ANA TERESA DE ABREU COUTINHO BOSCOLO

Desafios da Harmonização do Direito do Comércio Internacional

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Associada Dra. Maristela Basso

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2016

ANA TERESA DE ABREU COUTINHO BOSCOLO

Desafios da Harmonização do Direito do Comércio Internacional

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Internacional e Comparado, sob orientação da Professora Associada Dra. Maristela Basso.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2016

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

Boscolo, Ana Teresa de Abreu Coutinho
Desafios da Harmonização do Direito do Comércio
Internacional / Ana Teresa de Abreu Coutinho
Boscolo ; orientadora Maristela Basso -- São Paulo,
2016.
148

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Internacional) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2016.

1. Harmonização. 2. Unificação. 3. Comércio
Internacional. 4. Direito Internacional Privado. 5.
Arbitragem. I. Basso, Maristela, orient. II. Título.

Nome: BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho

Título: Desafios da Harmonização do Direito do Comércio Internacional

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof (a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof (a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof (a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização e conclusão desse trabalho. Sem vocês, não teria conseguido. Obrigada por tudo!

Em especial,

à minha família, pelo incondicional apoio e pelas orações, as quais, com certeza, fizeram diferença;

ao meu namorado, pelos momentos felizes, que fizeram com que eu tivesse inspiração para continuar;

aos Professores Carlos Alberto Carmona e Luiz Olavo Baptista, pelas contribuições dadas na Banca de Qualificação;

à minha orientadora, Professora Maristela Basso, pelas sugestões e pelos conselhos;

Muito obrigada! Esse trabalho também é de vocês.

RESUMO

BOSCOLO, A. T. A. C. **Desafios da Harmonização do Direito do Comércio Internacional**. 2016. 148 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Trata-se de estudo sobre desafios existentes para a harmonização do direito do comércio internacional, entendendo-se harmonização de forma ampla, como busca da harmonia dos instrumentos e regras do comércio internacional. Dessa forma, o estudo trata tanto de questões de unificação quanto de harmonização do direito do comércio internacional. A harmonização, em sentido específico, deve ser entendida como a utilização de um instrumento como modelo ou fonte de inspiração para a elaboração ou interpretação de outros instrumentos ou dos direitos nacionais. A unificação, por sua vez, é entendida como o resultado da aplicação de um instrumento único de modo que o aplicador que a realizou seja indiferente. Nesse sentido, os desafios estão nos fatores que impedem o preenchimento dos requisitos que levam à unificação e à harmonização, quais sejam: elaboração dos instrumentos, entrada em vigor dos tratados, incorporação dos modelos aos direitos nacionais, aplicação dos instrumentos pelos aplicadores (árbitros e juízes), o que inclui questões relativas a regras de conflito de leis, normas imperativas e ordem pública, relação entre os instrumentos quando da sua elaboração e quando da sua aplicação.

Palavras-chave: harmonização, unificação, comércio internacional, direito internacional privado, arbitragem

ABSTRACT

BOSCOLO, A. T. A. C. **Challenges on the Harmonization of International Commercial Law**. 2016. 148 f. Thesis (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

This essay concerns challenges on the harmonization of international commercial law. Harmonization shall be understood in a wide fashion, as the efforts to reach harmonic solutions on international commercial law. Harmonization, in a strict fashion, occurs when an instrument is used as a model or source of inspiration for the drafting or the application of another instrument or domestic laws. Unification, in turn, concerns the result accruing from the application of a sole instrument in order to reach results similar enough no matter who applied it. In this sense, challenges as considered for the purpose of this study are factors that somehow bar the fulfillment of the requirements leading to unification or harmonization: drafting of instruments, enforcement of treaties, incorporation of models to domestic law, application of instruments by judges or arbitrators, including issues related to conflict of laws, mandatory rules and public policy, the relation among coexisting instruments both on their drafting and on their application.

Keywords: harmonization, unification, international commerce, conflict of laws, arbitration

RIASSUNTO

BOSCOLO, A. T. A. C. **Sfide dell'Armonizzazione nel Diritto Commerciale Internazionale**. 2016. 148 f. Tesi (Master) – Facoltà di Giurisprudenza, Università di San Paolo, San Paolo, 2016.

Il seguente lavoro di ricerca prende in analisi le sfide affrontate al fine di armonizzare il diritto del commercio internazionale. La parola armonizzazione viene utilizzata in senso ampio, e significa la ricerca dell'armonia degli strumenti e delle regole del commercio internazionale. Si intende per armonizzazione, in senso stretto, l'utilizzo degli strumenti come fonte di ispirazione o modello per la preparazione o l'applicazione di un altro strumento o di un diritto nazionale. Si parla invece di unificazione quando si applica uno strumento unico, di modo che l'importanza della persona chiamata ad applicare il suddetto strumento non debba considerarsi rilevante. In quest'ottica, debbono considerarsi di sfida quei fattori che impediscono il soddisfacimento dei requisiti per ottenere l'unificazione o l'armonizzazione, più precisamente: la preparazione degli strumenti, l'entrata in vigore dei trattati, l'utilizzazione di modelli nei diritti nazionali, l'applicazione degli strumenti da parte di giudici o arbitri, inclusi le norme di conflitto, le regole imperative e l'ordine pubblico, i rapporti tra strumenti, sia nella fase di preparazione, che nella fase di applicazione.

Parole-chiave: armonizzazione, unificazione, commercio internazionale, diritto internazionale privato, arbitrato

LISTA DE SIGLAS

CCJA – Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (OHADA)

CCI – Câmara de Comércio Internacional

CISG – *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Em português, Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

CISG-AC – *CISG Advisory Council*

CNY – Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

ILA – *International Law Association*

INCOTERMS – *International Commercial Terms*

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

OHADA – *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*. Em português, Organização para a Harmonização do Direito Comercial na África.

ONU – Organização das Nações Unidas

PECL – Princípios de Direito Contratual Europeu

PHLA – Princípios da Haia para a Escolha de Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais.

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

UE – União Europeia

UNCITRAL – *United Nations on International Trade Law*. Em português, Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional

UPICC – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Em português, Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E PRESSUPOSTOS DO TRABALHO.....	12
2. ESCLARECIMENTOS E PONDERAÇÕES SOBRE A TERMINOLOGIA HARMONIZAÇÃO, UNIFICAÇÃO E UNIFORMIZAÇÃO	24
2.1. Esclarecimentos terminológicos: Harmonização, Unificação e Uniformização	24
2.1.1. Unificação e Harmonização	28
3. DESAFIOS	38
3.1. Críticas aos esforços de harmonização e unificação do direito do comércio internacional	38
3.2. Mecanismos e Instrumentos de harmonização e unificação	45
3.3. Breves esclarecimentos	47
3.4. Desafios decorrentes da relação dos instrumentos com o Estado.....	48
3.4.1. <i>Elaboração dos instrumentos, entrada em vigor dos tratados e incorporação de modelos aos direitos nacionais.....</i>	<i>48</i>
3.4.2. <i>Aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores pelo juiz nacional</i>	<i>63</i>
3.4.2.1. Regra de conflito de leis, juiz nacional e árbitro.....	64
3.4.2.1.1. Unificação e harmonização das regras de conflito de leis	68
3.4.2.1.2. Utilização das regras de conflito de leis para determinar a aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores	71
3.4.2.1.2.1. Regra constante do instrumento e que determina a sua aplicação..	72
3.4.2.1.2.2. Regra de conflito de leis (estatal ou unificada/harmonizada) permitindo (ou não) a aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores	73
3.4.2.1.3. Regras de conflito de leis para preenchimento de lacunas.....	83
3.4.2.2. Normas imperativas e de ordem pública.....	87
3.4.2.3. Aplicação dos instrumentos propriamente ditos	104
3.5. Desafios decorrentes das relações existentes entre os próprios instrumentos	115
3.5.1. Relação quando da elaboração.....	118
3.5.2. Relação entre os instrumentos quando da sua aplicação.....	126
CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS	137

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a identificar e esmiuçar desafios existentes para a harmonização do direito do comércio internacional. Os “desafios” consistem em problemas enfrentados na busca da harmonização e da unificação. Nesse sentido, o termo harmonização, da forma como colocada no título, deve ser entendido amplamente, ou seja, como a busca da harmonia dos instrumentos e regras do comércio internacional.

A harmonização, em sentido específico, deve ser entendida como a utilização de um instrumento como modelo ou fonte de inspiração para a elaboração ou interpretação de outros instrumento ou dos direitos nacionais.

A unificação, por sua vez, é entendida como o resultado da aplicação de um instrumento único de modo que o aplicador que a realizou seja indiferente no que diz respeito ao resultado obtido.

Para que os desafios fossem encontrados, etapas iniciais se fizeram necessárias.

De início, verificou-se a necessidade de identificar os pressupostos sobre os quais este trabalho está ancorado, quais sejam: o pluralismo jurídico global, a existência de regras transnacionais, a propensão de as relações comerciais transnacionais serem regidas por normas não-estatais, juntamente com a desnacionalização do processo legislativo, o papel imprescindível da autonomia da vontade, o histórico de esforços de harmonização e unificação existente e a distinção entre *hard law* e *soft law*, baseada na vinculatividade do instrumento.

Em seguida, fez-se necessário tratar da terminologia harmonização, unificação e uniformização, a qual apresenta relevantes divergências de significado na doutrina e é fulcral para todo o desenvolvimento do estudo.

Como se verá, para fins deste trabalho, os termos unificação e uniformização serão tratados de forma conjunta, sob o termo unificação. Diferentemente ocorrerá com o termo harmonização, que será diferenciado da unificação. Estabelecida a base terminológica e teórica para seu desenvolvimento, passa-se a tratar dos desafios.

Primeiro, são expostas as críticas aos esforços de harmonização e unificação, que funcionam como desafios. Em seguida, breve tratamento é dado aos tipos de mecanismos e instrumentos que harmonizam e unificam o direito do comércio internacional, para que se possa compreender a sua relação nos desafios que serão tratados em seguida.

Finalmente, passa-se à análise dos desafios, os quais são divididos, inicialmente, em dois grandes tipos: aqueles decorrentes das relações com o Estado e aqueles decorrentes das relações entre os mecanismos e instrumentos harmonizadores e unificadores.

A divisão foi feita dessa forma porque os desafios decorrentes da relação com o Estado consistem em desafios oriundos da relação vertical existente entre os instrumentos e os ordenamentos nacionais, bem como com o aparato estatal, no qual estão incluídos os tribunais e juizes estatais. Já os desafios decorrentes da relação entre os instrumentos são aqueles que acontecem em uma perspectiva horizontal, ou seja, são gerados pelas relações existentes entre os mecanismos e instrumentos entre eles mesmos.

Passemos, então, ao desenvolvimento do estudo.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E PRESSUPOSTOS DO TRABALHO

Para o bom desenvolvimento do presente trabalho e para que o leitor possa compreender melhor os seus pontos de partida, são necessárias algumas considerações.

Primeiramente, é preciso delimitar o escopo de análise deste trabalho. Serão analisados os instrumentos e mecanismos harmonizadores e unificadores do direito do comércio internacional, ou seja, aqueles relativos aos contratos comerciais internacionais.

A definição da internacionalidade dos contratos, todavia, não é consenso. Apesar de a doutrina trazer formas e critérios que balizam referida classificação,¹ os próprios instrumentos internacionais também costumam trazer critérios para definir os casos para os quais devem ou não ser utilizados.²

¹ GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011, p. 307: “Nonostante il contratto sia il principale strumento attraverso il quale si svolge la circolazione della ricchezza, manca una definizione universalmente accettata di *contratto internazionale* [...]. In prima approssimazione, è possibile affermare che i contratti sono internazionali (o transnazionali) e quindi si differenziano dai contratti interni, quando non sono destinati ad esaurirsi nell’ambito di un unico ordinamento statale.” ver também BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 21-31.

² GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011, p. 310: “[...] ciascuna Convenzione internazionale prevede un proprio ambito di applicazione e quindi una propria nozione di ‘internazionalità’ valevole in materia contrattuale [...].” Como exemplo de instrumento tratando da internacionalidade do contrato, bem como do aspecto comercial do mesmo temos os Comentários aos PHLA (Comentário I.12): “In order for the Principles to apply, two criteria must be satisfied. First, the contract in question must be “international”. A contract is “international” within the meaning given to that term in the Principles unless the parties have their establishments in the same State and the relationship of the parties and all other relevant elements, regardless of the chosen law, are connected only with that State (see Art. 1(2)). The second criterion is that each party to the contract must be acting in the exercise of its trade or profession (see Art. 1(1)). The Principles expressly exclude from their scope certain specific categories of contracts in which the bargaining power of one party – a consumer or employee – is presumptively weaker (see Art. 1(1)). Comentários disponíveis em <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>>

No que diz respeito ao termo “comercial”, o que se pretende entender é a ausência de regras protetivas de partes “fracas”, ou seja, um ambiente propício para o livre desenvolvimento das estruturas contratuais.³

De qualquer modo, o mais importante é ressaltar que os contratos internacionais envolvem situações que, diversamente das nacionais, têm como característica relevante a presença de elementos internacionais, ou seja “determinadas características [que] fazem com que possam estar sujeitos às normas de mais de um sistema jurídico”.⁴

Dessa maneira, verifica-se estreita relação com o Direito Internacional Privado em matéria contratual, pois, uma das questões que se observa quando se trata de contratos internacionais é a existência de conflito de leis, decorrente dos efeitos gerados pela relação em duas ou mais ordens jurídicas ao mesmo tempo.⁵

Para os conflitos de leis existentes em matéria de contratos comerciais, fala-se em direito do comércio internacional, o qual mantém relação de colaboração e complementaridade com o Direito Internacional Privado.⁶

Portanto, o escopo de análise é aquele circunscrito ao direito do comércio internacional, precisamente os instrumentos harmonizadores e unificadores relativos aos contratos comerciais internacionais.

Delimitado, então, o âmbito de análise, em segundo lugar, é importante esclarecer os pressupostos nos quais esse trabalho está ancorado.

O primeiro deles é o de que atualmente o mundo vive em um contexto de pluralismo jurídico global.⁷

³ BERGER, Klaus Peter. The new law merchant and the global market place. A 21st century view of transnational commercial law. in BERGER, Klaus Peter (ed.). **The practice of transnational law**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 12.

⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 16.

⁵ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6.

⁶ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6.

⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, ver MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259, p. 18; BASSO, Maristela Basso. **Curso de direito internacional privado**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 22; GAMA, Lauro Jr. **Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158-159.

Nesse sentido, deve-se considerar que há vários direitos ou sistemas jurídicos coexistindo em um único espaço social, desafiando o monopólio de elaboração e administração do direito buscado pelo Estado.⁸ Consequentemente, a partir do momento em que se verifica tal situação, torna-se importante analisar as relações existentes entre essa pluralidade de regras e as consequências que esse tipo de relação tem.⁹

Muitas das questões que se colocam atualmente são semelhantes às que eram colocadas no passado pelos pluralistas: irredutibilidade da pluralidade de ordens jurídicas, coexistência do direito estatal com outras ordens, falta de uma entidade hierarquicamente superior que transcenda as diferenças existentes, dentre outras. Essas questões, porém, reaparecem em âmbito global,¹⁰ no qual há normas oficiais e não-oficiais.¹¹ Em suma, existe uma pluralidade de instrumentos, baseada na capacidade da sociedade de se auto-organizar e coordenar, de forma relevante para as ordens jurídicas¹².

O segundo pressuposto está em que dentre as regras que coexistem no mundo atual estão as transnacionais. O entendimento de que vêm a ser as normas comerciais transnacionais, todavia, não é consenso.

Alguns autores usam a expressão direito comercial transnacional como sinônimo de *lex mercatoria*,¹³ outros têm um entendimento mais amplo, no sentido de uma

⁸ MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259, p. 3.

⁹ MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259, p. 18.

¹⁰ MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259, p. 1.

Quando se fala em pluralismo, uma das questões que surge é a da definição do que é direito e o que não é. Nesse sentido: MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259, p. 14-6: ele explica que, para fins de conflito de leis, a definição do que é direito e do que não é depende da perspectiva daquele que reconhece a ordem normativa. Nesse sentido, é possível concluir que a principal dificuldade relativa à questão e ao contexto do direito do comércio internacional é a ampliação pelo Estado (e dos demais “reconhecedores”, como organizações religiosas, por exemplo) do que, para ele, é considerado direito.

¹¹ MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259, p. 4.

¹² BERGER, Klaus Peter. Transnational commercial law in the age of globalization. **Saggi, Conferenze e Seminari**, n.42, março, 2001, p. 9.

¹³ BERGER, Klaus Peter. The new law merchant and the global market place. A 21st century view of transnational commercial law. in BERGER, Klaus Peter (ed.). **The practice of transnational law**.

multiplicidade de regras surgidas de uma variedade de fontes que têm força de lei em mais de um Estado: instrumentos internacionais e regionais, regras contratualmente incorporadas, termos de comércio promulgados por organizações internacionais, contratos e termos-padrão, *restatements* e princípios gerais de direito internacional.¹⁴

Nesse sentido, a ordem transnacional é entendida como aquela existente nos espaços transnacionais, que são os espaços econômicos dos mercados globais. Eles se libertam do suporte territorial estatal e, portanto, das ordens jurídicas respectivas. Isso ocorre porque as ordens estatais não são suficientes para regular esse tipo de relação.¹⁵

De acordo com Kronke, o conceito “transnacional” reflete que o global impacta no local e vice-versa, resultando na sua inseparabilidade; além disso, os atores privados passam a estar envolvidos no processo de elaboração normativa, reduzindo a importância da soberania.¹⁶ O surgimento, a evolução e a maior importância das regras comerciais transnacionais se deram devido a diversos

Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 11. Berger equivale o direito comercial transnacional à *lex mercatoria*, considerando-a uma ordem jurídica autônoma.

¹⁴ KRONKE, Herbert. From international to transnational commercial law: the impact of diversity of cultures. **Revue Hellénique de Droit International**, n. 62, 2009, p. 705.

Kronke, Goode e McKendrick entendem o direito comercial transnacional como um conjunto de regras e princípios de direito privado, oriundos de qualquer fonte, comuns pelo menos para um certo número de sistemas jurídicos, que servem para governar as transações comerciais internacionais. Estão incluídos também princípios e regras desenvolvidos internacionalmente visando à modernização do direito comercial nacional. Goode, Kronke and McKendrick, **Transnational Commercial Law. Text, Cases, and Materials**, Oxford, 2007, 1.37-1.67 *apud* KRONKE, Herbert. Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: institutional Co-operation and Substantive Complementarity. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 369, 2014, p. 24. Na verdade, o que leva a divergência na atribuição do conceito de regras comerciais transnacionais entre os autores é a própria definição de *lex mercatoria*. O termo *lex mercatoria*, na opinião de Kronke, Goode e McKendrick deve ser usado para o *jus non scriptum* (direito consuetudinário). Goode, Kronke and McKendrick, **Transnational Commercial Law. Text, Cases, and Materials**, Oxford, 2007, 1.37-1.67 *apud* KRONKE, Herbert. Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: institutional Co-operation and Substantive Complementarity. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 369, 2014, p. 24.

¹⁵ LOQUIN, Éric. Les règles matérielles internationales. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 322, 2007, p. 22.

¹⁶ KRONKE, Herbert. From international to transnational commercial law: the impact of diversity of cultures. **Revue Hellénique de Droit International**, n. 62, 2009, p. 708: Para tal autor, o termo “internacional” relaciona-se com processos nos quais apenas Estados estão envolvidos, nos quais cada parte vê os compromissos assumidos como inferiores em comparação com suas soluções nacionais.

desenvolvimentos jurídicos que são relevantes para a transnacionalização do direito do comércio.¹⁷

Todos esses fatores que levaram a tal desenvolvimento têm em comum, segundo Berger, a tendência de evolução da sociedade para uma sociedade civil global, a erosão das fronteiras nacionais (e, portanto, da soberania), a perda do poder estatal e o aumento da tendência de informalidade tanto no processo legislativo internacional quando de tomada de decisões.¹⁸

Para Redfern e Hunter, o termo transnacional é mais amplo do que a expressão *lex mercatoria*, incluindo, além dela própria, a lei do desenvolvimento internacional, práticas internacionais e termos codificados e usos do comércio.¹⁹

A existência da ordem transnacional só é possível devido à propensão de as relações comerciais transnacionais serem regidas por normas não-estatais, ou seja, instrumentos que não têm origem no legislativo estatal, incluindo regras criadas pelas próprias partes²⁰ pelo fato de não terem valores culturais da sociedade tão arraigados quanto outros temas²¹ e, portanto, estarem mais suscetíveis à aproximação jurídica com outros sistemas.²²

¹⁷ BERGER, Klaus Peter. The new law merchant and the global market place. A 21st century view of transnational commercial law. in BERGER, Klaus Peter (ed.). **The practice of transnational law**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 10-11.

¹⁸ BERGER, Klaus Peter. The new law merchant and the global market place. A 21st century view of transnational commercial law. in BERGER, Klaus Peter (ed.). **The practice of transnational law**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 10.

¹⁹ BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 199.

²⁰ KRONKE, Herbert. Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: institutional Co-operation and Substantive Complementarity. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 369, 2014, p. 41.

²¹ MICHAELS, Ralph. The true lex mercatoria: law beyond the State. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 14, n. 2, verão, 2007, p. 465.

²² KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 641; SCHMITTHOFF, Clive. **Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law**. CHENG, Chia-Jui (ed), Dortrecht/ Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers / Graham & Trotman, 1988, p. 25.

Trata-se do terceiro pressuposto deste trabalho, que evidencia o surgimento de regras paralelas ao Estado, ou seja, a desnacionalização do processo legislativo²³ que resulta num cenário pluralista, como já foi mencionado anteriormente. O Estado deixa de ser o centro do processo legislativo e de ter o monopólio do mesmo.²⁴

Essa suscetibilidade a permitir regras além daquelas criadas pelo Estado no âmbito do comércio internacional, somada às necessidades práticas, tornou realidade a criação de soluções materiais para as relações de transporte, compra e venda, e outras atividades de natureza econômica, e permite a harmonização e a unificação das soluções.²⁵

Nesse sentido, com apoio dos defensores de tal proposta, buscou-se a criação e incentivou-se o trabalho das organizações internacionais e não-governamentais com o objetivo de buscar alternativas, principalmente por meio de instrumentos harmonizadores e unificadores. O intuito era evitar a aplicação das normas estatais, com carga política e social peculiar, o que propicia maior possibilidade de choque com normas de outros Estados, dificultando a realização das trocas comerciais devido aos custos e imprevisibilidade²⁶.

O surgimento dessas normas paralelas se deu por necessidade prática e é possibilitado porque as questões relacionadas à atividades econômicas, o que

²³ BERGER, Klaus Peter. The new law merchant and the global market place. A 21st century view of transnational commercial law. in BERGER, Klaus Peter (ed.). **The practice of transnational law**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 10.

²⁴ BERGER, Klaus Peter. The new law merchant and the global market place. A 21st century view of transnational commercial law. in BERGER, Klaus Peter (ed.). **The practice of transnational law**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 11 Nesse sentido, também DI ROBILANT, Anna. Genealogies of *Soft Law*. **American Journal of Comparative Law**, n. 54, verão, 2006, p. 524-525: "By contrast, global interlegality is marked by the weakness, not the absence, of the modern scheme of the nation state. *Soft law* proliferates against the backdrop of a contradictory movement: on the one hand, the shift towards a society without a state and on the other hand, and the persistence of the system of sovereign nation states. A society without a state, the global business community, taking over both the legislative function (new *lex mercatoria*) and the adjudicative function (international commercial arbitration) coexists with a multitude of states, bearers of domestic interests and thus struggling to maintain their legislative and jurisdictional powers. The central political forms of capitalism, the nation-state, and the interstate system are now competing for terrain. However, far from receding, the state is re-located, remaining a crucial space in the global landscape, a space in which non-state, local and global actors interact and multiple alliances are formed. Therefore, the neo-medievalist lens proves anachronistic, failing to capture the intricacies of the global horizontal legal order in which the state, though re-located, is still central, being the site of both oppressive power relations as well as unexpected possibilities of emancipation."

²⁵ BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado** – Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 71.

²⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 34.

inclui as obrigações contratuais, são majoritariamente ligadas ao centro de vida exterior de uma pessoa. Em tais matérias, são as conexões de fato das transações econômicas que determinam a resolução dos conflitos de leis. Os valores da base das regras de conflito em matéria de atividades econômicas são a previsibilidade de resultado, a facilidade de realizar determinadas transações e a segurança jurídica em geral.²⁷ Isso vale inclusive quando se entende a questão do conflito de leis em sentido amplo, incluindo a possibilidade de utilização de regras paralelas àquelas concebidas no âmbito estatal.

Busca-se satisfazer as necessidades e os interesses específicos do comércio internacional que não são levados em consideração pelas regras aplicáveis às relações internas a uma ordem jurídica. Isso acontece porque o comércio internacional precisa de regras jurídicas que levem em consideração seus riscos resultantes da situação geográfica dos operadores, das distâncias a serem percorridas, das fronteiras a serem enfrentadas, das incertezas monetárias e políticas e das diferenças culturais.²⁸

Nesse sentido, além dos instrumentos surgidos com a prática, organismos internacionais também passaram a ter papel relevante na elaboração dos instrumentos internacionais com formas variadas e provenientes de diversas instituições, visando a facilitação das transações comerciais.²⁹

Esse cenário de pluralidade e transnacionalismo leva a necessidade de se lidar com a relação entre os instrumentos existentes, bem como entre as matérias a eles subjacentes, ou seja, questões materiais e de conflito de leis. Nesse sentido, evidenciam-se os questionamentos da relação da multiplicidade de regras disponíveis em contraposição com o objetivo de facilitação e otimização das relações contratuais comerciais internacionais.

²⁷ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 201.

²⁸ LOQUIN, Éric. Les règles matérielles internationales. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 322, 2007, p. 41-42.

²⁹ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal; KEE, Christopher. **Global Sales and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 33; BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 96

Ou seja: existe uma multiplicidade de instrumentos. Eles por si só já evidenciam dificuldades para lidar com o cenário das transações comerciais. Com um número crescente de instrumentos variados disponíveis, surgem também questões sobre o relacionamento entre eles.

Nesse contexto, emerge a importância de outro pressuposto importante, o quarto da lista, que é o papel imprescindível da autonomia da vontade, a qual permite às partes usufruir da diversidade de instrumentos disponíveis no contexto da ordem pluralista global. De modo geral, a escolha da lei pelas partes assegura a aplicação de uma lei apropriada a sua identidade e aos seus anseios.³⁰

Como foi muito bem colocado nos comentários oficiais aos PHLA:³¹

When parties enter into a contract that has connections with more than one State, the question of which set of legal rules governs the transaction necessarily arises. The answer to this question is obviously important to a court or arbitral tribunal that must resolve a dispute between the parties but it is also important for the parties themselves, in planning the transaction and performing the contract, to know the set of rules that governs their obligations.

Determination of the law applicable to a contract without taking into account the expressed will of the parties to the contract can lead to unhelpful uncertainty because of differences between solutions from State to State. For this reason, among others, the concept of “party autonomy” to determine the applicable law has developed and thrived.

Party autonomy, which refers to the power of parties to a contract to choose the law that governs that contract, enhances certainty and predictability within the parties’ primary contractual arrangement and recognises that parties to a contract may be in the best position to determine which set of legal principles is most suitable for their transaction. Many States have reached this conclusion and, as a result, giving effect to party autonomy is the predominant view today. However, this concept is not yet applied everywhere.

Conforme dito acima, em alguns países, como é o caso do Brasil, ainda se verifica uma certa restrição à utilização de tal liberdade. Felizmente, na maioria dos países, e, inclusive no Brasil, quando se utiliza a arbitragem como forma de solução de

³⁰ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 256.

³¹ Comentários aos PHLA, I.1, I.2 e I.3. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>>

controvérsias, a autonomia da vontade permite a utilização ampla dos instrumentos harmonizadores e unificadores.³²

O quinto pressuposto para o desenvolvimento do presente trabalho é o histórico de esforços de harmonização e unificação existente desde há muito. Tratar de todas as iniciativas existentes, porém, fugiria ao escopo deste estudo. Basta mencionar que, principalmente a partir da metade do século XX, as iniciativas voltadas para a criação de instrumentos harmonizadores e unificadores, bem como o surgimento espontâneo de tais regras intensificou-se, e passou a ser reconhecido, resultando numa ampla gama de instrumentos existentes atualmente, disponíveis para serem utilizados e apresentando as dificuldades decorrentes da sua aplicação, tanto individual, quanto conjunta.³³

Por fim, o sexto e último pressuposto é relativo distinção dos instrumentos com base na terminologia amplamente utilizada na doutrina, qual seja *hard law* e *soft law*.³⁴

É possível verificar a utilização de diversos critérios utilizados para distinguir a *soft law* da *hard law*.³⁵

Utilizaremos, para fins deste trabalho,³⁶ o critério da força vinculante do instrumento, dada pelo Estado. Os instrumentos que a têm, são considerados *hard*

³² BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 202.

³³ BADÁN, Didier Opertti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 35-38: O autor faz uma breve retrospectiva histórica. DI ROBILANT, Anna. Genealogies of *Soft Law*. **American Journal of Comparative Law**, n. 54, verão, 2006, p. 501.

³⁴ Apesar da nomenclatura utilizada poder ser outra, por variadas razões, (nesse sentido, confrontar com BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 94-96, que utiliza o termo “normas narrativas” e ABI-SAAB, Georges. Éloge du “droit assourdi”: Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain. In **Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux**. Bruxelles: Bruylant, 1993, p. 59-60) optamos por adotar a terminologia *soft law* e *hard law* devido a sua ampla utilização na doutrina e na prática, conforme ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-14.

³⁵ É preciso, sobretudo, tomar cuidado com a divergência de realidades nas quais os estudos elaborados se baseiam, pois isso pode impactar na compreensão e nos significados dados ao termo. Para fins deste trabalho, a distinção mais relevante está entre a *soft law* enquanto instrumento de direito internacional público e seu uso no contexto do comércio internacional, no qual, predominam as relações entre privados. (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.)

³⁶ A escolha por esse critério foi feita com base na predominância da sua utilização pelos autores que tratam especificamente do ramo do comércio internacional e a ele relacionados. É também um

law, enquanto que os desprovidos dela são chamados *soft law*.³⁷ Os instrumentos de *soft law* podem, todavia, ter força vinculante dada pelo acordo das partes.³⁸

Muitas razões levam a esse comportamento das partes de optar por instrumentos de *soft law*, tal como o respeito pela autoridade elaboradora do instrumento de *soft law*, conveniência, busca por certeza e previsibilidade, vontade de pertencer a um determinado grupo, dentre outros³⁹. No entedimento de Bonell, a autonomia da vontade é a verdadeira razão de ser e ao mesmo tempo o limite da *soft law*.⁴⁰

Considerando a distinção feita acima, pode-se dizer que são instrumentos de *soft law* leis-modelo, *restatements*, contratos-tipo, cláusulas-padrão, diretrizes, costumes e práticas uniformes, INCOTERMS, convenções sem força vinculante.⁴¹

dos critérios mencionados pelos autores que tratam da *soft law* no contexto mais geral e no ramo do direito internacional público. Dentre os autores que não tratam especificamente da *soft law* no comércio internacional, relevante mencionar alguns: BOYLE, Alan E. Some reflections on the relationship of treaties and soft law. **International and Comparative Law Quarterly**, n. 48, Out, 1999, p. 901-902: entende que o termo *soft law* pode ter 3 significados: "Soft law is not binding; Soft law consists of general norms or principles, not rules; Soft law is law that is not readily enforceable through binding dispute Resolution."; GERSEN, Jacob E.; POSNER, Eric A. Soft Law. **Stanford Law Review**, University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 213, p. 6: "We define soft law as a rule issued by a law-making authority that does not comply with constitutional and other formalities that are necessary for the rule to be legally binding. We define hard law as a rule issued by a law-making authority that does comply with constitutional and other formalities that are necessary for the rule to be legally binding. The law-making body uses soft law because the hard-law approach has disadvantages; sometimes, but not always, soft law will produce the same behavioral effects that an otherwise equivalent hard law would have produced; at other times, soft law might have more desirable consequences than the nearest hard-law equivalent would."

³⁷ BONELL, Michael Joachim. Soft law and party autonomy: the case of the UNIDROIT Principles. **Loyola Law Review**, n. 51, 2005, p. 229; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, p. 2; DI ROBILANT, Anna. Genealogies of Soft Law. **American Journal of Comparative Law**, n. 54, verão, 2006, p. 500; ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 16; GABRIEL, Henry D. The advantages of soft law in international commercial law: the role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference, **Brooklyn Journal of International Law**, v. 34, n.3, 2009, p. 655. Este último autor fala em princípios gerais não vinculantes.

³⁸ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, p. 2.

³⁹ FLÜCKIGER, Alexandre. Why Do We Obey Soft Law?. in NAHRATH, Stéphane; VARONE, Frédéric (eds), **Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: A Tribute to Peter Knoepfel**, Lausanne: Presses polytechniques et universitaires romandes, 2009, p. 45-62 *apud* KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, p. 2-3.

⁴⁰ BONELL, Michael Joachim. Soft law and party autonomy: the case of the UNIDROIT Principles. **Loyola Law Review**, n. 51, 2005, p. 229.

⁴¹ GABRIEL, Henry D. The advantages of soft law in international commercial law: the role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference, **Brooklyn Journal of International Law**, v. 34, n.3, 2009, p. 658-659; BONELL, Michael Joachim. Soft law and party autonomy: the case of the UNIDROIT Principles. **Loyola Law Review**, n. 51, 2005, p. 229-230; DI ROBILANT, Anna.

A nova *lex mercatoria* também é considerada *soft law*,⁴² até mesmo porque seus componentes podem ser individualmente considerados como tal. Ou seja, a *soft law* pode emanar de legisladores, governos, organizações internacionais, instituições privadas e organizações profissionais ou comerciais.⁴³

Já a *hard law* consiste nos instrumentos que têm força vinculante estatal, ou seja, convenções internacionais em vigor,⁴⁴ regulamentos da união europeia, leis nacionais em vigor.

Apesar de terem sido elaborados em relação a um instrumento de *soft law* específico, os comentários oficiais aos PHLA resumem muito bem os diversos usos que instrumentos de *soft law* (especialmente *restatements* e compilados de princípios) podem ter:

The envisaged users of the Principles include lawmakers, courts and arbitral tribunals, and parties and their legal advisors.

- a. For lawmakers (whether legislators or courts), the Principles constitute a model that can be used to create new, or supplement and further develop, existing rules on choice of law (Preamble, paras 2-3). Because of their non-binding nature, lawmakers at a national, regional, supranational or international level can implement the Principles in whole or in part. Lawmakers also retain the possibility of making policy decisions where the Principles defer to the law of the forum (see Arts 3, 11(2) and 11(4)).
- b. For courts and arbitral tribunals, the Principles provide guidance as to how to approach questions concerning the validity and effects of a choice of law agreement, and resolve choice of law disputes within the prevailing legal framework (Preamble, paras 3-4). The Principles may be useful, in particular, for addressing novel situations.
- c. For parties and their legal advisors, the Principles provide guidance as to the law or “rules of law” that the parties may legitimately be able to choose, and the relevant parameters and considerations when making a choice of law, including important issues as to the validity and effects

Genealogies of Soft Law. **American Journal of Comparative Law**, n. 54, verão, 2006, p. 501; BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

⁴² DI ROBILANT, Anna. Genealogies of Soft Law. **American Journal of Comparative Law**, n. 54, verão, 2006, p. 501.

⁴³ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, p. 2.

