...]

50.5. All other documentation such as financial documentation and cover documents for it must be presented in Russian. (grifo nosso)

Em maio de 2014, as partes do contrato global celebraram cessão de direitos e obrigações pelo qual a Energoproekt cedeu à Unipro todos os direitos resultantes do contrato contra a Enka, incluindo a convenção de arbitragem.

Entretanto, em fevereiro de 2016, ocorreu um grande incêndio na caldeira da unidade construída pela Enka,<sup>224</sup> com danos estimados em 25 bilhões de rublos (cerca de US\$ 400 milhões) e cinco anos necessários para sua reparação. A Unipro, por sua vez, acionou a Chubb Rússia, seguradora regional russa do renomado grupo Chubb, companhia presente em todo o mundo, com base em apólice primária de resseguro, que pagou o valor entre novembro de 2016 e maio de 2017, sub-rogando-se nos direitos que a Unipro poderia ter em relação à Enka.

---

<sup>224</sup> Conforme estabelecido em notícia no próprio site da Unipro. Disponível em: <https://www.unipro.energy/en/pressroom/news/4914168/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

Em sequência, a Reinsurance Company Chubb notificou a empresa turca informando da sub-rogação e alegando que o incêndio havia sido causado por defeitos nos dutos de óleo que transportavam o combustível, o que seria reputadamente atribuível à baixa qualidade da obra realizada pela Enka. Passado um ano e meio, outra notificação foi enviada pelos advogados da Chubb, referindo-se ao relatório de uma comissão estatal russa emitido em 2018 com a conclusão de que “o acidente foi causado por defeitos (deficiências) no projeto, nas estruturas, na fabricação e na instalação da Unidade, incluindo os dutos de óleo combustível”.<sup>225</sup>

As notificações nunca foram respondidas à Chubb,<sup>226</sup> e, em maio de 2019, a seguradora ingressou com uma ação na Rússia, perante a *Moscow Arbitrash Court*, a primeira instância do sistema judiciário russo,<sup>227</sup> mas a Enka continuou a tratar do assunto apenas com a Unipro,<sup>228</sup> afirmando que a Chubb Rússia estava obrigada pela cláusula 50.1 do contrato global a arbitrar a disputa pela ICC, uma vez que sub-rogou nos direitos da contratante original. A Unipro, por outro lado, confirmou que a iniciativa da Chubb se deu a nível internacional e se posicionou de modo favorável à Enka na disputa.<sup>229</sup>

Assim, após a organização inicial do processo ajuizado pela Chubb, os patronos da Enka solicitaram ao *general counsel* americano do Grupo Chubb a retirada do processo de Moscou ou, caso contrário, à empresa turca não restaria outra possibilidade a não ser ingressar com processo judicial para impedir as reivindicações na Rússia. O conselheiro geral, entretanto,

<sup>225</sup> No original: “the accident was caused by defects (deficiencies) in the design, structures, fabrication and installation of the Facility including fuel oil pipelines.”.

<sup>226</sup> Enka enviou uma carta à Unipro com uma das notificações da Chubb anexas, informando que considerava a mensagem uma ameaça e arguindo que não era responsável pelo defeito na construção, já que houve os defeitos ocorridos nas obras faziam parte de componentes que haviam sido excluídos do escopo de seus trabalhos.

<sup>227</sup> O nome “Arbitrash” não possui relação à arbitragem, tratando-se de uma tradição soviética, em que as disputas eram “arbitradas” pelo Estado.

<sup>228</sup> Em 30.06.2019, foi enviada a seguinte carta à Unipro: “By commencing a court action in deliberate disregard of a valid and binding agreement to arbitrate, Chubb has breached the arbitration agreement between UNIPRO and ENKA. Chubb should be asked to desist from any further action against ENKA in the Russian courts as a matter of urgency. We are concerned that the only plausible motivation for a party to frustrate an arbitration agreement may be its belief that it would obtain some undue advantage in local litigation. [...] It is our hope and belief that a reputable American company such as Chubb and its reinsurers would be extremely concerned about these matters and that if presented with accurate facts its senior management would never sanction a frivolous claim before local courts based upon a questionable report that deprives Enka of its right to an impartial, independent and confidential international arbitration process. As we understand that E.ON/UNIPRO has a global professional relationship with Chubb, it is well placed to inform Chubb and its decision-makers in US of the accurate facts and to remind it of Unipro’s and thus now Chubb’s obligations under the arbitration agreement. As a matter of priority therefore we urgently request you reach out to Chubb through your relationship contacts to put them on notice of the accurate facts and to request that they not interfere with the heretofore-excellent relationship between Unipro and Enka.”.

<sup>229</sup> Em 01.07.2019, a Unipro enviou correspondência à Enka, em que afirmou: “We have a strong position that your company has nothing to do with the accident at all.”.

respondeu que nada poderia fazer no prazo estimado, já que esta era a primeira comunicação enviada à Chubb, que precisaria levantar materiais para fornecer uma resposta adequada.

Com isso, a Enka ajuizou a presente demanda em setembro de 2019 perante a *Commercial Court* londrina, requerendo (*i*) a declaração de que a Chubb estaria vinculada à cláusula compromissória do contrato global; e (*ii*) a concessão de uma liminar para que a empresa interrompesse o procedimento instaurado na Rússia. Ademais, foram requeridos pedidos liminares contra a Chubb UK, a Chubb Europe e a Chubb Switzerland, que estariam por de trás do processo russo.

No mesmo sentido, a Enka apresentou no dia seguinte manifestação à *Moscow Arbitrash Court* para que o procedimento russo fosse indeferido sem apreciação do mérito, com base na existência de convenção arbitral prévia. Ainda, as partes juntaram resumos de seus pleitos, em que divergiram quanto à lei aplicável à convenção de arbitragem: para Chubb, a lei russa, supostamente aplicável ao contrato global, regeria a cláusula compromissória, enquanto a Enka afirmava que sob as regras de conflito de leis russa, a lei aplicável ao acordo de arbitragem seria a inglesa; e, ainda se assim não fosse, seu pleito para indeferir o processo continuaria correto. Todavia, o procedimento russo não tratou da manifestação da Enka para que os pedidos da Chubb fossem indeferidos sem apreciação do mérito, cuja análise foi adiada para o ano seguinte.

Paralelamente, na ação inglesa, houve uma audiência em outubro de 2019 realizada sob relatoria do *Justice Carr*, em que considerou que erros formais no pedido impiediam seu prosseguimento, embora ela tenha indicado questões a serem dirimidas para que o julgamento pudesse ocorrer, sendo estas: (*i*) a lei aplicável à convenção de arbitragem (russa ou inglesa), a ser decidida pelo teste de três etapas definido em *Sulamérica v. Enesa* (*supra*, n. 3.1.9); (*ii*) se a reivindicação apresentada no processo russo estaria dentro do escopo da cláusula compromissória; (*iii*) se poderia ser concedida a *anti-suit injunction* contra a Chubb; e (*iv*) se o tribunal deveria conceder tal medida. No julgamento realizado no dia 20 de dezembro, entretanto, *Justice Andrew Baker* indeferiu os pedidos da Enka.

Para tanto, iniciou sua análise pela sede do procedimento arbitral, considerando que embora a doutrina da separabilidade faça distinção entre a cláusula compromissória e o contrato principal, ainda há apenas um acordo firmado entre as partes. Especificamente, em menção à *Habas Sinai v. VSC* (*supra*, n. 3.1.11), esclareceu que não considera o termo “contrato matriz” o mais adequado, desencorajando seu uso.

Nesse sentido, estabeleceu que: (i) diferentes partes de um mesmo contrato podem ser regidas por diferentes sistemas jurídicos; (ii) a separabilidade da convenção de arbitragem a torna uma candidata natural para aplicação de uma lei distinta daquela que rege o contrato principal; e (iii) a escolha expressa da sede pode transmitir ou implicar uma escolha de lei à cláusula compromissória, embora não seja necessariamente assim. Ademais, ressaltou que cada caso deve ser analisado com base nos termos contidos no contrato, sendo, na sua opinião, equivocada a conclusão geral sobre a consequência da escolha da sede face a lei aplicável ao contrato e a necessidade de aplicar uma lei à convenção de arbitragem, uma crítica direta à conclusão alcançada nos casos anteriores e um aceno à opinião de *Lord Neuberger* de que “a resposta deve depender de todos os termos de um contrato específico, quando lidos à luz das circunstâncias circundantes e do senso comum comercial”.<sup>230</sup>

Especificamente em relação ao *Sulamérica v. Enesa*, esclareceu que a decisão seria melhor compreendida como uma decisão de que, considerando que as partes foram razoáveis na posição de contratantes, com o entendimento do que seria transmitido pelas palavras utilizadas na apólice que estavam pactuando, a escolha da lei brasileira aplicável ao contrato não significaria, afinal, que a convenção de arbitragem era regida por ela, não devendo a situação ser analisada apenas com base no que foi redigido. Ainda, havia sido apresentado argumento de que uma de escolha expressa da lei aplicável ao contrato não alteraria a conclusão quanto à aplicação da lei da sede. Todavia, considerou a diferença óbvia decorrente desta: ao indicar que “este contrato” será regido por uma lei, seria possível inferir sua aplicação a todas as cláusulas do contrato, incluindo a compromissória.

Assim, passando ao caso concreto, esclareceu que a escolha da sede se encontra ao fim da cláusula 50.1, que se refere à escolha das partes em arbitrar qualquer disputa que surgisse do contrato global, a ser organizada sob o Regulamento da ICC por três árbitros e em inglês. Para a High Court of Justice, a simples escolha antecipada de Londres como sede ou local da arbitragem (conforme art. 18.1 do Regulamento da ICC) não pode ser tida como escolha de lei aplicável à convenção de arbitragem - o que seria diferente se escolhida após o surgimento da disputa. A escolha da sede, portanto, só poderia implicar (no máximo) uma preferência das partes para que o tribunal inglês seja envolvido caso o procedimento arbitral necessitar de algum auxílio do poder judiciário, ademais de uma possível execução da sentença.

---

<sup>230</sup> No original: “the answer must depend on all the terms of a particular contract, when read in light of the surrounding circumstances and commercial common sense.”.

Deste modo, a simples mudança da Rússia enquanto foro de resolução de disputas não significa, necessariamente, que as partes rejeitaram a aplicação da lei russa à cláusula compromissória ou optaram pela lei inglesa, já que poderiam igualmente ter optado por Paris, Genebra, Nova Iorque ou Singapura.

Além disso, na visão de *Justice Andrew Baker*, caberia aos árbitros indicados em eventual procedimento arbitral a decisão sobre a interrupção ou prosseguimento do processo russo, não havendo qualquer jurisdição exclusiva ou primária dos tribunais ingleses para analisar o escopo da convenção de arbitragem ou a lei aplicável a ela.

Assim, expressou a razão de sua decisão em recusar a jurisdição sobre a ação, baseado no *forum non conveniens*, apresentada a seguir: (i) a escolha da sede arbitral, enquanto único gancho à aplicação da lei inglesa, não corresponde a uma escolha de lei que rege a cláusula compromissória; (ii) a Chubb estava de boa-fé ao ajuizar o procedimento russo, já que acredita que suas reivindicações não se enquadram no escopo da convenção arbitral e que a Enka não respondeu suas notificações; (iii) a Chubb já conseguiu duas vantagens jurídicas no procedimento russo, sejam elas a concessão de Enka que haveria escolha expressa da lei russa para reger o contrato principal - que não foi realizada perante o tribunal inglês - e a oportunidade de discutir o mérito da disputa, após o pedido de julgamento antecipado da empresa turca ter sido indeferido; (iv) já que a verdadeira questão entre as partes envolve ou o escopo da convenção arbitral ou a aplicação da lei russa, é mais apropriado que a *Moscow Arbitrazh Court* decida a matéria; (v) ironicamente, há uma forma de ver o escopo da cláusula compromissória que pode favorecer a Enka em relação à lei aplicável, caso a *Moscow Arbitrazh Court* decida que a lei que rege a cláusula compromissória é a inglesa, pois essa seria obrigada a indeferir os pedidos da Chubb; e (vi) embora o julgamento do procedimento russo esteja se desenrolando de modo insatisfatório, a questão a ser dirimida é muito complexa, seja quanto à jurisdição do tribunal ou ao mérito da disputa, o que pode exigir um grau de compreensão maior do tribunal russo.

Ainda, embora o *Justice Andrew Baker* não tenha propriamente analisado a aplicação dos termos do contrato e a existência de uma escolha expressa pela lei russa para reger o instrumento, haveria uma forte razão para recusar a liminar. Nesse sentido, declarou que:

Standing back, I find Enka's position on this trial to lack any substantial merit. On balance, in the particular circumstances of this case, I would have concluded that Enka's delay, failure to pursue arbitration and participation in Russia, were sufficient strong reason to refuse to grant an anti-suit injunction.

But my preferred and primary ground for dismissing Enka's claims is that this court is not the appropriate forum, again in all the circumstances of the case, in which to determine finally the real issue between the parties, which is whether the acknowledged obligation to arbitrate disputes extends to the dispute over Enka's liability as alleged by Chubb Russia in the Moscow Claim. The appropriate forum for that determination is the Moscow Arbitrash Court, pursuant, as things stand, to Enka's application pending before it for dismissal without consideration of the claim against it in those proceedings. Enka will enjoy the ability ultimately to arbitrate by ICC Rules arbitration whether it is so liable, if it succeeds on that motion. (grifo nosso)

Em recurso à *Court of Appeal*, Enka alegou que a decisão do juiz de não decidir a ação baseada no *forum non conveniens* é errada por princípio, já que o tribunal da sede da arbitragem é o foro apropriado para exercer jurisdição para conceder remédios arbitrais, de modo a proteger a integridade da convenção arbitral, parte essencial da supervisão a ser dada pelo tribunal da sede, o qual as partes elegeram juntamente ao local da arbitragem. Assim, inaplicável a doutrina do *forum non conveniens*, inadmissível do ponto de vista processual.

Quanto à lei aplicável à cláusula compromissória, esta seria a inglesa, razão pela qual o procedimento russo foi apresentado e prosseguiu em violação à convenção de arbitragem. Contudo, ainda que não o fosse, aplicando-se a lei russa, os princípios processuais existentes em ambas as jurisdições apontariam para o mesmo resultado, isto é, a finalização da ação e a instauração da arbitragem, não havendo nenhum motivo para não conceder a *anti-suit injunction* pleiteada.

Para Chubb, por sua vez, a decisão do juiz foi uma aplicação legítima do *forum non conveniens*, sendo ele a fonte do poder para conceder (ou não) as medidas pleiteadas pela Enka. Ademais, a jurisdição exclusiva dos tribunais ingleses só surgiria diante de procedimento arbitral iniciado, o que não era o cenário à época. De todo modo, a lei aplicável à cláusula compromissória seria a russa, devendo seus tribunais analisarem se houve ou não violação da convenção de arbitragem.

Posteriormente, em março de 2020, a empresa turca instaurou procedimento arbitral perante a ICC, requerendo a declaração de que os pedidos da Chubb na Rússia estavam dentro do escopo do acordo de arbitragem, não podendo o procedimento judicial ser concluído.

Com isso, em abril de 2020, a *Court of Appeal* deu provimento ao recurso da Enka e emitiu uma liminar *anti-suit* que impedia a Chubb Russia de continuar o processo russo. Para tanto, *Lord Justice Popplewell* relatou que a decisão em primeira instância estava sim errada por princípio, já que os tribunais ingleses, enquanto sistema judiciário da sede arbitral, são

necessariamente a corte adequada para conceder medidas cautelares, jamais suscitando questões de *forum conveniens*.

Primeiro, porque a escolha da sede seria um acordo entre as partes para que o poder judiciário deste local exerça seus poderes para manutenção da arbitragem. Segundo, porque a concessão de uma *anti-suit injunction* é uma dessas medidas legítimas para impedir a violação da cláusula compromissória pactuada. Ademais, a escolha da sede representa a escolha implícita das partes em aplicar a lei processual da sede enquanto *lex fori*.

Deste modo, a análise do Juízo *a quo* deveria se pautar na discussão acerca do ajuizamento de ação perante a *Moscow Arbitrazh Court* configurar ou não uma violação ao acordo das partes e, portanto, a análise da *Court of Appeal* passou a enquadrar novamente a lei aplicável ao acordo de arbitragem.

