

ISABELA PESSOA LACRETA

A Determinação do Direito Aplicável à Arbitragem

Tese de Doutorado

Orientador (USP): Professor Dr. Carlos Alberto Carmona

Orientadora (Université Paris Nanterre): Professora Dra. Claire Deboung

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

ISABELA PESSOA LACRETA

A Determinação do Direito Aplicável à Arbitragem

Tese em regime de dupla titulação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Carmona (USP) e da Professora Dra. Claire Debouarg (Université Paris Nanterre).

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

LACRETA, Isabela Pessoa
A Determinação do Direito Aplicável à Arbitragem ;
Isabela Pessoa LACRETA ; orientador Carlos Alberto
CARMONA -- São Paulo, 2021.

374

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2021.

1. Arbitragem. 2. Direito aplicável à arbitragem.
3. Direito transnacional. 4. Sociologia da
arbitragem. 5. Autonomia da vontade. I. CARMONA,
Carlos Alberto, orient. II. Título.

Nome: PESSOA LACRETA, Isabela.

Título: A Determinação do Direito Aplicável à Arbitragem

Tese em regime de dupla titulação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Carmona (USP) e da Professora Dra. Claire Debouq (Université Paris Nanterre).

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Tive a sorte de encontrar, na academia como na vida profissional, grandes mestres: Carlos Alberto Carmona e Claire Debourg, co-orientadores desta tese e guias da vida acadêmica, atuaram de modo incansável para a implementação desta dupla titulação; Clávio Valença Filho, a quem devo meus anos formativos de atuação profissional em arbitragem e longas discussões à respeito desta tese. A eles, o meu mais profundo agradecimento.

Aos professores Celso Campilongo e José Augusto Fontoura da Costa, deixo meu agradecimento pelos valiosos conselhos na banca de qualificação, além de ensinamentos nas disciplinas da Faculdade de Direito da USP que serviram de base para este estudo. Em nome deles, agradeço a todos os professores que de alguma forma contribuíram para minha formação.

Aos amigos, que tornaram menos solitária a missão de fazer uma tese, pelo apoio e incentivo constantes: Ana Serra e Moura, Marie-Isabelle Delleur, Laura Ghitti, Berardino di Vecchia Neto, Carolina Sarmiento, Giovanna Delnero, Carolina Saito, Ana Beneti e Juliana Pondé Fonseca. Representam estes tantos outros, felizmente numerosos demais para serem aqui individualmente mencionados.

Aos amigos e colegas de Valença Advogados, VGArb e Dechert, cujo apoio ao longo dos últimos seis anos foi essencial para que pudesse dedicar-me à academia com o mesmo afinho dedicado à vida profissional.

À CCI, nas pessoas do Alex Fessas e da Sylvie Picard Renaud, por terem-me aberto suas portas, permitindo a realização de pesquisa que em muito enriqueceu este trabalho.

Às estagiárias Ana Luísa Chamon e Stella Bittar, pelo auxílio imprescindível para a realização de pesquisa e revisão desta tese. À Marie-Valentine Delleur, sem a qual a versão em francês deste trabalho não existiria.

A todos os que se dispuseram a ler o projeto final deste estudo, que ofereceram valiosíssimas contribuições, que se fizeram presentes – mesmo à distância – ou que de alguma forma me apoiaram ao longo desta caminhada, todo o meu agradecimento.

À minha família, pelo apoio incondicional.

RESUMO

PESSOA LACRETA, Isabela. **A Determinação do Direito Aplicável à Arbitragem**. 2021. 374 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Em cotutela com a Universidade Paris Nanterre.