⁴⁴ Importante mencionar crítica feita por Andersen (ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 16) sobre a garantia da aplicação de acordo com os fins do instrumento de forma tão dura quanto o seu nome insinua. Dá, como exemplo, a CISG, que apesar de ser legislação e, portanto, *hard law*, não tem instituição que monitore a sua aplicação de forma uniforme. Além disso, a convenção contém dispositivos que permite que as partes, por meio da autonomia da vontade, possam escolher normas diversas às da convenção. Por outro lado, os instrumentos chamados *soft law/softer law* podem ser extremamente duros se colocados como parte do contrato.

of their choice, and the drafting of an enforceable choice of law agreement.⁴⁵

Sobre as vantagens e desvantagens da *hard law* e da *soft law*, algumas estão na elaboração dos instrumentos e outras na aplicação. Seja em uma situação ou em outra, todas estão relacionadas à maior flexibilidade da *soft law* em comparação com a *hard law* e à necessidade de ratificação (procedimento de entrada em vigor) da *hard law* e ausência de necessidade de tal procedimento na *soft law*.⁴⁶

⁴⁵ Comentário aos PHLA, I.20. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> comentário>

⁴⁶ Para extensa lista de vantagens e desvantagens, ver GABRIEL, Henry D. The advantages of soft law in international commercial law: the role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference, **Brooklyn Journal of International Law**, v. 34, n.3, 2009, p. 660-665; também DI ROBILANT, Anna. Genealogies of Soft Law. **American Journal of Comparative Law**, n. 54, verão, 2006, p. 507.

2. ESCLARECIMENTOS E PONDERAÇÕES SOBRE A TERMINOLOGIA HARMONIZAÇÃO, UNIFICAÇÃO E UNIFORMIZAÇÃO

Estabelecidos os pressupostos para o desenvolvimento deste trabalho, passamos a tratar da terminologia fundamental no contexto deste estudo: harmonização, unificação e uniformização. O enfoque da análise de tal terminologia será feito excluindo-se a realização de harmonização, unificação ou uniformização em âmbito exclusivamente nacional.

2.1. Esclarecimentos terminológicos: Harmonização, Unificação e Uniformização

Da leitura de doutrina tratando dos temas unificação, uniformização e harmonização, é possível identificar divergências no que diz respeito aos conceitos expressados por cada uma destas palavras.

Sendo assim, fundamental se faz, para fins deste estudo, abordar tais divergências, de modo a estabelecer a base terminológica que será utilizada.

Fazê-lo, porém, não é tarefa fácil, porque observa-se a utilização da terminologia de forma imprecisa, resultando na confusão dos termos.⁴⁷ Há inclusive quem diga que o uso das palavras é feito de forma arbitrária.⁴⁸

⁴⁷ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 15; no mesmo sentido, BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 297-298; também KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 616: para quem a distinção adequada dos termos e a sua correta utilização é algo fundamental. Na nota de rodapé de número 21, o autor indica como diversos outros autores utilizam a terminologia, ficando claro que a maioria deles distingue a harmonização das outras duas figuras, quais sejam: unificação e uniformização.

⁴⁸ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 15.

Alguns autores, como se verá, se debruçaram sobre o estudo do tema, apresentando definições detalhadas de cada um dos termos, distinguindo-os. Da mesma maneira, as principais instituições internacionais, públicas ou privadas, dedicadas ao estudo do tema e à elaboração de instrumentos também apresentam definições para a terminologia em análise.

Diante disso, é preciso adentrar uma confrontação terminológica do ponto de vista do idioma no qual as definições e a utilização dos termos acontece.⁴⁹

Tomemos como ponto de partida alguns *websites* de instituições que atuam em âmbito global.

No website da UNCITRAL, há definição de *harmonization* e *unification* em língua inglesa.⁵⁰ Em língua francesa, bem como na espanhola, são encontradas definições também apenas para as palavras correspondentes às duas em língua inglesa.⁵¹

No *website* do Instituto UNIDROIT⁵² são encontradas referências a *harmonisation* e *unification*. O mesmo padrão é mantido na sua versão em francês: utilização dos termos *harmonisation* e *unification*.⁵³

No website da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado,⁵⁴ utiliza-se a expressão *progressive unification* na versão em inglês, e *unification progressive* na versão em francês.

⁴⁹ Levaremos em consideração a terminologia utilizada em textos em língua portuguesa, inglesa, espanhola, francesa e italiana.

⁵⁰ <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin_faq.html#harmonization> (Acesso em 13 jan. 2016).

⁵¹ Inglês, espanhol e francês são línguas oficiais da UNCITRAL, além do árabe, chinês e russo. <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/12-57491-Guide-to-UNCITRAL-e.pdf>> (Acesso em 13 jan. 2016) item II.

⁵² <<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>> (Acesso em 13 jan. 2016).

⁵³ As línguas oficiais do Instituto UNIDROIT são inglês, francês, alemão, italiano e espanhol, todavia o *website* está disponível apenas em inglês e francês, suas línguas de trabalho. <<http://www.UNIDROIT.org/about-UNIDROIT/overview>> (Acesso em 13 jan. 2016).

⁵⁴ <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=26> (Acesso em 13 jan. 2016).

Passando para a análise da doutrina, é possível notar que os textos em língua inglesa relativos à caracterização das figuras analisadas nesse capítulo distinguem entre *unification* e *harmonization* e utilizam também palavras relacionadas a cada um dos termos:⁵⁵ *uniformity, unify, uniform, harmonization, harmonize*.

Em língua francesa e portuguesa é possível encontrar quem, além das duas palavras tratadas até o momento (unificação e harmonização), defina uniformização/*uniformisation*.⁵⁶

Em língua portuguesa, encontramos, por exemplo, Jacob Dolinger, para quem o direito uniforme:

ocorre quando coincidem os direitos primários de dois ou mais ordenamentos, seja natural e casualmente, seja porque têm a mesma origem, ou porque sofrem influências idênticas, ou, ainda, quando países adotam sistemas jurídicos clássicos total ou parcialmente [...].⁵⁷

Já o direito uniformizado “resulta de esforço comum de dois ou mais Estados no sentido de uniformizar certas instituições jurídicas, geralmente por causa de sua natureza internacional”.⁵⁸

Dolinger chama o direito uniforme dirigido de Direito Uniformizado, a fim de distingui-lo do chamado espontâneo; ressaltando que a doutrina mantém o termo uniforme para ambos. Ou seja, Dolinger utiliza o termo uniformização para os casos em que a grande maioria da doutrina estrangeira e as instituições internacionais usam o termo *unification* (seja em francês ou em inglês), reconhecendo ser minoria na utilização de tal terminologia.⁵⁹

⁵⁵ Bem como suas variações nos diversos idiomas estudados.

⁵⁶ Ainda que em língua inglesa sejam encontradas algumas esparças menções a *uniformization*, essa figura não é individualizada ou definida de forma “clara” assim como acontece em português e francês.

⁵⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

⁵⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 32-33.

⁵⁹ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

Kamdem, escrevendo em língua francesa sobre o tema, individualiza cada um dos conceitos (harmonização, unificação e uniformização)⁶⁰ segundo dois elementos: o nível de identidade do conteúdo do instrumento e a forma de colocar em prática o seu resultado.⁶¹

Para ele, na unificação e na uniformização o teor do texto precisa ser idêntico, ao passo que na harmonização há espaço para especificidades nacionais. Em relação ao segundo elemento diferenciador, a uniformização suporia um fundo legislativo comum que bastaria por si só em termos de vinculatividade, sem que exista necessidade de internalização do instrumento; enquanto que a unificação e a harmonização demandam a internalização do instrumento. Como exemplo de uniformização, o autor cita os *Actes Uniformes* da OHADA.⁶²

Nesse sentido, a diferença entre a unificação e a uniformização, para Kamdem, está na forma de colocar em prática o conteúdo “uniforme”. Todavia, entendemos que a necessidade de concordância com o instrumento deve acontecer de qualquer modo: seja por meio dele próprio, ou seja por meio de um tratado anterior que foi aceito e permite que instrumentos específicos o sejam diretamente por meio de mecanismos previstos em tal tratado.⁶³ Dessa maneira, entendemos ser possível tratar de maneira conjunta as duas formas de integração jurídica: unificação e uniformização.⁶⁴

⁶⁰ KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 616-617.

⁶¹ KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, 620-621.

⁶² KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, 620-621.

⁶³ Normalmente, são os tratados constitutivos das organizações ou aqueles que preveem o seu funcionamento que tratam da questão, tal como o Tratado da OHADA (<<http://ohada.org/traite-ohada-consolide-traites-1993-et-2008-combines.html>>) e o TFUE (<http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf>)

⁶⁴ Conforme já mencionamos anteriormente, KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 616-617, em sua nota de rodapé n.21, menciona como diversos autores fazem a distinção entre os termos harmonização, unificação e uniformização. A grande maioria dos autores mencionados distingue a harmonização das outras duas figuras, normalmente tratadas em conjunto. Ver também OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização Jurídica no Direito Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 41-44, distinguindo os três termos de forma diferente do Kamdem.

Em conclusão, considerando a utilização pelas instituições internacionais da terminologia harmonização e unificação; a prevalência na doutrina da distinção unificação/harmonização, e a possibilidade de tecnicamente tratar de forma conjunta o que se entende por uniformização e unificação, a terminologia adotada para fins deste trabalho será unificação e harmonização, de forma a facilitar a compreensão do leitor bem como evitar mal-entendidos quanto ao tratamento dado às figuras na literatura estrangeira, sem que haja prejuízo para o entendimento nem para a utilização prática dos mecanismos e instrumentos que as tem como finalidade.

2.1.1. *Unificação e Harmonização*

Neste item nos dedicaremos à definição e distinção dos termos unificação e harmonização, passando por definições dadas pela doutrina e pelas instituições internacionais atuantes no ramo, conhecidas também como agências formuladoras, para, por fim, apresentarmos o que entendemos ser as duas figuras.

Da mesma forma que no item anterior, iniciaremos pelas definições dadas por algumas instituições internacionais. Trataremos primeiramente da unificação para, em seguida, abordarmos a harmonização.

Na definição da UNCITRAL, a unificação⁶⁵ deve ser vista como a adoção pelos Estados⁶⁶ de um padrão jurídico comum para governar aspectos particulares das transações comerciais internacionais.⁶⁷ No seu anuário, em 1970, a unificação tinha sido definida como o processo pelo qual regras conflitantes de dois ou mais sistemas nacionais aplicáveis à mesma transação eram substituídos por uma única regra.⁶⁸

⁶⁵ Em inglês, *unification*; em francês, *unification*; em espanhol, *unificación*.

⁶⁶ Por estar relacionada à ONU, o elemento estatal é forte na UNCITRAL.

⁶⁷ <http://www.UNCITRAL.org/UNCITRAL/en/about/origin_faq.html#harmonization> (Acesso em 13 jan. 2016).

⁶⁸ UNCITRAL. Anuário, v. I, 1970, p. 13.

O Instituto UNIDROIT não apresenta definição específica para o termo, como faz a UNCITRAL. Todavia, é possível depreender do conteúdo disponível em seu *website*, no que diz respeito aos seus objetivos e propósitos, que a unificação é a criação do direito uniforme.⁶⁹

Passemos agora a algumas definições e ponderações dadas pela doutrina.

Na década de 1950, Matteucci, como ponto de partida do curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, definiu o direito uniforme como sendo “l’ensemble des dispositions législatives adoptées par dês Etats avec volonté commune de soumettre à la même réglementation certains rapports juridiques”.⁷⁰

René David, na década seguinte, definiu a unificação do direito internacional como:

the process of providing the same rules for the different countries so that the same solution applies everywhere, in France and Germany, in England and Poland, if a difficulty concerning a given relationship of international law happens to arise.⁷¹

Para tal autor, a unificação das regras é o último passo de um processo bem mais amplo, porque as diferenças entre os sistemas jurídicos são resultado de fatores que vão além da diversidade das regras de direito.

Algum tempo depois, na década de 1990, Bonell afirmou que a aprovação de um instrumento de direito uniforme, ainda que importante, é apenas o primeiro passo do processo de unificação.⁷² Após tal aprovação pode haver a necessidade de

⁶⁹ “The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) is an independent intergovernmental Organisation with its seat in the Villa Aldobrandini in Rome. Its purpose is to study needs and methods for modernising, harmonising and co-ordinating private and in particular commercial law as between States and groups of States and to formulate uniform law instruments, principles and rules to achieve those objectives.” <<http://www.UNIDROIT.org/about-UNIDROIT/overview>> (Acesso em 13 jan. 2016).

⁷⁰ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l’étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 391.

⁷¹ DAVID, René. The Methods of Unification, **American Journal of Comparative Law**, n. 16, 1968, p. 15.

⁷² BONELL, Michael Joachim, International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins, **American Journal of Comparative Law**, n. 38, 1990, p. 865. Para Bonell, várias são as possibilidades de instrumentos a serem usados: “Sometimes the individual conventions and uniform

incorporação do instrumento no direito nacional, mas mais importante, haverá a necessidade de que a interpretação uniforme seja feita pelos juízes e atores do ramo ao qual o instrumento se refere.⁷³

Nos anos 2000, Boele-Woelki, em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, definiu a unificação como o processo de prover regras idênticas para países diferentes, para que a mesma solução seja aplicável em todo lugar,⁷⁴ podendo ser feita tanto para regras substantivas quanto para regras de direito internacional privado, por meio da adoção de convenções internacionais. Haveria, na opinião da autora, a necessidade de ação legislativa dos Estados para que as convenções internacionais efetivamente funcionassem. Assim, apenas depois da ratificação do instrumento é que a unificação pode ser atingida.⁷⁵

Para Boele-Woelki, além das convenções internacionais, os regulamentos existentes no âmbito da União Europeia também são usados para a unificação.⁷⁶ Diante desse entendimento, o processo de unificação consiste, na visão da autora, em uma abordagem de cima para baixo, com o objetivo de criar direito vinculante.⁷⁷ De qualquer modo, o fundamental é a criação de um instrumento único que precisa do intermédio dos Estados para efetivar a unificação.

Também nos anos 2000, Kamdem define a unificação como:

laws aim at a universal application, while others apply only to defined groups of states or regions. In some instances they seek to replace the corresponding domestic law completely, while in others their aim is simply to regulate international relations, the parallel domestic law continuing to regulate purely internal relations. Another distinction concerns the applicability of the uniform law. Its rules normally become effective only after their introduction into the individual legal systems by means of the appropriate ratification procedure. There are, however, examples of international uniform rules which, once approved by the competent organs of supranational or community organizations, become immediately applicable. Finally, there may be model rules which have no binding force, the introduction of which into the various national systems is left entirely to the discretion of states.”

⁷³ BONELL, Michael Joachim, *International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins*, **American Journal of Comparative Law**, n. 38, 1990, p. 866.

⁷⁴ BOELE-WOELKI, Katharina. *Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws*. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 299.

⁷⁵ BOELE-WOELKI, Katharina. *Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws*. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 299.

⁷⁶ BOELE-WOELKI, Katharina. *Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws*. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 299.

⁷⁷ BOELE-WOELKI, Katharina. *Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws*. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 299-300.

instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation détaillée et identique en tous points pour tous les États membres tout en leur laissant le choix de la modalité de mise en oeuvre des normes communes. En conséquence, l'unification se veut porteuse d'une unité législative de second degré enchâssée dans un support souple.⁷⁸

Para ele, a unificação-processo acontece desde a elaboração do texto unificador, passando pela adoção e depois pela aplicação.⁷⁹ Nesse sentido, para tal autor, a aplicação do instrumento será fundamental para o atingimento da eficácia da integração jurídica⁸⁰; ou seja, é preciso que haja um instrumento único e uma aplicação que resulte na eficácia da unificação proposta pelo instrumento.⁸¹

Boggiano também ressalta a importância da aplicação na obtenção da unificação, ao observar que:

la creación de soluciones generales directas y uniformes no garantiza, sin más, soluciones uniformes concretas de los casos, porque la aplicación de aquellas soluciones convencionales uniformes por tribunales nacionales puede introducir la desunificación jurisprudencial de las soluciones concretas, con lo cual aparecerá una nueva problemática de conflictos, no de leyes, sino de jurisprudencias nacionales.⁸²

No mesmo sentido, Faria:

Domestic implementation occurs at two stages. At a formal level, an international standard or uniform text is implemented when states adopt it through ratification or enactment of domestic legislation. At a practical level, implementation occurs when those standards and texts are actually taught to students, used by practitioners and applied by courts. The work of a formulating agency, therefore, does not end with the finalization and adoption of a text, but includes raising awareness of it and promoting its correct implementation.⁸³

⁷⁸ KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 618.

⁷⁹ KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 618.

⁸⁰ KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 644-645.

⁸¹ Esses também são elementos constantes da uniformização no sentido entendido pelo autor.

⁸² BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado** – Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 71-72.

⁸³ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 26.

Também nos anos 2000, Camilla Andersen efetuou um estudo no qual analisou a utilização e os significados do termo “uniforme⁸⁴”, visando à definição do mesmo. Entendeu, inicialmente, que, num contexto de direito, no qual a absoluta igualdade na aplicação do instrumento jurídico é impossível, o mais adequado seria trabalhar com a ideia de similaridade⁸⁵. Inclusive porque, se a uniformidade não é alcançada nem em âmbito nacional, no qual há, normalmente, um tribunal único superior, bem como diferenças culturais e linguísticas existem em um nível muito inferior ao encontrado internacionalmente, mais difícil é a obtenção de tal igualdade no âmbito internacional.⁸⁶ Dessa maneira, o que se deve buscar é a similaridade.

Nesse sentido, a similaridade de aplicação poderia ser vista de dois pontos diferentes: textual e de aplicação. Para ela, o que importa, é a aplicação:

any promulgated text of Law is just words until it is applied as Law. And any drafted text purporting to be a uniform law is nothing until it is applied uniformly as law. It is in the sphere of application that uniformity is created, not in that of drafting⁸⁷. [...] [T]he drafting can attempt to facilitate uniformity by reconciling legal traditions, but it does not create an applied similarity in law by the creation of words which may not necessarily create any legal similarity at all – it merely creates textual uniformity [...].⁸⁸

Na opinião da autora, a verdadeira definição da palavra “uniforme” deve ser aquela do ponto de vista da aplicação, ou melhor, do resultado da aplicação⁸⁹. Dessa maneira, a uniformidade textual não é uniformidade, mas sim uma meta em relação ao seu atingimento⁹⁰.

O critério usado por ela para avaliar a obtenção da similitude necessária para alcançar a unificação é a ausência de *forum shopping* gerado pela aplicação do instrumento em questão.⁹¹

⁸⁴ No original, em inglês, *uniform*.

⁸⁵ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 6-7.

⁸⁶ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 6-7.

⁸⁷ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 41.

⁸⁸ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 41.

⁸⁹ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p.7, 38 e 41.

⁹⁰ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 44.

⁹¹ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 52.

Na opinião da autora, a origem, a forma e o rótulo das regras não são significantes para determinar se elas são uniformes ou não de acordo com a definição baseada no resultado obtido.⁹² Deve-se admitir, porém, que o conceito de uniformidade, bem como a similaridade de resultados envolve graus variáveis.⁹³

Além da necessidade dos requisitos já expostos, a unificação acontecerá quando diferentes jurisdições escolherem compartilhar um conjunto de regras/normas não impostas. É importante que o compartilhamento seja voluntário,⁹⁴ e não se exige a codificação das regras para que a unificação seja atingida: “rules do not have to be codified in order to be classified as ‘uniform’ as long as those who apply them use them in the same way [...]”.⁹⁵

Assim, para Andersen, duas características são importantes: o resultado obtido pela aplicação e o compartilhamento voluntário do instrumento.

Diante das definições expostas, é possível verificar que duas características estão presentes simultaneamente em praticamente todas as definições: (i) a existência de um instrumento único a ser aplicado; e (ii) a necessidade de obtenção do resultado uniforme.

Ainda que possa existir relação da definição da unificação com a figura do Estado, diante do fato de este não ser mais o único criador de fontes do direito, bem como da existência de instrumentos a ele paralelos com crescente importância e utilização, não se pode entender a unificação como dependente do Estado.⁹⁶

⁹² ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 40.

⁹³ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 41.

⁹⁴ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 18.

⁹⁵ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 38.

Nesse sentido, todavia, a própria autora admite que “however, it is difficult to examine their content and application in scholarly context.”

⁹⁶ Alguns autores fazem referência à questão, entendendo que a unificação pode ocorrer também quando não há força estatal vinculante para a aplicação do instrumento. ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 40: a uniformidade poder ser atingida por meio de regras que não são direito, então pode-se concluir pela utilização de instrumentos desvinculados do Estado para a realização da unificação. FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 11: ao entender que “International organizations active in the field of legal harmonization seem to have recognized that international conventions should be reserved for special cases that require uniformity. This trend should continue. If a greater degree of

Passemos então à harmonização.

Assim como fizemos em relação à unificação, iniciaremos pela definição dada pelas organizações para em seguida passarmos à doutrina.

De acordo com a UNCITRAL,⁹⁷ a harmonização consiste no processo pelo qual as leis nacionais podem ser modificadas a fim de aumentar a previsibilidade das transações comerciais internacionais.

No caso da OHADA, que tem o termo harmonização no seu nome, pode-se dizer que ele está sendo utilizado de forma ampla. Nas palavras de Leboulanger: “Le droit des affaires de l'OHADA est un véritable droit unifié (encore qu'il existe des nuances et des différences selon les actes uniformes), plutôt qu'un droit simplement harmonisé”.⁹⁸

Passando para as definições encontradas na doutrina, Rene David⁹⁹ entende que:

The task of unification might possibly consist, without having the immediate appearance thereof, in harmonizing the different laws by effectuating an

flexibility is desired and is appropriate to the subject matter under consideration, a different unification technique would, in most cases, be preferable.”, também parece dar margem à utilização de outros instrumentos além das convenções internacionais para atingir a unificação.

DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 520, ao afirmar, baseado nos ensinamentos de Edouard Lambert, que “[...] the idea that uniform patterns of conduct and uniform legal rules may come into existence through market forces of contract clauses are being imposed by trade organizations or are generally followed in the trade or develop into trade usages or custom. In that respect, there is indeed no *animus unificandi* and the rules are primarily being developed in the interests and to the convenience of the trade, and not in order to unify the legal rules applicable in international commerce.”, confirma a possibilidade de haver unificação mesmo quando não são criadas regras com tal finalidade.

No *website* do Instituto UNIDROIT, pode-se encontrar o seguinte trecho: “alternative forms of unification have become increasingly popular in areas where a binding instrument is not felt to be essential.” De onde se pode depreender a possibilidade da utilização de instrumentos não vinculantes para a unificação. <<http://www.UNIDROIT.org/about-UNIDROIT/overview>> (Acesso em 13 jan. 2016).

⁹⁷ <http://www.UNCITRAL.org/UNCITRAL/en/about/origin_faq.html#harmonization> (Acesso em 13 jan. 2016).

⁹⁸ LEBOULANGER, Philippe. L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. **Revue de l'Arbitrage**, v.3, 2009, p. 546-547.

⁹⁹ DAVID, René. The Methods of Unification, **American Journal of Comparative Law**, n. 16, 1968, p. 15.

understanding about the significance of certain concepts, on certain modes of rule formulation, and on the recognition of authoritative sources.

Boele-Woelki concebe a harmonização como a existência de regras semelhantes de forma a indicar que os sistemas jurídicos de uma determinada região estão em harmonia. As diferenças existentes são, nesse sentido, reduzidas a um mínimo.¹⁰⁰

No entendimento da referida autora, a harmonização, em comparação à unificação, teria um alcance menor. Os instrumentos criados visando ao alcance deste objetivo são as leis-modelo, os *restatements*, e os princípios/regras, além das diretivas da UE. Além disso, para ela, o processo de harmonização também pode ser estimulado e atingido por meio de decisões dos tribunais e medidas legislativas, que resultam na aproximação dos direitos de diferentes jurisdições. Em contraposição à unificação, a harmonização ocorreria “de baixo para cima”. Além disso, a harmonização pode ocorrer em vários níveis: da mínima à completa, que é muito próxima da unificação.¹⁰¹

Kamdem também entende que a harmonização é caracterizada pela aproximação feita entre dois ou mais sistemas jurídicos, com o objetivo de reduzir ou até mesmo suprimir certas contradições existentes.¹⁰² Na harmonização haveria espaço para certas especificidades nacionais, ou seja, o grau de semelhança obtido é inferior ao da unificação, e, portanto, mais fácil de ser atingido.¹⁰³ Apesar de considerar que a harmonização pode ser entendida como o resultado obtido, para Kamdem, a harmonização é vista como um processo.¹⁰⁴

Para Andersen, a harmonização corresponde, também, a todas as tentativas de conseguir alguma forma de similitude, incluindo uniformidade. A uniformidade seria

¹⁰⁰ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 300.

¹⁰¹ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 300.

¹⁰² KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 617.

¹⁰³ KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 621.

¹⁰⁴ KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 617.

considerada subcategoria da harmonização, ou um efeito possível da harmonização¹⁰⁵.

Em sentido semelhante, Oliveira, ao dizer que:

a harmonização jurídica pode ser compreendida em sentido amplo e estrito. No sentido amplo, assume significado de *aproximação jurídica* [...]. Em sentido estrito, a harmonização configura-se pelo emprego de mecanismos específicos que visam apenas a alinhar determinados ordenamentos: não há a necessidade de direito idêntico, apenas coerente.¹⁰⁶

Tendo em vista o exposto, pode-se perceber que os elementos comuns às definições de harmonização são (i) a ideia de alteração de um instrumento gerada (tendo como inspiração ou base) por outro; e (ii) tal alteração visar a aproximação de um instrumento do outro, reduzindo as diferenças existentes, tornando a sua relação “harmônica”.

Analizadas as definições dadas para os termos unificação e harmonização, bem como seus elementos característicos, resta tratar de qual instrumento pode ser utilizado para atingir cada um dos meios.

Nesse sentido, como já foi explanado anteriormente, em um contexto de declínio da importância do Estado como criador de normas do comércio internacional, não se pode ignorar os agentes existentes de forma paralela ao Estado.

Consideramos, portanto, que, para que haja unificação, é preciso verificar a presença simultânea de dois requisitos: (i) a existência de instrumento único; e (ii) similaridade de resultado na aplicação independentemente do aplicador em ação.¹⁰⁷

Para que haja harmonização, diferentemente, (i) usa-se um instrumento como modelo ou fonte de inspiração (ii) para aproximar uma regra da outra, com o objetivo

¹⁰⁵ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 15.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização Jurídica no Direito Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 24.

¹⁰⁷ Optamos por não utilizar a expressão *forum shopping* em nossa definição porque o conceito a ela subjacente pode pressupor a ausência de escolha de foro ou a existência de cláusula arbitral patológica, além de normalmente excluir tribunais regionais. Com isso, algumas hipóteses de aplicação dos instrumentos seriam deixadas de fora da definição.

de facilitar as relações entre as pessoas (físicas ou jurídicas), aproximando um instrumento do outro.

Essa aproximação pode acontecer tanto pela via legislativa quanto pela via interpretativa, seja no âmbito nacional ou no internacional, como se verá.

A palavra harmonização pode, também, se utilizada em sentido mais amplo, no sentido da obtenção da harmonia das soluções dadas para questões surgidas no âmbito do direito do comércio internacional.

Dessa maneira, conclui-se que qualquer instrumento, independentemente do propósito inicial para o qual ele foi criado,¹⁰⁸ pode, em teoria, ser utilizado tanto para unificar quanto para harmonizar¹⁰⁹. O que determina a integração jurídica ao qual ele se presta naquele momento é a forma como se dá a sua utilização e a sua aplicação naquele caso concreto.

¹⁰⁸ De acordo com Andersen, as normas não precisam ser codificadas para serem consideradas uniformes, sendo suficiente que aqueles que as aplicam, compartilhem-nas, ou seja, utilizem-nas da mesma maneira. Todavia, pelo fato de não serem codificadas, é difícil examinar o seu conteúdo e sua aplicação. ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 41.

¹⁰⁹ KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 648: "Tout bien réfléchi, il semble qu'il soit avisé de déterminer et de qualifier un moyen d'intégration juridique en se situant non pas en amont de l'opération (intention politique), encore moins en se contentant du texte qui en découle (intention législative), mais plutôt en analysant en aval le résultat de l'interprétation arbitrale ou judiciaire donnée au contenu de ce texte (pratique juridique)." O mesmo autor é favorável à possibilidade de os instrumentos serem utilizados para propósitos diversos daqueles para os quais foram criados: "[...] quand bien même le contenu et la forme d'un corpus juridique commun permettraient *a priori* d'identifier le moyen d'intégration juridique retenu, le cours de sa mise en oeuvre ou de son interprétation pourrait le dévier considérablement de sa bonne trajectoire initiale. Ainsi, en l'absence d'une juridiction chargée d'en établir une interprétation identique, des règles nées d'un désir d'unification ou d'une potentielle uniformisation peuvent très rapidement se muer en simples facteurs d'harmonisation." O inverso também poderia ocorrer, ou seja, um instrumento elaborado visando à harmonização poderia, por meio da sua utilização, resultar em unificação. Sabemos que a hipótese é de difícil verificação prática, mas não pode ser descartada. Diferentemente, BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 339 que apresenta um quadro mostrando para qual finalidade cada instrumento pode ser utilizado na sua opinião. No entendimento de ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 41: o fato de as regras não terem um rótulo que as designe como uniformes não impede que elas sejam uniformes. Assim, o contrário também é verdadeiro: o fato de as regras terem o rótulo de uniformes não faz com que elas sejam de fato uniformes. É na aplicação que a uniformidade será verificada ou não.

3. DESAFIOS

As maneiras que levam à unificação e à harmonização são várias. Essas maneiras podem ir desde a elaboração de instrumentos pelas agências formuladoras até a criação de instrumentos com a prática, pelos próprios agentes. Porém, essa multiplicidade de opções, se por um lado propicia a escolha do mecanismo mais adequado, ao mesmo tempo impõe dificuldades para os agentes.

Essas dificuldades, chamadas “desafios” serão, então, analisadas sob duas perspectivas: da relação dos mecanismos de harmonização e unificação com o Estado e da relação dos mecanismos entre eles.

Até agora, todavia, não se fez qualquer menção a questionamentos existentes sobre as vantagens e os benefícios de harmonizar e unificar. Dessa forma, iniciaremos o capítulo dos desafios tratando das principais críticas apresentadas aos esforços de harmonização e unificação.

Essas críticas que serão analisadas não deixam de ser desafios, pois estão presentes no racional de alguns agentes do comércio e aplicadores da lei, entendida aqui em sentido amplo, prejudicando o atingimento da harmonização e da unificação.

3.1. Críticas aos esforços de harmonização e unificação do direito do comércio internacional

É possível encontrar na doutrina variadas críticas aos esforços de harmonização e unificação do direito do comércio internacional.

No sentido de defender alternativas para a melhoria das normas do direito do comércio internacional sem que seja necessário recorrer à harmonização e à

unificação, está Stephan que, após apresentar diversas críticas às vantagens consideradas por outros, sugere a utilização da “competição” entre os direitos nacionais como alternativa.¹¹⁰

Passemos então às críticas mais frequentemente apresentadas aos esforços de harmonização e unificação:¹¹¹

- (i) O processo de elaboração dos instrumentos é longo, árduo e envolve a necessidade de muita expertise, gera muitos gastos e consome muito tempo;¹¹²
- (ii) as convenções internacionais são difíceis de alterar, o que torna tais instrumentos obsoletos rapidamente, sendo necessária a sua constante atualização, para que não se torne um problema ao invés da solução;¹¹³
- (iii) as convenções internacionais inevitavelmente são elaboradas como um compromisso multicultural entre diferentes ordens e por isso são incoerentes e inconsistentes, sendo que os problemas existentes na sua redação reduzem sua força;¹¹⁴
- (iv) instrumentos uniformes já nascem com dificuldades inerentes, porque a interpretação que será dada ao mesmo pelos juízes estatais muitas

¹¹⁰ STEPHAN, Paul B. The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law. **University of Virginia School of Law, Legal Studies Working Paper**, n.10, 1999, p. 34 *et seq.*

¹¹¹ Colocadas aqui majoritariamente da forma como sistematizada por GOPALAN, Sandeep. Transnational commercial law: the way forward. **American University International Law Review**, n.4, 2003, *passim*, e complementadas por GOODE, Roy. Contract and commercial law: The logic and limits of harmonisation, **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 7.4, nov, 2003, item I; GOODE, Roy. Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law, **International and Comparative Law Quarterly**, v. 54, julho, 2005, p. 556; ROSETT, Arthur. Unification, harmonization, restatement, codification, and reform in international commercial law. **American Journal of Comparative Law**, n.40, 1992, p. 688; DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997 p. 529; SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. **American Journal of Comparative Law**, n. 49, Primavera, 2001, p. 174-175.

¹¹² GOODE, Roy. Contract and commercial law: The logic and limits of harmonisation, **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 7.4, nov, 2003, item I.

¹¹³ GOPALAN, Sandeep. Transnational commercial law: the way forward. **American University International Law Review**, n.4, 2003, pp. 807-808; ROSETT, Arthur. Unification, harmonization, restatement, codification, and reform in international commercial law. **American Journal of Comparative Law**, n.40, 1992, p. 688.

¹¹⁴ GOPALAN, Sandeep. Transnational commercial law: the way forward. **American University International Law Review**, n.4, 2003, p. 806.

vezes tem como base o seu próprio direito nacional, o que resulta em interpretações divergentes;¹¹⁵

- (v) dificuldades linguísticas, consistentes em problemas com a tradução e a relação de conceitos, podem fazer com que a criação de regras mais atrapalhe do que ajude, devido às ambiguidades dos seus textos e à diversidade de interpretações gerada pela existência de um mesmo instrumento em várias línguas;¹¹⁶
- (vi) há baixa disponibilização das decisões proferidas em outros países ou pelos árbitros;¹¹⁷
- (vii) a diversidade em si é uma grande virtude, que permite a escolha do melhor regime dentre os vários existentes. Cada tipo de relação necessitaria de um tipo de regramento, com determinadas especificidades. Haveria transações para as quais o direito nacional seria melhor e outras para as quais o direito uniforme seria melhor.¹¹⁸ Além disso, a ausência de diversidade impediria a evolução do direito, afinal soluções mais adequadas surgem e são aperfeiçoadas diante da diversidade de opções, que implicam a necessidade de escolha.¹¹⁹ Assim, evitando-se a unificação, é possível manter a diversidade de ordenamentos, que acaba sendo bem vista por alguns, incluindo advogados, pois permite a escolha daquele instrumento que resulta no melhor resultado para o seu cliente.¹²⁰

De modo a rebater as críticas apresentadas, alguns autores tentam conciliar entendimentos para demonstrar que a harmonização e a unificação são

¹¹⁵ GOPALAN, Sandeep. Transnational commercial law: the way forward. **American University International Law Review**, n.4, 2003, p. 806.

¹¹⁶ GOPALAN, Sandeep. Transnational commercial law: the way forward. **American University International Law Review**, n.4, 2003, p. 808.

¹¹⁷ GOPALAN, Sandeep. Transnational commercial law: the way forward. **American University International Law Review**, n.4, 2003, p. 806.

¹¹⁸ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 529.

¹¹⁹ SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. **American Journal of Comparative Law**, n. 49, Primavera, 2001, p. 174-175.