Nesse sentido, *Lord Justice Popplewell* iniciou sua análise quanto ao peso a ser dado à lei curial e à lei que rege o contrato principal e, na exclusão da Convenção de Roma I, aplicou-se o teste de três etapas concretado em *Sulamérica v. Enesa* (*supra*, n. 3.1.9), com a ressalva de que a linha entre eventual escolha implícita e a lei com maior conexão é extremamente tênue e sua aplicação tem muitas vezes sido indistinta pelos tribunais ingleses.

Assim, em análise dos precedentes ingleses acerca da relevância dos possíveis sistemas legais presentes na arbitragem internacional e da escolha da lei aplicável à cláusula compromissória, chegou-se à conclusão de que seria necessário organizar a questão em definitivo, esclarecendo esse tópico tão sensível.

Quando a lei aplicável à convenção de arbitragem pode ser resolvida a *prima facie*, na presença de escolha expressa das partes, não há qualquer dificuldade conceitual. Caso assim não a seja, ainda seria possível encontrá-la por uma combinação da escolha da lei que rege o contrato com os termos da cláusula compromissória, como em *Kabab-Ji* (*infra*, n 3.1.15).

Entretanto, para todos os outros casos, entende a *Court of Appeal* que, como regra geral, a lei curial deverá ser interpretada como escolha implícita das partes para reger o acordo de arbitragem, por ao menos três motivos, em consonância com *XL Insurance v. Owens Corning e C v. D* (*supra*, nn. 3.1.5 e 3.1.7).

A um, porque não há princípio que baseie a aplicação da lei contratual à convenção arbitral na presença de uma lei processual distinta daquela. Afinal, a lei que rege o contrato é um sistema de leis aplicável aos termos do contrato global e sua validade, interpretação e execução, não necessariamente ligada à convenção de arbitragem válida e autônoma, em razão da doutrina da separabilidade.

Embora a autonomia da cláusula compromissória não faça com que esta se torne um instrumento completamente separado do contrato principal - já que o princípio se limita à validade e eficácia da convenção de arbitragem -, o único argumento contrário não se baseia na proximidade do acordo principal com o acordo de arbitragem, mas apenas em uma suposta vontade dos contratantes em ter sua relação regida por um único sistema de leis, o que cairia por terra no presente caso. Afinal, quando há escolha pela sede arbitral na cláusula compromissória, as partes escolheram por aplicar sistemas distintos a sua relação, isto é, a lei material do contrato e a lei processual da sede.

A dois, porque a sobreposição entre o escopo da lei curial e o da lei aplicável à convenção de arbitragem sugere que estas devem ser a mesma. Nesse sentido, como foi interpretado pelo *Justice Toulson* em *XL Insurance v. Owens Corning*, o escopo da *lex fori* não está limitado a poderes puramente processuais, também envolvendo os tribunais do país sede quanto a certas questões substantivas. Ademais, essa sobreposição não seria específica apenas a um caso ou à aplicação da *lex fori* britânica, mas sim uma regra geral decorrente da simples escolha da sede arbitral.

*Lord Justice Popplewell* considerou que, ironicamente, o racional usado em casos anteriores, agora com a presunção de que as partes pretendiam aplicar leis distintas à relação processual, leva à conclusão divergente, já que dos diferentes sistemas jurídicos potencialmente aplicáveis, a conexão entre a lei da sede e o acordo arbitral é muito maior do que a conexão deste com a lei que rege o contrato. Ora, a aplicação de uma lei estrangeira pelo tribunal da sede, embora possível, evidentemente não seria algo escolhido por partes razoáveis, inseridas no âmbito do comércio internacional, isto é (no presente caso) que os tribunais ingleses aplicassem a lei russa para analisar a formação e a validade da convenção arbitral, apenas porque esta é supostamente a lei que rege o contrato global.

A escolha das partes, portanto, não seria pela aplicação de um sistema de lei único ao contrato e à formação da cláusula compromissória, mas sim um sistema de lei único à

arbitragem, material e processualmente, ainda que distinto do conjunto de leis regentes do contrato global.

A três, porque ainda está em análise o estágio da escolha implícita das partes (segunda etapa do teste), não o estágio de exame da lei com maior conexão, tratando-se portanto, da escolha de lei aplicável à cláusula compromissória por meio da escolha da sede. Assim, a sede não se trata apenas do local com maior conexão, mas também um acordo implícito das partes para aplicar a sua lei à cláusula compromissória, o que não se altera na escolha pela aplicação de regras de uma instituição arbitral, já que estas realizam funções similares aos tribunais do judiciário.

Em todo caso, ainda existiriam exceções à aplicação desta regra, desde que fortes sejam as indicações contrárias, como na hipótese em que a escolha implícita da lei curial como lei aplicável à convenção de arbitragem pudesse invalidar o acordo das partes.

Em resumo, decidiu a *High Court of Justice* que: (i) o teste de três etapas deve ser aplicado como regra de conflito de leis; (ii) quando houver uma escolha expressa das partes pela lei que rege o contrato principal, ela poderá, a depender da construção e redação do contrato, se equivaler a uma escolha expressa à lei aplicável à convenção de arbitragem; mas (iii) em todos os outros casos, há forte presunção de que as partes escolheram a lei curial como lei aplicável à cláusula compromissória, à exceção de outros fatores de compensação poderosos, como quando esta escolha promove a invalidade do acordo arbitral.

Assim, na aplicação destas conclusões no caso em concreto, verifica-se que a lei aplicável à convenção de arbitragem é a lei inglesa, já que, embora a lei aplicável ao contrato seja a russa (o que foi concedido pela Enka no procedimento perante a *Moscow Arbitrazh Court*), ela não foi escolhida de maneira expressa pelas partes, estando contida apenas no Anexo 17 do contrato global:

Law of the Russian Federation, including legislation of the Russian Federation, all regulatory legal acts of State Authority Federal Bodies, State Authorities of the constituent entities of the Russian Federation, legislation of the constituent entities of the Russian Federation, regulatory legal acts by Local Authorities and any other regulatory legal acts.

Os termos dispostos no anexo, todavia, em nada fazem referência à aplicação de uma lei a todo o contrato, tratando-se de técnica comum em contratos de construção internacional em que, para além da lei que governa o contrato, há uma série de regulamentos locais

específicos e obrigatoriamente aplicáveis, sem nada que sugira uma escolha expressa à aplicação da lei russa, sendo cabível a presunção de que as partes implicitamente escolheram a lei da sede - e não do contrato - para se aplicar à convenção arbitral.

Deste modo, na ausência de quaisquer fatores de compensação, as partes teriam escolhido a aplicação de um único sistema de lei à cláusula compromissória, material e processualmente, concluindo-se que a lei inglesa (da sede) deve ser aquela pertinente aos aspectos substantivos da convenção de arbitragem, violada pela Chubb ao ajuizar o procedimento russo. A apelação foi provida e, com isso, a *anti-suit injunction* pleiteada pela Enka foi concedida. A Chubb, entretanto, apelou à *Supreme Court* inglesa, que passou a analisar a disputa.

Em análise mais aprofundada, o tribunal superior, em voto vencedor de *Lord Hablem* e *Lord Legatt*, seguidos por *Lord Kerr*, discordou da *Court of Appeal*, mas concordou quanto à aplicação do teste de três etapas e à predisposição da cláusula compromissória a ter uma lei aplicável diversa àquela do contrato principal. Para a *Supreme Court*, diversos são os motivos plausíveis para se acreditar que, como regra geral, a escolha de lei que rege o contrato é a lei aplicável à convenção arbitral disposta em cláusula compromissória, o que já tem sido adotado nos casos domésticos ingleses.

Primeiro, esta abordagem oferece um grau de certeza às partes quanto a sua relação, já que, ao escolher a lei que rege o contrato principal, elas sempre saberão qual será a lei aplicável à cláusula compromissória, enquanto parte de um instrumento global.

Segundo, essa metodologia proporciona consistência, já que o mesmo sistema de leis regeria todos os direitos e obrigações das partes. Assim, questões como a identidade das partes contratantes serão regidas pelo mesmo sistema legal, independentemente da ótica do contrato ou da arbitragem.

Terceiro, a utilização da mesma lei que rege o contrato à análise da cláusula compromissória evita complexidades e incertezas, uma vez que não há problemas quanto ao estabelecimento de limites, princípios e regras aplicáveis, como, por exemplo, a análise da negociação entre as partes.

Quarto, ela evitaria a artificialidade da aplicação de uma lei diversa. Afinal, embora a doutrina da separabilidade seja atualmente um dos pilares da arbitragem, a autonomia da

cláusula é uma construção jurídica, muito mais conhecida pelos advogados, árbitros e juízes do que pelas partes, que reconhecem apenas a formação de um contrato e razoavelmente esperariam a aplicação de uma lei única a ele.

Por fim, a regra geral também garante coerência, já que o tratamento dado à convenção de arbitragem seria o mesmo dado às demais cláusulas contratuais, como a cláusula de eleição de foro. A presunção, portanto, seria a de que todas as cláusulas presentes no contrato possuem uma mesma lei a elas aplicável, o que é parcialmente aceito pela doutrina e jurisprudência internacional quando há uma escolha de lei expressa para reger o contrato principal.<sup>231</sup>

Por outro lado, a *Supreme Court* encontrou dificuldades em aceitar a proposta do *Lord Justice Popplewell* de que essa regra geral só se aplicaria em uma minoria dos casos, quando há escolha expressa da lei que rege o contrato, em razão da disposição que “este Contrato deve ser regido e interpretado de acordo com as leis de [um país ou estado]” se aplicar também à convenção de arbitragem.<sup>232</sup>

Nesse sentido, a doutrina da separabilidade, justificativa para a aplicação de lei diversa àquela do contrato, teria sido interpretada de modo extensivo, com elevação a um patamar muito mais alto do que o adequado, já que originalmente fora pensada para preservar a convenção de arbitragem, e não aplicar uma lei divergente. Deste modo, interpretações da cláusula compromissória enquanto “colateral” ao contrato principal ou até mesmo um instrumento “separado” devem ser interpretadas apenas quanto à validade, existência e eficácia do acordo em arbitrar.

Quanto ao argumento da sobreposição, adotado pela primeira vez em *XL v. Owens Corning* com o fundamento de que a *lex fori* não poderia ser simplesmente reduzida às matérias de processo, divisão supostamente artificial. Afinal, tratar-se-ia muito mais de uma questão de fato - o local em que a arbitragem ocorre - do que de uma escolha das partes pela aplicação do sistema legal regional.

Contudo, a posição do voto vencedor foi de que a arbitragem é um conceito jurídico, não físico. Assim, ao optar pela sede da arbitragem - que não necessariamente é o local onde as

<sup>231</sup> Citou-se no caso a título de exemplo países como Singapura, Índia, Paquistão, Alemanha e Áustria.

<sup>232</sup> A Supreme Court, ainda, indicou que: “It is unclear to us why more should be needed - or what more on the Court of Appeal’s approach is required - to make it clear that a phrase such as ‘This Agreement’ means the whole agreement and not just part of it.”.

audiências serão realizadas - as partes realizam sim uma escolha pela lei curial que será aplicada ao procedimento, em união ao auxílio dos tribunais do judiciário do país. Ademais, na ausência de definição clara entre questões processuais e materiais, como ocorre no *Arbitration Act* de 1996, as partes optaram que todos seus direitos fossem regidos com base nessa lei, independentemente da divisão usualmente adotada.

A *Supreme Court*, todavia, não aceitou a visão de que a proximidade entre convenção de arbitragem e as disposições da lei curial (e até mesmo sua sobreposição) justifique que houve uma escolha implícita das partes de que a cláusula compromissória será regida pela lei da sede, já que muitos dos dispositivos do *Arbitration Act* não são mandatários, o que deu origem à análise do artigo 4(5) do ordenamento arbitral inglês,<sup>233</sup> em que concluiu que este é inconsistente com a alegação de que a escolha da lei curial se relaciona à escolha implícita pela lei da sede.

Além disso, a análise prosseguiu em menção ao princípio da validação, sob o qual a interpretação que defende a validade de uma cláusula deve ser preferida a uma que a torne inválida ou ineficaz. Assim, se duas leis podem ser aplicáveis à arbitragem, e sob uma delas a cláusula compromissória é nula ou ineficaz, deve-se privilegiar a aplicação da lei que mantenha a vontade das partes em arbitrar, como em *Sulamérica v. Enesa*, em que havia apenas uma possibilidade de a cláusula ser inválida sob a lei brasileira.

No que tange à relevância da sede para a convenção arbitral, a *Supreme Court* considerou a evolução da importância de sua sede. Até a consolidação em *Tzortzis v. Monark Line A/B*<sup>234</sup>, havia a presunção de que ao não escolher a lei regente do contrato principal, mas eleger a sede da arbitragem, esta era uma forte indicação de que o sistema legal aplicado seria o mesmo. Entretanto, poucos anos após esta decisão,<sup>235</sup> a *House of Lords* entendeu se tratar de interpretação desproporcional, havendo outras implicações mais relevantes do que esta.

---

<sup>233</sup> O art. 4(5) do *Arbitration Act* de 1996 estabelece que: “The choice of a law other than the law of England and Wales or Northern Ireland as the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this Part is equivalent to an agreement making provision about that matter. For this purpose an applicable law determined in accordance with the parties’ agreement, or which is objectively determined in the absence of any express or implied choice, shall be treated as chosen by the parties.”

<sup>234</sup> REINO UNIDO. *High Court. Tzortzis and Sykias v. Monark Line A/B*, caso n. [1968] 1 WLR 406, j. 24.01.1968. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=147031>. Acesso em: 3 jun. 2023.

<sup>235</sup> REINO UNIDO. *House of Lords. Compagnie Tunisienne de Navigation SA v. Compagnie d'Armement Maritime SA*, caso n. [1971] AC 572 HL, j. 14.07.1970. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=147042>. Acesso em: 3 jun. 2023.

Afinal, a escolha da sede londrina não é mais, como antigamente, uma escolha por um centro comercial, mas sim a escolha de um local atrativo enquanto foro para eventuais disputas relacionadas ao procedimento arbitral, embora isso ainda ocorra em casos específicos como na arbitragem marítima ou disputas relacionadas à bolsa de valores ou a associações de comércio inglesas. Deste modo, não haveria razão para considerar que a escolha da sede da arbitragem possa, por si só, ser interpretada como uma escolha implícita da lei aplicável à convenção de arbitragem.

Em relação à maior conexão à cláusula compromissória, na ausência de qualquer escolha expressa ou implícita das partes, o tribunal inglês passou a analisar, objetivamente e independentemente da intenção das partes, com qual sistema jurídico a convenção de arbitragem tem sua conexão mais próxima. Afinal, trata-se da aplicação de uma regra de direito, e não mais da interpretação da vontade das partes em âmbito contratual.

Nesse sentido, a *Supreme Court* considerou uma série de razões de princípio e política que justificam como regra geral considerar a lei do local escolhido como sede da arbitragem como a lei mais intimamente ligada à convenção arbitral, a ser aplicada por padrão na ausência de escolha dos contratantes.

Primeiro, porque é a sede o local de performance da arbitragem, isto é, o local em que o procedimento arbitral tomará forma. Ao escolherem a sede arbitral, as partes implicitamente concordaram em apresentar pedidos cautelares relacionados à existência ou ao escopo da jurisdição dos árbitros aos tribunais da sede, como a validade da cláusula ou o escopo da convenção arbitral. Assim, na identificação de um sistema legal com o qual um contrato (ou a cláusula compromissória nele inserte) tem conexão mais próxima e real, o local onde a transação será realizada é um dos fatores importantes para a análise da conexão, em conformidade com o que foi decidido em *Sulamérica v. Enesa*.

Ao mesmo tempo, considerou que não há razão para que o local de cumprimento das obrigações substantivas oriundas do contrato como uma possível conexão ao acordo de arbitragem firmado entre as partes, já que o propósito do contrato e da cláusula de solução de conflitos é distinto, sendo a sede escolhida justamente por sua neutralidade.