A determinação do direito aplicável à resolução das crises jurídicas existentes entre as partes é a primeira etapa da atividade jurisdicional em casos em que esteja presente elemento de estraneidade. É etapa essencial da prestação da tutela jurisdicional. Toda arbitragem é, do ponto de vista do sistema jurídico do direito nacional, à ele estrangeira. O árbitro é a autoridade jurisdicional do sistema jurídico autônomo do direito transnacional, sistema este desvinculado do sistema nacional, no qual o juiz estatal é a autoridade jurisdicional natural. O Estado detém o poder de decidir qual a parcela de sua soberania pretende abdicar em favor do árbitro. Em arbitragem, reconhece-se de forma ampla o escopo de autonomia da vontade das partes, tanto em sua dimensão processual como em sua dimensão substantiva. São raros os casos em que as partes preveem de modo expreso quais serão os direitos que regerão suas arbitragens. Direitos, no plural, não apenas em função do caráter transnacional das arbitragens, mas também pela especificidade das questões submetidas à tutela dos árbitros. Cada questão deve ser regida pelo seu próprio direito, em manifestação da técnica da *dépeçage*. As metodologias de conflito de leis próprias ao sistema jurídico do direito nacional, de caráter interno e público, não devem ser transpostas ao sistema da arbitragem, pois inadequadas. A infinidade de questões que podem ser discutidas em uma arbitragem, no entanto, exige um corte temático. Dedicou-se este estudo exclusivamente ao direito aplicável à arbitragem, especificamente aos direitos aplicáveis à convenção de arbitragem, ao processo arbitral e à validade e eficácia da sentença arbitral, seguindo as etapas naturais de desenvolvimento de uma arbitragem. Excluiu-se a análise da determinação do direito aplicável *na* arbitragem, é dizer, o direito aplicável ao mérito. As conclusões deste estudo partem sempre da premissa de que o árbitro é autoridade jurisdicional não submetida às normas de organização judiciária e hierárquicas do sistema nacional; seus atos estão sujeitos a um controle mínimo de internalização, por meio de conversações sistêmicas.

Palavras-chave: direito aplicável à arbitragem; direito transnacional; conflito de leis; soberania; sociologia da arbitragem; autonomia da vontade.

ABSTRACT

PESSOA LACRETA, Isabela. **The Determination of the Law Applicable to Arbitration**. 2021. 374 p. Thesis (Doctorate) – Faculty of Law of the University of São Paulo, São Paulo, and University of Paris Nanterre, 2021.

The determination of the law applicable to the resolution of legal disputes between the parties is the first step of jurisdictional activity in cases where there is an element of internationality. It is an essential step in asserting jurisdictional adjudication. Any arbitration is, from the stance of the legal system of national law, foreign to it. The arbitrator is the jurisdictional authority of the autonomous legal system of transnational law, a system that is detached from the national system, where State courts are the natural jurisdictional authority. The State has power to decide what part of its sovereignty it intends to abdicate in favor of the arbitrator. In arbitration, the scope of party autonomy is widely recognized in both procedural and substantive matters. Parties do not usually expressly provide what laws will govern their arbitration. Laws, in the plural, not only because of the transnational nature of arbitration, but also because of the specificity of the issues submitted to resolution before the arbitrators. Each issue must be governed by its own law, in application of the *dépeçage* technique. The methodologies of conflict of laws proper to the legal system of national law, which have an internal and public nature, should not be transposed to the arbitration system, since they are inadequate to it. The multiplicity of issues that can be discussed in arbitration, however, requires a limitation of scope. The analysis conducted in this thesis is limited to the law applicable *to* arbitration, specifically the laws applicable to the arbitration agreement, to the arbitration procedure and to the validity and effectiveness of the arbitration award, following the natural stages of development of arbitration. The analysis of the determination of the applicable law *in* arbitration (that is, the law applicable to the merits) is therefore excluded. The conclusions of this thesis are based on the premise that the arbitrator is a jurisdictional authority who is not subject to the judicial and hierarchical organization rules of the national system of law; its acts are subject to a minimum control of internalization, through systemic conversations.

Keywords: applicable law to arbitration; transnational law; conflict of laws; sovereignty; sociology of arbitration; party autonomy.

