

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO BLEY SANTOS

**ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL EM ARBITRAGEM COMERCIAL
INTERNACIONAL**

CURITIBA

2016

RODRIGO BLEY SANTOS

**ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL EM ARBITRAGEM COMERCIAL
INTERNACIONAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski
Ruzyk

CURITIBA

2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Jaqueline Bley Franco, Thereza Bley Franco e Ailton José Cordeiro dos Santos, por me terem propiciado as condições emocionais e materiais para concluir o curso.

Agradeço ao Professor Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, por haver aceito assumir a orientação desta monografia, e pelas valorosas observações sobre o texto.

Agradeço a meus amigos, pela indispensável companhia durante este longo período: ao TXE, pela companhia nas aventuras fantásticas de Tanör; aos Homens do Alabama, pela acolhida essencial desde que ingressei na turma de 2012/2016; a Leticia Garcia Romero e a todos os outros que não mencionei.

Agradeço aos membros e aos *coaches* do Grupo de Arbitragem da Universidade Federal do Paraná, pela enorme motivação em sempre pesquisar mais e melhor, escrever de maneira sucinta e persuasiva, e estudar os temas maravilhosos dos quais surgiu esta monografia.

Agradeço aos colegas do Grupo de Estudos Liberalismo e Democracia, pela excitante experiência de defender as ideias que compartilhamos. *Tu ne cede malis, sed contra audentior ito.*

Agradeço sobretudo a Deus.

A.M.D.G.

RESUMO

O trabalho aborda um tema de importância estrutural para o direito privado: a faculdade da escolha de direito material pelas partes de um contrato. Por razões de recorte metodológico, o estudo se deterá sobre as relações contratuais *business-to-business (b2b)*. Ênfase é dada ao âmbito do direito e arbitragem comercial internacional, embora com remissões ocasionais ao direito estatal. Em primeiro lugar, explora-se a relação entre a escolha de direito material e o princípio jurídico-axiológico da autonomia privada, na doutrina nacional e internacional. Em seguida, procede-se a uma análise da disciplina concernente à escolha de direito em alguns dos diplomas jurídicos mais importantes em âmbito internacional, bem como no ordenamento brasileiro. Os problemas (e soluções) decorrentes da ausência da escolha também são examinados. Por fim, estuda-se a questão das limitações de ordem pública à escolha de direito material. O método utilizado consiste na revisão da bibliografia nacional e internacional acerca do tema. A jurisprudência dos tribunais estatais e arbitrais também será examinada.

Palavras-chave: Autonomia privada; arbitragem internacional; direito internacional privado; escolha de direito material; ordem pública.

ABSTRACT

This work analyses a theme of structural importance for private law: the parties' faculty to choose the applicable substantive law to a contract. For methodological reasons, the study will focus on business-to-business (b2b) contractual relationships. Emphasis is given to the context of international commercial law and arbitration, while recourse to state law will also be present. At a first moment, the work explores the relationship between the choice of substantive law and the moral-legal principle of party autonomy, in the Brazilian and international theory. Subsequently, it analyzes the framework pertaining to the issue in several international legal instruments, as well as the Brazilian law. The problems (and solutions) due to the lack of choice by the parties will also be examined. In the end, the work deals with the issue of limitations of public policy to the choice of substantive law. The method employed is a revision of the Brazilian and international bibliography on the subject. Case law from arbitral and state courts will also be examined.

Keywords: Party autonomy; international arbitration; private international law; choice of substantive law; public policy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAA-ICDR	<i>American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution</i>
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação – Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CAM-FIEP	Câmara de Arbitragem e Mediação – Federação das Indústrias do Paraná
CIETAC	<i>China International Economic and Trade Arbitration Commission</i>
CISG	<i>Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>
IBA	<i>International Bar Association</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
PICC	<i>Principles for International Commercial Contracts</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNIDROIT	Instituto para a Unificação do Direito Privado Internacional
STJ	Superior Tribunal de Justiça
WFDB	<i>World Federation of Diamond Bourses</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL E AUTONOMIA PRIVADA	3
1.1. Da autonomia da vontade à autonomia privada	3
1.2. A autonomia privada no âmbito internacional	5
1.3. Por que a autonomia privada importa?	7
2. A ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL NA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL	16
2.1. Convenções de direito internacional privado	16
2.2. Disciplina arbitral	20
2.3. Diplomas de direito uniforme	22
2.3.1. CISG	23
2.3.2. Princípios UNIDROIT	27
2.3.3. Princípios de Haia	30
2.4. Ordenamento jurídico brasileiro	32
3. AUSÊNCIA DA ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL	36
3.1. Fontes normativas	36
3.2. Critério da voie directe	39
3.3. Critérios da voie indirecte	41
3.3.1. Critério da Lex Fori	41
3.3.2. Critério da Closest Connection	43
3.3.3. Critério da convergência normativa	44
3.3.4. Critério dos princípios de direito internacional	45
4. LIMITAÇÃO DE ORDEM PÚBLICA À ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL	47
4.1. Natureza, propósitos e limites	47
4.2. Níveis de ordem pública	51
4.3. Fontes normativas	53
CONCLUSÃO	58
BIBLIOGRAFIA	59

*When buying and selling are controlled by legislation,
the first things to be bought and sold are legislators.*

P. J. O'Rourke

INTRODUÇÃO

Um dos fenômenos socioeconômicos mais relevantes das últimas décadas é a globalização. A inovação tecnológica, a complexificação dos processos produtivos e o barateamento dos custos de transporte tornaram a produção global uma realidade cada vez mais unificada. As fronteiras nacionais, que outrora representavam efetivos limites de escala e à produção de bens e serviços, hoje têm a importância relativizada. Uma dimensão fundamental desta dinâmica é a do comércio, que se internacionaliza com grande velocidade.

A realidade do comércio internacional impõe desafios à normativa tradicional do direito privado. Em especial, destaca-se a necessidade de uma disciplina jurídica flexível, capaz de recepcionar adequadamente as particularidades dos negócios¹. Outro problema importante diz respeito à desejável equidistância do direito aplicável à transação relativamente às partes². Uma solução eficiente (embora não raro problemática³) para remediar estas necessidades é permitir às partes a escolha do direito material aplicável ao seu contrato. O presente trabalho propõe um estudo verticalizado exatamente sobre este tema.

Em vista do recorte metodológico empreendido, a análise do trabalho se concentrará nas relações contratuais comerciais (*b2b*, ou *business-to-business*). As particularidades das transações envolvendo partes substantivamente desiguais, sejam consumeristas, laborais ou administrativas, sem desdouro de sua importância, não serão foco de detida análise. Por este motivo, as conclusões chegadas ao fim deste trabalho não necessariamente se aplicarão àquelas áreas.

Da mesma forma, o trabalho se focará na faculdade da escolha do direito material aplicável a transações comerciais internacionais. Não se ignorarão, todavia, os aspectos

¹ Esta flexibilidade é umbilicalmente ligada à natureza volúvel da economia contemporânea, como assevera Francesco Galgano: “The inadequacy of the law to make changes derives from two characteristics of contemporary economy. The first is the meta-national nature of the economy which is antithetical to the national character of the legal systems. The second is that the economy is in continuous change which demands flexible instruments of adaptation from the law to change, in antithesis to the rigidity of the laws.” GALGANO, Francesco. **The New Lex Mercatoria**, in Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 2 Iss. 1, p. 104

² Ingeborg Schwenzer identifica uma série de problemas decorrentes da aplicação de legislações nacionais para o julgamento de disputas internacionais. Por primeiro, é sempre possível que a parte em posição mais forte imponha a sua própria legislação, com a qual obviamente terá mais familiaridade, jurídica e até linguística, que a outra parte. Além disso, algumas legislações comumente eleitas para o julgamento de transações internacionais podem, na verdade, ser impróprias para regular estes tipos de disputas. É o caso do direito contratual suíço. SCHWENZER, Ingeborg., **Who needs a uniform contract law and why**. In 58 Vill. L. Rev. 723, 2014, pp. 725-7

³ As partes podem, por exemplo, esquecer de definir o direito aplicável ao contrato (tema tratado no capítulo 3 deste trabalho). Ou simplesmente realizar uma “má escolha”, e.g. escolher um direito com normas de ordem pública contrárias às disposições contratuais (tema tratado no capítulo 4 deste trabalho). Cf. KESSEDIAN, Catherine, **Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable**, In : Revue internationale de droit comparé, vol. 47, n° 2, Avril-juin 1995, pp. 375-382

processuais decorrentes da escolha de mérito, nem comparações relativamente à escolha de direito processual, quando conveniente. Ainda, o trabalho terá como objeto principal aquelas transações submetidas à arbitragem, especialmente internacional.

No primeiro capítulo, estudar-se-á a relação entre a escolha de direito material e o conceito/princípio da autonomia privada. Será revisto o desenvolvimento histórico da autonomia da vontade até a contemporânea (e conceitualmente mais rica) autonomia privada. Em seguida, o trabalho visitará o conceito de *party autonomy* tal como presente na literatura internacional. Por fim, serão apresentados argumentos, de ordem jurídica e econômica, em favor da concessão desta liberdade aos particulares.

No segundo capítulo, o regramento específico da escolha de direito material será objeto de estudo. Serão visitadas as principais convenções de direito internacional privado, regulações da União Europeia, regulamentos arbitrais, alguns diplomas de direito uniforme e o ordenamento brasileiro.

No terceiro capítulo, o trabalho abordará o problema da ausência de escolha de direito material pelas partes de um contrato. As duas vias principais pelas quais os árbitros resolvem a questão (*voie directe* e *voie indirecte*), bem como seus desdobramentos e dificuldades, serão estudados a partir da doutrina e da jurisprudência internacionais.

No último capítulo, procurar-se-á compreender a dimensão das limitações de ordem pública à escolha de direito material. Em específico, o trabalho abordará a natureza do instituto da ordem pública, a sua divisão em diferentes níveis e as fontes normativas que o embasam.

O método utilizado será a revisão da bibliografia, brasileira e internacional, sobre o tema, bem como o estudo da jurisprudência de alguns estados nacionais e de algumas das principais cortes arbitrais. Em virtude das dimensões modestas do trabalho, em nenhum momento se procurará esgotar o material referente ao tema.

O trabalho terá cumprido seu objetivo se lograr esclarecer os contornos normativos da escolha de direito material, bem como se se provar uma fonte útil de consulta aos pesquisadores ou operadores interessados.

1. ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL E AUTONOMIA PRIVADA

Este trabalho adota como pressuposto teórico a noção de que nenhuma análise dos diversos institutos positivos do direito será completa sem a devida atenção aos princípios e valores que os embasam⁴. Assim, o primeiro capítulo tratará de explorar a relação entre o instituto da escolha do direito material e o princípio em que este se baseia: a autonomia privada. Inicialmente, será consultada a bibliografia nacional a respeito do modo como se situa a autonomia privada no âmbito do direito privado (1.1.). Em seguida, será considerada a posição da doutrina internacional a respeito do tema (1.2.). Por fim, serão apresentados alguns argumentos em favor da importância da autonomia privada na realidade contemporânea (1.3.). Feitos os apontamentos introdutórios, o trabalho poderá seguir à análise dogmática de três aspectos da escolha do direito material: a escolha propriamente dita (Capítulo 2); a ausência de escolha do direito (Capítulo 3); e as limitações à escolha de direito material (Capítulo 4).

1.1. DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA

A literatura jurídica já há muito cartografou o transcurso histórico das bases do direito privado. Sabe-se que, desde o período inaugural de nossa era, nas revoluções europeias, até a contemporaneidade, o direito se transformou desde as bases estruturais até os contornos, em relativa consonância com os demais movimentos intelectuais da vida social. Vida social esta, é claro, da qual emerge o próprio direito.

Não seria novidade nenhuma apontar que uma das reformas estruturais por que passou o direito privado foi justamente no próprio alicerce da matéria. A teoria clássica, solidificada no Século XIX, fundamentava as relações jurídicas no valor da *vontade* do indivíduo. À liberdade⁵ conquistada nos movimentos revolucionários correspondia o instituto jurídico da *autonomia*, concebida como a esfera de livre atuação da pessoa, à ausência de coerção externa,

⁴ “Thus an exploration of the many facets of law’s institutionality will be an exploration of the twin roles of reasonableness and rationally underdetermined choice in the positing and maintaining of even a thoroughly decent legal system.” FINNIS, John. **A Grand Tour of Legal Theory**, in FINNIS, John. *Collected Essays*, vol. 4: *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2011, p. 118.

⁵ A conotação precisa do termo liberdade, explorada no presente trabalho, guarda familiaridade tanto com aquele conceito desenvolvido pela tradição liberal clássica a partir do Século XVIII (faceta negativa da liberdade, a ausência de coerção na determinação da vida dos sujeitos), quanto com a concepção positiva. Ver-se-á que a atividade jurígena dos agentes privados não se pode explicar somente pela ausência de coerção na determinação da vida dos sujeitos, mas pela possibilidade ativa de criar e definir as próprias regras de atuação. O que cabe dizer, em apertada síntese, é que não se entende aqui uma relação unívoca entre liberdade e autonomia. São conceitos distintos: aquele último revela um *aspecto* do valor da liberdade, mas com ele não se confunde.

social ou (principalmente) estatal. Este valor, erigido em princípio e em *dogma*, adquiriu o nome de autonomia da vontade.

Desde o dezenove, tanto a filosofia política quanto a ciência do direito observaram relevantes desenvolvimentos teóricos. A liberdade, antes considerada termo unívoco⁶, passou a receber conotações diversas da sua acepção original, algumas vezes até aparentemente contraditórias. Da mesma forma, a autonomia da vontade, se originalmente concebida como única fonte legítima dos atos da vida privada, com o tempo viu sua primazia valorativa ser relativizada e discutida pela doutrina⁷. Desta forma, por exemplo, naqueles campos da vida social em que as condições materiais impedem a liberdade de se expressar com a maior intensidade, o direito desenvolveu novos ramos para abarcar as preocupações quanto à tutela da vulnerabilidade⁸.

Adicione-se a isso uma nova concepção sobre a normatividade de princípios no direito, que permite uma mais rica interpenetração entre valores, princípios e regras, e ver-se-á que o direito privado passou a ser povoado por uma série de fundamentos, plurais e mutuamente irreduzíveis, perdendo a autonomia da vontade uma posição de monopólio⁹.

Se tudo isso é verdade, tampouco será falso afirmar que a autonomia, agora rebatizada de *autonomia privada*, jamais perdeu a sua força normativa no direito privado. Pelo contrário: ela encontra guarida constitucional¹⁰, e permanece ocupando lugar de destaque na disciplina. O que se deve dizer, ao invés, é que a autonomia teve sua conceituação enriquecida.

Neste sentido, o trabalho afirma com veemência a tese de que a autonomia privada deve ter o escopo de sua aplicação amplificado, desde que atendidas condições importantes para o seu exercício. Estas condições se traduzem na presença da capacidade de autodeterminação das partes. Uma vez independentes, capazes de zelar pelos seus interesses, agindo

⁶ Quanto à rica discussão teórica a respeito das liberdades positivas, v. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, pp. 25-40. O trabalho compartilha, em linhas gerais, da descrição oferecida pelo autor quanto à estrutura do valor da liberdade, e da autonomia como uma sua expressão importantíssima, mas não integral nem inteiramente abrangente.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 211-2

⁸ Pense-se, por exemplo, no surgimento dos direitos do trabalho e do consumidor.

⁹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo 2005, p. 26

¹⁰ A *autonomia privada* ostenta, pois, qualidade de *preceito fundamental* da ordem constitucional brasileira. Ao lado da *autonomia pública* (a liberdade da vida em comunidade), forma o pilar de sustentação da vida em liberdade e da *dignidade da pessoa humana*, constituindo parte integrante dos sistemas de direitos fundamentais e democracia albergados na Constituição brasileira [...] GAMA JR, Lauro, **Autonomia da Vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável**, in Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (eds.) O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger (Rio de Janeiro, Renovar, 2006), p. 613

profissionalmente e em relações paritárias¹¹, as partes devem ver *intensificado* o valor de sua autonomia¹². Diante destas condições, cabe ao Estado recuar o alcance de sua tutela, em respeito e deferência à autonomia dos sujeitos¹³.

O trabalho pretende analisar um aspecto da autonomia privada, no contexto de relações jurídicas paritárias: a possibilidade de as partes definirem não apenas os aspectos internos de sua relação, mas o próprio direito que regerá a relação. Privilegiar-se-á, por razões explicadas adiante, aqueles casos em que as partes submetem o conflito à resolução por arbitragem. A seguir, se explicará um pouco da relevância da autonomia privada no campo internacional.

1.2. A AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A autonomia privada¹⁴ adquire uma significação ainda maior no campo internacional. Segundo a doutrina, chega-se inclusive a falar de um “paradigma da autonomia privada” com o desenvolvimento do direito internacional privado nos últimos anos¹⁵. Este desenvolvimento se deu no campo legislativo¹⁶, na doutrina¹⁷ e na jurisprudência¹⁸, de maneira disseminada pelos diversos ordenamentos nacionais¹⁹.

¹¹ É este o escopo do presente trabalho, conforme delimitado logo na introdução.

¹² “De outro lado, em relações dotadas de maior paridade, em que os sujeitos têm a possibilidade concreta de fazer escolhas – exercendo, pois, materialmente, sua liberdade – a autonomia privada, como poder de autorregulamentação, poderá ser aplicada em extensão muito maior, e sob uma compreensão qualitativamente diversa.” FACHIN, Luiz Edson. **Autonomia privada e estipulação contratual**, in Soluções Práticas de Direito: Pareceres, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 333

¹³ No mesmo sentido o 21º Enunciado da 1ª Jornada de Direito Comercial: “21. Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.”

¹⁴ *Party autonomy*. na expressão mais habitual da língua inglesa.

¹⁵ “Over the last several decades, party autonomy has come to be increasingly important in private international law, and has become the new paradigm, both for international jurisdiction and choice of law, in particular – but not limited to – commercial relationships.” KRAMER, Xandra E. and THEMELI, Erelis, **The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum**, 2015, p. 1.

¹⁶ Veja-se, e.g., a ratificação de convenções internacionais sobre direito internacional privado, descrita no ponto 2.1., abaixo.

¹⁷ Giesela Rühl explica que, na doutrina europeia e americana, até meados do Século XX a autonomia privada era um foco de debate acalorado entre os doutrinadores. A balança pendeu para o lado favorável à autonomia não tanto pela força dos argumentos dos seus defensores, mas pelo peso dos fatos: a existência de uma crescente e cada vez mais importante realidade comercial internacional. RÜHL, Giesela, **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**, in GOTTSCHALK et al (ed), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007, pp. 155-8

¹⁸ De acordo com Redfern e Hunter, atualmente a maioria dos tribunais nacionais está preparada para reconhecer o princípio da autonomia privada. REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin J., et al., **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 5th edition; Oxford University Press, 2009, § 3.99

¹⁹ “[D]espite their differences, common law, civil law and socialist countries have all equally been affected by the movement towards the rule allowing the parties to choose the law to govern their contractual relations. This development has come about independently in every country and without any concerted effort by the nations of the world; it is the result of separate, contemporaneous and pragmatic evolutions within the various national

Algumas razões explicam a maior importância do princípio na esfera internacional. Por primeiro, o fato de a relação não se situar inteiramente dentro dos limites de um único Estado acaba dificultando uma tutela mais rígida por parte de qualquer país. Não se poderia nunca dizer que a interferência estatal é irrelevante, mas ela se atenua na medida em que a relação contratual se internacionaliza. Uma evidência disso é a transformação que o conceito de ordem pública sofre: se a demanda é nacional, a ordem pública abrange um corpo valorativo muito mais abrangente; se a demanda é internacional, o conceito torna-se mais restrito²⁰. Outra evidência é a maior liberdade concedida pelos Estados no tocante ao direito material em contratos internacionais: são nestas ocasiões que geralmente se permite a escolha do direito²¹.

Como consequência de as partes não se submeterem à mesma jurisdição, percebe-se que se torna mais difícil encontrar um terceiro neutro para julgar eventuais conflitos. A autonomia privada surge, então, como uma possível resposta a este problema, na medida em que permite que as partes atinjam uma solução consensual no que respeita a quem julgará o conflito, onde será este julgamento e segundo quais regras materiais e processuais.

Uma outra razão é a necessidade de previsibilidade, presente em qualquer relação contratual. Como será observado mais adiante (Capítulo 3), a escolha do direito material, uma das expressões da autonomia privada, permite afastar um problema possivelmente complexo: a designação do direito aplicável à substância do litígio²². Além disso, a própria certeza quanto à normativa reguladora do contrato certamente trará benefícios às partes, na medida em que elas terão uma dose maior de certeza quanto a seus direitos e deveres, podendo orientar-se em conformidade com os mesmos.

Matthias Lehmann argumenta ainda que a principal justificativa em favor da autonomia privada deriva-se de uma readequação da perspectiva do direito internacional privado. O autor sustenta que a doutrina sempre enquadrou os principais interesses da disciplina do conflito de leis como temas de interesse dos Estados, e não das partes²³. Este paradigma centrado nos

systems of conflict of laws.” LEW, Julian. **Applicable Law in International Commercial Arbitration**, Oceana/Sigthoff & Noorthoff, 1978, p. 75, *apud* REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin J., et al., *op. cit.*, § 3.97

²⁰ V. o ponto 4.2., abaixo.

²¹ V. o ponto 2.4., abaixo.

²² “[U]ncertainty will almost inevitably exist with respect to any contract touching two or more countries, each with its own substantive laws and conflict-of-laws rules. A contractual provision specifying in advance the forum in which disputes shall be litigated and the law to be applied is, therefore, an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction. *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 516-17 (1974).

²³ “Only a very legalistic and state-centered perspective can assert that conflicts of laws should not be influenced by individuals. Such an approach assumes that the scope of application of national laws is fixed and that there is no room for private decision-making.” LEHMANN, Matthias, **Liberating the individual from battles between states: justifying party autonomy in conflict of laws**, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41:381, p. 414

Estados é o que embasa uma posição rígida: corrigindo-o, isto é, pondo as partes no centro das preocupações, vê-se com clareza a importância da autonomia privada²⁴.

Os principais desdobramentos da autonomia privada nesta seara internacional são a possibilidade da escolha de direito material²⁵ e processual²⁶, a escolha de foro²⁷ e o método de resolução do litígio²⁸. Os desdobramentos parecem caminhar juntos e se reforçar mutuamente: assim, as decisões das partes quanto ao direito material e processual de um contrato provavelmente serão mais respeitadas se levadas a uma disputa arbitral do que seriam se submetidas a tribunais estatais. O tema inclusive tem relevância para a escolha de normas não-estatais, o que geralmente se admite apenas em arbitragem²⁹.

O presente trabalho pretende realizar um estudo verticalizado sobre a escolha do direito material. Haja vista a já mencionada complementaridade entre as expressões da autonomia privada no campo internacional, justifica-se uma abordagem mais detalhada do papel da escolha do direito aplicável ao mérito no contexto da arbitragem.

