

Revista Brasileira de  
**A r b i t r a g e m**

O Direito Aplicável Ao Mérito Da Causa Na Arbitragem  
De Investimento: Considerações Sobre A Lex Causae

**HUGO CARDONA**

---

Volume XIX Number 73

2022

ISSN: 1806809X

## © Kluwer Law International

---

Uma publicação do CBar – Comitê Brasileiro de Arbitragem e da Kluwer Law International.

Esta Revista deve ser citada como *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 73, jan.-mar. 2022.

A Revista Brasileira de Arbitragem é uma publicação trimestral.

Os preços de assinatura para 2022 [volume 19, números 73 a 76 são:

– Preço da versão impressa, incluindo a remessa postal: EUR 273 / GBP 217 / USD 363

Esta revista também está disponível on-line no *site* [www.kluwerlawonline.com](http://www.kluwerlawonline.com).

Cópias de amostras e outras informações estão disponíveis no *site* [irus.wolterskluwer.com](http://irus.wolterskluwer.com).

Para mais informações, entre em contato com nosso departamento de vendas pelo telefone +31 (0) 172 641562 ou pelo *e-mail* [international-sales@wolterskluwer.com](mailto:international-sales@wolterskluwer.com).

Para oportunidades de *marketing*, entre em contato pelo *e-mail* [international-marketing@wolterskluwer.com](mailto:international-marketing@wolterskluwer.com).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação, ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, mecânico, fotocópia, gravação ou outros, sem prévia permissão por escrito dos editores.

A permissão para usar este conteúdo deve ser obtida junto ao titular dos direitos autorais.

Para tanto, ver: [irus.wolterskluwer.com/policies/permissions-reprints-and-licensing](http://irus.wolterskluwer.com/policies/permissions-reprints-and-licensing).

*E-mail*: [permissions@kluwerlaw.com](mailto:permissions@kluwerlaw.com). *Site*: [irus.wolterskluwer.com](http://irus.wolterskluwer.com).

---

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

Revista Brasileira de Arbitragem – v. 1, n. 1 (jul./out. 2003)-

Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2004  
v. 19, n. 73; 16 x 24 cm

Trimestral

ISSN: 1806-809X

1. Arbitragem. 2. Direito internacional. 3. Direito empresarial. 4. Direito processual

CDU: 341.63

CDD: 341.4618

---

(Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka CRB 10/855)

Uma coedição de:

CBar – Comitê Brasileiro de Arbitragem  
Av. Paulista, 1294 – 8º andar  
01310-100, São Paulo, SP  
Brasil  
[www.cbar.org.br](http://www.cbar.org.br)

Kluwer Law International  
P.O. Box 316  
2400 AH Alphen aan den Rijn  
The Netherlands  
[irus.wolterskluwer.com](http://irus.wolterskluwer.com)

**Nota In Memoriam**

1. Homenaje a Carlos de los Santos  
**Alejandro López Ortiz** ..... 7

**Doutrinas****(A) NACIONAL**

1. Cartas arbitrais como instrumento de cooperação jurídica entre tribunais arbitrais regidos pela lei estrangeira e o Poder Judiciário brasileiro  
**Bruno Barreto de A. Teixeira** ..... 9
2. A aplicação da carta arbitral para execução direta de tutela de urgência estrangeira no foro de efetivação da medida  
**Aécio Filipe Coelho Fraga de Oliveira e Caroline Gomes de Moura** ..... 34

**(B) INTERNACIONAL**

1. O direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem de investimento: considerações sobre a *lex causae*  
**Hugo Cardona** ..... 74