RÉSUMÉ

PESSOA LACRETA, Isabela. **La Détermination du Droit Applicable à l'Arbitrage**. 2021. 374 p. Thèse (Doctorat) – Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2021. En cotutelle avec l'Université Paris Nanterre.

La détermination de la loi applicable à la résolution des crises juridiques entre les parties est la première étape de l'activité juridictionnelle dans les cas où un élément d'extranéité est présent. Il s'agit d'une étape essentielle pour assurer la protection juridictionnelle. Tout arbitrage est, du point de vue du système juridique du droit national, étranger à celui-ci. L'arbitre est l'autorité juridictionnelle du système juridique autonome de droit transnational, un système qui est déconnecté du système national, dans lequel le juge étatique est l'autorité juridictionnelle naturelle. L'État a le pouvoir de décider de la part de souveraineté à laquelle il souhaite renoncer en faveur de l'arbitre. En matière d'arbitrage, l'étendue de l'autonomie de la volonté des parties est largement reconnue, tant dans ses dimensions procédurales que matérielles. Rares sont les cas où les parties prévoient expressément les droits qui régiront leurs arbitrages. Droits, au pluriel, non seulement en raison de la nature transnationale des arbitrages, mais aussi en raison de la spécificité des questions soumises à la protection des arbitres. Chaque question doit être régie par son propre droit, conformément à la technique de dépeçage. Les méthodologies de conflit de lois propres au système juridique national, de nature interne et publique, ne sont pas adaptées et ne doivent pas être transposées en matière d'arbitrage. La multitude de questions pouvant être discutées dans un arbitrage exige une délimitation de l'objet de cette étude. Celle-ci est ainsi exclusivement consacrée au droit applicable *à* l'arbitrage, en particulier aux droits applicables à la convention d'arbitrage, au procès arbitral et à la validité et l'efficacité de la sentence arbitrale, en suivant les étapes classiques d'une procédure arbitrale. L'analyse de la détermination du droit applicable *dans* l'arbitrage, c'est-à-dire au fond, est exclue. Les conclusions de cette étude partent toujours du principe que l'arbitre est une autorité juridictionnelle non soumise aux règles d'organisation judiciaire et hiérarchique du système national ; ses actes sont soumis à un contrôle minimum d'internalisation, par le biais de conversations systémiques.

Mots-clés: droit applicable à l'arbitrage; droit transnational; conflit des lois; souveraineté; sociologie de l'arbitrage; autonomie de la volonté.

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS	1
PRIMEIRA PARTE	5
INTRODUÇÃO À PRIMEIRA PARTE	7
CAPÍTULO 1. UM NOVO CONCEITO DE SOBERANIA ESTATAL: A CAMINHO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM?	11
1.1. O conceito de soberania estatal revisitado	11
1.1.1. O surgimento e derrocada do dualismo vestfaliano	13
1.1.2. A ascensão do pluralismo jurídico	17
1.1.2.1. O direito vivo de Ehrlich.....	19
1.1.2.2. O institucionalismo de Santi Romano.....	20
1.1.2.3. O constitucionalismo pluralista de Jean Cohen	21
1.1.3. A criação do direito global.....	22
1.1.3.1. O cosmopolismo jurídico habermasiano (ou jusglobalismo habermasiano)	22
1.1.3.2. A sociedade aberta de Basedow	24
1.1.3.3. O transtitucionalismo de Marcelo Neves	27
1.2. O conceito de jurisdição revisitado	29
1.2.1. Diálogo entre jurisdição e soberania	30
1.2.2. Diálogo entre jurisdição e arbitragem	36
1.2.3. Relação entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral	38
1.2.3.1. A primazia do princípio da competência-competência.....	41
1.2.3.2. Alternância de jurisdição entre árbitro e juiz.....	42
CAPÍTULO 2. A ARBITRAGEM EM SUAS DIFERENTES CONCEPÇÕES	53
2.1. Arbitragem localizada em um ordenamento jurídico nacional	54
2.1.1. A localização da arbitragem em função da <i>lex arbitri</i> : um modelo juspositivista.....	54
2.1.1.1. Consequências em relação ao árbitro.....	55
2.1.1.2. Consequências em relação ao juiz estatal	61
2.1.2. A localização em função da <i>lex executionisme</i> de Philippe Fouchard: uma manifestação do pluralismo jurídico	65
2.1.2.1. Consequências em relação ao árbitro.....	67
2.1.2.2. Consequências em relação ao juiz estatal	68
2.2. Arbitragem como ordem jurídica autônoma	69
2.2.1. O Institucionalismo de Santi Romano	69
2.2.1.1. A tridimensionalidade de Jan Paulsson.....	70