1.3. POR QUE A AUTONOMIA PRIVADA IMPORTA?

A subseção procurará defender o princípio da autonomia privada na escolha de direito aplicável ao mérito por duas linhas argumentativas principais. A primeira envolverá uma compreensão filosófico-sociológica do pluralismo normativo. Sustentar-se-á que, principalmente na realidade da atividade econômica internacional, a criação e reprodução de ordens normativas específicas, complexas e inclusive privadas não pode ser menosprezada pelos operadores do direito dito oficial. Ao contrário, a existência destas ordens normativas

²⁴ “[F]rom a doctrinal perspective, this requires a major paradigm shift. Party autonomy can only be justified if one ignores the state relations that have so far been the focus of the classic theory. One needs to accept that the parties are the center of the conflicts problem. They are allowed to choose the applicable law because it is their dispute that is in question.” *Idem*, p. 415.

²⁵ V. o Capítulo 2, abaixo.

²⁶ “One of the principal reasons that this procedural autonomy is granted is to enable the parties and arbitrators to dispense with the technical formalities and procedures of national court proceedings and instead fashion procedures tailored to particular disputes.” BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2014, p. 84

²⁷ Veja-se, e.g., a Convenção de Haia de 2005 sobre os acordos de eleição de foro. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>. Acesso em 29/10/2016. Notável também, no ordenamento brasileiro, o Art. 25 do Código de Processo Civil de 2015, que assegura a validade da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais.

²⁸ V., por todos, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso em 29/10/2016.

²⁹ Por este motivo, o preâmbulo dos Princípios UNIDROIT recomendam às partes, se quiserem elegê-los como direito material, a pactuação concomitante de uma cláusula arbitral. Ver o ponto 2.3, abaixo.

deve ser compreendida e aceita pelos operadores do direito, como forma de abraçar uma realidade jurídica espontânea criada no tecido social.

Por primeiro, o trabalho sustenta a tese de que a realidade normativa de todos os tempos, inclusive a hodierna, tem fontes múltiplas, enraizadas nas mais diversas associações humanas. É inadequado considerar que o Estado tem o monopólio da formação da atividade normativa: embora a legislação possua um papel de predominância na atualidade, as fontes normativas plúrimas jamais deixaram de existir, e desconsiderá-las implicaria ignorar um aspecto importantíssimo da realidade jurídica.

Segundo Grossi, é um fenômeno tipicamente oitocentista o enquadramento da realidade jurídica como composta por apenas duas classes de pessoas: os indivíduos isoladamente considerados e o Estado. Neste quadro, aos primeiros caberia apenas a liberdade sobre o *contrato*; a *lei* seria monopólio do último. As diversas associações de indivíduos, bem como o seu rico potencial jurígeno, ficavam esmagadas pelo “direito oficial”, centralizado nas mãos do Poder Legislativo³⁰.

Este enquadramento simplista já mostrava claros sinais de desgaste mesmo no início do Século XX³¹. É neste sentido que, na década de 1950, vê-se Orlando Gomes investindo francamente contra o “culto à vontade do legislador”, como uma forma de estatolatria³². Uma década depois, Lon Fuller, nos EUA, já apresentava uma visão muito mais realista e complexa do fenômeno da normatividade social, a qual nunca se reduziu apenas aos desígnios estatais³³.

³⁰ “As Romano puts it in his extremely lucid summary, the tableau had been reduced to two players: the macro-individual of the state, and the microindividual of the single citizen. The sources of law had also been reduced: to the written laws of the state in the public sphere and to the contract in the private sphere. Society itself had been reduced to an anonymous mass of citizens, all formally equal, who submitted inertly and passively to the commands of the centre of power”. GROSSI, Paolo. **A History of European Law**, trad. Lawrence Hooper, 2010, Wiley-Blackwell, p. 138

³¹ Embora não explorado neste trabalho, um importantíssimo motivo para a ruína do modelo oitocentista é justamente a maior interferência do Estado nos contratos privados. Assim, permite-se avaliar que estes dois campos de atuação (lei e contrato), na contemporaneidade, se interpenetram: o Estado tem coisas a dizer sobre o contrato, bem como, sustenta-se aqui, os indivíduos tenham coisas a dizer sobre a lei.

³² “O culto ao texto legal e o culto da vontade do legislador conduzem necessariamente à estatolatria. O Direito emanado do Estado cobre toda a superfície da ordem jurídica. Esse monismo das fontes do Direito estiola todo esforço de pesquisa e de investigação do fenômeno jurídico, porque o reduz à legislação promulgada pelo Estado, ditada pela vontade soberana do legislador.” GOMES, Orlando. **A evolução do Direito privado e o atraso da técnica jurídica**, pp. 121-2, *apud* GLITZ, Frederico. **Contrato, Globalização e Lex Mercatoria: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e Incoterms (2010)**. São Paulo, Clássica, 2014

³³ “If the law is considered as “the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules,” then this enterprise is being conducted, not on two or three fronts, but on thousands. Engaged in this enterprise are those who draft and administer rules governing the internal affairs of clubs, churches, schools, labor unions, trade associations, agricultural fairs, and a hundred and one other forms of human association... there are in this country alone “systems of law” numbering in the hundreds of thousands.” FULLER, Lon L., **The Morality of Law**, Yale University Press, rev ed 1964, *apud* BELL, Tom W., **The Jurisprudence of Polycentric Law**, 1992, p. 20.

A abertura da ciência do direito a uma realidade normativa plural, não mais presa ao rígido esquema mental legalista, é o que permite a visualização de inúmeras instâncias legiferantes criadas socialmente³⁴. Não parece mais adequado ignorá-las ou pretender eliminá-las (como se isso fosse possível), e sim reconhecê-las como um âmbito importante da vida social.

Este direito emergente contemporâneo, na dicção de Gunther Teubner, muito longe de ser uma forma estanque encontrável apenas nos códigos, se trata de um processo dinâmico, alimentado por redes globais de natureza econômica, cultural, acadêmica ou tecnológica, de caráter altamente técnico e especializado³⁵. Esta constatação é notável, principalmente em face dos exemplos de associações legiferantes de diversas naturezas, examinados abaixo³⁶.

É por estas razões que se pode afirmar, com Glitz, que o “Estado legislador não se confunde, então, com todo o movimento criativo de normatividade social”³⁷, bem como que não é adequado negar a existência “sistemas normativos paralelos e autônomos à normatividade proveniente do Estado”³⁸.

A consequência da aceitação do pluralismo jurídico, para os fins do presente trabalho, é clara. Uma vez que se considera que o Estado não tem o monopólio da atividade normativa legítima, e que a realidade apresenta uma quantidade ilimitada de fontes jurígenas plúrimas e mutualmente irreduzíveis, pode-se compreender que as partes possuem diversas opções para regular o direito material aplicável à sua relação. O reconhecimento da autonomia privada em sua forma mais forte³⁹, portanto, importa na medida em que permite às partes escolher utilizar-se destas variadas fontes extra-estatais.

A segunda linha de raciocínio empregada envolve sobretudo o instrumental teórico empreendido pela escola da análise econômica do direito (*Law and Economics*)⁴⁰. Serão

³⁴ *Idem*, p. 12.

³⁵ “The new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined, global networks of an economic, cultural, academic or technological nature.” TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society**, 1996, p. 5.

³⁶ Veja-se o caso das associações reguladoras da indústria do algodão, diamantes, mas também instituições de maior porte como a Câmara de Comércio Internacional, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), e a própria Conferência de Haia. Catalogá-las como “indivíduos” seria errôneo, porém negar-lhes a atividade legiferante seria falso.

³⁷ GLITZ, Frederico, *op. cit.*, p. 52.

³⁸ *Idem*, p. 57.

³⁹ Diz-se “em sua forma mais forte...” porque, conforme se exporá no Capítulo 2, a autonomia privada reconhecida atualmente pela maioria das cortes estatais permite apenas a escolha de fontes jurídicas estatais. Ou seja, não há uma abertura efetiva ao pluralismo jurídico para além da realidade estatal, apenas dentro da mesma.

⁴⁰ Evidentemente, não se sustenta neste trabalho a tese de que apenas as características econômicas são necessárias e/ou suficientes para se aferir a qualidade de uma lei ou política pública. O que se defende é a afirmativa de que estudo interdisciplinar (em particular o econômico) sobre qualquer tema jurídico propicia ao teórico uma melhor compreensão sobre a repercussão prática da teoria, uma preocupação de relevância óbvia. Em outras palavras, não

trazidos exemplos de como a permissão da escolha de direito material pelas partes de contratos comerciais, principalmente aqueles internacionais e submetidos à arbitragem, podem incrementar a geração de valor para a sociedade, mediante a diminuição de custos transacionais, o aprimoramento da regulamentação jurídica aplicável e a promoção de um verdadeiro “mercado do direito”. Em especial, será analisada a perspectiva tanto dos agentes, como “clientes” deste mercado, bem como a perspectiva de jurisdições, como “fornecedoras” dos serviços jurídicos e das próprias normas a serem utilizadas nas transações.

Primeiramente, é importante ressaltar o recorte metodológico apontado logo na introdução deste trabalho. Os argumentos aqui empreendidos se destinam à análise de situações comerciais paritárias, nas quais não há substancial desigualdade entre as partes. Nos casos de disparidade, é provável que várias conclusões aqui apresentadas não se apliquem com a mesma intensidade, uma vez que das partes vulneráveis não se poderá sempre esperar uma assistência jurídica adequada, quanto mais sofisticada. Nestes casos, cresce a força do argumento em prol da fixação de limites estatais expansivos à autonomia privada, podendo inclusive implicar a vedação da escolha do direito material em uma relação jurídica⁴¹.

A razão econômica fundamental para justificar a autonomia privada na escolha de direito material é explicitada por Giesela Rühl:

In fact, there is general agreement in the economic community that granting the parties the freedom to choose the applicable law is – in principle – an efficient approach to the choice of law problem. The basis for this proposition is that individuals are assumed to be rational maximizers of their own welfare and to have idiosyncratic knowledge about their preferences unavailable to anybody else. Therefore, they do not enter a choice-of-law agreement unless they believe that it will make them better off⁴².

é necessário ser utilitarista de matriz economicista para se reconhecer o valor da análise econômica do direito. Se alguma dúvida ainda resta sobre esta última afirmação, v. FINNIS, John, **Natural Law and Natural Rights**, Oxford: Clarendon Press, 1980, pp. 111-8, para uma análise, de escola contrária ao utilitarismo (i.e. a tradição jusnaturalista), da relevância jurídico-moral das consequências e da eficiência na razão prática.

⁴¹ Para uma análise pormenorizada da escolha de direito material no âmbito consumerista, ver RÜHL, Giesela, **Consumer Protection in Choice of Law**, in Cornell International Law Journal 44 (2011). Notadamente, a autora compara o sistema comunitário europeu e o americano (que permitem uma limitada escolha de direito material para contratos consumeristas) com o sistema suíço, que veda completamente a escolha, e conclui que o sistema mais liberal acaba por ser o mais benéfico e eficiente, inclusive para os consumidores.

⁴² “De fato, há concordância geral na comunidade econômica que a garantia de liberdade às partes para a escolha do direito aplicável é – em princípio – uma alternativa eficiente para o problema da escolha de direito. A base para esta proposição é que se presume que indivíduos sejam maximizadores racionais de seu bem-estar, e de que tenham conhecimento idiossincrático sobre as suas preferências, indisponível para qualquer outra pessoa. Assim, eles não firmarão pactos de escolha de direito ao menos que acreditem que este trará posição mais vantajosa”. (tradução livre) RÜHL, Giesela, **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**, in GOTTSCHALK et al (ed), Conflict of Laws in a Globalized World, Cambridge University Press, 2007, pp. 176-7.

Isto é, partes sofisticadas, assessoradas por advogados qualificados e conhecedoras do mercado em que atuam provavelmente terão amplas condições de designar a cláusula de direito material da mesma forma que designariam qualquer outra cláusula contratual⁴³. A escolha do direito material, ao fim e ao cabo, é um elemento contratual como qualquer outro, apto a ser negociado e discutido como parte da barganha rotineira da atividade comercial.

O que torna a autonomia privada especialmente atraente, no campo do direito internacional privado, é a redução de custos transacionais decorrente da escolha das partes de normas apropriadas para regerem a sua relação. Esta redução parece se operar por duas razões: por primeiro, a simples definição de qual será o direito aplicável é capaz de evitar discussões jurídicas longas e onerosas para as partes. Por outro, a designação de uma lei dotada de um instrumental eficaz ajuda a assegurar às partes que eventuais prejuízos decorrentes da relação serão ressarcidos⁴⁴.

Neste sentido, há razões que permitem crer na maior eficiência de um sistema em que as partes podem escolher livremente o direito material. Por primeiro, as legislações nacionais não são capazes de regular de maneira eficiente setores econômicos ilimitadamente complexos, variados, e em constante desenvolvimento⁴⁵.

Traço distintivo da natureza da informação em uma sociedade complexa, segundo Hayek, é o seu caráter radicalmente disperso. É impossível conceber que um grupo reduzido de pessoas, por mais bem remuneradas ou assessoradas que possam ser, seja capaz de apreender uma quantidade quase infinita de informações referentes às particularidades de cada setor econômico. Ou seja, não é possível centralizar, nas mãos de um corpo diretivo único, uma atividade que depende de conhecimento descentralizado. O único uso racional do conhecimento na sociedade é um que permita a coordenação da atividade descentralizada do maior número

⁴³ “Surely, there can be little general objection to these parties negotiating through high-priced lawyers over the law that applies to them just as they negotiate other terms. Typically, the clause does no more than simply eliminate a costly source of disagreement in any eventual lawsuit. These clauses might create problems in some contexts, but the general proposition that sophisticated parties should be given some latitude to choose their governing law appears uncontroversial.” O’HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E., **The Law Market**, Oxford University Press, 2009, p. 9.

⁴⁴ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca and SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Rev. direito GV. 2008, vol.4, n.1, p. 19.

⁴⁵ “In fact, centralized law, like socialism, is not even plausible for a technologically advanced society. The forces that reversed the trend toward socialism and destroyed central planning are also undermining legal centrism. An advanced economy involves the production of too many commodities for anyone to manage or regulate. As the economy develops, the information and incentive constraints tighten upon public policy. These facts suggest that efficiency requires decentralization to become more important, not less, as economies become more complex.” COOTER, Robert D. **Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant**, in 144 U. Pa. L. Review. 1643 (1995), p. 1646.

possível de indivíduos, cada um portador de uma fração de informação relevante para a atividade econômica⁴⁶.

Este argumento foi tradicionalmente levantado pela escola austríaca de economia contra o planejamento central da atividade econômica, típica do modelo socialista⁴⁷. Mas a mesma crítica pode ser dirigida contra o planejamento central da *atividade legiferante*, i.e., da legislação estatal. De acordo com Bruno Leoni, “there is more than an analogy between the market economy and a judiciary or lawyers' law, just as there is much more than an analogy between a planned economy and legislation”⁴⁸.

O planejador central da atividade produtiva, num sistema desprovido de um mecanismo livre de preços, não possui parâmetros confiáveis com os quais se orientar para coordenar a economia. Da mesma forma, um planejador central da atividade legiferante (um legislador) não possui meios não-arbitrários de aferir a adequação ou eficiência da regulação que ele promulga. Como o conhecimento necessário para se atingir a melhor regulação é ilimitadamente disperso, e como o mecanismo de planejamento estatal, econômico ou jurídico, não possui quaisquer meios para coordenar ou aproveitar este conhecimento⁴⁹, segue que o destino do legislador tende a ser o mesmo do burocrata: destinado a tatear no escuro⁵⁰, produzirá no máximo uma regulação genérica, a qual teria adequação limitada para cada setor⁵¹.

Em segundo lugar, o que vem de ser dito procura indicar como o legislador falharia em produzir leis eficientes, por mais bem-intencionado que esteja. É claro, todavia, que as boas intenções dos legisladores não são uma premissa autoevidente. Pelo contrário: a experiência

⁴⁶ HAYEK, F. A., **The Use of Knowledge in Society**, in *The American Economic Review*, vol. 35, no. 4., 1945, p. 519-530.

⁴⁷ A exposição original do argumento encontra-se em MISES, Ludwig von., **Economic Calculation in the Socialist Commonwealth**, 1920, *passim*.

⁴⁸ “Há mais do que uma analogia entre a economia de mercado e um direito judiciário ou de juristas, assim como há muito mais do que uma analogia entre uma economia planejada e a legislação” (tradução livre). LEONI, Bruno, **Freedom and the Law**, Los Angeles: Nash Publishing, 1961, p. 22.

⁴⁹ Segundo a teoria austríaca, o único meio possível de coordenar o conhecimento disperso na sociedade é através de um mecanismo livre de formação de preços, dentro de uma ordem de propriedade privada. Apenas os preços estabelecidos livremente, através da dinâmica do processo de mercado, são capazes de quantificar a preferência de compradores e fornecedores, emitindo assim “sinais para que os diversos participantes do processo de mercado possam coordenar seus planos ao longo do tempo”. IORIO, Ubiratan Jorge, **Ação, Tempo e Conhecimento: A Escola Austríaca de Economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2011, p. 95

⁵⁰ “The legislator, like a communist central planner, can only grope in the dark. And unlike a blind man who literally has to grope in the dark but at least knows when he has finally run into a wall or found the door, the legislator (or central planner) have no reliable guide for knowing whether they have constructed the “right” law (or economic allocation) or not.” KINSELLA, Stephan, **Legislation and Discovery of Law in a Free Society**, in *Journal of Libertarian Studies*, 11:2, 1995, p. 158.

⁵¹ “Legislators lack perfect knowledge and foresight. Moreover, a law may be inefficient as applied to some people even if it is efficient as applied to others. Legislators cannot always determine what is best for everybody. The more heterogeneous the legislators' constituencies, the more difficult it is for them to tailor laws to suit individual environments” O’HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E., **From Politics to Efficiency in Choice of Law**, in George Mason Law and Economics Working Paper No. 00-04, 1999, p. 4

democrática das últimas décadas tem demonstrado como é frequente a influência de grupos de pressão nos parlamentos modernos. Nem todas as parcelas da sociedade têm a mesma capacidade de auto-organização para pressionar os congressistas: aquelas com o maior poder de influência provavelmente lograrão resultados legislativos mais favoráveis aos seus próprios interesses⁵². E não raro, o êxito de um grupo particular implicará a perda de utilidade para a sociedade como um todo⁵³.

Uma solução possível para o problema da má qualidade da legislação estatal envolve a concessão, às partes, de autonomia para decidir a escolha do direito aplicável ao mérito. Explica-se: por meio desta concessão, é possível que se estabeleça um verdadeiro “mercado do direito”⁵⁴, através do qual os agentes funcionariam como clientes e as jurisdições como fornecedores⁵⁵.

Permitir a escolha de direito material, para os fornecedores (as instâncias legiferantes), significa submetê-los a um regime de competição. Tendo perdido a sua “clientela habitual” (as partes outrora submetidas à sua jurisdição), estas instâncias tenderão a aprimorar a qualidade dos seus serviços no mercado, sob pena de perderem recursos⁵⁶. Para os clientes, significa libertá-los de um regime de monopólio da regulação jurídica. As partes tornam-se livres para negociar quais normas disciplinarão a sua relação jurídica, compará-las e decidir por aquelas consideradas mais convenientes. É justamente o sucesso ou fracasso destas normas no mercado do direito que permitirá às instâncias legiferantes avaliar a eficiência do seu “produto”⁵⁷.

Exemplos bem-sucedidos de mercados do direito existem na prática. No âmbito interno dos EUA, onde a escolha de direito material se encontra assegurada desde a publicação do 2º

⁵² “In modeling more specific political institutions, collective choice theory has shown that politicians who pursue power have strong incentives to redistribute wealth to influential groups and weak incentives to achieve economic efficiency. Thus legislation has been depicted as the realm of “rent-seeking,” not efficiency.” COOTER, Robert D., *op. cit.*, p. 1690.

⁵³ O’HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E., *op. cit.*, pp. 21-3.

⁵⁴ A expressão e o conceito são de autoria de Erin O’Hara e Larry E. Ribstein, *op. cit.*.

⁵⁵ O nível mais intenso desta competição é aquele em que judiciários estatais concorrem entre si e com câmaras arbitrais, e as normas estatais concorrem entre si e com normas não-estatais.

⁵⁶ “So long as there is recognition of party autonomy, private parties, through choice of law and choice of forum, will cause states to compete for the “business” of private parties who are able to choose the legal systems to govern their relationships.” BRAND, Ronald A. **Competition In and From the Harmonization of Private International Law**, in MEESEN, Karl M. (ed.), *Economic law as an economic good: its rule function and its tool function in the competition of systems*, 2009, p. 354

⁵⁷ “The jurisdictional competition fostered by choice-of-law clauses encourages states and parties to experiment with new legal rules. Experimentation can help legal systems to generate better legal rules. Party choice both enables parties to avoid the results of failed experiments and provides feedback to the states regarding the appeal of the new laws.” O’HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E., *op. cit.*, p. 32. No mesmo sentido Antonio do Passo Cabral: “Talvez as práticas convencionadas pelas partes possam chamar a atenção do legislador para soluções pragmáticas de problemas sensíveis aos litigantes, que podem ter passado despercebidos pela atividade legiferante.” CABRAL, Antonio do Passo, **Convencções Processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 201.

*Restatement of Conflict of Laws*⁵⁸, alguns estados passaram a se destacar em âmbitos específicos. Assim, Delaware é a escolha majoritária dos indivíduos em matéria de direito societário⁵⁹, Nova Iorque tem protagonismo na área de contratos comerciais⁶⁰, Connecticut em contratos de seguro⁶¹, e a Dakota do Sul em contratos relativos a cartões de crédito⁶².

No caso de Nova Iorque, Eisenberg e Miller discutem as evidências de que o estado americano tem ativamente disputado a preferência dos agentes⁶³. Por primeiro, apontam que o estado foi o primeiro de todos a reconhecer a exequibilidade de sentenças arbitrais, ainda no início do Século XX. É um estado que assegura a validade das cláusulas de escolha de direito aplicável, bem como escolha de foro. Ainda, nos anos 90 foi criada uma *commercial court* especializada em contratos comerciais, contando com juízes e assessores experientes na matéria. A criação permitiu diminuir substancialmente o tempo dos litígios. Por fim, uma série de mudanças no próprio direito material de Nova Iorque vem sendo feita com o intuito de atrair o interesse dos agentes econômicos.

Do ponto de vista dos indivíduos, a atratividade dos esforços de Nova Iorque parece evidente. O estado tem a intenção de criar um ambiente de negócios favorável, o que inclui uma arquitetura jurídica convidativa. Do ponto de vista do próprio estado, este mesmo ambiente ajuda a atrair mais empresas, negócios e dinheiro para si⁶⁴.

O mecanismo mencionado acima se aprofunda quando a competição não se dá apenas entre direitos estatais, mas incluem as normas originadas de fontes privadas. Lisa Bernstein explora dois casos particulares de “sistemas jurídicos privados”⁶⁵, em que a cooperação voluntária entre os agentes de um determinado setor logra produzir mecanismos eficientes de regulação material e adjudicação de conflitos.

⁵⁸ Seção 187. Disponível em: <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>>. Acesso em 21/10/2016.