**Jurisprudência****(A) ESTATAL NACIONAL COMENTADA**

1. Contrato de seguro. Sub-rogação da seguradora. Ação de regresso. Transmissão da cláusula compromissória  
Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. 6ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1012823-82.2020.8.26.0100. Rel. Des. Vito Guglielmi. J. 27.10.2021  
**Luís Alberto Salton Peretti e Max Fernando Fischer** ..... 109
2. Pedido de tutela antecipada de urgência pré-arbitral e requisitos para sua concessão. Comentários à Apelação Cível nº 1030905-67.2020.8.26.0002 do Tribunal de Justiça de São Paulo  
Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº 1030905-67.2020.8.26.0002. Rel. Des. Maurício Pessoa. J. 26.10.2021  
**João Luiz Lessa Neto** ..... 132

**(B) ESTATAL INTERNACIONAL COMENTADA**

1. Arbitragem – Injunção de não litigância – Insolvência – Interpretação da cláusula arbitral – Arbitrabilidade – Pleitos de insolvência – Postura pró-arbitragem  
High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales (QBD) Commercial Court. Riverrock Securities Limited v. International Bank of St Petersburg (Sociedade Anônima). J. 23.09.2020. Justice Foxton  
**Mali Torres** ..... 150

**Informações Gerais**

1. Portaria Conjunta PGU-CGU/AGU nº 7, de 24 de setembro de 2021  
**Camila Kneitz e Eloysa Almeida** ..... 176

2. Arbitragem com a administração pública: visão nacional e internacional. Evento de lançamento do Centro de Estudos de Arbitragem com a Administração Pública (CEAAP) <b>José Marinho Séves Santos</b> .....	179
--	-----

### **Clássicos da Arbitragem**

1. Note on Professor Pierre Lalives's Article, "Arbitration – The Civilized Solution", 1998 <b>Jaime Gallego</b> .....	186
--	-----

### **Resenha de Livros**

1. <i>Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission</i> Autor: Paul Giraud <b>Gustavo Scheffer da Silveira</b> .....	200
--	-----

### **Revista das Revistas**

1. <b>Ana Paula Montans</b> .....	204
-----------------------------------	-----

<b>Linha Editorial</b> .....	214
------------------------------	-----

# O Direito Aplicável ao Mérito da Causa na Arbitragem de Investimento: Considerações sobre a *Lex Causae*\*

## *The Applicable Law to the Merits in Investor-State Arbitration: Lex Causae Considerations*

**HUGO CARDONA<sup>1</sup>**

MCI Arb, Mestre em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidad Complutense de Madrid. Pesquisador do Centro Internacional de Arbitraje, Mediación e Negociación (Ciamen) da Universidad San Pablo CEU. Advogado Associado do Escritório JM Beneyto & Asociados (Madri, Espanha).

**RESUMO:** O direito aplicável ao mérito da causa é um importante assunto que não têm recebido a devida atenção no contexto da arbitragem de investimento. Este artigo foca na determinação do direito material aplicável, bem como na identificação dos elementos do litígio que precisam ser avaliados pelo direito interno e os que devem ser tratados pelo direito internacional. Conclui-se que o direito aplicável à arbitragem de investimento mantém uma natureza híbrida e, por conseguinte, apresenta desafios aos tribunais internacionais que devem abordar cautelosamente as três questões identificadas da *lex causae*, como um aspecto indispensável para garantir a segurança jurídica na relação investidor-Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem de investimento; direito internacional; direito aplicável; *lex causae*; investidor; Estado.

**ABSTRACT:** The substantive applicable law is an important issue that has not received enough attention in the context of investment arbitration. This paper focuses on the determination of the applicable law to the merits of the dispute, as well as on the elements that should be assessed by domestic law and those that ought-to be ruled by international law. It concludes that the law governing the substance in investment arbitration maintains a hybrid nature and, therefore, presents challenges to international arbitral tribunals that must cautiously address the three identified questions of the *lex causae*, as a crucial point to provide legal certainty to foreign investors and host States.