Segundo, porque a aplicação da sede está em concordância com a Convenção de Nova Iorque, cujo objetivo era estabelecer um conjunto único e uniforme de normas jurídicas internacionais para o reconhecimento e a execução de convenções e sentenças arbitrais, uma

vez que a Convenção especifica, em seu artigo V(1)(a),<sup>236</sup> que uma sentença arbitral estrangeira pode ter sua homologação recusada caso a cláusula compromissória seja inválida na lei escolhida pelas partes ou, subsidiariamente, sob a lei do país onde a sentença foi proferida. Embora haja discussão sobre o disposto no artigo quanto a uma eventual escolha implícita das partes à lei aplicável, entende-se que o artigo dispõe sobre qualquer indicação de lei aplicável.

Nesse sentido, a *Supreme Court* considerou ilógica a aplicação de regras de conflito de leis distintas para determinar que a lei do contrato regeria a cláusula compromissória, já que a Convenção de Nova Iorque já prevê a aplicação subsidiária da sede.

Terceiro, porque aplicar a lei da sede daria efeito ao propósito comercial estabelecido entre as partes, à vista de uma aplicação coerente com a lei curial, bem como harmoniosa com a lei e costumes internacionais, sobretudo porque os países escolhidos como sede neutras costumam ser foros pró-arbitragem e que busquem efetivar a intenção das partes. Dessa maneira, o desejo por uma arbitragem capaz de solucionar os conflitos, com uma sentença vinculante e executória justificaria a aplicação da lei da sede.

Por fim, a adoção desta regra geral à aplicação da sede enquanto lei com maior conexão ainda seria responsável por garantir segurança jurídica, já que isto poderia ser facilmente previsto pelas partes e facilmente aplicado pelos tribunais nacionais, o que seria amplificado com a adoção global desta perspectiva. No pior dos cenários, em que as partes desde o início não desejem pela aplicação da lei da sede à cláusula compromissória, estas seguem livres para dispor expressamente no contrato o sistema legal desejado.

Deste modo, no caso em tela, com a aplicação de todos os diversos princípios invocados no voto vencedor da *Supreme Court* inglesa,<sup>237</sup> entendeu-se que (i) não há escolha das partes,

<sup>236</sup> *Supra*, n. 2.2.1.

<sup>237</sup> Em resumo, os princípios acima tratados foram: (i) a lei aplicável à convenção de arbitragem pode não ser a mesma lei aplicável às demais partes do contrato, devendo ser regulada pelas regras de conflito de lei inglesas, e não o Regulamento de Roma I; (ii) com base nessas regras, aplica-se o teste de três etapas baseado na escolha das partes e na lei com maior conexão; (iii) eventual escolha de lei para reger a cláusula compromissória será determinada pela interpretação desta e do contrato, como um todo; (iv) na ausência de especificação de lei aplicável ao acordo arbitral, a escolha geralmente será aquela aplicável ao contrato, feita implicitamente; (v) a escolha de uma sede em um país diferente àquele da lei que rege o contrato não é suficiente para negar a escolha implícita pela aplicação do mesmo sistema de leis à convenção de arbitragem; (vi) outros fatores adicionais podem ser relevantes e negar a aplicação da lei do contrato e levar à conclusão contrária, sendo estas (vi.a) qualquer disposição na lei da sede que indique uma aplicação única da lei curial à cláusula compromissória; e (vi.b) a existência de risco relativo à ineficácia da convenção de arbitragem; (vii) na ausência de escolha expressa da lei que rege o contrato, a cláusula compromissória com escolha da sede não representa que o contrato será regido pela lei do local jurídico em que o procedimento ocorrerá; (viii) na ausência de qualquer escolha relativa à cláusula compromissória, a lei que rege a convenção arbitral é aquela com maior conexão, o que geralmente é a sede,

expressa ou implícita, acerca da lei aplicável à cláusula compromissória; e, nestas circunstâncias, (ii) a lei da sede deverá ser considerada aquela com maior conexão à convenção arbitral, ou seja, a lei inglesa deverá ser aplicada no presente caso.

Assim, embora a abordagem da *Supreme Court* para determinar a lei aplicável tenha sido diferente daquela adotada pela *Court of Appeal*, a conclusão alcançada por ambas foi a mesma: a convenção de arbitragem é regida pela lei inglesa e a liminar concedida para impedir que a Chubb prossiga com o procedimento russo deve ser mantida.

Importante, ainda, destacar que houve voto divergente proferido por *Lord Burrows* e acompanhado por *Lord Sales*, em que, assim como os demais *Lords*, relataram todos os precedentes ingleses relevantes até então, mas entenderam que haveria uma escolha implícita das partes pela aplicação da lei russa à convenção de arbitragem.

Para tanto, consideraram que como já havia uma escolha implícita das partes pela aplicação da lei russa ao contrato principal, seria natural considerar a extensão desta à convenção de arbitragem. A presunção, para o voto dissidente, seria a de que as partes sempre optaram pela aplicação da lei que rege o contrato, independentemente da interpretação do caso e do contrato em específico.

A um, a *dépeçage* é uma exceção, não a regra. Assim, à convenção arbitral se aplicaria a mesma lei que rege todas as demais cláusulas do contrato. A dois, o real intuito da doutrina da separabilidade é a manutenção da arbitragem face à nulidade, invalidade ou ineficácia do contrato principal, não podendo ser considerada um acordo apartado quanto a regra de conflito de leis aplicáveis à cláusula compromissória. A três, poderia ser problemática a divisão da convenção arbitral do resto do contrato. A quatro, o peso dado à sede arbitral nos precedentes ingleses mencionados teria sido exagerado, já que a importância desta atualmente se reduz apenas à lei curial. A cinco, porque a escolha implícita das partes foi insuficientemente tratada, sempre ofuscada por uma escolha expressa. A seis, porque a lei curial e sua jurisdição podem facilmente ser separadas da lei aplicável à cláusula compromissória, como já ocorre quando há sua escolha expressa. A sete, o artigo V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque dá apenas a possibilidade de recusa da homologação da sentença, cabendo aos tribunais nacionais executar ou não a sentença estrangeira. A oito, o mesmo ocorreria, analogamente, se a cláusula

---

quando escolhida; e (ix) qualquer disposição quanto à resolução de boa-fé, via negociação, conciliação ou qualquer outro procedimento escalonado não é motivo suficiente para substituição da regra geral.

compromissória fosse considerada como uma cláusula de eleição de foro com jurisdição exclusiva.

### 3.1.15. Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group<sup>238</sup>

Em 2001, Kabab-Ji, empresa libanesa, celebrou um Contrato de Desenvolvimento de Franquia (“*Franchise Development Agreement*”; “FDA”) com a Al Homaizi Foodstuff Company (“AHFC”), uma empresa do Kuwait que opera o Burger King, a Pizza Hut e o Taco Bell, com duração prevista em 10 anos. Em 2005, a AHFC passou por uma reorganização societária, passando a ser uma subsidiária da Kout Food Group (“KFG”), o que foi consentido pela Kabab-Ji. Ainda, as partes firmaram contratos específicos para cada ponto de venda franqueado aberto. O FDA possuía cláusulas nos seguintes termos:

**Article 1: Content of the Agreement**

This Agreement consists of the foregoing paragraphs, the terms of agreement set forth herein below, the documents stated in it, and any effective Exhibit(s), Schedule(s) or Amendment(s) to the Agreement or to its attachments which shall be signed later on by both Parties. **It shall be construed as a whole and each of the documents mentioned is to be regarded as an integral part of this Agreement and shall be interpreted as complementing the others.**

[...]

**Article 3: Grant of Rights**

**3.1. License:**

[...]

**This grant is intended to be strictly personal in nature to the LICENSEE and no rights hereunder whatsoever may be assigned or transferred by LICENSEE in whole or in part without the prior written approval of LICENSOR.**

[...]

**Article 14: Settlement of Disputes**

[...]

14.2. Except for those matters which specifically involve the Mark, any dispute, controversy or claim between LICENSOR and LICENSEE with respect to any issue arising out of or relating to this Agreement or the breach thereof, [...] shall, failing amicable settlement, on request of LICENSOR or LICENSEE, be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.

**14.3. The arbitrator(s) shall apply the provisions contained in the Agreement.**

The arbitrator(s) shall also apply principles of law generally recognised in international transactions. The arbitrator(s) may have to take into consideration some mandatory provisions of some countries i.e. provisions that appear later on to have an influence on the Agreement. **Under no circumstances shall the arbitrator(s) apply any rule(s) that contradict(s) the strict wording of the Agreement.**

<sup>238</sup> REINO UNIDO. *Court of Appeal. Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, caso n. [2020] EWCA Civ 6, j. 20.01.2020. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/6.html>. Acesso em: 3 jun. 2023; FRANÇA. *Cour d'appel de Paris. Kout Food Group v. Kabab-Ji SAL*, caso n. 17/22943, j. 23.06.2020. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/decision/5fd910ac8e6d62aab0c62300>. Acesso em: 3 jun. 2023; REINO UNIDO. *Supreme Court. Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, caso n. [2021] UKSC 48, j. 27.10.2021. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0036.html>. Acesso em: 3 jun. 2023; e FRANÇA. *Cour de cassation. Première chambre civile. Kout Food Group v. Kabab-Ji SAL*, caso n. 20-20.260, j. 22.09.2022. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/decision/633e9bde5004d05dab7c04c>. Acesso em: 3 jun. 2023.

14.4 Nothing contained herein shall in any way deprive LICENSOR of its rights to seek and obtain a temporary restraining order, preliminary/permanent injunction or other equitable relief from a court of competent jurisdiction under any applicable law. All remedies provided in this Agreement are cumulative and not exclusive of any remedies provided by law.

**14.5. The arbitration shall be conducted in the English language, in Paris, France.**

[...]

Article 15: Governing Law

**This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England.**

[...]

Article 17: Waiver

17.1. Any waiver of any term or condition of the Agreement **must be in writing and signed by the [a]ffected party**

[...]

Article 24: Entire Agreement

[...]

No interpretation, change, termination or waiver of any provision hereof, and no consent or approval hereunder, shall be binding upon the other party or effective **unless in writing** signed by LICENSEE and by an authorized representative of LICENSOR or its designee.

[...]

Article 26: Amendment of Agreement

**The Agreement may only be amended or modified by a written document executed by duly authorised representatives of both Parties.** (grifo nosso)

Após o término do FDA sem sua renovação, uma disputa entre as partes quanto a uma suposta violação do contrato não foi passível de resolução amigável, o que fez com que a Kebab-Ji ingressasse em 2015 com um procedimento arbitral em face da KFG, nos termos da cláusula 14. A requerida, entretanto, participou da arbitragem sob protesto, alegando que não era parte no FDA ou da convenção de arbitragem nele contida.

Em setembro de 2017, a maioria dos árbitros proferiu sentença em que se concluiu que a vinculação da KFG à convenção de arbitragem deveria ser regida pelo direito francês, mas a transferência de direitos e obrigações substantivas do contrato era regida pelo direito inglês. Foi com base nisso que os árbitros entenderam que a “novação” do FDA deve ser inferida da conduta das partes, incluindo KFG na posição de principal franqueado. Ademais, no mérito, entendeu-se que a KFG violou o FDA. O árbitro dissidente concordou com a aplicação da lei francesa à validade do acordo arbitral, mas entendeu que, sob a lei inglesa, a KFG jamais teria se vinculado à arbitragem ou qualquer outra obrigação nos termos do FDA.

A arbitragem se desenvolveu e, em dezembro de 2017, após a publicação da sentença no valor de US\$ 6,734,628.19, a KFG entrou com um pedido de anulação da sentença perante os tribunais franceses, com julgamento marcado para 2020, já que Paris era a sede arbitral. No mesmo mês, a Kabab-Ji ajuizou ação na *Commercial Court* de Londres para executar a decisão

arbitral, o que foi aceito por *Justice Popplewell* já no início de 2018, em decisão *ex parte* para que a sentença fosse executada como um julgamento inglês.

Em março de 2018, a KFG contestou a decisão proferida em primeira instância, apresentando, após audiência de gestão do processo, os seguintes pontos preliminares, a serem julgados junto ao pedido da própria Kabab-Ji para adiar o cumprimento de sentença inglês até a decisão francesa: (*i*) se a lei que rege a validade da convenção de arbitragem também se aplicaria à vinculação da KFG; (*ii*) qual seria essa lei; (*iii*) se a KFG se vinculou, pela lei inglesa, ao FDA e à cláusula compromissória; e (*iv*) qual seria a lei que rege a *capacity* da KFG para entrar na convenção arbitral.

Ao analisar o pleito das partes, a *Commercial Court* inglesa reconheceu que era incontroversa a aplicação da mesma lei à validade do acordo de arbitragem e à vinculação da KFG e passou à análise das visões “concorrentes” entre a aplicação à cláusula compromissória da lei da sede e a aplicação da lei que rege o contrato principal. Nesse sentido, após analisar os casos C v. D, Sulamérica, Arsanovia, e BCY v. BCZ (*supra*, nn. 3.1.7, 3.1.9, 2.1.10 e 3.1.13), decidiu que a lei aplicável em ambos os casos seria a lei inglesa, independentemente do que foi decidido pelos árbitros no início do procedimento. Assim, aplicando a lei inglesa, entendeu que a KFG, em razão da cláusula de não modificação oral, não se tornou parte do FDA e tampouco da convenção arbitral nele estabelecida, sendo irrelevante aqui o julgamento do quarto ponto preliminar.

De todo modo, o juiz julgou apenas as questões preliminares, sem determinar o adiamento ou não do cumprimento de sentença, uma vez que era o próprio credor quem havia requerido este pedido. Todavia, indicou que embora o tribunal francês não esteja, por óbvio, vinculado à decisão, ele espera que sua visão sobre a matéria e a aplicação da lei inglesa seja considerada, já que estava persuadido pelos réus a anular a execução em razão do terceiro ponto preliminar. Entretanto, considerou que ainda haveria espaço para argumentação da Kabab-Ji e comprovação de seus argumentos.

Em recurso à *Court of Appeal*, a Kabab-Ji apresentou dois pontos principais: (*i*) o juiz não aplicou a lei francesa à questão da vinculação da KFG à convenção arbitral e não concluiu que a empresa havia se tornado parte como resultado de sua conduta e execução do contrato principal; e (*ii*) o juiz erroneamente aplicou a lei inglesa para alcançar sua conclusão, em que

entendeu ser necessária à existência de acordo por escrito para que KFG se tornasse parte dos acordos.

Para tanto, defendeu que, na ausência de escolha expressa por um ordenamento jurídico aplicável à cláusula compromissória, deve-se supor que as partes optaram pela aplicação da mesma lei que rege o contrato, à exceção dos casos em que há alguma indicação do contrário. A escolha de uma sede arbitral distinta, por sua vez, seria um desses indicativos de que as partes não pretendiam aplicar a lei inglesa, já que os tribunais franceses seriam os responsáveis por supervisionar o procedimento e lidar com ações relativas à sentença arbitral nele proferida.

Nesse sentido, quanto ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, a Convenção de Nova Iorque, em seu artigo V(1)(a), estabeleceria regra distinta ao teste de três etapas aplicado em Sulamérica v. Enesa, com substituição da lei com maior conexão à lei do país em que a sentença for proferida. Entretanto, como normalmente é, a sentença costuma ser proferida na sede da arbitragem, cujo sistema jurídico tem conexão mais próxima e real à convenção arbitral.

Subsidiariamente, defendeu que mesmo na aplicação da lei inglesa haveria a vinculação da KFG ao FDA e à arbitragem, já que o comportamento da franqueada indicaria inequívoca execução do contrato.

A KFG, por outro lado, aproveitou para também indicar que o juiz teria cometido equívocos ao (i) considerar que ainda haveria espaço para argumentação da Kabab-Ji; (ii) não recusar o reconhecimento e a execução da sentença sem nova audiência, como prevê o artigo V da Convenção de Nova Iorque; e (iii) não ter proferido uma decisão final sobre a não vinculação da KFG ao FDA e à cláusula compromissória.

Para tal, continuou a defender a aplicação da lei inglesa, regente do contrato principal, baseado nos casos Sulamérica v. Enesa, Arsanovia v. Cruz City, Habas Sinai v. VCS e C v. D, com a alegação de que seu artigo 1º estabelecia que “Este Contrato”<sup>239</sup> se refere a todos os termos, incluindo a cláusula compromissória, no artigo 14. Assim, o artigo 15, referente à lei aplicável, seria oponível a “Este Contrato” e, consequentemente, à convenção arbitral. Afinal,

---

<sup>239</sup> Tradução livre de “This Agreement”.

o próprio artigo 14.3 estabelecia que “[o](s) árbitro(s) deverá(ão) aplicar as disposições contidas no Contrato”, com termo definido disposto em maiúsculo.