⁵⁹ “About half of the largest corporations are incorporated in Delaware, the majority of firms going public for the first time are incorporated in Delaware, and the overwhelming majority of firms that change their domicile mid-stream reincorporate in Delaware.” ROMANO, Roberta. **The States as a Laboratory: Legal Innovation and State Competition for Corporate Charters**, in 23 Yale Journal on Regulation 209 (2006) p. 212. Para uma discussão sobre as razões que levam os empresários a decidir por Delaware, ver IACOBUCCI, Edward M. **Toward a Signaling Explanation of the Private Choice of Corporate Law**, Am. Law Econ. Rev. 2004 6: 319-344.

⁶⁰ “New York is the Delaware of commercial contracts.” EISENBERG, Theodore e MILLER, Geoffrey. **The Market for Contracts**. New York University, Law and Economics Research Paper No. 06-45, p. 49

⁶¹ “Companies may gravitate toward a state law that becomes the “Delaware” of insurance. For example, Connecticut is known for developing high-quality insurance laws.” O’HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E., *op. cit.*, p. 152.

⁶² *Idem*, p. 145.

⁶³ EISENBERG, Theodore e MILLER, Geoffrey, *op. cit.*, pp. 20-47

⁶⁴ No âmbito internacional, um caso análogo pode ser constatado no mercado de commodities, no qual há uma predominância da lei inglesa pelos agentes do comércio internacional. Ver BRIDGE, Michael G. **Uniformity and Diversity in the Law of International Sale**, in 15 Pace International Law Review, vol. 15, 2003, pp. 57-9

⁶⁵ “Private legal systems”, na redação original inglesa.

Na indústria do algodão⁶⁶, por exemplo, Bernstein aponta que os agentes interessados em participar das transações costumam se filiar a algumas associações. Estas são administradas por pessoas experientes no meio, cujos fins são a criação do direito material aplicável aos contratos e o mantimento de uma câmara arbitral específica para o setor⁶⁷. Ao serem elaboradas por conhecedores diretos da realidade da produção e comércio do algodão, as regras materiais se adequam com bastante sucesso às suas particularidades. Além disso, as próprias associações têm bastante cuidado em explicar aos agentes o conteúdo das regras criadas, anunciar as alterações, quando realizadas, e inclusive criar cursos para os agentes do mercado⁶⁸.

Na indústria dos diamantes⁶⁹, outro sistema jurídico privado é predominante. As principais câmaras de comércio da pedra também têm câmaras arbitrais específicas, em que árbitros especializados aplicam as regras estabelecidas de forma privada⁷⁰. Em casos complexos, os árbitros recorrem a fontes diversas para decidir o direito *in casu*, desde princípios gerais da *common law* até preceitos do direito judaico⁷¹. As decisões pretéritas parecem servir como precedentes para as futuras, tornando o sistema mais previsível⁷².

Os casos mencionados mostram como a possibilidade da escolha do direito material parece estimular resultados mais eficientes. Livres, as partes podem avaliar e selecionar o direito estatal que mais lhes for conveniente, bem como se evadir completamente da regulação

⁶⁶ BERNSTEIN, Lisa. **Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms and Institutions**, in U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 133, 2001.

⁶⁷ “The institutions that create and administer the industry’s private legal system work extraordinarily well. The trade rules are periodically revised to respond to technological advancements, market changes, and ambiguities revealed during disputes. Their content is known and understood by most market participants. The arbitration tribunals that resolve disputes do so expeditiously and inexpensively. Their decisions, which are recorded in written opinions, reveal a distinctive and coherent jurisprudential approach. Within the industry, arbitration awards are widely respected and complied with promptly. In short, the industry has succeeded in creating and maintaining a private legal system (“PLS”) in which transactions costs, error costs, legal system costs, and collection costs are low.” *Idem*, p. 2

⁶⁸ “Associations go to great lengths to draft clear trade rules and to ensure that industry members know and understand them. Association circulars and reports commonly include discussions aimed at clarifying the meaning of rules. Rule changes are announced at annual meetings, publicized through association circulars, and are sometimes discussed in the trade press. New merchants are strongly encouraged to attend the eight-week summer Cotton Institute that includes courses on the content of the most important sets of trading rules. The associations also urge their members to come to informal understandings on subjects not dealt with explicitly by the rules, and sometimes encourage firms to educate their employees about certain aspects of the rules.” *Idem*, p. 55

⁶⁹ BERNSTEIN, Lisa, **Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry**, in 21 Journal of Legal Studies 115 (1992).

⁷⁰ “The diamond industry has systematically rejected state-created law. In its place, the sophisticated traders who dominate the industry have developed an elaborate, internal set of rules, complete with distinctive institutions and sanctions, to handle disputes among industry members.” *Idem*, p. 115.

⁷¹ *Idem*, p. 127.

⁷² “Arbitrators publish written announcements of the principles used to decide novel cases while keeping the parties and other identifying facts secret. The WFDB recently proposed compiling a computer data base of these statements of principle to promote worldwide uniformity of arbitrated judgments and to prevent “forum shopping”. They also proposed additional uniform training programs for all arbitrators.” *Idem*, p. 150.

estatal e criar normas setoriais próprias. A liberdade na designação do direito material acaba por instaurar uma verdadeira dinâmica de mercado neste campo, o que tende a resolver o problema da ignorância dos poderes legislativos e atingir resultados mais favoráveis às partes. Por estas razões, é possível dizer que a autonomia privada traz consequências práticas benéficas às partes e ao sistema como um todo.

Concluídas estas considerações, o trabalho passa a analisar não mais o *porquê*, mas o *como* se opera a escolha de direito material em contratos internacionais, com ênfase naqueles submetidos à arbitragem.

2. A ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL NA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

No presente capítulo, será feita uma análise pormenorizada das principais fontes de direito a respeito do tema da escolha do direito material pelas partes de um contrato internacional. Para tanto, a primeira seção abordará os principais tratados internacionais reguladores da matéria (2.1.). Em seguida, serão examinadas algumas fontes da disciplina arbitral de destaque no cenário internacional (2.2.). Ainda, se estudarão alguns diplomas de direito uniforme, aplicáveis não necessariamente como leis nacionais (2.3.). Por fim, será feita uma análise da questão da escolha do direito material no ordenamento brasileiro, com estudo das principais fontes legislativas vigentes no País (2.4.).

2.1. CONVENÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

As disciplinas do direito internacional privado e do direito contratual, até o início do século XX, eram reguladas exclusivamente pelas regras nacionais de cada Estado. Além disso, um debate vigoroso existia na comunidade acadêmica sobre a existência de um verdadeiro princípio da autonomia privada em contratos internacionais⁷³. Em vista da importância do comércio internacional, bem como a falta de previsibilidade ocasionada por uma miríade de leis nacionais aos participantes de transações internacionais⁷⁴, iniciou-se em 1928 o diálogo

⁷³ “The fact that choice of law and choice forum are today widely recognized both on the global and the European level should not lead us to believe that this has always been the case. In fact, a look at the historical development reveals that – compared to the long history of private international law – both concepts are fairly new ‘inventions’.” RÜHL, Giesela, **Choice of Law and Choice of Forum in the European Union: Recent Developments**, in HODGES, Christopher e VOGENAUER, Stefan (eds.) *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contracts Law*, Hart Publishing, 2010, p. 8

⁷⁴ “Parties need to know the rules of which country will apply to their agreement. Knowing which law will apply allows the parties to calculate the risks and costs and arrange matters. When the Convention of 1955 was signed

para a elaboração de um diploma uniformizador das regras direito internacional do comércio. As tratativas, interrompidas por conta da 2ª Guerra Mundial, foram finalizadas em 1951, na 7ª Conferência de Haia. Dela surgiu a Convenção sobre o Direito Aplicável à Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 1955⁷⁵.

A Convenção de 1955 foi a primeira a incorporar o princípio da autonomia das partes no direito internacional privado. O seu Artigo 2º concedia às partes o poder de escolher “a lei interna do país” que desejassem para regular o seu contrato de compra e venda⁷⁶. Em que pese a importância simbólica do instrumento, na prática se pode dizer que ele teve sucesso limitado, tendo sido ratificado por apenas 8 países⁷⁷.

Os esforços para a unificação do direito internacional privado e do próprio direito material se intensificaram nas décadas seguintes. Em 1964, foram aprovadas a Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias (ULIS) e a Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (ULF), a primeira tentativa de uniformização do direito material, ambas após longas negociações⁷⁸. A ULIS e ULF serviram de base para a Convenção Internacional sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias (CISG), de 1980. Esta será analisada detidamente na seção 2.3.

Também em 1980 foi assinada a Convenção sobre o Direito Aplicável às Obrigações Contratuais (Convenção de Roma)⁷⁹. O instrumento foi o primeiro com efetivo sucesso⁸⁰, além de escopo objetivamente maior⁸¹, a assegurar a faculdade da escolha do direito material (sempre

there were great divergences between the substantive contract laws and the choice-of-law rules of the world, and there was a need for predictability.” LANDO, Ole, **The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods**, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 57. Jahrg., H. 1/2, Hundert Jahre Haager Konferenz 1893–1993 (1993), p. 158

⁷⁵ Texto disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=31>>. Acesso em 05/09/2016.

⁷⁶ Article 2: La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi.

⁷⁷ Destes países, sete europeus (Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Suécia e Suíça) e um africano (Níger).

⁷⁸ Uma descrição dos trabalhos preparatórios das Convenções de 1964 está em HONNOLD, John, **The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sales of Goods**, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 13 no. 3,

⁷⁹ Texto disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:41980A0934>>. Acesso em 05/09/2016.

⁸⁰ A Convenção de Roma entrou em vigor, em 1991, em todos os países membros da União Europeia, um alcance significativamente maior que as Convenções precedentes elaboradas na Haia. Ela permanece em vigor atualmente apenas na Dinamarca.

⁸¹ Enquanto as convenções precedentes se limitavam aos contratos de compra e venda internacional, a Convenção de Roma se aplica às obrigações internacionais como um todo.

a lei interna de um país) nos contratos internacionais⁸². Não apenas isso: foi também em Roma 1980 que o *dépêçage*, antes visto com desconfiança, passou a ser aceito no direito internacional privado⁸³. Em transações puramente domésticas, a escolha de direito estrangeiro permanece cabível, desde que esta não derogue as regras imperativas do país⁸⁴.

A Convenção de Haia de 1955 foi posteriormente substituída, de modo a atualizar-se aos desenvolvimentos do direito internacional privado das décadas de 1970 e 1980⁸⁵. Assim, a Convenção de Haia de 1986 reafirmou o princípio da autonomia privada, aceitando igualmente o *dépêçage*⁸⁶. Em que pese a atualização, a Convenção jamais teve grande relevância. Ole Lando argumenta que a heterogeneidade do próprio grupo redator do texto o tornou truncado e pouco prático⁸⁷. Como resultado, o tratado teve apenas quatro assinaturas, duas ratificações e nunca entrou em vigor⁸⁸.

A busca pela uniformização do direito internacional contratual teve novo episódio em 1994, quando a Organização dos Estados Americanos elaborou a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Convenção do México)⁸⁹. Esta se baseou fortemente na Convenção de Roma, contendo uma redação inclusive mais moderna e prática que o instrumento europeu⁹⁰.

A Convenção do México aceita o princípio da autonomia privada na escolha do direito material aplicável às relações contratuais, admitindo inclusive o *dépêçage*⁹¹. Ademais, admite-

⁸² Artigo 3º: 1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.

⁸³ AUDIT, Bernard, **Chapter 1. Choice of The Applicable Law By the Parties**. In BORTOLOTTI, Fabio e Pierre Mayer (eds), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 11, p. 14

⁸⁴ Artigo 3º: 3. A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por «disposições imperativas».

⁸⁵ Texto disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=61>>. Acesso em 05/09/2016.

⁸⁶ Article 7: (1) A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract.

⁸⁷ LANDO, Ole, *op. cit.*, p. 174

⁸⁸ De acordo com a *status table* da Convenção de 1986, apenas a Argentina e a Moldávia chegaram a ratificar e/ou aceder ao instrumento, sem que jamais se iniciasse a vigência.

⁸⁹ Texto disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html>>. Acesso em 05/09/2016.

⁹⁰ ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Renovar, 2009, p. 192

⁹¹ Article 7: The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same. Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.

se a aplicação de “normas, costumes e princípios do direito do comércio internacional” se requerido pelo caso concreto⁹². A este respeito, surgiu uma controvérsia quanto à possibilidade de escolha de normas não-estatais como lei aplicável. Alguns comentaristas veem positivamente esta possibilidade. Já outros, que parecem ser a opinião predominante, argumentam que o Artigo 17⁹³ da Convenção do México é suficiente para limitar a escolha das partes a normas nacionais⁹⁴.

Seja como for, a Convenção da OAS fracassou como meio de harmonizar o direito internacional privado americano. Dos cinco países signatários (Bolívia, Brasil, México, Uruguai e Venezuela), apenas o México e a Venezuela chegaram a ratificar o instrumento. Isto é, por algum motivo a harmonização visada não despertou qualquer entusiasmo por parte dos Estados americanos, tendo sido abandonada no meio do caminho.

Nos anos 2000, foram iniciadas tratativas para atualizar a Convenção de Roma de 1980, no âmbito da União Europeia. Em vista do avanço do processo de consolidação jurídica do bloco, não era mais necessário elaborar uma autêntica convenção internacional para tanto. Assim, o Parlamento Europeu promulgou, em 2008, a Regulação nº 593/2008, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I), cessando a vigência da Convenção de Roma para contratos celebrados a partir de 17/12/2009, com a exceção da Dinamarca.

De início, esperava-se que a Regulação I fosse permitir a escolha de normas não-estatais. Era esta a solução adotada na primeira versão do documento, ainda nos seus estágios preparatórios⁹⁵, além de ser aquela mais consentânea com a normativa arbitral internacional. O propósito da norma, tal como proposta, era possibilitar às partes a escolha de instrumentos como os Princípios UNIDROIT⁹⁶. Todavia, o caminho final adotado pelo instrumento negou esta possibilidade. Removeu-se qualquer menção a princípios ou regras de direito, restando aplicáveis apenas as leis de estados, ainda que não necessariamente da União Europeia⁹⁷. A escolha de normas não-estatais, no mais, é cabível apenas por via da incorporação contratual

⁹² Article 10: In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.

⁹³ Article 17: For the purposes of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws.

⁹⁴ ARAÚJO, Nadia de, *op. cit.*, p. 196

⁹⁵ A versão preparatória do Artigo 3(2) lia: “The parties may also choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognised internationally or in the Community.”

⁹⁶ BOELE-WOELKI, K., **Where Do We Stand on the Rome I Regulation?**, in: Boele-Woelki, K. e Grosheide F. (eds), *The Future of European Contract Law* “, Kluwer Law International, 2007, p. 27

⁹⁷ Artigo 3 (1). A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

(*materiellrechtliche Verweisung*), não como efetiva escolha de lei aplicável (*kollisionrechtliche Verweisung*). Isto significa que as disposições cogentes da lei aplicável não são afastadas no momento da escolha de normas não-estatais, o que pode gerar imprevisibilidade em vista da eventual invalidação de dispositivos contratuais⁹⁸.

Mesmo quanto à escolha de direito material nacional, a Regulação de Roma I apresenta algumas sutilezas. Em caso de contratos puramente domésticos, por exemplo, as normas cogentes do país onde se situam os elementos do contrato não podem ser derogadas pelas partes⁹⁹. Em lógica semelhante, se todos os elementos de conexão do contrato disserem respeito a países-membros da União Europeia, a escolha de direito forasteiro não poderá afastar disposições mandatórias comunitárias¹⁰⁰. Disposições semelhantes também se encontram ao longo do texto relativamente a obrigações de ordem consumerista, laboral e envolvendo direitos reais sobre bens imóveis¹⁰¹. Ainda, a Regulação de Roma I permite a aplicação de regras imperativas, tanto do país-foro quanto dos país onde as obrigações serão executadas¹⁰².

De todo o exposto, pode-se perceber que o processo de uniformização de regras de direito internacional privado, embora seja datado de quase um século, tem tido efetividade restrita. Tirando o exemplo bem-sucedido europeu, a vasta maioria das tentativas de promover a uniformização tem encontrado entraves. Desta forma, as partes que decidam se submeter ao Judiciário de diversos países ainda podem encontrar os mesmos entraves presentes no início do século passado. Por este motivo, é necessário que se proceda à análise da disciplina arbitral internacional.

2.2. DISCIPLINA ARBITRAL

Como exposto, a falta de sucesso da uniformização das regras de conflito de leis torna indispensável a análise da disciplina arbitral internacional. As partes verdadeiramente

⁹⁸ BOELE-WOELKI, K., *op. cit.*, p. 30

⁹⁹ Artigo 3.3. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

¹⁰⁰ Artigo 3.4. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.

¹⁰¹ BRAND, Ronald A., **The Rome I Regulation Rules on Party Autonomy for Choice of Law: A U.S. Perspective**. In U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper Series No. 2011-29, p. 25

¹⁰² Artigo 9 do Regulamento de Roma I.

interessadas em fruir de altos níveis de autonomia provavelmente farão uso da arbitragem¹⁰³. Mesmo que muitas leis nacionais reconheçam maior liberdade aos agentes de transações internacionais, dificilmente esta liberdade será tão integralmente reconhecida como na instância arbitral¹⁰⁴. Em vista da ampla aceitação da liberdade das partes, é possível dizer que o tema da escolha de direito material é questão pacífica na arbitragem internacional.

É útil, neste ponto, analisar a Lei Modelo, um diploma normativo não-vinculante, concebido pelas Nações Unidas em 1985 e atualizado em 2006, com o propósito de promover uma maior unificação das diversas legislações nacionais sobre arbitragem internacional, servindo-lhes de inspiração e modelo¹⁰⁵. Neste sentido, a posição paradigmática da Lei Modelo torna razoável a sua análise como representativa da tendência mundial.

O Artigo 28 da Lei Modelo assegura às partes liberdade para decidir a disputa em conformidade com as *rules of law* (regras de direito) que desejarem¹⁰⁶. Desde logo fica assegurada de modo claro a liberdade das partes para escolher o direito material. Ademais, e diferentemente da quase totalidade dos ordenamentos estatais, é permitida às partes a escolha de normas não-estatais. Estas podem incluir normas setoriais (exemplos de endorregulação de setores econômicos), princípios organizados por acadêmicos (e.g. os Princípios UNIDROIT), etc. Esta importante distinção amplia significativamente o escopo da autonomia das partes relativamente ao Judiciário.

A escolha do direito material, segundo a Lei Modelo, vincula os árbitros: desconsiderá-la pode gerar a invalidação da sentença arbitral¹⁰⁷. Todavia, apenas a má interpretação do direito

¹⁰³ “A further objective, and advantage, of international commercial arbitration is the maximization of party autonomy and procedural flexibility. As discussed below, leading international arbitration conventions and national arbitration laws accord parties broad autonomy to agree upon the substantive laws and procedures applicable to “their” arbitrations. This emphasis on the importance of party autonomy parallels applications of the doctrine throughout the field of contemporary private international law, and commercial law more generally, but has particular significance in the field of international commercial arbitration.” BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2014, p. 83

¹⁰⁴ “The upshot is that arbitration is one of the areas of law where party autonomy is capable of playing the greatest role and where state influence has receded most conspicuously.” RADICATI DI BROZOLO, Luca G., **International Commercial Arbitration**, in Basedow et al., European Encyclopedia of Private International Law, p. 1. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2593354>, acesso em 27/09/2016.

¹⁰⁵ **2012 UNCITRAL Digest**, pp. 1-2. De acordo com o *website* da UNCITRAL, um total de 102 jurisdições e 72 estados nacionais adotaram leis baseadas na Lei Modelo. Disponível em: < http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>. Acesso em 27/09/2016.

¹⁰⁶ Artigo 28 (1): The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

¹⁰⁷ Mas cf. BORN, Gary, **International Commercial Arbitration**, pp. 2775-6. Born afirma que, na prática, mesmo a desconsideração completa da cláusula de escolha de direito material não trará problemas no momento do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

aplicável não é razão suficiente para se promover esta anulação. Não é permitido às instâncias do Judiciário, de quem se pedirá a anulação, uma revisão de mérito do laudo¹⁰⁸.

De maneira similar, o Regulamento Arbitral Modelo da UNCITRAL igualmente assegura às partes a possibilidade de escolher o direito material¹⁰⁹. Aqui, houve uma revisão: o Regulamento original, publicado em 1976, dizia poderem as partes escolher a *law* (lei) apenas¹¹⁰. O Regulamento atualizado em 2010, por sua vez, e em consonância com a Lei Modelo, igualmente incorporou no texto a previsão à escolha das *rules of law*¹¹¹.

A redação do Regulamento Modelo parece refletir a tendência contemporânea em outros regulamentos arbitrais. A título de exemplo, o Regulamento da câmara arbitral da Câmara de Comércio Internacional (CCI), de 2012, traz redação quase idêntica¹¹².

Como afirmado, portanto, o âmbito arbitral é certamente aquele que maior liberdade concede às partes para a determinação das regras que regerão seu contrato. É apropriado que as partes de contratos internacionais elejam a via arbitral para a solução de seus eventuais litígios também por esta importante razão.

2.3. DIPLOMAS DE DIREITO UNIFORME

Neste ponto, o trabalho analisará principalmente a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL (CISG, Convenção de Viena), firmada pelo Brasil em 11/04/1980, e em vigor no território brasileiro desde

¹⁰⁸ “A failure of the arbitral tribunal to decide in accordance with the substantive law chosen by the parties may lead to the challenge of the award or application to set aside the award by an unsuccessful party. German courts clarified that article 28 (1) permits a court only to consider if the award was based on the law chosen by the parties, and not whether the arbitral tribunal had misinterpreted or misapplied the law to the substance of the dispute.” **2012 UNCITRAL Digest**, p. 122

¹⁰⁹ “Article 35(1), like its predecessor in the 1976 UNCITRAL Rules, “is based on the principle of party autonomy for the choice of the law applicable to the substance of a dispute that is referred to arbitration.” This principle, which has found expression in other arbitration rules, is generally accepted in international arbitral theory and practice, as well as in national laws. The Tribunal thus is directed by Article 35(1) to observe the principle of party autonomy and “shall” apply the rules of law designated by the parties.” CARON, David e CAPLAN, Lee, **The UNCITRAL Arbitration Rules (Second Edition): A Commentary**, Oxford University Press, 2012, p. 170

¹¹⁰ Article 33 1. The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable. (g.n.)

¹¹¹ Article 35. 1. The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate. (g.n.)

¹¹² Artigo 21. 1: As partes terão liberdade para escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo tribunal arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o tribunal arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas.

01/04/2014¹¹³. Em seguida, será feita a análise também de dois importantes projetos de direito uniforme: os Princípios de Contratos Comerciais Internacionais (PICC, Princípios UNIDROIT), de 2010, e os Princípios de Escolha de Direito em Contratos Comerciais Internacionais (PCLIC, Princípios de Haia), de 2015, da *Hague Conference on Private International Law*.

2.3.1. CISG

A Convenção de Viena assegura às partes ampla margem de liberdade para aderir a ela integralmente, parcialmente ou de todo excluir a sua aplicação. O caráter estrutural da autonomia privada a permite qualificar como princípio implícito de todo o diploma, tal como afirma o seu Artigo 7(2)¹¹⁴.