¹²⁰ GOPALAN, Sandeep. Transnational commercial law: the way forward. **American University International Law Review**, n.4, 2003, p. 808; GOODE, Roy. Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law, **International and Comparative Law Quarterly**, v. 54, julho, 2005, p. 556.

compatíveis com a manutenção da diversidade e há sim maneiras de melhorar a aplicação e a utilização dos instrumentos.¹²¹

Uma primeira possibilidade é a defendida por Sacco, que sugere (i) a elaboração de textos que tratem das linhas principais, deixando como opcional o tratamento de temas residuais ou muito específicos, (ii) tentar impor um mínimo de soluções autoritárias, mantendo a autonomia da vontade no máximo possível, (iii) reduzir ao mínimo possível termos amplos e regras ambíguas que possam gerar diferentes interpretações por causa da diversidade cultural dos envolvidos na sua aplicação.¹²²

Mistelís defende que pelo fato de a evolução tecnológica e as alterações sociais serem mais rápidas do que o processo de elaboração das normas escritas, caberia aos “legisladores” apenas interferir para corrigir ou alterar os regramentos considerados insuficientes.¹²³

Na opinião de Andersen, é preciso que haja monitoramento para que a aplicação dos instrumentos seja feita de forma adequada, ou seja, cumprindo o objetivo para o qual ele foi imaginado. Sem que haja monitoramento da aplicação dos instrumentos, devem ser colocadas em prática alternativas. Nesse sentido, o aplicador deve deixar claro que está aplicando um instrumento que é livre de influências dos direitos nacionais, principalmente se forem peculiaridades (ideossincrasias), é uniforme e, portanto, sua aplicação deve ser ter sua natureza autônoma respeitada e é compartilhada, devendo ser aceitável por todos que estão envolvidos na sua aplicação.¹²⁴

Sobre a questão da manutenção da diversidade, a autora entende que ela não será afetada pela criação das leis uniformes e convenções, porque a autonomia da vontade continua sendo superior. Os direitos nacionais não desaparecerão, e se as

¹²¹ Nesse item será dado enfoque à questão da diversidade, porque nos desafios seguintes abordaremos as outras críticas.

¹²² SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. **American Journal of Comparative Law**, n. 49, Primavera, 2001, p. 189-190.

¹²³ MISTELIS, Loukas. Regulatory aspects: globalization, harmonization, legal transplants, and law reform -- some fundamental observations. **International Lawyer**, n. 34, 2000, p. 1068.

¹²⁴ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 48-49.

partes quiserem escolhê-los, bem como outros instrumentos quaisquer, têm liberdade para fazer isso.¹²⁵ Nesse sentido, o mais importante é que existam instrumentos disponíveis para que os agentes possam usufruir dos seus benefícios, escolhendo aquele que melhor se adapta à sua relação.

Não existe, portanto, um direito intrinsecamente melhor que outro, mas sim direitos mais ou menos adequados para regulamentar certas relações¹²⁶.

Em alguns casos, porém, o direito existente ou é alterado ou é substituído, o que afeta sim a diversidade. Por outro lado, da mesma forma em que a alteração ocorre uma vez, ela pode ocorrer outras vezes, permitindo a evolução do direito. Nas palavras de Sacco, “[l]aw is not static. Its solutions are circulating”.¹²⁷

O mesmo autor também entende que “[a] belief in diversity does not preclude one from believing in uniformity at the same time. [...] A belief in uniformity does not require one to renounce progress, and thus variation, for uniformity's sake”.¹²⁸

Na mesma linha de raciocínio, o autor faz uma comparação bastante interessante com o universo da biologia:

In the world of biology we see that certain models become more diffused while others disappear. This might happen because of natural selection or because of interbreeding. In a sense, imitation and selection are similar phenomena. In both cases models conflict and one of them loses and disappears, and the other wins and reproduces itself because it is more efficient. These conflicts, in combination with innovation, determine progress. Nevertheless, in biology winning models are very numerous because nature has created innumerable niches. In the world of human culture there are not so many niches and in a world of high technology they are not very important.¹²⁹

¹²⁵ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, pp. 28-29.

¹²⁶ LOSANO, Mario G., **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 18.

¹²⁷ SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. **American Journal of Comparative Law**, n. 49, Primavera, 2001, p. 178.

¹²⁸ SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. **American Journal of Comparative Law**, n. 49, Primavera, 2001, pp. 179-180.

¹²⁹ SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. **American Journal of Comparative Law**, n. 49, Primavera, 2001, p. 175-176.

Relacionando esse trecho com o que foi dito pelo mesmo autor em outra ocasião, os modelos que disseminam causando mutações são os que obtiverem maior prestígio, o que leva à sua imitação ou até mesmo a criação de modelos originais neles baseados.¹³⁰

Os esforços para criar instrumentos artificiais acontece, então, sob essa perspectiva, no sentido de tentar elaborar ou sistematizar soluções que tenham prestígio, para que sejam utilizadas para unificar ou harmonizar, dependendo do caso.

Para Kronke, o que foi atingido e o que se vê no horizonte tornou-se possível porque a diversidade de culturas não é mais vista como um mal necessário, um obstáculo no caminho para a perfeição (uniformidade), um incômodo inevitável com o qual é preciso conviver, mas sim como algo muito vantajoso, o caminho para o tesouro.¹³¹

A ideia, quando se diz respeito à unificação e à harmonização, portanto, não é trabalhar pela existência de um único instrumento mundial, mas sim de instrumentos úteis aos operadores do direito, que convivam de forma harmônica, no sentido de facilitar as transações comerciais internacionais, com vistas à previsibilidade dos resultados.

A antítese da harmonização é a ilusão de que a padronização ou a unificação absoluta pode ser atingida, o que não é, na realidade, almejado. Isso poderia prejudicar a liberdade das partes, especialmente em relação à arbitragem. É preciso deixar que as diferenças existam.¹³²

Conclusivamente, pode-se dizer que a busca da harmonização e da unificação deve ser um meio para uma finalidade maior. Se fosse diferente, isso seria perda

¹³⁰ SACCO, Rodolfo. La circulation des modèles juridiques. in **Rapports Généraux: 13^e Congrès International de Droit Compare**, Montreal: Les Éditions Yvon Blais, 1990, p. 2 e 15

¹³¹ KRONKE, Herbert. From international to transnational commercial law: the impact of diversity of cultures. **Revue Hellénique de Droit International**, n. 62, 2009, p. 708.

¹³² BOISSÉSON, Matthieu de. Enforcement in action: harmonization versus unification. in VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series, v.9, Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 598.

de tempo e de dinheiro. Dessa maneira, os projetos devem estar sempre pautados nas deficiências do sistema existente.¹³³

Andersen resume esses objetivos em dois: promover o desenvolvimento econômico através do uso de regras similares que incentivem o comércio e a indústria; e criar regras claras, flexíveis, modernas e justas para serem aplicadas às relações transfronteiriças. Ambos estão intimamente relacionados.¹³⁴

Nesse sentido, buscou-se a criação e incentivou-se o trabalho das organizações internacionais e não-governamentais cujo objetivo era buscar alternativas, principalmente por meio de instrumentos unificadores e harmonizadores das regras internacionais materiais. Dessa maneira, busca-se criar normas mais adequadas para essas relações.¹³⁵

Goode sugere dois critérios para avaliar a relação custo-benefício dos projetos a serem elaborados e postos em prática:

the existence of a serious problem and the feasibility of a proposed solution. These factors having been established, thought must be given from the outset to the working methods, and in particular the need for participation, continuity of effort and the assumption of responsibility by a dynamic and committed individual for carrying the project forward. At the international level, the successful conclusion of recent Conventions and, equally important, the strong likelihood of their early adoption, results in large measure from the presence of these various features.¹³⁶

Ou seja, é necessária a existência de um problema “sufficiently serious to justify the labour and expense involved and the feasibility of the harmonisation proposed”.¹³⁷

¹³³ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, pp. 336-337.

¹³⁴ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 19-20.

¹³⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 34.

¹³⁶ GOODE, Roy. Contract and commercial law: The logic and limits of harmonisation, **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 7.4, nov, 2003, item III: “In the case of the proposed European Contract Code, we have yet to establish either that there is a need for a general European contract law to replace the largely dispositive rules of national laws of Member States or that the project is feasible. But I am strongly in favour of adapting our conflict of laws rules to allow the parties to choose the PECL as the applicable law, though this would involve identifying criteria for giving such status to the work of a private body. I am equally supportive of the hugely ambitious and imaginative project for a European Civil Code *as a restatement*.”

¹³⁷ GOODE, Roy. Contract and commercial law: The logic and limits of harmonisation, **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 7.4, nov, 2003, item I.

O desafio está, então, em descobrir o ponto de equilíbrio entre os dois lados: diversidade e unificação/harmonização. Isso se atinge com a busca pela harmonização das soluções e pela participação dos agentes do comércio na elaboração dos instrumentos e pela instrução adequada dada aos julgadores (juízes e árbitros) para que seja feita a correta aplicação dos instrumentos de harmonização e unificação.

Andersen ressalta, diante desse cenário de críticas, que não se deve abandonar um objetivo simplesmente porque são encontradas dificuldades para alcançá-lo.¹³⁸

Nesse sentido, é a prática da aplicação pelos agentes do comércio, juízes e árbitro e a atuação das agências formuladoras, bem como de outras organizações preocupadas com o sucesso de tais iniciativas, que demonstrará a corretude ou incorretude de tais críticas, apontando as tendências e diretrizes a serem seguidas nos esforços buscados.

3.2. Mecanismos e Instrumentos de harmonização e unificação

Neste item, antes de passarmos à análise dos desafios seguintes, trataremos dos mecanismos e instrumentos de harmonização e unificação, ainda que de maneira sucinta, de modo a indicar as possibilidades que levam à harmonização e à unificação do direito do comércio internacional.

Primeiramente, é preciso esclarecer o que entendemos pelas palavras “mecanismo” e “instrumento”. Instrumento corresponde aos textos que contêm regramentos ou diretrizes e podem ser utilizados para harmonizar e/ou unificar o direito do comércio internacional. Um instrumento não precisa, necessariamente ter sido concebido visando ao propósito unificador ou harmonizador, basta que ele possa ser utilizado para tal finalidade.

¹³⁸ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 27.

Mecanismo refere-se à utilização dos instrumentos para obter o resultado almejado, qual seja, a unificação ou a harmonização.

Exemplificando: instrumentos podem ser convenções internacionais, *restatements*, leis-modelo, contratos-tipo; mecanismos são: a aplicação dos instrumentos pelo juiz, a utilização dos instrumentos como modelo pelas partes na redação dos seus contratos, etc.

Nesse sentido, os instrumentos correspondem às fontes do direito do comércio internacional (consideradas de forma ampla), quais sejam:¹³⁹ direitos nacionais, tratados internacionais, *restatements*, leis uniformes, leis-modelo, regulamentos, diretivas¹⁴⁰, usos e práticas do comércio, costume internacional, *lex mercatoria*, modelos contratuais, contratos-tipo, doutrina e *case law*.

Já os mecanismos, por corresponderem à maneira pela qual os instrumentos abstratamente disponíveis são utilizados para a obtenção da harmonização ou da unificação, e tendo em conta a definição dos termos “unificação” e “harmonização”, consistem na elaboração, na utilização e na aplicação dos instrumentos.

Ou seja, o primeiro passo do mecanismo é a elaboração do instrumento, seja de forma espontânea ou artificial. Num segundo momento, virá a sua aplicação, na qual a forma de utilização do instrumento determinará se há harmonização ou unificação.

¹³⁹ Elenco baseado em BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 24-114; GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011, p. 193-304; e BORTOLLOTTI, Fabio. **Diritto dei contratti internazionali**: Manuale di diritto commerciale internazionale. Volume I. 3º ed. Padova, CEDAM, 2009, pp. 9-122. Para maiores detalhamentos sobre as características dos instrumentos, consultar as páginas anteriormente referidas.

¹⁴⁰ Além dos regulamentos e diretivas, há outras fontes de direito comunitário, tais como seus tratados constitutivos. Todavia, para fins deste estudo, mencionaremos apenas os regulamentos e as diretivas, consideradas fontes de direito comunitário derivadas, elencadas dentre as constantes do artigo 28 do TFUE, que estão diretamente relacionados com o tema da harmonização e da unificação da perspectiva relevante para este estudo. Para maiores informações, ver GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011, pp. 220-225.

3.3. Breves esclarecimentos

Conforme explanado no capítulo anterior, para que haja unificação, é preciso verificar a presença simultânea de dois requisitos: (i) a existência de instrumento único; e (ii) a similaridade de resultado na aplicação independentemente do aplicador em ação.

Dessa maneira, a unificação será prejudicada quando ocorrer algum problema na verificação de pelo menos um dos elementos essenciais à sua obtenção.

Os desafios para a obtenção de um instrumento único a ser aplicado são a sua não criação e a sua não utilização.

No que diz respeito ao segundo elemento, os desafios enfrentados são, genericamente, aqueles que originam diferenças na aplicação e fazem com que atividade de aplicação do instrumento por um ou outro aplicador tenha resultados não similares o suficiente.

No caso da harmonização, usa-se um instrumento como modelo ou fonte de inspiração para aproximar uma regra da outra, com o objetivo de facilitar as relações entre as pessoas (físicas ou jurídicas), aproximando um instrumento do outro e reduzindo incompatibilidades. Essa aproximação pode acontecer tanto pela via legislativa quanto pela via interpretativa, seja no âmbito nacional quanto no internacional ou transnacional.

Assim, os desafios para a harmonizar estão na não utilização do instrumento como modelo ou fonte de inspiração, bem como na falta de aproximação gerada quando da sua utilização.

3.4. Desafios decorrentes da relação dos instrumentos com o Estado

Estabelecidas nos itens anteriores as bases para a análise dos desafios, iniciemos com aqueles decorrentes da relação dos instrumentos com o Estado.

A análise será dividida em (i) elaboração dos instrumentos, entrada em vigor dos tratados e internalização de modelos nos direitos nacionais; e (ii) aplicação dos mecanismos pelo juiz nacional.

3.4.1. *Elaboração dos instrumentos, entrada em vigor dos tratados e incorporação de modelos aos direitos nacionais*

Este desafio trata da utilização dos mecanismos de harmonização e unificação pelo Estado e pode ser dividido em três partes: (i) questões relativas à elaboração dos instrumentos, (ii) questões relativas aos tratados multilaterais e o processo para sua entrada em vigor, e (iii) utilização dos instrumentos como modelo para harmonização dos direitos nacionais.

No que diz respeito à elaboração dos instrumentos harmonizadores e unificadores, trataremos também da questão no item 3.5, dedicado aos desafios decorrentes da relação existente entre os instrumentos quando da sua elaboração.

Brevemente, sobre as dificuldades relativas a elaboração dos instrumentos harmonizadores e unificadores, ou seja, instrumentos chamados artificiais, O primeiro problema está nas divergências existentes entre os sistemas jurídicos.¹⁴¹

Nas palavras de David:

What divides legal systems most deeply and at the same time makes it possible to group them in families is more than the diversity of the rules which they comprise; it is rather the difference in the concepts on which they rely, in the methods which their lawyers use, and in the standards of conduct to which they refer. Each legal system seeks to express a certain

¹⁴¹ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l'étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 415.

perception of the world and manifests a certain manner of conceiving justice and efficacy in social relationships. Each legal system puts into effect given concepts and is based on techniques peculiar to it; its laws are characterized by their own manner of formulation and structure which responds to the psychology of those to whom the law applies and those who are charged with its application.¹⁴²

Além disso, é preciso determinar no que exatamente consistirá o instrumento a ser elaborado, ou seja, se ele deve ser um compromisso entre os diversos sistemas ou um mosaico de tais direitos, buscando-se a criação de uma regra “perfeita”.¹⁴³

Nesse sentido, a escolha do tipo de instrumento é importante, e estará baseada no objetivo ao qual os legisladores se propõem e no papel que os instrumentos têm em cada caso.¹⁴⁴

De qualquer modo, Matteucci explica que a elaboração do direito uniforme é um trabalho complexo, que exige: (i) um método de estudo aprofundado; (ii) um exame atento da doutrina e da jurisprudência; (iii) a participação de acadêmicos comparatistas e especialistas em direito uniforme.¹⁴⁵

Num segundo momento, as dificuldades surgem, em relação ao fato de o Estado vir a se tornar parte do tratado ou não. Isso acontece porque é o Estado em última instância que decide se o país vai ratificar uma convenção. Da mesma maneira, é o Estado que decide se vai copiar as regras de uma lei modelo, vai permitir a utilização desses instrumentos por meio das normas de direito internacional privado, vai permitir a utilização da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias e quando ela poderá ser utilizada.¹⁴⁶

Dentre os motivos que podem justificar a ausência de adesão/ratificação de convenções pelos Estados, estão:

¹⁴² DAVID, René. The Methods of Unification, **American Journal of Comparative Law**, n. 16, 1968, p. 15.

¹⁴³ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l'étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 417.

¹⁴⁴ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l'étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 420.

¹⁴⁵ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l'étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, 418.

¹⁴⁶ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 364.

- (i) Existência de outros assuntos legislativos prioritários para o país;¹⁴⁷
- (ii) dificuldade de capacitação do corpo diplomático e sua alocação em conferências diplomáticas especializadas;¹⁴⁸
- (iii) Baixo número de Estados contratantes da convenção, o que é influenciado pela ideia de reciprocidade;¹⁴⁹
- (iv) Insegurança sobre os resultados que serão gerados, no que diz respeito a aplicação da convenção;¹⁵⁰
- (v) Falta de interesse/necessidade dos atores do comércio internacional na utilização da convenção;¹⁵¹
- (vi) Evitar custos decorrentes do aprendizado das novas regras, que podem divergir significativamente das já existentes;¹⁵²
- (vii) Desvantagens existentes quando feita comparação com o direito nacional, como por exemplo: o direito nacional é redigido na língua do país, por pessoas do país, já levando em consideração eventuais compatibilizações com o direito existente;¹⁵³

¹⁴⁷ SONO, Hiroo, Contract law harmonization and non-contracting States: the case of the CISG, **Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna**, 9-12.07.2007, p. 2.

¹⁴⁸ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 49.

¹⁴⁹ SONO, Hiroo, Contract law harmonization and non-contracting States: the case of the CISG, **Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna**, 9-12.07.2007, p. 2; FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 26.

¹⁵⁰ SONO, Hiroo, Contract law harmonization and non-contracting States: the case of the CISG, **Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna**, 9-12.07.2007, p. 2.

¹⁵¹ SONO, Hiroo, Contract law harmonization and non-contracting States: the case of the CISG, **Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna**, 9-12.07.2007, p. 2; FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 26.

¹⁵² SONO, Hiroo, Contract law harmonization and non-contracting States: the case of the CISG, **Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna**, 9-12.07.2007, p. 2; FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**., pp. 9-10.

¹⁵³ FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**., p. 9: "That is not the case when a legal text is prepared at the international level for introduction into domestic legal systems. Those negotiating the legal text are usually experts in the area of law in question and are aware of the problems of coordination that may be encountered in many legal systems. However, the legal text is to a large extent drafted in the abstract, i.e. in a generic form that may have to be adapted to local circumstances. If it is done well, it will be drafted in clear language, will not use words with particular meanings in specific legal systems and will be easy to translate with a low likelihood of error. The result will almost assuredly be a style of drafting unfamiliar to many versed in the national legislation of their own country."

(viii) Incompatibilidades geradas por normas imperativas e ordem pública.¹⁵⁴

Essas razões fazem com que diversos Estados (em maior ou menor número, dependendo do caso) deixem de aderir ou de ratificar os tratados, fazendo com que

¹⁵⁴ Tomaremos, para fins deste estudo, como correspondentes em língua estrangeira da expressão normas imperativas as expressões *mandatory rules*, *lois de police* e *normas de policia imperativas*. Da mesma forma, para a expressão ordem pública, tomaremos como sinônimos, *public policy* e *ordre public*. Abaixo algumas definições exemplificativas dos termos:

Nas palavras de KLEINHEISTERKAMP, Jan. Article 1.4. In VOGENAUER, Stefan. KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.). **Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (PICC)**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 129-130: “Mandatory rules are legislative tools for implementing public policy. They impose a specific solution, or a specific method of determining a solution for a given situation in which public interests are at stake. These public interests are the protection of weak parties such as consumers or commercial agents; the protection of third parties that may be affected by the contract, such as creditors of one of the parties, lessees or distributors; or the protection of ‘diffuse’ public interests like undistorted competition, the transparency of certain markets, the efficiency of the judiciary, the environment, public security, or effective tax collection. Mandatory rules are the exceptions that prove—or rather give legitimacy to—the rule of individual freedom of contract. As a consequence, the parties cannot agree on a solution different from that imposed by a mandatory rule, ie they cannot derogate from it. [...] Internationally mandatory rules are the anticipation and concretization of the diffuse *ordre public* or public policy exception, which excludes the application of foreign law in those cases in which it is unacceptable because repugnant to the fundamental values of justice of the country in which the foreign law is to have effect.”

De acordo com Jayme, a ordem pública é vista como uma exceção ao jogo normal das regras de conflito. consiste, geralmente, nos princípios gerais de base de um sistema de direito que se colocam como obstáculos para a aplicação da lei estrangeira. Entre tais princípios, estão os direitos fundamentais do indivíduo estabelecidos na Consituição. (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 228)

Para Boden, a ordem pública deve ser entendida como limite e condição de tolerância de uma ordem jurídica em relação a outra. Isso acontece porque as ordens jurídicas precisam em vários casos dar efeito a normas que emanam de outras ordens jurídicas, mas no caso de haver um contraste grande com os princípios da ordem jurídica de acolhimento, o efeito que é solicitado será recusado, consistindo no limite de aplicação daquela regra. (BODEN, Didier. **L’ordre public, limite et condition de la tolérance**. Recherches sur le pluralisme juridique. Tese (Doutorado), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002, p. 88)

Basso, com base nos ensinamentos de Valladão, explica que “[a] ordem pública limita o direito estrangeiro quanto à sua aplicação direta, vale dizer, com relação à aplicação de “leis estrangeiras” pelo juiz nacional, ou indireta, isto é, ao reconhecimento de “atos e sentenças” originados em outros Estados que não o Brasil. No primeiro caso, a ordem pública impede que sejam criados ou extintos direitos sob a égide da lei estrangeira; no segundo caso, impede que sejam reconhecidos os efeitos da criação e extinção de direitos. [...] Como a ordem pública refere-se a um limite à aplicação do direito estrangeiro, sua verificação no caso concreto afastará uma norma incompatível com o ordenamento jurídico do foro. (BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 297-298.)

Por fugir ao escopo do presente trabalho, não entraremos na questão terminológica existente sobre o tema. Para maiores discussões, ver MCCLEAN, David. *De conflictum legum: perspectives on private international law at the turn of the century: general course on private international law*. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 282, 2000; BODEN, Didier. **L’ordre public, limite et condition de la tolérance**. Recherches sur le pluralisme juridique. Tese (Doutorado), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002; MAYER, Pierre. *Lois de police*. **Répertoire international**. Paris, Dalloz, 1998; BENNETT, Thomas W. **Application of mandatory rules in the private international law of contracts: a critical analysis of approaches in selected continental and common law jurisdictions, with a view to the development of South African law**. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de Cape Town. Cidade do Cabo, 2002.

existam Estados que não são parte das convenções. Essa situação, ainda que temporária, acontecerá,¹⁵⁵ e tem como consequência diferenças quanto à aplicação do instrumento a depender da vinculação ou não do Estado àquele tratado¹⁵⁶.

Ainda como demonstração da inadequada importância dada pelos Estados aos tratados, está a questão da hierarquia dos mesmos em relação ao direito nacional. Atualmente, a prevalência das leis internas sobre tratados internacionais é algo totalmente inadequado à dinâmica da regulação normativa das relações jurídicas plurilocalizadas.¹⁵⁷

¹⁵⁵ FERRARI, Franco. Forum shopping despite international uniform contract law conventions, **International and Comparative Law Quarterly**. V. 51, July, 2002, p. 703.

¹⁵⁶ FERRARI, Franco. Forum shopping despite international uniform contract law conventions, **International and Comparative Law Quarterly**. V. 51, July, 2002, p. 704.

¹⁵⁷ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50, Nota de rodapé 77: “ainda não estabelecemos o tempo suficiente para revisitar o tema do conflito entre tratados e a lei interna, sobretudo no que concerne à aplicação das normas de direito internacional privado de origem convencional pelos tribunais domésticos. No contexto brasileiro, o debate ainda gira em torno do anacronismo consubstanciado na orientação do supremo tribunal federal, entabulada na década de 1970, sobre a equiparação das normas de tratados e convenções às leis ordinárias. Problemas do status e hierarquia das normas internacionais no ordenamento interno continuam a ser polêmicas nos domínios do direito constitucional e direito internacional público. [...] contrariamente a alguns autores, não nos parece que a solução dada pela jurisprudência recente do STF seja pacífica em assentar uma classificação para as correntes, se dualistas ou monistas, e suas respectivas matizes, se moderadas ou radicais.”

Sobre as possibilidades de relações existentes entre o direito internacional e os ordenamentos jurídicos internos, de acordo com Cassese, há três teorias principais: (i) monista nacionalista (supremacia do direito interno sobre o direito internacional); (ii) dualista (ordenamento internacional é separado dos sistemas jurídicos internos); (iii) monista internacionalista (defende o pluralismo mas também a unidade dos sistemas jurídicos internos, considerando a supremacia do direito internacional sobre os direitos internos). CASSESE, Antonio. **Diritto Internazionale**. 2ª ed. Bolonha: Il Mulino, 2013, p. 299. Para o autor, a primeira teoria apenas serviu para sustentar posições ideológicas e políticas. A segunda, não é por ele considerada convincente atualmente. A terceira, por sua vez, contribui para consolidar a ideia de que os órgãos do Estado devem se conformar aos preceitos jurídicos internacionais, antepondo-os às normas internas. Cassese, então, levanta a questão da adaptação do direito interno ao direito internacional, defendendo a necessidade de tratamento uniforme da questão pelos direitos nacionais. Consequentemente, a situação atual é de que cada Estado cuida dessa relação da forma que entende mais adequada. As possibilidades de adaptação trazidas por Cassese são: a adaptação automática permanente (norma interna que prevê a incorporação automática das normas internacionais ao ordenamento interno, sem que haja necessidade de atuação do legislador. Portanto, há uma autorização automática de adaptação do direito interno ao direito internacional) e adaptação *ad hoc* (por meio da qual as normas internacionais se tornam aplicáveis no ordenamento interno por meio de uma normativa interna específica, que pode reformular o conteúdo da norma internacional ou apenas pedir a aplicação da norma internacional) CASSESE, Antonio. **Diritto Internazionale**. 2ª ed. Bolonha: Il Mulino, 2013, p. 303-306.

Essa adaptação e compatibilização se faz importante principalmente para questões relativas às normas imperativas e à ordem pública.

Num segundo momento, tomada a decisão pela acessão ao tratado, as dificuldades estão na opção pela realização de reservas. A utilização das reservas é algo que prejudica o atingimento da unificação, pois faz com que haja divergência no instrumento que está sendo aplicado.¹⁵⁸

A autorização para que elas sejam feitas pode ser mais ou menos ampla, a depender do texto do tratado, que leva em consideração a flexibilidade que se pretende autorizar. A consequência de permitir reservas muito limitadas é que se determinado Estado tiver objeção a dispositivos específicos do texto, ele decidirá, provavelmente, não se tornar parte da convenção.¹⁵⁹

Como a existência de reservas resulta em divergências nos textos em vigor para os vários Estados-contratantes, a possibilidade da realização de reservas do texto também indica que poderá haver divergência no resultado da aplicação se elas vierem a ocorrer.¹⁶⁰

Nesse sentido, importante mencionar o artigo 6 da CISG,¹⁶¹ que, apesar de não estar relacionado com a vinculação do Estado à Convenção, permite que as partes deixem de aplicá-la à sua relação particular quando assim desejarem.¹⁶² Tal artigo permite, então, flexibilidade na aplicação da Convenção, tendo como contrapartida o prejuízo gerado ao objetivo unificador almejado pelo tratado.¹⁶³

¹⁵⁸ BONELL, Michael Joachim, International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins, **American Journal of Comparative Law**, n. 38, 1990, p. 866-867.

¹⁵⁹ FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**., p. 13.

¹⁶⁰ FERRARI, Franco. Forum shopping despite international uniform contract law conventions, **International and Comparative Law Quarterly**. V. 51, July, 2002, p. 702.

¹⁶¹ Artigo 6 CISG - 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. Texto da CISG disponível em português em <http://www.cisg-brasil.net/downloads/planalto.gov.br-Decreto_n_8327.pdf> (Acesso em 13 jan. 2016).

¹⁶² FERRARI, Franco. Forum shopping despite international uniform contract law conventions, **International and Comparative Law Quarterly**. V. 51, July, 2002, p. 700: Ferrari explica que a maioria das convenções internacionais de direito contratual uniforme é dispositiva por natureza, o que faz com que as partes possam excluir a sua aplicação.

¹⁶³ Para maiores detalhes sobre o funcionamento do mecanismo contido no artigo 6 da CISG, ver CISG-AC. **Opinion No. 16. Exclusion of the CISG under Article 6.**

De acordo com pesquisa realizada nos EUA, na Alemanha e na China, publicada em 2008, grande taxa de exclusão foi verificada.¹⁶⁴ Essa exclusão foi feita, na maioria das vezes, de forma explícita.¹⁶⁵

Em relação às justificativas dadas para exclusão, os autores analisaram justificativas práticas e justificativas jurídicas. Em relação às justificativas práticas os resultados foram:

the most often selected practical reason for exclusion was because the CISG is generally not widely known (47.2%). Other often submitted reasons for exclusion were that there is no need to make use of the unified law as long as business partners continue to apply national law (41.7%). About one-third of all respondents stated as a reason for excluding the CISG that their business partners, or the business partners of their respective clients, could not be dissuaded from the application of national law (33.3%) or that no advantage was seen in the application of the uniform law (31.5%). Approximately every fourth respondent answered that their firms still have insufficient experience with the application of the CISG (25.9%), or that there is still insufficient case-law related to the CISG (24.1%).¹⁶⁶

Em relação às justificativas jurídicas, revelou-se que:

only a few respondents (8.3%) stated that, in their opinion, the CISG is legally advantageous. On this point, the American, German and Chinese respondents were largely unanimous (Germany 6.1%, USA 8.3%, China 11.1%). Apart from this, however, considerable differences between the national groups regarding the legal considerations have come to light: The number of respondents in the USA who consider the national law an advantage (35.4%) is approximately the same as the number of those who see an advantage in neither the one law nor in the other (39.6%). In China, 37% of the respondents consider the national law an advantage, while 44.4% of the respondents view neither of the legal systems as legally superior. It was approximately the same as the number in the USA. In Germany, however, only 21.2% consider the national law advantageous,

¹⁶⁴ KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, p. 48: A China foi o país onde se verificou a menor taxa de exclusão entre os três países.

¹⁶⁵ KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, pp. 48-49. Isso acontece porque a escolha do direito nacional de um país contratante não serve para excluir a aplicação do instrumento uniforme. (BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 378.)

¹⁶⁶ KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, p. 49.

while the considerable majority (72.7%) view neither of the legal systems as legally superior. [...] What stands out in the first place, when one considers the practical reasons for exclusion, is that the apparent unfamiliarity of the CISG constitutes, by far, the main reason. The respondents' comments do not imply that those aspects which are seen in the literature as advantages of the uniform law are considered reason enough to abstain in practice from exclusion.¹⁶⁷

Observou-se ainda que:

from a legal viewpoint, existing differences have been minimized by the modernization of the Law of Obligations. This is also the case in China. The Chinese Contract Law effective as of 1 October 1999 has similar rules to that of the CISG in many aspects, such as provisions relating to the formation, performance of the contracts and remedies for breach of contracts. [...] In the Chinese survey, some of the respondents indicated that it was difficult to say whether domestic law or the CISG was legally advantageous; the choice should be made on basis of specified cases, different from case-to-case. The reason for regarding national law as advantageous was that the respondents were much more familiar with domestic law. A reason for regarding the CISG as legally advantageous was that the CISG was better known by foreign traders; it was easier to persuade foreign parties to designate the CISG as applicable law other than Chinese law, especially in cases of clients who are unwilling to apply a foreign law. One respondent indicated that if there was no possibility to know the relevant foreign law, it would be a good choice to apply the CISG, otherwise Chinese law should prevail.¹⁶⁸

Ainda foi possível verificar por meio da pesquisa que:

a significantly larger number of German jurists than their American or Chinese colleagues indicated that neither the CISG nor the national law is legally advantageous. A reason for this could be that the non-uniform German Sales Law (the German Civil Code) has, through the reforms to the Law of Obligations, been strongly aligned with the CISG. It may seem surprising that notwithstanding the indicated legal equality the German respondents decided comparatively often in favor of exclusion of the uniform Law. The reason for this could be that, according to the information provided by all respondents, it is only in the rarest of cases that the legal aspects are crucial to the decision in favor of an exclusion of application.¹⁶⁹

¹⁶⁷ KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, p. 53-58.

¹⁶⁸ KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, pp. 53-56.

¹⁶⁹ KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, pp. 58-59.

Para os casos em que não houve *opt-out* da Convenção como um todo, o questionamento feito foi no sentido de verificar se artigos específicos eram excluídos ou modificados e como resposta, revelou-se que não foram realizadas alterações. Dessa forma, a conclusão tirada pelos autores é que “the legal reasons for exclusion are considered less relevant than the practical reasons, and the latter cannot be influenced by a modification of the provisions of the uniform law”.¹⁷⁰

Além disso, entendemos que esse comportamento pode ser originário do fato de que devido ao desconhecimento em relação à convenção, os atores do comércio preferem não alterar o texto existente para não piorar a situação e levar a mais insegurança. O raciocínio seria o de que, se escolher a *cisg* já é considerado arriscado, escolher a *cisg* modificada é pior ainda.

Para os autores, ainda:

[t]he central, although hardly the most surprising, finding of this empirical survey is that the overriding reasons for an exclusion of the Convention are practical, and that the lack of familiarity with the Convention provides by far the most important reason for exclusion.¹⁷¹

O problema disso é o círculo vicioso criado por tal situação:

the familiarity and acceptance of a law arises, in the long term, from its use and the positive experiences arising there from. If a law is not applied, then the practitioners slip by the chance to make use of, or at least experience, the advantages “preached” about the law in the literature, with the result that any incentive to apply the law fails to arise. As a result the Convention’s goal of unifying the law and the literature’s much-vaunted advantages of the unified law are victims of certain indolence in practice.¹⁷²

Ou seja, tendo em vista o que foi apurado pela pesquisa, verifica-se que existe, nos países analisados, uma preferência pela escolha do direito nacional, ainda mais

¹⁷⁰ KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG’s application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, p. 59.

¹⁷¹ KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG’s application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, pp. 59-60.

¹⁷² KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG’s application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, pp. 59-60.

quando, em termos jurídicos, as diferenças entre a Convenção e o direito nacional estão sendo reduzidas por meio da harmonização.

Em alguns casos, a preferência pelo direito nacional pode acontecer baseada no escopo limitado de aplicação da Convenção. Isso ocorre em casos de contratos que, além da compra e venda de produtos, tratam também de outros aspectos. Dessa maneira, para se evitar um eventual *dépeçage*, as partes optam por excluir a aplicação da Convenção e submeter o contrato todo a um direito nacional, que contém regras para reger todas as matérias contidas no contrato.¹⁷³

Isso demonstra que, mesmo as convenções internacionais tendo escopo limitado, é preciso que elas sejam harmonizadas com outras convenções ou outros instrumentos internacionais, ou contenham regras elas próprias que disciplinem o tratamento dado a questões correlatas ao seu escopo com o objetivo de evitar sua exclusão em situações desse tipo.