Ademais, alegou que a simples escolha da sede arbitral em país distinto daquele cujo ordenamento jurídico rege a cláusula compromissória não seria suficiente para deslocar a presunção da sua aplicação. Todavia, houve certo atrito entre seu posicionamento e a *Court of Appeal*, já que defendeu que em relação à escolha implícita das partes, não era necessário respeitar o princípio da validação, isto é, que as partes poderiam implicitamente ter escolhido termos desfavoráveis à eficácia do negócio.

Ainda, a KFG defendeu que o impedimento contratual de se alterar o contrato informalmente era uma maneira que as partes buscaram para dar maior grau de certeza ao FDA, o que deveria ser respeitado pelos tribunais ingleses, enquanto todos os documentos apresentados (seja à *Commercial Court*, seja aos árbitros) tentaram demonstrar uma conduta, o que é insuficiente pela ótica dos artigos do FDA.

Assim, a *Court of Appeal* entendeu em decisão de 2019 que o posicionamento da KFG estava correto quanto à aplicação de escolha expressa prevista nos artigos 1º e 15 do FDA também à convenção de arbitragem (artigo 14, principalmente, o disposto em 14.3), sem que quaisquer termos desta, como a simples escolha de sede arbitral, se posicionem contrariamente à presunção de que “Este Contrato” também engloba a cláusula de resolução de conflitos.

Além disso, eventuais acréscimos à lei inglesa, como a aplicação dos princípios UNIDROIT, se diferem da opção por um outro sistema legal e em nada mudam sua aplicação. Da mesma forma, não há nada na doutrina da separabilidade que infirme o raciocínio de que houve uma escolha expressa pela lei aplicável à cláusula compromissória. Nesse sentido, com a manutenção da decisão de que houve escolha expressa das partes pela lei inglesa para reger a convenção arbitral, não seria necessário analisar eventual escolha implícita pela aplicação do mesmo sistema legal.

Quanto à vinculação da KFG ao FDA e à arbitragem, analisados sob a lei inglesa, comentou-se da alteração jurisprudencial relativa a *estoppel* no caso Rock Advertising<sup>240</sup>, de modo que, atualmente, a cláusula de não modificação oral não pode ser ignorada pelos tribunais

---

<sup>240</sup> REINO UNIDO. *Supreme Court. Rock Advertising Limited v. MWB Business Exchange Centres Limited*, caso n. [2018] UKSC 24, j. 16.05.2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0152.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

ingleses e, portanto, a KFG não teria se vinculado a nenhum dos acordos, a não ser que “(i)...some words or conduct unequivocally representing that the variation was valid notwithstanding its informality; and (ii) something more would be required for this purpose than the informal promise itself”, conforme decidido em Rock Advertising, o que não foi comprovado.

Ademais, verificou-se que o juiz em primeira instância de fato cometeu um erro de princípio e de direito em dois aspectos distintos. Primeiramente, porque considerou que a decisão francesa era relevante às questões da lei inglesa e sua aplicação aos fatos, o que não se sustenta, já que a única interferência da corte francesa se daria em eventual anulação da sentença, que tornaria os julgados ingleses meramente acadêmicos. Ainda assim, isso não seria motivo para adiar a decisão a pedido da Kabab-Ji. Em segundo lugar, o juiz não teria avaliado a possibilidade da Kabab-Ji, após decisão francesa, reverter a decisão quanto às provas documentais que demonstrariam a vinculação da KFG ao FDA e ao acordo de arbitragem, razões pelas quais o correto seria proferir sua sentença recusando o reconhecimento e a execução da sentença arbitral. Assim, decidiu a *Court of Appeal* por indeferir o recurso da Kabab-Ji, acolhendo a apelação adesiva da KFG.

A Kabab-Ji apelou à *Supreme Court* inglesa, mas, antes que fosse proferido seu julgamento, houve audiência no procedimento gaulês em fevereiro e a ação de anulação francesa foi julgada em junho de 2020. Na França, as partes apresentaram os mesmos argumentos listados acima. A *Cour D'appel* de Paris, entretanto, decidiu o oposto do julgado pela *Court of Appeal* inglesa.

Em Paris, o tribunal considerou que, diante das alegações das partes, a doutrina da separabilidade determinava, desde o princípio, que a cláusula compromissória seria juridicamente independente do contrato principal, estando sua validade e existência sujeitas a interpretação das questões mandatórias da lei francesa e aos princípios da ordem pública internacional, escolhidos pela vontade das partes. Assim, não seria necessário se referir à escolha de uma lei doméstica para verificar eventuais vícios, como já proferido na sentença arbitral parcial. Afinal, o próprio artigo 14.3 do FDA estabelece que “o(s) árbitro(s) também aplicará(ão) princípios de direito geralmente reconhecidos em transações internacionais”.<sup>241</sup>

---

<sup>241</sup> No original: “the arbitrator(s) shall also apply principles of law generally recognised in international transactions”.

Deste modo, entendeu-se que a escolha expressa por aplicar a lei inglesa não caracterizava vontade comum das partes em submeter a convenção de arbitragem ao mesmo sistema jurídico, derogando as regras substantivas referentes à arbitragem internacional vigentes na escolha de uma sede distinta da lei aplicável ao contrato.

Quanto à extensão de cláusula compromissória, o tribunal parisiense interpretou que, pela validade e eficácia próprias da cláusula arbitral inserida em um contrato internacional, e diante da jurisprudência francesa, a cláusula deve ser estendida às partes diretamente envolvidas na execução do contrato e em quaisquer disputas decorrentes do contrato, desde que se estabeleça que sua situação contratual e suas atividades geraram a presunção de que elas aceitaram a cláusula arbitral, cuja existência e escopo eram conhecidos, independentemente do fato de não serem signatárias do contrato que contém a convenção de arbitragem. Assim, com base na atuação da KFG durante a execução e término do FDA, entendeu-se que ela estava vinculada ao acordo de arbitragem pactuado inicialmente. Além disso, reconsiderar a extensão da cláusula compromissória seria revisar a sentença arbitral, estando fora do alcance dos juízes em processos de anulação.

De todo modo, a *Cour D'appel* de Paris considerou que seria infundado qualquer argumento relativo à má aplicação do princípio da boa-fé pelos árbitros, que aplicaram corretamente a lei francesa e os princípios internacionais às questões processuais. Por fim, não haveria ainda qualquer violação ao devido processo legal, como alegado pela KFG, já que ambas as partes tiveram a oportunidade de debater e contradizer umas às outras com relação aos fundamentos jurídicos e aos documentos apresentados.

Resignada, a KFG apelou à *Cour de Cassation*, mas, antes que o recurso fosse julgado em Paris, a *Supreme Court* inglesa proferiu em outubro de 2021 sua decisão final (e unânime) sobre o caso, dividida em três aspectos principais: (i) qual a lei que rege a validade da convenção arbitral?; (ii) se a lei inglesa, o tribunal pode concluir que a KFG estava vinculada ao acordo de arbitragem?; e (iii) estava correta a *Court of Appeal* ao recusar sumariamente o reconhecimento e a execução da sentença arbitral?

Primeiro, analisou que o artigo V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque estabelece duas regras uniformes à interpretação do conflito de leis internacional: que a validade da convenção de arbitragem é regida pela lei escolhida pelas partes e, em sua ausência, o local onde a sentença foi ou será proferida. Ainda, na hipótese em que se alega que não há convenção firmada entre

as partes (sendo impossível haver vontade de ambas para escolha de lei aplicável), a abordagem correta seria tomar a cláusula compromissória como existente e válida, para então analisar a matéria. Ademais, os critérios adotados em *Enka v. Chubb* (supra, n. 3.1.14), por exemplo, não seriam aqui aplicáveis, já que lá se decidia com base na regra de conflito de leis, enquanto aqui se julga a formação do acordo de arbitragem.

Entretanto, uma vez aceita a visão de que uma escolha expressa pela lei que rege o contrato também significaria uma escolha pelo sistema legal que aplicável à convenção arbitral, difícil seria aceitar aplicação diversa, sendo ilógica, inconsistente e incoerente a aplicação da lei da sede ao invés da lei do contrato. Além disso, poucos foram os outros aspectos explorados dessa relação, já que a *Supreme Court* considerou que os princípios gerais já haviam sido apresentados em *Enka v. Chubb*. Assim, a lei aplicável à validade da convenção arbitral seria a lei inglesa, aquela expressamente escolhida para reger o FDA.

Segundo, com base na lei inglesa, cláusulas de não modificação oral são juridicamente efetivas, sem que a lei obstrua a intenção das partes, à exceção do respeito à ordem pública, sendo necessária a comprovação de documento escrito para vinculação da KFG à arbitragem, seja pelo art. 103(2) do *Arbitration Act* de 1996<sup>242</sup>, seja pelo disposto no FDA, uma “trava dupla” ao pleito da Kabab-Ji, razão pela qual a decisão da *Court of Appeal* deveria ser mantida.

Por fim, a *Supreme Court* entendeu que não há nenhuma descrição, seja pela Convenção de Nova Iorque, seja pelo *Arbitration Act*, do que seria a prova necessária para que o tribunal rejeite a homologação e execução de uma sentença arbitral sem a realização de uma audiência posterior para que se aguarde a apresentação de mais documentos pela Kabab-Ji, estando correta a reforma da decisão de primeira instância relativa à suspensão do processo até o julgamento francês, razão pela qual concordou integralmente com a *Court of Appeal* e indeferiu o recurso.

Assim, a decisão dos tribunais ingleses manteve-se no sentido de que houve escolha expressa das partes para aplicação da lei inglesa, aquela que rege o contrato, à convenção de arbitragem, não sendo suficiente a escolha de sede diversa, na França, para infirmar essa presunção.

---

<sup>242</sup> Art. 103(2) do *Arbitration Act* de 1996: “103. Refusal of recognition or enforcement [...] (2) Recognition or enforcement of the award may be refused if the person against whom it is invoked proves [...].”

Em setembro de 2022, todavia, a *Cour de Cassation* francesa se manifestou em atenção ao recurso da KFG, vencedora no processo inglês, quanto à escolha pela aplicação da lei da sede para analisar a validade e a extensão da cláusula compromissória.

Na tentativa de anular a sentença, a empresa libanesa defendeu novamente que houve uma escolha expressa pela lei aplicável à cláusula compromissória, com base na redação do FDA. Entretanto, a *Cour de Cassation* não identificou evidências suficientes de que a aplicação da lei inglesa para análise da eficácia, transferência ou extensão da convenção de arbitragem era da vontade das partes ao firmarem o contrato principal. Deste modo, seguiu-se com a aplicação dos princípios internacionais adotados inicialmente, sem que a sentença arbitral fosse anulada no país sede.

### **3.2. Considerações acerca do posicionamento jurisprudencial**

Como verificado nos casos acima, resumidos no Apêndice A, diversas são as leis capazes de regular a convenção de arbitragem, bem como a interpretação dada pelas cortes estatais às regras de conflito de leis relativas à sua aplicação.

Entretanto, o conflito de leis criado na análise da lei aplicável à convenção de arbitragem costuma reposar entre a aplicação da lei que rege o contrato e a aplicação da lei da sede arbitral,<sup>243</sup> especialmente na utilização das regras adotadas pela *common law*, isto é, o teste de três etapas estabelecido em Sulamérica v. Enesa (supra, n. 3.1.9).

Não se nega uma terceira via, adotada na França e no caso Dallah v. Pakistan (supra, n. 3.1.8), em que, na ausência de escolha das partes pela lei que regerá a cláusula compromissória, os tribunais deveriam aplicar princípios transacionais para interpretar a existência e a validade da convenção de arbitragem,<sup>244</sup> sem recorrer necessariamente à lei do contrato ou à lei da sede arbitral.

Assim, feita a importante ressalva, passa-se à análise das questões relativas à lei que rege o contrato principal (*infra*, n. 3.2.1) e à lei da sede arbitral (*infra*, n. 3.2.2), a relação destas com a cláusula compromissória e com cada uma das etapas do teste inglês.

---

<sup>243</sup> ASHFORD, Peter. The Proper Law of the Arbitration Agreement. In: **Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, vol. 85, n. 3, pp. 276-299, 2019, p. 280.

<sup>244</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 574.

### 3.2.1. Considerações sobre a lei que rege o contrato principal

Não é novidade que as partes podem livremente escolher a lei material que regerá sua relação contratual. Nesse sentido, aproximadamente 80% dos contratos comerciais internacionais possuem cláusulas gerais de eleição de lei aplicável, que preveem que “este contrato será governado pelas leis do Estado X” ou que “o acordo será regido e interpretado pelas leis do Estado X”.<sup>245</sup> A escolha desta lei material, aplicável ao contrato, é usualmente tomada da forma mais racional possível entre as partes em um contrato internacional: elas identificam e avaliam todas as opções disponíveis para, então, eleger o ordenamento jurídico que mais as favorece, com características relevantes à relação entre elas estabelecida.<sup>246</sup>

Nesse sentido, seria fácil defender irrefletidamente sua aplicação a todas as cláusulas presentes no contrato principal, sem diferenciação à lei que rege a cláusula compromissória, o que é possível verificar em casos como Arsanovia v. Cruz City (supra, n. 3.1.10), em que sugeriu-se que a posição dos patronos em não pleitear suposta escolha expressa das partes era “tímida”, em Enka v. Chubb (supra, n. 3.1.14), em que tal possibilidade foi mencionada, e em Kabab-Ji v. KFG (supra, n. 3.1.15), em que tal argumentação foi aceita nos tribunais ingleses.<sup>247</sup>

Todavia, a interpretação de cláusulas gerais de eleição de lei aplicável como sendo uma escolha expressa da lei que rege a convenção arbitral depende muito de sua redação e aparenta ser, no mínimo, extensiva.<sup>248</sup> Afinal, não há qualquer razão para que se considere que as partes refletiram sobre a matéria e escolheram expressamente o sistema de leis aplicáveis à cláusula compromissória, mas não fizeram nenhum esclarecimento no contrato principal ou na própria convenção arbitral, o que evitaria qualquer debate no tema.

Assim, ainda quando a lei que rege as questões materiais da relação entre as partes foi expressa no contrato, não há consenso quanto a sua aplicação à cláusula compromissória, permanecendo a incerteza relativa ao sistema que regerá o contrato arbitral, mesmo com a doutrina da separabilidade.<sup>249</sup>

---

<sup>245</sup> Ibid., p. 526.

<sup>246</sup> MOSER, Luiz Gustavo Meira. Global Empirical Survey on Choice of Law. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 57, pp. 195-214, 2015, versão digital, p. 1.

<sup>247</sup> Reconhece-se, ainda, que diversas são as decisões proferidas em defesa de tal teoria, inclusive em países de civil law. (JAPÃO. *Tokyo District Court*, caso n. 20047, j. 28.08.2007. Disponível em: [https://idrc.jp/images/link/cases/20070828\\_TokyoD\\_JIDRC.pdf](https://idrc.jp/images/link/cases/20070828_TokyoD_JIDRC.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023).

<sup>248</sup> GAILLARD; SAVAGE, op. cit., para. 425.

<sup>249</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 526.