No âmbito das cortes nacionais de Estados Contratantes, a CISG se aplica automaticamente se, preenchidos seus requisitos¹¹⁵, as partes tiverem seus estabelecimentos em Estados Contratantes, ou se as regras de direito internacional privado conduzirem ao direito material de um Estado Contratante¹¹⁶. Isto é, a aplicação da CISG não depende necessariamente de uma escolha positiva das partes, e a constatação da aplicabilidade *in casu* pode ser feita de ofício¹¹⁷.

Já no caso das cortes nacionais de Estados não-Contratantes, a lei aplicável ao mérito é determinada segundo as regras de direito internacional privado do foro. Na maioria dos países (2.1 e 2.2 acima), alguma deferência à autonomia das partes nesta escolha se verificará. No caso dos tribunais arbitrais, será a *lex arbitri* que informará aos árbitros como proceder a fim de

¹¹³ Texto em português disponível no Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm> Acesso em 05/08/2016. Em vista da profusão de comentários à Convenção em língua inglesa, este trabalho também se baseará na versão em inglês daquela, disponível no link: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html>> Acesso em 05/08/2016.

¹¹⁴ Artigo 7 (2): As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado. A favor desta interpretação: FERRARI, Franco. **Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG**, in 25 Journal of Law and Commerce (2005-06), pp. 15-16; HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 6**, in SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG)**, 3ª ed., Oxford University Press, 2010, p. 106; HUBER, Peter e MULLIS, Alastair, **The CISG, a new textbook for students and practitioners**, Sellier, European Law Publishers, 2007, p. 60

¹¹⁵ Dentre os quais se destaca, por exemplo, a internacionalidade das partes e do contrato (Artigo 1), preponderância de bens sobre serviços (Artigo 3), não incidência das exclusões dos Artigos 2 a 5, etc.

¹¹⁶ Artigo 1 (1): “Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: (a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.”

¹¹⁷ HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Intro to Arts 1-6**, in SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg (org.), *op. cit.*, p. 20

determinar o direito material. Em ambos os casos, o Artigo 1º da CISG não tem força normativa, e a aplicação dependerá de outras considerações.

Isto posto, é geralmente dada às partes liberdade para decidir como se dará a sua aplicação. É possível que as partes elejam a CISG quando ela não se aplicaria originalmente (*opt-in*), excluam a CISG, explícita ou implicitamente, quando ela se aplicaria originalmente (*opt-out*), modifiquem os efeitos de dispositivos específicos do texto, derroguem seções inteiras ou mesquem a aplicação da Convenção com outros diplomas jurídicos (*dépéçage*). Cada uma destas hipóteses pode gerar dificuldades, entretanto.

A opção pela Convenção, em situações em que ela não se aplicaria originalmente (*opt-in*), é aceita consensualmente pela doutrina¹¹⁸. É dizer, nada existe no seu próprio texto que impeça as partes de aderirem à CISG. O que pode ocorrer é uma cláusula de escolha de direito material ser invalidada por causa das regras de direito internacional privado aplicáveis (e.g. uma regra *lex loci celebrationis* imperativa, como é o caso do direito brasileiro segundo algumas interpretações, v. 2.4 abaixo)¹¹⁹.

A eleição da CISG não precisa ser explícita. A cláusula que eleja o direito material de um Estado Contratante, ou mesmo da subdivisão territorial de um Estado Contratante¹²⁰, terá como efeito a escolha da Convenção. E, como a CISG trata de matérias limitadas, as demais matérias fora do escopo da Convenção serão regidas pelo direito material do país eleito. Já uma cláusula que elegeesse diploma específico do ordenamento de um Estado Contratante (e.g. o Código Civil brasileiro, não apenas o “direito brasileiro”) não contaria como um *opt-in* à Convenção¹²¹.

¹¹⁸ Por todos, v. FLETCHER, Harry M. (ed), **Uncitral Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 30 J.L. & COM, 2012, p. 34

¹¹⁹ É dizer: quando do *opt-in*, a CISG é incorporada ao contrato por via contratual. Não perdem a vigência, portanto, as regras imperativas e/ou de ordem pública nacionais aplicáveis originalmente ao e limitadoras do contrato como um todo. A efetividade da escolha do direito dirá respeito apenas à matéria dispositiva. Cf. FERRARI, Franco, *op. cit.*, p. 35

¹²⁰ Em *Asante Technologies v. PMC-Sierra*, o distrito da Califórnia da justiça federal americana julgou que uma cláusula de escolha de direito material, indicativa do Estado em que se situa a parte vendedora, não era suficiente para excluir a aplicação da CISG. Disponível em < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>>. É assim desde que o Estado Contratante em questão não tenha feito a declaração prevista pelo Artigo 93 (1), a qual permite limitar a vigência da Convenção em unidades territoriais com sistemas jurídicos diversos.

¹²¹ Da mesma forma, uma cláusula que elegeesse o diploma específico de um país, num contexto onde a CISG se aplicaria originalmente, contaria como um *opt-out* à Convenção.

A exclusão da Convenção¹²², em situações onde ela se aplicaria originalmente, depende de acordo entre as partes¹²³ e tampouco precisa ser explícita¹²⁴. Há controvérsia quanto ao regramento aplicável à própria cláusula que derroga a CISG. Para uma parte da doutrina, a formação do acordo que pretende excluir a CISG é regida pela própria CISG (Artigos 14-24), já que a Convenção determina a esfera de sua aplicabilidade autonomamente; apenas se bem-sucedida a cláusula de *opt-out* operará efeitos para o contrato¹²⁵. Para outra parte, o regramento dos Artigos 14 a 24 se aplica exclusivamente a contratos de compra e venda, logo acordos concernentes à escolha de direito material não estariam no escopo da CISG¹²⁶.

Lisa Spagnolo sugere várias razões para explicar as altas taxas de exclusão da Convenção¹²⁷. Elas incluem a falta de familiaridade com a norma, a presença de custos informacionais para a aquisição deste conhecimento, as diferenças da normativa da CISG em comparação com os ordenamentos nacionais, o maior poder de barganha de uma das partes, o simples desgosto pela Convenção e a prevalência de normas específicas para o regramento de alguns setores da economia (e.g. commodities)¹²⁸.

Não se obriga que a exclusão da CISG seja explícita¹²⁹. Embora não conste expressamente no texto, a possibilidade de exclusão implícita é reconhecida¹³⁰. A eleição do direito material de um Estado não Contratante, ou do diploma específico de um Estado Contratante, como já dito, têm o condão de afastar a aplicação da Convenção. É necessário,

¹²² Artigo 6: “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”.

¹²³ À falta de manifestação bilateral das partes conducente à sua exclusão, a CISG se aplica segundo as regras do Artigos 1(a) ou (b). Cabe à parte que deseja vê-la excluída, portanto, o ônus de demonstrar a existência de acordo do tipo. HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 6**, in SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg (org.), *op. cit.*, p. 103.

¹²⁴ Segundo Pascal Hachem, “[i]t is undisputed that the CISG can be excluded by explicit or implicit agreement”. HACHEM, Pascal, **Applicability of the CISG – Articles 1 and 6**, in SCHWENZER, Ingeborg et. al. (ed), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Eleven International Publishing, 2014, p. 36

¹²⁵ HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 6**, in SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg (org.), *op. cit.*, p. 103, p. 104.

¹²⁶ HUBER, Peter e MULLIS, Alastair, *op. cit.*, p. 61

¹²⁷ De acordo com a autora, em estudo realizado até 2008, a exclusão da CISG costuma ser feita por até 70% dos advogados americanos (em tendência acompanhada pelos países de *Common law*) e por no mínimo 37% dos advogados chineses, talvez a jurisdição mais favorável à CISG. SPANGOLO, Lisa, **CISG Exclusion and Legal Efficiency**, Wolters Kluwer, 2014, pp. 150-2

¹²⁸ *Idem*, pp. 152-180

¹²⁹ Por explícita, entende-se aqui a cláusula que afirma expressamente a não incidência da Convenção. Por exemplo, “...aplica-se a este contrato o direito material brasileiro, com a exclusão da Convenção de Viena de 1980”.

¹³⁰ De acordo com Franco Ferrari, a ausência da previsão expressa da possibilidade de exclusão implícita tem o sentido de não “encorajar” as cortes nacionais a procurar esta exclusão onde ela não existiria. FERRARI, Franco, *op. cit.*, p. 21.

todavia, que a exclusão implícita seja suficientemente clara, caso contrário ela poderá não ter efeito¹³¹.

Nem toda escolha de diploma jurídico diferente da CISG tem o condão de afastar a sua aplicação. É preciso, antes de tudo, a demonstração de que esta é a efetiva intenção das partes, e a abrangência suficiente do diploma para abarcar todos os temas de que trata a própria Convenção. A indicação, por exemplo, aos INCOTERMS costuma ser interpretada como aplicação combinada da Convenção, no que tange à matéria geral, e dos próprios INCOTERMS apenas nos aspectos específicos tratados pelo documento¹³².

Uma situação controversa é aquela em que as partes, ignorantes da aplicabilidade da CISG ao seu contrato, discutem o litígio inteiramente com base nas regras de ordenamentos jurídicos nacionais. Discute-se se esta conduta é suficiente para justificar o *opt-out* da Convenção. A doutrina costuma entender que a ignorância relativamente à CISG jamais poderia consubstanciar uma intenção efetiva de excluí-la¹³³. Mas esta compreensão não é pacífica na jurisprudência¹³⁴.

Por fim, a CISG também assegura às partes o direito de derogar artigos específicos ou partes inteiras, bem como de variar os efeitos de alguma de suas provisões. É exatamente o caso da aplicação combinada dos INCOTERMS, descrita acima. É possível, como dito há pouco, preferir algumas delas em prol de outros diplomas jurídicos, o que submeteria o contrato a mais de um direito aplicável¹³⁵. Apenas as disposições consideradas regras de direito internacional público da Convenção são de alteração proibida, já que não configuram matéria

¹³¹ Em *Ostroznik Savo v. La Faraona*, as partes haviam eleito as “leis e regulamentações da Câmara de Comércio Internacional” como direito aplicável ao seu contrato. A cláusula teve sua eficácia negada diante da vagueza da escolha, prevalecendo a aplicação original da CISG. De acordo com o Tribunal de Pádua, que julgou o litígio, “...la scelta operata dalle parti non permette d’individuare le regole esatte del loro rapporto negoziale, in quanto il riferimento alle “leggi e regolamentazioni” della Camera di Commercio di Parigi è estremamente vago ed impreciso” Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>

¹³² HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg, *op. cit.*, p. 106

¹³³ HACHEM, Pascal, *op. cit.*, p. 40

¹³⁴ A Corte Suprema do Chile (em julgado de 22/09/2008) entendeu que as partes (argentina e chilena) de um contrato internacional, em que se aplicaria a CISG originalmente, excluíram tacitamente a sua aplicação. A exclusão teria se dado porque as partes basearam seus argumentos na primeira instância exclusivamente nas normas do Código civil chileno. Com efeito, “la invocación de las normas de derecho interno no pudo sino importar la renuncia tácita o implícita, pero de todas formas con idéntico valor que la expresa o explícita a regirse por las disposiciones de la Convención de Viena, a que se refiere el citado artículo 6º de este pacto”. *Jorge Plaza Oviedo v. Sociedad Agrícola Sacor Limitada*, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080922ch.html>.

¹³⁵ É o que se denomina tradicionalmente de *dépêche*.

contratual/dispositiva. Geralmente, consideram-se de direito internacional público as regras do Artigo 28¹³⁶ e as da Parte IV da Convenção¹³⁷.

2.3.2. Princípios UNIDROIT

Os *Principles of International Commercial Contracts* (Princípios UNIDROIT ou PICC), regramento elaborado pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), é um reconhecido diploma de *soft law* na área do direito do comércio internacional¹³⁸, servindo como uma espécie de *restatement* da disciplina em nível global¹³⁹. Foram atualizados pela última vez em 2010¹⁴⁰.

Os PICC, como reflexo da tendência global já verificada no capítulo anterior, asseguram a autonomia da vontade como princípio reitor do comércio internacional¹⁴¹. Esta se verifica desde o início do texto¹⁴², e tem importantes aplicações para o tema da escolha do direito material.

Diferentemente da CISG, diploma de aplicabilidade imediata nos Estados Contratantes por se tratar de tratado internacional, os Princípios UNIDROIT são somente *soft law*. A sua incidência em quaisquer relações contratuais depende em princípio da escolha das partes (*opt in*). No entanto, esta escolha não é livre de controvérsias, especificamente nas disputas

¹³⁶ Artigo 28: “Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção”. A razão da imperatividade deste Artigo é o seu direcionamento específico a juízes, e não às partes.

¹³⁷ FERRARI, Franco, *op. cit.*, pp. 18-9. Outra possibilidade, excepcional, de haver regras imperativas na Convenção é se esta, na qualidade de lei nacional de Estado Contratante, houver sido ratificada consoante declaração do Artigo 96.

¹³⁸ MICHAELS, Ralf. **Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts**, 2014, p. 6. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186>. Acesso em 19/08/2016.

¹³⁹ MICHAELS, Ralf. **The UNIDROIT Principles as a global background law**, in *Uniform Law Review*, vol. 19, 2014, p. 644

¹⁴⁰ A tradução utilizada no trabalho será a oficial em inglês. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>> Acesso em 13/08/2016.

¹⁴¹ De acordo com Maria Concepción Pablo-Romero Gil-Delgado, “[I]a flexibilidad de su aplicación nace del reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad imperante en toda la contratación, en general, pero muy especialmente en la contratación internacional.” PABLO-ROMERO, M.C., **Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes**, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, nº 1, p. 256

¹⁴² “Article 1.1: The parties are free to enter into a contract and to determine its content.”. O comentário ao Artigo 1.1 corrobora a visão francamente liberal dos Princípios: “The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstones of an open, market-oriented and competitive international economic order.”

remetidas a cortes estatais. Para além disso, os PICC encontram uma aplicabilidade indireta muito relevante na prática internacional.

A escolha direta dos Princípios, embora possível, corre grandes riscos de ser invalidada pelo judiciário estatal. A natureza de *soft law* torna os PICC *rules of law* (regras de direito), e não *law* (direito). Assim, grande parte dos regramentos de direito internacional privado (vide 2.1 acima) não reconhecera às partes a liberdade para a escolha dos Princípios como lei aplicável¹⁴³. O máximo permitido seria a sua incorporação ao contrato, o que deixaria ainda a questão do direito material aplicável em aberto¹⁴⁴.

O mesmo não ocorre perante tribunais arbitrais, os quais não se vinculam às regras de direito internacional privado do foro. A disciplina dos regulamentos arbitrais costuma privilegiar sem restrições a escolha das partes (2.2 acima)¹⁴⁵. Não por outra razão, a própria UNIDROIT recomenda que as partes conjuguem a aplicação dos Princípios com a pactuação de cláusula compromissória¹⁴⁶.

Todavia, os Princípios UNIDROIT não parecem ter encontrado sua maior relevância na escolha direta pelas partes. Segundo Ralf Michaels, menos de 1% das sentenças arbitrais publicadas pela Corte de Comércio Internacional chegam a mencioná-los. E são muito raras as decisões encontradas em *databases*, como a UNILEX, nas quais os Princípios constam como lei aplicável¹⁴⁷.

Surpreendentemente, o uso mais frequente dos PICC parece ter conexão com a identificação e utilização, por árbitros e juízes, dos usos e costumes internacionais. Os Princípios seriam uma espécie de formalização do consenso internacional em matéria comercial: uma fonte importante de consulta do que seria a *lex mercatoria* (v. 3.3.4 abaixo).

¹⁴³ “Domestic courts are bound to apply their own national law, which includes the relevant conflict of law rules. According to the traditional and still prevailing view, these conflict of law rules restrict the choice of the law(s) applicable to international contracts to the law(s) of (a) State(s), to the exclusion of any supra-national or anational set of rules such as the UNIDROIT Principles.” BONNELL, M.J. **The UNIDROIT Principles and Transnational Law**, in *Uniform Law Review*, 2000-2, p. 201

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Esta pode ser considerada uma vantagem competitiva da arbitragem relativamente às cortes estatais, e um elemento de atratividade para as partes. “Indeed, many commentators suggest that the trend in international arbitration to give almost complete party autonomy to the parties in selecting the applicable law - whether it be the opportunity to choose the law of a particular country or a set of “rules of law” such as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - is another reason why parties may select arbitration in the first place.” FERRARI, Franco e SILBERMAN, Linda. **Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong**. In FERRARI, Franco e KRÖLL, Stefan (org.), *CONFLICT OF LAWS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*, 2010, pp. 24-5

¹⁴⁶ É o que consta no próprio comentário oficial ao Preâmbulo: “Parties who wish to choose the Principles as the rules of law governing their contract are well advised to combine such a choice of law clause with an arbitration agreement.” Disponível em: <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/418-preamble/862-preamble-purpose-of-the-principles>> Acesso em 13/08/2016.

¹⁴⁷ MICHAELS, Ralf, *op. cit.*, p. 647

É esta característica dos PICC que os habilita a serem utilizados como ferramentas interpretativas de outros diplomas jurídicos. É notória a utilização dos Princípios como método de interpretação e complementação da CISG, mesmo quando esta solução não tenha sido decidida pelas partes¹⁴⁸. A este respeito a doutrina internacional diverge com veemência: uma parte não reputa legítima esta remissão automática. Argumenta-se que a interpretação da Convenção deve ser autônoma, e a “intromissão” dos PICC pode comprometer o importante equilíbrio entre as tradições da *Civil Law* e da *Common Law*, presentes na CISG¹⁴⁹. Também se diz que os Princípios UNIDROIT não são apenas reflexos de práticas consolidadas (ou princípios gerais) do comércio internacional, mas que também trazem propostas inovadoras, incompatíveis com as normas da Convenção¹⁵⁰. Já outra parcela da doutrina, bem como grande parte da jurisprudência, entende ser possível a aplicação se constatado, *in casu*, que o dispositivo particular dos PICC reflete os princípios internacionais nos quais a Convenção se baseia, segundo o Artigo 7(2)¹⁵¹.

Outra forma de aplicação indireta dos princípios é através da eleição de “princípios gerais do direito”, ou expressões semelhantes, pelas partes. É uma das hipóteses de aplicação previstas no Preâmbulo do diploma¹⁵². No *ICC Case 7110*¹⁵³, as partes haviam feito referência a “leis ou regras de justiça natural” como regentes do contrato. O tribunal arbitral entendeu que esta remissão significava, de uma só vez, a exclusão da aplicação de sistemas jurídicos nacionais, e a incidência de princípios gerais do direito, dos quais os Princípios UNIDROIT representariam uma fonte privilegiada.

Por fim, cabe mencionar que os PICC preveem que as partes poderão excluir a sua aplicação, derogar dispositivos individuais ou modificar os seus efeitos conforme desejarem¹⁵⁴. Assim como na CISG, a exclusão pode ser expressa ou implícita: apenas não se permite excluirmos as regras imperativas presentes nos próprios Princípios.

¹⁴⁸ BONNELL, M. J., *op. cit.*, pp. 210-11

¹⁴⁹ HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 7**, in SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg (org.), *op. cit.*, p. 133

¹⁵⁰ GOTANDA, John Y. **Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG**, in Villanova University School of Law Working Paper Series, 2007, pp. 16-7

¹⁵¹ PABLO-ROMERO, M.C., *op. cit.*, pp. 258-9

¹⁵² “They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like.” Disponível em: <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/418-preamble/862-preamble-purpose-of-the-principles>>. Acesso em 15/08/2016

¹⁵³ ICC Case 7110, 00/06/1995, disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=713>>. Acesso em 15/08/2016.

¹⁵⁴ Artigo 1.5: The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.

2.3.3. Princípios de Haia

Os Princípios sobre a Eleição da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais (PCLIC) são documento de natureza não-vinculante, criados pela prestigiosa Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado em 2015¹⁵⁵. Pretendeu-se harmonizar a disciplina jurídica atinente ao conflito de leis em contratos comerciais sem passar pelos custosos trâmites envolvidos na elaboração de um tratado internacional.

O propósito chave dos Princípios foi afirmar e maximizar a autonomia privada nos contratos internacionais¹⁵⁶. Assim, eles devem ser lidos não tanto como um *restatement* do consenso internacional sobre o tema, mas como uma tentativa de influenciar o direito em uma direção francamente liberalizante. Esta preocupação é especialmente relevante nos países da América Latina, os quais em sua maioria não reconhecem o princípio da autonomia privada na escolha de direito material¹⁵⁷. Desde então, os Princípios serviram como base direta da reforma legislativa no Paraguai, país que os adotou na sua quase totalidade¹⁵⁸.

O Artigo 2 dos Princípios de Haia assegura o poder de as partes escolherem o direito material aplicável¹⁵⁹, bem como da escolha de diferentes direitos para partes específicas do contrato¹⁶⁰. Relevante notar que nenhum elemento de conexão é exigido das partes¹⁶¹: entende-se que qualquer restrição do tipo é desnecessária¹⁶².

¹⁵⁵ Neste trabalho se utilizará a versão oficial dos Princípios na língua inglesa. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>>. Acesso em 21/08/2016.

¹⁵⁶ É o que se depreende do terceiro comentário ao preâmbulo dos Princípios, disponível no mesmo *link*: “The objective of the Principles is to encourage the spread of party autonomy to States that have not yet adopted it, or have done so with significant restrictions, as well as the continued development and refinement of the concept where it is already accepted. Party autonomy meets the legitimate expectations of the parties in this environment and, as such, advances foreseeability and legal certainty.”

¹⁵⁷ SIMEONIDES, Symeon, **The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments**, pp. 4-5. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256661>. Acesso em 21/08/2016.

¹⁵⁸ Ley 5.393, de 14/01/2015. Disponível em: <<http://mersanlaw.com/wp-content/uploads/2015/01/LEY-NO.-5939-2015-.pdf>>. Acesso em 21/08/2016.

¹⁵⁹ Article 2 - Freedom of choice: 1. A contract is governed by the law chosen by the parties.

¹⁶⁰ 2. The parties may choose - a) the law applicable to the whole contract or to only part of it; and b) different laws for different parts of the contract.

¹⁶¹ 4. No connection is required between the law chosen and the parties or their transaction.

¹⁶² “Arguably, the parties usually know best what is the most adequate legal environment for their relationship. Therefore, they should be free to choose any law they like without being forced to show any special link to the agreed legal system.” SCHWARTE, Andreas. **New Trends in Parties’ Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in a Comparative Perspective**. 12 U. St. Thomas L. J. 87 (2015), p. 93

É o Artigo 3¹⁶³ o que mais despertou polêmica. A Conferência teve de se posicionar sobre a importante questão da escolha de normas não estatais (*rules of law*) perante o judiciário. Como já mencionado, esta escolha é pacificamente aceita no âmbito da arbitragem, mas quase nunca acolhida pelas cortes estatais. Os elaboradores dos Princípios tinham a opção de reafirmar o consenso vigente (permissão da escolha das *rules of law* na arbitragem, mas não no judiciário), ampliar o escopo da autonomia privada (permissão da escolha nos dois âmbitos) ou simplesmente não tratar do assunto¹⁶⁴. A decisão inicial, por ser mais consentânea com o propósito da Conferência, foi a segunda.