Os motivos para o *opt-out* dos instrumentos uniformes estão, principalmente, na falta de confiança e conhecimento da aplicação do instrumento bem como pela utilização de modelos de contratos que preveem tal exclusão de forma automática, por já conterem regras que estão dando bons resultados e não há vontade de alterá-las.¹⁷⁴

Dessa maneira, tendo em vista o exemplo da CISG, para se evitar a ampla utilização de mecanismos de *opt-out* das convenções internacionais, o que deve ser feito é a divulgação dos benefícios da sua utilização, de modo a convencer os agentes do comércio a utilizá-las, reduzindo os casos de *opt-out* e também de reservas. Os benefícios defendidos, quando concretizados, servem conjuntamente de incentivo.

Tendo sido estabelecida a vinculação em âmbito internacional, passemos às formalidades de entrada em vigor do instrumento no âmbito nacional. Nessa etapa,

¹⁷³ KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, pp. 55-56.

¹⁷⁴ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 377.

normalmente são enfrentados diversos obstáculos burocráticos que prolongam o processo de contratação.¹⁷⁵

Dentre eles, podem ser mencionados aqueles relativos à tradução do instrumento e precisão terminológica e conceitual. A utilização de técnicas diferentes para tradução em cada país pode gerar distorções quando da adoção do instrumento, o que, conseqüentemente, pode impactar a sua aplicação¹⁷⁶. Por isso, é preciso que o aplicador tenha em mente os critérios de aplicação do texto, e não se esqueça nem da sua internacionalidade nem das interpretações dadas em outros países para aquele mesmo texto.

Caso seja preciso realizar algum tipo de alteração no texto do tratado, será necessário passar pelas mesmas formalidades enfrentadas quando da sua elaboração e entrada em vigor. Essa realidade faz com que se enfrentem dificuldades de desatualização do texto dos tratados, que, principalmente em ramos nos quais transformações são constantes, pode ser prejudicial à sua utilização.¹⁷⁷

De modo a tentar diminuir os problemas surgidos com a desatualização dos tratados, há quem defenda a realização da interpretação evolutiva dos mesmos, de modo a contornar as dificuldades em atualizar o seu texto, desde que isso seja permitido pela sua redação.¹⁷⁸

Há também quem defenda a realização de tal tipo de interpretação com base em dispositivos relativos ao preenchimento de lacunas dos instrumentos. É o que entendem Schwenzer e Hachem em relação a CISG: “[...] the gap-filling should be

¹⁷⁵ BONELL, Michael Joachim, International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins, **American Journal of Comparative Law**, n. 38, 1990, p. 867.

¹⁷⁶ BONELL, Michael Joachim, International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins, **American Journal of Comparative Law**, n. 38, 1990, p. 867.

¹⁷⁷ FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**., p. 13.

¹⁷⁸ BEAUMONT, Paul R. Reflections on the Relevance of Public International Law to Private International Law Treaty Making. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 32. Essa questão também será tratada no item 3.5.2, adiante.

used as a tool to adjust the Convention to new developments not foreseen by its drafters [...].¹⁷⁹

Dessa maneira, uma forma de diminuir o problema é disseminando conhecimentos sobre as convenções (e os instrumentos disponíveis, em geral).¹⁸⁰ As agências formuladoras podem ter papel importante na realização dessa função,¹⁸¹ por exemplo por meio da elaboração de guias legislativos e outros tipos de instrumentos, além de palestras, cursos, etc. Não só na academia, mas para os praticantes também, bem como para os membros do legislativo.

Passando à segunda parte da análise, versaremos sobre a utilização dos instrumentos harmonizadores e unificadores como modelos para o direito nacional, num processo de harmonização, e as dificuldades decorrentes.

Basicamente, qualquer tipo de instrumento pode ser utilizado como modelo para outro, e de duas formas: pelo texto diretamente, ou pela interpretação, que depois leva a adequação do texto legislativo. Ou seja, o texto das convenções internacionais pode servir de inspiração para a alteração dos direitos nacionais, bem como podem ser utilizados modelos concebidos propositalmente para esse fim.¹⁸²

Além disso, os instrumentos podem ser utilizados como base no momento da interpretação dos direitos nacionais, alinhando-os com o texto de tratados quando tal Estado ainda não for seu contratante. O mesmo pode acontecer com instrumentos de *soft law*, que muitas vezes são criados também com essa finalidade. Essa linha interpretativa influencia e incentiva a alteração do direito

¹⁷⁹ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. In SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 134.

¹⁸⁰ Chega-se a mesma conclusão em: DAWWAS, Amin; SHANDI, Yousef. The applicability of the CISG to the arab world. **Uniform Law Review**, n.4, 2011 p. 841 e BOSCOLO, Ana Teresa de A. C. Application of the CISG in Latin American Countries: An Overview – Reality and Theory. In **CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (eds.), Eleven International Publishing. Haia, 2016 (in press).

¹⁸¹ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 27.

¹⁸² SCHLECHTRIEM, Peter. Basic structures and general concepts of the CISG as models for harmonisation of the law of obligations. **Juridica International**, n.10, 2005, p. 29. Ver item 3.1 para questões relacionadas.

nacional para incorporar as alterações que estão sendo colocadas em prática por meio das decisões judiciais.¹⁸³

Um dos desafios existentes nesse tipo de iniciativa é evitar a influência do direito nacional e das figuras típicas do direito nacional quando da interpretação da convenção e vice-versa. Uma vez que uma norma é inserida no sistema nacional, ela está sujeita à interpretação nacional, de onde nasce uma nova possibilidade de divergências de interpretação.¹⁸⁴ As regras de interpretação das convenções não podem ser deixadas de lado simplesmente porque o direito nacional passou a ser “igual” ao convencional. Da mesma maneira, a adaptação de conceitos internacionais para o âmbito nacional deve ser feita com cautela, para não prejudicar a aplicação internacional dos instrumentos como tal.

Outra preocupação é deixar de existir um interesse pelas normas convencionais, da perspectiva estatal devido à harmonização do direito nacional com o internacional. Nesse sentido, a atuação das agências formuladoras é relevante para garantir que não se adentrem áreas de atuação exclusiva dos Estados nacionais¹⁸⁵ e que um processo (unificação) não prejudicará o outro (harmonização e vice-versa).

Nas palavras de Faria:

[e]xperience shows that standing bodies in charge of domestic law reform can be instrumental in promoting adoption of uniform law instruments. Formulating agencies – and generally any international organization interested in upholding and promoting the rule of law – should have an interest in promoting the institutionalization of law reform mechanisms in countries that do not yet have them. Of course this is a delicate area, as international organisations are not supposed to interfere with the constitutional and administrative structures of their member states. Nevertheless, formulating agencies might play a useful role in promoting an exchange of experiences in the area of law reform across legal traditions with a view to encouraging the improvement of existing domestic structures and methods.¹⁸⁶

¹⁸³ SONO, Hiroo, Contract law harmonization and non-contracting States: the case of the CISG, **Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna**, 9-12.07.2007, p. 6.

¹⁸⁴ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l'étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 423.

¹⁸⁵ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 27.

¹⁸⁶ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 27.

A CISG é um exemplo de instrumento utilizado como inspiração na elaboração dos direitos nacionais,¹⁸⁷ tendo sido utilizada na elaboração do direito chinês, por exemplo.¹⁸⁸

No âmbito regional, instrumento que é criado para funcionar como um modelo é a Diretiva. Ela consiste em um ato legislativo que requer ao Estado membro da UE a transposição das regras e obrigações constantes do instrumento para o seu sistema nacional. O que é obrigatório na Diretiva é o atingimento do resultado nela previsto. A forma e o método de fazê-lo fica a critério do Estado membro,¹⁸⁹ o que, se por um lado permite maior flexibilidade, por outro autoriza a criação de resultados mais intensos do que aqueles obrigatórios, podendo gerar divergências.

Outro exemplo pode ser dado pelas próprias leis-modelo, que são elaboradas exatamente com o propósito de servirem como base para a elaboração e modernização dos direitos nacionais, mas sem que haja obrigatoriedade de isso acontecer. Alguns países adotam-nas por serem um passo relevante em direção à unificação do direito em determinada área, outros escolhem-nas por serem ótimos rascunhos iniciais para suas leis, para outros, ainda, a opção pela utilização está baseada na confiança que tal texto adquiriu internacionalmente, o que funciona como atrativo para o aumento das relações com aquele país, ou finalmente, porque as regras contidas em tal lei-modelo são consideradas boas.¹⁹⁰

¹⁸⁷ SCHLECHTRIEM, Peter. Basic structures and general concepts of the CISG as models for harmonisation of the law of obligations. **Juridica International**, n.10, 2005, p. 28-29: "The CISG has left its imprint on a number of international projects for the unification or harmonisation of rules in the field of commercial and general contract law. Basic concepts of the CISG have influenced the development of international or regional projects of unification and harmonisation on two levels. Firstly, the prerequisites for application in its Articles 1-7 have repeatedly been used as a model. Secondly, its substantive law provisions on the contractual relations of the parties to an exchange contract in general and its provisions concerning sales contracts in particular had a noticeable influence on such projects. [...] Some countries have enacted the CISG not only as their law for cross-border sales but also as their domestic sales law."

¹⁸⁸ SCHLECHTRIEM, Peter. Basic structures and general concepts of the CISG as models for harmonisation of the law of obligations. **Juridica International**, n.10, 2005, pp. 30-31.

¹⁸⁹ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 317-318.

¹⁹⁰ FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**, p. 30.

De acordo com Faria:

Whatever the reason is, the decision to adopt a model law is always voluntary and in no way forced upon States. This is an important point, as it usually means that those in charge of drafting domestic legislation to enact a model law will be more personally involved in the process and may become instrumental in raising knowledge about the new law. This level of engagement may be very useful for the success of legal harmonization, and, more generally, of any law reform effort.¹⁹¹

Exemplo de lei-modelo bastante utilizada é a da UNCITRAL para Arbitragem.¹⁹²

No que diz respeito ao texto a ser adotado e às mudanças que são feitas no modelo para a adoção no direito nacional, entende-se que “States are encouraged (e.g. by a resolution of the General Assembly) to make as few changes as possible when incorporating a model law into their legal systems”.¹⁹³

Todavia, algumas adversidades podem aparecer:

The drafting style of an UNCITRAL model law, as with of all legal texts adopted at international level, will be different, sometimes radically different, from the style of drafting in some countries. The importance of that fact in the politics of adoption of a new law will depend in part on the strength of the local drafting tradition. The entire law may be resisted by lawyers, legislative draftsmen, professors of law and ministry officials simply because the law does not look the way their laws look. The temptation to improve on the drafting of the text is obvious. No one would challenge a legislator’s legitimate right to improve things that deserve improvement. It is important, however, to study carefully the reasons why an international text is formulated in a certain way and the rationale for the policy choices it makes. A certain level of variation – for instance to ensure conformity with the local drafting style or to better reflect local economic conditions or legal tradition – may be appropriate, or even necessary, where the primary purpose of adopting an international model is to modernize the law. Changing the text of a model law to conform to the local style of drafting or to fit squarely the legal status quo may be rather counter-productive, however, if one of the purposes of the new law is to make business in the country more attractive to the foreign lawyer.¹⁹⁴

¹⁹¹ FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**., p. 30.

¹⁹² Para maiores informações a respeito, ver FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**.. A UNCITRAL disponibiliza em seu *website* listagem com países que adotaram a sua Lei Modelo para Arbitragem Comercial Internacional <http://www.UNCITRAL.org/UNCITRAL/en/UNCITRAL_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html> (Acesso em 13 jan. 2016)

¹⁹³ FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**., p. 14.

¹⁹⁴ FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**., p. 30-31.

3.4.2. Aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores pelo juiz nacional

Retomando o que dissemos no capítulo 2, para que haja unificação, é preciso verificar a presença de dois requisitos: (i) a existência de instrumento único; e (ii) similaridade de resultado na aplicação independentemente do aplicador em ação; para que haja harmonização, usa-se um instrumento como modelo ou fonte de inspiração para aproximar uma regra da outra, com o objetivo de facilitar as relações entre as pessoas (físicas ou jurídicas), resultando na aproximação de um instrumento do outro.

Essa aproximação pode acontecer tanto pela via legislativa quanto pela via interpretativa, seja no âmbito nacional quanto no internacional ou transnacional. Portanto, a forma de aplicação do instrumento é que diferenciara a função para a qual ele está sendo utilizado. Portanto, a aplicação dos instrumentos é ponto importantíssimo da análise.

Nesse sentido, surge a questão de quem será competente para julgar eventuais conflitos surgidos que resultem na aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores. As opções que analisaremos são juizes e árbitros. Em um segundo momento, o questionamento passa por quais instrumentos poderão ser utilizados tanto pelas partes como pelo julgador quando este se deparar com um conflito internacional.

Em relação ao juiz, a regra de conflito de leis tem papel fundamental. É ela que indicará a forma pela qual a escolha será feita e, conseqüentemente, possibilitará a seleção do direito aplicável. Já se o litígio for submetido à arbitragem, a utilização da regra de conflito de leis para determinar a regra aplicável ao mérito não é questão pacífica.

Cumprida essa etapa, passa-se a aplicação das regras escolhidas, momento no qual caberá ao julgador verificar a sua compatibilidade com as normas imperativas e a ordem pública e, daí, aplicá-la ou substituí-la.

Após toda essa trajetória, as partes terão a decisão, a qual poderá ser levada para reconhecimento e execução em outro país. Nesse momento poderá entrar em ação a exceção de ordem pública, que, se aplicada, afetará a decisão proferida no estrangeiro.

Tendo em mente, portanto, o caminho todo para a aplicação dos instrumentos unificadores e harmonizadores do direito do comércio internacional, analisaremos os desafios presentes em cada uma das etapas, exceto a primeira, relativa a escolha da arbitragem ou da corte estatal, pois nas etapas seguintes serão consideradas as duas possibilidades de escolha quando necessário.

3.4.2.1. Regra de conflito de leis, juiz nacional e árbitro

Antes de adentrarmos propriamente os desafios gerados pelas relações existentes entre os mecanismos de harmonização e unificação e as regras de conflito de leis (normas de direito internacional privado), é preciso mencionar que, a relação entre os mecanismos harmonizadores e unificadores com as regras de conflito de leis pode ser vista de mais de uma perspectiva. Chamaremos, genericamente, tais possibilidades de “alternativa” e “complementar”.

Dolinger, com base nas orientações de Jitta, explica a perspectiva “alternativa” ao dizer que atualmente são utilizados dois métodos para resolver as relações jurídicas internacionais: o método que uniformiza os sistemas, anulando o conflito, e o método conflitual, que coordena e harmoniza ao escolher a lei aplicável entre as leis em conflito.¹⁹⁵

¹⁹⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37.

Boele-Woelki também ressalta essa perspectiva alternativa em relação às possibilidades para resolver o problema de multiplicidade de leis aplicáveis: criação de instrumentos de direito material que são aplicados diretamente ou criação de normas de conflito que indicarão de forma uniforme qual o regramento material que será aplicado.¹⁹⁶

Essa divisão acontece pelo fato de existirem dois tipos de regras¹⁹⁷: as regras de conflito formal, que indicam a lei que será aplicável à relação em questão, e as regras materiais, as quais são elas próprias aplicáveis às relações internacionais.¹⁹⁸

Isso faz com que se discuta na doutrina qual dos métodos seria preferível.¹⁹⁹

Nesse sentido, alguns autores entendem que, na verdade, cada método tem o seu lugar. De Ly entende que a unificação do direito material não torna o direito internacional privado nem a sua unificação obsoletos. Pelo contrário, as regras conflituais continuam a ser relevantes e ganham nova dimensão na medida em que são necessárias para (i) determinar o escopo do direito material uniforme; (ii) determinar a lei aplicável aos temas fora do escopo do direito material uniforme; (iii) para determinar o direito aplicável às lacunas do instrumento unificador; e (iv) para determinar a lei aplicável para definir noções específicas contidas no texto do direito uniforme.²⁰⁰ Respeitosamente discordamos desse último ponto, por entender que cabe ao próprio instrumento uniforme tratar do assunto. A utilização de conceitos

¹⁹⁶ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 351

¹⁹⁷ Além delas, ainda há as normas de aplicação imediata, que serão abordadas no item seguinte. BADÁN, Didier Opertti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 28.

¹⁹⁸ BADÁN, Didier Opertti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 27.

¹⁹⁹ Tratamos do tema no item 2.2, referente às vantagens e desvantagens dos mecanismos de harmonização e unificação.

²⁰⁰ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 534-535. "In the European union context, one may add: (5) the determination of the scope of substantive unification regarding non-member states; (6) the determination of the law applicable in case of optional harmonization; (7) the determination of the applicable law in case of minimal harmonization and (8) the determination of the applicable law in case of implementation in one country and non-implementation in another member state."

nacionais em instrumentos nacionais deve ser feita apenas se o instrumento assim dispuser.

Para Jayme, no que diz respeito à preferência por um ou outro método, a tentativa de unificação das normas materiais seria anterior, ou seja, utiliza-se o método harmonizador quando não se consegue operacionalizar o método unificador. Assim, no campo das relações jurídicas internacionais, principalmente do comércio internacional, tenta-se primeiramente unificar as normas disciplinadoras por meio de tratados e convenções, até onde isso seja aceitável para os países interessados. Em seguida, elaboram-se fórmulas para solução de conflitos, fórmulas que determinam as leis internas a serem aplicadas.²⁰¹

Para este autor, o método conflitual bem como a unificação das regras materiais foram considerados como vias diferentes para atingir um resultado justo.²⁰² Para as matérias relacionadas com a identidade cultural, o método conflitual garante o direito a diferença melhor do que outros métodos. A unificação das regras substantivas geraria a destruição das diferenças.²⁰³ No caso do direito do comércio internacional, Jayme entende que a tendência atual de unificação e aproximação do direito privado substantivo podem conduzir à supressão do conflito de leis. Seria suficiente pensar na CISG, que trata de matéria na qual a identidade cultural de uma pessoa representa uma importância mínima, que é o direito das relações comerciais.²⁰⁴

²⁰¹ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – Parte Geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37.

²⁰² JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 252.

²⁰³ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 252.

²⁰⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 56.

Para Opertti Badan também não é possível concluir que há uma substituição de um método pelo outro.²⁰⁵

De acordo com Boele-Woelki, quanto mais a unificação acontece no âmbito internacional, menos importante (no que diz respeito ao âmbito de aplicação) se tornam as regras de direito internacional privado.²⁰⁶ Isso porque a diferença existente entre os dois métodos estaria na aplicação ou de normas nacionais para resolver questões internacionais ou na aplicação de normas não-nacionais para resolver este mesmo tipo de questão.²⁰⁷

Dito isso, passemos à perspectiva “complementar” de relacionamento entre os mecanismos de harmonização e unificação e as regras de conflitos de leis, bem como da relação destes com a arbitragem.²⁰⁸

Pode-se dizer, em linhas gerais, que os mecanismos de harmonização e unificação relacionam-se com as regras de conflitos de leis de três formas gerais. A primeira é a unificação/harmonização das próprias regras de conflito de leis. A segunda, a utilização das regras de conflitos de leis para determinar a aplicação dos mecanismos unificadores e harmonizadores (seja por meio de regra contida no instrumento, seja por meio de regra que leva a aplicação do instrumento). A terceira, a utilização de regras de conflitos de leis para preenchimento de lacunas existentes nos instrumentos harmonizadores e unificadores.²⁰⁹

²⁰⁵ BADÁN, Didier Opertti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 80.

²⁰⁶ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 351.

²⁰⁷ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 351.

²⁰⁸ Sobre essa relação, BADÁN, Didier Opertti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 56: “Evidemment, si nous étions en présence d’un espace unique géré par le commerce, il n’y aurait pas de conflit de lois et, en conséquence, la seule méthodologie possible serait la loi matérielle uniforme. En outre, qu’il soit spécial ou autonome, selon les différents auteurs, il est notoire que le droit commercial international et son éventuelle codification exerce une influence croissante sur le droit international privé, et ce par l’utilisation de plus en plus étendue et fréquente de l’autonomie de la volonté contractuelle et de l’arbitrage comme garants en vue de l’idée d’éviter la solution de conflits. Tout cela met en question le système conflictualiste.”

²⁰⁹ Jayme elenca as possibilidades de interação entre o direito uniforme e o direito internacional privado (regras de conflito de leis), chamando-as de “funções do direito internacional privado na uniformização do direito material”: (i) o direito uniforme deve definir o seu próprio campo de aplicação

Trataremos de cada uma das possibilidades a seguir.

3.4.2.1.1. *Unificação e harmonização das regras de conflito de leis*

Assim como as regras substantivas, as regras de conflito de leis também podem ser unificadas e harmonizadas.²¹⁰

No entendimento de Matteucci, a unificação das regras de conflito de leis é apenas uma parte do problema geral da unificação e da harmonização. Outra parte está no direito material. Os dois são interdependentes e devem andar de forma paralela.²¹¹

Nesse sentido, alguns autores defendem que seria mais fácil unificar e harmonizar as regras de direito internacional privado do que as de direito substantivo, porque isso seria menos invasivo e menos complexo do que fazê-lo em relação ao direito material, e, portanto, preferível.²¹²

e isso geralmente é feito por referência ao direito internacional privado; (ii) o recurso ao direito internacional privado serve para preencher as lacunas das convenções de direito uniforme; (iii) o direito internacional privado pode sempre servir de alternativa ao direito substantivo, prescrevendo sobretudo o respeito às particularidades de cada meio jurídico. (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 57).

²¹⁰ BADÁN, Didier Opertti. *Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?*. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 39. No mesmo sentido, Dolinger, “O direito internacional privado conflitual é criado por fontes internas e, portanto, surgirão conflitos entre as regras de solução de conflitos. Nesse sentido, a solução se daria por meio da uniformização das regras de solução de conflitos [...]” o autor chama a unificação das regras de conflito de leis de *Direito Internacional Uniformizado*. (DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38)

Para Rene David, no que diz respeito a relação entre a unificação do direito internacional privado e do direito material, não há conflito. Cada um tem um campo de aplicação onde é preferido em relação ao outro. De qualquer modo, o essencial é atingir o entendimento que acabe com a incerteza, a confusão e o caos que se enfrenta na prática. (DAVID, René. *The Methods of Unification*, **American Journal of Comparative Law**, n. 16, 1968, p. 13.) Como bem disse Matteucci, a unificação das regras de conflito é apenas uma parte do problema geral de unificação internacional do direito, a outra parte é a criação do direito material uniforme, essas duas atividades são interdependentes e devem caminhar paralelamente. (MATTEUCCI, Mario. *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 405)

²¹¹ MATTEUCCI, Mario. *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 405.

²¹² KRONKE, Herbert. *Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: institutional Cooperation and Substantive Complementarity*. **Collected Courses, Academy of International Law**,

Todavia, não é pelo fato de alguns autores considerarem tal atividade comparativamente mais fácil que ela estaria livre de dificuldades.

Isso acontece porque, nas palavras de Kronke, “[n]o one can seriously dispute that governmental interests determine private international law both at the moments of the rule’s conception and its interpretation and application”.²¹³

A unificação das regras de conflito é, muitas vezes, dificultada por questões de natureza histórica e política.²¹⁴ As regras nacionais de direito internacional privado normalmente utilizam termos jurídicos emprestados do direito civil nacional, tendo por base tais conceitos.²¹⁵ Portanto, no entendimento de Jayme, o método comparativo se mostra um instrumento indispensável para a qualificação dos termos jurídicos utilizados nas regras convencionais de conflito.²¹⁶

Tanto é assim, que há quem entenda que especialistas em direito internacional privado nem sempre são os únicos indicados para participar da elaboração de instrumentos de direito internacional privado sobre matérias específicas. Muitas

Haia, v. 369, 2014, p. 30. Na opinião do autor, “there may be merit in identifying those areas of contract law where the harmonisation of conflict rules is thought to be considerably easier to achieve than the harmonisation of substantive law and/or where harmonised private international law stands a fair chance of substituting harmonised – or unified – substantive contract law.” Em outra oportunidade, ele explica as possibilidades dizendo que “Where mere *co-ordination* is the objective, the classic, multilateral conflicts rule, unpretentious and mechanically determining the law applicable to a set of facts, may continue to be both sufficient and appropriate. Conversely, where private international law aspires to be a vehicle for *co-operation* among States, as is the case in the areas of child protection, intercountry adoption and the like, the situation is quite different, and that difference is reflected in the relevant international instruments’ structure and the content of their key provisions. Again, where economic, social or political *integration* is the name of the game, conflict-of-laws rules are obviously and legitimately pregnant with policy considerations. Acknowledging these functional distinctions should entail acceptance of the fact that, with respect to identifying the forum where discussions as the ones envisaged here are likely to bear fruit, there is probably no one-stop shop solution.” (KRONKE, Herbert. Most significant relationship, governmental interests, cultural identity, integration: “Rules” at will and the case for principles of conflict of laws principles of conflict of laws. **Uniform Law Review**, n.3, 2004, p. 476)

²¹³ KRONKE, Herbert. Most significant relationship, governmental interests, cultural identity, integration: “Rules” at will and the case for principles of conflict of laws principles of conflict of laws. **Uniform Law Review**, n.3, 2004, p. 476, p. 469.

²¹⁴ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l’étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 402.

²¹⁵ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 107.

²¹⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 116. Nesse sentido, ressaltamos que é importante ter em consideração a autonomia do instrumento e a sua interpretação destacada de conceitos nacionais específicos.

vezes, é necessária a participação de especialistas no direito substantivo também.²¹⁷

As dificuldades geradas pelos impasses na harmonização e na unificação das regras de conflito de leis podem ser observadas nas palavras de Basso:

O surgimento das fontes do direito do comércio internacional, por exemplo, a partir da perspectiva da nova *lex mercatoria*, provou que o anacronismo e a falta de convergência das legislações domésticas envolvendo normas de conflito de leis teria sido uma das próprias causas de inaptidão do direito internacional privado em oferecer soluções favoráveis à prática negocial do comércio internacional.²¹⁸

Após a elaboração de instrumentos visando a unificação das regras de conflito de leis que não obtiveram o sucesso esperado,²¹⁹ a proposta que surgiu foi pela criação de um instrumento não vinculante (*restatement*) sobre a matéria, que poderia ter vários usos, tais como: base para reformas de legislações nacionais, base para negociação contratual, base para discussões sobre matérias correlatas em organizações internacionais, utilização por árbitros ao determinar a lei aplicável na ausência de escolha pelas partes.²²⁰

Tal instrumento passou a ser elaborado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado²²¹ e foi aprovado em março de 2015, sob a denominação de

²¹⁷ KRONKE, Herbert. Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: institutional Cooperation and Substantive Complementarity. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 369, 2014, p. 36.

²¹⁸ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 49-50.

²¹⁹ Para exemplos, ver <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=31>> e <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=61>> (Acesso em 13 jan. 2016)

²²⁰ KRONKE, Herbert. Most significant relationship, governmental interests, cultural identity, integration: “Rules” at will and the case for principles of conflict of laws principles of conflict of laws. **Uniform Law Review**, n.3, 2004, p. 476, pp. 473-474.

²²¹ Kronke traz essa possibilidade ao dizer que “Assuming that the task of re-stating and pre-stating conflicts principles would appropriately be taken by way of instituting a multi-layered and decentralised process, the only candidate for providing the institutional framework at the *worldwide* level would be the Hague Conference on Private International Law. It is there that Governments and the universal academic conflicts community, for more than a century, have accumulated expertise and where intergovernmentally certified scholarly debate could be organised in such a way as to ensure that any proposals would command trust and respect. It is submitted that it is the more abstract principles and the more mature areas of the law which would most usefully be discussed at this level”. (KRONKE, Herbert. Most significant relationship, governmental interests, cultural identity, integration: “Rules” at will and the case for principles of conflict of laws principles of conflict of laws. **Uniform Law Review**, n.3, 2004, p. 476.)

PHLA.²²² Não se trata de um instrumento vinculante, nem de lei-modelo, mas sim de um compilado de “princípios” para incentivar os Estados a incorporar suas disposições aos seus direitos nacionais, no sentido de reforçar o conceito da autonomia da vontade.²²³

A dificuldade, agora, está em os Estados incorporarem as regras contidas em tal instrumento. Trataremos deste tema mais adiante.

3.4.2.1.2. *Utilização das regras de conflito de leis para determinar a aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores*

Aqui, é possível entender a relação de duas formas: (i) a regra constante do instrumento harmonizador/unificador e que determina a sua aplicação; ou (ii) a regra de conflito de leis (estatal ou unificada/harmonizada) permitindo (ou não) a aplicação dos mecanismos harmonizadores e unificadores.

Para Convenções e Leis Uniformes, o escopo de aplicação é dado na maioria das vezes sem o auxílio das regras de conflito de leis (exemplo: CISG),²²⁴ sendo esta utilizada apenas de forma, diga-se, subsidiária.

Por outro lado, os instrumentos não vinculantes não têm essa capacidade de determinar o seu escopo de aplicação a casos transfronteiriços de forma independente das regras de conflito de leis.²²⁵ O mesmo vale para instrumentos vinculantes que contêm a regra, mas não seriam aplicáveis àquela determinada situação por meio desse critério pré-determinado. Vale dizer que estes instrumentos, apesar de não terem seus critérios de aplicação de forma vinculante, normalmente contêm dizeres em seu texto que indicam suas possibilidades de

²²² <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>> (Acesso em 13 jan. 2016)

²²³ Comentários aos PHLA, I.5 <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>> (Acesso em 13 jan. 2016) “The Principles can be seen both as an illustration of how a comprehensive choice of law regime for giving effect to party autonomy may be constructed and as a guide to “best practices” in establishing and refining such a regime.”

²²⁴ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 396.

²²⁵ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 397.

aplicação. Nesse sentido entra a relação com a regra de conflito de leis, ou seja, para levar à aplicação de tais instrumentos que não são auto-aplicáveis.

3.4.2.1.2.1. Regra constante do instrumento e que determina a sua aplicação

Essa é a hipótese que se apresenta para os instrumentos que podem ser ditos auto-aplicáveis, ou seja, aqueles que contêm mecanismos de aplicação vinculante e não dependem das regras de direito internacional privado externas a eles para serem aplicados, ou seja o direito internacional público gera a sua aplicação. É o caso da CISG, por exemplo.

A regra constante do artigo 1(1)b da Convenção²²⁶, porém, vale-se das regras de direito internacional privado para que sua aplicação seja realizada. De acordo com Badan:²²⁷

[l]a formule de la CVIM est considérée comme positive par la doctrine en general, avec évidemment plus d'enthousiasme chez les substantialistes, bien que les conflictualistes — avec lesquels je suis en accord sur ce point sans hésiter — regardent cette formule comme une solution « naturelle » en ce qui concerne l'article 1, lettre b), reconnaissant que le droit international privé est responsable de la mise en oeuvre de la sélection de la loi applicable au contrat en question.

²²⁶ Vale mencionar que o artigo 95 da CISG permite que seja feita reserve no sentido de os Estados não estarem vinculados à aplicação da Convenção por meio do critério do artigo 1(1)b.

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. [...]

Artigo 95 - Qualquer Estado poderá declarar, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a disposição da alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção.

Recentemente, tratamos de questões concernentes à aplicação da Convenção, incluindo o artigo 1(1)b e o artigo 95 em BOSCOLO, Ana Teresa de A. C. Application of the CISG in Latin American Countries: An Overview – Reality and Theory. In **CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (eds.), Eleven International Publishing. Haia, 2016 (no prelo).

²²⁷ BADÁN, Didier Operti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 43-44.

Importante mencionar que árbitros não estão vinculados à aplicação da CISG por meio das regras de direito internacional público. Se aplicam-na, é por outras justificativas.²²⁸

3.4.2.1.2.2. Regra de conflito de leis (estatal ou unificada/harmonizada) permitindo (ou não) a aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores

A questão em análise neste item diz respeito, principalmente, à possibilidade de utilização, como lei aplicável, de instrumentos anacionais pelo juiz estatal e as consequências e dificuldades relativas a essa possibilidade. Isso porque a aplicabilidade do direito substantivo anacional para relações transfronteiriças depende, em larga medida, do efeito das regras no sistema de conflito de leis.²²⁹

Atualmente, a maioria das regras de conflito de leis dos Estados permite apenas a aplicação de leis, o que resulta no entendimento prático de que as regras anacionais não estariam incluídas nas possibilidades.²³⁰

²²⁸ CISG-AC. **Opinion No. 15. Reservations under Articles 95 and 96 CISG.** p. 15.

²²⁹ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 396.

²³⁰ AGRÒ, Eleonora Finazzi. The impact of the UNIDROIT principles in international dispute resolution in figures. **Uniform Law Review**, n.3, 2011, p. 722. Nesse sentido, importante ressaltar que Corte Suíça já aceitam a aplicação dos princípios UNIDROIT, conforme revelado em pesquisa realizada em 2011 e que analisou a aplicação dos princípios UNIDROIT. De acordo com tal pesquisa foram verificadas duas decisões suíças que permitiram a aplicação dos princípios mediante escolha das partes, como lei aplicável ao contrato, ou seja, autorizando as partes a escolherem regras anacionais como lei aplicável. Foram as únicas decisões, das 230 analisadas (Se forem consideradas apenas as decisões judiciais, tem-se um total de 91 decisões.) que autorizaram tal escolha. As decisões são: *Handelsgericht St. Gallen* of 12 November 2004 e Swiss Supreme Court of 20 December 2005.

Importante aqui ressaltar o atraso existente na redação da regra de conflito de leis brasileira no que diz respeito às obrigações contratuais. Nesse sentido, Basso, ao explicar que “A lei de introdução às normas do direito brasileiro de 1942, para além de seu inquestionável valor dogmático, deixou de oferecer soluções consentâneas para os problemas identificados nas relações entre ordenamentos jurídicos, a partir da perspectiva do direito brasileiro atual. E isso tem sido apontado pela doutrina como um dos déficits mais significativos de *arborização legislativa* em relação àquelas perseguidas por tantos outros Estados e ao movimento de renovação da disciplina impulsionado pelas fontes convencionais e institucionais, sobretudo nos trabalhos da Conferência da Haia, UNCITRAL, UNIDROIT, da Comissão Jurídica Interamericana e da Organização dos Estados

Isso acontece porque na maioria dos casos permite-se apenas a escolha do direito aplicável, estando a amplitude da escolha restrita ao que o Estado reconhece como direito. Para que os instrumentos de direito anacional possam ser escolhidos pelas partes e aplicados pelos juízes nacionais, é preciso que, além da utilização da escolha das partes como critério de conexão, a escolha permitida seja o mais ampla possível, o que está intimamente relacionado ao entendimento do que é direito ou regras de direito.²³¹

Nesse sentido, os autores que entendem que é preciso que as soluções permitidas transpassem as fronteiras tradicional da doutrina e da teoria nacionais, buscando-se que sejam desenvolvidas soluções transnacionais para os casos.²³²

É o direito internacional privado que pode permitir o reconhecimento universal de direitos baseados na aplicação da lei estrangeira. Para isso, é preciso que o Estado reconheça a competência legislativa de outras entidades, como as regionais e as religiosas.²³³

Os instrumentos unificadores e harmonizadores do direito material podem ser aplicados, ao invés do direito nacional, quando: (i) os Estados substituem o direito

Americanos.” (BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 46.) BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 401.