De toda forma, notável a força daqueles que entendem que a previsão de lei aplicável ao contrato caracteriza não uma escolha expressa para reger a convenção de arbitragem, mas sim uma escolha implícita, mesmo na presença de eleição de sede arbitral,<sup>250</sup> já que os contratantes desejariam que sua relação fosse regida pela mesma lei, não estando necessariamente familiarizados com a possibilidade de se aplicar ordenamentos distintos a diferentes partes do contrato.<sup>251</sup> Ademais, seria possível reputar que a aplicação à cláusula compromissória de lei distinta àquela aplicável ao contrato é excepcional.<sup>252</sup>

Há, portanto, uma presunção de que cláusulas gerais de eleição de lei aplicável representam uma escolha implícita das partes pela aplicação da lei contratual à cláusula compromissória, o que foi defendido na grande maioria dos casos analisados, com destaque a Sulamérica v. Enesa e Habas Sinai v. VSC Steel (supra, nn. 3.1.9 e 3.1.11). Afinal, como defendido por Alan Redfern e Martin Hunter, se as partes expressaram uma lei específica para reger seu contrato, por que aplicar outra lei, não escolhida pelas partes, a uma das cláusulas do contrato, somente por ser a convenção de arbitragem?<sup>253</sup>

Deste modo, as partes não necessitariam realizar escolha expressa quanto à lei aplicável à convenção de arbitragem e a seu procedimento para obter segurança em seus contratos internacionais. Na ausência dessas estipulações, ter-se-ia que a lei que rege o contrato usualmente se aplicaria à cláusula compromissória, assim como a lei da sede regeria o processo arbitral.<sup>254</sup>

Contudo, as questões relativas a uma eventual escolha das partes sofreriam drásticas alterações na ausência de cláusula geral de eleição de lei aplicável, o que ocorre nos 20% dos contratos que fogem à regra.<sup>255</sup> Sem a estipulação da lei que rege o contrato, não é possível afirmar que os contratantes fizeram qualquer escolha relativa à convenção arbitral, o que fortalece a aplicação da lei da sede, quando eleita, à cláusula compromissória enquanto escolha implícita das partes (*infra*, n. 3.2.2), como ocorreu em Dallah v. Pakistan (supra, n. 3.1.8).

<sup>250</sup> LEW, 1999, op. cit., p. 143.

<sup>251</sup> BLACKABY, et al., op. cit., para. 3.08.

<sup>252</sup> ASHFORD, op. cit., pp. 288-289.

<sup>253</sup> No original: “As we have already said, it is not unreasonable to ask why, if the parties have expressly chosen a particular law to govern their contract, some other system of law, which the parties have not expressly chosen, should be applied to one of the clauses in that contract, simply because it happens to be an arbitration clause?” (BLACKABY, et al., op. cit., para. 3.18).

<sup>254</sup> PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy (Ed.). **The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts**. 3<sup>a</sup> ed. Kluwer Law International, 2010, p. 18.

<sup>255</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 526.

No tocante à terceira etapa do teste estabelecido pelos tribunais ingleses, tem-se na maior conexão o calcanhar de Aquiles da aplicação da lei contratual à convenção de arbitragem. Sua defesa, entretanto, não é impossível, uma vez que o peso dado aos fatores relevantes para tal critério não são constantes<sup>256</sup>, provocando grande incerteza na adoção do teste.<sup>257</sup>

Assim, se os critérios adotados forem aqueles estabelecidos em NTPC v. Singer (supra, n. 3.1.6), em que se relacionou a maior conexão à cláusula compromissória com o local onde o contrato foi negociado, os termos nele contidos, seu local de execução e demais questões mais factuais e contratuais do que jurídicas, seria possível argumentar por sua aplicação nas três fases do teste britânico.

Ainda, há dois motivos para se afirmar que a lei da sede arbitral não seria aquela com maior conexão ao acordo em arbitrar. Primeiro, porque a conexão existente entre a sede e a arbitragem já consta da lei processual aplicável (lei curial), mas não da lei aplicável à convenção arbitral. Segundo, porque é cada vez mais robusta a importância dada aos direitos materiais frente às questões processuais que podem ser arguidas pelas partes.<sup>258</sup>

Afinal, embora a lei aplicável à cláusula compromissória possua aspectos procedimentais, ela também é responsável pela análise de outras matérias, como a arbitrabilidade, a intervenção do judiciário e os critérios para anulação da sentença arbitral,<sup>259</sup> o que poderia justificar sua aplicação no terceiro estágio do teste inglês.

Haveria, ainda, a possibilidade de sua aplicação como lei com maior conexão em razão do princípio da validação, quando a lei da sede invalidar a convenção de arbitragem. Todavia, tal posicionamento coloca a sentença arbitral em risco de não ser homologada, ou, até mesmo, de ser anulada, com base na Convenção de Nova Iorque e a Lei Modelo da UNCITRAL.

Por fim, ressalta-se que nem toda aplicação de um ordenamento material seria pacífico à convenção de arbitragem, como ocorreria nos casos em que o contrato é regido pela Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (“CISG”), embora

<sup>256</sup> Ibid., p. 553.

<sup>257</sup> GAILLARD; SAVAGE, op. cit., para. 426.

<sup>258</sup> ASHFORD, op. cit., p. 289.

<sup>259</sup> HENDERSON, op. cit., p. 887.

parte da doutrina defende que a existência, a validade e a eficácia de cláusulas compromissórias estejam dentro de seu escopo.<sup>260</sup>

Assim, em suma, tem-se a aplicação da lei contratual à convenção de arbitragem principalmente na análise de eventual escolha implícita realizada pelas partes, em razão de (*i*) a referência já existente a um sistema de leis; (*ii*) a presunção de que a lei aplicável a ambos os casos é a mesma; e (*iii*) a presunção de que as partes pretendiam sua aplicação.<sup>261</sup>

### 3.2.2. Considerações sobre a lei da sede da arbitragem

Different national systems give support in different ways and an important aspect of the autonomy of the parties is the right to choose the governing law and seat of the arbitration according to what they consider will best serve their interests.<sup>262</sup>

Engana-se quem reduz a sede da arbitragem apenas a uma escolha geográfica realizada pelas partes quanto ao local<sup>263</sup> em que ocorrerão os procedimentos. A escolha de sede seria, na realidade, uma escolha de lei aplicável.<sup>264</sup> Nesse sentido, tem-se o clássico exemplo dado por Alan Redfern e Martin Hunter, em que o motorista de um veículo não escolheria a aplicação das leis de trânsito francesas sem antes escolher ir para França.<sup>265</sup> As partes, assim, não escolheriam diretamente a *lex arbitri*, mas realizariam, em tese, a escolha da sede já conscientes da aplicação de sua lei.<sup>266</sup>

Na prática, entretanto, muitos advogados pensam exclusivamente nas questões geográficas, sem considerar aspectos fundamentais de tal escolha, como o ambiente pró-arbitragem e a facilidade em homologar sentenças.<sup>267</sup> Contudo, tal qual ocorre com a cláusula

<sup>260</sup> De todo modo, segue-se o pensamento de Stefan Kröll de que por mais que estas questões possam estar dentro do escopo de aplicação da CISG, não seria possível enquadrá-las em sua esfera de aplicação (KRÖLL, Stefan. Selected Problems Concerning the CISG's scope of application. In: **Journal of Law and Commerce**, vol. 25:39, pp. 39-57, 2005-2006, p. 45).

<sup>261</sup> ASHFORD, op. cit., pp. 288-289.

<sup>262</sup> Lord Hoffmann na apelação do caso inglês West Tankers v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà (REINO UNIDO. *House of Lords. West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà SpA e outros*, caso n. [2007] UKHL 4, j. 21.02.2007. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/l200607/ljudgmt/jd070221/westt-1.htm>). Acesso em: 3 jun. 2023).

<sup>263</sup> Embora a doutrina, ordenamentos e a jurisprudência utilizem frequentemente os termos “local” e “sede” da arbitragem como sinônimos, tem-se na “sede” uma precisão maior quanto à natureza jurídica do conceito, muito além de uma simples localização (BORN, 2022, op. cit., p. 2.207). No mesmo sentido: HENDERSON, op. cit., p. 892.

<sup>264</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 606.

<sup>265</sup> BLACKABY, et al., op. cit., para. 3.76.

<sup>266</sup> HENDERSON, op. cit., p. 891.

<sup>267</sup> PAULSSON; RAWDING; REED, op. cit., p. 32.

geral de lei aplicável às questões materiais (supra, n. 3.2.1), a sede arbitral é estabelecida pelas partes na grande maioria dos contratos comerciais internacionais.<sup>268</sup>

Todavia, e diferentemente do que ocorre com a lei do contrato, as questões relativas à sede arbitral e ao peso dado a essa escolha estão muito relacionadas a diferentes concepções de arbitragem internacional e, até mesmo, ao país sede, responsável por fornecer suporte à arbitragem, como afirmado por *Lord Hoffmann*.<sup>269</sup>

Para a tese territorialista, já superada doutrinariamente, o procedimento arbitral não possuiria fundamento jurídico fora da sede em que a arbitragem ocorre.<sup>270</sup> Como já comprovado ao decorrer desta tese, a simples possibilidade de se aplicar leis distintas a diversos fatores da arbitragem internacional já refuta este entendimento.

Por outro lado, há aqueles que defendam a arbitragem internacional deslocalizada, em que a sede arbitral não possuiria papel durante os procedimentos, à exceção de apoiar a arbitragem, como, por exemplo, ao intimar testemunhas e interromper ações abusivas.<sup>271</sup> Aos mais radicais, nem o dever exclusivo da sede de supervisionar a arbitragem existiria, removendo completamente a relação da arbitragem com a sede estabelecida.<sup>272</sup> Ainda, quanto maior a importância dada à sede arbitral, maior seria a domesticalização da arbitragem, razão pela qual o local da arbitragem deveria ser fator menos determinante na arbitragem internacional.<sup>273</sup> A sede da arbitragem, assim, teria se tornado um fator praticamente inútil, aparecendo apenas como mecanismo de desordem nos procedimentos arbitrais, como na concessão de *anti-suit injunctions*.<sup>274</sup>

Na prática, entretanto, toda arbitragem possui uma sede,<sup>275</sup> um “lar jurídico”.<sup>276</sup> Ainda que muitos autores defendam sua autonomia, a arbitragem internacional é contemporaneamente

<sup>268</sup> HENDERSON, op. cit., p. 910.

<sup>269</sup> Conforme disposto na epígrafe deste capítulo.

<sup>270</sup> PAULSSON, 2010, op. cit., p. 2.

<sup>271</sup> HENDERSON, op. cit., p. 894.

<sup>272</sup> PAULSSON, Jan. The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs. In: LEW, Julian (Ed.). **Contemporary Problems in International Arbitration**. Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986, p. 141.

<sup>273</sup> CLAY, Thomas. A Sede da Arbitragem Internacional: entre “Ordem” e “Progresso”. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 5, n. 17, p. 37-56, 2008, pp. 40-41.

<sup>274</sup> Ibid., p. 42.

<sup>275</sup> “Mas isso não significaria que os tribunais arbitrais devem ser desprovidos de sede. É evidente que um árbitro não pode ficar gravitando pelo mundo e que ele deve se estabelecer sobre o território de um país. O tribunal arbitral, não sendo virtual, não pode flutuar no espaço, ele deve se instalar em algum lugar, e é mesmo necessário que os árbitros se assentem, tanto no sentido próprio, como no figurado, sobre uma sede” (CLAY, op. cit., p. 48).

<sup>276</sup> ASHFORD, op. cit., p. 280.

vista como um método complexo, na qual as ordens jurídicas aplicáveis não necessariamente são aquelas da sede, havendo frequente sobreposição de leis.<sup>277</sup>

Assim, embora a importância da sede arbitral tenha diminuído nas últimas décadas, ela ainda é relevante,<sup>278</sup> já que muitas das questões processuais e a supervisão judicial serão regidas pela *lex fori* e seus tribunais domésticos, exceto se disposto pelas partes em contrário.<sup>279</sup> Em resumo, a escolha da sede implica diretamente (*i*) a escolha da legislação nacional aplicável à arbitragem (*lex arbitri*); (*ii*) a eleição das cortes estatais para o julgamento de ações relacionadas ao procedimento arbitral; (*iii*) o foro natural para anulação da sentença arbitral; e (*iv*) a nacionalidade da sentença, o que influenciará em sua eventual homologação e execução, em razão da Convenção de Nova Iorque.<sup>280</sup> Ainda, fatores como a nacionalidade dos árbitros, sua abordagem ao procedimento arbitral e a possível escolha por regras de conflito de leis locais estariam relacionados à sede da arbitragem.<sup>281</sup>

Quanto à aplicação do teste de três etapas inglês, a possibilidade de que a lei da sede seja indicada por árbitros e juízes como uma escolha expressa pelo sistema legal aplicável ao acordo de arbitragem é remota, vide o conflito com a cláusula de eleição de lei material usualmente presente nos contratos comerciais internacionais.

Sua adoção, assim, se inicia em eventual análise de escolha implícita realizada pelas partes. Afinal, parte da doutrina e da jurisprudência consideram que a escolha por uma sede neutra, distinta do local responsável pela lei aplicável ao contrato, representaria forte indicativo de que as partes pretendiam, na realidade, aplicar um único sistema à arbitragem, processual e materialmente, vide decisão da *Court of Appeal* inglesa em Kabab-Ji v. KFG (supra, n. 3.1.15). Ainda, a aplicação de uma lei estrangeira pelas cortes estatais do país sede é, embora possível, algo que raramente seria escolhido por contratantes razoáveis, como julgado em Enka v. Chubb (supra, n. 3.1.14).

Nesse sentido, Ian Glick e Niranjan Venkatesan consideram que a eleição de uma sede arbitral representa uma escolha implícita das partes por terem toda a arbitragem regida pela

<sup>277</sup> PAULSSON, 2010, op. cit., p. 2.

<sup>278</sup> BORN, 2022, op. cit., pp. 2.207-2.208.

<sup>279</sup> TIMM, Luciano Benetti. A cláusula de eleição de foro versus a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes? In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 10, pp. 20-38, 2006, versão digital, p. 2.

<sup>280</sup> GABBAY; MAZZONETTO; KOBAYASHI, op. cit., p. 18.

<sup>281</sup> BORN, 2022, op. cit., pp. 2.207-2.208.

mesma lei, ainda que haja escolha expressa no contrato relativa à lei que rege a transação entre as partes, de modo contrário à presunção usualmente adotada pelos tribunais ingleses.<sup>282</sup>

Além disso, na ausência de lei aplicável ao contrato, seria possível, por exemplo, que eventual escolha das partes pela sede arbitral seja considerada uma escolha implícita não apenas à lei aplicável à cláusula compromissória, mas também ao próprio contrato, regendo todas as frentes da relação entre as partes.<sup>283</sup>

De todo modo, a lei da sede arbitral raramente é aceita pelos tribunais que analisam a matéria como uma escolha implícita das partes, já que consideram que, na prática, tal escolha não se relacionaria com a convenção de arbitragem em si.<sup>284</sup> A sede, assim, ganha mais foco quando da sua análise à maior conexão ou ao centro de gravidade, conceito central no direito internacional privado.<sup>285</sup>

Afinal, diversas são as conexões entre a convenção de arbitragem e a sede eleita. A sede, para além das regras de procedimento, também é responsável por questões como (*i*) a validade formal da cláusula compromissória; e (*ii*) a arbitrabilidade dos pedidos das partes; sem contar sua importância na harmonização da arbitragem comercial internacional.<sup>286</sup>

Por outro lado, a cláusula compromissória não possui elementos de conexão com o contrato principal e a lei a ele aplicável, já que as razões que motivaram as partes a escolherem uma lei para reger o contrato não se relacionam com a arbitragem, havendo, inclusive, locais de execução distintos a cada obrigação.<sup>287</sup> Ademais, o acordo de arbitragem estaria sujeito a regras específicas quanto a sua validade, interpretação e rescisão, as quais não são aplicáveis ao contrato principal.

Ainda, verifica-se que convenções internacionais, leis nacionais e até mesmo regras de câmaras arbitrais preveem a adoção da lei da sede na ausência de escolha expressa ou implícita das partes, como ocorre no art. V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque,<sup>288</sup> nos arts. 34(2)(a)(i) e

<sup>282</sup> GLICK; VENKATESAN, op. cit., pp. 142-143.

<sup>283</sup> MARSHALL, Brooke Adele. Reconsidering the proper law of the contract. In: **Melbourne Journal of International Law**, vol. 13, 2012, pp. 1-35, p. 22

<sup>284</sup> HENDERSON, op. cit., p. 910.

<sup>285</sup> BLESSING, 1996, op. cit., p. 412.

<sup>286</sup> BERGER, op. cit., pp. 332-333.

<sup>287</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 607.

<sup>288</sup> *Supra*, n. 2.2.1.

36(1)(a)(i) da Lei Modelo da UNCITRAL,<sup>289</sup> e o art. 16.4 do Regulamento da LCIA definidas em outubro de 2020<sup>290</sup>, justamente para dirimir a controvérsia.