Em vista da oposição da União Europeia, no entanto, a Conferência teve de arranjar uma solução de compromisso para o Artigo 3. A sua redação foi modificada para incluir algumas limitações à escolha das partes de normas não-estatais. Em específico, estas normas devem ser “aceitas em nível internacional, supranacional ou regional”, como um “conjunto de regras” considerado “neutro e equilibrado”¹⁶⁵.

Por “conjunto de regras”, os Princípios parecem querer que as normas não-estatais cubram a maior parte da matéria do direito aplicável, com alguma clareza. Por “neutro”, espera-se uma *fonte* que seja equidistante das partes. Por “equilibrado”, espera-se uma norma que não beneficie demasiadamente uma parte ou um setor. A “aceitabilidade internacional” parece excluir normas setoriais ou emanadas exclusivamente do contrato das partes¹⁶⁶. Os Princípios citam a CISG e os PICC como exemplos de diplomas com todas estas características.

Todos os critérios receberam duras críticas. A expressão “conjunto de regras” não parece trazer alguma restrição significativa, já que um uso inteligente da *dépêche* permite selecionar dispositivos específicos de diplomas diversos. A “neutralidade e equilíbrio” é um critério que não se espera nem mesmo da escolha de direitos nacionais: alguns sistemas são desequilibrados, e nem por isso deixam de ser elegíveis. A “aceitabilidade geral” é bastante vaga, e não faz sentido se o propósito é privilegiar a autonomia privada¹⁶⁷.

¹⁶³ “Article 3 - Rules of law: The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.”

¹⁶⁴ Cf. GAMA JR, Lauro e SAUMIER, Geneviève, **Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts**, in FERNANDEZ ARROYO, D. P., OBANDO PERALTA, J. J. (ed) *El Derecho Internacional Privado En los Procesos de Integración Regional*, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 44-56.

¹⁶⁵ SAUMIER, Geneviève, **The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract**, in *Brooklyn Journal of International Law*, Vol 40:1, 2014, pp. 12-14

¹⁶⁶ *Idem*, pp. 16-7

¹⁶⁷ MICHAELS, Ralf. **Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts**, 2014, pp. 14-18

O problema maior, todavia, pode ser outro. Ao procurar um compromisso, é possível que o Artigo 3 seja considerado restritivo demais no âmbito arbitral, no qual não há restrição às normas não-estatais, e liberal demais no âmbito do judiciário, o qual ainda parece resistir à abertura das fontes de direito elegível pelas partes. Em suma, segundo Ralf Michaels, um dispositivo “hesitante, internamente incoerente e difícil de operar”¹⁶⁸.

2.4. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento brasileiro, conjuntamente com a maioria dos países latino-americanos, não reconhece a autonomia privada na escolha de direito material de forma pacífica. As principais fontes analisadas serão a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), de 1942, bem como sua antecedente Introdução ao Código Civil de 1916, e a Lei de Arbitragem de 1996.

A primeira disciplina positiva de direito internacional privado foi feita em 1916, sob os auspícios de Clóvis Beviláqua. Tratava-se da Introdução ao Código Civil promulgado na mesma data. A teoria civilista da época, ainda legatária da tradição liberal clássica¹⁶⁹, incorporou no regramento internacional o privilégio à liberdade das partes. No Artigo 13 da Introdução, estabeleceu o legislador que a regra da *lex loci celebrationis* era aplicável *salvo estipulação em contrário*¹⁷⁰.

A disciplina foi alterada em 1942, por decreto do Governo Vargas, como maneira de obstaculizar as liberdades de estrangeiros residentes no Brasil¹⁷¹. Assim, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, alterada em 2010 para Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, estabeleceu a regra da *lex loci celebrationis* sem qualquer menção a estipulação em contrário¹⁷². Omitiu-se quanto à autonomia privada.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 23

¹⁶⁹ “No domínio das obrigações, a doutrina clássica, influenciada pelo liberalismo individualista, fundava o contrato no paradigma voluntarista, que imperou absoluto durante o século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Não por outra razão, Clóvis Bevilacqua afirmava textualmente a possibilidade, na ordem jurídica nacional, de escolha do direito aplicável às obrigações voluntárias, desde que observados os limites da ordem pública.” GAMA JR, Lauro, **Autonomia da Vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável**, in Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (eds.) O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger (Rio de Janeiro, Renovar, 2006), p. 604

¹⁷⁰ Artigo 13 do Código Civil de 1916: Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.

¹⁷¹ GAMA JR, Lauro, *op.cit.*, p. 605

¹⁷² Artigo 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

Desde a passagem da lei, uma polêmica se estabeleceu entre os intérpretes do Artigo 9º. A doutrina¹⁷³ identifica três principais correntes exegéticas: aquela realista, para a qual a autonomia privada perdeu todo o suporte normativo, tendo sido extirpada do regramento internacional privado; a corrente conciliatória, que reconhece a autonomia apenas de forma indireta e quanto aos dispositivos supletivos do ordenamento, prevalecendo a inteireza das regras imperativas e de ordem pública; e uma terceira corrente, esposada por Haroldo Valladão e Jacob Dolinger, para quem a mera omissão da LICC de 1942 jamais foi capaz de abolir a autonomia privada, tendo as partes ainda o direito de escolher a lei aplicável ao mérito no direito brasileiro¹⁷⁴.

Recentemente, Gama propôs uma nova abordagem para a disputa acerca do Artigo 9º. Utilizando-se do referencial teórico civil-constitucional, apontou que os valores da autonomia privada, livre iniciativa e livre concorrência encontram amparo na Constituição da República¹⁷⁵, sendo princípios dotados de plena normatividade e eficácia espraída por todo o ordenamento brasileiro. Assim, uma restrição a estes valores necessitaria de vedação legal expressa, e não de interpretação ampliativa da norma do Artigo 9º. Além disso, a imposição da limitação à autonomia das partes, sem necessidade premente ou razão de interesse público, constituiria ônus desproporcional e, portanto, inconstitucional¹⁷⁶.

Seja qual for a interpretação mais correta, é verdade que se trata de uma situação de excessiva insegurança jurídica para as partes de um contrato internacional, pois elas não poderão se assegurar da validade de uma cláusula de escolha de direito material¹⁷⁷. Uma mudança profunda teria ocorrido no direito internacional privado brasileiro se a Convenção do México, de 1994, houvesse sido ratificada pelo Congresso nacional. No entanto, como exposto no ponto 2.1, o documento foi assinado e jamais ratificado, tendo vigência atual apenas no México e Venezuela¹⁷⁸.

¹⁷³ A classificação mencionada está presente em GAMA JR, Lauro, *op. cit.*, pp. 606-8, bem como em ARAUJO, Nadia de e SALDANHA, Fabiola, **Recent Developments and Current Trends on Brazilian Private International Law Concerning International Contracts**, in Panorama of Brazilian Law, Vol 1, No 1 (2013), p. 78.

¹⁷⁴ Uma revisão aprofundada do debate na doutrina brasileira está presente em ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Renovar, 2009, pp. 93-133

¹⁷⁵ Notadamente nos Artigos 1º, IV, 5º, II, e 170, parágrafo único da Constituição.

¹⁷⁶ GAMA JR, Lauro, *op. cit.*, pp. 611-23

¹⁷⁷ ARAUJO, Nadia de e SALDANHA, Fabiola, *op. cit.*, p. 82

¹⁷⁸ O Brasil assinou a Convenção do México em 17/03/1994, e nunca prosseguiu com a ratificação. Cf. a página da OEA sobre a Convenção, disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html>>. Acesso em 28/08/2016.

Uma mudança de extrema relevância veio com a promulgação da Lei 9.307/1996, que disciplina a arbitragem no Brasil¹⁷⁹. Para além de finalmente incorporar o instituto ao ordenamento brasileiro, o Artigo 2º da Lei permitiu às partes a escolha do direito material¹⁸⁰. Ademais, permitiu expressamente a escolha de regras de direito (*rules of law*), bem como em princípios gerais do direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio¹⁸¹. Destarte, facultou às partes a mais ampla autonomia para decidir sobre o direito material, desde que o contrato esteja submetido à arbitragem¹⁸².

Uma questão suscitou polêmica relativamente à Lei de Arbitragem. Ao contrário de muitos países, o diploma brasileiro não fez qualquer distinção entre arbitragens nacionais e internacionais. Assim, a regra do Artigo 2º parece se estender também aos litígios meramente domésticos. Isto poria o Brasil em situação curiosa: embora extremamente restritivo na sua disciplina de direito internacional privado aplicável aos conflitos levados para o judiciário, seria absolutamente vanguardista na disciplina arbitral, permitindo a escolha de direito estrangeiro, *rules of law* e princípios gerais inclusive em arbitragens domésticas¹⁸³.

Em posição contrária, João Bosco Lee¹⁸⁴ e Fabiane Verçosa¹⁸⁵ argumentam que a internacionalidade da relação contratual é pressuposto para a possibilidade da escolha da lei estrangeira. Assim, uma disputa doméstica, submetida à arbitragem, seria necessariamente regulada pelo ordenamento brasileiro.

¹⁷⁹ A Lei de Arbitragem foi atualizada em 2015, pela Lei 13.129/2015. No tocante específico do tema deste trabalho, entretanto, nenhuma mudança relevante foi levada a cabo.

¹⁸⁰ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

¹⁸¹ § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

¹⁸² A convivência de duas posturas quanto à autonomia privada tão distintas no ordenamento brasileiro não passou despercebida pela doutrina: “Eis o paradoxo: no ordenamento brasileiro, é o *modo de solução de controvérsias* que determina o império da autonomia da vontade ou a sua negação, e não a natureza contratual da relação jurídica.” GAMA JR, Lauro, *op. cit.*, p. 609

¹⁸³ MUNIZ, Joaquim T. de Paiva e BASILIO, Ana Tereza Palhares, **Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure**. New York: Juris Publishing, 2006, p. 36

¹⁸⁴ BOSCO LEE, João, **A Lei 9.307/96 e o Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional**, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 11, 2001, p. 351. A posição do autor parece seguir no mesmo sentido das palavras de Catherine Kessedjian: « De plus, c'est le contrat international qui retiendra notre attention puisqu'un choix de droit applicable ne peut pas se concevoir dans un contrat interne soumis, inéluctablement, au droit national du pays dans lequel ce contrat vient s'inscrire automatiquement. » KESSEDJIAN, Catherine, **Les Dangers Liés à un Mauvais Choix du Droit Applicable. Analyse de la Jurisprudence Française et de Sentences Arbitrales**. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 47 n° 2, Avril-juin 1995, p. 373

¹⁸⁵ VERÇOSA, Fabiane, **Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade**, in TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto, O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger, Renovar, 2006, pp. 435-41

Já Ricardo Ramalho Almeida entende que a escolha de direito forasteiro para reger arbitragem doméstica pode ser aceita, “quando não se caracterizar fraude à lei nacional e quando tal escolha puder ser razoavelmente fundamentada”¹⁸⁶. Nos casos em que não haja esta fundamentação, ou seja, casos de escolha possivelmente arbitrária, a admissão de diploma estrangeiro só poderia ser feita mediante incorporação, não designação de direito aplicável. Em todo caso, salientam todos os autores acerca do tema, necessário o respeito à ordem pública brasileira, sob pena de anulação da sentença interna ou indeferimento da homologação de sentença arbitral estrangeira (Capítulo 4, abaixo).

Como já mencionado no ponto 2.3, o Brasil aderiu à Convenção de Viena de 1980, que passou a vigor em 2014. O País se tornou Estado Contratante, e a CISG passou a constar como parte efetiva do direito nacional brasileiro. Nos contratos específicos de compra e venda internacional de mercadorias, a autonomia privada será respeitada, inclusive perante o judiciário, se os requisitos de aplicabilidade da Convenção restarem preenchidos. A autonomia se estende, também como já dito, inclusive à possibilidade de excluir, modificar ou combinar a aplicação da CISG com outros diplomas jurídicos.

Ainda que não diga respeito a direito material, importante mencionar o Código de Processo Civil de 2015, o qual estabelece a possibilidade da pactuação de negócios jurídicos processuais atípicos¹⁸⁷. Trata-se de uma afirmação vigorosa em favor da autonomia privada, em um ambiente até então fechado a este valor¹⁸⁸. Assim, é cada vez mais dissonante o Artigo 9º da LINDB num ordenamento que vem se abrindo à possibilidade do autorregramento pelas partes¹⁸⁹. No contexto de aprofundamento do comércio internacional e de integração econômica

¹⁸⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo 2005, p. 118

¹⁸⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

¹⁸⁸ “Um processo em que se desenvolvam amplamente os negócios processuais: é mais consentâneo com a liberdade; confere ao jurisdicionado a dignidade que ele merece em um sistema que pretenda resolver os problemas das pessoas em vez de tutelá-las senhorialmente; tende a ser mais aderente à realidade e apto a produzir resultados eficazes e adequados às necessidades de cada conflito.” TALAMINI, Eduardo, **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**, disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>> Acesso em 29/08/2016.

¹⁸⁹ Fredie Didier chega a argumentar que o Art. 190 do CPC/2015 efetivamente passa a permitir a escolha de direito material estrangeiro, consuetudinário ou equidade. V. DIDIER, Fredie, **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Código de Processo Civil de 2015**, in Revista Brasileira de Advocacia, vol. 1/2016, pp. 62-4. Mas é duvidosa a afirmação. A literalidade do artigo parece restringir o autorregramento aos aspectos *processuais* da lide, não se estendendo aos materiais. Didier entende caber uma analogia com o Art. 2º da Lei 9.307/1996, mas não é clara a validade da analogia: o Art. 2º não fecha a sua aplicação à dimensão processual, ao contrário da norma do CPC. A tese do autor ainda parece comportar resultados inverossímeis: a “escolha de direito” a que ele se refere se enquadra como *materielle rechtliche Verweisung* (incorporação) ou *kollisionrechtliche Verweisung* (efetiva escolha de direito material)? Se for a primeira, é assertiva inócua, já que o Código Civil não precisa de autorização do CPC para afirmar o caráter dispositivo de suas regras dispositivas. Já se for o último caso, cai-se num paradoxo

crecente, a restrição à liberdade contratual perante o Judiciário parece ser uma postura atávica. Parece crescer a força do argumento de que a interpretação proibitiva da autonomia das partes deve ser abandonada de uma vez.

Concluído o estudo de como é regulada a escolha de direito material, o trabalho passa a analisar a hipótese de *ausência* desta escolha.

3. AUSÊNCIA DA ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL

Uma vez examinados as principais normas concernentes ao tema da escolha de direito material, passa-se agora ao estudo dos casos onde as partes deixam de escolher o direito material do seu próprio contrato. O foco aqui será na postura que os árbitros costumam adotar nas situações deste tipo; os juízes estatais adotarão simplesmente as regras de direito internacional privado do seu país. Para os árbitros, como se verá, a resposta para estes casos costuma ser muito menos óbvia.

3.1. FONTES NORMATIVAS

Em qualquer arbitragem, o tribunal deve seguir concomitantemente a lei arbitral da sede da arbitragem e as regras específicas de direito procedimental escolhidas pelas partes. O que se segue é uma breve análise dos principais diplomas jurídicos dos dois tipos, especificamente a respeito de como disciplinam a aplicação da lei de mérito pelo tribunal.

Como já mencionado no capítulo anterior, o Artigo 28 da Lei Modelo da UNCITRAL estabelece que “o tribunal arbitral decide a disputa de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas ao mérito da disputa”¹⁹⁰. Na hipótese de ausência de escolha do direito material, a seção 2 do Artigo 28 disciplina que “o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela norma de conflito de leis que considerar aplicável”¹⁹¹. Esta norma na prática

interessante: o próprio Art. 190 não parece ter força normativa suficiente a ponto de afastar as normas cogentes do CPC/2015 (veja-se, *e.g.*, o seu parágrafo único, que submete a convenção processual ao controle de validade judicial, afastando-se-lhe a eficácia em caso de nulidade. Que fontes determinarão esta nulidade? Dentre elas, o próprio CPC, presume-se. Assim, o Art. 190 embute em sua própria redação a limitação do negócio pelas regras cogentes do CPC). Mas teria força suficiente para afastar as regras cogentes do Código Civil?! Com respeito, a interpretação não parece acertada.

¹⁹⁰ **Lei Modelo da UNCITRAL**, Art. 28 (1).

¹⁹¹ *Idem*, Art. 28 (2).

implica uma enorme carga de autonomia para os árbitros: considerados agentes das partes, estes possuem uma autoridade delegada pelos mesmos para a determinação do direito material.¹⁹²

Uma exceção a esta tendência merece destaque. A lei arbitral da Alemanha¹⁹³, a mesma quase integralmente uma adoção *verbatim* da Lei Modelo da UNCITRAL, apresenta uma mudança importante no texto da seção correspondente ao mencionado Artigo 28(2) (§1051(2) ZPO). Em vez de determinar que o árbitro aplique a norma de conflito de leis considerada apropriada, decidiu-se que esta norma aplicável deverá ser aquela “mais estreitamente conectada” (*most closely connected*) com a disputa concreta.¹⁹⁴ Explica-se: o legislador alemão quis harmonizar a sua lei arbitral com o disposto na Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Convenção de Roma), de 1980, da União Europeia.¹⁹⁵ O artigo 4.1 da Convenção efetivamente positiva esta norma de conflito de leis para os contratos.¹⁹⁶ Em consequência, a autoridade arbitral (e as próprias partes, em última análise) regida pela lei arbitral alemã perde sua discricionariedade em troca de uma margem maior de previsibilidade.¹⁹⁷ Sem embargo, nem todos os outros legisladores nacionais europeus se sentiram compelidos a adotar a mesma racionalidade alemã. A lei arbitral francesa, por exemplo, concede a mais completa autonomia à autoridade arbitral para a definição da lei de mérito aplicável.¹⁹⁸

O segundo conjunto de regras a ser seguido pelo tribunal arbitral são as regras procedimentais escolhidas pelas partes. São estes, por exemplo, os regulamentos das diversas câmaras arbitrais, nos casos de arbitragem administrada.

¹⁹² LEW, Julian D. M. e MISTELIS Loukas A., et al., **Comparative International Commercial Arbitration**, p. 424

¹⁹³ A qual é parte do *Zivilprozessordnung*, §§ 1025-1066. A lei foi promulgada em 01/01/1998. Utilizo-me da tradução inglesa do German Institute of Arbitration (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*) disponível em: <<http://www.dis-arb.de/de/51/materialien/german-arbitration-law-98-id3>>. Acesso em 24/02/2015.

¹⁹⁴ §1051(2) ZPO: Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law of the State with which the subject-matter of the proceedings is most closely connected. “Na ausência de escolha pelas partes, o tribunal arbitral deverá aplicar a lei do Estado com o qual a matéria do procedimento for mais estreitamente conectada.” (trad. livre)

¹⁹⁵ SCHMALZ, Bettina. **Commentary on the German Arbitration Law**, pp. 311-2.

¹⁹⁶ “Na medida em que a lei aplicável ao contrato não tenha sido escolhida nos termos do artigo 3º, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato fôr separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41980A0934&from=PT>>. Acesso em 24/02/2015.

¹⁹⁷ A medida em que o árbitro efetivamente perde a sua liberdade nesta situação não é clara. Gary Born sugere que o desrespeito ao teste da *closest connection* provavelmente forneceria suporte para a invalidação de uma sentença arbitral, onde ele fosse requerido pela lei arbitral. Entretanto, a maioria das legislações não prevê a hipótese de anulação com este fundamento. V. BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**, pp. 2631-2.

¹⁹⁸ *Code de Procédure Civile*, art. 1511: Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em 24/02/2015.

As regras originais da UNCITRAL, de 1976, traziam uma norma bastante semelhante àquela da Lei Modelo a respeito da lei aplicável de mérito: na ausência de escolha pelas partes, facultava-se ao tribunal arbitral determinar a lei através da norma do conflito de leis considerada aplicável.¹⁹⁹

Já as regras atualizadas de 2010 trazem uma alteração importante. Eliminou-se qualquer menção a normas de conflito de leis. Com isto, o tribunal fica autorizado a selecionar diretamente o direito material que julgar apropriado, sem qualquer intermédio.²⁰⁰

Os regulamentos arbitrais institucionais tendem a seguir a orientação adotada pelas regras da UNCITRAL de 2010. O artigo 21 do Regulamento de Arbitragem da Corte de Comércio Internacional (ICC Rules)²⁰¹, de Paris, deixa igualmente de mencionar a norma do conflito de leis, permitindo ao tribunal que aplique diretamente as regras que considere apropriadas.²⁰²²⁰³ Outras câmaras arbitrais dispõem de normas de teor semelhante.²⁰⁴

Em qualquer dos casos, a decisão de diversos textos normativos a respeito do tema parece clara: conceder ao tribunal arbitral a liberdade, direta ou indiretamente, sobre a lei

¹⁹⁹ 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, art. 33, 1: The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

²⁰⁰ 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, art. 35, 1: The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate.

²⁰¹ CCI, Regulamento de 2012, Art. 21 (1): As partes terão liberdade para escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo tribunal arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o tribunal arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas.

²⁰² ICC, **The Secretariat's Guide to ICC Arbitration**, 3-§747

²⁰³ É interessante notar que as regras da CCI passaram por uma evolução muito semelhante àquela das UNCITRAL Arbitration Rules. O regulamento da CCI de 1975 (Art 13(3)) igualmente continha disposição fazendo referência às normas de conflito de leis; referência que as edições posteriores abandonaram. Isto leva a crer que a opção pela *voie directe* (v. seção 3.2 *infra*) é de fato tendência mundial verificada nos principais diplomas jurídicos sobre arbitragem internacional.

²⁰⁴ Por exemplo: Camera Arbitrale di Milano, **Regulamento de Arbitragem** Art. 3(3): Não havendo acordo quanto à indicação prevista no item 2, o Tribunal Arbitral aplicará as normas que considerar apropriadas, considerando a natureza da relação, a qualidade das partes e quaisquer outras circunstâncias relevantes no caso em questão.; CAM-CCBC, **Regulamento**, Art. 9.4: As partes poderão escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo Tribunal Arbitral ao deslinde da disputa. Em caso de omissão ou divergência, caberá ao Tribunal Arbitral decidir a esse respeito. CIETAC, **Regulation**, Art. 49.2: Where the parties have agreed on the law applicable to the merits of their dispute, the parties' agreement shall prevail. In the absence of such an agreement or where such agreement is in conflict with a mandatory provision of the law, the arbitral tribunal shall determine the law applicable to the merits of the dispute; AAA-ICDR, **Procedures**, Art. 31.1: The arbitral tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law agreed by the parties as applicable to the dispute. Failing such an agreement by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate. CAM-FIEP, **Regulamento**, Art. 6.1: A Lei a ser aplicada na solução do litígio, caso não esteja prevista em Contrato, será escolhida pelas Partes, de comum acordo. Não existindo previsão a respeito ou não sendo possível o acordo entre as Partes, caberá ao Tribunal Arbitral indicar as regras de direito material que serão aplicadas, considerando-se as previsões do Contrato, os usos e costumes e, se for o caso, as regras nacionais e, quando for o caso, internacionais do comércio.

aplicável ao mérito, caso as partes não tenham sobre isto convencionado. Tão importante é esta autonomia do tribunal que não se aventa o não reconhecimento de sentença arbitral estrangeira por erro na determinação desta lei quando da ausência de escolha, por mais evidente que possa ser o equívoco²⁰⁵. Isto é assim, segundo Ferrari e Silberman, porque o erro na determinação do direito costuma ser considerado um simples erro de direito como qualquer outro²⁰⁶. Assim, não caberia às cortes imiscuir-se nas razões levantadas pelos árbitros, dada a característica deliberatória do juízo homologatório das sentenças arbitrais. Diferentemente se daria se o tribunal arbitral se recusasse a aplicar a escolha expressa de direito material das partes. Nestes casos, os autores entendem que haveria, sim, fundamentos para negar o reconhecimento da decisão arbitral²⁰⁷. O fundamento mais plausível seria o Artigo V(1)(c) da Convenção de Nova Iorque, por haver o tribunal transcendido o escopo da cláusula compromissória²⁰⁸.