²³¹ Não entraremos aqui na longa discussão sobre a definição de direito, porque isso fugiria ao escopo deste trabalho. Todavia, vale mencionar a ponderação trazida por Grigera-Naón na introdução do seu curso na Haia: “An additional aspect to be considered and explored when analysing each scenario is what applicable “law” means. Is it a national legal system ? Does it also cover a-national, non-exclusively national or international legal sources or systems, such as “transnational law”, “*lex mercatoria*” or public international law? Is the reference to law necessarily a reference to a system, or does it also cover rules of law not incorporated in a systemic way in a national, transnational or a-national body of law or legal rules, including rules or norms created “*ad hoc*” by the parties to govern in full or in part their contractual relationship or one or more of its specific aspects? Which is the interaction between the applicable “law” and the text and spirit of the contract; between the applicable law and trade usages ? Is it conceivable for an Arbitral Tribunal to conclude that laws or rules of law from different national, transnational, international or a-national legal sources apply simultaneously in the same case to different or the same aspects of the dispute ? In such event, in which ways is their application combined ?” (GRIGERA-NAÓN, Horacio. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 289, 2001, p. 25-26).

²³² BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 30-31.

²³³ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 262-263..

nacional por um instrumento internacional uniforme aplicável a casos transfronteiriços, ou seja, quando incorporam modelos ao direito nacional; (ii) quando o instrumento é aplicável à relação das partes, que podem, todavia, excluir sua aplicação (opt-out); (iii) quando as partes escolhem que o instrumento uniforme vai governar a sua relação (opt-in).²³⁴

É a opção (iii) que não acontece atualmente na maioria das cortes estatais.

Os questionamentos, então, vão no sentido de se é ou não mais apropriado que as regras estatais de conflito de leis permitam a ampla autonomia da vontade, no sentido de autorizar a escolha pelas partes de instrumentos de soft law como direito aplicável às suas relações.

Boele-Woelki entende que isso deve ser feito, no caso do Regulamento Roma I²³⁵, garantindo às partes a mesma liberdade de escolha da lei substantiva aplicável que a existente na arbitragem.²³⁶

A mesma autora ressalta que a possibilidade de utilização de instrumentos harmonizadores e unificadores como aplicáveis aos litígios comerciais é influenciada pelo fato de o mesmo ser decidido por tribunal estatal ou arbitral, bem como pelo fato de o instrumento ter sido escolhido pelas partes ou tal escolha ter de ser feita pelo julgador no caso de ausência de escolha pelas partes ou falta de acordo entre elas.²³⁷

Essa mesma diferença é ressaltada por De Ly, ao afirmar que:

[t]he application of international commercial self-regulation is generally governed by different methods depending upon the applicable dispute resolution process. If self-regulatory rules are to be applied by domestic courts, these will resort to their traditional conflict of laws rules in order to find the applicable law. The position of self-regulatory rules will then be

²³⁴ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 357.

²³⁵ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=PT> Acesso em: 13 jan. 2016.

²³⁶ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 432.

²³⁷ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 291. No mesmo sentido, os Comentários aos PHLA, I.18. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#intro>> (Acesso em 13 jan. 2016)

determined by the law thus applicable to the dispute. In this way, also international commercial self-regulation is “nationalized” and domesticated. In this respect, domestic law, only to a limited extent takes account of the specific features of international business structures and transactions and almost mechanically applies domestic law rules to international business problems.²³⁸

O mesmo autor continua, explicando que:

[a] different trend has become obvious in international commercial arbitration where clearly a more transnational spirit prevails. This development has primarily occurred in relation to the theory of the *lex mercatoria* and expresses a tendency to detach international commercial dispute resolution from domestic law.²³⁹

Ou seja, na arbitragem,²⁴⁰ a liberdade de escolha das partes no que diz respeito à lei aplicável é maior, não havendo obrigatoriedade de aplicação de algum direito

²³⁸ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 538.

²³⁹ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, pp. 538-539.

²⁴⁰ Sobre o tema, Grigera-Naón explica que “International commercial arbitrators view choice-of-law issues from a pragmatic and result-oriented standpoint militating in favour of analysing their choice-of-law determinations from a functional perspective. For example, since their authority originates in and emanates from the will of the parties, they are primarily concerned with not defeating the parties’ reasonable and legitimate expectations as to the applicable law and fulfilling their mission in agreement with the parties’ mandate.” Ele continua, a dizer que “ [...] arbitral choice-of-law determinations (i) are result-oriented (i.e., the substantive law result of such determinations and the parties’ and other general expectations likely to be affected by such result are a paramount concern in the minds of international commercial arbitrators when fashioning their choice-of-law decisions); (ii) are remarkably influenced by the clear intent to show that such determinations are the necessary outcome of a convergence of conflict-of-laws criteria or of national substantive laws concerned by the dispute or are commanded by choice-of-law rules or substantive legal rules universally accepted or enjoying world-wide consensus so that either at the level of choice of law or of the substantive applicable law there are no conflicting solutions no matter which would be the “national” or “a-national” perspective an external observer would like to adopt when viewing the substantive law or rules of law finally applied by the Arbitral Tribunal; (iii) are not indifferent to certain general or systemic multinational, transnational or “multistate” notions or policies, the application or consideration of which is not necessarily imposed by the will of the parties to the instant dispute, and largely depends on a certain perception by the Arbitral Tribunal of the needs of the international community of economic operators, the imperative of ensuring the effectiveness of the international commercial arbitration legal process and its acceptance both by users and national jurisdictions and of a certain duty felt by international commercial arbitrators to advance the application of a body of generally accepted mandatory legal rules and principles ; and (iv) are largely premised on or influenced by a teleological analysis of substantive and conflict-of-laws rules *prima facie* relevant for the resolution of the dispute so that international commercial arbitrators carefully look at the explicit or reasonable aims and objectives underlying substantive and choice-of-law rules in order to establish their scope of application and, accordingly, whether they actually seek to govern the dispute or not. An area where the presence of functionally oriented choice-of-law methodologies is acutely present to account for arbitral choice-of-law decisions is the determination of the existence and application of *lois de police* or international mandatory rules. (GRIGERA-NAÓN, Horacio. Choice-of-Law Problems

nacional.²⁴¹ Os árbitros podem basear suas decisões em princípios e regras internacionais/transnacionais, especialmente se as partes se manifestaram pedindo que eles assim o fizessem.²⁴² Porém, é importante frisar que “[t]he authority of an arbitral tribunal to apply a non-national system of law (such as the general principles of law or the *lex mercatoria*) will depend upon (a) the agreement of the parties, and (b) the provisions of the applicable law.”²⁴³

Perante as cortes estatais, são as regras de conflito de leis que vão resolver a questão. Na verdade, é o Estado que vai tomar a decisão sobre a amplitude da escolha.²⁴⁴

Diferentemente do juiz nacional, os árbitros não estão necessariamente obrigados a utilizar as regras de direito internacional privado do local da arbitragem para

in International Commercial Arbitration. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 289, 2001 p. 26-29.)

²⁴¹ BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 195-199.

²⁴² BONELL, Michael Joachim. Soft law and party autonomy: the case of the UNIDROIT Principles. **Loyola Law Review**, n. 51, 2005, p. 242; BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 430; BADÁN, Didier Opertti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, pp. 63-64. Nesse sentido, importante mencionar o comentário presente em BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 221-222 “The fact that an international arbitrator has based an award on transnational rules (general principles of law, principles common to several jurisdictions, international law, usages of trade, etc) rather than on the law of a particular State should not itself affect the validity or enforceability of the award: (i) where the parties have agreed that the arbitrator may apply transnational rules; or (ii) where the parties have remained silent concerning the applicable law. This position has been adopted by various national courts, including the French Court de cassation, the Austrian Supreme Court, and the English Court of Appeal.”

Por outro lado, De Ly menciona que “The risk inherent to this process is that it is not crystal clear that arbitral awards cannot be challenged on the basis of excess of authority and, in a long term perspective, that the boundaries between discretion and arbitrariness become very thin which may cause a substantial loss of the arbitral process’s predictability.” DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 540.

²⁴³ BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 226. O “agreement of the parties” pode se dar contratualmente, mas também por meio do regulamento de arbitragem (que é incorporado ao contrato) no caso de as partes optarem por uma arbitragem institucional, por exemplo.

²⁴⁴ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 400.

determinar a lei aplicável ao mérito²⁴⁵ na ausência de escolha pelas partes.²⁴⁶ Além disso, quando o litígio está submetido à arbitragem, no caso de as partes não se

²⁴⁵ Além da lei aplicável ao mérito, na arbitragem há outras questões que podem envolver discussões sobre lei aplicável: “International commercial arbitration, unlike its domestic counterpart, usually involves more than one system of law or of legal rules. Indeed it is possible, without undue sophistication, to identify at least five different systems of law which in practice may have a bearing on an international commercial arbitration. These are: (i) the law governing the arbitration agreement and the performance of that agreement; (ii) the law governing the existence and proceedings of the arbitral tribunal—the *lex arbitri*; (iii) the law, or the relevant legal rules, governing the substantive issues in dispute—generally described as the ‘applicable law’, the ‘governing law’, ‘the proper law of the contract’, or ‘the substantive law’; (iv) other applicable rules and non-binding guidelines and recommendations; and (v) the law governing recognition and enforcement of the award (which may, in practice, prove to be not one law, but two or more, if recognition and enforcement is sought in more than one country in which the losing party has, or is thought to have, assets).” (BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 165)

²⁴⁶ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 396-430; BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 234-236. “Contrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict law rules of the State [...], 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.” (BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 234). “In reaching its decision on the law to be applied in the absence of any choice by the parties, an arbitral tribunal is entitled (unless otherwise directed by the applicable rules or the *lex arbitri*) to select any of the systems or rules of law upon which the parties themselves might have agreed, if they had chosen to do so.” (BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 235.)

“When it comes to determining how an arbitral tribunal should proceed to its decision, then once again (as so often in international commercial arbitration) no universal rule can be identified. Some systems of law insist that, in making its choice, an arbitral tribunal should follow the rules of conflict of the seat of the arbitration. This attitude looks increasingly anachronistic. The modern tendency is for international conventions and rules of arbitration to give considerable latitude to arbitral tribunals in making their choice of law, whilst still requiring them to do so by way of appropriate or applicable conflict rules. Some national laws (including the French, the Swiss, and the Dutch) carry the matter to its logical conclusion: by abandoning the reference to conflict rules altogether they allow an arbitral tribunal to decide for itself what law (or rules of law) the tribunal considers appropriate to settle the dispute.” BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 236.

Mesmo a CNY e a Convenção Interamericana não tratando expressamente da escolha do direito material aplicável às relações comerciais das partes, elas reconhecem a liberdade das partes para escolher a lei aplicável à convenção de arbitragem e ao procedimento arbitral. A mesma autonomia se aplica, por analogia, a escolha da lei aplicável ao mérito da disputa. (BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 2009, p. 2154). A lei modelo da UNCITRAL trata da lei aplicável ao mérito no seu artigo 28(1), da seguinte maneira: Article 28. Rules applicable to substance of dispute (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. (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable. (3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so. (4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

manifestarem sobre a lei aplicável, vários direitos nacionais e a maioria dos regulamentos de arbitragem dão aos árbitros total liberdade para determinar as regras aplicáveis.²⁴⁷

De forma exemplificativa, citamos o caso do direito brasileiro, no qual a diferença da amplitude de escolha é muito evidente. O art. 9º, caput da LINDB²⁴⁸ estabelece regra obrigatória a ser observada pelas partes e pelo juiz quando este precisa decidir qual a lei aplicável à relação obrigacional que se apresenta diante dele.²⁴⁹ Trata-se da aplicação da lei do país onde as obrigações foram constituídas.

O art. 2º, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem²⁵⁰ prevê que as partes poderão escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Nas palavras de Brasso, tal regra “não se confunde, nem revoga, o caput do art. 9º da LINDB”.²⁵¹ Em suma:

[o] destinatário aplicador do disposto no caput do art. 9º da LINDB é o juiz togado [...]. O destinatário aplicador do disposto no art. 2º, parágrafo 1º da lei 9307/96 é o árbitro privado. [...] Dessa maneira, no direito brasileiro, as partes tem plena autonomia para escolher a lei aplicável quando seu litígio for submetido à arbitragem.²⁵²

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf> (Acesso em 13 jan. 2016)

“Other arbitration statutes are more conservative and follow in this respect the example of the UNCITRAL Model Law, which allows the parties to choose the applicable “rules of law” but which instructs the arbitrators, in the absence of such a choice, to apply the law designated by the application of a choice of law rule. However, most such statutes do not allow the courts reviewing an award to re-examine the choice of governing law made by the arbitrators. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration**. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.). Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 878.

²⁴⁷ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration**. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.). Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 881-882; Comentário aos PHLA (Artigo 3) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>> (Acesso em: 13 jan. 2016)

²⁴⁸ Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942.

²⁴⁹ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 201.

²⁵⁰ Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei n. 13.129 de 2015.

²⁵¹ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 202.

²⁵² BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 202-203. Para outros exemplos de situações de restrição à autonomia da vontade, ver SECRETARIA PERMANENTE DA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL

Os recentemente criados PHLA, que visam a promover o princípio da autonomia da vontade,²⁵³ contêm em seu artigo 3º regra que autoriza a escolha ampla de regras de direito como aplicáveis ao mérito. A redação é dada da seguinte forma: “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.”

Percebe-se da redação que, apesar de ser permitida a escolha de regras de direito, ou seja, instrumentos que emanam de fontes não-estatais, há a restrição de que elas sejam “generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules”.²⁵⁴ Ou seja, “the “rules of law” cannot refer to a set of rules contained in the contract itself, or to one party’s standard terms and conditions, or to a set of local industry-specific terms.”²⁵⁵ Em contrapartida, são aceitos como “rules of law”:

[i]nternational treaties and conventions [...] when those instruments apply solely as a result of the parties' choice of law. For example, the CISG may be designated by the parties as "rules of law" governing their contract in situations where the CISG would not otherwise apply according to its own terms (see Art. 1 CISG). In other words, the parties may designate the substantive rules of the CISG as a free-standing set of contract rules and not as a nationalised version of the CISG attached to the law of a CISG Contracting State. Following such a choice, the CISG applies as "rules of law", without consideration of any State declarations or reservations that might otherwise intervene if the CISG were applied as a ratified treaty or as part of State law.²⁵⁶

Ainda:

[a]nother source of "rules of law" that would satisfy this first criterion may come from non-binding instruments formulated by established international bodies. One example is UNIDROIT, an inter-governmental organisation

PRIVADO. **Feasibility study on the choice of law in international contracts report on work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument.** Documento preliminar n.7, março, 2009, p. 6.

²⁵³ SECRETARIA PERMANENTE DA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Feasibility study on the choice of law in international contracts report on work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument.** Documento preliminar n.7, março, 2009, p. 6.

²⁵⁴ Comentário aos PHLA 3 (Artigo 3) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>> (Acesso em: 13 jan. 2016)

²⁵⁵ Comentário aos PHLA 4 (Artigo 3) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>> (Acesso em: 13 jan. 2016)

²⁵⁶ Comentário aos PHLA 5 (Artigo 3) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>> (Acesso em: 13 jan. 2016)

responsible solely to its Member States, which operates on the basis of consensus. The UNIDROIT Principles are an example of "rules of law" that are "generally accepted on an international level". Moreover, the UNIDROIT Principles expressly provide that parties may designate them to govern their contract and suggest choice of law clauses to that end.²⁵⁷

Outro exemplo dado é o dos PECL.²⁵⁸

A preocupação externalizada por meio do requisito de que as regras sejam "generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules" visa a que seja mantido o equilíbrio entre as partes, para que uma parte com maior poder de barganha não se beneficie dessa posição quando da seleção das regras aplicáveis.²⁵⁹

Além disso, esse requisito também pode ter reflexos em relação às críticas surgidas quanto à legitimidade de aplicação de tais instrumentos, elaborados sem obrigatoriedade de representantes dos Estados, com um enfoque muito mais acadêmico do que diplomático. Ao se cumprir o requisito de ampla aceitação, as críticas serão reduzidas.²⁶⁰

No sentido de apoiar a possibilidade de escolha ampla das regras aplicáveis por meio da regra de conflito de leis, está Beraudo, ao entender que privar o juiz estatal de algumas possibilidades na solução dos litígios a ele submetidos, diferenciando a sua atuação daquela do árbitro, deixa transparecer uma estratégia que visa a

²⁵⁷ Comentário aos PHLA 6 (Artigo 3) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>> (Acesso em: 13 jan. 2016)

²⁵⁸ Comentário aos PHLA 7 (Artigo 3) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>> (Acesso em: 13 jan. 2016)

²⁵⁹ Comentário aos PHLA 12 (Artigo 3) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>> (Acesso em: 13 jan. 2016)

²⁶⁰ "Goode dit que, permettre le choix prive des principes d'UNIDROIT comme droit applicable, pose un problema d'objection de legitimite." GOODE R., Regla, practica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional, in *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Biblioteca de derecho de la globalización, BASEDOW, J., FERNANDEZ-ARROYO, D. P., RODRIGUEZ, J. A. Moreno, dir. publ., Asuncion, La Ley Paraguaya, CEDEP, Thomson Reuters, 2010, pp. 75-127 *apud* BADÁN, Didier Opertti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Haia, v. 359, 2012, p. 48.

restringir a justiça estatal a um arcaísmo, que a renderia inapta a lidar com os litígios do comércio internacional.²⁶¹

No mesmo sentido, Goode, que se diz “strongly in favour of adapting our [European] conflict of laws rules to allow the parties to choose the PECL as the applicable law, though this would involve identifying criteria for giving such status to the work of a private body.”²⁶²

Também Mayer, baseado nos ensinamentos de Bonell:

Unification of law may be achieved not only by means of international conventions and other instruments provided by public international law, but also by non-legislative means such as international restatements of contract law such as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - hereinafter referred to as the UNIDROIT Principles.²⁶³

Badán alerta, todavia, para a possibilidade de surgimento de movimentos nacionalistas contrapostos à progressiva perda de poderes pelo Estado, o que poderia ter consequências, na sua opinião, perigosas.²⁶⁴

Nesse sentido, há quem, por sua vez, explicita que há outras formas de o Estado utilizar os instrumentos anacionais, ou dê alternativas para que os juízes possam se utilizar das regras anacionais quando a regra de conflito de leis estatal não permitir tal escolha pelas partes.

Michaels elaborou um estudo, já referido anteriormente neste trabalho, no qual menciona detalhadamente o entendimento e as sugestões de vários autores nesse sentido. Algumas delas são:

²⁶¹ BERAUDO, Jean-Paul. Faut-il avoir peur du contrat sans loi. In **Le droit international privé: esprit et methods: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde**. Paris: Dalloz, 2005, p. 103.

²⁶² GOODE, Roy. Contract and commercial law: The logic and limits of harmonisation, **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 7.4, nov, 2003, item III.

²⁶³ BONELL, An International Restatement *apud* MAYER, Ulrich C. The enforcement of annulled arbitral awards: towards a uniform judicial interpretation of the 1958 New York Convention. **Uniform Law Review**, n. 3, 1998, p. 598.

²⁶⁴ BADÁN, Didier Opertti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 50-51.

[...] incorporation, deference, and delegation;²⁶⁵ [...] enable courts to look to community affiliation instead of territorial connections and to accept hybrids of multiple laws instead of applying just one law;²⁶⁶ [...] proposes transnational private law as a combination of private law and private international law that should be able to deal with challenges of global legal pluralism: Private law contributes its experience with nonstate normative orders; private international law foregrounds its transnational nature; [...].²⁶⁷

O principal desafio da relação da regra de conflito com os instrumentos unificadores e harmonizadores, é, portanto, ponderar se é preciso possibilitar a utilização dos instrumentos anacionais na função de unificação, ou seja, aplicá-los de forma direta, quando as partes ou os julgadores entenderem ser esta a melhor opção.

É claro que a permissão de tal possibilidade terá outros reflexos, tais como a utilização das regras como preenchedoras de lacunas quando for feita referência a utilização das regras de conflitos de leis, como é o caso da regra subsidiária contida na CISG, por exemplo.²⁶⁸

3.4.2.1.3. *Regras de conflito de leis para preenchimento de lacunas*

Outra forma de relação entre o direito internacional privado e os instrumentos harmonizadores e unificadores é a utilização das regras de conflito de leis como forma de preencher as lacunas deixadas pelo instrumento aplicável às questões de direito material. Nas palavras de Badan, “[l]e droit materiel possède, en général, ses

²⁶⁵ MICHAELS Ralf.. The re-State-ment of non-state law: the state, choice of law, and the challenge from global legal pluralism. **Wayne Law Review**, v. 51, 2005 *apud* MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259, p. 9-10.

²⁶⁶ BERMAN, PS. Towards a cosmopolitan vision of conflict of laws: redefining governmental interests in a global era. **Univ. Pa. Law Rev.** e BERMAN, PS. Global legal pluralism. **South. Calif. Law Rev.** *apud* MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259, p. 10

²⁶⁷ WAI, R. The interlegality of transnational private law. **Law Contemp. Probl.**, v. 71, 2008 *apud* MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259, p. 10 No mesmo texto, Michaels ressalta que “Legal pluralism begins to influence conflict of laws; whether conflict of laws will inspire theories of legal pluralism remains to be seen.”

²⁶⁸ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. In SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 143.

propres règles d'application, mais on y retrouve certaines lacunes qui doivent être comblées.²⁶⁹

Matteucci vê a questão do preenchimento de lacunas de forma ampla. Ou seja, se a unificação do direito material e a utilização de regras de conflitos de leis são insuficientes, quando consideradas separadamente, a sua combinação é desejável, pois permitirá a realização de duas atividades paralelas: uma buscando a unificação do direito material, onde ela for possível, e outra preenchendo as lacunas das leis uniformes, onde ele não for possível.²⁷⁰ Em outras palavras, as regras de conflito de leis serão utilizadas para os casos em que não se obtiver um instrumento uniforme.

O autor ainda complementa, dizendo que a unificação das regras de direito internacional privado (de conflito) deve ser buscada lado a lado com a unificação das regras de direito material, de maneira a preencher as lacunas que existirem nas leis uniformes materiais²⁷¹.

Da mesma forma, De Ly entende que as regras conflituais são importantes, dentre outras hipóteses, para a unificação do direito material no que diz respeito a determinar o direito aplicável às lacunas do instrumento unificador.²⁷²

Isso se dá porque instrumentos harmonizadores e unificadores sobre um determinado tema não conseguem resolver todos os problemas e conflitos que surgirem a tal respeito. É necessário delimitar o escopo de aplicação e os assuntos abordados, o que resulta no surgimento de lacunas.

No âmbito da União Europeia, por exemplo, a técnica do conflito de leis é o mecanismo utilizado cada vez que um regulamento ou qualquer outro instrumento

²⁶⁹ BADÁN, Didier Operti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 46.

²⁷⁰ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l'étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 403.

²⁷¹ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l'étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 405.

²⁷² DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 534.

de direito comunitário conduz à aplicação de um direito nacional para temas que não estão no âmbito de competência da união europeia.²⁷³

Entendendo a palavra lacuna de uma perspectiva mais restrita, o instrumento de direito material pode apresentar em seu texto regras destinadas a lidar com as lacunas. Nesse caso, geralmente diferenciam-se os temas deixados de fora do âmbito de aplicação do instrumento e aqueles que estão no seu escopo, mas não tiveram tratamento explícito.

São consideradas lacunas, sob essa perspectiva, aqueles temas que estão no âmbito do instrumento, mas não receberam tratamento explícito. Nesse caso, é o próprio instrumento que prevê a forma como tais lacunas serão preenchidas, podendo se valer de regras de direito internacional privado.

Exemplificando com o caso da CISG, cuja regra também pode ser encontrada em outros instrumentos,²⁷⁴ os princípios nos quais a Convenção se baseia são a primeira opção para preencher as lacunas.²⁷⁵ No caso de ausência de tais princípios, deve-se recorrer às regras de direito internacional privado. O artigo prevê: Art. 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.²⁷⁶

De acordo com o comentário de Schwenger e Hachem para tal dispositivo:

the first step is to fill the gap by means of uniform rules. This step requires first 'questions concerning matters governed by this Convention'. These gaps are usually referred to as 'internal gaps'. Secondly 'general principles on which [the convention] is based' have to be discerned to fill these gaps.

²⁷³ BADÁN, Didier Opertti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 54.

²⁷⁴ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. In SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 133.

²⁷⁵ Artigo 7(2) da CISG

²⁷⁶ Art. 7(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Only if this procedure fails is recourse to be had to domestic rules determined by the conflict rules of the forum.²⁷⁷

Ou seja, a utilização da regra de direito internacional para o preenchimento de lacunas é apenas aplicável como segunda opção.

Essa preocupação em manter as regras de direito internacional privado apenas como última opção pode ser justificada pelas regras de interpretação dos instrumentos e seus objetivos. Em alguns casos, todavia, a aplicação do direito nacional será necessária:

[...] recourse to domestic law is particularly necessary where the parties have excluded one or more provisions of the convention (Article 6) without filling the resulting gap through contractual agreements. In these cases gap-filling using general principles of the CISG is not possible, as it was the very intent of the parties to not have the CISG applied.²⁷⁸

O principal problema que surge diante da questão do preenchimento de lacunas é garantir a compatibilidade do tratamento dado aos temas por instrumentos diversos. Em outras palavras, quando se aplica o direito nacional para temas relacionados ao instrumento, mas fora do seu escopo, podem surgir conflitos práticos do tratamento das questões, e isso precisa ser evitado.

O fato de o escopo dos instrumentos ser limitado gera dificuldade no sentido de impedir que todos problemas advindos dos contratos com os quais o texto lida sejam resolvidos por tal instrumento.²⁷⁹ Dessa maneira, sempre haverá algo que ficou de fora do âmbito da convenção e será governado pelo direito nacional, o que será determinado pelas regras de direito internacional privado do foro²⁸⁰. Assim, é preciso garantir que não haverá contradições e sim harmonia entre as soluções dadas. Isso pode tentar ser alcançado pela utilização de outros instrumentos

²⁷⁷ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. In SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 134.

²⁷⁸ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. In SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 142.

²⁷⁹ FERRARI, Franco. Forum shopping despite international uniform contract law conventions, **International and Comparative Law Quarterly**. V. 51, July, 2002, p. 698-699.

²⁸⁰ FERRARI, Franco. Forum shopping despite international uniform contract law conventions, **International and Comparative Law Quarterly**. V. 51, July, 2002, p. 694.

internacionais ao invés dos direitos nacionais, quando o texto do instrumento permitir.

3.4.2.2. Normas imperativas e de ordem pública

O que se analisa aqui, em relação às normas imperativas e à ordem pública,²⁸¹ é a sua atuação impedindo a aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores.

Nas palavras de Boggiano, as relações acontecem da seguinte forma:

[I]a globalización del comercio no conduce, empero, al Estado mundial. Los Estados intervienen en el comercio internacional con normas estatales internas aplicables a casos o relaciones que trascienden un ordenamiento jurídico. Los jueces del Estado que dictan estas normas deben aplicarlas. Son llamadas normas de policía imperativas en casos o asuntos internacionales. Algunas veces los Estados respetan normas de este tipo dictadas por Estados extranjeros. De modo que es necesario prever la eventual aplicación arbitral o judicial de estas normas restrictivas que las partes no pueden derogar. Fuera de este tipo de normas el comercio internacional se desarrolla en virtud del derecho de los comerciantes. Éstos pueden derogar las normas estatales imperativas aplicables a casos internos. Los Estados fijan los límites con las normas de policía y los principios de orden público internacional. He aquí la estructura del derecho internacional privado actual.²⁸²

Esclarecimentos relevantes também são apresentados por Basso:

Ordem pública é noção de foro íntimo do intérprete que em seu convencimento e decisão, no caso dos magistrados e árbitros, deve buscar a moral básica de uma nação. A noção de ordem pública deve atender sempre às necessidades econômicas de cada Estado, compreendendo os planos político, jurídico, econômico e moral de todo Estado constituído.²⁸³

²⁸¹ Ver nota de rodapé 178 para questões terminológicas e de definição.

²⁸² BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado** – Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. XI.

²⁸³ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 288, com base nos ensinamentos de Strenger e Dolinger.

Em seguida, a mesma autora, faz constatações de utilidade prática sobre o tema:

(i) em nenhum diploma legal encontraremos formulado o que venha a ser “ordem pública”, isto é, o básico e fundamental na filosofia, na política, na moral e na economia de um país; (ii) a ordem pública se afere pela mentalidade e sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época; (iii) o intérprete e aplicador da lei não dispõe de uma bússola para distinguir, dentro do sistema de seu país, o que seja fundamental – de ordem pública; (iv) deve ser rejeitado pelos tribunais o que vier do direito estrangeiro que seja chocante à mentalidade e sensibilidade médias de uma sociedade, em determinada época.²⁸⁴

Ainda, relevante também as distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional:

a ordem pública interna regula as relações jurídicas no plano interno (doméstico – nacional), no âmbito do direito privado e do direito público, e corresponde aos princípios que condicionam e neutralizam a vontade das partes contrárias às leis internas cogentes obrigatórias.

[...]

Ordem pública internacional existe no plano do direito internacional privado e impede e condiciona: (i) a aplicação do direito estrangeiro; (ii) o reconhecimento dos atos praticados, das declarações de vontade de fatos ocorridos no exterior; e a execução de sentenças proferidas por tribunais estrangeiros.²⁸⁵

Dessa maneira, de forma sucinta, é possível dizer que as normas imperativas e a ordem pública atuam de modo a limitar a autonomia da vontade, no sentido de proteger o ordenamento interno e evitar a falta de proteção daqueles que precisam.²⁸⁶

Assim, ao analisarmos o desafio colocado pelas normas imperativas e pela ordem pública à aplicação dos instrumentos unificadores e harmonizadores, é preciso distinguir dois tipos de situação. Primeiro, aquelas advindas da auto-aplicação dos instrumentos, quando regras de conflito de leis não entram em ação pelo fato de o próprio instrumento ao qual o Estado está vinculado prever a sua aplicação. A autonomia da vontade das partes não está atuando porque o instrumento o faz

²⁸⁴ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 288.

²⁸⁵ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 293.

²⁸⁶ BERAUDO, Jean-Paul. Faut-il avoir peur du contrat sans loi. In **Le droit international privé: esprit et methods: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde**. Paris: Dalloz, 2005, p. 104-105.

antes que isso ocorra. Assim, não há lugar para a limitação da autonomia da vontade, pois ela não foi “utilizada”.²⁸⁷

Portanto, as normas imperativas e a ordem pública terão papel relevante quando ocorrer a relação com Estados nos quais o instrumento não seria auto-aplicável. Nesse sentido, para os casos em que não houver instrumento auto-aplicável, será necessária a utilização de regra de conflito de leis, o que, portanto, poderá resultar na ação de normas imperativas e da ordem pública.

As hipóteses incluídas nesse último caso, e que serão analisadas para fins deste estudo, são: a utilização de instrumentos harmonizadores e unificadores como lei aplicável, a aplicação de direito estrangeiro baseado no mesmo instrumento harmonizador ou unificador no qual se baseou o direito do foro e o tratamento dado às normas imperativas e à ordem pública pelos instrumentos harmonizadores e unificadores de conflito de leis.

Para o caso da utilização de instrumentos harmonizadores e unificadores como lei aplicável, utilizaremos o exemplo dos UPICC para tratar da questão.

Nas palavras de Kleinheisterkamp:

If the PICC apply to a contract, it is not because of any proper authority inherent to their adoption but because of an authority that derives from some law that allows their choice and thus their application. This lack of original legislative authority implies that mandatory rules enacted by a jurisdiction with sovereign powers may prevail for certain questions. Art 1.4 recognizes this subordination, which means that the parties or an arbitral tribunal, by choosing the PICC to apply to the contract, cannot avoid the application of a number of mandatory rules that would apply also in the absence of this choice.²⁸⁸

Ou seja, há um dispositivo específico que trata da relação do instrumento com as normas imperativas e de ordem pública, facilitando a sua utilização.

Ainda sobre o tema, cabe mencionar que a lei que autoriza ou impede a escolha de instrumentos não-estatais como lei aplicável pode ser (e geralmente é) considerada

²⁸⁷ A questão não está na aplicação do instrumento, mas na situação para a qual o instrumento foi aplicado. Além disso, a análise da compatibilidade do instrumento com o ordenamento estatal deve ter sido feita, em teoria, em momento anterior.

²⁸⁸ KLEINHEISTERKAMP, Jan, Article 1.4. VOGENAUER, Stefan. KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.). **Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (PICC)**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 128.

imperativa, porque as partes não podem excluir a sua aplicação, o que representa uma restrição a sua autonomia da vontade.

De maneira geral quando se trata de instrumentos não-estatais, no caso de haver conflito entre tais normas e normas imperativas, estas prevalecerão.²⁸⁹

Quando houver a aplicação de direito estrangeiro baseado no mesmo instrumento harmonizador ou unificador no qual se baseou o direito do foro, o mecanismo das normas imperativas e a ordem pública atuarão normalmente. Isso acontece porque cabe a cada país determinar o caráter dispositivo ou imperativo das suas regras, e, portanto, o legislador nacional vai se basear nos princípios do direito nacional para fazer essa escolha²⁹⁰.

Todavia, da perspectiva deste estudo, o que se deve ressaltar, é que a chance de as normas imperativas ou da ordem pública resultarem na não aplicação do direito estrangeiro escolhido é inversamente proporcional ao nível de harmonização existente entre os ordenamentos em questão. Essa relação pode (e deve) ser levada em consideração pelos agentes do comércio quando optarem pela aplicação do direito estrangeiro.

Em relação ao tratamento dado às normas imperativas e à ordem pública pelos instrumentos harmonizadores e unificadores de conflito de leis, também utilizaremos um exemplo, qual seja, o dos PHLA, para analisar a questão. O tema é tratado no artigo 11²⁹¹ do instrumento e o seu propósito é garantir que a escolha

²⁸⁹ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 537.

²⁹⁰ MATTEUCCI, Mario. Introduction à l'étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 420.

²⁹¹ 1. These Principles shall not prevent a court from applying overriding mandatory provisions of the law of the forum which apply irrespective of the law chosen by the parties.

2. The law of the forum determines when a court may or must apply or take into account overriding mandatory provisions of another law.

3. A court may exclude application of a provision of the law chosen by the parties only if and to the extent that the result of such application would be manifestly incompatible with fundamental notions of public policy (*ordre public*) of the forum.

4. The law of the forum determines when a court may or must apply or take into account the public policy (*ordre public*) of a State the law of which would be applicable in the absence of a choice of law.

5. These Principles shall not prevent an arbitral tribunal from applying or taking into account public policy (*ordre public*), or from applying or taking into account overriding mandatory provisions of a law other than the law chosen by the parties, if the arbitral tribunal is required or entitled to do so.

realizada pelas partes não exclua certas regras e valores que são de importância fundamental para o Estado.²⁹²

Os comentários oficiais a tal artigo explicam que:

[w]hile Article 11 consists of five paragraphs, it embodies one basic point – party autonomy to select the governing law can be limited, in the exceptional circumstances identified in the Article, when the effect of its use would be to contravene certain fundamental norms. Article 11 sets out the contours of that point by identifying the two situations in which a forum may, consistent with the Principles, decline to give full effect to the law chosen by the parties. First, notwithstanding the law chosen by the parties, the forum may apply or take into account “overriding mandatory provisions” of law. Second, the forum may decline to apply the law chosen by the parties to the extent that the result would be “manifestly incompatible with fundamental notions of public policy (*ordre public*)”. Of course, in order to apply those limits, one must know which State’s overriding mandatory provisions of law or fundamental notions of public policy (*ordre public*) are to be taken into account. While the Principles primarily look to the law of the forum for those limits, they also provide rules under which the forum may look to the law of a different State.²⁹³

Percebe-se que o instrumento traz previsões que lidam com as duas possibilidades de limitação, tentando fazer com que elas atuem da forma mais restrita possível.