2.2.1.2. A nova <i>lex mercatoria</i> de Berthold Goldman	73
2.2.2. Arbitragem como sistema autônomo	78
2.2.2.1. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann	78
2.2.2.2. O transconstitucionalismo de Marcelo Neves	80
2.2.2.3. Outras teses sistêmicas autonomistas	84
CAPÍTULO 3. ARBITRAGEM EM DIÁLOGO COM O SISTEMA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: A NÃO APLICABILIDADE DAS REGRAS DE CONFLITO	89
3.1. A abordagem clássica do conflito de leis: o princípio da localização em evolução	90
3.1.1. Do territorialismo à localização.....	92
3.1.2. Do interesse do soberano ao interesse do indivíduo.....	100
3.1.3. A aplicação do método clássico em arbitragem	104
3.2. A abordagem funcionalista do conflito de leis: uma valorização dos interesses em jogo	105
3.2.1 A busca de um real conflito: retorno do <i>lex forismo</i>	107
3.2.2. A busca da melhor lei (" <i>better law approach</i> ")	110
3.2.3. A aplicação da abordagem funcionalista em arbitragem.....	113
3.3. Abordagem arbitral do conflito de leis: uma adaptação de teorias clássicas.....	115
3.3.1. Problemas específicos da determinação do direito aplicável em arbitragem	116
3.3.2. A tese da qualificação aplicada em arbitragem	118
3.3.3. A questão prévia aplicada em arbitragem.....	121
3.4. Abordagem transnacional da determinação do direito aplicável: uma defesa da via direta	125
CAPÍTULO 4. LIMITES À AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES EM ARBITRAGEM	133
4.1. O alcance da autonomia da vontade das partes em arbitragem.....	134
4.1.1. A autonomia da vontade alçada a princípio geral de direito internacional.....	135
4.1.2. O reconhecimento pleno da autonomia da vontade.....	140
4.1.2.1. A primazia da autonomia da vontade	141
4.1.2.2. A aplicabilidade de regras anacionais em arbitragem	143
4.1.3. O reconhecimento mitigado da autonomia da vontade	148
4.1.4. A autonomia da vontade condicionada ao teste das regras de conflito do foro.....	150
4.2. Fatores limitantes à autonomia da vontade das partes	153
4.2.1. As normas de aplicação imediata como limite à autonomia da vontade das partes ..	154
4.2.1.1 Consideração de normas de aplicação imediata pelo árbitro monolocalizado.....	155
4.2.1.2 Consideração de normas de aplicação imediata pelo árbitro plurilocalizado	157
4.2.1.3 Consideração de normas de aplicação imediata pelo árbitro deslocalizado.....	163

4.2.2.	A ordem pública como limite à autonomia da vontade das partes.....	166
4.2.2.1.	Arbitragem como meio para a construção (ou consolidação) de uma ordem pública transnacional.....	170
SEGUNDA PARTE.....		173
INTRODUÇÃO À SEGUNDA PARTE		175
CAPÍTULO 5. A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....		179
5.1.	Noções preliminares a respeito da convenção de arbitragem	181
5.1.1.	Convenção de arbitragem: negócio jurídico processual ou material?.....	184
5.1.2.	Convenção de arbitragem: um contrato acessório dotado de autonomia	191
5.2.	As possíveis metodologias para a determinação do direito aplicável à convenção de arbitragem.....	197
5.2.1.	Escolha feita pelas partes: validação do princípio da autonomia da vontade	197
5.2.2.	Determinação do direito aplicável por meio da aplicação de regras de conflito	201
5.2.2.1.	Regra de conflito geral: indicação do direito do foro ou do direito do contrato..	201
5.2.2.2.	Regra de conflito “arbitral”: aplicação da lei da sede.....	202
5.2.3.	Determinação do direito aplicável por meio da aplicação da teoria dos elementos de conexão.....	205
5.2.3.1.	A sede como elemento de conexão mais forte.....	208
5.2.3.2.	O contrato principal como elemento de conexão mais forte.....	210
5.2.3.3.	Aplicação do <i>favor arbitralis</i>	212
5.2.4.	Determinação do direito aplicável por meio da aplicação de regras transnacionais..	218
5.3.	As diferentes aplicações práticas do direito aplicável à convenção de arbitragem..	221
5.3.1.	Determinação do direito aplicável à existência da convenção de arbitragem: a verificação de consentimento	221
5.3.2.	Determinação do direito aplicável à validade formal da convenção de arbitragem ..	223
5.3.3.	Determinação do direito aplicável à validade material da convenção de arbitragem	228
5.3.2.1.	Determinação do direito aplicável ao objeto da convenção de arbitragem: arbitrabilidade objetiva.....	228
5.3.2.2.	Determinação do direito aplicável à verificação da capacidade dos sujeitos da convenção de arbitragem: arbitrabilidade subjetiva	231
CAPÍTULO 6. A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL AO PROCESSO ARBITRAL		235
6.1.	A inadequação da aplicação indiscriminada do direito da sede ao processo arbitral	239
6.2.	O direito aplicável aos elementos endroprocessuais: a visão do árbitro	256

6.2.1.	A escolha de um corpo de regras anacional para reger a função interna do processo arbitral: regulamentos de instituições arbitrais	258
6.2.2.	A escolha de um direito nacional distinto daquele vigente na sede para reger os elementos internos do processo arbitral.....	261
6.2.3	As disposições de aplicação imediata como limite à autonomia das partes para a determinação do direito aplicável aos elementos internos do processo arbitral	266
6.3.	O direito aplicável aos elementos exoprocessuais: a visão do juiz estatal	268
6.4.	O conteúdo do direito aplicável ao processo arbitral transnacional.....	271
6.4.1.	Princípios fundamentais do processo arbitral transnacional.....	271
6.4.2.	Outros princípios vigentes no processo arbitral transnacional	275
CAPÍTULO 7. A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL À VÁLIDADE E AOS EFEITOS DA SENTENÇA ARBITRAL		279
7.1.	O direito aplicável à validade da sentença arbitral	282
7.1.1.	O direito aplicável à ação de anulação de sentença arbitral: controle primário da sentença tida como “doméstica”	284
7.1.2.	O direito aplicável ao reconhecimento e homologação da sentença arbitral: o controle secundário da sentença tida como “estrangeira”	291
7.1.3.	O reconhecimento de sentenças arbitrais transnacionais.....	293
7.2.	O direito aplicável aos efeitos da sentença arbitral	297
7.2.1.	Efeitos positivos da sentença arbitral: constituição, declaração e condenação	298
7.2.2.	Efeitos negativos da sentença arbitral: a desconstituição do tribunal arbitral e a preclusão em virtude da autoridade da coisa julgada	300
7.2.3.	A inexistência de efeitos extraterritoriais das decisões judiciais que reconhecem a validade ou anulam a sentença arbitral: possibilidade de reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas na origem.....	305
CONCLUSÃO		319
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		323