Feita esta breve compilação, passa-se agora a analisar como, efetivamente, os diversos tribunais arbitrais têm decidido quanto ao direito material, bem como qual a racionalidade envolvida neste processo.

3.2. CRITÉRIO DA *VOIE DIRECTE*

Um método frequentemente mencionado e aplicado na prática é o método da escolha direta da lei de mérito, sem qualquer intermediação de normas de direito internacional privado. A este critério se dá o nome de *via direta* (“voie directe”), justamente por dispensar aos árbitros qualquer análise de conflito de leis. Prescreve-se que os árbitros, de posse da mais ampla autonomia decisória, escolham diretamente quais leis de mérito aplicar, de acordo com o que lhes pareça mais apropriado ou conveniente. É recomendado que os árbitros levem em

²⁰⁵ BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. pp. 2775-6

²⁰⁶ “Even where choice of law can be said to matter in the individual case and where lawyers make sophisticated arguments before the arbitrators about what the appropriate substantive law should be, there are virtually no controls that operate upon the arbitrators to ensure a “correct” choice of law decision. That is because an “erroneous” analysis of the conflict of laws issue is often treated like any other error of law.” FERRARI, Franco e SILBERMAN, Linda. **Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong**. In FERRARI, Franco e KRÖLL, Stefan (org.), CONFLICT OF LAWS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, 2010, p. 27

²⁰⁷ *Idem*, p 30

²⁰⁸ Artigo V: 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada;

consideração elementos fáticos, circunstanciais do caso concreto para chegar à conclusão mais razoável.²⁰⁹

No *ICC Case no 8817*²¹⁰, o contrato de venda e distribuição de produtos celebrado entre um vendedor dinamarquês e um comprador espanhol não continha cláusula de escolha de direito material. Baseando-se no disposto do regulamento arbitral, o árbitro procedeu à escolha do direito material considerado mais apropriado para a resolução da disputa. Para isto, se valeu de elementos do caso, como o fato de os dois países terem ratificado a CISG, a Convenção se aplicar a contratos que envolvam igualmente vendas e serviços (desde que a venda seja o elemento preponderante²¹¹), e a “adequação” da principiologia da CISG para a resolução daquele conflito concreto.²¹²

Como já mencionado, esta é a teoria mais empregada por regulamentos arbitrais, além de algumas legislações arbitrais nacionais como a francesa. Não surpreende que câmaras arbitrais patrocinem esta teoria, já que é aquela que mais liberdade concede aos próprios árbitros. Esta liberdade, todavia, não é irrestrita. Algumas das mesmas fontes que autorizam a utilização da *voie directe* também ditam que a escolha do direito pelos árbitros deve ser justificada²¹³.

É difícil questionar a legitimidade desta alternativa. Ausente o consenso das partes, é apropriado que recaia sobre os árbitros, na condição de seus agentes, a liberdade sobre a escolha da lei de mérito incidente ao conflito. E nada aconselha proibi-los de decidir conforme lhes couber as regras de direito em uma situação do gênero. Não parece, todavia, ser esta a via mais adequada para a solução de situações de escolha da lei de mérito pela autoridade arbitral. A intermediação da escolha da lei de mérito por regras de direito internacional privado tem o condão de dotar o desígnio arbitral de mais previsibilidade, além de uma menor carga de mera arbitrariedade.²¹⁴

²⁰⁹ JONES, Doug. **Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties**, p. 914.

²¹⁰ *ICC Case no 8817 (Food products case)*, disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978817i1.html>>, acesso em 02/03/2015.

²¹¹ Art. 3(2) CISG.

²¹² Esta decisão também é uma prova de como as normas de conflito de leis podem convergir no caso concreto. Se o árbitro resolvesse decidir a disputa de acordo com os princípios gerais de direito internacional privado, conforme descrito *infra* (3.4), é provável que seus argumentos coincidissem em grande medida com a decisão original.

²¹³ FERRARI, Franco e SILBERMAN, Linda. **Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong**. In FERRARI, Franco e KRÖLL, Stefan (org.), **CONFLICT OF LAWS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION**, 2010, p. 20.

²¹⁴ Como precisamente observado por Doug Jones: “[I]n the absence of a cogent, reasoned analysis of the path to the tribunal’s conclusion, the application of the *voie directe* method risks being perceived as an arbitrary decision in favour of the most convenient familiar law, or rule of law, for the arbitrators (for example, the laws of the country of which the members of the tribunal are nationals. JONES, Doug, *op. cit.*, p. 915

3.3. CRITÉRIOS DA *VOIE INDIRECTE*

O segundo critério, ou conjunto de critérios, comum na prática é o da *via indireta* (“voie indirecte”). Segundo este método, os árbitros deverão proceder a uma análise de conflito de leis para determinar o direito aplicável ao mérito na disputa submetida à arbitragem. Entretanto, não há consenso quanto ao *conteúdo* deste critério, i.e., quais devem ser os elementos valorados pelos árbitros no processo de determinação do direito aplicável. Surgiram, principalmente no âmbito da jurisprudência, métodos diversos para dar conta deste problema. Segue abaixo a descrição de alguns deles, bem como o comentário doutrinário a respeito.

3.3.1. *Critério da Lex Fori*

Decerto a mais tradicional, a regra da *lex fori* (ou *lex situs*) prescreve que se devam adotar as normas de conflito de leis do foro escolhido pelas partes como sede da arbitragem internacional. Isto é, as partes internacionais que escolham como sede do tribunal arbitral um terceiro país ficariam necessariamente vinculadas às normas de conflito de leis adotadas pelo mesmo. Esta é a racionalidade que embasou o *ICC Case no. 5460*, de 1987.²¹⁵ O contrato comercial celebrado entre uma parte austríaca e outra sul-africana previa a jurisdição da CCI, com sede da arbitragem em Londres. No entanto, não havia qualquer indicação de lei aplicável ao mérito. O árbitro do caso decidiu adotar as regras de direito internacional privado da sede, o que levou à aplicação final do direito material inglês.

A norma da *lex fori* parece se apoiar em duas razões principais. A primeira, de caráter eminentemente histórico, reflete uma visão clássica da arbitragem internacional, visão esta na qual o tribunal arbitral estaria vinculado ao direito “processual” da sede arbitral, aí inclusas as normas de conflito de leis.²¹⁶ Esta perspectiva parece ainda impor uma “ênfase excessiva à natureza judicial da arbitragem”, ao impor aos árbitros o mesmo critério adotado pelos juízes.²¹⁷

A segunda razão que justifica esta norma parece surgir da tentativa de “aproveitar”, o máximo possível, a vontade das partes. Embora não tenham decidido sobre a lei de mérito, em casos como o *ICC Case no. 5460* a sede efetivamente foi escolhida pelos contratantes da cláusula arbitral. Assim, parece haver em alguma medida um empréstimo de legitimidade à decisão, ao se preencher uma lacuna da vontade das partes com outro elemento desta mesma

²¹⁵ Austrian franchisor v South African franchisee, Final Award, ICC Case No. 5460, 1987. Disponível em: <<http://www.kluwarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN3256>>. Acesso em 23/02/2015.

²¹⁶ BORN, Gary. **International Arbitration: Law and Practice**. p. 237

²¹⁷ GAILLARD, Emmanuel, e SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, p. 867.

vontade²¹⁸. Ainda, pode-se argumentar que as partes, ao elegerem um país como foro para a disputa, tinham (ou deveriam ter) conhecimento e intenção de aplicar as normas de conflito de leis deste foro.

Entretanto, esta norma vem sendo severamente rechaçada já há muitos. Não se reputa razoável imaginar que as partes necessitam ter em mente as normas de conflito de leis ao escolher o foro.²¹⁹ Pelo contrário, uma série de outros elementos, totalmente diferentes deste, podem servir de motivo para a eleição de um determinado foro pelas partes. Em um caso perante a Câmara de Comércio de Estocolmo, o tribunal arbitral fez justamente esta observação:

[I]t is highly debatable whether a preferred choice of the situs of the arbitration is sufficient to indicate a choice of governing law. There has for several years been a distinct tendency in international arbitration to disregard this element, chiefly on the ground that the choice of the place of arbitration may be influenced by a number of practical considerations that have no bearing on the issue of applicable law.²²⁰

Em outro caso paradigmático, o *Sapphire Case*, de 1964, o tribunal arbitral ponderou inclusive que não há de se falar em *lex fori* de uma arbitragem internacional. Seria assim porque o árbitro, contrariamente ao juiz estatal, não está vinculado às normas de conflito de leis do país-sede.²²¹

O que parece razoável, portanto, é utilizar a informação da sede da arbitragem como mais um *elemento* a ser valorado na escolha da norma de conflito de leis pela autoridade arbitral. Rejeita-se amplamente como excessivamente mecânica a remissão automática às normas da sede, uma decisão que, embora dificilmente capaz de tornar a sentença arbitral inválida ou inexecutável, não atende ao imperativo moral dos árbitros de fornecer a resolução mais adequada ao conflito das partes que lhes elegeram.²²² Aplicada dogmaticamente, esta norma pode

²¹⁸ FERRARI, Franco e SILBERMAN, Linda, *op. cit.*, pp. 15-6

²¹⁹ LEW, Julian D. M. e MISTELIS Loukas A., **Comparative International Commercial Arbitration**, pp. 427

²²⁰ “É altamente debatível se uma escolha preferida do situs da arbitragem é suficiente para indicar a escolha da lei aplicável. Tem havido, há muitos anos, a tendência distinta em arbitragem internacional de desconsiderar este elemento, principalmente em vista que a escolha do local de arbitragem pode ser influenciada por uma quantidade de considerações práticas que nada têm que ver com a questão da lei aplicável” (trad. livre) Apud REDFERN, Alan e HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**, p. 231

²²¹ “Contrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict law rules of the State in whose name he metes out justice, the arbitrator is not bound by such rules. He must look for the common intention of the parties, and use the connecting factors generally used in doctrine and in case law and must disregard national peculiarities.” *Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Company* (1964) 13 ICLQ 1011, at 1012, *apud* REDFERN, Alan e HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**, p. 233. Cf. também LEW, Julian. **The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause**, pp. 140-1.

²²² BORN, Gary. **International Arbitration: Law and Practice**, p. 238.

determinar que os árbitros escolham, de uma maneira imprevisível, uma lei de mérito desconhecida pelas partes.²²³

3.3.2. Critério da Closest Connection

O método da *closest connection* prescreve que se devam aplicar as normas do país com a “conexão mais estreita” com o litígio. Uma interpretação possível do termo encontra-se na Convenção de Roma de 1980²²⁴, a qual presume haver esta conexão com o país de residência da parte que haverá de efetuar a prestação mais característica (“*most characteristic performance*”) do contrato²²⁵. Esta presunção, entretanto, é afastável se houver suficientes circunstâncias indicativas da conexão com outro país, ou se a prestação característica não for determinável²²⁶.

O critério pode dizer respeito às normas *materiais* do país com a conexão mais estreita, ou às normas *de conflito de leis*. É claro que a última possibilidade oferece um caminho mais dificultoso ao tribunal: requer-se que os árbitros identifiquem qual país de fato possui a conexão mais próxima, a análise e aplicação das normas de conflito de leis deste país, a identificação do direito material indicado pela análise precedente e (finalmente) a aplicação deste mesmo direito. Não é à toa que este critério encontra poucos exemplos práticos²²⁷.

Já a possibilidade da aplicação das normas *materiais* do país com a conexão mais estreita, além de ser mais simples, parece ter mais amparo nas legislações nacionais. É o caso das legislações suíça, alemã e japonesa²²⁸. De qualquer forma, mesmo que os árbitros tomem

²²³ É como entendeu o tribunal arbitral do ICC Case no. 1422: “[i]t is appropriate to eliminate forthwith the law of the forum, whose connection with the case is purely fortuitous”. ICC Case No. 1422, 101 J.D.I. (Clunet) 884 (1974), *apud* BORN, Gary, *idem*.

²²⁴ Artigo 4º (2): “Sem prejuízo do disposto no nº 5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da actividade económica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deve ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento.”

²²⁵ Geralmente, a prestação não-pecuniária.

²²⁶ Artigo 4º (5): “5. O disposto no nº 2 não se aplica se a prestação característica não for determinável. As presunções dos nºs 2, 3 e 4 não serão admitidas sempre que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país.”

²²⁷ O tribunal arbitral do ICC Case no. 8115, de 1995, levou em conta a nacionalidade síria do requerente, o local de realização da prestação acordada no contrato, e o resultado almejado pela prestação (a obtenção de um contrato com uma autoridade síria), como circunstâncias indicativas da conexão mais estreita da Síria com o litígio submetido à arbitragem. Em seguida, aplicou as normas de conflito de leis da Síria. **ICC Arbitral Award Case no. 8113 of 1995**, in XXV Yearbook Comm. Arb. (2000), 324 (325), *apud* FERRARI, Franco e SILBERMAN, Linda, *op. cit.*, p. 16, nota 183.

²²⁸ *Idem*, p. 12.

decisões consideradas questionáveis, ou errôneas, ao aplicar este método, não parece haver qualquer repercussão relevante: não haverá fundamento para anular ou deixar de reconhecer a sentença arbitral²²⁹.

3.3.3. Critério da convergência normativa

Um terceiro método frequentemente mencionado é o *cumulativo*. Consiste na análise prévia de todas as regras de direito internacional privado possivelmente aplicáveis ao caso, seguido da resolução através da constatação de que o resultado prático de todas as alternativas será o mesmo.

No *ICC Case no. 6281*, de 1997, à falta de escolha de lei substancial pelas partes, o tribunal se deparou com três possíveis conjuntos de normas de conflito de leis: a da sede, francesa, a da parte vendedora, iugoslava, e a da parte compradora, egípcia. Embora as normas dos três países não fossem iguais, o resultado prático de todas elas calhava de ser o mesmo: o direito material do país da parte vendedora, a Iugoslávia. Ao constatar esta convergência, o tribunal naturalmente aplicou a lei deste país²³⁰.

A doutrina aponta que a racionalidade desta norma se trata da identificação de um “falso conflito” existente entre as diversas normas, seguido da correta conclusão da relativa irrelevância prática da discussão mais aprofundada sobre o tema. Aplica-se conseqüentemente o direito material indicado, a despeito de qual a norma de conflito de leis seja a mais apropriada.²³¹

Embora o método cumulativo seja em si uma solução provavelmente adequada em todos os casos onde o seu emprego seja possível, é evidente que o seu uso é muito limitado. Afora os casos em que todas as normas de conflito de leis apontem para a mesma solução, é uma regra impossível de ser aplicada e, portanto, inútil.²³² Nos casos em que sua aplicação seja, todavia, possível, ela pode conferir mais agilidade ao processo decisório arbitral.²³³

²²⁹ BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**, p. 2624.

²³⁰ **Award in ICC Case No 6281**, in Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995 (J-J Arnaldez, Y Derains & D Hascher eds) (Kluwer Law International, 1997), p. 409, *apud* JONES, Doug, *idem*, p. 922

²³¹ GAILLARD, Emmanuel, e SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, p. 871

²³² BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**, p. 2649.

²³³ Pode-se dispensar que as partes tenham de provar qual o direito material aplicável, por exemplo, se a solução somente pode ser uma.

3.3.4. Critério dos princípios de direito internacional

O último método usualmente apontado consiste na identificação de princípios gerais internacionais de conflito de leis. Estes princípios parecem emergir conjuntamente de tratados internacionais amplamente conhecidos e da própria jurisprudência arbitral²³⁴.

Os tratados frequentemente invocados são as Convenções de Haia de 1955 e 1986, a CISG²³⁵, e a Convenção de Roma de 1980.²³⁶ O que torna este fato a possível expressão de um corpo consuetudinário normativo é a percebida desnecessidade de que estes documentos tenham sido ratificados por qualquer dos países envolvidos na arbitragem.²³⁷ Algumas normas de conflito de leis se tornam, portanto, apropriadas e aplicáveis precisamente em virtude de seu caráter internacional, de seu uso e conhecimento amplo pela comunidade comercial e/ou arbitral, e de seu decorrente reconhecimento em seguidas decisões de casos concretos.

No *ICC Case no 7071*, o tribunal do caso julgou razoável que as partes esperassem a aplicação de regras geralmente reconhecidas e aceitas de conflito de leis, precisamente em razão do caráter internacional da disputa.²³⁸ Em outro caso semelhante, o *ICC Case no 8385*, a decisão orientou-se pela mesma racionalidade:

"The application of international principles of law offers many advantages. They apply in a unique manner and they are independent of the particularities of any domestic legal system. They take into account the particular needs of international relations and allow a fruitful exchange between the systems which are often linked to conceptual distinctions in an exaggerated manner on one side and those who seek just and pragmatic solutions of individual cases on the other. It is thus an ideal opportunity to apply [in this arbitration] what is more and more called *lex mercatoria*."²³⁹

²³⁴ Para um tratamento sistemático do tema da *lex mercatoria* no direito do comércio internacional, ver GLITZ, Frederico, **Contrato, Globalização e Lex Mercatoria**: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e Incoterms (2010). São Paulo, Clássica, 2014

²³⁵ SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford 2010, p. 24

²³⁶ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*, p. 2650

²³⁷ GAILLARD, Emmanuel, e SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, pp. 873-4

²³⁸ *ICC Case no 7071*, apud JONES, Doug, idem, p. 923

²³⁹ "A aplicação de princípios internacionais do direito oferece muitas vantagens. Eles se aplicam de uma maneira única e são independentes das particularidades de qualquer ordenamento jurídico doméstico. Eles levam em conta as necessidades particulares das relações internacionais e permitem um intercâmbio frutífero entre os sistemas, frequentemente vinculados a distinções conceituais exageradas, de um lado, e soluções pragmáticas de casos individuais, de outro. É, portanto, uma oportunidade ideal de aplicar [nesta arbitragem] o que vem sendo chamado de *lex mercatoria*" (trad. livre). *ICC Award No. 8385*, Clunet 1995, at 1061, 1066, disponível em: <http://www.trans-lex.org/000011#head_8>.

Em sentido semelhante, o tribunal do *ICC Case no 12494*, de 2004, decidiu por aplicar a Convenção de Roma de 1980 a uma disputa onde nenhuma das partes era de países signatários àquela, justamente em virtude dos “princípios internacionalmente reconhecidos aplicáveis a conflitos de normas”.²⁴⁰

A escolha por documentos “a-nacionais” de direito internacional conta, sobretudo, com a importante qualidade de afastar da decisão as “influências paroquiais” de qualquer ordenamento jurídico particular.²⁴¹ Assim, pode-se aumentar a previsibilidade da decisão para as partes.

Em face da notada inadequação dos outros métodos de escolha do direito material, mas também devido às suas próprias virtudes, o método da *lex mercatoria* parece realmente proporcionar a solução mais apropriada para o dilema deste capítulo. Entretanto, é verdadeira a advertência oferecida por Gary Born: os “princípios internacionais de conflito de leis”, atualmente, são mais uma aspiração ideal que uma realidade.²⁴² É necessário do árbitro, ao aplicar este método, alguma dose de criatividade, haja vista a falta de clareza acerca de quais são os princípios internacionais que contam, qual a mais adequada interpretação de conceitos bastante vagos presentes naqueles princípios, em que documentos internacionais eles se encontram, e quando há pertinência para a sua aplicação.

Um bom exemplo é o já mencionado critério da conexão mais estreita (“*closest connection*”). Este critério, geralmente tido como um dos princípios gerais de direito internacional²⁴³, e prescreve que a lei aplicável a uma disputa seja a do país da parte que realiza a obrigação mais característica do contrato (“*most characteristic performance*”). Em um contrato de compra e venda, esta obrigação é executada pelo vendedor, donde se conclui que a lei deste é geralmente a aplicável. Entretanto, o tribunal arbitral pode, sem nenhum constrangimento, decidir que a lei aplicável é a do país em que efetivamente se executa a obrigação mais característica (ou seja, não necessariamente o país do vendedor), como inclusive já foi decidido em alguns casos.²⁴⁴ Logo, a vagueza deste princípio pode aproximar a decisão do tribunal de uma simples escolha direta.

²⁴⁰ *ICC Case No. 12494*, ICC Bulletin, Vol. 19, No. 1, p. 129, in MAYER, Pierre, **The Laws or Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator**, p. 47.

²⁴¹ GRIGERA NAÓN, Horacio. **Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration**, pp. 183-4

²⁴² BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**, p. 2650

²⁴³ Empregado na Convenção de Haia de 1955, Art. 3, Convenção de Roma de 1980, Arts. 4.1 e 4.2, Convenção de Haia de 1986, Art. 8(1), *Rome I Regulation*, Art. 4.1(a)(2))

²⁴⁴ MAYER, Pierre. **The Laws or Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator**, p. 47

Uma solução possível para sanear os defeitos do método da *lex mercatoria* poderia ser a elaboração de documentos de *soft law* por autoridades ou instituições reconhecidas pela comunidade arbitral internacional. Exemplos bem-sucedidos como as *CISG Advisory Council Opinions*²⁴⁵, os *IBA Guidelines*²⁴⁶, e os próprios Princípios UNIDROIT sugerem que melhorias na uniformização e aplicação de instrumentos de direito internacional privado podem emergir de iniciativas não-estatais.

Em suma, não há respostas fáceis, e este continua sendo um problema em aberto.

4. LIMITAÇÃO DE ORDEM PÚBLICA À ESCOLHA DE DIREITO MATERIAL

A este ponto no trabalho, viu-se a relação entre a escolha de direito material e o princípio da autonomia privada, como este instituto é positivado em diversos diplomas das mais variadas naturezas, e o tratamento dado aos casos de ausência desta mesma escolha. Em momento derradeiro, é preciso estudar também quais são os limites desta escolha de direito material. A principal limitação a esta escolha envolve o consagrado instituto da ordem pública. É sobre ele que se deterá a análise neste momento.

No presente capítulo, pretende-se analisar o conceito de ordem pública, esclarecendo sua natureza, propósitos e limites. Em seguida, discute-se a notória distinção em níveis do conceito de ordem pública. Por fim, comentam-se as formas pelas quais a ordem pública geralmente é tutelada pelos tribunais estatais. Em todos os pontos é abordada também a perspectiva brasileira.

4.1. NATUREZA, PROPÓSITOS E LIMITES

A ordem pública é um “fenômeno principiológico que atravessa todas as áreas do direito”²⁴⁷. Trata-se sobretudo de um conceito de caráter moral e comunitário, variável no tempo e no espaço e vocacionado a salvaguardar os “princípios essenciais de justiça” caros a

²⁴⁵ Disponíveis em: <<http://www.cisgac.com/index.php>>. Acesso em 09/03/2015.