Isso pode ser depreendido do seguinte comentário oficial:

The categories of limitation recognised by Article 11 qualify the applicable law to a certain extent, but they do not invalidate the parties’ choice. In the case of overriding mandatory provisions, the applicability of the chosen law is supplemented or displaced by the application of the mandatory provision of another law. In the case of public policy, the applicability of the chosen law is limited only to the extent that its application is manifestly incompatible with fundamental notions of public policy (*ordre public*). Unless, therefore, its non-application is necessary to give effect to the overriding mandatory provision or public policy, the chosen law will be applied, as provided elsewhere in the Principles.²⁹⁴

Apesar de os PHLA serem um instrumento de *soft law* e conterem aquelas que são consideradas as melhores práticas na área,²⁹⁵ convenções elaboradas pela mesma

²⁹² Comentários aos PHLA, I.13. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#intro>> (Acesso em 13 jan. 2016)

²⁹³ Comentários aos PHLA, 11.2. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#intro>> (Acesso em 13 jan. 2016)

²⁹⁴ Comentários aos PHLA, 11.6. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#intro>> (Acesso em 13 jan. 2016)

²⁹⁵ SECRETARIA PERMANENTE DA CONFERÊNCIA DA HIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Feasibility study on the choice of law in international contracts report on work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument.** Documento preliminar n.7, março, 2009, p. 6-8.

organização também apresentam tal racional, ou seja, os instrumentos harmonizadores e unificadores de regras de conflito de leis são redigidos de modo que a aplicação da ordem pública (e das normas imperativas) seja o mais restritiva possível, caso contrário, a busca por soluções uniformes será prejudicada²⁹⁶.

A explicação para o fato de eles estarem sempre presentes é que tais dispositivos constituem uma válvula de escape para a aplicação do direito nacional, sem a qual haveria receio na autorização da aplicação do direito estrangeiro ou de regras de direito.²⁹⁷

Na prática, porém, o que se verifica, na tentativa de evitar a aplicação das normas imperativas e da ordem pública diante da impossibilidade de “substituir” a aplicação de tais normas, é a alteração do foro de julgamento do caso, para que não se apliquem as normas imperativas que seriam, em contrapartida, aplicadas.

De acordo com Muir Watt e Bronzolo:

[t]his, of course, is largely beyond the control of states, since the mere bringing of proceedings abroad will normally act as a bar to the exercise of the forum's jurisdiction as a consequence of the rules on *lis alibi pendens*. The further implication is a somewhat schizophrenic approach by national legal systems which, on the one hand, proclaim the mandatory character of certain rules and profess not to permit their avoidance through conflict of laws, and, on the other hand, adopt a more lenient approach when it comes to conflicts of jurisdiction (including arbitration).²⁹⁸

Na tentativa de diminuir a busca por outros foros, a sugestão dada pelos mesmos autores é, ao invés de autorizar a busca por outros foros dar a eles uma sugestão menos custosa, qual seja, a possibilidade de escolher outra lei, o que no fundo representa “passar por cima” do caráter imperativo das normas.²⁹⁹

Eles continuam, apresentando os benefícios e as justificativas de tal entendimento:

²⁹⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 229.

²⁹⁷ Comentários aos PHLA 8 (Artigo 11) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>>

²⁹⁸ MUIR WATT, Horatia; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Party autonomy and mandatory rules in a global world. **International Law Forum**, v. 6, n. 2, Maio, 2004, p. 92.

²⁹⁹ MUIR WATT, Horatia; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Party autonomy and mandatory rules in a global world. **International Law Forum**, v. 6, n. 2, Maio, 2004, pp. 94-95.

[i]f a given state forbids its nationals or residents from contracting out of its mandatory rules (by hindering the recourse to foreign courts or to arbitration), those nationals or residents may end up being left out of international business dealings because of their potential partners' unwillingness to enter into transactions liable to bring them under the rules and jurisdiction of that state. Another reason may be the desire to avoid retaliation by other states. This can take the form, for instance, of a refusal to recognize the judgments of the courts of the state which adopts an uncompromising attitude towards the application of its rules, or even of the issue of anti-suit injunctions if that state's courts thwart choice of forum or arbitration agreements.³⁰⁰

Inclusive, eles apontam que parte do sucesso da arbitragem se deve a essas causas.³⁰¹

Todavia, eles mesmos admitem que:

the interference of national mandatory rules, or fundamental policies, may be perfectly legitimate in a conflicts of laws perspective, just as in the context of the recognition and enforcement stage, as long as it remains exceptional – in other words, as long as it allows sufficient breathing space for regulatory competition, understood as a mode of market governance.³⁰²

Ou seja, percebe-se que o problema não está na existência de normas imperativas e da ordem pública, mas sim na dimensão que elas tem. Buscar alternativas para fugir da proteção não resolve a situação na origem. Deve-se buscar a restrição da proteção pelo Estado ao mínimo necessário, para que a válvula de escape continue funcionando bem quando for imprescindível. Nesse sentido, cabe aos juizes não ampliar a proteção para ramos em que ela não exista.

Por outro lado, vivencia-se, mais intensamente desde o final do século XX, o crescimento da preocupação com a proteção dos direitos humanos no âmbito empresarial.³⁰³

Vem ocorrendo uma imitação da legislação na matéria dos direitos humanos originada tanto por instrumentos elaborados pelas organizações

³⁰⁰ MUIR WATT, Horatia; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Party autonomy and mandatory rules in a global world. **International Law Forum**, v. 6, n. 2, Maio, 2004, p. 93.

³⁰¹ MUIR WATT, Horatia; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Party autonomy and mandatory rules in a global world. **International Law Forum**, v. 6, n. 2, Maio, 2004, p. 93.

³⁰² MUIR WATT, Horatia; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Party autonomy and mandatory rules in a global world. **International Law Forum**, v. 6, n. 2, Maio, 2004, p. 94

³⁰³ Exemplo: UN Global Compact. Disponível em <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>> Acesso em 13 jan. 2016.

intergovernamentais, usados como ponto de referência,³⁰⁴ quanto por códigos de conduta de origem não-estatal, ou seja, elaborados pelas próprias empresas multinacionais. Estes, por sua vez, poderiam até ser considerados uma forma peculiar de nova *lex mercatoria*, pois são sujeitos não-estatais que estabelecem regras as quais não tem seu caráter vinculante garantido pela instância estatal.³⁰⁵

Dessa maneira, cogita-se que tais padrões de proteção possam ser considerados parte integrante da ordem pública transnacional da *lex mercatoria*.³⁰⁶ Essa noção de ordem pública transnacional, de acordo com Galgano e Marrella, é bastante controversa na doutrina por consistir em uma dimensão distinta da ordem pública interna e da ordem pública internacional. Em suma, trata-se de a *lex mercatoria* ter a sua própria ordem pública, que é a expressão imediata e direta das relações entre os operadores econômicos e, portanto, fariam parte dela os direitos humanos.³⁰⁷

De acordo com os mesmos autores, tirar qualquer conclusão atualmente a respeito parece ser prematuro. De um lado, as decisões arbitrais não mostram uma noção consolidada de ordem pública transnacional; por outro, os princípios de direitos humanos vem passando por uma progressiva difusão, resultando numa tutela exigente de tais direitos pelos operadores do comércio internacional.³⁰⁸

No mesmo sentido vai o entendimento apresentado no relatório da ILA sobre ordem pública. Na sua recomendação 2.b está previsto que:

in order to determine whether a principle forming part of its legal system must be considered sufficiently fundamental to justify a refusal to recognise or enforce an award, a court should take into account, on the one hand, the international nature of the case and its connection with the legal system of the forum, and, on the other hand, the existence or otherwise of a consensus within the international community as regards the principle under consideration (international conventions may evidence the existence

³⁰⁴ GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011, p. 914.

³⁰⁵ GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011, p. 915.

³⁰⁶ GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011, p. 918.

³⁰⁷ GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011, p. 934.

³⁰⁸ GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milão: CEDAM, 2011, p. 934.

of such a consensus). When said consensus exists, the term 'transnational public policy' may be used to describe such norms.³⁰⁹

O comentário que segue sobre tal recomendação explica que:

[s]ome commentators have proposed that State courts should apply 'transnational' or 'truly international' public policy. It has been suggested that this concept should be of universal application, albeit of very restricted scope, comprising: fundamental rules of natural law; principles of universal justice; *jus cogens* in public international law; and the general principles of morality accepted by what are referred to as 'civilised nations'. There appears to be little support amongst State courts at the present time for the application of this concept.³¹⁰

O que se pode aventar, nesse sentido, é que, ao ver a questão sob outra perspectiva, percebe-se que as normas imperativas e a ordem pública têm a seu favor permitirem levar em consideração os interesses gerais legítimos protegidos pela lei estrangeira. Além disso, quando um Estado aceita aplicá-las, favorece, com base na reciprocidade, que outros Estados envolvidos na questão aceitem fazer o mesmo. Assim, a harmonia das soluções poderia ser favorecida, bem como o reconhecimento dos julgamentos, além da previsibilidade aumentada quanto ao Estado aplicar normas imperativas e de ordem pública.³¹¹

No mesmo sentido está a sugestão dada por Boggiano, de que:

[n]o hay que descartar tampoco, en otro orden de elecciones, la posibilidad de un acuerdo internacional entre Estados sobre la elección uniforme de un derecho aplicable por razones de policía (incluso derecho público aplicable) de los distintos países que cooperan respetándose recíprocamente determinadas normas de policía.³¹²

Outra possibilidade é que:

[r]ather than deal with public policy on a case-by-case basis, nations may negotiate treaties or model laws that comprehend national policies and create uniform rules of conduct for the international business community.

³⁰⁹ MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003.

³¹⁰ MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003.

³¹¹ MAYER, Pierre. Lois de police. **Répertoire international**. Paris, Dalloz, 1998, p. 5.

³¹² BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado** – Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 55. O exemplo dado por Boggiano é para as normas cambiárias.”

Nonetheless, such a procedure is likely to be difficult and is still subject to the inflexibility noted earlier.³¹³

As dificuldades práticas dessas sugestões, todavia, como é possível depreender do que foi visto até aqui, é grande.

Tratemos agora da atuação das normas imperativas e da ordem pública quando o método de solução de disputas utilizado for a arbitragem.

A diferença existente entre a arbitragem e os tribunais estatais pode ser verificada nos comentários oficiais aos PHLA:

[...] arbitral tribunals and national courts operate in different contexts in their treatment of overriding mandatory rules and public policy. Article 11(5) provides, therefore, for an arbitral tribunal to take into account public policy or overriding mandatory provisions of a law other than that chosen by the parties, if it is entitled or required to so. Indeed, that possibility is an important control mechanism which protects the integrity of arbitration as a dispute resolution mechanism.³¹⁴

A diferença está, principalmente, baseada em que, nas palavras de Kleinheisterkamp:

Arbitral tribunals do not have a *lex fori* and their jurisdictional powers do not derive from a constitution. However, the source of arbitral jurisdiction provides some rough guidelines. Arbitral jurisdiction has its source in the agreement between the parties to submit themselves and their dispute to the decision of an arbitral tribunal. This leads to a contract by which the arbitrators obligate themselves towards the parties to render an arbitral award in accordance with the arbitration agreement. By accepting their appointment and thus arbitral jurisdiction, the arbitrators assume an obligation of best efforts to render an award that is effective in the sense of turning the dispute into *res iudicata* so as to exclude any future dispute on the same matter and in the sense of being enforceable so as to give effect to the remedies awarded to the winning party. It follows from these two elements that the arbitral tribunal must make every reasonable effort to put its award on solid legal bases so as not to expose it to the risk of being annulled or to the risk of being unenforceable.³¹⁵

³¹³ CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L., The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions, **Boston University International Law Journal**, n.2, 1983-1984, p. 327.

³¹⁴ Comentários aos PHLA 7 (artigo 11) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>>

³¹⁵ KLEINHEISTERKAMP, Jan, Article 1.4. in: VOGENAUER, Stefan. KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.). **Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (PICC)**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 133.

Dessa maneira, se o árbitro não tem *lex fori*, para ele nenhuma norma imperativa será do foro, bem como não haverá norma imperativa estrangeira. Ele avaliará, então, com base no objetivo das normas, os interesses protegidos e decidirá se elas são aplicáveis e estão relacionadas com a lei escolhida. Isso deve ser feito levando em consideração a vontade das partes, mas também visando a garantir que a sentença não será anulada nem terá sua execução negada.³¹⁶

No que diz respeito à questão da anulação da sentença, o tribunal arbitral pode ter que levar em consideração as normas imperativas do local da arbitragem, que normalmente é a lei aplicável para questões relativas a anulação da sentença. Por outro lado, muitas vezes escolhe-se como local da arbitragem uma cidade neutra, sem relação com o contrato e, portanto, a sentença não irradiará efeitos ali. Assim, o contrato e a sentença não estariam no escopo de aplicação das normas imperativas do local da arbitragem, que não tem interesse em impor suas restrições a casos exclusivamente estrangeiros.³¹⁷

Em relação à execução da sentença arbitral, os posicionamentos são divergentes.

Há quem defenda que os árbitros sempre devem levar em consideração as normas imperativas dos locais onde há probabilidade de a sentença ser executada, para cumprir com seu dever de proferir uma sentença exequível.³¹⁸

Ao mesmo tempo, há entendimentos no sentido de que:

arbitrators should not be required, solely on the basis that they want their award to be internationally enforceable, to comply with the conceptions of international public policy of all the jurisdictions where the award is liable to be enforced. [...] the fact that the award is to be enforced in a jurisdiction where religious or racial discrimination is a requirement of public policy should not lead international arbitrators to abandon their own conception of the requirements of genuinely international public policy or, for those

³¹⁶ MAYER, Pierre. Lois de police. **Répertoire international**. Paris, Dalloz, 1998, p. 6.

³¹⁷ KLEINHEISTERKAMP, Jan, Article 1.4. in: VOGENAUER, Stefan. KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.). **Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (PICC)**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 133

³¹⁸ KLEINHEISTERKAMP, Jan, Article 1.4. in: VOGENAUER, Stefan. KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.). **Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (PICC)**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 133-134; BONELL, Michael Joachim. Soft law and party autonomy: the case of the UNIDROIT Principles. **Loyola Law Review**, n. 51, 2005, p. 248-249.

who choose to put the test in more subjective terms, their own conception of the requirements of justice.

Ao tratar do assunto, os comentários aos PHLA não resolvem a questão, deixando para os árbitros a análise de quais são seus deveres:

arbitral tribunals may be subject to an express duty to endeavour to render an “enforceable award” [...]. It is a controversial question whether a duty of this kind requires the tribunal to have regard to the overriding mandatory provisions and policies of the seat, however identified, or of the places where enforcement of any award would be likely to take place. Article 11(5) does not express any view on this controversy. It does, however, emphasise that (at least in the first instance) it is for the tribunal to form a view as to the existence and scope of the duties imposed on it (and the powers granted to it), and to apply or take into account the provisions or policies of a law other than that chosen by the parties to govern their contract only if it considers that it is under a legal obligation, or is otherwise entitled, to do so.³¹⁹

Tal liberdade dos árbitros está restrita, porém, ao acordo das partes. Ou seja, se uma parte levanta a aplicação de uma norma imperativa e a outra parte se mostra contrária a tal aplicação, o árbitro tem liberdade para decidir entre as duas posições. Porém, se as partes se mostrarem de acordo sobre tal aplicação, ele terá que respeitá-la e seguir as consequências de tal escolha.³²⁰

A linha de atuação mais conservadora vai no sentido, então, de considerar as normas imperativas de forma mais ampla quando do proferimento da sentença; já a mais liberal deixa para os árbitros a análise das normas que devem ser levadas em consideração, não os obrigando a fazê-lo.

Seja qual for a linha de atuação do árbitro, o mais importante é que eles sejam cuidadosos e claros ao justificar a aplicação ou não das normas imperativas, especialmente quando elas foram levantadas por uma das partes.³²¹ Além disso, sempre importante ter em mente as consequências que a aplicação das normas

³¹⁹ Comentários aos PHLA 32 (Artigo 11) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>>

³²⁰ MAYER, Pierre. *Lois de police. Répertoire international*. Paris, Dalloz, 1998, p. 7.

³²¹ KLEINHEISTERKAMP, Jan, Article 1.4. in: VOGENAUER, Stefan. KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.). **Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (PICC)**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 135.

imperativas pode ter³²². Dessa maneira, em ambos os casos, serão evitados questionamentos às sentenças nos tribunais estatais.³²³

Até agora, o enfoque da análise foi na relação das normas imperativas e da ordem pública com a aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores no momento do julgamento da questão pelo juiz ou pelo árbitro.

Agora, trataremos do segundo momento no qual tal relação pode ocorrer: o momento do reconhecimento e da execução das sentenças estrangeiras.

Mais uma vez, os problemas e as dificuldades estarão no fato que:

[...] os fundamentos valorativos das normas nos Estados são muito diferentes e expressam preocupações de políticas legislativas distintas: países em diferentes estágios de desenvolvimento, com diferentes demandas sociais, apresentariam diferentes abordagens para os problemas enfrentados pelo juiz nacional. A noção de ordem pública aparece com mais ênfase quando da necessidade de proteção de direitos intimamente ligados à estrutura constitucional do Estado e sua organização.³²⁴

O ponto inicial da análise é que os efeitos das decisões judiciais estão limitados à jurisdição em que são proferidas.³²⁵ Por isso, é preciso que, em um primeiro momento, passem “por uma fase de “reconhecimento” antes da sua execução em espécie, já que seria impossível pretender executar um ato judicial emanado de

³²² MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a community instrument and its modernization**, p. 82

³²³ KLEINHEISTERKAMP, Jan, Article 1.4. in: VOGENAUER, Stefan. KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.). **Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (PICC)**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 135.

³²⁴ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 292. No mesmo sentido, KLEINHEISTERKAMP, Jan, Article 1.4. in: VOGENAUER, Stefan. KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.). **Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (PICC)**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 133-134.

³²⁵ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 302.

outro Estado, sem que ele seja antes objeto de reconhecimento pela jurisdição doméstica”.³²⁶

A disciplina de tal procedimento, que inclui o reconhecimento e a execução das sentenças estatais é dada individualmente pelos Estados, ou, no máximo na forma de tratados bilaterais ou regionais.³²⁷ No caso da arbitragem, como se verá, há a CNY, responsável por grande parte do sucesso da arbitragem em âmbito global.

De acordo com Basso, significativo número de Estados utiliza a modalidade de execução de sentenças estrangeiras denominada *exequatur*, que, em muitos ordenamentos tem como critério para a sua realização o “juízo de delibação”. Deve-se verificar, então, se a sentença foi “proferida por autoridade competente, se não contém disposição contrária à ordem pública, se transitou em julgado e se a parte sucumbente [foi] citada legalmente ou [foi] revel no curso do processo”.³²⁸

A análise da compatibilidade da sentença com a ordem pública do país onde ela está sendo executada é parte do processo, ou seja, caso haja incompatibilidade, a sentença não poderá ser executada como tal, e se aplicará a lei do foro para o caso.³²⁹

No caso da arbitragem, como já foi adiantado, existe uma convenção amplamente aceita pelos Estados que traz as normas para reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

³²⁶ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 305.

³²⁷ Exemplos são o regulamento Bruxelas, na União Europeia, e o protocolo de Las Leñas, no âmbito do Mercosul. Para mais informações sobre este último, ver BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 313-316; MUIR WATT, Horatia; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Party autonomy and mandatory rules in a global world. **International Law Forum**, v. 6, n. 2, Maio, 2004, p. 92.

³²⁸ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 303-304.

³²⁹ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 298 O nível de análise permitida quando há motivos para recusar a execução é assunto amplamente debatido e controverso. Em relação às sentenças arbitrais, por exemplo, o Relatório da ILA, em relação à recomendação 3.c entendeu, por maioria, que “when enforcement is resisted on grounds of *lois de police*, [the court] should be entitled to review the underlying evidence presented to the tribunal and, in exceptional cases, any new evidence. However, the court should undertake a reassessment of the facts only when there is a strong *prima facie* argument of violation of international public policy.” (MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003)

A relação da ordem pública com o reconhecimento e a execução vem disciplinada no seu artigo V.³³⁰

Para fins deste trabalho, importante ressaltar, nas palavras de Mayer, que:

[i]t has been extensively discussed whether the term "public policy" refers to only national or also to internationally accepted standards. One glance at the divergences which these doctrines may produce should suffice to show that enforcement or recognition should only be denied under the Convention in case of violation of international standards.³³¹

Tendo em vista tal entendimento, o que se defende é que a recusa em reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira seja feita apenas em casos estritamente necessários, de modo a se adotar uma abordagem mais liberal da questão.³³²

³³⁰ Artigo V Convenção de Nova Iorque - 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: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou 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; ou d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm> Acesso em: 13 jan. 2016.

³³¹ MAYER, Ulrich C. The enforcement of annulled arbitral awards: towards a uniform judicial interpretation of the 1958 New York Convention. **Uniform Law Review**, n. 3, 1998, p. 596. No mesmo sentido, MCCLEAN, David. De conflictum legum: perspectives on private international law at the turn of the century: general course on private international law. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 282, 2000, p. 208; esse também é o entendimento contido na recomendação 1(b) do Relatório da ILA sobre ordem pública: MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003

³³² MUIR WATT, Horatia; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Party autonomy and mandatory rules in a global world. **International Law Forum**, v. 6, n. 2, Maio, 2004, p. 92.

Nesse sentido, o comentário à recomendação 1(b) do relatório da ILA menciona que “[t]he application of ‘international public policy’, narrowly defined, should mean that public policy is rarely a ground for refusing enforcement of international arbitral awards”.³³³

O mesmo raciocínio se aplica ao reconhecimento e execução das sentenças judiciais.

Em contrapartida, porém, membros do comitê de elaboração do relatório citado, principalmente os provenientes de países em desenvolvimento, defendem o entendimento, minoritário e contrário, de que “State courts should be entitled to protect the State from perverse and/or prejudiced awards, and there should be no attempt to restrict the scope of public policy”.³³⁴

Nesse sentido, o relatório tem como conclusão que, na prática:

public policy remains the most significant aspect of the Convention in respect of which such discrepancies might still exist. Whilst Article V.2(b) of the New York Convention has not given rise to any serious mischief and attempts to resist enforcement on grounds of public policy have rarely been successful, perceived uncertainty and inconsistency concerning the interpretation and application of public policy by State courts has encouraged losing parties to rely on public policy to resist, or at least delay, enforcement. Greater consistency would lead to a better ability to predict the outcome of a public policy challenge, irrespective of the court in which enforcement proceedings are brought. This, in turn, should discourage speculative challenges and facilitate the finality of arbitral awards.³³⁵

Para facilitar a identificação dos casos em que é possível negar o reconhecimento e/ou a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, e, portanto, tentar evitar essas discrepâncias, Jan Paulsson elaborou um relatório no qual, de acordo com Boissesson, sugere que a UNCITRAL elabore

³³³ MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003

³³⁴ MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003, Recomendação 1.c.

³³⁵ MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003, Recomendação 1.c.

a model law which would carefully prescribe defined and limited grounds on which awards could be set aside by the courts of the country of enforcement, including most probably the related procedure to be used. [...] he recommends defining [the possibilities] in greater detail: lack of due process, ultra petita, irregularity of composition of the arbitral tribunal.³³⁶

Nas palavras de Boissesson, “[t]his proposal does raise certain doubts, but these doubts in no way take away from the interest of such a proposal”.³³⁷

Por fim, sobre o tema da ordem pública e sua aplicação em âmbito regional, interessante mencionar que, enquanto, por um lado, a CNY e as leis nacionais preveem a análise da compatibilidade da sentença estrangeira com a ordem pública do foro de reconhecimento, a Lei Uniforme da OHADA sobre Arbitragem, prevê que “enforcement shall be refused if the ‘award is manifestly contrary to a rule of international public policy of the Member States’.”³³⁸ Isso se explicaria porque “[h]armonisation is likely to be achieved amongst OHADA Member States given the existence of a single supervisory court (*i.e.* the Cour Commune de Justice et d'Arbitrage).”³³⁹

Ou seja, deve-se considerar a ordem pública regional da OHADA e não dos Estados individualmente.

Assim, pode-se entender que, também na Europa, racional semelhante pode surgir.³⁴⁰

³³⁶ BOISSÉSON, Matthieu de. Enforcement in action: harmonization versus unification. in VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series, v.9, Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 597-598.

³³⁷ BOISSÉSON, Matthieu de. Enforcement in action: harmonization versus unification. in VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series, v.9, Haia: Kluwer Law International, 1999, pp. 597-598.

³³⁸ MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003, Recomendação 1.c.

³³⁹ MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003, Recomendação 1.c.

³⁴⁰ MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003, Recomendação 1.c.

3.4.2.3. Aplicação dos instrumentos propriamente ditos

Passemos agora à análise da aplicação dos instrumentos unificadores e harmonizadores, considerando que não ocorrerão impedimentos à sua aplicação, porque estes já foram tratados individualmente nos itens anteriores.

O enfoque será, portanto, nas dificuldades enfrentadas para obter a aplicação com similaridade de resultado independentemente do aplicador em ação, e na harmonização obtida pela via interpretativa, já que a harmonização obtida pela via legislativa foi tratada em item anterior.

Importante frisar que fatores que não estejam relacionados estritamente com a aplicação do instrumento não serão considerados, mesmo podendo ser a causa da opção de uma parte para selecionar um aplicador ou outro.³⁴¹

Nos dizeres de Boggiano:

Generalmente, los casos multinacionales son decididos y regidos por autoridades nacionales de diversos países. Si no existe una coordinación y cooperación de estas autoridades nacionales, el fraccionamiento será un límite obstativo al perfeccionamiento de una solución del caso. Lléve aquí, pues, el principio de *uniformidad* de solución del caso. La decisión ha de ser siempre la misma, cualquiera que sea el país donde la sentencia se hubiese pronunciado. Este principio fue descubierto por Savigny³⁴² y actualmente se lo llama "principio de armonía internacional de soluciones", "de uniformidad", "de mínimo de conflictos", "de seguridad". Sólo él puede efectivamente prevenir la iniquidad del *forum shopping*, que permite a las partes especular con la elección de una jurisdicción nacional para sacar ventajas con la elección unilateral del derecho aplicable.³⁴³

³⁴¹ Incluída na questão da seleção do aplicador, está a dos procedimentos paralelos, sejam eles estatais ou um estatal e um arbitral. Por esse motivo, tal questão não será tratada especificamente. Em outras palavras: da mesma maneira que um agente pode escolher um determinado foro, dois agentes, em posições opostas em um mesmo procedimento, podem escolher dois foros. O mesmo vale para a existência paralela de procedimento estatal e procedimento arbitral.

³⁴² "*ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urteil gesprochen werde*": SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin, 1849, pág. 27; trad. francesa: Guénoux, Paris, 1881, pág. 30, *apud* BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado** – Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 40

³⁴³ BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado** – Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 40-41.

Sobre a importância da adequada aplicação dos instrumentos para que se atinjam a unificação e a harmonização, Kamdem ressalta que:

Autant il serait difficile de garantir l'interprétation identique d'une législation nationale par les tribunaux d'un ordre juridique interne en l'absence d'une juridiction de cassation, autant et *a fortiori*, il serait illusoire d'espérer une interprétation identique d'un texte international dans différents ordres étatiques sans l'institution de mécanismes adéquats. Voilà pourquoi toute initiative d'intégration juridique qui entend s'assurer une certaine efficacité doit être accompagnée de certaines mécaniques susceptibles de faciliter une interprétation identique des textes harmonisés, unifiés ou uniformisés. Ces mesures vont de l'instauration d'une culture juridique commune à la création d'une juridiction chargée de statuer sur toutes les affaires mettant en cause l'interprétation du texte véhiculant l'intégration en passant par une simple invitation à une interprétation internationalisante.³⁴⁴

Assim, o que pode criar distinções entre os aplicadores quando da utilização de um mesmo instrumento de base, resultando na ausência da similaridade necessária para o atingimento da unificação, é a interpretação divergente dos instrumentos³⁴⁵, causada, principalmente, por (i) divergências linguísticas entre as várias versões do texto do instrumento; e/ou (ii) influência de figuras nacionais no momento da leitura e da aplicação do texto.

No que diz respeito às divergências linguísticas, trata-se, principalmente de problemas relativos à tradução do instrumento e dificuldade de precisão terminológica e conceitual entre vários idiomas.³⁴⁶

Essa dificuldade acontece, inclusive, entre versões oficiais de um mesmo instrumento.

Nas palavras de Mayer:

The linguistic problem is as a rule one of the most difficult issues once a decision has been taken to publish various authentic versions of the same uniform law instrument. All these versions are presumably correct. However, since diplomatic conferences are generally conducted in one language - with simultaneous translation into the other official languages - it may be argued that interpretation could start with that conference language. Be that as it may, linguistic discrepancies should not be solved

³⁴⁴ KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 645.

³⁴⁵ FERRARI, Franco. Forum shopping despite international uniform contract law conventions, **International and Comparative Law Quarterly**. V. 51, July, 2002, p. 704.

³⁴⁶ BONELL, Michael Joachim, International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins, **American Journal of Comparative Law**, n. 38, 1990, p. 867.

by taking flight into any one of the languages used - all deemed authentic - but by resorting to additional interpretative doctrines.³⁴⁷

Nesse sentido, em relação aos tratados internacionais, diante de problemas desse tipo, Mayer³⁴⁸ defende que é possível recorrer à CVDT, mais precisamente, ao seu artigo 33,³⁴⁹ que trata dos tratados redigidos em mais de uma língua:

According to Article 33(4) of the Convention on Treaties, international treaties must primarily be interpreted by the rules set out in Articles 31 and 32 of said Convention, *i.e.* interpretation in good faith and in the light of the treaty's object and purpose. Within this procedure, not only preamble, text and annexes have to be taken into account, but recourse may also be had to the *travaux préparatoires* and the circumstances in which the Convention was deliberated. If none of these means support a specific result or remove the discrepancies, then the meaning which best reconciles the text shall be adopted.

Um exemplo desse tipo de situação é o artigo V(1)(e) da CNY. A questão está, de acordo com o mesmo autor, em que:

the use of the term "may" confers some discretionary powers on the competent national authorities. Yet the French version, also an authentic text, would seem to oblige the authorities called upon to enforce and recognise the arbitral award unless said party furnishes proof in the sense of Article V(1)(e). The Spanish version on the other hand supports the view expressed by the English text [...] as do the Russian and Chinese versions.³⁵⁰

³⁴⁷ MAYER, Ulrich C. The enforcement of annulled arbitral awards: towards a uniform judicial interpretation of the 1958 New York Convention. **Uniform Law Review**, n. 3, 1998, pp. 588-589.

³⁴⁸ MAYER, Ulrich C. The enforcement of annulled arbitral awards: towards a uniform judicial interpretation of the 1958 New York Convention. **Uniform Law Review**, n. 3, 1998, pp. 588-589.

³⁴⁹ Artigo 33 CVDT - 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado. 2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o prever ou as partes nisso concordarem. 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos. 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em 13 jan. 2016.

³⁵⁰ MAYER, Ulrich C. The enforcement of annulled arbitral awards: towards a uniform judicial interpretation of the 1958 New York Convention. **Uniform Law Review**, n. 3, 1998, pp. 588-589.

No que diz respeito a versões não oficiais, especialmente, a utilização de técnicas diferentes para tradução em cada país pode gerar distorções quando da adoção do instrumento. Isso, conseqüentemente, pode impactar a sua aplicação³⁵¹.

No que diz respeito à influência do direito nacional, na década de 1950, Matteucci entendia que a interpretação do direito uniforme deve ser baseada nos seguintes princípios: (i) o intérprete deve buscar na própria lei uniforme (utilizando os trabalhos preparatórios) os critérios que permitem explicar o sentido de determinadas expressões e resolver questões que não foram expressamente abordadas³⁵²; (ii) se nem a lei uniforme nem seus trabalhos preparatórios oferecem os critérios de interpretação, eles podem ser buscados em outras leis uniformes que tenham afinidade com a questão³⁵³; (iii) buscar na jurisprudência dos tribunais de diversos Estados que adotaram a lei uniforme as soluções para os casos, pois, sendo a lei uniforme o resultado de um pensamento jurídico comum, a interpretação das suas regras pelos juízes de cada Estado signatário deve ser levada em consideração³⁵⁴.

Essas diretrizes são as adotadas, em linhas gerais, para a interpretação dos instrumentos unificadores e harmonizadores até hoje.

Ou seja, a utilização do direito nacional deve acontecer apenas de forma supletiva e em último caso. O mais importante é que o aplicador considere sempre os critérios de aplicação previstos no texto, e não se esqueça da sua internacionalidade nem das interpretações dadas em outros países para aquele mesmo texto, verificando também as versões oficiais e a doutrina a ela relativa.

³⁵¹ BONELL, Michael Joachim, *International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins*, **American Journal of Comparative Law**, n. 38, 1990, p. 867.

³⁵² MATTEUCCI, Mario. *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 423-424.

³⁵³ MATTEUCCI, Mario. *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 424: De acordo com Matteucci, essa solução tem um fundamento lógico: se o direito uniforme como um todo visa a obtenção da uniformidade legislativa entre certos países, podemos dizer que existe um laço de parentesco entre as leis que constituem esses ramos do direito. Nesse sentido, a lei nacional deve ter apenas papel supletivo.

³⁵⁴ MATTEUCCI, Mario. *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957, p. 424.

Esse entendimento está presente, por exemplo, no texto da CISG, cujas regras de interpretação estão contidas no seu artigo 7, o qual prevê, em relação a matérias reguladas pela Convenção, mas não tratadas expressamente, o papel apenas subsidiário dos direitos nacionais.³⁵⁵

No mesmo sentido, de não se utilizar o direito nacional, Mayer, ao tratar da CNY, entende que:

[t]he autonomous interpretation of multilateral treaties like the 1958 New York Convention sometimes requires, in order to fill gaps for which the use of domestic law should be avoided, the application of widespread and commonly recognised principles. It is in such cases that the UNIDROIT Principles may be applied at an international level.³⁵⁶

A utilização desse tipo de disposição no texto dos instrumentos é uma das maneiras existentes para favorecer a aplicação uniforme dos instrumentos.

Nas palavras de Bonell, em 1990:

[s]ome improvement upon the present situation might arise out of the increasingly common practice of inserting provisions in international conventions or uniform laws requiring the national judge or private arbitrator to take account of their international character and of the need to promote their uniform application when interpreting them, and, in the case of lacunae, to refer in the first place to the "general principles" to be derived from the text of the uniform law itself, and to resort only in the last instance to their own or any other state's domestic law.³⁵⁷

Além da inclusão da regra no texto dos instrumentos, é preciso, sobretudo, que ela seja utilizada de forma correta.

³⁵⁵ Artigo 7 - (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. (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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm> Acesso em 13 ja. 2016.

³⁵⁶ MAYER, Ulrich C. The enforcement of annulled arbitral awards: towards a uniform judicial interpretation of the 1958 New York Convention. **Uniform Law Review**, n. 3, 1998, p. 599.

³⁵⁷ BONELL, Michael Joachim, International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins, **American Journal of Comparative Law**, n. 38, 1990, p. 867 (ter em mente que esse texto é de 1990)

Nesse sentido, diante da evolução tecnológica das últimas décadas, várias tem sido as iniciativas no sentido de disponibilizar informações sobre a aplicação dos instrumentos unificadores e harmonizadores.

As agências formuladoras têm papel fundamental nesse tipo de iniciativa.³⁵⁸ Alguns exemplos de bases de dados merecem ser citados, tais como: UNILEX (UNIDROIT)³⁵⁹ e CLOUT,³⁶⁰ CISG Digest (UNCITRAL)³⁶¹. Outras iniciativas relevantes são: Pace Database,³⁶² CISG Advisory Council,³⁶³ e a rede de *websites* nacionais para tratar da CISG.³⁶⁴

Todavia, apesar da grande utilidade e importância de tais iniciativas, o seu alcance ainda não é tão amplo como precisaria ser. A variedade de línguas nas quais as decisões e as informações relativas aos instrumentos são disponibilizadas, não só nas bases de dados mencionadas, mas de forma geral, é restrita. Isso passa ser um problema quando é possível verificar, em algumas regiões, uma certa preferência dos juízes nacionais em utilizar doutrina e *case law* redigidas na sua língua materna.³⁶⁵

Além disso, é possível notar que há uma diferença de disponibilização de informações quando se comparam instrumentos “oficiais” e não-oficiais”. Estes últimos têm informações a eles relativas menos divulgadas do que os instrumentos

³⁵⁸ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 32.

³⁵⁹ Disponível em <<http://www.unilex.info/>> Acesso em 13 jan. 2016.

³⁶⁰ “Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT) is intended to provide information for use by judges, arbitrators, lawyers, parties to commercial transactions, academics, students and other interested persons. CLOUT makes available abstracts of decisions and awards in all of the official languages of the United Nations (Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish).¹³ Upon request, texts of decisions and awards are available in the original language from the Secretariat.” FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**. p. 5

³⁶¹ Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>> Acesso em 13 jan. 2016.

³⁶² Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/>> Acesso em 13 jan. 2016.

³⁶³ Responsável por elaborar diretrizes de interpretação da CISG, conforme <<http://www.cisgac.com/>> Acesso em 13 jan. 2016. Para reflexões sobre tal órgão, KARTON, Joshua D.; DE GERMANY, Lorraine. Has the CISG Council come of an age?. **Berkeley Journal of International Law**, v. 27, n.2, 2009.

³⁶⁴ No caso do Brasil, Disponível em <<http://www.cisg-brasil.net/>> Acesso em 13 jan. 2016.

³⁶⁵ BOSCOLO, Ana Teresa de A. C. Application of the CISG in Latin American Countries: An Overview – Reality and Theory. In **CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (eds.), Eleven International Publishing. Haia, 2016 (no prelo), item 2.B.iv.

oficiais.³⁶⁶ Nesse sentido, importante mencionar o Centro de Direito Transnacional, o CENTRAL, dedicado a atualizar e desenvolver a lista da *lex mercatoria*, na forma como sugerida por Berger.³⁶⁷

Diferenças existem também quando consideramos a existência de dois tipos de aplicadores: juízes estatais e árbitros. A prática demonstra que a maneira de lidar com os casos difere entre árbitros e juízes. Isso tem origem na maior flexibilidade permitida pelo procedimento arbitral, com a qual os árbitros estão mais familiarizados, e na quantidade de casos sobre os quais cada um deles precisa se debruçar, o que resultará em maior ou menor tempo para tratar das questões e estudá-las a fundo.

Outra diferença que se verifica é a dificuldade de divulgação das sentenças arbitrais, muito menor em relação às decisões judiciais.³⁶⁸

Dentre outras iniciativas visando o atingimento da aplicação uniforme dos instrumentos, do ponto de vista educacional, podemos citar: (i) a realização e o apoio dado a cursos de capacitação de juízes, árbitros e advogados;³⁶⁹ (ii) a inclusão no currículo das universidades matérias relacionadas ao tema, para que os graduandos possam ao menos ter um primeiro contato relevante com a matéria;³⁷⁰ (iii) o incentivo aos programas de intercâmbio internacional dos

³⁶⁶ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 546-547.

³⁶⁷ BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 233.

³⁶⁸ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 545.

³⁶⁹ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 33. Além dos cursos, podem ser elaborados guias, como foi feito, por exemplo, no caso da Convenção de Nova Iorque. Para a versão em português: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13320134139400/portuguese_guide_composite_for_website_final.pdf

³⁷⁰ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 33.

estudantes, de modo que eles tenham contato com outros sistemas jurídicos e estejam menos arraigados a uma perspectiva meramente nacional do direito³⁷¹.

Por fim, antes de passarmos à interpretação harmonizadora, cabe tratar de dois mecanismos existentes em âmbito regional, que visam a garantir a aplicação uniforme dos instrumentos regionais, são eles o reenvio prejudicial da União Europeia e a CCJA da OHADA, responsável por aplicar os *Actes Uniformes*.

O reenvio prejudicial³⁷² consiste em um mecanismo criado para que o juiz europeu possa realizar análise da validade e da interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União Europeia mesmo das causas que estão pendentes perante o juiz nacional³⁷³.

Trata-se, em suma, de uma “pergunta” feita ao TJUE no que diz respeito àquela questão jurídica específica. Não será analisado o mérito do caso, mas somente o entendimento relativo ao direito europeu na medida em que o órgão jurisdicional permitir. Isso se faz necessário porque as normas de fonte europeia são, na maioria dos casos, diretamente aplicáveis pelos juízes nacionais.³⁷⁴

O direito europeu é, então, aplicado pelos juízes nacionais, mas a sua interpretação é feita pelos juízes do Tribunal de Justiça da União Europeia, de acordo com o texto

³⁷¹ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 34.

³⁷² Artigo 267 do TFUE (ex-artigo 234 TCE)

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;
b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível. Disponível em <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf> Acesso em 13 jan. 2016.

³⁷³ BIAVATI, Paolo. **Diritto Processuale dell'Unione Europea**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 411.

³⁷⁴ BIAVATI, Paolo. **Diritto Processuale dell'Unione Europea**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 412.

do artigo, para que não haja diferença no direito europeu aplicado pelos juízes de cada país³⁷⁵.

Em relação às questões prejudiciais relativas à interpretação, o TJUE é competente para interpretar tratados, incluindo os atos que os tenham revisado ou internalizado, bem como regulamentos, diretivas, decisões³⁷⁶.

A decisão proferida pelo TJUE tem, em relação ao juízo que realizou o reenvio, efeitos vinculantes, impedindo que o juiz nacional venha a decidir a questão de modo diverso do que foi decidido pelo TJUE³⁷⁷. Tribunais de última instância estão obrigados a realizar o reenvio³⁷⁸, ao passo que, em contrapartida, os árbitros estão excluídos de tal possibilidade por não serem considerados órgãos jurisdicionais³⁷⁹.

A *Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* da OHADA (CCJA) tem funções em âmbitos de atuação diferentes: em relação à arbitragem, em relação aos casos da justiça estatal

Em relação à justiça estatal, ela faz o controle das decisões proferidas pelos tribunais de apelação dos Estados-parte em todas as questões relativas à aplicação dos *Actes Uniformes* (exceto aqueles relativos a sanções penais). Ela pode atuar

³⁷⁵ BIAVATI, Paolo. **Diritto Processuale dell'Unione Europea**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 411.

³⁷⁶ BIAVATI, Paolo. **Diritto Processuale dell'Unione Europea**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 419.

³⁷⁷ BIAVATI, Paolo. **Diritto Processuale dell'Unione Europea**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 414.

³⁷⁸ RIECHENBERG, Kurt. The Court of Justice of the European Communities. in **Inter-Governmental Trade Dispute Settlement: Multilateral and regional approaches**. LACARTE, Julio; GRANADOS, Jaime (eds.), Londres: Cameron May, 2004, p. 321. De acordo com BIAVATI, Paolo. **Diritto Processuale dell'Unione Europea**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 430: mesmo nos casos em que o reenvio seria considerado obrigatório, foram sendo impostos alguns limites pelo TJUE, a fim de refinar as análises realizadas. São eles: (i) Relevância da questão: se não for uma questão relevante, não há a obrigação da realização do reenvio. Essa análise será, inclusive, realizada tanto pelo juiz nacional quanto pelo TJUE quando receber o questionamento; (ii) Prejudicialidade da questão em relação à decisão da controvérsia na qual ela surgiu. Se não o for, não há necessidade do reenvio; (iii) A questão subjacente deve ser real. Não real é uma questão que já foi resolvida por decisão anterior do TJUE. Nesse sentido, é pacífico que mesmo os juízes de última instância não estão obrigados a realizar o reenvio quando uma questão idêntica já foi objeto de pronúncia pelo TJUE. Isso não impede, porém, que o juiz nacional, repropõe a questão se entender que a justificativa deve ser revista com base em algumas considerações (iv) Outro limite é a teoria do ato claro. Tal teoria é aplicável quando, não há dúvida razoável sobre as normas, que já tem um sentido claro e único. Nesse sentido, o TJUE já entendeu que o dever de realizar o reenvio pelos julgadores nacionais de última instância não é incondicional, há uma certa margem interpretativa.

³⁷⁹ BIAVATI, Paolo. **Diritto Processuale dell'Unione Europea**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 426.

seja por meio de *recours en cassation* apresentado por uma parte, seja por meio do mecanismo de *renvoi* feito or uma *juridiction nationale de cassation* chamada a aplicar um *Acte Uniforme*.³⁸⁰

Em relação à arbitragem, deve ser feita a distinção entre o direito uniforme da arbitragem e a arbitragem administrada pela CCJA, na função de centro de arbitragem.³⁸¹

No entendimento de Leboulanger, essa associação de funções faz com que o sistema de arbitragem da CCJA seja bastante original. Todavia, é fundamental que:

[...] les fonctions juridictionnelles et les fonctions d'administration de l'arbitrage sont soigneusement et clairement séparées. Ceci suppose que les juges chargés de la Cour d'arbitrage ne puissent siéger dans la formation juridictionnelle de la Cour de justice. L'affectation des juges devra être rendue publique par la Cour de telle sorte que la transparence soit totale. A défaut, soit la Cour d'arbitrage viendra s'ajouter aux innombrables centres d'arbitrage qui se sont créés dans le monde et qui n'ont pratiquement aucune activité, soit, si les procédures d'arbitrage se multiplient, la Cour de justice verra son rôle encombré de recours fondés sur des griefs de partialité ou d'absence de procès équitable.³⁸²

Como é possível perceber, em ambos os casos, há uma instituição aplicadora do direito regional, mas que, mesmo assim, apresentam suas limitações. De forma semelhante, é possível encontrar na doutrina trechos sobre a possibilidade da criação de um tribunal internacional responsável por aplicar os instrumentos uniformes^{383 384}. Todavia, acreditamos na inviabilidade de tal solução, por diversas razões. Dentre elas: a ausência de garantia que a existência de tal tribunal gera para a aplicação uniforme, como é possível verificar do funcionamento dos judiciários nacionais e regionais;³⁸⁵ e a importância da arbitragem para o comércio

³⁸⁰ LEBOULANGER, Philippe. L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. **Revue de l'Arbitrage**, v.3, 2009, pp. 548-549.

³⁸¹ LEBOULANGER, Philippe. L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. **Revue de l'Arbitrage**, v.3, 2009, p. 552.

³⁸² LEBOULANGER, Philippe. L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. **Revue de l'Arbitrage**, v.3, 2009, p. 589-590.

³⁸³ BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado** – Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 71-72.

³⁸⁴ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 32.

³⁸⁵ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 6-7; JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours

internacional, mantendo, de qualquer forma, a multiplicidade de aplicadores. Mudanças nos poderes do árbitro para tentar facilitar a unificação poderiam prejudicar o funcionamento deste mecanismo de solução de controvérsias.

Em relação à interpretação que chamamos “harmonizadora”, primeiramente, faz-se necessário explicar no que ela consiste exatamente. Trata-se da utilização de um instrumento para auxiliar na interpretação de outro. Isso pode se dar tanto em relação aos instrumentos harmonizadores e unificadores quanto em relação ao direito nacional.

Quaisquer dos instrumentos mencionados no item 3.2 podem ser utilizados com essa finalidade.

Essa interpretação pode ser responsável por trazer aos direitos nacionais figuras jurídicas desconhecidas ou utilizadas de forma diversa em outros sistemas nacionais, mas que, por estarem presentes nos instrumentos harmonizadores e unificadores, se tornam mais difundidas.³⁸⁶

Basso, ao tratar da nova *lex mercatoria*, explica que:

[a]inda que a “nova *lex mercatoria*” não possa corresponder à totalidade da disciplina dos contratos internacionais, sua abrangência poderia concorrer com os direitos domésticos na solução dos casos. [...] a atuação e prática dos juízes nacionais, no momento da aplicação do direito, é que poderia corroborar o reconhecimento dos princípios gerais do comércio, usos e costumes como fontes normativas nos tribunais. Essa racionalidade também indica uma nova política legislativa, orientada para a experiência internacional sobre o tema e refletida especialmente na harmonização normativa em matéria de contratos internacionais do comércio.³⁸⁷

No mesmo sentido podemos mencionar Bin, ao tratar da circulação de modelos contratuais. Ele explica que a circulação internacional de um novo tipo contratual tem como consequência a facilitação da recepção nos ordenamentos internos de tais modelos, que, por serem inicialmente atípicos, permitem excluir uma ou outra disciplina legal que não se quer. A desvantagem, porém, é o enraizamento de

général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 259.

³⁸⁶ Nesse sentido, ver trabalho sobre o princípio da mitigação dos danos, que em conclusão nesse sentido nas páginas 319-321. KULESZA, Gustavo Santos, **Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2015.

³⁸⁷ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 210.

regras criadas com base na regra do mais forte.³⁸⁸ Ele chama esse tipo de fenômeno de importação (para o direito interno) de “novos tipos contratuais”³⁸⁹. Isso pode acontecer, sem dúvidas, por meio da interpretação harmônica³⁹⁰, ou seja, ao aplicar o direito nacional a tal tipo de contrato, o aplicador busca, no próprio contrato ou em outros instrumentos unificadores e harmonizadores, correlações entre o direito nacional e instrumentos harmonizadores e unificadores, trazendo novos entendimentos para o direito nacional.

Para que tal tipo de interpretação ocorra, porém, é preciso que a existência dos instrumentos harmonizadores e unificadores seja difundida, bem como os aplicadores sejam capazes de identificar a necessidade da sua realização. Um instrumento não pode ser usado como base, modelo ou parâmetro de interpretação se não for conhecido pelo aplicador.

Nesse ponto, além do papel das agências formuladoras, tem grande importância a Doutrina, que deve difundir, ao menos, a existência e as características básicas dos instrumentos existentes e daqueles a serem elaborados, bem como as diretrizes para a sua interpretação, permitindo ao aplicador utilizá-los quando identificar o paralelismo das situações.

3.5. Desafios decorrentes das relações existentes entre os próprios instrumentos

Tratados os desafios decorrentes da relação dos instrumentos harmonizadores e unificadores com o Estado, passamos a tratar dos desafios decorrentes das

³⁸⁸ BIN, Marino. La circolazione internazionale di modelli contrattuali, **Contratto e impresa**, n.2, CEDAM, 1993, p. 479.

³⁸⁹ BIN, Marino. La circolazione internazionale di modelli contrattuali, **Contratto e impresa**, n.2, CEDAM, 1993, p. 475. O autor cita três possibilidades para essa circulação: a) difusão dos contratos internacionais, b) importação (para o direito interno) de “novos tipos contratuais”, e c) importação de cláusulas.

³⁹⁰ Apenas a título de esclarecimento, os modelos contratuais e a lex mercatoria são usados para a unificação quando aplicados diretamente pelo juiz ou pelo árbitro, sem que estejam sendo usados como base para elaborar ou interpretar outro instrumento ou o direito nacional.

relações entre os vários instrumentos harmonizadores e unificadores, ou seja, na perspectiva horizontal.

Há basicamente duas formas pelas quais os instrumentos harmonizadores e unificadores podem vir a se relacionar.

Primeiramente, pode-se dizer que um instrumento pode servir de inspiração ou modelo para outro no momento da sua elaboração. Nessa hipótese, tanto instrumentos de *soft law* quanto de *hard law* podem ser utilizados, assim como aqueles de âmbito regional ou global. Esse relacionamento se faz relevante principalmente para que se evitem contradições e para que os instrumentos prevejam em seus textos a forma como se relacionarão com eventuais instrumentos já existentes sobre o mesmo tema.

Dessa maneira, os instrumentos poderão conviver de forma harmônica, sem que um atrapalhe a atuação do outro, uma vez que, ao visarem a harmonização e a unificação, devem atuar conjuntamente para que elas ocorram.

Em momento posterior, os instrumentos podem vir a se relacionar quando da sua aplicação. É claro que essa relação sofrerá influência do tipo de relação criada (ou não) quando da sua elaboração, mas também podem surgir relações que não tinham sido previstas. Em ambas as hipóteses relacionadas à aplicação, a relação criada entre eles dependerá da sua força cogente e do seu âmbito de aplicação.

Antes de passarmos às questões propriamente ditas, importante trazer breves esclarecimentos sobre a ideia de codificação. Isso se faz necessário por existirem argumentos no sentido de que a codificação facilita a identificação do conteúdo das normas e, conseqüentemente, a sua aplicação.³⁹¹

De acordo com Kaufmann-Kohler, há diferentes tipos de codificação. Em uma ponta do espectro, visa-se apenas a compilar normas, com o objetivo de refletir o estado atual da lei, organizando as normas já existentes. Na outra ponta, a codificação visa

³⁹¹ ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007,p. 41

a inovar. Frequentemente, há uma mistura dos dois tipos na prática³⁹². A autora define codificação como o processo, realizado pelos Estados, e também por outros atores tais como organizações internacionais ou organizações privadas, pelo qual uma coleção de normas é reunida e organizada em uma estrutura lógica e coerente.³⁹³

A justificativa frequentemente encontrada para a codificação é baseada em dar maior previsibilidade e certeza para a tomada de decisões e a solução dos conflitos, ambos na esfera internacional.³⁹⁴

Sobre a codificação da *lex mercatoria*, importante mencionar o posicionamento de Berger, que defende uma redefinição das técnicas de codificação para ela, com vistas a conciliar certeza jurídica e flexibilidade.³⁹⁵ Ele sugere a elaboração de listas, que incluem também as decisões dos tribunais arbitrais, e vão sendo atualizadas e complementadas constantemente.³⁹⁶

A lista proposta por ele é, no seu entendimento, diferente das outras iniciativas existentes, tal como os UPICC, que precisam ser “terminadas” em algum momento, mesmo que posteriormente sejam atualizadas.

Na opinião de Berger, os UPICC e os PECL colocam as bases para a codificação do direito transnacional, mas apresentam um perigoso elemento de estaticidade para a doutrina da *lex-mercatoria*. Para Berger, as listas devem ser “abertas”.³⁹⁷

Ele menciona, porém, que pode vir a acontecer um “conflito de listas”, que será resolvido na prática pelo aplicador das listas. Dessa maneira, reconhece que o procedimento das listas não conseguiria resolver completamente o problema das

³⁹² KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, p. 4-5.

³⁹³ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. **Journal of International Dispute Settlement**, 2010. p. 4.

³⁹⁴ BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 207.

³⁹⁵ BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 208.

³⁹⁶ BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 210-212 e 219.

³⁹⁷ BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 228.

incertezas relacionadas com a aplicação das regras transnacionais, que é flexível por natureza.³⁹⁸

3.5.1. *Relação quando da elaboração*

Há duas formas pelas quais os instrumentos podem ser criados: espontânea e artificial.³⁹⁹

A criação de instrumentos de forma espontânea se dá através do mercado, no qual se verifica a imposição de cláusulas contratuais ou a ampla utilização de costumes e usos comerciais. O desenvolvimento de tais instrumentos ocorre no interesse do comércio e a medida em que isso é conveniente para o seu desenvolvimento. A ocorrência da harmonização ou até mesmo da unificação por meio da utilização de tais instrumentos é uma consequência, mas não o objetivo da sua criação.⁴⁰⁰ Ou seja, eles podem ser aprimorados tanto por organizações quanto por meio de decisões, geralmente arbitrais, mas também judiciais.

Isso demonstra o primeiro tipo de relação existente entre os instrumentos no que diz respeito a sua criação, ou seja, a utilização de instrumentos surgidos de forma espontânea como base para a criação de instrumentos elaborados por organizações internacionais.⁴⁰¹ Inclusive, as agências formuladoras chegam a

³⁹⁸ BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 212.

³⁹⁹ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, *passim*.

⁴⁰⁰ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 520-522. Ele entende que há três tipos de auto-regulação: a espontânea, a deliberada, na qual atuam organizações internacionais como a CCI. Os instrumentos criados por essas duas formas são chamados não-oficiais, em contraposição aos oficiais. Uma terceira forma de auto-regulação é aquela desenvolvida na arbitragem comercial internacional. Nessa caso, os árbitros “codificam” por meio das suas decisões aquilo que surgiu por meio dos outros tipos de autor-regulação, bem como pela utilização de outras decisões arbitrais.

⁴⁰¹ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, pp. 523-525.

consultar as organizações de comerciantes, buscando saber quais as suas necessidades, para que sejam levadas em conta na elaboração dos instrumentos.⁴⁰²

Para esse tipo de relação, o problema que pode vir a ser enfrentado é o endurecimento dos instrumentos criados com a prática, que são flexíveis, moldados de acordo com as relações e facilmente adaptáveis.⁴⁰³

Uma forma de manter essa flexibilidade paralelamente à existência dos instrumentos elaborados pelas agências formuladoras, é utilizar o mecanismo que foi incluído no artigo 6 da CISG, que permite a não-aplicação das regras da Convenção, como já foi tratado anteriormente.⁴⁰⁴

Quando se cria um instrumento pelo método artificial, ou seja, quando sua elaboração é pensada e colocada em prática pelas agências formuladoras (ou, no caso da doutrina e da *case law*, por acadêmicos, praticantes e aplicadores), dificilmente se inicia a sua elaboração do zero, especialmente no contexto recente, em que já existe uma significativa quantidade de instrumentos. Nesse caso, um dos motivos que pode levar à utilização de modelos é manter a harmonia das soluções. Em relação às influências dos instrumentos para os mecanismos de unificação e harmonização artificiais, tem papel fundamental as agências formuladoras que, ao cogitarem da elaboração de um novo instrumento, precisam otimizá-la ao máximo, com vistas ao resultado que será obtido e o impacto prático que ele terá.⁴⁰⁵

Nesse sentido, precisam pensar em dois aspectos principais: o formal e o conteúdo.

⁴⁰² DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 536.

⁴⁰³ BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 206.

⁴⁰⁴ DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 536.

⁴⁰⁵ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 22.

Em relação à forma, grande importância tem a escolha do tipo de instrumento. De acordo com Faria, para tirar o melhor proveito de cada tipo de instrumento disponível:

[i]t is important for formulating agencies to recognise the limits of the instruments they produce and the possible shortcomings of their working methods. It has been said that the future of harmonization of contract law, for instance, will consist of some kind of interaction between the binding law of international conventions or directives/ordinances on the one hand and the new phenomenon of Principles of Contract Law on the other hand. In other words, formulating agencies need to become more flexible in choosing instruments and in conceiving ways in which “hard” and “soft” law may best supplement one another.⁴⁰⁶

Quanto ao conteúdo, é preciso levar em conta eventuais conflitos com instrumentos já existentes no âmbito internacional e com os direitos nacionais, porque “For the purpose of unification or harmonisation of law there is nothing worse than duplication of work leading to the adoption of different instruments competing with one another in the same area”.⁴⁰⁷

Percebe-se, então, que as diversas organizações internacionais com a função de agências formuladoras precisam atuar de forma conjunta, otimizando recursos e evitando conflitos e sobreposições,⁴⁰⁸ exatamente para que se evite trabalho duplicado ou conflitante.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 11.

⁴⁰⁷ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 245; FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009., p. 21

⁴⁰⁸ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 22.

⁴⁰⁹ Sobre o nível de relacionamento existente entre as agências formuladoras, é possível encontrar posicionamentos divergentes na doutrina. Faria explica que não é frequente o hábito de as agências formuladoras consultarem a agenda das outras organizações antes de criar um grupo de estudos ou iniciar os rascunhos e esforços para a criação de um novo instrumento. (FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 22.) De Ly entende que “Coordination in many cases is informal albeit that also often delegates of other agencies participate in the preparatory meetings and conferences leading to uniform texts (in the capacity of observers to these meetings and conferences.) thus, coordination is guaranteed to a large extent.” DE LY, Filip, **Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 536.

A proliferação de instrumentos, e, conseqüentemente as inconsistências entre eles, decorrem da crescente necessidade de adaptação do direito do comércio internacional à intensificação das relações comerciais globais.⁴¹⁰

Assim, na tentativa de facilitar a harmonização dos instrumentos, Faria⁴¹¹ sugere que:

[a]t the inter-agency level, one might consider deepening the informal consultation mechanisms between the various organisations specialized in legal harmonization – for instance, in the form of a joint co-ordinating committee comprised of representatives of the respective secretariats and a number of member states appointed by each organization.

Outra sugestão dada pelo mesmo autor é o desenvolvimento de disposições modelo que possam ser utilizadas na elaboração de futuros instrumentos bem como para atualizar aqueles já existentes.⁴¹²

Como exemplo de instrumentos que foram e são usados como inspiração ou base para outros, citamos a CISG⁴¹³ e os UPICC.⁴¹⁴

No que diz respeito à relação entre os instrumentos regionais e globais, há várias questões relevantes que podem ser reunidas em uma só: em que medida a

⁴¹⁰ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 21.

⁴¹¹ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, pp. 24-25.

⁴¹² FARIA, José Angelo Estrella. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**, p. 16.

⁴¹³ SCHLECHTRIEM, Peter. Basic structures and general concepts of the CISG as models for harmonisation of the law of obligations. **Juridica International**, n.10, 2005, p. 28-29. Ele dá alguns exemplos: "Article 7 of the CISG offers several safeguards to prevent a 're-nationalization' of international uniform law by, firstly, stating directives for its interpretation and, secondly, providing for gapfilling. These, too, have become almost standard clauses for international instruments -- e.g., in Art. 7 of the Limitation Convention (*supra*), Art. 6(1) of the 1983 (Geneva) draft Convention on Agency in the International Sale of Goods, Art. 4(1) of the UNIDROIT Convention on International Factoring of 1988 (Ottawa), Art. 6(1) of the UNIDROIT Convention on International Financial Leasing of 1988 (Ottawa), Art. 7(1) of the 2001 ON Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, and Art. 5 of the Convention on International Interests in Mobile Equipment (Cape Town Convention) of 2001. The CISG has influenced the developments and reform of domestic laws through several channels, an obvious one being the implementation of EC directives -- e.g., the Sale of Consumer Goods Directive mentioned in the preceding para. 2, which in its use of certain concepts, such as that of conformity, was given form by the CISG."

⁴¹⁴ MAYER, Pierre, The harmonisation of contract law within OHADA: General Report on the Ouagadougou Colloquium - 15-17 November 2007, **Uniform Law Review**, n. 13, 2008, p. 400-401.

existência simultânea de iniciativas regionais e globais auxilia ou atrapalha o alcance dos seus objetivos individuais?

Garro constata que o regime global bem aplicado é mais vantajoso do que a elaboração de regras regionais.⁴¹⁵ Por outro lado, “efforts of regional harmonization, although far from ideal, may contribute for different regions to speak with one voice on different aspects of contract law, not a bad beginning for reaching, some day, a more universal consensus”.⁴¹⁶

Faria entende que a harmonização no âmbito regional não é incompatível com aquela realizada no âmbito global, porque é melhor ter variados sistemas regionais do que uma infinidade de sistemas nacionais.⁴¹⁷ Ou seja, é melhor haver harmonização e/ou unificação no âmbito regional do que não haver nada nesse sentido. Todavia, em comparação à harmonização e à unificação no âmbito global, estas são consideradas mais vantajosas do que a regional apenas.

Assim, a harmonização e a unificação em âmbito regional surgem como alternativas quando iniciativas em âmbito global não parecem viáveis. Nas palavras de Faria:

[w]here the negotiation of a global instrument does not seem to be feasible, formulating agencies could co-operate more closely with regional organisations in developing regional models, along the lines of assistance provided by unidroit in the preparation of ohada draft uniform act on contract law. Such assistance would be of significant value even for regions showing greater legal uniformity (such as Mercosur or Andean regions), as it could avoid the crystallization of regional solutions that drift away from international trends.⁴¹⁸

Todavia, em alguns casos, como a harmonização regional visa ao funcionamento dos mercados regionais, o denominador comum atingido pode não ser a melhor base para uma solução buscada em âmbito global.⁴¹⁹

⁴¹⁵ GARRO, Alejandro M. **Contract law in Latin America: building of a “Latin American” ius commune**. 35 Years CISG and Beyond. Universitat Basel. 30.01.2015, p. 13.

⁴¹⁶ GARRO, Alejandro M. **Contract law in Latin America: building of a “Latin American” ius commune**. 35 Years CISG and Beyond. Universitat Basel. 30.01.2015, p. 2.

⁴¹⁷ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 25.

⁴¹⁸ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 13.

⁴¹⁹ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 25.

Nesse sentido, vai a sugestão de Kronke em relação às normas de conflito de leis, ao entender que, no sentido de evitar conflitos entre os instrumentos, é preciso definir as áreas de atuação de cada organização:

areas that are more culture-specific, more closely linked to the social and economic conditions of a region – e.g. consumer contracts, general aspects of property law – would appear to be more appropriately dealt with at the regional level (e.g. EC, MERCOSUR, the Organisation of American States and its Special Conferences on Private International Law – CIDIP, OHADA, SADC and others). At this – regional – level, conflicts principles (and rules) would also receive a more carefully calibrated dose of – e.g. integration oriented – policy content.⁴²⁰

Isso serve também para diminuir o risco de contradição e duplicidade dos instrumentos.⁴²¹

Outro tipo de relação que pode se dar é o enfraquecimento da iniciativas regionais quando os países que as compõem passam a fazer parte das iniciativas globais. Isso aconteceu, de acordo com Garro, na America Latina:

[t]he harmonization efforts by the CIDIPs significantly diminished after the seventh CIDIP was convened in 2005, probably due in part to the incorporation of more Latin American countries to the harmonization efforts undertaken by global organizations such as the Hague Conference, UNIDROIT and UNCITRAL.⁴²²

No sentido inverso, ou seja, com a ideia de aproveitar iniciativa advinda de organização global para incentivar aquelas realizadas em âmbito regional, podemos citar a utilização pela OHADA dos UPICC como modelo para o texto do *Acte Uniforme* dos contratos, baseado no fato de que uma das funções dos instrumentos de soft law é auxiliar a criação de outros instrumentos, especialmente os de hard law. Houve, porém, questões em que se divergiu do texto original dos UPICC.⁴²³

⁴²⁰ KRONKE, Herbert. Most significant relationship, governmental interests, cultural identity, integration: “Rules” at will and the case for principles of conflict of laws principles of conflict of laws. **Uniform Law Review**, n.3, 2004, p. 476, p. 476-477.

⁴²¹ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 25.

⁴²² GARRO, Alejandro M. **Contract law in Latin America: building of a “Latin American” ius commune**. 35 Years CISG and Beyond. Universitat Basel. 30.01.2015, p. 5.

⁴²³ MAYER, Pierre, The harmonisation of contract law within OHADA: General Report on the Ouagadougou Colloquium - 15-17 November 2007, **Uniform Law Review**, n. 13, 2008, p. 400-401.

Garro defende a elaboração de instrumentos de soft law em âmbito regional como forma de elaborar estudos comparatistas sobre o direito regional que não seriam feitos em caso contrário.⁴²⁴ Isso pode incentivar a adoção de soluções inovadoras, porque leva ao conhecimento dos países vizinhos informações que não eram de muito interesse, mas são difundidas por meio da elaboração de tais instrumentos.⁴²⁵ Iniciativas desse tipo são bem-vindas, por poderem contribuir para a harmonização e a unificação regionais, bem como para o direito internacional como um todo.⁴²⁶

Caso de criação de instrumentos paralelos semelhantes é o dos UPICC e dos PECL.

Por consistirem em iniciativas que, pelo menos durante um período, se deram simultaneamente, foi inevitável que um grupo fosse influenciado pelo outro.⁴²⁷

Nas palavras de Bonell:

[n]aturally the Commission on European Contract Law was from the outset aware of the work being conducted by the UNIDROIT Group and vice-versa. Moreover, as the two groups were dealing with the individual chapters at different times, it was inevitable that each group was influenced by the work of the other. While the UNIDROIT Group started its work with the chapter on formation, followed by those on interpretation, validity, performance and non-performance, the Commission took these topics in the inverse order. Consequently each group, as it proceeded from one topic to another, profited by having at its disposal the results of the other's work, at least in the form of a preliminary draft.⁴²⁸

No trabalho elaborado pelos dois grupos é possível notar que há grande semelhança no estilo de redação e na forma dos instrumentos. A principal diferença

⁴²⁴ GARRO, Alejandro M. **Contract law in Latin America: building of a “Latin American” ius commune**. 35 Years CISG and Beyond. Universitat Basel. 30.01.2015, p. 13.

⁴²⁵ GARRO, Alejandro M. **Contract law in Latin America: building of a “Latin American” ius commune**. 35 Years CISG and Beyond. Universitat Basel. 30.01.2015, p. 14.

⁴²⁶ GARRO, Alejandro M. **Contract law in Latin America: building of a “Latin American” ius commune**. 35 Years CISG and Beyond. Universitat Basel. 30.01.2015, p. 14.

⁴²⁷ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 233.

⁴²⁸ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 233.

é que os PECL, além das regras e dos comentários a elas, contêm referências à principais regras utilizadas como fonte, descrevendo sucintamente a forma como o tema é tratado nos direitos dos Estados da UE. Essa diferença, no entendimento de Bonell, se justifica pelo fato de que

in the preparation of the UNIDROIT Principles it was inevitable that the laws of some countries played a more significant role than others: consequently it might even have been counterproductive to highlight this fact by including comparative notes in the official text of the Principles.⁴²⁹

No que diz respeito ao conteúdo dos instrumentos, ele é diferente: os UPICC tratam dos contratos comerciais internacionais, ao passo que os PECL são de direito contratual europeu. Nas palavras de Bonell:

[t]he most significant divergency between the two instruments appears right from the outset. In the Preamble of the UNIDROIT Principles it is stated that they set forth "general rules for *international commercial contracts*", whereas the European Principles "are intended to be applied as *general rules of contract law in the European Community*" (Article 1.101)(1) (emphasis added). It means that, while the UNIDROIT Principles are confined to "international" and "commercial" contracts, the European Principles apply to all kinds of contracts, including transactions of a purely domestic nature and those between merchants and consumers. On the other hand, the territorial scope of application of the UNIDROIT Principles is universal, while that of the European Principles is formally limited to the member States of the European Union. This difference in scope explains a number of additional divergencies of policy appearing in subsequent provisions. Some of these divergencies depend on the fact that the UNIDROIT Principles specifically address international contracts, as opposed to the European Principles which cover contracts in general, including purely domestic ones.⁴³⁰

Essa diferença impacta no uso dos instrumentos, ou seja, ambos preveem sua aplicação quando as partes fizeram expressa referência a eles ou às expressões "princípios gerais de direito", *lex mercatoria*, ou semelhante, ou, ainda, quando for impossível decidir a questão de acordo com o direito aplicável. Apenas os UPICC se dizem úteis para interpretar e suplementar instrumentos internacionais e servir de modelo para os legisladores nacionais e internacionais. Somente os PECL, por

⁴²⁹ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 234.

⁴³⁰ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 238.

sua vez, estipulam que auxiliarão os órgãos da UE em questões de redação e os tribunais, árbitros e advogados na aplicação das medidas da UE.⁴³¹

Essa diferença também faz com que alguns dispositivos existam em um instrumento, mas não existam no outro, bem como existam divergências técnicas e de abordagem política.⁴³² Mesmo assim, aproximadamente 70 dispositivos podem ser chamados de “correspondentes” entre os instrumentos.⁴³³

Por fim, outra forma de relação relevante entre instrumentos regionais e globais na sua elaboração é a participação de organizações regionais como tal na elaboração de instrumentos globais quando o seu escopo está na competência legislativa da organização e não mais de seus Estados-membros. Exemplo desse tipo de situação é a participação da UE na Conferência da Haia.⁴³⁴

3.5.2. *Relação entre os instrumentos quando da sua aplicação*

Desafio concernentes à multiplicidade de instrumentos da perspectiva da sua aplicação estão relacionaods com eventuais conflitos que podem surgir em decorrência da sobreposição de normas sobre um mesmo tema, mas com conteúdo divergente.⁴³⁵ Nesse sentido, importante levar em consideração a ideia de diálogo

⁴³¹ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 241.

⁴³² BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 235-237.

⁴³³ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 235.

⁴³⁴ FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 7.

⁴³⁵ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 60.

das fontes trazinda por Jayme,⁴³⁶ para que os instrumentos, bem como o direito nacional, tenham uma relação harmônica.

No que diz respeito ao conflito de aplicação entre UPICC e PECL, o problema estaria naquilo em que houver intersecção do âmbito de aplicação dos instrumentos, ou seja, contratos comerciais internacionais entre países europeus.⁴³⁷

Porém, por se tratar de instrumentos cuja aplicação não é obrigatória, a aplicação simultânea dos instrumentos de forma a resultar em conflito tem chances práticas praticamente nulas de acontecer. Cabe às partes, portanto, em seus contratos, explicitar a forma da sua utilização, se o caso, para que conflitos não venham a surgir.⁴³⁸

Esse raciocínio pode ser aplicado para outros casos de “conflito” entre instrumentos de *soft law*.

Outra hipótese em que poderá ocorrer a aplicação simultânea de instrumentos harmonizadores e unificadores é a que combina instrumentos de *hard law* e de *soft law*.

A forma de fazer o uso de tais instrumentos sem que haja conflito é explicada por Basso no seguinte trecho:

[a]ssim, as fontes materiais ou de inspiração (incluindo aí as categorias da doutrina, jurisprudência e as institucionais) podem resultar muitas vezes aplicáveis aos casos concretos, ainda que restritas à fundamentação das soluções pelos tribunais. Elas ganham destaque quando confrontadas com a obsolescência das normas legislativas ou convencionais, desenhando novos horizontes valorativos (axiológicos) e influenciando o legislador nacional na tarefa de adequação das normas do ordenamento a objetivos necessários de política legislativa. Inegável, portanto, sua

⁴³⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, p. 259.

⁴³⁷ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 242.

⁴³⁸ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 244.

utilidade prática no direito internacional privado, porquanto tal domínio apresenta-se intimamente ligado à casuística para sua própria sobrevivência.⁴³⁹

Ou seja, utiliza-se a *soft law* para interpretar a *hard law*.

Basso defende, nesse sentido, a realização de uma interpretação integrativa:

[...] é importante que o jurista utilize não apenas as normas formais em sentido estrito (tratados, leis, regulamentos internos, etc), como também as normas narrativas, expressas nas fontes institucionais. Elas dizem respeito às exposições de motivos, convenções não ratificadas e fontes institucionais em sentido amplo (recomendações, diretrizes, leis-modelo, princípios, códigos de conduta, etc), e podem desempenhar uma função decisiva no momento de fundamentação das decisões relativas à aplicação do direito internacional privado. Isso porque a sua função é dupla: de um lado, atende ao objetivo de (re)criação do direito, por construir princípios hermenêuticos e, de outro, ao objetivo integrativo, por servir de anteparo às inúmeras lacunas, levando, muitas vezes à efetiva solução dos casos contendo elemento estrangeiro.⁴⁴⁰

Da mesma maneira, Boele-Woelki menciona que os compilados de princípios, se comparados com convenções, pertencem a uma nova geração. Nesse sentido, os instrumentos mais jovens dão novas ideias aos mais antigos e podem, assim, ser responsáveis por alterações na aplicação da lei mais antiga⁴⁴¹.

Maior dificuldade se enfrenta nas hipóteses em que os instrumentos tratam das questões de forma divergente, sendo possível identificar posicionamentos distintos na doutrina para resolver a questão, especialmente sobre a utilização dos UPICC para interpretar e preencher lacunas da CISG.

Exemplo que tivemos a oportunidade de tratar em outra ocasião⁴⁴² é o do regramento da batalha dos formulários dado na CISG e nos UPICC. Em suma, a batalha dos formulários é tema tratado pela CISG, mas é possível notar na doutrina

⁴³⁹ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 98.

⁴⁴⁰ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

⁴⁴¹ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 344.

⁴⁴² BOSCOLO, Ana Teresa de A. C. A necessidade de interpretação uniforme da CISG: o exemplo da batalha dos formulários. in SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (eds.). **A CISG e o Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

divergência sobre a questão de se isso foi feito de forma específica ou não.⁴⁴³ Quem entende que há regramento na CISG conclui que a solução dada pela Convenção e pelos UPICC é diversa.⁴⁴⁴

Na sua Opinião de número 13, o CISG-AC entendeu que a solução que deve ser adotada para os casos nos quais a CISG for aplicável é a utilização da *knock out rule*, solução dada nos UPICC. A justificativa do CISG-AC foi no sentido de que esse entendimento já era o mais defendido na doutrina, bem como mais aplicado pelos tribunais, além de ser a solução mais adequada ao problema, respeitando o acordo das partes. Por fim, o CISG-AC mencionou que essa é a solução adotada pelos UPICC.⁴⁴⁵ Ou seja, foram utilizados instrumentos harmonizadores para interpretar e aplicar outro instrumento internacional, tornando a sua relação harmônica.⁴⁴⁶

Pesquisa sobre a aplicação dos UPICC mostrou que eles foram utilizados para interpretar e suplementar tanto instrumentos globais quanto regionais.⁴⁴⁷

Especificamente sobre a relação dos UPICC com a CISG, nas palavras de Bonell:

[o]pinions among legal scholars are divided. On the one hand, there are those who categorically deny that CISG can be interpreted on the basis of the UNIDROIT Principles, invoking the rather formalistic and not necessarily convincing argument that, as the latter were adopted later in time than the former, they cannot be of any relevance. On the other hand, there are those who, perhaps too enthusiastically, justify the use of the UNIDROIT Principles as a means of interpreting or supplementing CISG on the mere ground that they are "general principles of international commercial contracts. The correct solution would appear to lie between

⁴⁴³ BOSCOLO, Ana Teresa de A. C. A necessidade de interpretação uniforme da CISG: o exemplo da batalha dos formulários. in SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (eds.). **A CISG e o Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 85-88.

⁴⁴⁴ VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles. **Pace International Law Review**, n.10, 1998, item VI.B. No mesmo sentido, KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, M. Pilar Perales (eds.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**. Munique: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2011, p. 289-290.

⁴⁴⁵ CISG-AC, **Opinion n.13. Inclusion of Standard Terms under the CISG.**, p. 21-22.

⁴⁴⁶ BOSCOLO, Ana Teresa de A. C. A necessidade de interpretação uniforme da CISG: o exemplo da batalha dos formulários. in SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (eds.). **A CISG e o Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 91-92.

⁴⁴⁷ AGRÒ, Eleonora Finazzi. The impact of the UNIDROIT principles in international dispute resolution in figures. **Uniform Law Review**, n.3, 2011, p. 733.

these two extreme positions. In other words, there can be little doubt that in general the UNIDROIT Principles may well be used to interpret or supplement even pre-existing international instruments such as CISG; on the other hand, in order for individual provisions to be used to fill gaps in CISG, they must be the expression of general principles underlying also CISG.⁴⁴⁸

Dessa maneira, como explicado por Bonell, a CISG e os UPICC devem ser vistos como instrumentos complementares.⁴⁴⁹

Corroborando o que já foi mencionado acima no sentido da utilização dos instrumentos de soft law, Mayer:

[t]he UNIDROIT Principles could therefore make a significant contribution to the autonomous interpretation of multilateral instruments if they match the general purpose underlying these treaties and reflect international practice in the branch concerned.⁴⁵⁰

Eles podem também ser utilizados para temas que recairiam sobre o direito nacional, ou seja, temas explicitamente excluídos do escopo das convenções. Nesse caso, de acordo com Bonell, “[g]iven the non-binding nature of the UNIDROIT Principles, the impact of such a reference is likely to vary according to whether a domestic court or an arbitral tribunal is seized of the case⁴⁵¹.

Ainda sobre a relação dos instrumentos de *hard law* e *soft law*, outra proposta é combinar a sua utilização no tratamento de temas cujas particularidades impedem que se trabalhe de outra forma. Ou seja, elabora-se uma convenção de conteúdo mais genérico e um compilado de princípios mais específicos, ambos já criados para atuar conjuntamente.⁴⁵²

⁴⁴⁸ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law. **Revue Juridique Thémis**, v.36, 2002, p. 348-349.

⁴⁴⁹ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law. **Revue Juridique Thémis**, v.36, 2002, p. 353.

⁴⁵⁰ MAYER, Ulrich C. The enforcement of annulled arbitral awards: towards a uniform judicial interpretation of the 1958 New York Convention. **Uniform Law Review**, n. 3, 1998, p. 599.

⁴⁵¹ BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law. **Revue Juridique Thémis**, v.36, 2002, p. 352.

⁴⁵² KRONKE, Herbert. Most significant relationship, governmental interests, cultural identity, integration: “Rules” at will and the case for principles of conflict of laws principles of conflict of laws. **Uniform Law Review**, n.3, 2004, p. 476, p. 475.

Sobre a relação existente entre instrumentos regionais e globais, tendo como exemplo o caso dos instrumentos europeus, é o próprio instrumento que determina se ele prevalecerá em relação a tratados internacionais ou não.⁴⁵³ Essa abordagem é, de modo geral, bastante aconselhável quando houver instrumentos tratando do tema na forma de *hard law*.⁴⁵⁴

Esse tipo de previsão pode ser encontrado para outros tipos de relação também. Como exemplo, podemos citar o artigo 9 da CISG⁴⁵⁵, que trata da relação da CISG com usos e costumes. De acordo com Badan:⁴⁵⁶

[e]n ce qui concerne les usages et les pratiques du commerce, ils font partie du droit matériel, (CVIM, art. 9, par. 1). Leur application peut varier conformément a des facteurs géographiques, politiques, économiques, légaux et commerciaux. Le commerce international actuel utilise un ensemble de règles d'usage courant, comme les Incoterms qui, sans aucun doute, facilitent un développement de fait de ladite *lex mercatoria*, sans pour autant que cela implique de donner a cette dernière une légitimité différente de celle qui émane de l'autonomie de la volonté.⁴⁵⁷

Assim, o artigo 9 da CISG visa a disciplinar a relação dos usos e práticas do comércio com a CISG.

De modo a facilitar a harmonização dos instrumentos harmonizadores e unificadores, há quem sugira a elaboração de documento demonstrando o escopo de aplicação de cada instrumento e suas funções, de modo que os aplicadores possam entender melhor como eles se relacionam e como devem aplicá-los. Isso

⁴⁵³ BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010, p. 345.

⁴⁵⁴ Os conflitos entre convenções devem ser resolvidos sob a ótica do direito internacional público. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995, pp. 82-83.

⁴⁵⁵ Artigo 9 - (1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si. (2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento.

⁴⁵⁶ BADÁN, Didier Operti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 50.

⁴⁵⁷ BADÁN, Didier Operti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012, p. 50.

pode ser feito em um esforço conjunto das agências formuladoras,⁴⁵⁸ que pode visar não só a criação de novos instrumentos, como também a coordenação dos instrumentos já existentes.

⁴⁵⁸ KRONKE, Herbert. Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: institutional Cooperation and Substantive Complementarity. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 369, 2014, p. 38.

CONCLUSÃO

1. Considerando a utilização pelas instituições internacionais da terminologia harmonização e unificação; a prevalência na doutrina da distinção unificação/harmonização; e a possibilidade de tecnicamente tratar de forma conjunta o que se entende por uniformização e unificação, a terminologia adotada para fins deste trabalho será unificação e harmonização.
2. Haverá unificação quando se verificar a presença simultânea de dois requisitos: (i) a existência de instrumento único; e (ii) a similaridade de resultado na aplicação independentemente do aplicador em ação.
3. Haverá harmonização quando se utilizar um instrumento como modelo ou fonte de inspiração para aproximar uma regra da outra, com o objetivo de facilitar as relações entre as pessoas (físicas ou jurídicas), aproximando um instrumento do outro, seja na relação dos instrumentos com os direitos nacionais, seja em relação aos instrumentos harmonizadores e unificadores.
4. A harmonização também pode ser entendida como busca pela harmonia dos instrumentos e regras do direito do comércio internacional. É nesse sentido que está o título desse trabalho, englobando, portanto, questões relativas à unificação e à harmonização em sentido específico.
5. Desafios para harmonizar e unificar estão nos fatores que impedem o atingimento dos requisitos necessários para a obtenção da unificação e da harmonização. Eles são divididos em dois tipos: desafios decorrentes da relação dos instrumentos harmonizadores e unificadores com o Estado e desafios decorrentes da relação entre os instrumentos.
6. Recaindo sobre as duas perspectivas, estão as críticas existentes aos instrumentos e mecanismos de harmonização e unificação. São consideradas desafios por estarem presentes no racional de parte dos aplicadores e agentes do direito do comércio internacional e por refletirem algumas dificuldades que são, de fato, enfrentadas. Nesse sentido, é a prática da aplicação e a atuação das agências formuladoras, bem como de outras organizações preocupadas com o sucesso de tais iniciativas, que demonstrará a correte ou incorrete de tais críticas, apontando as tendências e diretrizes a serem seguidas nos esforços buscados.

7. Ponderação importante está entre a realização da unificação e da harmonização e a manutenção da diversidade. Para que haja equilíbrio, é preciso ter em mente a necessidade de evolução das regras jurídicas, que, no caso do comércio internacional, precisam estar de acordo com a prática, no sentido de facilitarem-na, focando na solução das deficiências existentes. Assim, a existência de uma pluralidade de regras é bem vinda até o momento em que não atrapalhe a prática, ou seja, deve haver harmonia entre elas. Diante de tal pluralidade, as partes terão, por meio da autonomia da vontade, liberdade para escolher os instrumentos que mais se adequarem à sua relação. Estes, conforme forem mais ou menos adequados às relações, serão mais ou menos difundidos, até o momento em que a prática exigir novas soluções, quando serão alterados e difundidos novamente, e assim por diante. Para que essas relações se deem de forma adequada, é preciso que os agentes façam a aplicação dos instrumentos de forma correta.

8. As dificuldades encontradas na elaboração dos instrumentos impactam a existência de um instrumento único a ser aplicado, bem como a existência de modelos a serem utilizados para a harmonização.

9. A não entrada em vigor de um tratado em determinado país constitui um desafio para a unificação no sentido de prejudicar a existência de um instrumento único de aplicação compartilhada. O mesmo vale para a realização de reservas.

10. A não utilização dos instrumentos como modelo para a elaboração ou alteração dos direitos nacionais constitui, por si só, um desafio à harmonização. Além disso, a utilização de um instrumento como modelo deve ser feita sem que isso atrapalhe a harmonia das soluções. Especialmente quando são usados instrumentos vinculantes como modelos para o direito nacional, é preciso evitar que direito nacional e instrumento internacional se confundam, atrapalhando a aplicação autônoma e uniforme das convenções.

11. Para a aplicação dos instrumentos, são diversos os desafios que resultam na discrepância de resultados obtidos, fazendo com que vários fatores levem à vinculação do resultado ao aplicador, prejudicando a unificação.

12. A primeira dificuldade que se encontra é o critério para que ela seja feita. Instrumentos com força vinculante contêm em seu texto os critérios para a sua aplicação, o que os torna auto-aplicáveis. Diferentemente, quando se recorre às regras de conflito de leis, ou mecanismo alternativo (no caso da arbitragem), para indicar o instrumento aplicável, a questão está na amplitude autorizada à escolha

dos instrumentos, que impactará a sua utilização. A elaboração de instrumentos unificadores e harmonizadores das regras de conflito de leis visa a reduzir as divergências existentes em relação à amplitude de escolha. Regras relativas ao preenchimento de lacunas também têm papel relevante, pelo fato de os instrumentos harmonizadores e unificadores possuírem escopo restrito. Nesse sentido, é preciso considerar as opções existentes para realizar o preenchimento de tais lacunas, quais sejam, direito nacional e instrumentos harmonizadores e unificadores, que podem gerar resultados divergentes. Nesse sentido, o importante é manter a coerência na solução das questões. O método de solução de controvérsias escolhido também representa fator de divergência, pois há diferença de amplitude da possibilidade de escolha pelas partes dos instrumentos aplicáveis diante de um tribunal arbitral ou de um tribunal estatal. Essa diferença é relevante, e caberá aos Estados ponderar sobre a pertinência de aumentar a amplitude da possibilidade de escolha das partes em relação ao critério de conexão da lei aplicável às obrigações contratuais diante dos impactos que tal alteração pode trazer.

13. A segunda dificuldade é o impedimento gerado para a aplicação do instrumento ou a substituição de tal norma devido à existência de normas imperativas e da ordem pública, que, em suma, limitam a escolha das partes. Essas limitações podem divergir bastante de país para país, bem como, apesar de estarem baseadas em expressões comuns, terem entendimentos diversos. A lei que autoriza ou impede a escolha de instrumentos não-estatais como lei aplicável pode ser considerada imperativa. Se por um lado os instrumentos auto-aplicáveis não conflitarão com a ordem jurídica do foro, por fazerem parte dela, por outro, o direito estrangeiro baseado em instrumento harmonizador, bem como instrumentos harmonizadores e unificadores não auto-aplicáveis naquele Estado poderão enfrentar conflitos. No primeiro caso, quanto maior o grau de harmonização do direito aplicável com o direito do foro, menor a probabilidade de incompatibilidades relativas às normas imperativas e à ordem pública surgirem. No segundo, o ideal é que os instrumentos contenham dispositivos que tratem de forma clara a relação com as normas imperativas e a ordem pública. A existência de divergências entre a aplicação das normas imperativas e da ordem pública pelos juízes e árbitros, bem como no controle da sentença arbitral estrangeira e da sentença estatal estrangeira, também são relevantes.

14. A terceira dificuldade está na interpretação do instrumento único, no caso da unificação, ou na identificação do paralelismo das situações a fim de realizar a interpretação harmonizadora. As causas de tal dificuldade são, principalmente, as divergências linguísticas entre as várias versões dos instrumentos, a influência das figuras nacionais no momento da leitura e da aplicação do texto e o desconhecimento dos instrumentos existentes, bem como da forma pela qual devem ser compreendidos e interpretados. Mesmo a utilização, em âmbito regional, de tribunais únicos competentes para interpretar instrumentos unificadores e harmonizadores apresenta limitações. A superação desses desafios está principalmente na disseminação de informações sobre como devem ser feitas a interpretação e a aplicação dos instrumentos harmonizadores e unificadores, o que permite a maior utilização dos instrumentos, bem como incentiva a sua ocorrência.

15. Os desafios referentes à relação dos instrumentos entre eles são desafios de harmonização, ou seja, decorrem da não utilização dos instrumentos como modelo ou fonte de inspiração para a elaboração de outros, ou da sua falta de aproximação. Aqui, as incompatibilidades entre os instrumentos soam como contraditórias aos próprios esforços tidos para harmonizar e unificar as regras do direito internacional, e devem ser evitadas ao máximo. A circulação de modelos baseados na prática favorece a harmonização. Da mesma forma, a codificação bem feita, que deve considerar a manutenção da flexibilidade necessária ao bom desenvolvimento das relações comerciais (que podem ter características bastante divergentes), as características dos instrumentos que serão elaborados, o que impacta a forma da sua relação com os outros instrumentos, e o tratamento de questões relevantes relativas à relação entre os instrumentos. Instrumentos mais novos e flexíveis podem ser utilizados para interpretar instrumentos mais antigos e menos flexíveis, quando sua redação permitir. No que diz respeito à relação entre instrumentos regionais e globais, entende-se que eles podem coexistir sem prejudicar a harmonização das soluções, mas precisam ter seus âmbitos de atuação definidos. Ainda, esforços em âmbito regional podem ser importantes para o alcance de objetivos em nível global.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

ABI-SAAB, Georges. Éloge du “droit assourdi”: Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain. In **Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux**. Bruxelles: Bruylant, 1993, p.59-68

AGRÒ, Eleonora Finazzi. The impact of the UNIDROIT principles in international dispute resolution in figures. **Uniform Law Review**, n.3, 2011, p. 719-733. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2011-3-finazzi-e.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016

ANDERSEN, Camilla Baasch. Defining uniformity in law. **Uniform Law Review**, n.1, 2007, p. 5-55.

BADÁN, Didier Operti. Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 359, 2012.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BEAUMONT, Paul R. Reflections on the Relevance of Public International Law to Private International Law Treaty Making. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010.

BENNETT, Thomas W. **Application of mandatory rules in the private international law of contracts: a critical analysis of approaches in selected continental and common law jurisdictions, with a view to the development of South African law**. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de Cape Town. Cidade do Cabo, 2002. Disponível em: <https://open.uct.ac.za/bitstream/item/11255/thesis_law_2002_schafer_kas.pdf?sequence=1> Acesso em: 13 jan. 2016.

BERAUDO, Jean-Paul. Faut-il avoir peur du contrat sans loi. In **Le droit international privé: esprit et methods: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde**. Paris: Dalloz, 2005, p. 95-112

BERGER, Klaus Peter. The new law merchant and the global market place. A 21st century view of transnational commercial law. in BERGER, Klaus Peter (ed.). **The practice of transnational law**. Haia: Kluwer Law International, 2001. Disponível em: <http://www.trans-lex.org/000002#head_4> Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Haia: Kluwer Law International, 1999.

_____. Transnational commercial law in the age of globalization. **Saggi, Conferenze e Seminari**, n.42, março, 2001. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/berger1.html>> Acesso em: 13 jan. 2016

BIAVATI, Paolo. **Diritto Processuale dell'Unione Europea**. 4^a ed. Milão: Giuffrè, 2009.

BIN, Marino. La circolazione internazionale di modelli contrattuali, **Contratto e impresa**, n.2, CEDAM, 1993, p. 475-481.

BLACKABY, Nigel *et al.* (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BODEN, Didier. **L'ordre public, limite et condition de la tolérance**. Recherches sur le pluralisme juridique. Tese (Doutorado), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002.

BOELE-WOELKI, Katharina. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 340, 2010.

BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado – Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales**. 2^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BOISSÉSON, Matthieu de. Enforcement in action: harmonization versus unification. in VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series, v.9, Haia: Kluwer Law International, 1999, pp. 593-600.

BONELL, Michael Joachim. International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins, **American Journal of Comparative Law**, n. 38, 1990, p. 865-888.

_____. Soft law and party autonomy: the case of the UNIDROIT Principles. **Loyola Law Review**, n. 51, 2005, p. 229-252.

_____. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law. **Revue Juridique Thémis**, v.36, 2002, p. 335-354. Disponível em: <<http://infonix.ca/uploaded/revue/article/rjtvol36num2/bonell.pdf>> Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?. **Uniform Law Review**, n.26, 1996, p. 229-246

BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 2009.

BORTOLLOTTI, Fabio. **Diritto dei contratti internazionali**: Manuale di diritto commerciale internazionale. Volume I. 3° ed. Padova, CEDAM, 2009.

BOSCOLO, Ana Teresa de A. C. A necessidade de interpretação uniforme da CISG: o exemplo da batalha dos formulários. in SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (eds.). **A CISG e o Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 71-92. Disponível em <http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2014/12/L-44_tira-gosto_A-CISG-e-o-Brasil.pdf> Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. Application of the CISG in Latin American Countries: An Overview – Reality and Theory. In **CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (eds.), Eleven International Publishing. Haia, 2016 (in press).

BOYLE, Alan E. Some reflections on the relationship of treaties and soft law. **International and Comparative Law Quarterly**, n. 48, Out, 1999, p. 901-913.

CASSESE, Antonio. **Diritto Internazionale**. 2ª ed. Bolonha: Il Mulino, 2013.

CISG-AC, **Opinion n.13. Inclusion of Standard Terms under the CISG**. Disponível em: <http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=222&sid=222> Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. **Opinion No. 15. Reservations under Articles 95 and 96 CISG.**
Disponível em:
<<http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=228&sid=228>> Acesso
em 13 jan. 2016.

_____. **Opinion No. 16. Exclusion of the CISG under Article 6.**
Disponível em:
<<http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=237&sid=237>> Acesso
em 13 jan. 2016.

Comentários oficiais aos Princípios da Haia sobre a escolha da lei aplicável aos contratos comerciais internacionais. Disponível em:
<<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>> Acesso em:
13 jan. 2016.

CREMADES, Bernardo M.; PLEHN, Steven L., The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions, **Boston University International Law Journal**, n.2, 1983-1984, p. 317-348.

DAVID, René. The Methods of Unification, **American Journal of Comparative Law**, n. 16, 1968, p. 13-27. Disponível em:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/david.html> Acesso em: 13 jan. 2016.

DAWWAS, Amin; SHANDI, Yousef. The applicability of the CISG to the arab world. **Uniform Law Review**, n.4, 2011, p.813-841. Disponível em:
<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2011-4-dawwas-e.pdf>
Acesso em 13 jan. 2016.

DE LY, Filip, Uniform Commercial Law and International Self-Regulation. **Diritto del Commercio Internazionale: Pratica internazionale e diritto interno**, 11.3, julho/setembro, Giuffrè, 1997, p. 519-547.

DI ROBILANT, Anna. Genealogies of Soft Law. **American Journal of Comparative Law**, n. 54, verão, 2006, p. 499-555.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – Parte Geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIA, José Angelo Estrella. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage?. **Uniform Law Review**, n.1-2, 2009, p. 5-34. Disponível em:

<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2009-1&2-faria-e.pdf>
Acesso em 13 jan. 2016.

_____. **Legal harmonization through model laws: the experience of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).** Disponível em
<http://www.justice.gov.za/alraesa/conferences/2005sa/papers/s5_faria2.pdf>
Acesso em: 13 jan. 2016.

FERRARI, Franco. Forum shopping despite international uniform contract law conventions, **International and Comparative Law Quarterly**. V. 51, July, 2002, p. 689-708.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration.** GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.). Haia: Kluwer Law International, 1999.

GABRIEL, Henry D. The advantages of soft law in international commercial law: the role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference, **Brooklyn Journal of International Law**, v. 34, n.3, 2009, p. 655-672.

GALGANO, Francesco; MARRELLA, Fabrizio. **Diritto del Commercio Internazionale.** Milão: CEDAM, 2011.

GAMA, Lauro Jr. **Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARRO, Alejandro M. **Contract law in Latin America: building of a “Latin American” ius commune.** 35 Years CISG and Beyond. Universitat Basel. 30.01.2015. Disponível em
<http://www.cisgbasel2015.com/index_htm_files/24_paper_Alejandro%20Garro_Harmonization%20of%20Contract%20Law%20in%20Latin%20America;%20Efforts%20and%20Purposes.pdf> Acesso em: 13 jan. 2016.

GERSEN, Jacob E.; POSNER, Eric A. Soft Law. **Stanford Law Review**, University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 213. Disponível em
<<http://ssrn.com/abstract=1113537>> Acesso em: 13 jan. 2016.

GRIGERA-NAÓN, Horacio. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 289, 2001.

GOODE, Roy. Contract and commercial law: The logic and limits of harmonisation, **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 7.4, nov, 2003. Disponível em <http://www.ejcl.org/ejcl/74/art74-1.html> Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law, **International and Comparative Law Quarterly**, v. 54, julho, 2005, p. 539-562.

GOPALAN, Sandeep. Transnational commercial law: the way forward. **American University International Law Review**, n.4, 2003, p. 803-849.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 251, 1995.

KAMDEM, Innocent Fetze. Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. **Revue Juridique Themis**, n.43, 2009, p. 605-649.

KARTON, Joshua D.; DE GERMINY, Lorraine. Has the CISG Council come of an age?. **Berkeley Journal of International Law**, v. 27, n.2, 2009, p. 448-495. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1372&context=bjil> Acesso em: 13 jan. 2016.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, p. 1-17. Disponível em: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13571335592180/soft_law_in_international_arbitration_kaufmann-kohler.pdf Acesso em: 13 jan. 2016.

KOEHLER, Martin F.; GUO, Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China, **Pace International Law Review**, n. 20, Primavera, 2008, p. 45-52. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koehler-yujun.html> Acesso em: 13 jan. 2016.

KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, M. Pilar Perales (eds.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**. Munique: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2011.

KRONKE, Herbert. From international to transnational commercial law: the impact of diversity of cultures. **Revue Hellénique de Droit International**, n. 62, 2009, p. 705-713.

_____. Most significant relationship, governmental interests, cultural identity, integration : “Rules” at will and the case for principles of conflict of laws principles of conflict of laws. **Uniform Law Review**, n.3, 2004, p. 467-477.

_____. Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: institutional Co-operation and Substantive Complementarity. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 369, 2014.

KULESZA, Gustavo Santos, **Princípio da mitigação de danos**: evolução no direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015.

LEBOULANGER, Philippe. L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. **Revue de l'Arbitrage**, v.3, 2009, p. 541-592

LOQUIN, Éric. Les règles matérielles internationales. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 322, 2007.

LOSANO, Mario G., **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MATTEUCCI, Mario. Introduction à l'étude systématique du droit uniforme. **Recueil des Cours, Académie de Droit International**, Haia, v. 91, 1957.

MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a community instrument and its modernization.** Disponível em http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/max_planck_institute_foreign_private_international_law_en.pdf Acesso em 13 jan. 2016.

MAYER, Pierre; SHEPPARD. Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. **Arbitration International**, v.19, n.2, 2003, p. 249-263.

MAYER, Pierre. Lois de police. **Répertoire international**. Paris, Dalloz, 1998, p. 1-8.

_____. The harmonisation of contract law within OHADA: General Report on the Ouagadougou Colloquium - 15-17 November 2007, **Uniform Law Review**, n. 13, 2008, pp. 393-404.

MAYER, Ulrich C. The enforcement of annulled arbitral awards: towards a uniform judicial interpretation of the 1958 New York Convention. **Uniform Law Review**, n. 3, 1998, p. 583-600.

MCCLEAN, David. De conflictum legum: perspectives on private international law at the turn of the century: general course on private international law. **Collected Courses, Academy of International Law**, Haia, v. 282, 2000.

MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law & Social Science**, v. 5, 2009; Duke Law School Public Law & Legal Theory Research Paper No. 259. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1430395>> Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. The true lex mercatoria: law beyond the State. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 14, n. 2, verão, 2007, p. 447-468. Disponível em <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2476&context=faculty_scholarship> Acesso em: 13 jan. 2016.

MISTELIS, Loukas. Regulatory aspects: globalization, harmonization, legal transplants, and law reform -- some fundamental observations. **International Lawyer**, n. 34, 2000, p. 1055-1069. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mistel.html>> Acesso em: 13 jan. 2016.

MUIR WATT, Horatia; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Party autonomy and mandatory rules in a global world. **International Law Forum**, v. 6, n. 2, Maio, 2004, p. 90-96. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/publications/forum-du-droit.cfm>> Acesso em: 13 jan. 2016.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização Jurídica no Direito Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RIECHENBERG, Kurt. The Court of Justice of the European Communities. in **Inter-Governmental Trade Dispute Settlement: Multilateral and regional approaches**. LACARTE, Julio; GRANADOS, Jaime (eds.), Londres: Cameron May, 2004.

ROSETT, Arthur. Unification, harmonization, restatement, codification, and reform in international commercial law. **American Journal of Comparative Law**, n.40,

1992, p. 683-697. Disponível em:
<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rosett2.html>> Acesso em: 13 jan. 2016.

SACCO, Rodolfo. Diversity and uniformity in the law. **American Journal of Comparative Law**, n. 49, Primavera, 2001, p. 171-191.

_____. La circulation des modèles juridiques. in **Rapports Généraux: 13^e Congrès International de Droit Compare**, Montreal: Les Éditions Yvon Blais, 1990, p. 1-19.

SCHLECHTRIEM, Peter. Basic structures and general concepts of the CISG as models for harmonisation of the law of obligations. **Juridica International**, n.10, 2005, p. 27-34. Disponível em:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem12.html> Acesso em: 13 jan. 2016.

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

SCHMITTHOFF, Clive. **Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law**. CHENG, Chia-Jui (ed), Dortrecht/ Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers / Graham & Trotman, 1988.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal; KEE, Christopher. **Global Sales and Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SECRETARIA PERMANENTE DA CONFERÊNCIA DA HIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Feasibility study on the choice of law in international contracts report on work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument**. Documento preliminar n.7, março, 2009. Disponível em <<https://assets.hcch.net/docs/64fe9fef-e0f1-4927-b8ca-924d6ee01e0c.pdf>> Acesso em: 13 jan. 2016.

SONO, Hiroo, Contract law harmonization and non-contracting States: the case of the CISG, **Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna**, 9-12.07.2007. Disponível em
<http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Sono_hiroo.pdf> Acesso em: 13 jan. 2016.

STEPHAN, Paul B. The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law. **University of Virginia School of Law, Legal Studies Working Paper**, n.10, 1999. Disponível em

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=169209> Acesso em 13 jan. 2016.

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles. **Pace International Law Review**, n.10, 1998, p. 97-155. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/pperales.html>> Acesso em: 13 jan. 2016.

VOGENAUER, Stefan. KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.). **Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (PICC)**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

UNCITRAL. Anuário, v. I, 1970 Disponível em <<https://www.UNCITRAL.org/pdf/english/yearbooks/yb-1968-70-e/vol1-p13-17-e.pdf>> Acesso em: 13 jan. 2016.

Websites

<<http://www.arbitration-icca.org/>>

<<http://www.cisgac.com/>>

<http://www.cisg-brasil.net/>>

<<http://www.cisg.law.pace.edu/>>

<<https://www.hcch.net/>>

<<http://www.uncitral.org/>>

<<http://www.unidroit.org/>>

<<http://www.unilex.info/>>

<<https://www.unglobalcompact.org/>>

Instrumentos e Legislação (Acesso em 13 jan. 2016)

ACTES UNIFORMES DA OHADA Disponíveis em: <<http://ohada.org/actes-uniformes.html>> (Acesso em 13 jan. 2016)

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm> (Acesso em 13 jan. 2016)

CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm> (Acesso em 13 jan. 2016)

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm (Acesso em 13 jan. 2016)

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> (Acesso em 13 jan. 2016)

LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> (Acesso em 13 jan. 2016)

LEI MODELO DA UNCITRAL PARA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985model_arbitration.html> (Acesso em 13 jan. 2016)

PRINCÍPIOS DA HAIA PARA A ESCOLHA DE LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>> (Acesso em 13 jan. 2016)

PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL EUROPEU Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>> (Acesso em 13 jan. 2016)

PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversion/principles2010-e.pdf>> (Acesso em 13 jan. 2016)

REGULAMENTO (CE) N.º [593/2008](#) DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 17 DE JUNHO DE 2008, SOBRE A LEI APLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS (ROMA I). Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/pdf/?uri=celex:32008r0593&from=pt>> (Acesso em 13 jan. 2016)

TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA Disponível em: http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf (Acesso em 13 jan. 2016)

TRATADO OHADA Disponível em: <<http://ohada.org/traite-ohada-consolide-traites-1993-et-2008-combines.htm>> (Acesso em 13 jan. 2016)