**KEYWORDS:** Investment arbitration; international law; applicable law; *lex causae*; investor; State.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Relevância e complexidade em torno do direito aplicável à arbitragem de investimento; 2 Métodos de escolha do direito aplicável ao mérito do litígio; 2.1 Escolha do direito substantivo aplicável pelas partes; 2.1.1 Escolha do direito aplicável ao fundo do litígio na legislação nacional ou em contratos de investimento; 2.1.2 Escolha do direito substantivo aplicável aos tratados de investimento; 2.2 Escolha implícita do direito substantivo aplicável; 3 Determinação do direito substantivo aplicável em ausência total de escolha pelas partes; 3.1 O artigo 35 do Regulamento de Arbitragem UNCITRAL; 3.2 O artigo 42 da Convenção ICSID; 4 Demandas decorrentes de contrato *versus* demandas com base em um

---

\* As ideias expressadas neste artigo são estritamente pessoais.

1 E-mail: hugo.cardona@jmbeneytoyosociados.com.

tratado; 5 O papel do direito interno na arbitragem de investimento; 6 O papel do direito internacional e as suas fontes na arbitragem de investimento; 6.1 Padrões de proteção de investimentos como o direito aplicável; Conclusões.

## INTRODUÇÃO

Considerando a constante evolução do regime jurídico dos investimentos internacionais e da arbitragem investidor-Estado como corolário, o presente artigo tem como objetivo apresentar um panorama das questões que devem ser avaliadas na determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem de investimento e procura identificar os princípios relativos à *lex causae*<sup>2</sup>, destacando-se a substância sobre o processo.

Por meio da apresentação do diálogo entre os sistemas jurídicos nas disputas relativas a investimentos e as suas possíveis respostas, pretende-se oferecer uma visão da sua natureza jurídica especial e da importância de uma abordagem adequada do direito substantivo, não apenas como base nas decisões dos tribunais arbitrais internacionais, mas como elemento favorável à previsibilidade. Contudo, não se procura esgotar a temática, uma vez que notáveis contribuições incumbiram-se de analisar, de diferentes posições perante o direito, os problemas da lei material aplicável<sup>3</sup>.

Os seguintes elementos compõem, em primeiro lugar, as regras relevantes para a determinação do direito aplicável em escolha das partes e na ausência desta. Em segundo lugar, distinguem-se as reclamações arbitrais decorrentes de tratados e de contratos, bem como os elementos que devem ser avaliados pelo direito interno e aqueles que devem ser tratados pelo direito internacional. Finalmente, as conclusões são refletidas sobre a análise das questões essenciais em relação à *lex causae* na arbitragem de investimento.

---

2 MCLACHLAN, Campbell. Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework. In: VAN DEN BERG, Albert (ed.). *50 Years of the New York Convention, ICCA Congress*. Series no. 14. The Hague: Kluwer Law International, 2008, p. 95-108. Tradução pelo autor: "LEX CAUSAE [:] A questão do direito aplicável ao fundo na arbitragem de investimento é um assunto de lei aplicável a dois níveis: (a) a identificação, em uma questão de escolha de lei, do sistema ou sistemas jurídicos aplicáveis às questões perante o tribunal, e b) a determinação, dentro de qualquer sistema designado como aplicável, das regras necessárias para decidir a causa"; sobre a *lex causae* e a *lex arbitri*, ver a nota 15; ver também: LIM, Chin; HO, Jean; PAPANINSKIS, Martins. *International Investment Law and Arbitration; Commentary, Awards and other Materials*. 2. ed. Reino Unido: Cambridge University Press, 2021, p. 154.

3 Para referências de amplos estudos, ver: DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2009; ZAMBRANA TEVAR, Nicolás. *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010; ELISABETH KJOS, Hege. *Applicable Law in Investor-State Arbitration; The interplay between national and International Law*. Reino Unido: Oxford University Press, 2013; SASSON, Monique. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*. 2. ed. Reino Unido: Wolters Kluwer, 2017; LINARES CANTILLO, Alejandro. *El Derecho Aplicable en el Arbitraje de inversión*. La tensión con el derecho interno. Colección Derecho Económico Internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.