²⁴⁶ Disponíveis em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>. Acesso em 09/03/2015.

²⁴⁷ DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares**, Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 93. n. 828. p. 33-42. out. 2004, p. 33.

uma determinada sociedade²⁴⁸. Trata-se do contraponto à autonomia conferida às partes²⁴⁹. Reconhece-se que a liberdade individual, por mais importante e útil que seja, não pode ser capaz de derrogar *todas* as regras de direito de uma comunidade: aquelas essenciais, se violadas, devem prevalecer sobre o arranjo das partes²⁵⁰.

Por ser um fenômeno intrinsecamente ligado às sensibilidades sociais de um povo²⁵¹, naturalmente a ordem pública acompanhará as suas alterações. Por este motivo é a ordem pública de substância mutável. A tolerância à celebração de divórcio de brasileiros no exterior ilustra esta característica. Anteriormente à Lei do Divórcio, de 1977, admitiam-se efeitos para divórcios realizados no exterior exclusivamente para fins patrimoniais, com efeitos de desquite²⁵². Com a mutação social e legislativa da temática no Brasil, extinguiu-se a barreira de ordem pública contra o reconhecimento do instituto.

Recentemente no âmbito internacional, atingiu-se o entendimento de que casos envolvendo lavagem de dinheiro, propina ou corrupção em geral também trazem importantes implicações a respeito do tema da ordem pública. Se há algumas décadas seria aceito o argumento de que a corrupção é fato inevitável do comércio, com a evolução da compreensão internacional se concluiu que tanto árbitros quanto juízes, estes em sede de reconhecimento das sentenças arbitrais, têm o papel de investigar e coibir, por razões de ordem pública, a tutela de relações manchadas por práticas corruptas²⁵³.

²⁴⁸ MOREIRA, João Ilhão. **O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública. Perspectiva do direito português.** In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41/2014, p. 296.

²⁴⁹ “a ordem pública tem uma função dogmática justamente como contraponto à autonomia da vontade, para recriá-la e discipliná-la, moldando-a aos interesses mais amplos da sociedade.” RAMALHO ALMEIDA, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁰ Neste sentido a nota de André Chateaubriand Martins: “Por outro lado, mesmo em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, o campo de atuação das partes deve, obrigatoriamente, encontrar limites, com vistas a preservar valores essenciais que integram determinada ordem jurídica e que, portanto, não podem ser por elas derogados. Em outras palavras, a liberdade das partes é aceita até o ponto em que não colida com a ordem pública, que se insere nessa reserva estatal, estabelecida pela jurisprudência.” MARTINS, André Chateaubriand de. **Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspectiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional**, in Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 37, 2013, p. 51.

²⁵¹ Embora o conceito ordem pública possa ser estudado com grande proveito a partir do ponto de vista da filosofia moral, com o esclarecimento acerca da sua posição como possível ponte entre moral e direito, este trabalho não tem a pretensão de entrar nesta discussão. Por esta razão, quaisquer termos utilizados no trabalho que possam ter alguma conotação prescritiva ou normativa (“sensibilidades sociais”, “caráter moral”, “valores fundamentais” etc.), devem ser lidos aqui somente como signos descritivos de uma determinada realidade social. O trabalho não adota nenhuma posição sobre a questão moral substantiva que subjaz a estas questões.

²⁵² A narrativa legislativa e jurisprudencial deste transcurso é feita por Jacob Dolinger. DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 416-7

²⁵³ “The international public policy significance of bribery of a foreign public official and money laundering means that an award that does not adequately address issues of this nature arising in the course of the arbitration is liable either to be set aside by the tribunals of the jurisdiction where the award was made or refused recognition and enforcement in jurisdictions where enforcement might subsequently be sought. The fact that an award conflicts with the public policy of the seat of the arbitration is normally sufficient under applicable national laws to justify that it be set aside by the tribunals of that place.” CREMADES, Bernardo M., CAIRNS, David J. A., **Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-Making: The cases of Bribery, Money Laundering**

O fenômeno da ordem pública se espalha por todo o ordenamento jurídico. A preocupação será sempre a tutela daqueles valores considerados fundamentais por uma comunidade e sua ordem jurídica, onde quer que se localizem nesta estrutura. Na Sentença Estrangeira Contestada 802, de relatoria do Min. José Delgado, o STJ definiu as matérias que abrigam as “leis de ordem pública”²⁵⁴:

(i) as constitucionais; (ii) as administrativas, (iii) as processuais; (iv) as penais; (v) as de organização judiciária; (vi) as fiscais; (vii) as de polícia; (viii) as que protegem incapazes; (ix) as que tratam da organização da família; (x) as de organização econômica (atinentes aos salários, à moeda; ao regime de bem); e (xii) a fraude à lei.²⁵⁵

No âmbito processual, estes usualmente identificam-se com as “regras fundamentais que devem presidir ao desenrolar do processo”²⁵⁶, e podem dizer respeito a matérias como a igualdade das partes e a imparcialidade dos árbitros²⁵⁷, a fundamentação das decisões²⁵⁸, a garantia do contraditório²⁵⁹, e o respeito à coisa julgada²⁶⁰.

Na mesma toada, a ordem pública material cuida da proteção de valores fundamentais no âmbito do mérito de uma disputa. A doutrina menciona os casos de juro considerados

and Fraud. in Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Arbitration – Money Laundering, Corruption and Fraud. 2003, p. 77

²⁵⁴ Para uma detida análise da concepção de ordem pública no direito comparado, cf. BARROCAS, Manuel Pereira, **A Ordem Pública na Arbitragem**, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, I, Lisboa, Jan./ Mar. 2014, pp. 65-121.

²⁵⁵ Sentença Estrangeira Contestada 802, Rel. Min José Delgado, Corte Especial, j. 17.8.2005. A citação se encontra em APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e Processo: o Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 29. Importante, todavia, salientar a nota de Aprigliano (*ibidem*, p.30): não serão *todas* as normas constitucionais, penais, processuais, etc. que se revestirão do manto da ordem pública, mas apenas aquelas que se conectarem com os referidos valores sociais da comunidade em questão.

²⁵⁶ ILHÃO MOREIRA, João, *op. cit.*, p. 4

²⁵⁷ BEERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Laure. **Les Principes Fondamentaux de l'Arbitrage**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 489

²⁵⁸ O tema específico da motivação das sentenças arbitrais desperta polêmica. É que, ao contrário da tradição continental, nos países de *common law* é comum que se dispense a referida motivação. Assim, impor um requisito interno como de ordem pública, por mais que absolutamente cogente e abrigado por normativa constitucional, importaria em comprometer o trânsito de uma grande quantidade de laudos. Advogam pela flexibilização deste requisito, por exemplo, Jacob Dolinger (*op. cit.*, p. 441) e Carlos Alberto Carmona: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 476-9

²⁵⁹ De acordo com Kurkela e Snellman, “the ability to present one’s case appears to be the most fundamental *due process* rule. It is the foundation of legal proceedings often expressed by the maxim “*audi alteram partem*.” The objective or ideal is to have the two parties both present their case from their subjective point of view and allow or encourage them to bring all the relevant evidence which supports their position before the impartial arbitrator, who may intervene in the proceedings when necessary.”. KURKELA, Matti S. e SNELLMAN, Hannes. **Due Process in International Commercial Arbitration**. Nova Iorque: Oceana Publications, 2005. p. 18

²⁶⁰ No aresto 4A_490/2009, o tribunal federal suíço anulou uma sentença arbitral proferida pela Corte Arbitral do Esporte (CAS), a qual desrespeitava a coisa julgada definida em anterior procedimento judicial. A violação à autoridade da coisa julgada, segundo o tribunal, constituiria violação à ordem pública processual do foro suíço.

abusivos, normas concorrenciais²⁶¹, tráfico ilícito de bens e de pessoas, fraude ou corrupção²⁶², violação de normas consumeristas²⁶³ ou falimentares²⁶⁴, dentre outros como fatores capazes de causar ofensa à ordem pública.

No caso *Soleimany v. Soleimany*, de 1998, um pai e um filho tinham uma prática comercial, pela qual o filho contrabandeava tapetes do Irã para serem vendidos por seu pai no mercado internacional. Surgida uma disputa quanto à remuneração devida ao filho, a *Beth Din* (corte rabínica) de Londres, aplicando a lei judaica, emitiu um laudo arbitral definindo a remuneração devida, sem no entanto fazer caso da natureza ilegal da atividade. A Corte de Apelação inglesa recusou-se a executar a sentença, exclusivamente por razões de ordem pública, afirmando ainda que a execução da medida mancharia a honra do judiciário inglês²⁶⁵.

Quanto às maneiras de intervir na realidade jurídica, Ricardo Ramalho Almeida conceitua três principais finalidades do conceito de ordem pública: aquela de coordenação, ordenada a restringir as relações jurídicas; a ordem pública de direção, que pretende direcionar positivamente os rumos das relações privadas; e a ordem pública de proteção, vocacionada ao amparo das partes vulneráveis²⁶⁶.

O conceito de ordem pública se assemelha, embora não se identifique, com o de regras cogentes. Ainda que não digam respeito a valor fundamental da sociedade, a algumas regras se determina a aplicabilidade imediata, independentemente do acordado pelas partes²⁶⁷. No entanto, várias são as razões para a existência desta categoria, não necessariamente relacionadas com valores éticos fundamentais de um povo. Por exemplo, normas de trânsito ou cambiais são imperativas sem serem de ordem pública. Por isso, pode-se dizer que nem todas as regras imperativas serão de ordem pública, embora todas as regras de ordem pública sejam imperativas²⁶⁸.

²⁶¹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. 2005, 268f Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, pp. 205-212. Agradecimentos ao autor pela gentileza no envio da obra por *e-mail* em formato digital.

²⁶² CONDE E SILVA, Gui J. **Transnational Public Policy in International Arbitration**. Tese (Doutorado em Direito) – Queen Mary College, University of London, 2007, pp. 206-244

²⁶³ YANG, Inae. **International Interpretations and Applications of Public Policy Under the New York Convention**. Tese (Doutorado em Direito) – Tulane University, New Orleans, 2013, p. 94

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 90

²⁶⁵ ADEKOYA, Funke, **The Public Policy Defense to Enforcement of Arbitral Awards: Rising Star or Setting Sun?**, in BCDR International Arbitration Review, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015, Volume 2 Issue 2, pp. 207-8

²⁶⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *op. cit.*, p. 40

²⁶⁷ *Idem*, p. 31. Nos dizeres do próprio autor: “A liberdade proporcionada pela autonomia da vontade, ou autonomia privada, é exercida no interior do espaço que a ela é deixado pelo princípio da prevalência dos interesses públicos, gerais e coletivos, sobre os interesses privados, particulares e individuais. A noção de ordem pública atua, assim, como um necessário freio à liberdade, em consideração a interesses que têm prioridade axiológica e normativa sobre a autonomia dos particulares.”

²⁶⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *op.cit.*, p. 27

4.2. NÍVEIS DE ORDEM PÚBLICA

Feitas estas considerações iniciais, cabe expor uma particularidade importante do conceito de ordem pública na esfera internacional: a sua distinção em diferentes níveis.

A ordem pública não se aplica de maneira uniforme em todas as situações. A sua tutela, no campo internacional, se dará de forma mais restrita que no âmbito interno. Não se pode esperar que partes de jurisdições diferentes compartilhem de valores idênticos²⁶⁹. E é razoável supor que a utilização de concepções demasiado abrangentes de ordem pública impor limites exagerados ao comércio internacional. Com efeito, a imposição de limites muito rígidos para a liberdade das partes, além de ser desarrazoada, pode acabar tornando a escolha daquela jurisdição inconveniente e, potencialmente, afastando empresas e contratos de um determinado país²⁷⁰.

Em vista destas dificuldades, já há muito se operou a distinção em *níveis* de ordem pública. Em relações internacionais, aplica-se uma noção mais limitada, condizente a valores ainda mais preciosos de um ordenamento. Esta será a ordem pública internacional²⁷¹.

Importante notar que tanto a ordem pública interna quanto a internacional terão a *mesma fonte*: os valores éticos nacionais de uma comunidade determinada. As duas concepções dizem respeito a uma mesma e única realidade; o que muda é o escopo de sua aplicação. No dizer de Ricardo Ramalho Almeida, são como dois círculos concêntricos, em que o menor, de abrangência limitada a valores mais essenciais (um “núcleo duro”), aplica-se às relações internacionais. Para além deste há o círculo maior e mais abrangente, aplicável às relações domésticas²⁷².

²⁶⁹ “In an international situation, the state has to recognize that its views of justice are not the only ones, but that they compete with the rules made by other states. It would of course be possible for the state to enforce its own laws in every case brought before its courts. But it is a wise kind of self-constraint not to do so and to instead give the parties the liberty to choose which justice fits their relation best.” LEHMANN, Matthias, **Liberating the individual from battles between states: justifying party autonomy in conflict of laws**, in Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 41:381, p. 416

²⁷⁰ O’Hara e Ribstein afirmam, por exemplo, ser esta a racionalidade por trás da limitação à aplicação da exceção de ordem pública no judiciário americano. “The Court and federal appellate courts have admonished state and lower federal courts against attempting to impose local notions of justice on international transactions. The Court has reasoned that we can no longer insist on conducting world trade according to our norms and our laws, with disputes resolved in our courts. In other words, if the United States acts like a bully and attempts to interfere with the goals of international businesses, these firms can decide to play ball somewhere else.” O’HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E., **The Law Market**, Oxford University Press, 2009, p. 103

²⁷¹ DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 93. n. 828. out. 2004, p. 36

²⁷² ALMEIDA, Ricardo Ramalho de, *ibidem*, p. 32

Em consequência, todos os elementos componentes da ordem pública internacional farão parte da ordem pública interna. Já a recíproca é falsa²⁷³. Eis porque o emprego do conceito de ordem pública requer cautela por parte do Judiciário, para que não se incorra na aplicação indistinta da noção interna.

É com base nesta distinção que o STJ encontrou respaldo para acolher a pretensão da Carta Rogatória nº 3.198-US (2008.0069036-9), julgada em 30/06/2008²⁷⁴. Nela, pretendeu o Tribunal Superior de Nova Jérsei obter o *exequatur* do STJ para citar um cidadão brasileiro em ação de cobrança de dívida de jogo, contraída em território americano. Fosse o caso puramente doméstico, a ilicitude do seu objeto tornaria nulo o contrato, e sua execução ofensiva à ordem pública. Tendo sido originada em território americano, entretanto, o Tribunal entendeu não se tratar de violação de ordem pública internacional, razão pela qual autorizou a execução da medida rogada²⁷⁵.

Além destas duas concepções, a doutrina ainda costuma identificar outras. Estas já têm uma fonte diversa: os seus próprios valores componentes são internacionais. Esta é a ordem pública *verdadeiramente internacional*, ou transnacional²⁷⁶.

A ordem pública transnacional origina-se dos valores próprios a uma comunidade jurídica internacional, assentada num ordenamento jurídico próprio, e composta pelos agentes que a ele se submetem²⁷⁷. Da mesma forma que nos sistemas nacionais, a ordem pública transnacional incorporará os valores mais importantes àquele sistema, estando sujeita às variabilidades da noção ao longo do tempo²⁷⁸, além das incertezas próprias de um instituto jurídico colhido de fontes pluralíssimas.

Se a ordem pública interna é tutelada por um único estado nacional, a ordem pública *transnacional*, não dispondo de Estado ou cidadãos, requer a tutela dos próprios agentes que

²⁷³ SCHULTZ, Alexandre Bueno, **A Ordem Pública na Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 38, 2013, p. 79

²⁷⁴ A referência a este caso, acompanhada de explicação pormenorizada, encontra-se no texto de André Chateaubriand Martins, *op.cit.*, p. 58.

²⁷⁵ Nos dizeres do Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros: “A permissão – e até o estímulo – de jogos de azar nos Estados Unidos da América do Norte é questão relativa a valores, cultura e soberania estadunidense. Não cabe ao Judiciário brasileiro impedir ou criar obstáculos ao prosseguimento de ação na Justiça americana, sob o argumento de que no Brasil o jogador não está obrigado a pagar ao cassino. Ora, isso pouco importa ao Juiz americano que nos roga colaboração para entregar o direito segundo as leis do seu país!”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória nº 3.198-US (2008.0069036-9), acórdão publicado em 11/09/2008.

²⁷⁶ DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 93. n. 828. out. 2004, p. 37

²⁷⁷ “Transnational law provides today the backbone of a legal order proper to the international community of individuals, companies and states.” CONDE E SILVA, *op.cit.*, pp. 110-1

²⁷⁸ “In order to be imperative, a transnational principle must be essential to the international community. Whether a principle is essential will depend on the needs of the international community as perceived by the average member of that community at a given time.” *Idem, ibidem*, p 114

nela transitam, em particular dos árbitros. Cremades e Cairns fornecem quatro razões pelas quais os árbitros devem adotar uma postura ativa no combate à corrupção no comércio internacional, tema de evidente repercussão para a ordem pública transacional²⁷⁹. Primeiramente, tribunais têm o dever de tomar as precauções necessárias para que as sentenças arbitrais sejam ao máximo exequíveis²⁸⁰. Em seguida, é inegável que os árbitros tenham responsabilidade pública, associada com seu ofício de administração da justiça²⁸¹. Ainda, esta posição auxiliaria os esforços de muitos estados nacionais de eliminar a corrupção. Por fim, os autores entendem que estas práticas condenáveis em muito se derivam da apatia de judiciários nacionais, um aspecto que a ordem arbitral não deveria repetir.

Ainda quanto às fontes internacionais da ordem pública, Alexandre Buono Schultz aborda outras duas concepções²⁸². Uma delas é a ordem pública regional, cuja fonte se encontra em blocos político-econômicos como a União Europeia. Um exemplo de normas materiais de ordem pública regional seriam as normas europeias de direito da concorrência. Schultz ainda distingue a ordem pública transnacional da *verdadeiramente internacional*. Enquanto aquela surge de maneira mais espontânea, como uma *lex mercatoria*, esta é fortemente vinculada às fontes tradicionais de direito internacional público, como tratados internacionais.

4.3. FONTES NORMATIVAS

Feitas estas considerações, passa-se a analisar as principais fontes normativas que fundamentam o conceito de ordem pública.

A ordem pública encontra menção em diversos diplomas normativos. O mais importante deles, sem dúvida, é a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque), em vigor desde 1959 e vigente no Brasil desde 2002²⁸³.

²⁷⁹ CREMADES, Bernardo M., CAIRNS, David J. A., *op. cit.*, p. 77

²⁸⁰ Os autores citam, como exemplo, o Artigo 35 (atual Artigo 41) do regulamento arbitral da Câmara de Comércio Internacional (CCI): “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.” CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI), **Regulamento de Arbitragem**, 2012, Paris. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acessado em 10/04/2016.

²⁸¹ A lei brasileira parece incorporar esta noção quando identifica o árbitro, no Art. 18 da Lei 9.307/1996, a juiz de fato e de direito.

²⁸² SCHULTZ, Alexandre Buono, *op. cit.*, pp. 79-84

²⁸³ “The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, popularly known as the New York Convention, is the most authoritative source of global law governing international

A lógica interna da Convenção prevê como regra geral e princípio informador de todo o diploma a obrigatoriedade do reconhecimento e execução das convenções arbitrais e sentenças arbitrais estrangeiras por todos os países signatários²⁸⁴. Entretanto, a Convenção prevê no Artigo V hipóteses em que a não execução é possível. São sete casos que envolvem, por exemplo, a ausência de capacidade das partes ou de uma convenção arbitral válida e a composição irregular do tribunal arbitral. Invocáveis *ex officio* pelo judiciário nacional (objeções processuais), no entanto, são dois: a inarbitrabilidade objetiva da matéria e a ofensa à ordem pública do país²⁸⁵²⁸⁶. Para fim de delimitação deste trabalho, apenas a hipótese da ordem pública será analisada detidamente.

As hipóteses de recusa de reconhecimento à sentença arbitral são exaustivas e devem ser interpretadas restritivamente²⁸⁷. Inclusive, países signatários que previrem hipóteses legais adicionais de recusa ao reconhecimento e execução de laudos internacionais devem aplicar somente aquelas da Convenção²⁸⁸. No caso brasileiro, o mesmo se confirma. É que, segundo João Bosco Lee²⁸⁹, o Artigo 34 da Lei 9.307/1996 estabelece a aplicação primária dos “tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno” para o reconhecimento das sentenças, e apenas em não os havendo, a aplicação estritamente de acordo com a mesma lei²⁹⁰. Como a Convenção de Nova Iorque está em vigor no Brasil, e como o País não efetuou nenhuma reserva à sua aplicação, é de se concluir que a sua aplicação está em posição de primazia sobre outras normas de direito interno²⁹¹.

commercial arbitration, and as of April 2013, has the most significant contingent of adhering nations with 148.” YANG, Inae. **International Interpretations and Applications of Public Policy Under the New York Convention**. Tese (Doutorado em Direito) – Tulane University, New Orleans, 2013, p. 1

²⁸⁴ É a opinião de Gary Born, para quem a Convenção exibe uma nítida tendência pró-execução das sentenças arbitrais estrangeiras. BORN, Gary, *op. cit.*, p. 3413

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 3444

²⁸⁶ “Artigo V 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”.

²⁸⁷ “Article V’s exceptions are “exclusive,” “exhaustive” and “limitative.” In one court’s words, “not only are the defences under the New York Convention exhaustive, but ... they must be narrowly construed so as to favour the enforcement of the award.” BORN, Gary, *op. cit.*, p. 3426

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 3437-8

²⁸⁹ BOSCO LEE, João. **A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem**. In: LEMES, Selma Ferreira (Coord). *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 184-5

²⁹⁰ *In verbis*: “Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.”

²⁹¹ O trâmite da execução, contudo, será regido pelas regras processuais brasileiras. Estas somente não se aplicam à *decisão* que acolhe ou indefere o pleito de execução no foro nacional.

Como dito, na aplicação da exceção de ordem pública prevista na Convenção de Nova Iorque, os julgadores têm de levar em conta tanto a sua tendência pró-execução, quanto a natureza restrita que a interpretação do instituto deve ter. Esta postura em muito se coaduna com o próprio conceito de ordem pública presente nas demais áreas do direito: para que a invocação do instituto seja justificada, é necessária uma profunda violação a princípios fundamentais do foro, principalmente em casos internacionais²⁹². Em outras palavras, nem toda violação a normas processuais ou substanciais será suficiente para legitimar a aplicação do Artigo V (2), da Convenção²⁹³. Além disso, a doutrina deixa claro que a ordem pública mencionada pela Convenção não se refere à ordem pública doméstica, mas sim aquela internacional²⁹⁴. Assim, a recusa à execução da sentença não pode ser baseada somente em fundamentos de caráter municipal, o que acentua o caráter restritivo da defesa de ordem pública.

Embora não haja nenhum tribunal estabelecido com o intuito de monitorar a aplicação da Convenção, na prática ele não se faz necessário. Como a competição jurisdicional para atrair arbitragens ao redor do mundo é grande, na prática as restrições à execução das sentenças arbitrais, consagradas no texto da Convenção, são interpretadas de maneira bastante restritiva. Esta estratégia é vista como uma forma de atrair mais litígios para a sede²⁹⁵.