Deste modo, quando a matéria é analisada pelas cortes estatais, há natural aplicação da lei da sede enquanto aquela com maior conexão à arbitragem, ainda que em razão da Convenção de Nova Iorque. Perante tribunais arbitrais, por sua vez, a adoção de tal posicionamento chega a ser até mais fiel, mesmo sem a presença de uma *lex fori*<sup>291</sup> que determine o conjunto de regras de conflitos de leis a serem utilizadas. Afinal, os árbitros possuem o dever de proferir uma sentença arbitral executável.<sup>292</sup> prevista, por exemplo, no artigo 42 do Regulamento da ICC,<sup>293</sup> o que faz com que estes apliquem a Convenção de Nova Iorque para determinar a validade formal e material da convenção de arbitragem. Não por acaso, afirma Peter Ashford que:

It appears clear that if there is no express or implied choice the ‘seat’ reasoning will, therefore, prevail in the vast majority of cases as it seems that **the judges are agreed that the arbitration agreement has the closest and most real connection with the seat rather than the host contract.**<sup>294</sup> (grifo nosso)

Entretanto, faz-se necessário esclarecer que, embora a Convenção de Nova Iorque possua como um de seus objetivos principais a uniformização da arbitragem internacional, ela também traz consigo a relativização da importância da sede na arbitragem, uma vez que não há qualquer previsão de que uma sede seja necessária para a arbitragem internacional.<sup>295</sup> Nesse sentido, havia a previsão de um “laudo internacional”, sem vinculação à sede da arbitragem, debatido durante os trabalhos preparatórios da Convenção de Nova Iorque.<sup>296</sup>

Por fim, não se pode esquecer do princípio *in favorem validitatis*, o princípio da validação, reconhecido na maioria das jurisdições envolvidas com o mundo da arbitragem internacional.<sup>297</sup> Nesse sentido, se, na análise de eventual escolha implícita ou maior conexão à convenção de arbitragem, for constatada possível vício da cláusula compromissória sob a lei

<sup>289</sup> *Supra*, n. 3.

<sup>290</sup> O Art. 16.4 do Regulamento da LCIA de 2020 prevê que: “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.”.

<sup>291</sup> CLAY, op. cit., pp. 42-44.

<sup>292</sup> BERNARDINI, op. cit., p. 200.

<sup>293</sup> O art. 42 do Regulamento da ICC prevê que: “In all matters not expressly provided for in the Rules, **the Court and the arbitral tribunal** shall act in the spirit of the Rules and **shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law.**” (grifo nosso).

<sup>294</sup> ASHFORD, op. cit., p. 294.

<sup>295</sup> BORN, 2022, op. cit., p. 2.206.

<sup>296</sup> BRAGHETTA, op. cit., p. 39.

<sup>297</sup> BERGER, op. cit., p. 312.

da sede, o julgador aplicará a lei contratual, com o objetivo de manter a vontade original das partes em arbitrar.

## 4. CONCLUSÃO

A identificação da lei aplicável à convenção de arbitragem é tarefa árdua, já que as partes raramente a escolhem expressamente.<sup>298</sup> As cláusulas compromissórias, muitas vezes disposta ao fim do contrato (temporal e espacialmente), são verdadeiras *midnight clauses*, sem que a lei a elas aplicável seja considerada durante as negociações.<sup>299</sup> A solução mais óbvia, nesse sentido, é a simples disposição por escrito indicando qual lei as partes pretendem que seja aplicada à cláusula compromissória.<sup>300</sup>

Ora, nota-se justamente a alteração de algumas previsões em âmbito internacional para evitar o problema. Para além do teste em três etapas adotado na última década nos países de *common law*, que não foi capaz de gerar segurança jurídica às partes, é possível identificar a recente mudança no Regulamento da LCIA, com previsão de que, na ausência de escolha expressa das partes rejeitando sua aplicação, a sede será o fator decisivo para a lei que rege a cláusula compromissória:<sup>301</sup>

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. (grifo nosso).

Ademais, o HKIAC abordou a matéria de modo distinto, dando às partes cláusula modelo com dispositivo acerca da escolha de lei aplicável à convenção arbitral, junto a uma nota explicativa:

Any dispute, controversy, difference or claim arising out of or relating to this contract, including the existence, validity, interpretation, performance, breach or termination thereof or any dispute regarding non-contractual obligations arising out of or relating to it shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) under the HKIAC Administered Arbitration Rules in force when the Notice of Arbitration is submitted.

**The law of this arbitration clause shall be ... (Hong Kong law).\*** The seat of arbitration shall be ... (Hong Kong). The number of arbitrators shall be ... (one or three). The arbitration proceedings shall be conducted in ... (insert language). \*\*

**\*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**

---

<sup>298</sup> NAZZINI, op. cit., p. 681.

<sup>299</sup> BERGER, op. cit., p. 320.

<sup>300</sup> NAZZINI, op. cit., p. 681.

<sup>301</sup> Art. 16.4 do Regulamento da LCIA de 2020.

**the arbitration clause and identities of the parties to the arbitration clause.** It does not replace the law governing the substantive contract. \*\*Optional.<sup>302</sup> (grifo nosso)

A questão, entretanto, tem muitas vezes ganhado palco na arbitragem internacional, embora não se negue sua irrelevância na grande maioria dos casos.<sup>303</sup> Face à ausência da previsão das partes, à doutrina da separabilidade e à complexidade dos negócios firmados, os tribunais arbitrais e as cortes estatais são obrigados a aplicar as mais distintas regras de conflito de leis para que se possa analisar questões essenciais à análise da existência, validade, eficácia e extensão do acordo de arbitragem. Não se trata, como verificado, de simples e pura escolha por aplicar a lei do contrato ou da sede arbitral à cláusula compromissória, com base em uma perspectiva acerca do que seria melhor à arbitragem internacional, mas sim da identificação casuística acerca da escolha das partes ou, ainda, da lei com maior conexão ao método de solução de conflitos.

Assim, dois são os principais dilemas verificados: (*i*) a utilização de diferentes regras de conflitos de lei para estabelecer a lei aplicável à convenção de arbitragem; e, internamente aos testes adotados, (*ii*) o emprego inconstante de critérios; motivos pelos quais tão difícil é a uniformização da matéria.

Na aplicação das regras adotadas pelos países de *common law*, embora se reconheça testes distintos em demais jurisdições, estabeleceu-se, a partir do caso Sulamérica v. Enesa (supra n. 3.1.9), a adoção de teste em três estágios escalonados, determinando que a lei aplicável à convenção de arbitragem será definida (*i*) pela lei escolhida expressamente pelas partes; (*ii*) pela lei implicitamente escolhida pelos contratantes, com base em seu comportamento e nos termos do contrato; e (*iii*) a lei com maior e mais real conexão à arbitragem e ao acordo em arbitrar.

O posicionamento destes países, entretanto, passou por mudanças consideráveis ao longo das últimas décadas (Apêndice A), com decisões favoráveis à aplicação da lei contratual e à aplicação da lei da sede da arbitragem em momentos distintos.<sup>304</sup> Ainda, a adoção do estágio relativo à “maior conexão” se demonstrou falho, já que tribunais arbitrais e cortes estatais frequentemente encontram problemas na identificação de fatores de proximidade,<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> Cláusula modelo do HKIAC. Disponível em: <https://www.hkiac.org/arbitration/model-clauses>. Acesso em 3 jun. 2023.

<sup>303</sup> ASHFORD, op. cit., p. 278.

<sup>304</sup> BORN, 2022, op. cit., pp. 570-571.

<sup>305</sup> Ibid., pp. 562-563.

implicando maior utilização da Convenção de Nova Iorque para solucionar os conflitos de lei na ausência de escolha das partes.

Nesse sentido, o Apêndice B faz-se necessário para, dentro de hipóteses pré-estabelecidas, elucidar a conclusão desta tese quanto à aplicação de leis à convenção de arbitragem, à exemplo do bom trabalho feito por Leonardo Ohlrogge e Rodrigo Saydelles em artigo sobre o tema.<sup>306</sup>

Todavia, como indicado por David Neuberger, ex-presidente da Suprema Corte britânica, ao julgar o caso Sulamérica v. Enesa (*supra*, n. 3.1.9), a questão é relativa à interpretação contratual, razão pela qual a resposta sempre dependerá de termos do contrato e da cláusula compromissória analisados.

---

<sup>306</sup> OHLROGGE; SAYDELLES, op. cit, pp. 241-268.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ABBUD, André; ALVES, Rafael; LEVY, Daniel de Andrade. **The Brazilian Arbitration Act: A Case Law Guide**, Kluwer Law International, 2019.
- ALEMANHA. German Reichsgericht. **Caso n. 1890 JW, 203**, j. 30.04.1890.
- \_\_\_\_\_. German Reichsgericht. **Caso n. 1914 JW 772**, j. 17.04.1914.
- \_\_\_\_\_. German Reichsgericht. **Caso n. 27 RGZ 378**, j. 17.01.1891.
- ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. In: **Southern California Law Review**, vol. 63, pp. 1-64, 1989-1900. Disponível em: <http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/alexander-1989-constrained-precedent.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.
- ANCEL, Jean-Pierre. L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, In: **Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé**, ano 11, 1991-1993, pp. 75-119, 1994.
- APRIGLIANO, Ricardo. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. In: **Revista do Advogado**, n. 116, São Paulo: AASP, pp. 174-193, 2012.
- ASHFORD, Peter. The Proper Law of the Arbitration Agreement. In: **Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, vol. 85, n. 3, pp. 276-299, 2019.
- AUDIT, Bernard. Choice of The Applicable Law by the Parties. In: BORTOLOTTI, Fabio; MAYER, Pierre (Ed.). **The Application of Substantive Law by International Arbitrators. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, vol. 11, The Hague: Kluwer Law International, pp. 10-21, 2014.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 27, pp. 11-34, 2010.
- BATISTA MARTINS, Pedro A. **Autonomia da cláusula compromissória**, versão digital, p. 1. Disponível em: [batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/autonomia-da-clausula-compromissoria.pdf](http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/autonomia-da-clausula-compromissoria.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023.
- BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion? In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). **International Arbitration 2006: Back to Basics?** ICCA Congress Series, vol. 13, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, p. 301-334, 2007.

BERNARDINI, Piero. Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention.** ICCA Congress Series, vol. 9, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, pp. 197-203, 1999.

BLACKABY, Nigel et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration.** 7<sup>a</sup> ed. Kluwer Law International; Oxford University Press, 2023.

BLESSING, Marc. Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration.** ICCA Congress Series, vol. 7. Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, pp. 391-446, 1996.

BLESSING, Marc. The Law Applicable to the Arbitration Clause. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.) **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention.** ICCA Congress Series, vol. 9, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, pp. 168-188, 1999.

BOMFIM, P. Trovas acadêmicas do sesquicentenário. In: **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, vol. 72, n. 2, p. 25-25, 1977. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66818>. Acesso em: 3 jun. 2023.

BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice.** 3<sup>a</sup> ed. The Hague: Kluwer Law International, 2021.

\_\_\_\_\_. **International Commercial Arbitration.** 3<sup>a</sup> ed., Kluwer Law International, 2022.

BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede arbitragem: visão a partir do Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. TJSP, AI n. 0304979-49.2011.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 19.04.2012.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. O processo arbitral. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 1, pp. 21-31, 2004.

\_\_\_\_\_. Os sete pecados capitais do árbitro. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 52, pp. 391-406, 2017.

\_\_\_\_\_. Vinte anos de vigência da Lei de Arbitragem brasileira. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 50, 2016.

- CLAY, Thomas. A Sede da Arbitragem Internacional: entre “Ordem” e “Progresso”. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 5, n. 17, p. 37-56, 2008.
- CONJUR. **Justiça intervém em crise de canteiro de obras**, publicado em 18.03.2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mar-18/trt-rondonia-intervem-crise-canteiro-obras-usina>. Acesso em 3 jun. 2023.
- COSTA E SILVA, Paula; VITORINO, Beatriz de Macedo; ALMEIDA, Filipa Lira de. **Arbitral Precedent: Still Exploring the Path**, publicado em 28.10.2018 no Kluwer Arbitration Blog. Disponível em: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/28/arbitral-precedent-still-exploring-the-path/>. Acesso em: 3 jun. 2023.
- CREMASCO, Suzana Santi; VIANA, Bruno Giannetti. Aspectos contemporâneos da execução de sentença arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.) et al. **Processo Civil Contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, pp. 893-908, 2018.
- DIMOLITSA, Antonias C.. Separability and Kompetenz-Kompetenz. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Org.). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of the New York Convention**. The Hague: Kluwer, pp. 217-256, 1999.
- DOI, Teruo. National Report for Japan (1979) [ARCHIVED]. In: SANDERS, Pieter (Ed.). **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1979**, vol. 4, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International), pp. 115 - 138, 1979, pp. 122-123
- DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: doi: 10.1017/CBO9780511818684.002. Acesso em: 3 jun. 2023.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Circuit Court of Appeals, Second Circuit. **Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.**, caso n. 126 F.2d 978, 986, (2d Cir. 1942), j. 02.03.1942. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/126/978/1493061/>. Acesso em: 3 jun. 2023.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court. **Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardega**, caso n. 546 U.S. 440, j. 21.02.2006. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/546/440/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg Co.**, caso n. 388 U.S. 395, j. 12.06.1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson**, caso n. 561 U.S. 63, j. 21.06.2010. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/63/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

FOUCHARD, Philippe. **L'arbitrage commercial international**. Paris: Dalloz, 1965, p. 54.  
FRANÇA. Cour d'appeal de Paris. **Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan**, caso n. 09/28533, j. 17.02.2011. Disponível em: <https://wwwdoctrine.fr/d/CA/Paris/2011/U0365AF93D1289CD3931E>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Cour d'appel de Paris. **Kout Food Group v. Kabab-Ji SAL**, caso n. 17/22943, j. 23.06.2020. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/decision/5fd910ac8e6d62aab0c62300>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Cour de cassation, First Civil Law Chamber, **Ets Raymond Gosset v. Carapelli**, j. 07.05.1963.

\_\_\_\_\_. Cour de cassation. Première chambre civile. **Kout Food Group v. Kabab-Ji SAL**, caso n. 20-20.260, j. 22.09.2022. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/decision/6333e9bde5004d05dab7c04c>. Acesso em: 3 jun. 2023.

GABARDO, Rodrigo Araújo. Arbitragem no Direito Romano: uma Análise Comparativa In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 10, n. 39, pp. 25-34, 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira. **Projeto de pesquisa: Arbitragem e Poder Judiciário**. Parceria Institucional Acadêmico-Científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR). In: Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 19, pp. 7-23, 2008.

GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. **Desafios e Cuidados na Redação da Cláusula de Arbitragem**, p. 18. Disponível em: <https://mommalaw.com/wp-content/uploads/2020/05/Anexo-2.pdf>. Acesso em 3 jun. 2023.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. Escolha da lei substantiva da arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 4, pp. 48-61, 2005.

- GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**. 4<sup>a</sup> ed. Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2021.
- GLICK, Ian; VENKATESAN, Niranjan. Choosing the Law Governing the Arbitration Agreement. In: KAPLAN, Neil; MOSER, Michael J. (eds). **Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles**. The Hague: Kluwer Law International, pp. 131-150, 2018.
- GUILLAUME, The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. In: **Journal of International Dispute Settlement**, Oxford University Press, Vol. 2, n. 1, pp. 5-23, 2011.
- HENDERSON, Alastair. Lex arbitri, procedural law and the seat of arbitration. In: **Singapore Academy of Law Journal**, vol. 26, pp. 886-910, 2014.
- ICC. Partial Award. **Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan**, ICC Case No. 9987, j. 26.06.2001. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-dallah-real-estate-and-tourism-holding-company-v-the-ministry-of-religious-affairs-government-of-pakistan-first-partial-award-tuesday-26th-june-2001>. Acesso em: 3 jun. 2023.
- \_\_\_\_\_. **VSC Steel Company v. Habas Sinai ve Tibbi Gazlar İstihsal Endüstrisi As**, ICC n. 17.195. Disponível em: <https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-vsc-steel-company-limited-hong-kong-s-a-r-vs-habas-sinai-ve-tibbi-gazlar-istihsal-endustrisi-as-turkey-partial-award-tuesday-10th-july-2012>. Acesso em: 3 jun. 2023.
- \_\_\_\_\_. Rapport statistique 2000. In: **Bulletin de la Cour Internationale de la CCI**, vol. 12, n. 1, 2001.
- ÍNDIA. Bombay High Court. **Sumitomo Heavy Industries Ltd. vs Oil And Natural Gas Corporation**, caso n. 2002 (2) BomCR 10, j. 19.12.2001. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/952925/>. Acesso em: 3 jun. 2023.
- \_\_\_\_\_. High Court. **The National Thermal Power Corporation Ltd. v. The Singer Company e outros**, j. 23.05.1990. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1991**, vol. 16, Kluwer Law International; **ICCA & Kluwer Law International 1991**.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court. The National Thermal Power Corporation Ltd. v. The Singer Company e outros, caso n. 1993 AIR 998, j. 07.05.1992. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/633347/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Supreme Court of India. Union of India v. Kishorilal Gupta & Bros., caso n. 1959 AIR 1362, j. 21.05.1959. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/1391279/>. Acesso em 3 jun. 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Award. **Texaco Overseas Petroleum Company, California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic**, j. 19.01.1977. Disponível em: <https://forarb.com/wp-content/uploads/2019/03/Texaco-Overseas-Petroleum-Company.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione, Sezione I civile. **Tommasi (Avv. Romanelli) v. Scalera (Avv. Orgera)**, caso n. 3027, j. 22.10.1959. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23175088>. Acesso em: 3 jun. 2023.

JAPÃO. Tokyo Appellate Chamber. **Continental Insurance Co. v. Fuji Shōkai**, caso n. Kokusaishihō reishū 278, 1 278, j. 05.08.1936, (Tokyo App. Ch.).

\_\_\_\_\_. Tokyo District Court, **caso n. 20047**, j. 28.08.2007. Disponível em: [https://idrc.jp/images/link/cases/20070828\\_TokyoD\\_JIDRC.pdf](https://idrc.jp/images/link/cases/20070828_TokyoD_JIDRC.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023.

KAWHARU, Amokura. Arbitral Jurisdiction. In: **New Zealand Universities Law Review**, vol. 23, pp. 238-264, 2008.

KLEIN, Frédéric-Edouard. Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international. In: **Revue critique de droit international privé**, Paris, n. 1, 1961, pp. 499-552.

KRÖLL, Stefan. Selected Problems Concerning the CISG's scope of application. In: **Journal of Law and Commerce**, vol. 25:39, pp. 39-57, 2005-2006, p. 45.

LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. In: **Revista de Direito Empresarial**, vol. 20, pp. 243-276, 2016.

LANDOLT, Phillip. The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz. In: **Journal of International Arbitration**, vol. 30, n. 5, pp. 511-530, 2013.

LEW, Julian D.M. The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. ICCA Congress Series, vol. 9, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, pp. 114-145, 1999.

LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A; KRÖLL, Stefan M.. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 11.

MARINHO NUNES, Thiago. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 2, n. 5, pp. 15-51, 2005.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A lei aplicável à cláusula arbitral na arbitragem comercial internacional In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, vol. 12, n. 47, pp. 7-37, 2015.

\_\_\_\_\_. Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 10, n. 38, Rio de Janeiro: Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, pp. 96-137, 2013.

MARSHALL, Brooke Adele. Reconsidering the proper law of the contract. In: **Melbourne Journal of International Law**, vol. 13, pp. 1-35, 2012.

MAYER, Pierre. The Limits of Severability of the Arbitration Clause. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. ICCA Congress Series, vol. 9, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, pp. 261-267, 1999.

MEZGER, Ernst. Congrès international de l'arbitrage (Paris, 11-13 mai 1961). In: **Revue internationale de droit comparé**, vol. 14, n. 1, pp. 86-87, 1962.

MISTELIS, Loukas A. **Concise International Arbitration**. 2<sup>a</sup> ed., Kluwer Law International, 2015.

MOSER, Luiz Gustavo Meira. Global Empirical Survey on Choice of Law. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 57, pp. 195-214, 2015.

MOSK, Richard; GINSBERG, Tom. Dissenting Opinions in International Arbitration. In: **Liber Amicorum Bengt Broms, Finnish Branch of the International Law Association**, Helsinki, 1999.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Altas, 2014.

NAZZINI, Renato. The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles. In: **International and Comparative Law Quarterly**, vol. 65, pp. 681–703, 2016.

NESTOR, Ion. Problems concerning the application and interpretation of existing multilateral conventions on international commercial arbitration and related matters. In: **UNCITRAL Yearbook**, Nova Iorque, vol. 3, pp. 193-250, 1972.

NOVA ZELÂNDIA. Privy Council. **Pupuke Service Station Ltd. v. Caltex Oil (NZ) Ltd.**, caso n. 63/94, j. 16.1.1995. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b4dc2642c94e07cccd2427b>. Acesso em: 3 jun. 2023.

OHLROGGE, Leonardo; SAYDELLES, Rodrigo Salton Rotunno. Lei aplicável à cláusula compromissória na arbitragem internacional. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 67, pp. 241-268, 2020.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod\\_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023.

PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy (Ed.). **The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts**. 3<sup>a</sup> ed. Kluwer Law International, 2010.

PAULSSON, Jan. Arbitragem internacional não é arbitragem. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 11, n. 42, Rio de Janeiro: Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, pp. 208-227, 2014.

\_\_\_\_\_. Arbitration in Three Dimensions. In: **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, vol. 2, 2010, p. 2. Disponível em: [http://eprints.lse.ac.uk/32907/1/WPS2010-02\\_Paulsson.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/32907/1/WPS2010-02_Paulsson.pdf). Acesso em 3. jun. 2023.

\_\_\_\_\_. The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs In: LEW, Julian (ed.). **Contemporary Problems in International Arbitration. Centre for Commercial Law Studies**, Queen Mary College, 1986.

POUDRET, Jean-Francois; BESSON. **Comparative Law of International Arbitration**. 2<sup>a</sup> ed, Sweet and Maxwell, 2007.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

REINO UNIDO. Court of Appeal. **C v. D**, caso n. [2007] EWCA Civ 1282, j. 05.12.2007. Disponível em: [https://www.trans-lex.org/311360/\\_c-v-d-%5B2007%5D-ewca-civ-1282/](https://www.trans-lex.org/311360/_c-v-d-%5B2007%5D-ewca-civ-1282/). Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Court of Appeal. **Channel Tunnel Group Ltd. e outro v. Balfour Beatty Construction Ltd. e outros**, caso n. [1993] A.C. 334, j. 22.01.1992. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18553.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023

\_\_\_\_\_. Court of Appeal. **Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO “Insurance Company Chubb” e outros**, caso n. [2020] EWCA Civ 574, j. 29.04.2020. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/574.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Court of Appeal. **Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov**, caso n. [2007] EWCA Civ 20, j. 24.01.2007. Disponível em: [https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=1455](https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1455). Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Court of Appeal. **Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group**, caso n. [2020] EWCA Civ 6, j. 20.01.2020. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/6.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Court of Appeal. **Naviera Amazonica Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros del Peru**, j. 10.11.1987.

\_\_\_\_\_. Court of Appeal. **Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA e outros v. Enesa Engenharia SA e outros**, caso n. [2012] EWCA Civ 638, j. 16.05.2012. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO “Insurance Company Chubb” e outros**, caso n. [2019] EWHC 3568, j. 20.12.2019. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3568.html>. Acesso em: 3 jun. 2023;

\_\_\_\_\_. High Court. **A v. B**, caso n. [2006] EWHC 2006 (Comm), j. 28.07.2006. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=153639>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **Arsanovia Ltd e outros v. Cruz City 1 Mauritius Holdings**, caso n. [2012] EWHC 3702 (Comm), j. 20.12.2012. Disponível em: [https://www.oeclaw.co.uk/images/uploads/judgments/Arsanovia\\_Ltd\\_Ors\\_v\\_Cruz\\_City\\_1\\_Mauritius\\_Holdings\\_2013\\_2\\_All\\_E\\_R\\_\(Comm\)\\_1.pdf](https://www.oeclaw.co.uk/images/uploads/judgments/Arsanovia_Ltd_Ors_v_Cruz_City_1_Mauritius_Holdings_2013_2_All_E_R_(Comm)_1.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **Black Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.**, j. 03.03.1981. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=148684>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **C v. D**, j. 28.06.2007.

\_\_\_\_\_. High Court. **Habas Sinai ve Tibbi Gazlar İstihsal Endüstrisi As v. VSC Steel Company**, caso n. [2013] EWHC 4071, j. 19.12.2013. Disponível em: <https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-vsc-steel-company-limited-hong-kong-s-a-r-vs-habas-sinai-ve-tibbi-gazlar-istihsal-endustrisi-as-turkey-partial-award-tuesday-10th-july-2012>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **Harbour Assurance Co. Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.**, caso n. [1993] QB 701, j. 31.07.1991. Disponível em: <https://www.trans>

[lex.org/302700/\\_/harbour-assurance-co-ltd-v-kansa-general-international-insurance-co-ltd-\[1992\]-1-lloyds-lrep-81/](http://lex.org/302700/_/harbour-assurance-co-ltd-v-kansa-general-international-insurance-co-ltd-[1992]-1-lloyds-lrep-81/). Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **Shashoua e outros v. Sharma**, caso n. [2009] EWGC 957 (Comm), j. 07.05.2009. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f20a2c94e0775e7f12aa>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v. Ferrell International Ltd.**, caso n. 2001 Folio 186, j. 04.10.2001. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/6/16926.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA e outros v. Enesa Engenharia SA e outros**, caso n. [2012] EWHC 42 (Comm), j. 19.01.2012. Disponível em: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2012/42.html&query=\(sulam%E9rica\);](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2012/42.html&query=(sulam%E9rica);)

\_\_\_\_\_. High Court. **Sumitomo Heavy Industries Ltd. vs Oil And Natural Gas Corporation**, caso n. [1994] 1 Lloyd's Rep. 45. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149759>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **Tzortzis and Sykias v. Monark Line A/B**, caso n. [1968] 1 WLR 406, j. 24.01.1968. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=147031>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **XL Insurance Ltd. v. Owens Corning**, caso n. 2000 Folio 694, j. 18.07.1999. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18551.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. House of Lords. **Channel Tunnel Group Ltd. e outro v. Balfour Beatty Construction Ltd. e outros**, caso n. [1993] Adj.L.R. 01/21, j. 21.01.1993. Disponível em: <http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Channel-Tunnel-Group-Ltd-Anor-v-Balfour-Beatty-Construction-Ltd-v-Ors-1993-AC-334.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. House of Lords. **Compagnie Tunisiennes de Navigation SA v. Compagnie d'Armement Maritime SA**, caso n. [1971] AC 572 HL, j. 14.07.1970. Disponível em: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=147042>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. House of Lords. **Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery e outros**, caso n. [1894] UKHL 642, j. 10.05.1984. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1894/31SLR0642.html>. Acesso em: 3 jun. 2023;

\_\_\_\_\_. House of Lords. **Heyman v. Darwins Ltd.**, caso n. [1942] AC 356, j. 20.02.1942. Disponível em: <http://uniset.ca/other/css/1942AC356.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. House of Lords. **Premium Nafta Products Limited e outros v. Fili Shipping Company Limited e outros**, caso n. [2007] UKHL 40, j. 17.10.2007. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071017/ship-1.htm>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. House of Lords. **West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà SpA e outros**, caso n. [2007] UKHL 4, j. 21.02.2007. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070221/westt-1.htm>. Acesso em: 3 jun. 2023

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan**, caso n. [2010] UKSC 46, j. 03.11.2010. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0165.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO “Insurance Company Chubb” e outros**, caso n. [2020] UKSC 38, j. 09.10.2020. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Rock Advertising Limited v. MWB Business Exchange Centres Limited**, caso n. [2018] UKSC 24, j. 16.05.2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0152.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. **Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group**, caso n. [2021] UKSC 48, j. 27.10.2021. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0036.html>. Acesso em: 3 jun. 2023.

SCHWEBEL, Stephen M. **International Arbitration: Three Salient Problems**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

SHEPPARD, Audley William. Res Judicata and Estoppel. In: CREMADESCO, Bernardo M. Sanz-Pastor; LEW, Julian D. M. (Ed.). **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, vol. 3. Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC), p. 219-242, 2005.

SINDHU, Janhavi. Fraud, Corruption And Bribery – Dissecting The Jurisdictional Tussle Between Indian Courts And Arbitral Tribunals. In: **Indian Journal of Arbitration Law**, Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, vol. 3, n. 2, pp. 23-42, 2014.

SINGAPURA. Court of Appeal. **BNA v. BNB e outro**, caso n. [2019] S.G.C.A. 84, j. 27.12.2019. Disponível em: [https://www.elitigation.sg/gd/s/2019\\_SGCA\\_84](https://www.elitigation.sg/gd/s/2019_SGCA_84). Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Court of Appeal. **Insigma Technology Co. Ltd. V. Alstom Technology Ltd.**, caso n. 155/2008 [2009] SGCA 24, j. 02.06.2009. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-alstom-technology-ltd-v-insigma-technology-co-ltd-judgment-of-the-court-of-appeal-of-singapore-2009-sgca-24-tuesday-2nd-june-2009>. Acesso em 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Court of Appeal. **Pacific Recreation Pte. Ltd. v. S Y Technology Inc. e outro**, caso n. 136/2006 [2008] SGCA 1, j. 16.01.2008. Disponível em: [https://www.elitigation.sg/gd/s/2008\\_SGCA\\_1](https://www.elitigation.sg/gd/s/2008_SGCA_1); e SINGAPURA. Court of Appeal. JIO Minerals FZC e outros v. Mineral Enterprises Ltd., caso n. [2010] SGCA 41, j. 11.11.2010. Disponível em: [https://www.elitigation.sg/gd/s/2010\\_SGCA\\_41](https://www.elitigation.sg/gd/s/2010_SGCA_41). Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **BCY v. BCZ**, caso n. [2016] SGHC 249, j. 09.11.2016. Disponível em: <https://nysba.org/NYSBA/Sections/International/Events/2018/Seoul%20Regional%20Meeting/Course%20Materials/BCY%20v%20BCZ.PDF>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **First Link Investments Corp. Ltd. v. GT Payment Pte. Ltd. e outros**, caso n. [2014] SGHCR 12, j. 19.06.2014. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/7/17749.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. High Court. **The “Chem Orchid”**, caso n. [2015] SGHC 50, j. 18.02.2015. Disponível em: [https://www.elitigation.sg/gdviewer/s/2015\\_SGHC\\_50](https://www.elitigation.sg/gdviewer/s/2015_SGHC_50). Acesso em: 3 jun. 2023.

SPÍNOLA GOMES, Técio. A Transmissibilidade da Cláusula Arbitral diante da Cessão de Posição Contratual. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 5, pp. 69-81, 2015.

SUÉCIA. Högsta domstolen (Supreme Court). **Norrköpings Trikåfabrik AB v. Per Persson AB**, caso n. NJA 1936 s. 521, j. 03.10.1936.

\_\_\_\_\_. Svea Court of Appeal. **State of Ukraine v. Norsk Hydro ASA**, caso n. T 3108-06, j. em 17.12.2007. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/4517>. Acesso em 3 jun. 2023.

SUÍÇA. Switzerland Federal Tribunal, First Civil Section, **S. Chr. Jörg v. B. Jörg**, caso n. BGE 41 II 534 j. 28.05.1915. Disponível em: [https://entscheidsuche.ch/direkt\\_bund%2Fbge\\_1b79%2FBGE-41-2-534.pdf](https://entscheidsuche.ch/direkt_bund%2Fbge_1b79%2FBGE-41-2-534.pdf). Acesso em: 3 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Switzerland Federal Tribunal. Caso n. **DFT 62 I 230, 233**, j. 06.11.1936.

\_\_\_\_\_. Switzerland Federal Tribunal. Caso n. **DFT 64 I 39, 44**, j. 28.01.1938.