No Brasil é vigente também a Convenção Americana sobre Arbitragem Comercial Internacional, desde dezembro de 1995. O seu texto reflete, sem nenhuma mudança significativa, as mesmas provisões, e o mesmo conteúdo normativo, da Convenção de Nova Iorque²⁹⁶.

²⁹² Naturalmente, os princípios fundamentais mencionados são os do *foro*. A Convenção de Nova Iorque não pretendeu preencher o conteúdo do conceito de ordem pública. Este deverá ser preenchido pelas concepções jurídicas e axiológicas de cada país, desde que respeitadas as diretrizes acima mencionadas. Cf. BARROCAS, Manuel Pereira, *op. cit.*, pp. 58-9

²⁹³ “In practice, the public policy exception is intended to apply only in a narrow range of cases, involving major violations of the forum's most fundamental principles. (...) Therefore, a mere violation of the substantive or procedural law applied by the arbitral tribunal is not sufficient to constitute such a violation.” YANG, Inae, *op. cit.*, p. 64

²⁹⁴ “There is ample case law and literature dealing with the issue of whether the term “public policy” refers to domestic public policy or to a more international concept. The clear majority of court decisions and authors take the view that Article V(2) refers to a concept of “international public policy,” the scope of which is narrower than domestic public policy.” OTTO, Dirk e ELWAN, Omaia, **Article V(2)**, in KRONKE, Herbert, NACIMIENTO, Patricia, et al., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Kluwer, 2010, p. 365

²⁹⁵ O'HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E., *op. cit.*, p. 100

²⁹⁶ No ponto específico a respeito da ordem pública, enuncia a Convenção: “1. Poder-se-á também denegar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral, se a autoridade competente do Estado em que se pedir o reconhecimento e a execução comprovar: a) que, segundo a lei desse Estado, o objeto da divergência não é suscetível de solução por meio de arbitragem; ou b) que o reconhecimento ou a execução da sentença seriam contrárias à ordem pública do mesmo Estado”.

A Lei 9.307/1996 apresenta, igualmente, forte conexão com o disposto na Convenção de Nova Iorque. Como explica Carmona²⁹⁷, embora a sua edição tenha precedido à ratificação da Convenção²⁹⁸, na prática era clara a intenção do legislador de “integrar o país no concerto das nações”, i.e., pô-lo de acordo com a normativa arbitral internacional. Verifica-se, no entanto, que a Lei de Arbitragem é ainda mais restritiva nas hipóteses de não reconhecimento de laudos estrangeiros que a Convenção²⁹⁹. Neste caso, explica João Bosco Lee, aplica-se a lei nacional em virtude do princípio da eficácia máxima das sentenças arbitrais internacionais³⁰⁰.

A sentença arbitral internacional, ao ter sua homologação proposta diante de um foro, passará por um juízo chamado deliberatório. O órgão julgador deverá analisar o laudo sem, contudo, realizar nova análise de mérito³⁰¹. As sentenças arbitrais são regidas pelo princípio da finalidade: delas não cabe qualquer sorte de recurso. Necessário, portanto, um certo equilíbrio por parte do judiciário nacional, que deve distinguir a tutela deliberatória de uma análise recursal pura e simples.

Como dito, somente duas são as hipóteses previstas pela Convenção de Nova Iorque, Artigo V, qualificadas como objeções processuais: a arbitrabilidade objetiva e a ofensa à ordem pública. De todo modo, a Convenção não impõe um *dever* ao julgador de não reconhecer o laudo nestes casos, mas apenas lhe concede a faculdade para tanto³⁰².

O legislador, no Código de Processo Civil de 2015, parece ter aceito a ressalva de que o juízo aferidor da ordem pública fará menos que uma análise exaustiva. O inciso VI do Art. 963 institui como requisito indispensável à homologação da decisão a ausência de *manifesta* ofensa à ordem pública³⁰³. A *mens legis* parece intentar afastar o escrutínio exagerado sobre o tema, o que poderia torná-lo virtualmente indistinguível de um recurso.

Em qualquer caso, é importante relembrar a lição de Jacob Dolinger. A ordem pública relevante para análise na instância deliberatória será sempre a do foro em que for executada a decisão arbitral, no momento desta execução. A (des)conformidade da questão material com o

²⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, pp. 463-5

²⁹⁸ A lei passou a vigor em fins de 1996, ao passo que a Convenção só o foi em 2002. Segundo Carmona (*idem*), pendiam ainda alguns trâmites burocráticos próprios aos ritos de ratificação de tratados de direito internacional público para a entrada em vigor da Convenção.

²⁹⁹ A respeito da ordem pública, no entanto, o enunciado da Lei 9.307/1996 é idêntico ao da Convenção, razão pela qual não parece haver qualquer diferença interpretativa entre os dispositivos.

³⁰⁰ BOSCO LEE, João, *op. cit.*, pp.186-8

³⁰¹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *op. cit.*, pp. 232-3

³⁰² BORN, Gary, *op. cit.*, p. 3430

³⁰³ Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: (...) VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública”

ordenamento jurídico de qualquer uma das partes, ou em tempo diverso, não importa para fins de ordem pública³⁰⁴.

A ordem pública persiste sendo uma importante limitação à autonomia das partes. Como visto, embora a escolha de direito material seja facultada às partes em contratos internacionais (e principalmente no contexto da arbitragem), a sua efetivação dependerá da análise do judiciário do foro perante o qual se pretende obter o *exequatur*. As razões que possibilitam o questionamento da ordem pública material são ilimitadas e volúveis, mas sempre deverão envolver violações graves e intoleráveis a valores jurídico-sociais fundamentais do foro de execução. Não constituirá estratégia eficaz, portanto, pretender evadir-se do controle judiciário mediante o recurso à arbitragem, se a sentença arbitral resultante contiver ofensa à ordem pública.

³⁰⁴ DOLINGER, Jacob. **A Autonomia da Vontade para Escolha da Lei Aplicável no Direito Internacional Privado Brasileiro**. In Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 103

CONCLUSÃO

Neste trabalho se pretendeu desenvolver um estudo sobre o tema da escolha do direito material no contexto da arbitragem comercial internacional. Inicialmente, observou-se que o princípio informador deste instituto, a autonomia privada, permanece em relevantíssima posição no panorama do direito privado, e especialmente no campo internacional. Observou-se que a oferta da possibilidade de escolha às partes, longe de ser um resquício de um modelo teórico ultrapassado, tem importante relação com a principiologia preservada constitucionalmente, bem como pode oferecer benefícios desejáveis na esfera sociológica e econômica.

Em seguida, promoveu-se um estudo pormenorizado de algumas das principais fontes jurídicas a respeito do tema do trabalho. Observou-se que o projeto de unificação por meio das convenções internacionais tem sua relevância simbólica, mas permanece irrealizado fora da União Europeia. Viu-se, ao contrário, que na disciplina arbitral a escolha de direito material é ponto consensual. Estudou-se ainda o tratamento dado por alguns diplomas de direito uniforme e, por fim, o direito brasileiro, no qual ainda persistem posições paradoxais no que diz respeito à escolha de direito material. Concluiu-se, todavia, que a tendência atual é de abertura a esta possibilidade.

Ainda, o estudo analisou o tema da ausência de escolha do direito material. Privilegiou-se o exame da esfera arbitral: após uma breve análise de fontes, ponderou-se a respeito dos principais métodos de escolha de que os árbitros se utilizam, no intuito de atingir uma solução razoável e não-arbitrária. Concluiu-se que nenhum dos métodos possui aceitação consensual na doutrina e jurisprudência: as posições variam fortemente, e este permanece sendo um tema capaz de gerar grande imprevisibilidade para as partes.

Por fim, estudou-se o tema das limitações de ordem pública à escolha de direito material. Analisou-se a sua conceituação, a sua relação com valores comunitários, e a sua distinção em diversos níveis, conforme o contexto de sua aplicação. Assim, percebeu-se que a ordem pública se aplica com mais abrangência, quanto mais doméstica for a relação. Ainda assim, a ordem pública internacional permanece sendo uma fonte relevante de limitação da autonomia privada. Especificamente, a eleição de direito material pode vir a causar problemas de ordem pública, se os resultados advindos da escolha forem reputados intoleráveis pelo ordenamento nacional, o que pode gerar a invalidação ou não reconhecimento da sentença arbitral. O trabalho pode ser considerado sucedido se logrou esclarecer sucintamente o tema a que se propôs explicar.

BIBLIOGRAFIA

ADEKOYA, Funke, *The Public Policy Defense to Enforcement of Arbitral Awards: Rising Star or Setting Sun?*, in BCDR International Arbitration Review, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015, Volume 2 Issue 2), pp. 203-222

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo 2005, 268f.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e Processo: o Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Renovar, 2009

ARAÚJO, Nadia de e SALDANHA, Fabiola, *Recent Developments and Current Trends on Brazilian Private International Law Concerning International Contracts*, in *Panorama of Brazilian Law*, Vol 1, No 1 (2013), pp. 73-83. Disponível em: <<http://www.panoramaofbrazilianlaw.com/index.php/BrLaw/article/view/20>>. Acesso em 28/08/2016.

AUDIT, Bernard, *Chapter 1. Choice of The Applicable Law By the Parties*. In BORTOLOTTI, Fabio e Pierre Mayer (eds), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 11, pp. 10-21

_____. *Droit International Privé*. 6ª edição. Paris: Economica, 2012

ALEMANHA, *Zivilprozessordnung*, 1950. Traduzido pela Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. Disponível em: <<http://www.dis-arb.de/de/51/materialien/german-arbitration-law-98-id3>>. Acesso em 27/02/2015.

BERNSTEIN, Lisa. *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms and Institutions*, in U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 133, 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=281437. Acesso em 21/10/2016.

BOELE-WOELKI, K., *Where Do We Stand on the Rome I Regulation?*, in: Boele-Woelki, K. e Grosheide F. (eds), *The Future of European Contract Law* “, Kluwer Law International, 2007, p. 19-41

BONNELL, M.J. *The UNIDROIT Principles and Transnational Law*, in *Uniform Law Review*, 2000-2, pp. 109-218

BORN, Gary B., *International Arbitration: Law and Practice*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2012)

_____, *International Commercial Arbitration*, Second Edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014)

BARROCAS, Manuel Pereira. *A Ordem Pública na Arbitragem*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, I, Lisboa, Jan./ Mar. 2014

BEERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Laure. *Les Principes Fondamentaux de l'Arbitrage*. Bruxelas: Bruylant, 2012

BELL, Tom W., *The Jurisprudence of Polycentric Law*, 1992. Disponível em <<http://www.tomwbell.com/writings/JurisPoly.html#fn62>>. Acesso em 25/10/2016.

BOSCO LEE, João. *A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem*. In: LEMES, Selma Ferreira (Coord). *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007

_____. *A Lei 9.307/96 e o Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional*, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 11, 2001, p. 351

BRAND, Ronald A., *The Rome I Regulation Rules on Party Autonomy for Choice of Law: A U.S. Perspective*. In U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper Series No. 2011-29

_____. *Competition In and From the Harmonization of Private International Law*, in MEESSEN, Karl M. (ed.), *Economic law as an economic good: its rule function and its tool function in the competition of systems*, 2009, pp. 353-68

BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16/10/2014

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01/01/1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071imprensa.htm> Acesso em 28/08/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória nº 3.198-US (2008.0069036-9), acórdão publicado em 11/09/2008

BRIDGE, Michael G. *Uniformity and Diversity in the Law of International Sale*, in 15 Pace International Law Review, vol. 15, 2003, pp. 55-89. <Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bridge.html#con>>. Acesso em 21/10/2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, 383p.

CÂMARA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO PARANÁ (CAM-FIEP), *Regulamento de Arbitragem e Mediação da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná*, 2014, Curitiba. Disponível em: <http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/uploadAddress/CAMFIEP_-_Regulamento_-_versao_final_2014%5B52963%5D.pdf>. Acessado em 27/02/2015.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI), *ICC Rules of Conciliation and Arbitration*, 1975, Paris. Disponível em: <<https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/1975-ICC-Rules-of-Arbitration-English.pdf>>. Acessado em 27/02/2015.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI), *Regulamento de Arbitragem*, 2012, Paris. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acessado em 27/02/2015.

CAMERA ARBITRALE MILANO (CAM), *Regolamento Arbitrale*, 2010, Milão. Disponível em: <<http://www.camera-arbitrale.it/it/Arbitrato/Regolamento.php?id=64>>. Acessado em 27/02/2015.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC), *REGULAMENTO DO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ*, 1998, São Paulo. Disponível em: <<http://ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=regulamento%20portugues>> Acessado em 27/02/2015.

CONVENÇÃO das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), 11 de abril de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acessado em 27/02/2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 476-9

CARON, David e CAPLAN, Lee, *The UNCITRAL Arbitration Rules (Second Edition): A Commentary*, Oxford University Press, 2012

CONDE E SILVA, Gui J, *Transnational Public Policy in International Arbitration*. Tese (Doutorado em Direito) – Queen Mary College, University of London, 2007

COOTER, Robert D. *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, in 144 U. Pa. L. Review. 1643 (1995).

CREMADES, Bernardo M., CAIRNS, David J. A., *Trans-national Public Policy in International Arbitral Decision-Making: The cases of Bribery, Money Laundering and Fraud*. in Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Arbitration – Money Laundering, Corruption and Fraud. 2003

DIDIER, Fredie, *Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Código de Processo Civil de 2015*, in Revista Brasileira de Advocacia, vol. 1/2016, pp. 59-84

DOLINGER, Jacob. *A Autonomia da Vontade para Escolha da Lei Aplicável no Direito Internacional Privado Brasileiro*. In Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007

_____. *A ordem pública internacional em seus diversos patamares*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 93. n. 828. p. 33-42. out. 2004

_____. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014

EISENBERG, Theodore e MILLER, Geoffrey. *The Market for Contracts*. New York University, Law and Economics Research Paper No. 06-45. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=938557>>. Acesso em 21/10/2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Autonomia privada e estipulação contratual*. In *Soluções Práticas de Direito: Pareceres – Contratos e responsabilidade civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FERRARI, Franco. *Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG*, in 25 *Journal of Law and Commerce* (2005-06), pp. 13-37

FERRARI, Franco e SILBERMAN, Linda. *Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong*. In FERRARI, Franco e KRÖLL, Stefan (org.), *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1674605. Acesso em 25/10/2016.

FINNIS, John. *A Grand Tour of Legal Theory*, in FINNIS, John. *Collected Essays*, vol. 4: *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 91-157

_____. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980, pp. 111-8

FLETCHNER, Harry M. (ed), *Uncitral Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 30 *J.L. & COM*, 2012

FRANÇA, *Code de Procédure Civile*. Version consolidée au 11 janvier 2015. Disponível em :< <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em 27/02/2015.

GAILLARD, Emmanuel, e SAVAGE (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1999)

GAMA JR, Lauro, *Autonomia da Vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável*, in Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (eds.) *O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger* (Rio de Janeiro, Renovar, 2006), pp. 599-626

GAMA JR, Lauro e SAUMIER, Geneviève, *Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, in FERNANDEZ ARROYO, D. P., OBANDO PERALTA, J. J. (ed) *El Derecho Internacional Privado En los Procesos de Integración Regional*, Editorial Jurídica Continental, 2011

GLITZ, Frederico, *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e Incoterms (2010)*. São Paulo, Clássica, 2014

GRIGERA NAÓN, Horacio. *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, 289 *Collected Courses*, Hague Academy of Intl. L. 9 (2001)

GROSSI, Paolo. *A History of European Law*, trad. Lawrence Hooper, 2010, Wiley-Blackwell, p. 138

HAYEK, F. A., *The Use of Knowledge in Society*, in *The American Economic Review*, vol. 35, no. 4., 1945, p. 519-530.

HUBER, Peter e MULLIS, Alastair, *The CISG, a new textbook for students and practitioners*, Sellier, European Law Publishers, 2007

IACOBUCCI, Edward M. *Toward a Signaling Explanation of the Private Choice of Corporate Law*, *Am. Law Econ. Rev.* 2004 6: 319-344.

IORIO, Ubiratan Jorge, *Ação, Tempo e Conhecimento: A Escola Austríaca de Economia*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2011

International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Roma, 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em 10/03/2015.

JONES, Doug. *Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties*, p. 914. In *Singapore Academy of Law Journal*, 26 ed. 2014. Disponível em <[http://www.sal.org.sg/digitallibrary/Lists/SAL%20Journal/Attachments/704/\(2014\)%2026%20SAcLJ%20911-941%20\(Choice%20of%20Law%20-%20Doug%20Jones\).pdf](http://www.sal.org.sg/digitallibrary/Lists/SAL%20Journal/Attachments/704/(2014)%2026%20SAcLJ%20911-941%20(Choice%20of%20Law%20-%20Doug%20Jones).pdf)>. Acessado em 26/02/2015.

KESSEDIAN, Catherine, *Les Dangers Liés à un Mauvais Choix du Droit Applicable. Analyse de la Jurisprudence Française et de Sentences Arbitrales*. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 47 n° 2, Avril-juin 1995, pp. 373-83

KINSELLA, Stephan, *Legislation and Discovery of Law in a Free Society*, in *Journal of Libertarian Studies*, 11:2, 1995, pp. 132-181

KOTRUSZ, Mgr. Juraj. *Gap-Filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 2008. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/kotrusz.html>>. Acesso em 22/02/2015.

KRAMER, Xandra E. and THEMELI, Erlis, *The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum*, 2015, 18p. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2696462. Acesso em 28/10/2016.

KURKELA, Matti S. e SNELLMAN, Hannes. *Due Process in International Commercial Arbitration*. Nova Iorque: Oceana Publications, 2005

LANDO, Ole, *The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 57. Jahrg., H. 1/2, Hundert Jahre Haager Konferenz 1893–1993 (1993), pp. 158

LEHMANN, Matthias, *Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41:381, pp. 382-434

LEONI, Bruno, *Freedom and the Law*, Los Angeles: Nash Publishing, 1961. Disponível em: <<https://mises.org/files/freedom-and-law4pdf/download?token=YeFaaARq>>. Acesso em 19/10/2016.

LEW, Julian D. M., *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause* in Albert Jan van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, 1998 Paris Volume 9 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1999) pp. 114 – 145

LEW, Julian D. M., e MISTELIS, Loukas A., et. al., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2003)

MARTINS, André Chateaubriand de. *Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspectiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 37, 2013

MAYER, Pierre. *The Laws or Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator*, in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Is Arbitration Only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*. Disponível em: <http://www.iccdri.com/itemcontent.aspx?XSL=arbSingle.xsl&XML=\ARTICLES\ART_0553.xml&TITLE=The%20Laws%20or%20Rules%20of%20Law%20Applicable%20to%20the%20Merits%20of%20a%20Dispute%20and%20the%20Freedom%20of%20the%20Arbitrator&CONTENTTYPE=ARTICLE&SOURCE=SEARCH&INDEX=0#footnote11>. Acesso em 08/03/2015.

MICHAELS, Ralf. *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186>. Acesso em 19/08/2016.

_____. *The UNIDROIT Principles as a global background law*, in *Uniform Law Review*, vol. 19, 2014, pp. 643-668

MISES, Ludwig von., *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*. Disponível em: <https://mises.org/system/tdf/Economic%20Calculation%20in%20the%20Socialist%20Commonwealth_Vol_2_3.pdf?file=1&type=document>. Acesso em 19/10/2016.

MOREIRA, João Ilhão. *O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública. Perspectiva do direito português*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 41/2014

MUNIZ, Joaquim T. de Paiva e BASILIO, Ana Tereza Palhares, *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*. New York: Juris Publishing, 2006

NAÇÕES UNIDAS, *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. New York, 2012. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>> Acesso em 22/02/2015.

O'HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E., *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, in *George Mason Law and Economics Working Paper No. 00-04*, 1999. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=199849>. Acesso em 19/10/2016.

_____. *The Law Market*, Oxford University Press, 2009

OTTO, Dirk e ELWAN, Omaia, *Article V(2)*, in KRONKE, Herbert, NACIMIENTO, Patricia, et al., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010, pp. 345-414

PABLO-ROMERO, M.C., *Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Cláusulas modelo para los contratantes, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, nº 1, pp. 253-268

PARAGUAI. Ley 5.393, de 14/01/2015. Disponível em: <<http://mersanlaw.com/wp-content/uploads/2015/01/LEY-NO.-5939-2015-.pdf>>. Acesso em 21/08/2016.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, 395f.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca and SALAMA, Bruno Meyerhof. *A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor*. Rev. direito GV. 2008, vol.4, n.1, pp. 15-27. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18/10/2016.

RADICATI DI BROZOLO, Luca G., *International Commercial Arbitration*, in Basedow et al., *European Encyclopedia of Private International Law*, p. 1. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2593354>. Acesso em 27/09/2016.

REDFERN, Alan, e HUNTER, Martin J., et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration (Fifth Edition)*, 5th edition (© Nigel Blackaby, Martin Hunter, Constantine Partasides, Alan Redfern); Oxford University Press 2009. Acesso em 27/02/2015.

ROMANO, Roberta. *The States as a Laboratory: Legal Innovation and State Competition for Corporate Charters*, in 23 *Yale Journal on Regulation* 209 (2006). Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1918/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1918&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em 21/10/2016.

RÜHL, Giesela, *Choice of Law and Choice of Forum in the European Union: Recent Developments*, in HODGES, Christopher e VOGENAUER, Stefan (eds.) *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contracts Law*, Hart Publishing, 2010

_____, *Consumer Protection in Choice of Law*, in *Cornell International Law Journal* 44 (2011). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1816641. Acesso em 18/10/2016.

_____, *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts*, in GOTTSCHALK et al (ed), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007

SCHMALZ, Bettina. *Commentary on the German Arbitration Law* (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VI: Making of the Award and Termination of the Proceedings, § 1051 – Rules Applicable to Substance of Dispute, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (Second Edition), (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 301 - 317

SCHULTZ, Alexandre Buono, *A Ordem Pública na Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. Revista Brasileira de Arbitragem, volume 38, 2013

SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG)*, 3ª ed., Oxford University Press, 2010

SCHWARTE, Andreas. *New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in a Comparative Perspective*. 12 University of Saint Thomas Law Journal 87, 2015

SCHWENZER, Ingeborg et. al. (ed), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Eleven International Publishing, 2014

SCHWENZER, Ingeborg, *Who needs a uniform contract law and why*. In 58 Vill. L. Rev. 723, 2014

TALAMINI, Eduardo, *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*, disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>> Acesso em 29/08/2016.

TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, 1996. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896478. Acesso em 25/10/2016.

United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Arbitration Rules 1976. Disponível em <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>. Acesso em 27/02/2015.

United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Arbitration Rules 1976 (as revised in 2010). Disponível em <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em 27/02/2015.

United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (Vienna: United Nations, 1994). Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf>. Acesso em 27/02/2015.

United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985: with amendments as adopted in 2006 (Vienna: United Nations, 2008). Disponível em: <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Acesso em 27/02/2015.

VERÇOSA, Fabiane, *Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade*, in TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto, *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Renovar, 2006.

YANG, Inae. *International Interpretations and Applications of Public Policy Under the New York Convention*. Tese (Doutorado em Direito) – Tulane University, New Orleans, 2013