\_\_\_\_\_. Switzerland Federal Tribunal. **Tobler v. Justizkommission des Kantons Schwyz**, caso n. DFT 59 I 177. Disponível em: [https://www.trans-lex.org/303700/\\_/bge-59-i-177/](https://www.trans-lex.org/303700/_/bge-59-i-177/). Acesso em: 3 jun. 2023

TIMM, Luciano Benetti. A cláusula de eleição de foro versus a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes? In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 10, pp. 20-38, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O árbitro e a observância do precedente judicial**. Publicado em 01.11.2016 no CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em: 3 jun. 2023.

## APÊNDICE A – Resumo da análise dos casos

Caso	Lei do contrato	Sede	Escolha expressa?	Escolha implícita?	Maior conexão?	O precedente analisado estabeleceu que:
Black Clawson v. Papierwerke (3.1.1)	Inglaterra, já que a arbitragem foi iniciada pelos compradores alemães.	Zurique	Não	Sim. Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei da sede, notada pelo comportamento destas.	A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei da sede da arbitragem. De todo modo, identificou-se que a sede seria o " <i>centre of gravity</i> " do procedimento arbitral.	<p>i. Nos casos em que as leis divergem, a lei que rege o acordo contínuo em arbitrar é normalmente a mesma que a lei substantiva do contrato no qual ela está incorporada, enquanto a lei do acordo individual em arbitrar costuma ser a <i>lex fori</i>;</p> <p>ii. Todavia, o comportamento das partes em relação à sede e à lei suíça sugeriu que os contratantes jamais haviam considerado a aplicação da lei inglesa à cláusula compromissória, sendo a lei da sede sua escolha implícita;</p> <p>iii. De todo modo, a sede seria o “<i>centre of gravity</i>” do procedimento arbitral, ou seja, há indicativos de que seria dela a lei com maior conexão à convenção arbitral.</p>

Naviera Amazonica Peruana v. Compania Internacional de Seguros (3.1.2)	<p>Peru, já que, embora não definida no contrato nem decidida no julgado, entendeu-se que esta era a lei com maior conexão à relação contratual das partes.</p>	<p>O debate pairava sobre a sede arbitral ser em Londres ou em Lima.</p> <p>A <i>Court of Appeal</i> determinou que a sede era Londres.</p>	<p>Sim, as partes previram que a lei aplicável à convenção de arbitragem seria a lei inglesa.</p>	<p>A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei da sede da arbitragem</p>	<p>A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei da sede da arbitragem.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>i. Todos os contratos que preveem a solução de conflitos via arbitragem internacional podem envolver três sistemas jurídicos potencialmente distintos (<i>lex causae</i>, lei aplicável à convenção de arbitragem e <i>lex fori</i>);</li> <li>ii. No cenário em que as leis divergem, é mais comum que a lei do contrato seja a responsável por reger a cláusula compromissória, enquanto diverge da lei da sede;</li> <li>iii. Questões linguísticas, principalmente em contratos feitos em idiomas estrangeiros, não são devem ser considerados úteis na interpretação de cláusulas contratuais;</li> <li>iv. A lei procedural escolhida é também uma escolha implícita pela sede da arbitragem.</li> </ul>
--	---	---	---	--	---	---

Sumitomo Heavy Industries v.ONGC (3.1.3)	Índia	Londres	Não	<p>Sim.</p> <p>Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei do contrato.</p>	<p>A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei do contrato.</p>	<p>i. Há alta probabilidade de que a lei indiana, que rege o contrato, também se aplique à convenção arbitral;</p> <p>ii. Não haveria a diferença entre a aplicação da lei inglesa ou a lei indiana ao acordo individual em arbitrar, razão pela qual se aplicou a lei indiana à convenção arbitral como um todo;</p> <p>iii. As diferentes leis aplicáveis em um procedimento arbitral possuem não apenas funções diferentes, mas também momentos distintos de aplicação.</p>
Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction (3.1.4)	O contrato seria regido por princípios comuns da lei inglesa e francesa, e, na sua discordância, por princípios transnacionais.	Bruxelas	Não	<p>Sim.</p> <p>Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei do contrato.</p>	<p>A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei do contrato.</p>	<p>i. No cenário em que as leis divergem, é mais comum que a lei da sede seja distinta da lei aplicável à convenção de arbitragem do que a lei do contrato;</p> <p>ii. A sede da arbitragem, entretanto, é a responsável pela supervisão da arbitragem;</p> <p>iii. Portanto, os tribunais ingleses não teriam poder para conceder a medida cautelar pleiteada.</p>

XL Insurance v. Owens (3.1.5)	Nova Iorque Londres	Não	Sim. Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei da sede arbitral, uma vez que os termos do contrato apontavam para tanto.	A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei da sede.	<p>i. Ao escolherem o <i>Arbitration Act</i> inglês para reger a arbitragem em Londres, as partes haviam escolhido a lei inglesa para governar questões relativas à validade formal da cláusula compromissória;</p> <p>ii. Consequentemente, haveria uma escolha implícita para que a lei da sede fosse aplicável a toda a convenção de arbitragem.</p>
NTPC v. Singer (3.1.6)	Índia Londres	Não	Não	Considerou-se que a lei do contrato era aquela com maior conexão ao acordo de arbitragem.	<p>i. O teste de maior conexão poderia ser aplicado ao contrato como um todo, e não apenas à arbitragem.</p> <p>ii. Não havia qualquer relação entre a Inglaterra e a relação entre as partes, enquanto o contrato, firmado na Índia, seria executado na Índia, com uma empresa pública, por empregados regidos pela lei trabalhista indiana, razão pela qual a lei do contrato possui maior conexão à disputa.</p> <p>iii. Assim, a lei aplicável à convenção de arbitragem era a lei contratual, por sua maior conexão à disputa.</p>

C v. D (3.1.7)	Nova Iorque	Londres	Não	N/A	Considerou-se que a lei da sede era aquela com maior conexão ao acordo de arbitragem.	<ul style="list-style-type: none"> <li>i. Na ausência de escolha expressa das partes pela lei que rege a cláusula compromissória, a lei com maior conexão ao acordo de arbitragem deverá ser aplicada;</li> <li>ii. É a lei da sede quem possui maior conexão com a arbitragem.</li> </ul>
Dallah v. Pakistan (3.1.8)	Havia disputa sobre a aplicação da lei do Paquistão ou da Arábia Saudita  Em segunda sentença parcial, definiu-se que a lei que rege o contrato era a saudita.	Paris	Paris	Não	O tribunal adotou princípios transnacionais na ausência de uma escolha expressa das partes.	<ul style="list-style-type: none"> <li>i. É possível dirimir a questão por meio da aplicação de princípios transnacionais, sem que se aplique a lei do contrato ou da sede arbitral;</li> <li>ii. A aplicação da mesma lei, adotada pelas cortes estatais inglesas e francesas, alcançou resultados diferentes.</li> </ul>

<p>Sulamérica v. Enesa (3.1.9)</p> <table border="1"> <tr> <td data-bbox="316 228 428 1022">Brasil</td><td data-bbox="563 228 676 1022">Londres</td><td data-bbox="810 228 844 1022">Não</td><td data-bbox="923 228 1102 1022">           Não foi possível aplicar a lei contratual à cláusula compromissória, uma vez que não seria possível interpretar a existência de escolha implícita das partes capaz de invalidar a cláusula compromissória.         </td><td data-bbox="1147 228 1372 1022">           Considerou-se que a lei da sede era aquela com maior conexão ao acordo de arbitragem.         </td><td data-bbox="1417 228 2097 1022"> <ul style="list-style-type: none"> <li>i. Na ausência de escolha expressa das partes pela lei que rege a cláusula compromissória, deve se identificar eventual escolha implícita das partes;</li> <li>ii. Em sua ausência, a lei com maior conexão ao acordo de arbitragem deverá ser aplicada;</li> <li>iii. Embora a lei do contrato seja presumidamente uma escolha implícita das partes pela lei que rege a convenção arbitral, o princípio da validação não possibilita a aplicação de uma lei que possivelmente viciará a cláusula compromissória.</li> <li>iv. É a lei da sede quem possui maior conexão com a arbitragem.</li> </ul> </td></tr> </table>	Brasil	Londres	Não	Não foi possível aplicar a lei contratual à cláusula compromissória, uma vez que não seria possível interpretar a existência de escolha implícita das partes capaz de invalidar a cláusula compromissória.	Considerou-se que a lei da sede era aquela com maior conexão ao acordo de arbitragem.	<ul style="list-style-type: none"> <li>i. Na ausência de escolha expressa das partes pela lei que rege a cláusula compromissória, deve se identificar eventual escolha implícita das partes;</li> <li>ii. Em sua ausência, a lei com maior conexão ao acordo de arbitragem deverá ser aplicada;</li> <li>iii. Embora a lei do contrato seja presumidamente uma escolha implícita das partes pela lei que rege a convenção arbitral, o princípio da validação não possibilita a aplicação de uma lei que possivelmente viciará a cláusula compromissória.</li> <li>iv. É a lei da sede quem possui maior conexão com a arbitragem.</li> </ul>
Brasil	Londres	Não	Não foi possível aplicar a lei contratual à cláusula compromissória, uma vez que não seria possível interpretar a existência de escolha implícita das partes capaz de invalidar a cláusula compromissória.	Considerou-se que a lei da sede era aquela com maior conexão ao acordo de arbitragem.	<ul style="list-style-type: none"> <li>i. Na ausência de escolha expressa das partes pela lei que rege a cláusula compromissória, deve se identificar eventual escolha implícita das partes;</li> <li>ii. Em sua ausência, a lei com maior conexão ao acordo de arbitragem deverá ser aplicada;</li> <li>iii. Embora a lei do contrato seja presumidamente uma escolha implícita das partes pela lei que rege a convenção arbitral, o princípio da validação não possibilita a aplicação de uma lei que possivelmente viciará a cláusula compromissória.</li> <li>iv. É a lei da sede quem possui maior conexão com a arbitragem.</li> </ul>	
<p>Arsanovia v. Cruz City (3.1.10)</p> <table border="1"> <tr> <td data-bbox="316 1022 428 1402">Índia</td><td data-bbox="563 1022 676 1402">Londres</td><td data-bbox="810 1022 844 1402">Não</td><td data-bbox="923 1022 1102 1402">           Sim.            Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei do contrato.         </td><td data-bbox="1147 1022 1372 1402">           A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei do contrato.         </td><td data-bbox="1417 1022 2097 1402"> <ul style="list-style-type: none"> <li>i. A lei do contrato é a escolha implícita realizada pelas partes para reger a convenção arbitral;</li> <li>ii. Se fosse necessário julgar a lei com maior conexão à cláusula compromissória, esta seria a lei da sede.</li> </ul> </td></tr> </table>	Índia	Londres	Não	Sim. Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei do contrato.	A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei do contrato.	<ul style="list-style-type: none"> <li>i. A lei do contrato é a escolha implícita realizada pelas partes para reger a convenção arbitral;</li> <li>ii. Se fosse necessário julgar a lei com maior conexão à cláusula compromissória, esta seria a lei da sede.</li> </ul>
Índia	Londres	Não	Sim. Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei do contrato.	A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei do contrato.	<ul style="list-style-type: none"> <li>i. A lei do contrato é a escolha implícita realizada pelas partes para reger a convenção arbitral;</li> <li>ii. Se fosse necessário julgar a lei com maior conexão à cláusula compromissória, esta seria a lei da sede.</li> </ul>	

Habas Sinai v. VSC Steel (3.1.11)	<p>Não havia escolha expressa de lei aplicável ao contrato.</p> <p>Embora uma das possibilidades fosse a lei turca, decidiu-se pela aplicação da lei da sede também ao contrato.</p>	Londres	Não	<p>Sim.</p> <p>Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei da sede.</p>	<p>A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei da sede.</p>	<p>i. Na ausência de cláusula de eleição de lei aplicável ao contrato, a lei da sede arbitral deverá se aplicar à cláusula compromissória;</p> <p>ii. Além disso, a lei da sede poderá ser aplicada ao contrato principal.</p>
Firstlink v. GT Payment (3.1.12)	<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>	Estocolmo	Não	<p>Sim.</p> <p>Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei da sede.</p>	<p>A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei da sede.</p>	<p>i. Diferentemente do que era comumente afirmado nos tribunais ingleses, a escolha da sede representava a presunção de escolha implícita das partes pela lei que rege o acordo de arbitragem</p>

BCY v. BCZ (3.1.13)	Nova Iorque Singapura	Não	Sim. Considerou-se que havia uma escolha implícita das partes pela lei do contrato.	A matéria não foi decidida, em razão da identificação de escolha implícita pela lei do contrato.	i. Diferentemente do caso anterior, a lei do contrato ainda era aquela que presumidamente foi escolhida de forma implícita para reger o acordo de arbitragem, retomando o que foi decidido em Sulamérica v. Enesa.
Enka v. Chubb (3.1.14)	Não havia escolha expressa de lei aplicável ao contrato, mas era incontrovertida a aplicação da lei russa.	Londres	Não	Não Considerou-se que a lei da sede era aquela com maior conexão ao acordo de arbitragem.	i. Embora a <i>Court of Appeal</i> tenha adotado a visão de que haveria uma presunção de que a sede arbitral neutra caracterizaria uma escolha implícita das partes, a <i>Supreme Court</i> londrina manteve o posicionamento de que o correto seria, na presença de cláusula expressa, aplicar a lei que rege o contrato principal, mantendo a relação das partes sob o mesmo sistema.  ii. Em sua ausência, a lei da sede seria aquela com maior conexão ao acordo de arbitragem e, portanto, se aplicaria a ele.

Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group (3.1.15)	Inglaterra	Paris	Sim. Considerou-se que junto à cláusula geral de eleição de lei, aplicável ao Contrato, as partes pactuaram sua aplicação à convenção de arbitragem.	Considerou-se que havia escolha expressa.	Considerou-se que havia escolha expressa.	i. Há uma discordância entre os tribunais ingleses e franceses;  ii. Para os tribunais ingleses, haveria escolha expressa das partes, em razão da redação das cláusulas contratuais.  iii. Para os tribunais franceses, seria possível identificar a validade da cláusula compromissória e sua extensão à KFG mesmo sem a aplicação de leis domésticas.
			Os tribunais franceses mantiveram a aplicação de princípios transnacionais adotados pelo tribunal arbitral.			

## APÊNDICE B – Hipóteses de aplicação de leis à convenção de arbitragem

	Hipótese	Lei aplicável à convenção de arbitragem
Escolha expressa	Há previsão expressa na cláusula compromissória pela lei aplicável à convenção de arbitragem.	Lei escolhida pelas partes.
	É possível inferir que a cláusula geral de eleição de leis (ou demais disposições do contrato) representam uma escolha expressa pela lei aplicável à convenção de arbitragem.	Lei escolhida pelas partes.
Escolha implícita	A aplicação da lei do contrato invalida a cláusula compromissória.	Aplica-se o princípio da validação, que leva a escolha implícita da lei da sede.
	A aplicação da lei da sede invalida a cláusula compromissória.	Aplica-se o princípio da validação, que leva a escolha implícita da lei do contrato.
	Há escolha pela sede da arbitragem, mas não há cláusula de eleição de leis.	Lei da sede.
	Há cláusula de eleição de leis, mas não há escolha pela sede da arbitragem.	Lei do contrato.
	É possível identificar elementos pré-contratuais, contratuais ou pós-contratuais que caracterizam escolha implícita de lei.	Lei relativa aos elementos que caracterizaram escolha implícita das partes, seja a lei da sede ou a lei do contrato.

Maior conexão	A <i>lex arbitri</i> ou o regulamento da câmara escolhida pelas partes apresenta alguma previsão específica quanto à terceira etapa do teste.	Aplica-se a previsão existente na <i>lex arbitri</i> ou no regulamento da câmara, seja a lei da sede ou a lei do contrato.
	Não há cláusula de eleição de leis, nem escolha pela sede da arbitragem.	Como as partes não elegeram nem a lei regente do contrato principal, nem a sede da arbitragem, reputa-se prioritária a aplicação da lei da sede, em razão de sua maior conexão jurídica à cláusula compromissória e a previsão do art. V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque.
	Há cláusula de eleição de leis e há escolha pela sede da arbitragem, sem demais fatores relevantes.	Como as partes elegeram tanto a lei regente do contrato principal quanto a sede da arbitragem, reputa-se prioritária a aplicação da lei da sede, em razão de sua maior conexão jurídica à cláusula compromissória e a previsão do art. V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque.