

RICARDO RAMALHO ALMEIDA

**Determinação do direito aplicável na arbitragem comercial
internacional, na ausência de escolha pelas partes**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Paulo Borba Casella

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

RICARDO RAMALHO ALMEIDA

Determinação do direito aplicável na arbitragem comercial internacional, na ausência de escolha pelas partes

Versão original

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação do Professor Titular Dr. Paulo Borba Casella.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

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

Almeida, Ricardo Ramalho

Determinação do direito aplicável na arbitragem comercial internacional, na ausência de escolha pelas partes ; Ricardo Ramalho Almeida ; orientador Paulo Borba Casella -- São Paulo, 2022.

238 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Arbitragem comercial internacional. 2. Direito internacional privado. 3. Conflito de leis. 4. Lex mercatoria. 5. Ordem pública. I. Casella, Paulo Borba, orient. II. Título.

A Magda, João Vítor e Eleonora

AGRADECIMENTOS

A Magda, minha maior incentivadora, por seu inestimável, altruísta e amoroso apoio, decisivo para que esta tese tenha sido possível.

Aos ilustres professores do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, especialmente aos queridos mestres Paulo Borba Casella, André de Carvalho Ramos, Gustavo Ferraz de Campos Monaco, José Augusto Fontoura Costa e Geraldo Miniuci Ferreira Júnior.

À querida amiga e antiga professora, Nadia de Araujo.

À querida Lidia Spitz, que gentilmente leu esboço da tese e fez pertinentes observações.

RESUMO

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Determinação do direito aplicável na arbitragem comercial internacional, na ausência de escolha pelas partes. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

A tese parte da constatação da existência, hodiernamente, de um indesejável estado de insegurança jurídica relativamente ao direito aplicável à resolução do litígio, quando não existe escolha pelas partes. De fato, o direito positivo interno e internacional e os regulamentos de entidades arbitrais contêm escassa regulação da hipótese, relegando à livre apreciação do árbitro a determinação das regras de direito aplicáveis. Para tanto, são comumente adotados os métodos denominados *voie directe* (via direta) e *voie indirecte* (via indireta) e, ainda, a aplicação do direito que apresentar os vínculos mais próximos com o litígio. A tese analisa as especificidades das relações entre arbitragem comercial internacional e direito internacional privado, tendentes à autonomização da primeira relativamente ao segundo. São estudadas as soluções disponíveis nos direitos internos e no direito internacional para o conflito de leis em matéria de obrigações contratuais, incluindo a análise da *lex mercatoria* e da *soft law* e do papel das normas de aplicação imediata e do princípio da ordem pública. A partir das premissas assim estabelecidas, almeja a tese propor um método conflitual específico para a arbitragem comercial internacional, condizente com a natureza e características desse modo de resolução de litígios, porém fundado nos princípios da ciência do conflito de leis. Em conclusão, propõe-se um conjunto de orientações de que se pode valer o árbitro internacional, com a previsibilidade e segurança jurídica possíveis nesse contexto, para determinar as regras de direito aplicáveis à resolução do litígio.

Palavras-chave: Arbitragem comercial internacional. Direito internacional privado. Conflito de leis. *Lex mercatoria*. *Soft law*. Ordem pública. Normas de aplicação imediata. Direito aplicável aos contratos internacionais.

ABSTRACT

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Determination of the applicable law in international commercial arbitration, in the absence of party choice. 2022. Thesis (Doctorate in Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

The thesis takes as a starting point the finding that there is currently an undesirable state of uncertainty as to the law applicable to the resolution of the dispute, when there is no choice by the parties. In fact, the domestic and international law and the rules of arbitral entities contain little regulation of the matter, deferring to the discretion of arbitrators the determination of the applicable rules of law, as per the methods called *voie directe* (direct way), *voie indirecte* (indirect way) and, also, the application of the law that is most closely connected to the dispute. The thesis analyzes the specificities of the relations between international commercial arbitration and private international law, which tends to the autonomy of the former in relation to the latter. The solutions available in domestic and international law for the conflict of laws on contractual obligations are studied, including the analysis of *lex mercatoria* and soft law, as well as the role of norms of immediate application (internationally mandatory rules) and the principle of public policy. Building on the bases thus established, the thesis aims to propose a specific conflictual method suitable for international commercial arbitration, coherent with the nature and characteristics of such dispute resolution method but founded on the principles of conflict of laws. In conclusion, guidelines are proposed to be used by the international arbitrator, with the predictability and legal certainty that is possible in this context, to establish the rules of law applicable to the resolution of the dispute.

Keywords: International commercial arbitration. Private international law. Conflict of laws. *Lex mercatoria*. Soft law. Public policy. Norms of immediate application (mandatory rules). Law applicable to international contracts.

RESUMÉ

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Détermination du droit applicable en l'arbitrage commercial international, faute de choix par les parties. 2022. Thèse (Doctorat en Droit) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2022.

La thèse prend comme point de départ le constat qu'il existe actuellement un état indésirable d'insécurité juridique quant à la loi applicable à la résolution du litige, lorsqu'elle n'a pas été choisie par les parties. En fait, les droits nationaux et internationaux et les règlements des institutions arbitrales contiennent peu de dispositions pour régler l'hypothèse, remettant la détermination des règles de droit applicables à la discrétion des arbitres, selon ce que l'on appelle la *voie directe*, ou la *voie indirecte* et, aussi, par l'application de la loi la plus étroitement liée au différend. La thèse analyse les spécificités des relations entre l'arbitrage commercial international et le droit international privé, qui tendent à l'autonomie du premier par rapport au second. Sont étudiées les solutions disponibles en droit interne et international pour le conflit de lois sur les obligations contractuelles, y compris l'analyse de la *lex mercatoria* et du *soft law*, ainsi que le rôle des normes d'application immédiate et le principe de l'ordre public. Sur les bases ainsi établies, la thèse essaie de proposer une méthode conflictuelle spécifiquement adaptée à l'arbitrage commercial international, cohérente avec la nature et les caractéristiques de cette méthode de règlement des différends, mais fondée sur les principes de la théorie du droit des conflits. En conclusion, il est proposé à l'arbitre international d'utiliser un ensemble de lignes directrices, avec la prévisibilité et la sécurité juridique possibles dans ce contexte, pour déterminer les règles de droit applicables à la solution du litige.

Mots-clés: Arbitrage commercial international. Droit international privé. Conflit des lois. *Lex mercatoria*. *Soft law*. Ordre public. Normes d'application immédiate (lois de police). Droit applicable aux contrats internationaux.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	19
1.1 A arbitragem internacional e o direito aplicável à resolução do litígio.	19
1.2 Objeto desta tese.	28
1.3 Organização da tese e notas sobre a metodologia científica nela empregada.....	31
2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL, SUA EVOLUÇÃO E SITUAÇÃO ATUAL.....	39
2.1 Motivos para a omissão das partes quanto à escolha do direito aplicável.....	39
2.2 Caráter aberto das regras positivas internas e internacionais sobre a conduta do árbitro perante a ausência de escolha do direito pelas partes.	43
2.3 Excessiva discricionariedade dos árbitros.	50
2.4 Necessidade de tratamento doutrinário do vácuo normativo.	52
2.5 Premissas da presente tese e a evolução das relações entre direito internacional privado e arbitragem comercial internacional.	58
3 A TENDÊNCIA À AUTONOMIA DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL.	71
3.1 A hipótese de um sistema autônomo de arbitragem comercial internacional e sua crítica.....	71
3.2 A arbitragem comercial internacional perante os sistemas de direito internacional privado dos Estados.....	87
3.3 A relatividade especial da posição do árbitro internacional quanto aos ordenamentos jurídicos estatais potencialmente aplicáveis.	107

3.4 A especial conformação das questões de direito internacional privado no contexto da arbitragem comercial internacional.	111
4 AS SOLUÇÕES PARA O CONFLITO DE LEIS EM MATÉRIA CONTRATUAL.....	129
4.1 As regras de conexão mais comuns e seus fundamentos, nas perspectivas do legislador e do árbitro.....	129
4.2 As regras de conexão adotadas em convenções de direito internacional privado e a hipótese de que constituam princípios gerais da disciplina.	140
4.3 Regras especiais que visam a escopos materiais: <i>favor validitatis</i> ou <i>favor negotii</i> , <i>better law approach</i>	153
4.4 Aplicabilidade excepcional da <i>lex mercatoria</i> e da <i>soft law</i>	157
4.5 Restrições à liberdade das partes e dos árbitros: normas de aplicação imediata e ordem pública.	172
5 PROPOSTA DE UM MÉTODO PARA A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL, NA AUSÊNCIA DE ESCOLHA PELAS PARTES.	183
5.1 Retorno aos fundamentos: os princípios da submissão voluntária, autonomia da vontade e tutela da legítima expectativa.....	183
5.2 Continuação: reconhecimento de vínculos significativos entre situações fáticas e regras de direito material.	192
5.3 Diretrizes para a determinação, pelo árbitro, das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio.....	199
6 CONCLUSÃO.....	211
7 REFERÊNCIAS.	213

1 INTRODUÇÃO.

1.1 A arbitragem internacional e o direito aplicável à resolução do litígio.

A arbitragem é considerada o principal meio de resolução de litígios do comércio internacional,¹ inclusive em comparação com a solução judicial de litígios transfronteiriços empresariais. Excetuadas algumas áreas específicas,² é usual que contratos comerciais internacionais contem com cláusula compromissória, geralmente prevendo arbitragem administrada por instituição especializada, a chamada arbitragem institucional. Essa preponderância é consequência – e ao mesmo tempo causa, em círculo virtuoso – do sempre crescente acolhimento da arbitragem pelas legislações nacionais dos mais diversos países do mundo,³ inclusive mediante a internalização de tratados internacionais, notadamente a Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque em 1958 (doravante “CNI-1958”), e da adoção de legislação inspirada na Lei-Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional.

O *status* da arbitragem como método predominante para a resolução de litígios comerciais internacionais é resultado de décadas de consolidação e maturação do instituto, com o concurso de importantes organizações internacionais, além de um

¹ Vide BROZOLO, 2011, p. 664; GAILLARD, 2010a, p. 42; TIBURCIO, 2004, p. 745; JUENGER, 2000a, p. 472. A título de exemplo, note-se que as estatísticas referentes à solução de litígios que envolvam a aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Cisg, firmada em Viena em 1980, apontam para a utilização da arbitragem em mais de 70% das controvérsias relacionadas à aplicação desse tratado internacional (POTSCH, 2017, p. 544). Alain Goulene e Jean-Baptiste Racine observam que “as partes em um contrato internacional (...) sabem que o recurso ao juiz estatal é insatisfatório para a proteção de seus interesses e preferem recorrer à arbitragem” (1999, p. 284). Também observam Nadia de Araujo e Lauro da Gama e Souza Jr. (2003, p. 70) que a arbitragem “permite aplicação mais internacionalizada e flexível do direito, amoldando-se melhor que a solução judicial às necessidades dos atores envolvidos nesse complexo ramo de atividade”, inclusive por proporcionar a “emergência de um direito com normas específicas, adequadas às necessidades, práticas, aos usos e costumes do comércio internacional”.

² Por exemplo, em contratos de financiamento e empréstimo e seus pactos acessórios de garantia é comum ser inserida cláusula de eleição de foro, eventualmente conjugada com cláusula compromissória opcional para o credor. Nesse tipo de contrato, a maior preocupação do credor é a eficácia executiva, que, a depender do regramento processual e material aplicável, pode ser melhor em juízo do que em arbitragem.

³ Como exemplo de modernas leis de arbitragem comercial internacional sancionadas no continente sul-americano em época relativamente recente, vide a Lei nº 19.636, de 13.07.2018, do Uruguai, e a Lei nº 27.449, de 04.07.2018, da Argentina.

corpus de doutrina criado por influentes juristas e acatado pela jurisprudência, bem como, principalmente, da prática reiterada dos atores do comércio internacional.⁴ A quase universal aceitação e ratificação da CNI-1958⁵ permite, nesse contexto, a ampla circulação transfronteiriça de sentenças arbitrais, ao somente admitir defesas e objeções bem delimitadas e fundadas em reduzido número de patologias do processo arbitral ou da convenção de arbitragem, geralmente interpretadas de forma estrita pelo poder judiciário dos Estados.⁶

Como se sabe, a arbitragem é um modo alternativo de solução de litígios, autorizado e regulado em lei, que se vale da autonomia negocial das partes para a criação de jurisdição privada – e conseqüente exclusão da jurisdição estatal – relativamente a controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis ou, em algumas jurisdições, direitos patrimoniais *tout court*.⁷ Essas características, com

⁴ Em sentido similar, anota João Luiz Lessa Neto (2016, p. 71) que “[o] desenvolvimento do direito da arbitragem como se conhece hoje dependeu, em grande medida, do trabalho da doutrina e dos esforços de algumas entidades privadas, como a Câmara de Comércio Internacional. Antes do surgimento das legislações mais recentes e modernas sobre o tema, foram os doutrinadores arbitralistas que impulsionaram a difusão e uso do instituto. Mesmo no Brasil esse parece ter sido o caso, como se vê de diversos relatos sobre a ‘operação arbitrer’ lançada para a aprovação da atual Lei de Arbitragem”.

⁵ O número de países que ratificaram a CNI-1958 é atualmente de 170 (fonte: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2; acesso em: 08.05.2022).

⁶ Acrescente-se que a exceção de ordem pública – cláusula corretiva mais notória na cooperação jurídica internacional, ramo do direito internacional privado que se ocupa, entre outros temas, da circulação internacional de sentenças – é aplicada restritivamente pela grande maioria dos Estados nacionais que ratificaram a CNI-1958, adotando-se o conceito de ordem pública internacional, vale dizer, aquela que, por oposição à ordem pública interna, tem aplicação mais restrita, por ser tolerante face a situações jurídicas internacionalmente conectadas e, especialmente, direitos adquiridos e situações consolidadas no exterior.

⁷ Por exemplo, na Suíça, conforme artigo 177, alínea 1, da Lei de Direito Internacional Privado de 1987. Observe-se que, no Brasil, o legislador deu um passo em direção à patrimonialidade como fundamento único da arbitrabilidade objetiva, pois o Código Civil de 2002, em seu artigo 852, referiu-se apenas ao requisito da “estrita patrimonialidade”, dispensando a referência à disponibilidade do direito litigioso. No que se refere à disponibilidade, observe-se que a celebração de convenção de arbitragem é notoriamente *menos* do que uma transação, pois quem escolhe arbitragem não está dispondo substancialmente sobre seus direitos, mas apenas elegendo um meio de resolução do litígio considerado pelas partes como mais adequado ao caso concreto. Já a transação – contrato típico regulado no Código Civil – implica, necessariamente, concessões recíprocas sobre o direito substancial de ambas as partes, o que de modo algum ocorre na submissão à arbitragem. Assim, vê-se que o requisito da patrimonialidade, considerado isoladamente, é o mais adequado à natureza mesma da arbitragem, sendo certo que ao se exigir, adicionalmente, a disponibilidade, a doutrina e a jurisprudência ocuparam-se de desenvolver as noções de indisponibilidade absoluta *versus* relativa, visando a flexibilizar entendimentos tradicionais sobre o tema e, assim, possibilitar a expansão do campo da arbitrabilidade em direção à preponderância da patrimonialidade dos direitos litigiosos como única e suficiente condição para a viabilidade jurídica da submissão à arbitragem, sob a ótica da arbitrabilidade objetiva.

ligeiras variações de linguagem e escopo nos tratados internacionais e legislações nacionais, definem universalmente a arbitragem.

A jurisdição arbitral – poder-dever atribuído a um terceiro imparcial, não vinculado ao Estado, de decidir litígios de forma impositiva – tem sempre origem em ato privado e negocial,⁸ sendo certo que, em se tratando de arbitragem comercial internacional,⁹ o campo de atuação da autonomia privada será ainda mais amplo, pois envolverá a possibilidade de escolha, pelas partes, da lei nacional ou das regras de direito não-estatais aplicáveis ao contrato e à solução da controvérsia, como expressão da *lex voluntatis*, que é uma das manifestações contemporâneas do princípio da proximidade.¹⁰

Sem adentrar na complexa discussão sobre se o fundamento da autonomia da vontade no direito internacional privado se situaria em momento pré-estatal, como

⁸ Mesmo no caso de arbitragem determinada por lei ou edital (em concorrências públicas, por exemplo), a submissão da parte a esse modo privado de resolução de litígios decorrerá de ato negocial com origem na autonomia privada: no caso, a submissão voluntária ao negócio jurídico que contém a cláusula compromissória e a adesão ao edital público que a prevê.

⁹ Adota-se, neste trabalho, uma definição ampla de arbitragem comercial internacional, como aquela que diz respeito a uma operação econômica internacional. A presença de um ou mais elementos que ensejem a vinculação do negócio jurídico a mais de uma jurisdição – os chamados vínculos de estraneidade –, podendo ser tais elementos o domicílio, a residência habitual ou o estabelecimento das partes, o local de celebração e/ou execução do contrato, o local e moeda de pagamento, o local de emissão de garantias, etc., é o indicador usual da internacionalidade da arbitragem. Sobre as diversas modalidades de arbitragem e suas distinções, vide BAPTISTA, 2011, p. 41-61, e ZANELATO, 2020, p. 28-39. O conceito de arbitragem internacional aqui empregado pode-se dizer análogo ao conceito de contrato internacional, tema a cujo respeito se remete a STRENGER, 2003; GLITZ, 2014; SANTOS JÚNIOR, 2005; ALMEIDA, 2017. Ainda sobre a importância da distinção entre arbitragem interna e internacional, inclusive à luz do direito brasileiro, onde notoriamente inexistente previsão legal quanto a tal distinção, embora seja ela incontornável, veja-se VERÇOSA, 2006. Sobre a discussão do tema no direito francês, de onde se originou a percepção de sua relevância e seu desenvolvimento teórico, vide FOUCARD, 2007 [1970].

¹⁰ “[H]avendo escolha pelas partes contratantes, pode-se considerar a lei por elas selecionada como uma manifestação sobre o sistema jurídico que consideram o mais próximo à sua transação, de forma que a aceitação da escolha representa outra maneira de consagrar o princípio da proximidade” (DOLINGER, 2007, p. 77, nota 85, e p. 291-292; ver também p. 545). Anota Ivo de Paula Medaglia (2016, p. 164) que “[a]tualmente, a pertinência de que a liberdade das partes prepondera enquanto critério determinante do direito aplicável aos contratos internacionais encontra diversos argumentos de ordem prática, inerentes às próprias peculiaridades das relações transfronteiriças, especialmente em matéria obrigacional. Alguns dos argumentos mais difundidos pela doutrina em favor da liberdade das partes são: a conveniência das partes, enquanto melhores conhecedoras das peculiaridades do negócio celebrado e das normas mais apropriadas ao contrato e às eventuais controvérsias dele decorrentes; a virtual neutralidade do direito escolhido pelas partes, podendo ser um direito diferente daqueles vigentes nos países de cada uma das partes; a maior segurança e previsibilidade de eleição prévia de um direito pelas partes, as quais não dependerão da aplicação de regras de direito internacional privado potencialmente variáveis, a depender do foro (...)”.

direito inato ou natural do homem, ou se seria dependente de previsão no ordenamento jurídico positivo,¹¹ fato é que a autonomia das partes na escolha do direito aplicável em matéria obrigacional e contratual é reconhecida em quase todo o mundo,¹² apesar de algumas poucas ilhas de resistência.

O Brasil, notadamente, é apontado por parte majoritária da doutrina,¹³ desde a promulgação da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (redesignada como “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” pela Lei nº 12.376/2010, doravante referida como “LINDB”), como país que não permitiria o exercício da autonomia da vontade na escolha da lei de regência das obrigações contratuais, situação que causa danos à percepção estrangeira do Brasil como ambiente de negócios.¹⁴

Essa interpretação decorre de uma leitura cautelosa da literalidade do artigo 9º da Lei, em confronto com o artigo 13 da anterior Introdução ao Código Civil de 1916, que continha a ressalva “salvo estipulação em contrário”, abrindo campo para a autonomia da vontade. Atualmente, após décadas de acirrada controvérsia doutrinária

¹¹ Sobre o tema, vide BASEDOW, 2016, p. 38-39; DOLINGER, 2007, p. 65-69; PEARI, p. 69-78. Na base da reflexão filosófica sobre tais temas na teoria geral do direito situa-se a obra de Kant *Metafísica dos Costumes*, notadamente sua primeira parte, intitulada “Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito” (KANT, 2013 [1797]).

¹² KASSIR, 2019, p. 146; ARAUJO, 2020, p. 369; GAMA, 2020, p. 104-105; HAYWARD, 2017, p. 13; JUENGER, 2000a, p. 464; DANILOVICZ, 1986, p. 281; MANIRUZZAMAN, 1999, p. 162-163.

¹³ Vide referências e discussão da evolução da questão da autonomia da vontade no Brasil em ARAUJO, 2020, p. 384 e ss., RAMOS; GRAMSTRUP, 2016, p. 188 e ss., SOUZA JR., 2006, RODAS, 1995, p. 27 e ss. Anota Nadia de Araujo (ARAUJO, 2020, p. 388) que “[n]o exterior, a normativa brasileira é vista com cautela, sendo considerada ultrapassada em relação aos países em que a autonomia da vontade está em primeiro lugar. A postura do país traz consequências nefastas para os negócios concluídos no âmbito do Mercosul e demais negócios transnacionais, porque ao se sopesar o ‘custo Brasil’, os contratantes levam em conta a certeza ou incerteza jurídica das regras internas. Para muitos acadêmicos estrangeiros, nossas regras de DIPr são incompatíveis com o papel que queremos desempenhar no mercado internacional”. Para Lauro da Gama e Souza Jr. (2006), a previsão constitucional do valor social da livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º) e da ordem econômica (art. 170) tem como corolário a proteção constitucional da autonomia da vontade no direito internacional privado, que deve prevalecer sobre a interpretação da obrigatoriedade legal da regra de conexão *lex loci contractus* estipulada no art. 9º da LINDB, pois não se pode deduzir de uma norma de nível infraconstitucional uma vedação à plena atuação de um princípio superior, de assento constitucional.

¹⁴ A título de exemplo, BORN e KALELIOGLU (2021, p. 67), referindo-se a Brasil, Bolívia, Colômbia e Uruguai (de forma desatualizada, ao menos no que respeita a Brasil e Uruguai, como se verá), afirmam que “algumas poucas nações (uniformemente aquelas sem uma história de atividades comerciais significativas) alegadamente não reconhecem efeitos a acordos internacionais de escolha da lei” (“[a] few nations (uniformly those without a history of significant trading activities) arguably do not give effect to international choice-of-law agreements”). *Observe-se que todas as traduções constantes desta tese são do autor, exceto quando indicado de forma diversa.*

e escassa contribuição jurisprudencial, essa concepção mais cautelosa não tem sido prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), como exemplificam decisões proferidas no recurso especial nº 1.280.218, em 21.06.2016,¹⁵ no agravo interno no recurso especial nº 1.343.290, em 20.08.2019,¹⁶ e, mais recentemente, no recurso especial nº 1.850.781, julgado em 28.09.2021, em que constou do voto do relator (p. 10 do acórdão) o seguinte entendimento:

Cumprе ressaltar que, em contratos internacionais, é admitida a eleição de legislação aplicável, sobretudo naqueles de natureza patrimonial, mesmo porque, nessas avenças, a autonomia da vontade possui especial proteção, ressaltando-se eventual afronta à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

No que respeita à arbitragem internacional, a liberdade das partes é amplamente reconhecida, sem controvérsias, no Brasil como no resto do mundo,¹⁷⁻¹⁸ abrindo-se à autonomia privada em várias direções.¹⁹ Primeira, pela liberdade mesma

¹⁵ Lê-se na ementa desse aresto, julgado por unanimidade pela 3ª Turma daquele Tribunal e relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze: “(...) 2. Em contratos internacionais, é admitida a eleição de legislação aplicável, inclusive no que tange à regulação do prazo prescricional aplicável. Prescrição afastada, *in casu*, diante da aplicação do prazo previsto na lei contratualmente adotada (lei do Estado de Nova Iorque – Estados Unidos da América) (...)”.

¹⁶ Acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, em cuja ementa se lê: “3. Celebrado contrato de empréstimo internacional (mútuo) entre empresas estrangeiras, constando como devedor solidário nacional residente no Brasil, sendo regido pela legislação do local de sua celebração, qual seja, Ilhas Cayman. 4. A autonomia da vontade possui especial proteção nas relações contratuais internacionais de natureza patrimonial, ressalvada afronta à soberania nacional, ordem pública e bons costumes”. Ressalve-se que nesse caso específico houve coincidência entre a lei do local da celebração do contrato e a lei escolhida pelas partes, ambas Cayman.

¹⁷ Como informa a HCCH (2007, p. 7), em *feasibility study* que precedeu a elaboração dos Princípios da Haia sobre a Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais (2015), a autonomia da vontade é reconhecida por virtualmente todas as leis e regulamentos de arbitragem do mundo.

¹⁸ Registre-se que diversos Estados promulgaram legislação específica para a arbitragem internacional, distinta da lei de arbitragem interna, concedendo à primeira maior liberdade, em linha com os padrões internacionalmente prevalecentes. Por exemplo, as já mencionadas leis de arbitragem internacional da Argentina e do Uruguai permitem o exercício da autonomia da vontade das partes quanto ao direito aplicável à substância do litígio, respectivamente em seus artigos 28 e 79. No caso do Uruguai, tratava-se, até recentemente, de país que, no que respeita ao direito internacional privado geral, subordinava a possibilidade de exercício da autonomia da vontade à permissão eventualmente existente na lei do local de cumprimento do ato, conforme dispunha o artigo 2.399 do Apêndice ao Título Final do respectivo Código Civil. Por isso, esse país era frequentemente apontado, juntamente com o Brasil e alguns países do mundo árabe, como refratário à autonomia da vontade nos contratos internacionais (v.g., BASEDOW, 2016, p. 18; vide, sobre a evolução na América Latina, CUNIBERTI; GONZÁLEZ, 2020). No entanto, a legislação uruguaia de direito internacional privado foi completamente modernizada pela promulgação, em 16.12.2020, da Lei nº 19.920, “Ley general de derecho internacional privado”, cujo artigo 45 admite expressamente a autonomia da vontade das partes em matéria contratual. Vide <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020>, acesso em 04.06.2022.

¹⁹ Para Julian Lew (1977, p. 156), a autonomia privada é “taken for granted” na arbitragem comercial internacional.

de se afastar eventuais litígios de qualquer jurisdição estatal, elegendo a solução pela via arbitral. Segunda, pela possibilidade de livre escolha da lei nacional ou das regras de direito não estatais regedoras da relação jurídica entre as partes. Terceira, pela liberdade de regulação do procedimento arbitral, observadas as normas cogentes da lei do local da arbitragem (*lex arbitri*).²⁰ Quarta, pela liberdade de escolher o local da arbitragem (a sua “sede” e, a partir daí, a *lex arbitri* que lhe corresponde). Quinta, pela liberdade de escolha da lei de regência da convenção de arbitragem – questão que não se confunde necessariamente com a da lei de regência do contrato ou a aplicável à resolução do litígio. Sexta, pela livre escolha dos árbitros²¹ e da instituição administradora do procedimento arbitral, ou mesmo de opção pela arbitragem *ad hoc*. Sétima, pela possibilidade de autorizar os árbitros a decidir *ex æquo et bono*, ou seja, por equidade, sem estrita vinculação às soluções de direito material prescritas em lei, além de outras liberdades legalmente asseguradas às partes e que dão ao instituto da arbitragem seus traços característicos e lhe proporcionam atratividade, na comparação com a resolução judicial de litígios.

No que mais de perto interessa à presente tese, cabe observar que é muito comum que os contratos do comércio internacional que contemplam a solução de litígios por arbitragem contenham, também, cláusula de eleição do direito aplicável, designadora de uma determinada lei nacional para sua regência ou, menos frequentemente, de algum regramento internacional de *soft law* (v.g., Princípios Unidroit Aplicáveis aos Contratos Internacionais do Comércio, condições Fidic aplicáveis a contratos de construção, engenharia e fornecimentos *turn-key*, etc.), ou convenção de direito material uniforme passível de *opt-in*,²² ou, ainda mais

²⁰ Uma nota terminológica: registra Emmanuel Gaillard (2010a, p. 20, nota 58) que a expressão *lex arbitri* (“lei do árbitro”) é consagrada internacionalmente na doutrina e na prática, embora, no seu entender, a expressão mais correta fosse *lex arbitrii* (“lei da arbitragem”). Não obstante, optou o referido autor por empregar a primeira, o que também se adota nesta tese.

²¹ Em prol da simplicidade, neste trabalho se emprega o termo “árbitros” como designador igualmente das árbitras e dos tribunais arbitrais (colegiados de três ou mais árbitros).

²² Por exemplo, no que respeita à Cisg, que é a mais importante convenção internacional de direito uniforme no domínio do direito do comércio internacional, embora não exista previsão expressa de *opt-in*, mas apenas de *opt-out*, tampouco há proibição, sendo a possibilidade do *opt-in* aceita como consequência inerente à própria autonomia da vontade das partes (sobre o tema, vide BENETI, 2021, p. 161-171; MENEZES; CARVALHO, 2018, AUDIT; D’AVOUT, 2011, p. 1.162), sendo certo, ainda, como lembram Paulo Borba Casella e Willi Sebastian Künzli (2013, p. 235), que a Cisg pode ser adotada por partes não estabelecidas em Estados contratantes por intermédio da escolha da lei de regência do contrato, em razão do disposto no artigo 1º, 1(b) da Convenção, devendo as partes que

esporadicamente, alguma fórmula designadora de princípios gerais prevalecentes no direito do comércio internacional (*v.g.*, a *lex mercatoria*, genericamente considerada, ou os princípios gerais do direito do comércio internacional).²³ Essas últimas opções resultam de uma rejeição à regulação da relação jurídica por um determinado ordenamento jurídico estatal,²⁴ seja porque as partes consideram existir uma vantagem para uma delas na adoção da lei que lhe corresponda – o que não necessariamente será uma realidade –, seja por um receio de idiosincrasias e paroquialismos de determinadas leis nacionais, seja ainda por desejarem que o julgador recorra o mínimo possível a regras jurídicas positivas estranhas ao pactuado pelas partes no próprio texto contratual.²⁵

desejam assim proceder verificar se o país em questão não está entre os que, valendo-se da faculdade prevista no artigo 95 da Convenção, formularam reserva à disposição anteriormente mencionada, entre os quais países importantes para o comércio internacional, como E.U.A. China e Singapura.

²³ Referindo-se, em geral, às fontes internacionais do direito do comércio internacional, anota Sven Schilf (2015, p. 235) que “[p]rincípios gerais contratuais básicos não pretendem ser mais nada do que uma parte geral da codificação de um direito contratual internacional, podendo-se encontrar as regulamentações relativas aos tipos contratuais específicos nas convenções estatais já existentes, como por exemplo, os do direito da venda internacional de mercadorias, do *factoring* ou do *leasing*. Ademais, no âmbito das transações internacionais, as partes tendem a criar regulamentos completos de suas relações contratuais, de maneira que, quanto à maioria das questões específicas, já existe um direito contratual instituído pelas partes”.

²⁴ Uma alternativa à regulação do contrato por instrumentos de *soft law* ou por princípios gerais da *lex mercatoria* é a adoção de princípios e regras de direito material comuns aos ordenamentos jurídicos de origem de ambas as partes contratantes, em conformidade com a doutrina denominada “*tronc commun*”, o que entretanto pode resultar em uma escolha lacunosa, pois dificilmente os dois ordenamentos jurídicos envolvidos serão idênticos em sua regulação material das questões jurídicas relevantes para a relação contratual das partes. Não obstante foi esse o critério adotado no contrato de construção do túnel ferroviário que liga a Inglaterra à França sob o canal da Mancha (vide transcrição da respectiva cláusula em MANIRUZZAMAN, 1999, p. 167, escolhendo “os princípios comuns tanto à lei inglesa quanto à francesa e, na falta desses princípios comuns, os princípios do direito do comércio internacional tais como têm sido aplicados pelos tribunais nacionais e internacionais”). Ademais, embora possa parecer atraente quando as partes não querem ceder à escolha da lei nacional da parte contrária, a doutrina do *tronc commun* torna extremamente custosa e complexa a definição do direito aplicável, pois, como notaram Redfern e Hunter (BLACKABY; PARTASIDES, 2015, p. 203, § 3.151), no caso do *Channel Tunnel*, “a busca por princípios comuns aos direitos inglês e francês significou que, para cada disputa surgida no âmbito do contrato de construção – e foram muitas – equipes de advogados franceses e ingleses, de cada lado, precisaram determinar qual seria a resposta provável sob os princípios aplicáveis de suas próprias leis, para depois descobrir em que medida, se fosse o caso, esses princípios seriam comuns a ambos os sistemas jurídicos” (“The search for common principles of English and French law meant that, for each dispute that arose under the construction contract – and there were many – teams of French and English lawyers on each side had to determine what the answer was likely to be under the applicable principles or their own law and then work out to what extent, if at all, there principles were common to both systems of law”).

²⁵ Na opinião de Luca Radicati di Brozolo (2016, p. 15), ao contrário do que usualmente se imagina, partes sofisticadas, em contratos complexos, preferirão escolher um direito nacional, especialmente se se tratar de ordenamento jurídico notavelmente desenvolvido, que conte com doutrina e jurisprudência bem estabelecidas sobre as possíveis questões jurídicas relevantes para um eventual litígio.

Essa é, ressalte-se, a principal especificidade conceitual do contrato internacional em comparação com o contrato interno,²⁶⁻²⁷ a saber, a possibilidade de escolha da lei ou das normas jurídicas²⁸ aplicáveis à relação jurídico-contratual e à resolução de eventuais litígios dela decorrentes, juntamente com a possibilidade de escolha da jurisdição internacionalmente competente²⁹ ou de subtração de tal competência a todas as jurisdições estatais que se pretendam competentes, mediante a pactuação de cláusula compromissória para submissão de eventuais litígios à jurisdição privada de árbitros.³⁰

Não obstante, é efetivamente possível, com frequência não excepcionalmente rara, que as partes se omitam em exercer a faculdade de escolha da lei nacional ou de regras de direito não-estatais aplicáveis, o que gera incerteza e instabilidade no regramento da relação contratual.

Obviamente, situações jurídicas conectadas a mais de um ordenamento jurídico são passíveis de soluções materialmente distintas, a depender tanto do

²⁶ BAPTISTA, 2008a, p. 91.

²⁷ Registre-se que o fato de a Lei nº 9.307/96 não distinguir entre arbitragem interna e internacional levou parte da doutrina a considerar que a mesma liberdade reconhecida à última deveria ser aplicável, em todos os seus aspectos – inclusive quanto à escolha da lei de regência da convenção de arbitragem e do contrato e das regras de direito aplicáveis à solução do litígio –, também à arbitragem interna ou doméstica. Essa possibilidade gera uma certa perplexidade, em razão das distintas naturezas do contrato de direito interno e do contrato internacional, pois apenas o último apresenta conexão com mais de uma jurisdição e, portanto, tem natural exposição ao conflito entre ordenamentos jurídicos materiais potencialmente competentes. Sobre o tema, indaga Paulo Borba Casella (2006, p. 741) se se teria “adiantado excessivamente o novo diploma legal [Lei nº 9.307/96], instaurando diversidade de regência legal, conforme se trate de cláusula arbitral ou de eleição de foro judicial, mesmo em contratos regidos pelo direito interno?”, respondendo em seguida que “isso poderia se afigurar excessivo e descabido”. Não obstante, a distinção entre arbitragem interna e internacional parece ter sido deliberadamente evitada pelo legislador, podendo ser interpretada como outorga de suficiente latitude para que, em contratos puramente internos, adotem-se como critério de decisão os princípios gerais de direito, os usos e costumes e as regras internacionais de comércio, às quais remete o § 2º do artigo 2º da Lei, pois, como observa o mesmo jurista, “[s]endo menos provável a adoção de direito estrangeiro em arbitragens nacionais, a solução e a melhor possibilidade seriam normas neutras, de caráter internacional, desvinculadas de ordenamentos nacionais” (id., p. 746).

²⁸ Observe-se que, ao se falar em “lei”, alude-se ao ordenamento jurídico de um Estado; já ao se falar em “normas” ou “regras” de direito, está-se falando de regras e princípios gerais não estatais do direito do comércio internacional, notadamente aqueles instituídos ou reconhecidos por organismos internacionais.

²⁹ Cf., no Brasil, artigo 25 do Código de Processo Civil.

³⁰ Acrescente-se às “várias incertezas e temores que rondam as operações econômicas internacionais” o problema da “eficácia das decisões obtidas em um juízo nos tribunais de outros países” (PINHEIRO, 2021, p. 328), que é consideravelmente mitigado na arbitragem, em razão da grande aceitação da CNI-1958.

método de escolha da lei aplicável, quanto do regramento material do ordenamento de regência da situação jurídica, ao qual a norma conflitual remete. Os juízes de cada Estado nacional, ao se verem diante de um litígio pluriconectado para cujo julgamento tenham jurisdição, devem aplicar à respectiva resolução as normas de direito internacional privado vigentes em seus respectivos ordenamentos, a saber, o direito positivo de conflito de leis do seu sistema – no Brasil, as normas constantes da LINDB, na ausência de tratado ou convenção aplicável. Note-se que as normas de direito internacional privado de um determinado ordenamento jurídico são consideradas modernamente como de direito público,³¹ sendo sua observância obrigatória para o juiz vinculado àquele sistema.³²⁻³³

Já na arbitragem comercial internacional, a *démarche* do árbitro perante as normas de direito internacional privado é muito diferente. *E aqui se situa o específico tema objeto desta tese, como se verá a seguir.*

³¹ O que, ressalve-se, não é sinônimo de normas cogentes, pois as regras de direito internacional privado, em alguns casos – e notadamente no direito obrigacional –, podem ser derogadas pela vontade das partes. De todo modo, a inclusão da disciplina do DIPr no campo do direito público não é pacífica, havendo autores que o consideram um ramo do direito privado e outros que julgam tal distinção ultrapassada, pois “com a intervenção maior do Estado na vida social, a dicotomia ‘direito público x direito privado’ perdeu força, pois há valores e direitos humanos indisponíveis a serem protegidos inclusive nas relações entre os particulares” (RAMOS, 2018, p. 79).

³² Nesse sentido, no Brasil, todos os projetos de lei de reforma da LINDB, a saber, o projeto de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas baseado no Anteprojeto de Haroldo Valladão, de 1964, o Projeto de Lei nº 4.905, de 1995 e o Projeto de Lei do Senado nº 269, de 2004, previram que o juiz deve aplicar de ofício a lei estrangeira designada pela regra de conexão aplicável. A mesma obrigação se depreende do artigo 2º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, que dispõe, na primeira parte do *caput*, que “[o]s juízes e autoridades dos Estados-Partes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro, tal como o fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável (...)”.

³³ Registra George Bermann (2017, p. 255) que “a fonte das regras de conflito de leis no contencioso judicial nacional é direta, devido ao consenso de que o juiz aplica as regras de conflito de leis do fórum, quaisquer que sejam. Embora a escolha da lei por definição contemple negócios ou relações plurijurisdicionais, a lei que determina a escolha da lei no contencioso internacional permanece sendo essencialmente interna e, na falta de uma convenção internacional sobre conflito de leis, é determinada unilateralmente pelos Estados (ou pelos seus tribunais)” (“The source of choice of law rules in national court litigation is straightforward, due to the consensus that a court applies the choice of law rules of the forum, whatever those rules happen to be. Though choice of law by definition contemplates multi-jurisdictional transactions or relationships, the law governing choice of law in international litigation remains essentially domestic and, absent an international agreement on choice of law, determined by States (or their courts) unilaterally”).

1.2 Objeto desta tese.

Como se sabe, a arbitragem comercial evoluiu autonomamente, como instituição de âmbito internacional, para além do “espaço” sistemático tutelado e disciplinado pelos ordenamentos jurídicos nacionais, ao ponto de existir toda uma corrente doutrinária³⁴ que defende, com ponderáveis argumentos, que a arbitragem comercial internacional teria passado a constituir um sistema autônomo e independente, desnacionalizado e transnacional, com regras e princípios próprios e originais, adequados às necessidades dos participantes do comércio internacional.

Ao mesmo tempo, em razão do relevante papel desempenhado globalmente pela arbitragem para a boa ordenação do comércio internacional e resolução dos litígios dele decorrentes, não se considera que a atividade dos árbitros internacionais esteja a serviço exclusivamente das partes, não obstante seu propósito principal seja, indubitavelmente, a tutela de interesses privados. Para a atividade do árbitro internacional, também é relevante o recíproco reconhecimento e diálogo entre diferentes culturas e tradições jurídicas, em perspectiva aberta, autônoma e internacionalista,³⁵ sendo-lhe permitido e esperado que esteja na vanguarda da solução dos problemas jurídicos dos negócios internacionais.

Assim, tornou-se lugar comum afirmar-se que os árbitros internacionais “não têm foro”,³⁶ por não se tratarem de funcionários a serviço de um Estado em particular, não estando obrigados, por princípio, à aplicação do sistema de direito internacional privado de um ordenamento jurídico determinado, especialmente o da sede da arbitragem.

³⁴ Para referências, vide subcapítulo 3.1 abaixo.

³⁵ Note-se que, também no campo da arbitragem comercial internacional, é pertinente a chamada interpretação “internacionalista” dos textos normativos, que leva em consideração o caráter internacional de seu objeto e promove a uniformidade de interpretação, aqui aplicável não somente às fontes formais de direito internacional, mas, também, à interpretação de negócios jurídicos privados e das regras de direito de fonte nacional ou internacional aplicáveis aos negócios de escopo internacional.

³⁶ MAYER; HEUZÉ, 2001, p. 477; GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 185, p. 635; BASEDOW, 2017, p. 24; MILLS, 2018, p. 512; JACQUET; DELEBECQUE, 2000, p. 369; BROZOLO, 2016, p. 10; SCHILF, 2015, p. 174; DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 263; HCCH, 2007, p. 12; DERAIS, 1996, p. 515; BOER, 2014, p. 66.

Diferentemente do que se passa com os juízes estatais, aos árbitros, portanto, faculta-se recorrer a métodos próprios de determinação das regras materiais aplicáveis à resolução do litígio, pois, para eles, nenhuma lei é nacional e todas são estrangeiras.³⁷⁻³⁸

Esta é, portanto, a questão a que a presente tese visa responder: *não dispondo o árbitro internacional de um sistema referencial de direito internacional privado, como deve ele proceder para, na ausência de escolha pelas partes, determinar o direito material aplicável à resolução do litígio?*

A resposta a tal questão é prevista (insatisfatoriamente, como se verá) em alguns ordenamentos jurídicos, mas não no direito brasileiro, pois a hipótese não foi contemplada pela Lei nº 9.307/96,³⁹ que é lacunosa a respeito.⁴⁰

Mesmo nos ordenamentos jurídicos que efetivamente dispõem de regras sobre a matéria, estas são geralmente normas em branco ou indeterminadas, por atribuírem total liberdade de escolha ao árbitro, sem lhes proporcionar critérios ou diretrizes para

³⁷ DERAIS, 1996, p. 516.

³⁸ Anotam Jean-Michel Jacquet e Philippe Delebecque (2000, p. 369) que “[c]omo não realizam a justiça em nome de nenhum Estado (e notadamente não em nome daquele que é sede da arbitragem), [os árbitros] não são obrigados a aplicar uma *regra de conflito* resultante de uma lei ou de uma convenção internacional determinada” (“N’exprimant la justice au nom d’aucun État (et notamment pas de celui du siège de l’arbitrage) ils ne sont pas tenus d’appliquer une *règle de conflit* résultant d’une loi ou d’une convention internationale déterminée”).

³⁹ Embora o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 9.307/96 consagre a liberdade das partes quanto à escolha da lei ou das regras de direito aplicáveis na arbitragem, a Lei de Arbitragem não regula a situação de inexistência de escolha pelas partes. De todo modo, o legislador foi suficientemente providente para incluir no aludido dispositivo legal o dever do árbitro e das partes de observar, na determinação do direito aplicável, as imposições dos bons costumes e da ordem pública, sendo estas tradicionais cláusulas restritivas empregadas como “moderadoras” da aplicabilidade de leis estrangeiras no direito internacional privado.

⁴⁰ Ressalve-se que o fato de a Lei de Arbitragem ser lacunosa na matéria não é necessariamente um demérito, nem uma evidência de insuficiência técnica da lei, pois, de fato, como se verá ao longo desta tese, não há efetivo interesse estatal em restringir o exercício da liberdade das partes e da autonomia dos árbitros como julgadores de fato e de direito. A rigor, a Lei nº 9.307/96 pôs o Brasil no estado da arte da arbitragem, inclusive no âmbito da arbitragem internacional, devendo as mudanças por ela promovidas na matéria “ser situadas em contexto mais amplo, enfocando o conjunto das consequências no direito pátrio, não somente como ordenamento jurídico nacional, mas igualmente pensando o Brasil atual, engajado na percepção dos efeitos da assim chamada globalização e da internacionalização das atividades negociais” (CASELLA, 2006, p. 738).

a determinação da lei aplicável que possibilitem razoável grau de previsibilidade e certeza jurídica para os interessados.⁴¹

Constata-se que, nos ordenamentos jurídicos onde o assunto é regulado, três possibilidades são mais frequentemente constatadas. A norma pertinente usualmente remete o árbitro:

- (i) diretamente às regras de *direito material* que considerar adequadas ao caso, pelo chamado método direto ou *voie directe*; ou
- (ii) às normas *conflituais* que considerar adequadas, mediante o emprego do método clássico do direito internacional privado, visando à identificação da conexão pertinente ao tipo de relação jurídica (método conflitual ou *voie indirecte*); ou, ainda,
- (iii) à lei *mais proxivamente conectada* com a espécie litigiosa e com a relação jurídica existente entre as partes, por aplicação de um conceito indeterminado de direito internacional privado, a saber, o da conexão mais próxima ou *most significant relationship*.⁴²⁻⁴³

À vista desse estado de coisas profundamente marcado pela indefinição e incerteza jurídica – situação indesejável nos negócios internacionais e no direito do

⁴¹ Como constata Lew, Mistelis e Kröll (2003, p. 426), “essas normas de conflito de leis [que regulam a ausência de escolha pelas partes] são permissivas; elas podem ser e são aplicadas quando os árbitros as consideram apropriadas” (“these conflict of laws rules are permissive; they can be and are applied where arbitrators consider them appropriate”); e, ademais, “não há qualquer assistência em nenhum desses textos sobre o que se quer dizer com ‘aplicável’ ou ‘apropriada’” (“[t]here is no assistance in any of these texts as to what is meant by ‘applicable’ or ‘appropriate’”) (id., p. 431).

⁴² Segundo João Baptista Machado (1990, p. 50), a conexão “mais significativa ou mais eficaz (*the most significant connection*) (...) será a conexão à qual mais natural e legitimamente se referirá a expectativa dos indivíduos direta ou indiretamente interessados na situação jurídica e ao mesmo tempo aquela à volta da qual com maior probabilidade se alcançará uma harmonia de soluções entre as ‘leis interessadas’ ou, pelo menos, se logrará um ‘mínimo de conflitos’”.

⁴³ Sublinhando a importância do princípio da proximidade na disciplina, observa Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2013, p. 26) que o direito internacional privado busca “conduzir os sistemas presentes na relação de fato (relação plurilocalizada) à escolha de um mesmo Direito material (o Direito mais próximo), seja esse Direito o do foro ou um Direito estrangeiro qualquer. Ao se aproximar da uniformidade na determinação do elemento de conexão, as normas de Direito Internacional Privado demonstram ser possível reduzir o espaço para a ‘escolha’ do foro competente”.

conflito de leis – a presente tese almeja à compreensão dos valores e conceitos atinentes ao problema de que aqui se cuida e, conseqüentemente, à exposição de um método principiologicamente fundado, com base na ciência do conflito de leis e no *acquis* legal e doutrinário do DIPr e do direito da arbitragem internacional, que possa orientar os árbitros internacionais na determinação das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio, quando as partes não as tenham determinado. Este é, portanto, o objetivo desta tese: estabelecer orientações (diretrizes não-vinculantes) para que os árbitros, no legítimo exercício da liberdade e da autonomia a eles reconhecidas pelo direito internacional e pelos ordenamentos jurídicos da quase unanimidade dos Estados, possam determinar de forma segura e fundamentada as regras de direito aplicáveis ao fundo do litígio, na falta de escolha pelas partes.

1.3 Organização da tese e notas sobre a metodologia científica nela empregada.

A tese será organizada como a seguir exposto.

O capítulo 2 contextualizará o problema objeto do trabalho e discorrerá sobre a sua evolução e estado atual no direito positivo e na doutrina, expondo as características e diferenciais das possibilidades regulatórias existentes. Entre outros objetivos, buscará realizar o cotejo entre os métodos direto e conflitual, avaliando a adequação de cada um à arbitragem comercial internacional.

Deve-se ressaltar, não obstante, que a proposta desta tese não se limita a comparar os métodos direto e indireto, até porque a opção por um ou outro normalmente estará disposta previamente na lei ou no regulamento institucional aplicável ao caso concreto, não havendo espaço para a escolha, pelo árbitro, sobre qual deles deseja aplicar.

O que se pretende investigar é outra questão, a saber, quais critérios de decisão deve o árbitro seguir para determinar o direito material aplicável à resolução do litígio, uma vez definido o método pertinente – seja o indireto/conflitual, seja o direto –, ou mesmo na falta de qualquer definição prévia a respeito, o que é perfeitamente possível, por exemplo, em uma arbitragem internacional *ad hoc* com sede no Brasil

ou até em arbitragem institucional, se o respectivo regulamento não disciplinar a matéria.

Adiante-se que a presente tese adota o entendimento de que os métodos direto e indireto, embora formalmente distintos, frequentemente convergem para idênticos resultados, pois o raciocínio jurídico de base conflitual, fundado na técnica do direito internacional privado, subsiste mesmo no método direto, de forma subjacente ao processo de determinação da lei aplicável, a despeito da eventual tomada de posição formalmente considerada “direta” pelo aplicador do direito.⁴⁴ Com efeito, as regras de direito material aplicáveis não são ordinariamente determinadas pelo árbitro *out of the blue*, mas, sim, segundo um prévio raciocínio de base conflitual.

Ainda no capítulo 2, serão abordados o caráter aberto e indefinido das regras positivas vigentes e a excessiva discricionariedade que o atual regime outorga aos árbitros, convindo que o vácuo normativo correspondente seja satisfatoriamente tratado pela doutrina.

Na sequência, o capítulo 3 examinará a tendência – e, pode-se mesmo dizer, aspiração – da arbitragem comercial internacional a adquirir autonomia como sistema independente em relação aos ordenamentos jurídicos dos Estados – especialmente, no que aqui interessa, em relação aos regramentos estatais de direito internacional privado. Serão abordadas, nesse contexto, a qualificada relatividade da perspectiva do árbitro internacional perante os ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis e as especiais características assumidas pelos problemas de direito internacional privado no contexto da arbitragem comercial internacional.

Nesse passo se tratará ainda da imprópria, como princípio – ainda que eventualmente adequada, em razão dos resultados obtidos no caso concreto –, aplicação do sistema de direito internacional privado “do foro”, em simulação de uma

⁴⁴ Bem observam Audit e D'Avout (2018, p. 1.160) que a *voie directe* “não proíbe os árbitros de justificarem sua escolha, por exemplo a título de expectativa razoável das partes ou, o que dá no mesmo, de vínculos mais estreitos entre a situação e a lei designada” (grifo aditado) (“cela n’interdit pas à l’arbitre de justifier son choix, par exemple au titre de l’attente raisonnable des parties ou, ce qui revient au même, des liens les plus étroits de la situation avec la loi désignée”).

lex fori pelo direito do Estado designado como sede da arbitragem pelas partes, ou pelo árbitro, ou ainda pela entidade arbitral competente.

O capítulo 4 estudará o problema geral do conflito de leis em matéria de obrigações contratuais, na falta de escolha pelas partes. Proceder-se-á à análise das regras de conexão mais prestigiadas pela ciência do direito internacional privado para a resolução do conflito de leis sobre negócios jurídicos contratuais, com foco no princípio da proximidade e nas variantes dos elementos de conexão reputados como aderentes a tal princípio, que se referem ao lugar de cumprimento da obrigação e de efetivação da prestação característica (e bem assim da residência habitual ou do estabelecimento principal do devedor da prestação característica), sempre à luz das especificidades da arbitragem comercial internacional. Serão, portanto, estudadas as regras de conexão mais comuns em matéria contratual e os princípios geralmente aceitos no direito internacional privado, visando à identificação daqueles que se mostram mais compatíveis e adequados à arbitragem comercial internacional.

Também será analisado, especialmente no contexto arbitral, o princípio de validação do negócio jurídico (regra *in favorem validitatis*), como importante índice de conexão, congruente com o princípio da autonomia da vontade das partes e com a tendência à materialização do direito conflitual, que também envolve o chamado *better law approach*.

Será dada especial atenção à aplicabilidade, em situações específicas e excepcionais, da *lex mercatoria* e de instrumentos de *soft law*, como fontes pertinentes de regras de direito no comércio internacional contemporâneo. Para concluir o capítulo, serão estudadas as restrições legitimamente reconhecidas tanto à autonomia da vontade como aos critérios de suprimento da vontade das partes, quais sejam, o princípio da ordem pública e a técnica das normas de aplicação imediata e necessária.

A partir desse conjunto de premissas e perspectivas, pretende-se expor no capítulo 5 o cerne da presente tese, a partir da renovação do estudo, no contexto arbitral, dos princípios tradicionais da submissão voluntária, da autonomia da vontade e da tutela da legítima expectativa das partes.

Assim, buscar-se-á compor, como proposta de valor desta tese, um conjunto de orientações para a determinação das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio na ausência de escolha pelas partes, mediante a criação de regras conflituais *ad hoc* manejáveis pelo árbitro, o que se propõe no subcapítulo 5.3.

Por fim, o capítulo 6 apresenta a conclusão geral e o capítulo 7 as referências bibliográficas.

No que respeita à metodologia científica empregada na elaboração desta tese, cabe observar que, inicialmente, o autor considerava que a técnica de pesquisa mais relevante seria a análise da chamada “jurisprudência” arbitral, assim entendido o acervo de decisões proferidas por tribunais arbitrais em casos internacionais, publicadas nos repositórios disponíveis. No entanto, ao se prosseguir no estudo do tema, constatou-se que a análise das decisões arbitrais – por assim dizer, o estudo da praxe sobre a resolução de problemas de direito internacional privado na arbitragem comercial internacional – era empreitada que, embora relevante como etapa no percurso da elaboração desta tese, não seria suficiente para constituir o respectivo núcleo e, por si só, proporcionar elementos para a elaboração de uma exposição abrangente sobre o tema.⁴⁵

Com efeito, os árbitros internacionais, em suas sentenças, valem-se de uma variedade de métodos para a determinação do direito aplicável à substância do litígio, de forma casuística e assistemática. A principal preocupação dos árbitros, nos casos concretos que lhes são submetidos, diz respeito à idoneidade de sua argumentação à luz das especificidades de cada caso, sempre tendo em vista a expectativa das partes.⁴⁶ Assim, buscam proporcionar uma fundamentação eclética e abrangente, em

⁴⁵ Observe-se ainda que a literatura especializada registra inúmeros trabalhos que procederam, em maior ou menor medida, à análise dos precedentes da arbitragem comercial internacional no tema de que aqui se cuida, tais como LEW, 1977; KESSEDJIAN, 1995; DERAÏNS, 1996; GAILLARD; SAVAGE, 1999; NAÓN, 2001; ELCIN, 2012; BORN, 2015; BERMANN, 2017.

⁴⁶ Como observa Horacio A. Grigera Naón (2001, p. 28), “árbitros comerciais internacionais vislumbram questões de conflito de leis de um ponto de vista pragmático e orientado por resultados, militando em favor de analisarem suas determinações sobre conflito de leis a partir de uma perspectiva funcional” (“[i]nternational 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”).

um esforço para evitar eventuais impugnações judiciais da sentença arbitral. Daí, inclusive, o frequente emprego do método de aplicação cumulativa das leis materiais potencialmente aplicáveis e, igualmente, de aplicação cumulativa das regras de conflito razoavelmente conectadas à espécie litigiosa.⁴⁷ Esse suposto método, na verdade, consiste na negação do conflito de leis, pois adota como premissa a desejabilidade de *falsos* conflitos de leis, mediante a constatação da eventual coincidência de regulações materiais ou conflituais aplicáveis às questões litigiosas submetidas à decisão do árbitro,⁴⁸ circunstância que apenas esporadicamente se apresentará na diversidade dos casos do comércio internacional.⁴⁹

Se o foco da pesquisa se situasse nas decisões proferidas pelos árbitros do comércio internacional, o resultado não atenderia aos propósitos da tese, pois nela se pretende a formulação teórica de diretrizes fundamentadas na ciência jurídica – e especialmente na ciência do direito internacional privado –, para a determinação, pelo árbitro internacional, da lei ou das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio. Assim, o autor convenceu-se de que a tese deveria partir de uma perspectiva

⁴⁷ Anotam Fouchard, Gaillard e Goldman (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 871) que essa é a técnica mais empregada pelos árbitros internacionais, ao lado da aplicação de princípios gerais do DIPr, quando a lei ou o regulamento aplicável estipulam a aplicação de normas conflituais para a determinação da lei aplicável à substância do litígio. Afirmam tais autores, adicionalmente, que a popularidade desse método decorreria, justamente, de sua característica de se alinhar às expectativas das partes, que, caso desejassem prever a lei material aplicável, somente poderiam cogitar da aplicação das regras de conflito de leis dos sistemas jurídicos em contato com o caso, no momento em fossem exigidas a se conduzir de determinada forma, nos termos do contrato ou por outro motivo vinculante (“legal systems which had a connection with the case at a time when the parties were required to act in a certain way, under the contract or otherwise”) (id., p. 872). Ressalve-se porém que, em termos de certeza jurídica e legítima expectativa das partes, seria mais adequado considerar os sistemas jurídicos que exibissem conexões relevantes com as partes e o negócio no momento da celebração deste, e não em momento posterior, atinente à respectiva execução.

⁴⁸ Registra Gary Born (2014, p. 2.658) que tal abordagem, nem sempre usando expressamente o termo “falso conflito”, é prestigiada por um significativo número de sentença proferidas em casos internacionais, o que também é constatado por Yves Derains (1996, p. 518 e ss.). Na verdade, a sua popularidade resulta de “ser coerente com o caráter transnacional da arbitragem comercial internacional, além de ser mais alinhada com as expectativas das partes” (COMISSÃO JURÍDICA INTERAMERICANA, 2020, p. 181). Ver também GAILLARD, 2004, p. 203; DANILOVICZ, 1986, p. 266-267.

⁴⁹ Observa Benjamin Hayward (2017, p. 33) que “[p]ondo de lado casos de falsos conflitos e de direito uniforme, é bastante possível que duas ou mais leis materiais potencialmente aplicáveis divirjam. Seria ‘pouco cauteloso’ fazer uma presunção diferente. Por esse motivo, as partes têm ‘grande interesse’ em conflitos de leis em sede arbitral, e a omissão em adequadamente analisar esses conflitos pode ‘impactar diretamente’ seus direitos e obrigações” (“[p]utting aside cases of false conflicts and uniform law, it is very possible that two or more potentially applicable substantive laws may diverge. It would be ‘incautious’ to assume otherwise. For this reason, parties have ‘a great interest’ in arbitral conflicts, and a failure to properly analyse those conflicts can ‘directly impact’ their rights and obligations”).

fundamentalmente doutrinária e teórica, visando a embasar a tentativa de construção de uma contribuição original sobre o tema.⁵⁰

Com esse propósito, o autor vale-se dos fundamentos do direito internacional privado clássico e contemporâneo para conciliar os princípios da disciplina com a importante produção intelectual dos juristas responsáveis pela criação e consolidação do acervo teórico já consolidado da arbitragem comercial internacional, específico desse ramo jurídico notadamente híbrido, que se alberga na tríplice fronteira entre direito processual internacional, direito internacional privado e direito civil e comercial internacional.

Com efeito, goza de grande influência no campo teórico da arbitragem internacional determinada corrente doutrinária que postula a emergência de uma ordem jurídica arbitral autônoma, independente dos Estados, e propugna pela desvinculação dos árbitros internacionais, na maior medida possível, dos ordenamentos jurídicos nacionais.⁵¹ Além disso, no que interessa diretamente à presente tese, defendem tais autores a obsolescência e inutilidade das regras de conflito de leis como um todo, posição que facilitou e promoveu ativamente o advento e predominância de normas que estabelecem a *voie directe* nas leis internas de arbitragem e nos regulamentos arbitrais atuais. Daí o estado de incerteza e insegurança jurídica que persiste quanto à solução do problema da determinação do direito aplicável na ausência de escolha pelas partes.

Ressalta Theodorus M. De Boer (2014, p. 86-87) sobre o tema que,

no que se refere à determinação da lei aplicável, vale tudo. (...) [E]u não consigo ver como a decisão das partes de recorrer à “arbitragem de direito” poderia habilitar um tribunal arbitral a aplicar qualquer (regra de) direito que

⁵⁰ Recorde-se oportunamente, com Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio (2016, p. 53) que “[e]m nenhum campo do Direito a Doutrina tem tanta desenvoltura como no DIP, em razão da parcimônia do legislador”.

⁵¹ Trata-se da contribuição teórica do *establishment* arbitral internacional, integrado por advogados, árbitros e juristas chamados de “grand old men” por Yves Dezalay e Bryant G. Garth, em seu conhecido e crítico estudo sociológico inspirado pelo marco teórico de Pierre Bourdieu (“Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order”, 1996). Sobre o tema, vide também Kidane, 2017, capítulo 4. Para uma embasada crítica das premissas teóricas adotadas por tal *establishment*, veja-se o artigo de Ralf Michaels, “Dreaming law without state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature” (2013).

considerar “apropriada”. É necessário que existam fundamentos mais convincentes do que o impulso espontâneo, capricho ou intuição, nos quais a decisão sobre a lei aplicável se baseie, e seria boa prática dos árbitros tentar racionalizar suas decisões sobre escolha da lei mesmo que não baseadas em regras conflituais nacionais.⁵²

Cumprido, então, proceder-se a uma crítica dos métodos direto, conflitual e de aplicação da lei mais proximamente conectada, à luz da ciência do conflito de leis e da teoria geral da arbitragem internacional, para se expor uma alternativa ao atual estado de pura discricionariedade arbitral e confusão teórica prevalecente na matéria. Essa é a proposta da presente tese, como será desenvolvido nos capítulos que se seguem, culminando na exposição constante do capítulo 5, especialmente no subcapítulo 5.3.

⁵² “[A]s far as the designation of the applicable law is concerned, anything goes. (...) I fail to see why [the parties’] decision to resort to ‘arbitration at law’ would entitle an arbitral tribunal to apply any (rule of) law it may deem ‘appropriate’. There must be more compelling grounds than spontaneous impulse, whim or intuition on which the decision with regard to the applicable law is based, and it would be good practice if arbitrators would try to rationalize their choice-of-law decisions even if they are not based on national conflicts rules”.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL, SUA EVOLUÇÃO E SITUAÇÃO ATUAL.

2.1 Motivos para a omissão das partes quanto à escolha do direito aplicável.

A omissão das partes em exercer a faculdade de escolha da lei nacional ou das regras de direito não-estatais aplicáveis ao seu contrato pode decorrer de diversas circunstâncias. Pode-se tratar de uma decisão deliberada e consciente quanto à não escolha, por falta de consenso entre as partes ou por recíproca desconfiança, ou mesmo desconhecimento, relativamente ao conteúdo dos ordenamentos jurídicos do domicílio e/ou da nacionalidade de cada uma delas. Pode também se tratar de uma falta de escolha não deliberada, por (criticável) desinteresse das partes no assunto, ou por falta de aconselhamento jurídico adequado, ou ainda por julgarem cara e demorada a análise profissional das leis potencialmente aplicáveis, custo nada desprezível em assuntos de certa complexidade.⁵³

Poderão ainda as partes deixar de incluir no contrato a cláusula de escolha da lei por considerarem-na desnecessária, por entenderem que o contrato seria, supostamente, suficientemente abrangente para regular todas as situações futuras de potencial litígio, de modo a bastar-se como única “fonte” do direito a que se deva recorrer para a resolução de eventual divergência entre as partes.

⁵³ Sobre o tema, vide BROZOLO, 2016, p. 16-17.

Esse pensamento, que remete à antiga doutrina do “*contrat sans loi*”⁵⁴⁻⁵⁵ (contrato sem lei) ou “*self-regulatory contract*” (contrato autorregulado), teoria de elevado teor ideológico liberal, não se compadece com a realidade da vida jurídica.⁵⁶ Com efeito, diversos aspectos do regramento de uma relação contratual decorrem necessariamente da lei.⁵⁷⁻⁵⁸ Pense-se, por exemplo, nas formas de extinção do vínculo

⁵⁴ O *contrat sans loi*, que se pretende poder existir sem referência a qualquer lei positiva, é doutrina de origem francesa que foi descartada pela Cour de Cassation no julgado *Messageries Maritimes*, de 21.06.1950 (MAYER; HEUZÉ, 2001, p. 477; LOUSSOUARN; BOUREL, 2001, p. 478; GAMA, 2020, p. 110). De forma contraditória, entretanto, esse mesmo julgado, embora declare que “todo contrato se vincula necessariamente à lei de um Estado” (“tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d’un État”), admitiu a validade de cláusula-ouro que não defluía de nenhuma lei nacional e contrariava a *lex contractus* (AUDIT; D’AVOUT, 2018, p. 860) Para opiniões matizadas sobre o tema, destacando a possibilidade de relativa independência do contrato em relação a qualquer lei nacional, sobretudo em sede arbitral e mediante a eleição de regras de direito de origem não-estatal, sob reserva das normas imperativas de caráter internacional e da ordem pública, vide AUDIT; D’AVOUT, 2018, *loc. cit.*, e GANNAGÉ, 2007, *passim*.

⁵⁵ Também juristas de outras tradições defenderam a teoria do *contrat sans loi*, como o eminente internacionalista Alfred Verdross, em estudo de 1958 sobre os chamados “economic development agreements”, contratos entre Estados ou entidades estatais do terceiro mundo e grandes empresas de países desenvolvidos, sendo tais acordos, segundo o jurista, “quasi-international agreements”, em si constituindo uma “independent legal order”, que chamou de *lex contractus* (MANIRUZZAMAN, 1999, p. 146-147). Note-se que, naquele mesmo ano, foi proferido o laudo arbitral do caso *Aramco v. Arábia Saudita*, em que o tribunal arbitral entendeu que “é certo que um contrato qualquer não pode existir *in vacuo*, mas deve repousar sobre um direito: essa não é uma operação plenamente relegada à livre vontade das partes; ela é necessariamente fundada em um direito positivo que atribui efeitos jurídicos às manifestações recíprocas e concordantes da vontade dos contratantes” (“il est certain qu’un contrat quelconque ne peut exister ‘in vacuo’, mais il doit reposer sur un droit: ce n’est pas une opération pleinement abandonnée à la libre volonté des parties; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des contractants” (citado por BERNARDINI, 1994, p. 121).

⁵⁶ Fouchard, Gaillard e Goldman (GAILLARD; SAVAGE, p. 799) observam que, na prática contemporânea, é raro encontrar contratos que contenham cláusula que pretenda estabelecer sua autossuficiência, ao excluir a aplicação de qualquer lei, “o que tende a indicar que as próprias partes duvidam de sua efetividade” (“which tends to indicate that the parties themselves have doubts as to their effectiveness”). A doutrina do *contrat sans loi* e da *lex contractus* é considerada há algumas décadas como superada (HUCK, 2012 [1984], p. 438-439).

⁵⁷ Observa Sven Schilf (2015, p. 167) que “[n]ão obstante a crescente relevância dos ‘*self regulatory contracts*’, a autonomia das partes não é capaz (...) de solucionar, de forma suficiente, todas as questões que possam surgir no contexto de uma relação contratual, nem parece, a partir da visão objetiva, a solução determinada autonomamente pelas partes apropriada em todos os casos. (...) Concluindo, deve-se constatar que, não obstante o fato de as partes, no caso de uma escolha de direito, agirem, perante os tribunais arbitrais, como legisladores primários, eles precisam, contudo, do auxílio e da complementação do tribunal arbitral: o que – a partir do direito estatal escolhido, do regulamento ou do contrato – se transforma em normas imediatas de conduta, ficará, no final das contas, a critério dos tribunais arbitrais”. Vide também DANILOWICZ, 1986, p. 270- 272.

⁵⁸ Ressalva George Bermann (2017, p. 253) que, embora a escolha da lei seja parte central não só do direito internacional privado, mas também da arbitragem internacional, sua importância não deve ser exagerada, pois “embora a escolha da lei possa ser uma questão chave em um caso, os árbitros tendem a decidir disputas com base nos fatos e no contrato, na maioria dos casos” (“[w]hile choice of law can be a key issue in a case, arbitrators tend to dispose of disputes on the basis of facts and the contract in the majority of cases”). No mesmo sentido, observam Blackaby e Partasides (Redfern e Hunter) (2015, p. 155, § 3.01) que “muitas disputas que são remetidas à arbitragem são decididas pelos tribunais arbitrais com não mais do que uma referência passageira à lei. Eles se preocupam com as questões

contratual e nos remédios legais disponíveis para a parte prejudicada pelo inadimplemento.⁵⁹ Mencionem-se, igualmente, as causas de invalidade e ineficácia das manifestações de vontade e dos negócios jurídicos em geral, matéria que, por natureza, é objeto de regulamentação legal cogente, não sendo passível de derrogação contratual ou regulação alternativa por força da vontade das partes. Ainda a título exemplificativo, também a disciplina da decadência e prescrição usualmente depende das disposições postas pelo legislador, não se tratando, geralmente, de assunto apto a ser contratualmente disciplinado de forma discrepante das disposições legais aplicáveis.

As situações acima ilustradas evidenciam que a relevância prática da cláusula de eleição do direito aplicável por vezes só é percebida *a posteriori*, quando do surgimento do litígio, sendo tema que as partes eventualmente podem querer evitar, por motivos estratégicos, na fase de negociação do contrato, até mesmo para reduzir os custos de transação decorrentes da necessidade de tomar conhecimento do teor dos potenciais ordenamentos jurídicos incidentes sobre a espécie e de avaliar a sua relativa conveniência, à vista dos interesses de cada parte e das circunstâncias do caso concreto.⁶⁰

fáticas: o que foi dito e o que não foi dito; o que foi prometido e o que não foi prometido; o que foi feito e o que não foi feito” ([m]any disputes that are referred to arbitration are determined by arbitral tribunals with no more than a passing reference to the law. They turn on matters of fact: what was said and what was not said; what was promised and what was not promised; what was done and what was not done”).

⁵⁹ Basta um rápido olhar sobre o direito comparado das obrigações para se constatar que são diversos os pontos de divergência entre os ordenamentos jurídicos nacionais. A título de exemplo, veja-se que as diferenças de regulação jurídica entre os países da família de direito romano-germânico e da *common law* são ainda acentuadas e relevantes, como por exemplo, no que respeita à consagração da boa-fé objetiva – não obstante a existência, no direito inglês, da teoria dos *implied terms*, técnica de integração contratual fundada na tutela da confiança e das expectativas razoáveis das partes, em que a doutrina identifica lógica análoga à que origina o dever de cooperação recíproca entre as partes contratantes como corolário da boa-fé, no direito continental (FARO, 2006) – e ainda às teorias da imprevisão e onerosidade excessiva superveniente, à possibilidade de execução específica de obrigações contratuais inadimplidas, à doutrina do *efficient breach of contract*, ao caráter objetivo ou subjetivo da responsabilidade civil por ilícito contratual, à doutrina da *perte d'une chance*, à possibilidade de resolução contratual por mera notificação, independentemente da propositura de ação judicial, à dispensa de notificação para a automática compensação entre dívidas recíprocas, líquidas, certas e exigíveis, entre outras questões relevantes de direito obrigacional e contratual. Sobre o tema, em geral, vide VICENTE, 2017; sobre a boa-fé nos contratos internacionais do comércio, vide SCHULTZ, 2014; na arbitragem internacional, vide CASELLA, 1991.

⁶⁰ Mesmo nos casos majoritários em que efetivamente existe uma escolha da lei aplicável – podendo ser conjugada com a especificação da sede da arbitragem –, tal escolha é frequentemente realizada não em consequência de alguma característica específica do regramento material que lhe corresponde, mas em função de circunstâncias extrajurídicas, como a percepção de prestígio e adequação aos negócios internacionais de determinada lei nacional e do respectivo ambiente institucional.

No entanto, a medida dos direitos e obrigações dos figurantes do negócio jurídico e, conseqüentemente, o resultado concreto de eventual litígio, para serem determináveis antecipadamente e com segurança, preferencialmente devem referir-se a um conjunto ordenado e suficientemente completo de regras de direito, seja de fonte estatal ou não-estatal. Apesar disso, a cláusula de *choice-of-law*, conquanto decisiva para a conformação dos direitos das partes, integrando indubitavelmente a economia do contrato, nem sempre é percebida, na fase da gênese contratual, como essencial à tutela dos interesses das partes.

De resto, a cláusula de escolha do direito de regência do contrato pode, em um primeiro momento, falar mais de perto ao interesse dos advogados do que ao das partes. Estas, desgastadas pela discussão “do que interessa” – o cerne do seu negócio –, podem preferir dispensar uma nova fonte de atritos, optando por se abster de discutir a escolha do direito aplicável. A importância da escolha prévia da lei de regência só será percebida em momento posterior, quando o litígio já estiver deflagrado e as normas de direito objetivo sobre ele potencialmente incidentes revelarem concreta interferência sobre as pretensões das partes e sobre o modo de se exercerem os direitos e remédios disponíveis, obviamente impactando o resultado da submissão do litígio à resolução jurisdicional.

Além dos aspectos relacionados à escolha da lei ou das regras de direito aplicáveis, também a opção entre a submissão de litígios à jurisdição estatal ou ao juízo arbitral determina, diretamente, diferentes soluções para as questões de direito internacional privado potencialmente relevantes para uma lide que envolva elementos internacionais. Assim, a celebração de uma convenção de arbitragem em detrimento de uma cláusula de eleição de foro ou da submissão às regras gerais de jurisdição internacional dos Estados interessados altera o método de solução do conflito de leis aplicável, o que, conseqüentemente, pode impactar a específica distribuição de direitos, obrigações e remédios legais conformadores da relação jurídico-contratual.

Curiosamente, as duas leis nacionais mais frequentemente adotadas em cláusulas de eleição da lei aplicável – a inglesa e a suíça – têm conteúdo muito discrepante em diversos aspectos regulatórios fundamentais (vide CUNIBERTI, 2015, p. 509 e ss.).

2.2 Caráter aberto das regras positivas internas e internacionais sobre a conduta do árbitro perante a ausência de escolha do direito pelas partes.

Como se viu no capítulo introdutório, contemporaneamente há três possibilidades previstas, alternativamente, na maioria das leis nacionais que se ocupam do problema da determinação, pelo árbitro, das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio na ausência de escolha pelas partes, ressalvando-se que há ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, que não regulam a matéria. Tais possibilidades são a chamada *voie directe*, ou método direto, tendente a predominar no cenário internacional, a *voie indirecte*, ou método indireto ou conflitual, e a designação de uma norma de direito internacional privado segundo a qual se deve aplicar o direito material mais proximamente conectado com a situação litigiosa (*closest connection* ou *most significant relationship*).

A primeira alternativa estipula a aplicação à solução do litígio, diretamente, do direito material escolhido pelo árbitro, sem a prévia intermediação de normas de conflito de leis.⁶¹ Já a segunda vale-se do método conflitual tradicional, porém geralmente assegura ao árbitro ampla discricionariedade na escolha da norma de conflito ou do sistema de direito internacional privado que considerar apropriado à espécie. Por fim, a terceira opção prevê a aplicação de um princípio conflitual específico, muito disseminado no direito internacional privado contemporâneo, embora em grande medida vago e inconclusivo, por se tratar de conceito aberto e não,

⁶¹ É frequente que, na aplicação prática do método direto, seja feita referência pelo árbitro a uma ou mais regras conflituais nas quais busca apoio metodológico e principiológico para a determinação da lei aplicável, o que é evidência de que as diferenças entre os métodos direto e indireto são menos importantes do que pode parecer à primeira vista. Ademais, como observa Friedrich K. Juenger (2000, p. 473), referindo-se às normas que adotam o método indireto ou conflitual, “[n]a prática, tais disposições possibilitam ao painel arbitral determinar, em primeiro lugar, o direito substantivo de um Estado ou país considerado adequado e, então, encontrar as regras de lei aplicável que invoquem esse direito”. Trata-se de um tipo de raciocínio que, como nota Yves Derains (1996, p. 522), ocorre igualmente no método direto e na aplicação do princípio da conexão mais próxima, em ambos podendo o tribunal arbitral escolher o direito aplicável de acordo com uma “tendência a escolher o direito aplicável em função de suas soluções de fundo” (“tendance à choisir le droit applicable em fonction de ses solutions de fond”). Sobre tal situação, indaga Philippe Fouchard (2007 [1982], p. 319, nota 57): “E não é certo, ademais, que os juízes estatais, e não só os de primeira instância, esforçam-se às vezes, na intimidade de suas deliberações, por deduzir primeiro a solução que consideram justa e depois procurar o respectivo fundamento jurídico?” (“Est-il bien sûr, d’ailleurs, que les juges étatiques, et pas seulement ceux du premier degré, ne s’efforcent pas parfois, dans le secret du délibéré, de dégager d’abord la solution qu’ils estiment juste et d’en chercher ensuite une motivation juridique?”).

propriamente, de uma regra de conexão *stricto sensu* – a saber, o princípio da conexão mais próxima ou dos vínculos mais estreitos.⁶²⁻⁶³

Também os regulamentos de arbitragem da maioria das instituições e entidades que se dedicam à solução extrajudicial de litígios em âmbito internacional, incluindo algumas entidades brasileiras, dispõem de regra para suprir a falta de escolha do direito aplicável pelas partes, adotando, em geral, os três caminhos acima descritos, com predominância da *voie directe*.⁶⁴

No DIPr de fonte convencional, existem três tratados internacionais que tratam do problema da ausência de escolha pelas partes, a saber, a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, firmada em Genebra, em 21.04.1961 (“Convenção Europeia de 1961”),⁶⁵ o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, firmado em Buenos Aires, em 23.07.1998, vigente nos quatro países integrantes do bloco,⁶⁶ promulgado internamente no Brasil pelo Decreto nº 4.719, de 04.06.2003 (“Acordo do Mercosul de 1998”), e a Convenção Árabe sobre Arbitragem Comercial, firmada em Amã, em 1987⁶⁷ (“Convenção de Amã de 1987”).

⁶² Observa criticamente A. Ferrer Correia (1979, p. 102) que a regra da conexão mais próxima não é exatamente uma regra de conflito, pois “tem um valor puramente heurístico”, acrescentando que “[é] sem dúvida para a descoberta desse elemento de conexão *ótimo* que devemos tender em cada caso; simplesmente, nada ficamos a saber, só por empregarmos a mágica fórmula, acerca do que deva ser feito concretamente nesse sentido – acerca do tipo de razões que nos hão-de pôr no caminho certo disso a que precisamente se chamou o elemento ou fator de conexão mais significativo”.

⁶³ Há também legislações nacionais que adotam orientações mistas, combinando características do método direto (material) e do método indireto (conflitual). Um exemplo é o Código Comercial do México, que dispõe equilibradamente, em seu artigo 1.445, que “[s]e as partes não indicarem a lei que deve reger o fundo do litígio, o tribunal arbitral, *levando em conta as características e conexões do caso*, determinará o direito aplicável” (grifo aditado) (“[s]i las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo de litigio, el tribunal arbitral, *tomando en cuenta las características y conexiones del caso*, determinará el derecho aplicable”, grifo aditado). Trata-se, com efeito, de uma determinação do direito material aplicável de natureza direta, mas que leva em consideração elementos próprios do método indireto e conflitual, a saber, “as características e conexões do caso”.

⁶⁴ Vide notas 74 a 83, abaixo.

⁶⁵ Vigente na Albânia, Alemanha, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bielo-Rússia (Belarus), Bósnia-Herzegovina, Bulgária, Burkina Faso, Cazaquistão, Croácia, Cuba, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, França, Hungria, Itália, Letônia, Luxemburgo, Montenegro, Macedônia do Norte, Polônia, Moldávia, Romênia, República Checa, Rússia, Sérvia, Turquia e Ucrânia (fonte: < treaties.un.org >, acesso em 29.06.2019).

⁶⁶ Fonte: < www.mre.gov.py >, acesso em 29.06.2019. Existe um acordo idêntico, da mesma data, entre os Estados-membros do Mercosul, Bolívia e Chile, porém não ratificado pelos dois últimos.

⁶⁷ Seus signatários são Jordânia, Tunísia, Argélia, Djibuti, Sudão, Síria, Iraque, Palestina, Líbano, Líbia, Marrocos, Mauritânia e Iêmen.

Tanto a Convenção Europeia de 1961 quanto o Acordo do Mercosul de 1998 adotam o método conflitual (*voie indirecte*), nos seguintes termos:

Convenção Europeia de 1961:

Artigo VII – Lei Aplicável

1. As partes serão livres para determinar, por acordo, a lei a ser aplicada pelos árbitros à substância da disputa. Na falta de qualquer indicação pelas partes quanto à lei aplicável, os árbitros aplicarão a lei adequada (*“proper law”*) de acordo com a norma conflitual que considerarem aplicável. Em ambos os casos os árbitros levarão em conta os termos do contrato e os usos do comércio.⁶⁸

Acordo do Mercosul de 1998:

Artigo 10

Direito aplicável à controvérsia pelo tribunal arbitral

As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes.

Já a Convenção de Amã de 1987 adota o princípio da *conexão mais próxima*, como se constata a seguir:

Artigo 21.

1. O tribunal arbitral deve decidir a disputa em conformidade com o contrato celebrado entre as partes e as disposições da lei cuja aplicação elas tenham expressa ou tacitamente acordado, ou então de acordo com a lei que tenha a relação mais próxima com as questões controvertidas, desde que as regras bem estabelecidas decorrentes dos usos do comércio internacional sejam respeitadas.⁶⁹

⁶⁸ “Article VII – Applicable Law. 1. The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usage. (...)”.

⁶⁹ “Article 21. 1. The arbitral tribunal shall settle the dispute in compliance with the contract entered into between the parties and the provisions of the law on which they might expressly or tacitly have agreed, else with the law which has the closest relation with the subject matter of the dispute provided that the well-established rules of international commercial usages are respected”.

O texto do Acordo do Mercosul de 1998 é peculiar, pois apresenta redação original, não conhecida anteriormente no direito positivo interno ou internacional, que tem sido considerada particularmente obscura⁷⁰ e indevidamente restritiva pela doutrina.⁷¹ Remete os árbitros à aplicação do “direito internacional privado e seus princípios, assim como do direito de comércio internacional”. Como se vê, ao mesmo tempo em que o Acordo adota o método conflitual, em razão da remissão ao direito internacional privado, reputa também como fonte os “princípios”, tanto os próprios desse ramo do direito, como os do direito do comércio internacional, com o fator complicador adicional de que os princípios desse último são, na verdade, princípios de direito material, não de direito conflitual. Registre-se que, apesar da virtual inexistência de precedentes sobre a aplicação do Acordo do Mercosul de 1998, a regra nele contida é a única norma de direito positivo vigente no Brasil que regula a determinação do direito aplicável ao litígio na ausência de escolha pelas partes.⁷²

Não obstante a adoção da *voie indirecte* no direito convencional internacional,⁷³ em tempos recentes tem prevalecido internacionalmente, como se disse, a *voie directe*,⁷⁴ que é prestigiada por importantes doutrinadores e tem obtido a adesão das

⁷⁰ NAÓN, 2003, p. 23.

⁷¹ Vide DIAZ; ROTHCHILD; RUANOVA, 2007, p. 24; MARTINS, 2006, p. 765; PUCCI, 2007, p. 329, esta última chegando a propugnar pela sua não-aplicação, tantos seriam os defeitos, inclusive de redação, por ela identificados no Acordo (p. 335). Luiz Olavo Baptista, comentando o artigo 10 transcrito *supra* (2011, p. 115), opina que “[a] frase, altissonante, é oca. (...) Provavelmente os redatores da convenção confundiram-se e quiseram dizer que os árbitros decidirão conforme as regras do direito internacional privado ou as do direito do comércio internacional. Se formos ler dessa maneira, a disposição convencional tem sentido, embora seja inútil dizer que os árbitros devem valer-se das regras de conflito de leis para determinar a lei aplicável, pois este é um procedimento natural, e qualquer árbitro experiente o faria, sem necessitar de qualquer determinação expressa para isso” (obs.: ressalve-se que o autor, por lapso, menciona o Protocolo de Buenos Aires de 1994 Sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, porém na verdade está comentando o dispositivo de que aqui se cuida, do Acordo do Mercosul de 1998). Em leitura diferente da prevalecente na doutrina, Fabiane Verçosa (2006, p. 447) opina que o uso da expressão “com base no direito internacional privado” significa a efetiva outorga de liberdade às partes para designarem a lei aplicável aos contratos, no âmbito do Mercosul, que prevejam resolução de litígios por arbitragem.

⁷² Cabe observar que o Brasil, ao promulgar o Decreto nº 4.719, de 04.06.2003, que internalizou o tratado, acolheu opinião manifestada em parecer por Pedro Batista Martins, dispondo que o artigo 10 do Acordo “deve ser interpretado no sentido de permitir às partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicáveis à matéria a que se refere o dispositivo em questão, respeitada a ordem pública internacional”, em atenção à consagração da ampla autonomia da vontade das partes pela Lei nº 9.307/96.

⁷³ E igualmente na versão de 2006 da Lei-Modelo da Uncitral – United Nations Commission on International Trade Law (doravante “Lei-Modelo da Uncitral”).

⁷⁴ Nesse sentido, constata Bernard Potsch (2017, p. 551) que, “acompanhando tendência do próprio direito internacional privado, a adoção da via direta (*voie directe*) prepondera no âmbito da arbitragem,

mais relevantes entidades arbitrais, como a CCI,⁷⁵ a LCIA,⁷⁶ a AAA-ICDR,⁷⁷ a SCC,⁷⁸ a HKIAC,⁷⁹ a CIETAC⁸⁰ e a Uncitral⁸¹ (em seu regulamento aplicável a arbitragens *ad hoc*), entre outras. No Brasil, exemplificativamente, os regulamentos do CAM-CCBC,⁸²

concedendo-se ao julgador poderes para, casuisticamente, buscar a lei mais adequada e próxima ao litígio, i.e. a *proper law of the case*. Sua adoção é cada vez mais comum, sem prejuízo de ainda vigorar a forma indireta (*voie indirecte*) em relevantes leis e regulamentos”.

⁷⁵ International Court of Arbitration da Câmara de Comércio Internacional, cujo Regulamento atualmente vigente, datado de 01.01.2021, dispõe: “Artigo 21. Regras de direito aplicáveis ao mérito. 1. As partes terão liberdade para escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo tribunal arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o tribunal arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas. 2. O tribunal arbitral deverá levar em consideração os termos do contrato entre as partes, se houver, e quaisquer usos e costumes comerciais pertinentes”.

⁷⁶ London Court of International Arbitration, cujo regulamento de 01.10.2020 dispõe o seguinte: “22.3. The Arbitral Tribunal shall decide the parties' dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute. If and to the extent that the Arbitral Tribunal decides that the parties have made no such choice, the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate”.

⁷⁷ International Centre of Dispute Resolution da American Arbitration Association, cujo regulamento datado de 01.03.2021 prevê: “Article 34: Applicable Laws and Remedies. 1. The arbitral tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law agreed by the parties as applicable to the dispute. Failing such an agreement by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate. 2. In arbitrations involving the application of contracts, the tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account usages of the trade applicable to the contract”.

⁷⁸ Stockholm Chamber of Commerce, cujo regulamento de 01.01.2017 dispõe: “Article 27 Applicable law. (1) The Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law(s) or rules of law agreed upon by the parties. In the absence of such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the law or rules of law that it considers most appropriate. (2) Any designation by the parties of the law of a given state shall be deemed to refer to the substantive law of that state, not to its conflict of laws rules”.

⁷⁹ Hong Kong International Arbitration Centre, cujo regulamento de 2018 contém a seguinte regra: “Article 36 – Applicable Law, Amiable Compositeur. 36.1. The arbitral tribunal shall decide the substance of the dispute in accordance with the rules of law agreed upon by the parties. Any designation of the law or legal system of a given jurisdiction shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that jurisdiction and not to its conflict of laws rules. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate. (...) 36.3. In all cases, the arbitral tribunal shall decide the case in accordance with the terms of the relevant contract(s) and may take into account the usages of the trade applicable to the transaction(s)”.

⁸⁰ China International Economic and Trade Arbitration Commission, cujo regulamento de 01.01.2015 estipula o seguinte: “Article 49. Making of Award 1. The arbitral tribunal shall independently and impartially render a fair and reasonable arbitral award based on the facts of the case and the terms of the contract, in accordance with the law, and with reference to international practices. 2. Where the parties have agreed on the law applicable to the merits of their dispute, the parties' agreement shall prevail. In the absence of such an agreement or where such agreement is in conflict with a mandatory provision of the law, the arbitral tribunal shall determine the law applicable to the merits of the dispute”.

⁸¹ United Nations Commission on International Trade Law, cujo regulamento aplicável a arbitragens *ad hoc* dispõe: “Artigo 35º. 1. O tribunal arbitral aplica as regras de direito designadas pelas partes como aplicáveis à substância do litígio. Na falta de designação, o tribunal arbitral aplica a lei que considerar apropriada. (...) 3. Em qualquer caso, o tribunal arbitral decide de acordo com os termos do contrato, se for esse o caso, e toma em consideração os usos do comércio aplicáveis ao caso” (tradução da Direção-Geral da Política de Justiça, do Ministério da Justiça português).

⁸² Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, cujo regulamento de 2012 estipula: “9.4. As partes poderão escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo Tribunal Arbitral

da Câmara CIESP/FIESP⁸³ e da Arbitac⁸⁴ contêm regras específicas que adotam a *voie directe*. Importantes entidades arbitrais brasileiras, entretanto, não dispõem de regra sobre o tema em seus regulamentos,⁸⁵ o que talvez se explique pela reduzida frequência com que litígios internacionais são submetidos à arbitragem administrada por câmaras brasileiras.

Note-se que a previsão da via direta, em lei ou em regulamento arbitral, pode ser *pura e simples*, quando autoriza o árbitro a determinar discricionariamente o regramento jurídico material aplicável à substância do litígio, ou *dirigida*, em que essa determinação se vincula a elementos e índices de orientação e condicionamento da atividade cognitiva arbitral.⁸⁶ A título de exemplo, veja-se uma regra de *voie directe* dirigida, no regulamento de arbitragem da Camera Arbitrale di Milano, de 01.03.2019, cujo artigo 3º é assim redigido:

Art. 3 – NORMAS APLICÁVEIS AO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA

1. O Tribunal Arbitral decide o mérito da controvérsia segundo o direito, caso as partes não tenham expressamente previsto que decida segundo a equidade.

ao deslinde da disputa. Em caso de omissão ou divergência, caberá ao Tribunal Arbitral decidir a esse respeito”.

⁸³ Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, cujo regulamento de 01.08.2013 dispõe: “20.1. Competirá às partes a escolha de regras ou a lei aplicável ao mérito da controvérsia, o idioma da arbitragem e a autorização ou não para que os árbitros julguem por equidade. Não havendo previsão ou consenso a respeito, competirá ao Tribunal Arbitral indicar as regras ou a lei aplicável que julguem apropriadas, bem como o idioma”.

⁸⁴ Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – Arbitac, cujo regulamento de 31.03.2021 prevê o seguinte: “Artigo 23. As partes podem escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas ao mérito do litígio. Parágrafo único. Na ausência de escolha ou consenso, competirá ao Tribunal Arbitral indicar as regras de direito que julgue apropriadas”.

⁸⁵ Por exemplo, não tratam do tema os regulamentos de 2019 da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil, de 2013 do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA (limitando-se a reproduzir, em seu item 9.6, o disposto no artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.307/96) e de 2018 do Centro de Arbitragem e Mediação da AMCHAM.

⁸⁶ Trata-se do que Benjamin Hayward (2017, p. 69) classifica como “*guided voie directe*” (“via direta guiada”) e assim descreve: “normas de via direta guiada não exigem que os árbitros apliquem uma regra de conflitos, e autorizam a escolha direta da lei de regência. Entretanto, diferentemente da via direta pura, as normas de via direta guiada identificam que os árbitros devem levar em conta fatores objetivos. Esses fatores são considerações, mais do que testes ou uma regra. Então, essas normas são via direta por natureza, mas incorporam orientações flexíveis, o que as diferencia da via direta pura” (“*Guided voie directe* provisions do not require arbitrators to apply a conflicts rule, and authorize a direct choice of the governing law. However, unlike the pure *voie directe*, *guided voie directe* provisions identify that arbitrators should take objective factors into account. These factors are considerations, rather than constituting tests or a rule. Thus, such provisions are *voie directe* in nature, but incorporate flexible guidance, differentiating them from the pure *voie directe*”).

2. O Tribunal Arbitral decide de acordo com as normas escolhidas pelas partes.
3. Na falta da indicação comum prevista no item 2, o Tribunal Arbitral aplica as normas que considerar apropriadas, *levando em conta a natureza da relação, a qualidade das partes e qualquer outra circunstância relevante no caso concreto*.
4. Em todos os casos, o Tribunal Arbitral leva em conta os usos do comércio.⁸⁷

Vê-se que o trecho acima grifado em itálico orienta o árbitro quanto a fatores a serem considerados para a determinação do direito aplicável, na ausência de escolha pelas partes. Devem, assim, ser levados em consideração elementos objetivos (“a natureza da relação”), subjetivos (“a qualidade das partes”) e todos os demais aspectos considerados relevantes à luz das especificidades do caso (“qualquer outra circunstância relevante no caso concreto”), devendo em qualquer caso igualmente levar-se em conta os “usos do comércio”. Ainda assim, mesmo se tratando de via direta dirigida, permanece a ampla discricionariedade do árbitro e a flexibilidade em sua análise, inexistindo uma regra rígida de conexão, o que parece ser a maior e mais frequente característica que se depreende da análise comparativa da regulação do tema nas diversas fontes internacionalmente existentes.

Portanto, a presente tese reputa relevante para sua hipótese de trabalho a constatação de que, *em qualquer caso*, seja na via direta pura, seja na via direta dirigida, seja ainda na via indireta, e mesmo – até certo ponto – na aplicação do princípio da proximidade mediante a pesquisa da lei com vínculos mais estreitos, há um alto grau de *discricionariedade* dos árbitros na tomada de decisão sobre a lei ou as regras de direito aplicáveis à solução da controvérsia.

⁸⁷ART. 3 – NORME APPLICABILI AL MERITO DELLA CONTROVERSIA

1. Il Tribunale Arbitrale decide il merito della controversia secondo diritto se le parti non hanno espressamente previsto che decida secondo equità.
2. Il Tribunale Arbitrale decide secondo le norme scelte dalle parti.
3. In difetto della concorde indicazione prevista dal comma 2, il Tribunale Arbitrale applica le norme che ritiene appropriate, tenuto conto della natura del rapporto, della qualità delle parti e di ogni altra circostanza rilevante nel caso di specie.
4. In ogni caso, il Tribunale Arbitrale tiene conto degli usi del commercio”.

2.3 Excessiva discricionariedade dos árbitros.

Os árbitros têm, de fato, ampla liberdade para decidir como lhes parecer mais adequado, sem condicionamentos provindos da lei, das convenções internacionais ou dos regulamentos das entidades arbitrais, sendo de notar que a sentença arbitral, usualmente, não estará sujeita à sanção anulatória em razão da determinação do direito aplicável pelo árbitro.⁸⁸

No entanto, sabe-se que a atividade empresarial, especialmente nos negócios internacionais, não convive bem com a incerteza jurídica. A ampla discricionariedade dos árbitros internacionais na determinação do direito aplicável é uma fonte significativa de insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões arbitrais, introduzindo um indesejável elemento de aleatoriedade na resolução dos litígios do comércio internacional.⁸⁹

O crescimento, nas últimas décadas, do número de regulamentos de entidades arbitrais e de ordenamentos jurídicos nacionais que se valem da *voie directe*, comparativamente à *voie indirecte* ou a regras específicas como a conexão mais próxima, é sinal de que os operadores da arbitragem internacional, sobretudo os influentes juristas da área, têm considerado preferível a discricionariedade do árbitro, em comparação com o risco representado pela eventual aplicação de regras

⁸⁸ Nesse sentido, BORN, 2014, p. 2.657; BASEDOW, 2017, p. 27; BROZOLO, 2016, p. 24; SIOUFI FILHO, 2010, p. 204; VALENÇA FILHO, p. 274. De fato, entre as hipóteses de anulação da sentença arbitral, previstas na Lei nº 9.307/96, como em outros ordenamentos jurídicos e na Lei-modelo da Uncitral, não figura a possibilidade de anulação exclusivamente em razão da determinação da lei ou das regras de direito aplicáveis ao litígio. Tal característica do sistema arbitral se explica pela perigosa semelhança entre a possibilidade de anulação com tal fundamento e uma revisão do conteúdo da sentença arbitral, hipótese repudiada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos.

⁸⁹ A questão da previsibilidade e certeza jurídica está no centro das motivações desta tese, pois o alto grau de incerteza decorrente da ausência de escolha pelas partes da lei aplicável em um contrato internacional contradiz os próprios fatores que propiciaram o sucesso da arbitragem como meio adequado à resolução de litígios empresariais, sobretudo internacionais, pois, como anota Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado (2018, p. 211), “é possível aproximar a arbitragem a uma *cláusula de estabilização* [de legislação]. Através dela, garante-se não apenas um ambiente contratual endógeno de maior estabilidade e confiança entre as partes, mas ainda se disponibiliza às partes um cumprimento contratual mais efetivo, crível e seguro”. Não obstante, para muitos autores, de que é exemplo Jacob Dolinger (2007, p. 245-246), alguma insegurança é desejável, no direito internacional privado em geral, como preço a se pagar pela possibilidade de se adotar a solução mais adequada e justa em cada caso concreto; daí a defesa da autonomia da vontade das partes, que proporciona, a um só tempo, segurança e adequação/justiça às respectivas aspirações.

conflituais rígidas, antiquadas e inadequadas previstas em leis nacionais menos alinhadas às tendências internacionais prevalecentes – como, por exemplo, a previsão pura e simples da *lex loci contractus* que prevalece no direito brasileiro interno.⁹⁰

Por outro lado, opinam Yeshnah D. Rampall e Ronán Feehily (2018, p. 397), referindo-se ao método indireto ou conflitual, que “[a] discricionariedade dos árbitros em livremente escolher as regras de conflito de leis para determinar a lei aplicável promove o caos e a incerteza nas operações comerciais internacionais” (itálico acrescido).⁹¹

Tal situação de caos e incerteza criada pelo atual regime jurídico da determinação pelos árbitros internacionais da lei ou das normas de direito aplicáveis à resolução do litígio é assim avaliada por Gary Born (2015, p. 2.655):

[É] importante reconhecer que a análise de escolha da lei a partir das fontes existentes tem produzido incerteza e imprevisibilidade, o que é inconsistente com os objetivos do processo arbitral internacional, e que *alguma dose de reavaliação é necessária*⁹² (itálico acrescido).

A observação final de Born exprime o objetivo da presente tese: repensar a aplicação da ciência do conflito de leis pelos árbitros, na determinação do direito aplicável na arbitragem comercial internacional, visando a expor um método adequado a uma solução razoavelmente *segura, justa e previsível* do problema de conflito de leis que inevitavelmente se coloca perante a jurisdição arbitral, em casos internacionais, como questão prévia à determinação da solução material da lide. Desse modo, a premissa básica da presente tese é de que o comércio internacional precisa de segurança jurídica e previsibilidade, considerando-se desejável e necessário que a ciência jurídica seja capaz de fornecer critérios minimamente

⁹⁰ Assim, no dizer de Ivo de Paula Medaglia (2017, p. 145), “[p]ermite-se que o árbitro determine o direito aplicável com base na sua própria experiência a respeito do comércio internacional, e não com base em uma norma conflitual rígida que possa levar a um resultado inconveniente ao caso e imprevisível às partes”.

⁹¹ “The discretion of arbitrators to freely choose the conflict-of-law rules to determine the applicable law promotes chaos and uncertainty in international commercial transactions”.

⁹² “[I]t is important to recognize that the choice-of-law analyses of existing authorities have produced uncertainty and unpredictability, which is inconsistent with the objectives of the international arbitral process, and that a measure of rethinking is necessary”.

seguros e fundamentados para o exercício da discricionariedade pelos árbitros, diante da necessidade de resolução de questões de direito internacional privado em litígios submetidos à arbitragem internacional.

2.4 Necessidade de tratamento doutrinário do vácuo normativo.

Sabe-se que a determinação do direito aplicável aos contratos internacionais é assunto considerado nobre, no âmbito tanto da doutrina arbitralista internacional, como da doutrina do direito internacional privado. No entanto, a produção brasileira e estrangeira, nesse tema, concentra-se principalmente no estudo da aplicabilidade, extensão e limites do princípio da autonomia da vontade, notadamente no que respeita ao fundamento e abrangência de tal princípio e às restrições a ele impostas pela ordem pública e pelas normas de aplicação imediata, também designadas leis internacionalmente imperativas.⁹³ O tema específico da *inexistência* de escolha pelas partes subsiste normalmente à sombra da *existência* de escolha, não constando ter sido estudado com profundidade na produção acadêmica nacional.⁹⁴

⁹³ Essa linha de investigação foi a adotada na dissertação de mestrado do autor, “Arbitragem comercial internacional e ordem pública”, defendida na Faculdade de Direito da USP em 2005 e publicada no mesmo ano pela editora Renovar.

⁹⁴ Ainda que com escopo mais abrangente, cabe mencionar a dissertação de mestrado de Ivo de Paula Medaglia, “O direito aplicável ao mérito das controvérsias internacionais submetidas à arbitragem”, defendida na Faculdade de Direito da USP em 2017. Na produção estrangeira, destaca-se o livro de Benjamin Hayward, “Conflict of laws and arbitral discretion: the closest connection test”, publicado pela Oxford University Press em 2017, que resulta de tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Monash University (Clayton, Austrália). Mencionem-se também os cursos proferidos na Academia da Haia por George Bermann, “International arbitration and private international law” (2017) e por Horacio Grigera Naón, “Choice of law problems in international commercial arbitration” (2001). Entre trabalhos mais antigos, destaca-se a tese de doutorado de Julian D. M. Lew, “The choice of the applicable law in international commercial arbitration: a study in decided arbitration awards”, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Louvain em 1977.

Repita-se que o legislador brasileiro, tal qual o italiano,⁹⁵ mas diferentemente do francês,⁹⁶ do suíço,⁹⁷ do alemão,⁹⁸ do espanhol,⁹⁹ do português¹⁰⁰ e, mais recentemente, do argentino e do uruguaio,¹⁰¹ para citar alguns exemplos, não dispôs sobre o tema de que aqui se cuida. Diante da aparente lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, o árbitro que funcionar em arbitragem internacional com sede estabelecida no Brasil se encontrará, em princípio, livre para aplicar o método que considerar mais adequado, independentemente do sistema de direito internacional privado positivo vigente no País, assunto que será desenvolvido no capítulo 3 desta tese.

De resto, como se viu, muitas das leis e regulamentos que contemplam a hipótese de inexistência de escolha pelas partes preveem, justamente, a plena liberdade do árbitro para decidir da forma que considerar mais adequada; determinam, apenas, se deverá ser seguida a via conflitual (*voie indirecte*), ou se se os árbitros poderão determinar diretamente as normas de direito material adequadas ao caso (*voie directe*), ou, ainda, se deverão aplicar o princípio da proximidade,¹⁰² que, relembre-se, não é uma regra de conexão, mas um critério de análise aberto à interpretação do julgador.

Assim, operam os árbitros internacionais frequentemente em um vácuo normativo, que pode e deve ser objeto de atenção dos estudiosos do direito internacional privado. Pouco importa que a determinação do direito aplicável pelo árbitro, em si, não se sujeite ordinariamente a ser objeto de sanção, no caso de errônea ou defeituosa atuação arbitral, não se tratando, como se viu, de hipótese que

⁹⁵ O Código de Processo Civil italiano contava com um capítulo sobre arbitragem internacional entre 1995 e 2006, época em que a matéria era regulada em linha com o disposto na Lei-modelo da Uncitral. Porém, o Decreto Legislativo nº 40/2006 revogou dito capítulo, promovendo a unificação do direito italiano de arbitragem interna e internacional. Desde então, o direito positivo daquele país não contém regra expressa sobre a escolha do direito aplicável na arbitragem internacional, permanecendo reconhecida pela doutrina, não obstante, a autonomia da vontade das partes.

⁹⁶ Artigo 1.511 do Código de Processo Civil (antes da reforma legislativa de 2011, artigo 1.496) – adota a via direta.

⁹⁷ Artigo 187 da Lei de Direito Internacional Privado – adota a conexão mais próxima.

⁹⁸ Artigo 1.051 do Código de Processo Civil – adota a conexão mais próxima.

⁹⁹ Artigo 34 da Lei nº 60/2003 – adota a via direta.

¹⁰⁰ Artigo 52 da Lei nº 63/2011 – adota a conexão mais próxima.

¹⁰¹ Adotam a via direta – vide nota 3 acima.

¹⁰² São minoritárias, internacionalmente, as leis de arbitragem que especificam esse princípio de conflito de leis como aplicável à hipótese, como fazem os direitos suíço, alemão e português.

enseje a propositura de ação anulatória de sentença arbitral ou constitua, por si só, matéria de defesa em sede de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira,¹⁰³ nos termos da Lei nº 9.307/96 e da CNI-1958. Mas, não obstante, é importante que os árbitros disponham de orientações adequadas ao desempenho de seu múnus e ao cumprimento de sua função jurisdicional, essencial ao bom funcionamento do sistema de comércio internacional, sendo tarefa da doutrina desenvolver tais orientações.

Registre-se que, ao contrário do que se poderia pensar em um primeiro momento, o problema de que ora se cuida não é de incidência extremamente rara na prática da arbitragem internacional. Por exemplo, na Corte Internacional de Arbitragem da CCI, a mais importante entidade especializada em arbitragem internacional, entre os 842 novos casos ingressados no ano de 2018, 87% continham escolha da lei nacional aplicável, em 2% foram escolhidas regras de direito não estatais e 11% não contavam com qualquer escolha pelas partes, ou seja, 92 casos em uma única instituição, em um único ano.¹⁰⁴ Esse número, embora pequeno, não é

¹⁰³ Sobre o tema, vide o decidido pelo STJ, no julgamento da SEC nº 3.035, de que foi relator o Ministro Fernando Gonçalves, conforme acórdão publicado em 31.08.2009, de cujo voto condutor se extrai: “[o] mero juízo de delibação que é possível fazer, em sede de homologação de sentença estrangeira, não permite que o julgador brasileiro decida, em lugar do árbitro estrangeiro, como deve ser interpretado o termo ‘direito material suíço’. A inclusão de uma convenção recepcionada pelo direito suíço nesse conceito não implica ofensa aos limites da convenção de arbitragem ou mesmo à ordem pública brasileira, para fins de homologação. Ao menos em princípio, analisando a questão à luz do direito brasileiro, é cediço que um tratado ou uma convenção, ao serem recepcionados por um país contratante, passam a ter o mesmo status de lei interna desse país. Não há motivos para pensar que seria diferente na Suíça e mais que isso: não há por que imiscuir-se na sentença arbitral, quanto ao tema. O mesmo vale para o argumento de que a Convenção de Viena foi recepcionada com restrições pela Alemanha (Estado de residência de um dos contratantes) e não foi sequer recepcionada pelo Brasil (Estado de residência do outro contratante). Ao eleger o direito material suíço para a solução da controvérsia, as partes renunciaram à aplicação da lei interna de seu respectivo país, em prol da regulação da matéria por um sistema normativo estrangeiro. Não há, na arbitragem internacional, qualquer restrição a que se faça isso (art. 2º, §1º, da Lei 9.307/96)”. Ou seja, como restou decidido pelo STJ, não há espaço, no controle judicial de segundo grau, em sede de homologação de sentença estrangeira – e tampouco, pode-se depreender, haverá no de primeiro grau, na ação anulatória de sentença arbitral proferida no território nacional, inclusive e principalmente pela inexistência dessa hipótese no artigo 32 da Lei nº 9.307/96 – para se questionar o acerto ou desacerto da determinação do direito aplicável pelo árbitro, como foi, no precedente aqui mencionado, a indagação sobre se a Cism seria ou não parte do direito suíço, para fins de aplicação da cláusula de eleição da lei aplicável constante do contrato entre as partes.

¹⁰⁴ Informa a CCI (INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION, 2019, p. 22) que, “[e]m 87% dos litígios referidos à arbitragem da CCI em 2018, as partes incluíram uma cláusula de escolha da lei em seus contratos, cobrindo as leis de 114 nações, estados, províncias e territórios diferentes. Tal como em anos anteriores, a lei inglesa foi a *lex contractus* mais escolhida (16% dos casos registrados em 2018), seguida de perto pelas leis de algum estado norte-americano (12% dos casos). Os contratos que aplicaram leis de estados norte-americanos referiram-se a 17 estados, com a lei de Nova Iorque

irrelevante. Trata-se, como se vê, de um problema real, que afeta razoável quantidade de casos de arbitragem internacional.

Mas mesmo que se tratasse de circunstância de escassa ocorrência, ainda assim se justificaria o respectivo tratamento teórico. Com efeito, o tema objeto desta tese diz respeito ao estudo da evolução do próprio método do direito internacional privado, em conjunto com o esforço de constituição e autorrepresentação da arbitragem comercial internacional como um sistema autônomo de resolução de litígios, independente dos diversos ordenamentos jurídicos de base que lhe dão fundamento, com os quais o sistema arbitral deve ser coerente e harmonioso.

A respeito da autonomia institucional da arbitragem, em contraste e coexistência com sua concomitante e inevitável dependência dos ordenamentos jurídicos estatais, vêm a propósito as palavras de Luca Radicati di Brozolo (2005, p. 284-285):

É verdade que a arbitragem se fundamenta na autonomia das partes e é regulada, no essencial, pela vontade delas, pois as partes gozam atualmente, como vimos, da maior liberdade de escolha das normas a aplicar, de forma

sendo escolhida em metade dos casos. As leis francesa e suíça também se mantiveram como escolhas frequentes (em aproximadamente 9% dos casos registrados em 2018). As leis do Brasil e da Alemanha figuraram em 5º, com 40 casos cada, e México e Espanha em 6º, com 32 casos cada.

Apenas 2% dos contratos previram a aplicação de regras ou instrumentos outros, que não leis nacionais, em suas convenções de arbitragem ou cláusulas de escolha da lei. Entre esses, incluem-se a Convenção das Nações Unidas sobre Venda Internacional de Mercadorias, os Princípios Unidroit Aplicáveis a Contratos Comerciais Internacionais, a *lex mercatoria*, a 'lei da Uncitral' e os Incoterms da CCI. Tais instrumentos são às vezes aplicados no curso de uma arbitragem, seja por aplicação automática (Convenção das Nações Unidas sobre a Venda Internacional de Mercadorias), por cláusulas contatuais ou por acordo entre as partes. Em um único caso, foi requerido aos árbitros que decidissem *ex aequo et bono*. ("In 87% of the disputes referred to ICC Arbitration in 2018, parties included a choice-of-law clause in their contracts, which covered the laws of 114 different nations, states, provinces and territories. As in previous years, English law was the most selected *lex contractus* (16% of cases registered in 2018), closely followed by the laws of a US state (12% of cases). The contracts applying the laws of US states referred to the laws of 17 states, with New York law selected in half of the contracts. French and Swiss law also remained frequent choices (in approximately 9% of the cases registered in 2018). The laws of Brazil and Germany ranked 5th with 40 cases each, and Mexico and Spain ranked 6th with 32 cases each.

Only 2% of contracts provided for the application of rules or instruments other than national laws in their arbitration agreement or choice-of-law clause. These included the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, *lex mercatoria*, 'Uncitral Law' and the ICC Incoterms. Such instruments are however sometimes applied in the course of the arbitration, per automatic application (UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods), contractual terms or parties' agreement. There was a single contract requiring arbitrators to decide *ex aequo et bono*".

que a interferência dos Estados sobre a arbitragem se tornou mínima, a um tal ponto que frequentemente eles renunciam, em grande medida, a qualquer controle da sentença arbitral. Não é menos relevante notar que a vontade das partes não tem força, nem efeitos, senão na medida reconhecida pelos sistemas jurídicos nacionais, e que a autonomia privada só se pode exercer dentro dos limites admitidos pelas Estados. A situação, no fundo, é idêntica à dos contratos, que são, também eles, expressão paradigmática da autonomia das partes, mas que certamente não têm vida fora do direito estatal.
(...)

Poderíamos assim concluir que não é que a arbitragem se tenha tornado a-nacional ou deslocalizada, mas que são sobretudo as leis estatais que acabaram, em certo sentido, por aderir à posição dos autores mais “liberais”. Permanece o fato de que, mesmo se na prática a arbitragem ganhou uma liberdade e independência acentuadas em relação aos Estados, trata-se, no fim das contas, de uma liberdade “outorgada”.¹⁰⁵

A liberdade concedida e até promovida pelos Estados, em benefício do adequado funcionamento institucional da arbitragem comercial internacional, resulta em responsabilidade ainda maior para os operadores do direito, notadamente os árbitros internacionais, visando à preservação das boas relações e da recíproca confiança entre os diversos sistemas estatais (tanto pelo poder judiciário quanto pelo poder legislativo) e o sistema arbitral de resolução de litígios comerciais internacionais – discussão que diz respeito sobretudo aos limites impostos às partes e aos árbitros pelas regras de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, pelas normas processuais e procedimentais cogentes da *lex arbitri*, pelas normas de aplicação imediata e pelo princípio da ordem pública.¹⁰⁶

Já o problema da determinação do direito aplicável à solução do litígio – a *lex* ou *leges causæ*, que não se limita à identificação da *proper law of the contract*¹⁰⁷ –

¹⁰⁵ “Il est vrai que l’arbitrage se fonde sur l’autonomie des parties et est réglé pour l’essentiel par la volonté de celles-ci qui, on l’a vu, jussent maintenant de la plus grande liberté dans le choix des règles à appliquer, de sorte que l’interférence des Etats sur l’arbitrage est devenu minime, a tel point que souvent ils renoncent dans une très large mesure même à tout contrôle sur la sentence. Il n’en reste pas moins que la volonté des parties n’a de force ni d’effets que dans la mesure reconnue par les systèmes juridiques nationaux, et que l’autonomie privée peut s’exercer seulement dans les limites admises par les Etats. La situation est au fond identique à celle des contrats, qui eux aussi sont l’expression paradigmatique de l’autonomie des parties, mais qui n’ont certainement pas de vie hors du droit étatique. (...) On pourrait ainsi conclure que ce n’est pas l’arbitrage qui est devenu a-national ou délocalisé, mais que ce sont plutôt les lois étatiques qui ont fini dans un certain sens par rejoindre la position des auteurs les plus ‘libéraux’. Le fait reste que, même si en pratique l’arbitrage a gagné une liberté et une indépendance très poussée des Etats, il ne s’agit finalement que d’une liberté ‘octroyée’”.

¹⁰⁶ Sobre o tema, veja-se SERAGLINI, 2001; BROZOLO, 2005; ALMEIDA, 2005; BERMANN, 2017, p. 65 e ss.

¹⁰⁷ Com efeito, enquanto a *proper law of the contract* diz respeito ao regramento das obrigações contratuais, a expressão “direito aplicável à resolução do litígio” é mais ampla, podendo referir-se a

situa-se em um nível mais básico, atinente sobretudo ao interesse das partes e não dos Estados (ainda que também destes, indiretamente e de forma atenuada), sobrevivendo em um segundo momento a preocupação com a preservação da competência legislativa do Estado,¹⁰⁸ à vista das normas de aplicação imediata dotadas de especial intensidade valorativa e da necessidade de manutenção da integridade dos valores e princípios fundamentais do ordenamento jurídico, tutelados pela via da exceção de ordem pública.

De fato, nota-se que não há interesse dos Estados nacionais em promulgar legislação mandatória sobre a determinação do direito aplicável na arbitragem internacional, pois, como já se viu, enquanto alguns ordenamentos jurídicos contêm regra totalmente aberta, outros nem sequer regulam a hipótese. Adicionalmente, a confirmar a falta de interesse dos Estados em regular a matéria, é característica comum à virtual totalidade dos ordenamentos jurídicos, como já se viu acima, a inviabilidade ordinária de revisão judicial da sentença arbitral em razão unicamente da determinação do direito aplicado pelos árbitros,¹⁰⁹ de forma idêntica ao que se passa quanto à específica aplicação do direito para a composição da lide.

Nem por isso o tema desta tese deve despertar menor interesse acadêmico. Ao contrário, tratando-se de área do direito escassamente regulada, seja pelas fontes de direito interno, seja pelo direito convencional de fonte internacional, maior ainda se afigura a responsabilidade da ciência jurídica por aclarar conceitos e propor soluções manejáveis e úteis para os operadores do direito.

outras questões controvertidas, de natureza não contratual. Assim, caso surja, em um litígio, a necessidade de resolver questões controvertidas de capacidade civil, representação, direitos reais, direito societário, responsabilidade extracontratual, direito regulatório, entre outras, a determinação do direito a elas aplicável também se fará necessária, não se restringindo o problema à identificação da *lex contractus*. No entanto, obviamente tais questões devem ser determinadas de acordo com as regras conflituais que lhes sejam mais adequadas, conforme a respectiva natureza, e não necessariamente em conformidade com a mesma lei que rege o contrato.

¹⁰⁸ Fala-se aqui da competência legislativa ou normativa, isto é, competência para regular juridicamente os fatos da vida, ou “jurisdiction to prescribe” na terminologia norte-americana (LOWENFELD, 1996, p. 15).

¹⁰⁹ Ressalve-se que existe efetivamente o controle da violação à ordem pública internacional em sede de reconhecimento e execução de sentença estrangeira e ainda a possibilidade de declaração de invalidade da sentença arbitral, nas jurisdições que admitem o controle da ordem pública pelo poder judiciário do Estado onde a sentença foi prolatada, o que não é caso do Brasil, em princípio, ao menos segundo o teor literal do artigo 32 da Lei nº 9.307/96, embora se trate de questão doutrinariamente controvertida.

2.5 Premissas da presente tese e a evolução das relações entre direito internacional privado e arbitragem comercial internacional.

O problema do direito aplicável aos aspectos substanciais do litígio na arbitragem comercial internacional é usualmente analisado, como se disse, a partir do estudo da autonomia da vontade das partes na escolha da lei ou das regras de direito aplicáveis ao contrato e ao litígio.¹¹⁰ No tocante à autonomia privada, compreendida em sentido amplo, tem especial relevância para a presente tese o fenômeno da submissão voluntária à lei estrangeira,¹¹¹ expressão da autonomia negocial da parte que se expõe a um ambiente de negócios estrangeiro, circunstância fática da qual defluem consequências para o direito de conflitos.

Nesse particular, cabe registrar que o princípio da submissão voluntária, como índice da aplicabilidade de determinado ordenamento material positivo a uma situação fática, foi considerado por Savigny o principal fundamento do direito do conflito de leis, antes mesmo do conceito de sede da relação jurídica,¹¹² mais comumente associado a esse formulador da doutrina conflitual clássica.¹¹³⁻¹¹⁴

¹¹⁰ O tema da autonomia da vontade ou autonomia privada das partes é central hodiernamente em diversas áreas do direito internacional privado, inclusive no direito de família, nas sucessões e na responsabilidade por atos ilícitos, mas tem maior abrangência e unanimidade em sede contratual, o que é compreensível, pois, como observa Irineu Strenger (2003, p. 645), “o direito que se apoia sobre o contrato, como símbolo do direito individual, alicerça-se nos princípios da igualdade e da liberdade, ao passo que o direito que se apoia nas instituições tem apenas como suporte a autoridade. Assim, deixar de reconhecer o papel da vontade, em qualquer alternativa teórica, contraria a irrefutável concepção pluralista da sociedade onde os ideais morais e jurídicos se cristalizam por força de um comando que se origina na natureza humana” e “o homem constitui o centro do direito, e o fim principal do direito é servir a seus legítimos interesses”.

¹¹¹ Entende-se por submissão voluntária a criação de uma conexão pela parte, por força do exercício da autonomia da vontade, em que não se escolhe a lei aplicável expressamente, mas se pratica um ato que gera, em consequência, a aplicabilidade de um determinado direito (vide RAMOS, 2018, p. 399; CASTRO, 1997, p. 437).

¹¹² Segundo o qual a missão do direito internacional privado seria a de identificar, para cada relação jurídica, o direito ao qual ela pertence ou se sujeita segundo sua própria natureza, com o objetivo de assegurar resultados uniformes no conflito de leis, independentemente da jurisdição que se ocupe do litígio (GAMA, 2020, p. 101-102).

¹¹³ Nesse sentido, vide PEARI, 2018, p. 49; AUDIT; D'AVOUT, 2018, p. 216; VALLADÃO, 2012 [1964], p. 173. Esse último autor nota habilmente que “Savigny punha como base das três regras acima, ‘*domicilii, rei sitae, loci solutionis*’ o ‘mesmo princípio da submissão voluntária da parte’, pois ‘cada qual é absolutamente livre de escolher seu domicílio’; ‘quem deseja adquirir ou exercer um direito sobre uma coisa transporta-se para onde está situada, submetendo-se, assim, voluntariamente, ao direito do lugar’; e a sede da obrigação no lugar de sua execução resulta ‘da submissão livre das partes, as mais da vezes, de uma declaração de vontade não expressa mas tácita’”.

¹¹⁴ Amílcar de Castro (1997, p. 437) opina no sentido de que, ao se falar em autonomia da vontade em direito internacional privado, está-se falando de coisa distinta da submissão voluntária de Savigny, que

Também se mostra relevante o estudo da *escolha tácita* do direito aplicável, assim como o tema da *não-escolha* do direito aplicável como suposta manifestação volitiva negocial negativa. Estudar-se-á a relevância que a escolha tácita e a não-escolha podem ter em sede arbitral, comparativamente à judicial, em razão das especificidades da arbitragem comercial internacional como modo privado de resolução de litígios que constitui um sistema jurisdicional a serviço dos operadores do comércio internacional.

Ainda nessa linha, será abordada a tutela da *legítima expectativa das partes*, como ponto de partida, ao lado do princípio da *submissão voluntária*, da análise tendente à determinação das regras de direito aplicáveis à substância do litígio. Constatada a inexistência de manifestação de vontade comum às partes, expressa ou tácita, cabe investigar os critérios de que se podem valer os árbitros internacionais para a determinação do direito aplicável ao litígio. Nesse contexto, torna-se relevante estudar mais a fundo a questão da vinculação ou não dos árbitros internacionais ao regime comum de direito internacional privado vigente no Estado da sede da arbitragem.

Esse problema, conquanto já considerado pacificado – prevalecendo hodiernamente o aforismo “o árbitro não tem foro” –,¹¹⁵ precisa ainda ser estudado no contexto brasileiro.¹¹⁶⁻¹¹⁷ Será necessário, assim, traçar a evolução histórica da

se expressa pela liberdade de fixar domicílio em determinado país, ou de adquirir um imóvel ou escolher o lugar de celebração de um contrato. Observe-se, contudo, que embora Savigny de fato considerasse que as mais típicas submissões voluntárias seriam as pertinentes à *lex domicilii* e à *lex rei sitæ*, também contemplava o jurista alemão o princípio da submissão voluntária em sede obrigacional, “porquanto a submissão presumida que determina ao mesmo tempo a sede da obrigação e a jurisdição deve determinar igualmente o direito local aplicável” (SAVIGNY, 2004 [1849], p. 207), sendo certo que “todas essas regras [local do cumprimento, local em que a obrigação tem origem, local do domicílio do devedor] repousam na presunção de que o devedor se submeteu voluntariamente a um direito local determinado” (id., p. 208).

¹¹⁵ Vide referências na nota 36, *supra*.

¹¹⁶ Tampouco em âmbito mundial há estudos que tenham apresentado fundamentação suficientemente abrangente para tal aforismo. A rigor, a noção de que “o árbitro não tem foro” é atualmente aceita como aproblemática e autoevidente. Vale mencionar, a respeito, a obra de Manuel Botelho da Silva, “Arbitragem voluntária: a hipótese da relatividade da posição do árbitro perante o direito de conflitos de fonte estatal” (2004), publicada em Coimbra pela editora Almedina.

¹¹⁷ Mencione-se ainda a tese de doutorado de Clávio de Melo Valença Filho, onde se colhem as seguintes considerações (2015, p. 29): “ao se afirmar que árbitro não tem foro, atribui-se à palavra ‘foro’ significado idêntico ao que lhe empresta a disciplina do direito internacional privado: conexão entre a

doutrina sobre a aplicação de normas de direito internacional privado na arbitragem comercial internacional. Esse percurso se inicia pela posição mais antiga e conservadora, que vincula o árbitro às normas de conflito do local onde se desenvolve a arbitragem, ou *sede* da arbitragem. Essa posição refletiu-se em Resolução do Institut de Droit International (“I.D.I.”), aprovada em 1957,¹¹⁸ que reputou a sede da arbitragem como centro de gravidade do litígio arbitral, para os fins do direito internacional privado.¹¹⁹ Tal entendimento foi posteriormente defendido em artigo doutrinário de Francis A. Mann intitulado “*Lex facit arbitrum*”, de 1967, que alcançou grande divulgação, mas que deve ser avaliado dentro nos limites de um trabalho pontual e sucinto.

Alguns anos depois da aludida Resolução do I.D.I., seria celebrada a Convenção Europeia de 1961, afastando-se do extremado territorialismo do Instituto e adotando, como se viu acima, o método conflitual, ou *voie indirecte*, pelo qual o árbitro deve, primeiramente, identificar a regra conflitual do sistema de direito internacional privado que considerar adequado, para, mediante a aplicação de tal regra, determinar em um segundo momento o direito material de regência do litígio.

autoridade jurisdicional e o território do Estado que a investiu. Se o território serve de conexão entre o juiz nacional e o Estado que o investiu, cujo ordenamento dita os critérios de existência de poder jurisdicional e os limites da atividade de cada um de seus juízes, reconhecer, no árbitro, autoridade sem foro requer a demonstração da possibilidade de existir sistema jurídico independente de território e, sobretudo, autoridade sem vínculo com determinado Estado” (p. 15). “O árbitro não tem foro; tem setor, que é o da economia, o do comércio em especial. Por não possuir vínculos em relação a qualquer território e respectivo Estado-juiz, ele é, sempre, um estrangeiro em relação ao sistema jurídico do juiz nacional do foro. Assim, a relação entre juiz nacional e árbitro é problemática pertinente ao estudo da comunicação entre os centros de sistemas jurídicos diversos, por meio das regras de jurisdição internacional ou arbitral indireta localizada na periferia do sistema do juiz nacional do foro”.

¹¹⁸ A Resolução de 1957 do I.D.I. será especificamente analisada e criticada no subcapítulo 3.2, abaixo.

¹¹⁹ Entre outras regras com viés territorialista, destaca-se o artigo 11 da referida Resolução, que dispõe que “[a]s regras de conexão em vigor no Estado da sede do tribunal arbitral devem ser seguidas para determinar a lei aplicável à substância do litígio. Dentro dos limites dessa lei, os árbitros aplicam a lei escolhida pelas partes ou, na falta de indicação expressa, determinam qual é a vontade das partes nessa matéria, considerando todas as circunstâncias da causa. Se a lei do lugar da sede do tribunal arbitral o autorizar, as partes podem conceder aos árbitros o poder de julgar em equidade ou em conformidade com regulamentos de associações profissionais” (“Les règles de rattachement en vigueur dans l’Etat du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige. Dans les limites de cette loi, les arbitres appliquent la loi choisie par les parties ou, à défaut d’indication expresse de celles-ci, déterminent quelle est la volonté des parties à cet égard en considérant toutes les circonstances de la cause. Si la loi du lieu du siège du tribunal arbitral les y autorise, les parties peuvent donner aux arbitres le pouvoir de juger en équité ou d’après les règlements des associations professionnelles”).

Nessa mesma época, ao longo dos anos 1960, juristas da escola francesa de arbitragem começavam a fazer circular ideias como a autonomia da arbitragem comercial internacional, a a-nacionalidade das sentenças arbitrais internacionais, a sentença arbitral “*flottante*” (flutuante)¹²⁰ e a *lex mercatoria* como fonte de direito material própria do comércio internacional, entre outras.

Essas teorias foram objeto de grande controvérsia doutrinária, por décadas, tendo algumas prevalecido, ao ponto de hoje serem consideradas incorporadas ao comum sentimento jurídico (ex.: a *relativa* autonomia da arbitragem comercial internacional), ao passo que outras foram deixadas de lado, como ideias arrojadas, porém irrealistas (ex.: a a-nacionalidade da sentença arbitral). Há também questões que até hoje suscitam forte controvérsia, de que é exemplo a exequibilidade internacional de sentenças arbitrais anuladas no país de origem (na contramão do disposto na CNI-1958, artigo 5º, 1, letra “e”), corolário da controvertida doutrina da sentença arbitral dita “flutuante”.

Gradualmente, a posição da comunidade jurídica internacional e dos legisladores nacionais caminhou na direção da autonomização dos árbitros internacionais em relação ao direito internacional privado da sede da arbitragem.¹²¹ Exemplo dessa evolução é a Lei-modelo da Uncitral, de 1985, que atribuiu aos árbitros liberdade para determinar as normas de conflito mais adequadas ao litígio, liberando-os da observância das regras vigentes na sede da arbitragem, a exemplo da precedente Convenção Europeia de 1961.

¹²⁰ Aquela que uma sentença inglesa da Court of Appeal definiu ironicamente, em 1983 (caso *Bank Mellat v. Helliniki Techniki SA*, relator *Lord Justice Kerr*, [1984] 1 QB 291), como aquela que está “flutuando no firmamento transnacional, desconectada de qualquer sistema jurídico local” (“[d]espite suggestions to the contrary by some learned writers under other systems, our jurisprudence does not recognise the concept of arbitral procedures floating in the transnational firmament, unconnected with any municipal system of law”). Disponível em: <http://www.uniset.ca/other/cs3/1984QB291.html>; acesso em: 18.06.2022. Trecho citado à p. 301.

¹²¹ Não se perca de vista, entretanto, que os árbitros permanecem vinculados a aspectos cogentes da *lex arbitri*, notadamente as regras previstas nos ordenamentos jurídicos nacionais para a estruturação do próprio instituto da arbitragem, além de normas com *status* de direito e garantia fundamentais, de que são exemplos, no Brasil, a igualdade das partes, o princípio do contraditório, a ampla defesa e as concepções atinentes à independência e imparcialidade dos árbitros, como afirmou enfaticamente o STJ no conhecido caso *Abengoa* (SEC nº 9.412), em que a Ministra Nancy Andrighi declarou que a imparcialidade do julgador seria “pressuposto processual de validade de qualquer processo e das decisões nele proferidas” e “cânone constitucional decorrente das cláusulas do devido processo legal e do juiz natural”.

Já o Regulamento da Uncitral para arbitragens *ad hoc* registrou uma interessante evolução – reflexo da *opinio doctorum* prevalecente em cada época – entre sua versão original, de 1976, que remetia os árbitros às normas de conflito de leis que considerassem aplicáveis, e a versão revista em 2010, que passou a permitir aos árbitros escolher diretamente a lei que considerarem aplicável.¹²²

Essa mesma evolução verificou-se em diversas legislações nacionais, baseadas ou não na Lei-modelo da Uncitral.

O direito francês, pioneiramente, passou a prever desde a reforma do direito interno da arbitragem internacional promovida pelo Decreto nº 81-500, de 12.05.1981,¹²³ a possibilidade de livre determinação das regras de direito (e não apenas das leis) aplicáveis pelo árbitro, na ausência de escolha pelas partes. Essa disposição foi essencialmente mantida na reforma legislativa de 2011 e está refletida no atual artigo 1.511 do Código de Processo Civil francês.

O Institut de Droit International voltou a se manifestar sobre o assunto no ano de 1989, na sessão de Santiago de Compostela, mediante a edição de resolução específica sobre as arbitragens em que figuram, de um lado, Estados ou entidades estatais e, de outro, empresas privadas estrangeiras. Essa resolução é muito mais

¹²² Nos trabalhos de revisão do Regulamento da Uncitral aplicável a arbitragens *ad hoc*, surgiu a tentativa de incluir a conexão mais próxima como regra de conflito aplicável, porém sem sucesso, como relata Vincenzo Vigoriti (2012 [2011], p. 1.372): “Na hipótese, como em todos os outros regulamentos arbitrais, compete ao árbitro escolher a lei aplicável: aqui a norma fala de ‘law’, e não de ‘rules of law’, que é locução mais ampla. Alguns propuseram que a escolha recaísse sobre a lei com a qual a controvérsia tivesse a conexão mais estreita, solução (por assim dizer) tradicional, com evidente inspiração na Convenção de Roma, enquanto outros optaram por uma fórmula que permitisse ao árbitro a escolha da lei que considerasse mais ‘apropriada’. Esta segunda foi a solução preferida (alínea 1)” (“In ipotesi, come in tutti gli altri regolamenti arbitrali, tocca agli arbitri scegliere la legge applicabile: qui la norma parla di law, e non di rules of law, che è locuzione più ampia. Proponevano alcuni che la scelta dovesse cadere sulla legge con cui la controversia aveva il legame più stretto, soluzione (per così dire) tradizionale con evidente richiamo alla Convenzione di Roma, mentre altri optavano per una formulazione che consentisse agli arbitri di scegliere la legge che ritengono più ‘appropriata’. Questa seconda è stata la soluzione preferita (comma 1)”).

¹²³ Que incluiu, entre outros, o art. 1.496 no Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “O árbitro decide o litígio em conformidade com as regras de direito que as partes escolheram; na falta de uma tal escolha, em conformidade com as que considerar apropriadas. Em todos os casos, ele leva em conta os usos do comércio” (“L’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d’un tel choix, conformément à celles qu’il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce”).

nuançada e cautelosa do que a de 1957, porém não é dotada de clareza, ao ponto de resultar ser pouco prática. De fato, o seu artigo 6º dispõe:

As partes têm plena autonomia para determinar as regras e princípios de procedimento e de direito material que devem ser aplicados pelo árbitro. Em particular, (1) as diversas questões relevantes podem ser submetidas respectivamente a regras e princípios diferentes, e (2) essas regras e princípios podem ser obtidos em diferentes sistemas jurídicos nacionais, assim como em fontes não nacionais, como os princípios do direito internacional, os princípios gerais de direito e os usos do comércio internacional.

Na medida em que as partes tenham deixado aberta essa questão, o tribunal investiga as regras e princípios necessários entre as fontes indicadas no artigo 4º (itálico aditado).¹²⁴

O artigo 4º, ao qual o dispositivo acima transcrito remete, prevê que as fontes de direito de que se deve valer o árbitro, para identificar as normas de direito aplicáveis à solução do litígio, são as seguintes:

[O] tribunal resolve a questão aplicando uma ou várias das seguintes fontes de direito: (...) a lei declarada aplicável segundo o sistema de direito internacional privado designado pelas partes, os princípios gerais de direito internacional público ou privado, os princípios gerais da arbitragem internacional, ou a lei que seria aplicada pelas jurisdições do lugar da sede do tribunal. Ao fazer essa escolha, o tribunal será guiado, em cada um dos casos, pelo princípio *in favorem validitatis*.¹²⁵

Assim, a solução adotada pela resolução de 1989 não propõe um caminho fácil para o árbitro. Acolhe expressamente o *dépeçage*,¹²⁶ a critério do árbitro, e remete a

¹²⁴ “Les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes de procédure et de droit matériel qui doivent être appliqués par les arbitres. En particulier, (1) les diverses questions soulevées peuvent être respectivement soumises à des règles et principes différents, et (2) ces règles et principes peuvent être empruntés à différents systèmes juridiques nationaux ainsi qu'à des sources non nationales, comme les principes du droit international, les principes généraux du droit et les usages du commerce international.

Dans la mesure où les parties ont laissé la question ouverte, le tribunal recherche les règles et principes nécessaires parmi les sources indiquées à l'article 4.”

¹²⁵ “[L]e tribunal tranche la question en appliquant une ou plusieurs des sources de droit suivantes: (...), la loi déclarée applicable selon le système de droit international privé désigné par les parties, les principes généraux de droit international public ou privé, les principes généraux de l'arbitrage international, ou la loi qui serait appliquée par les juridictions du lieu où le tribunal siège. En faisant ces choix, le tribunal sera guidé, en chacun des cas, par le principe *in favorem validitatis*”.

¹²⁶ O *dépeçage*, ou despedaçamento, consiste na técnica de aplicação de leis distintas para reger diferentes partes ou aspectos de um contrato ou de uma relação jurídica. O *dépeçage* pode ser livremente usado pelo julgador, se permitido pelo sistema de direito internacional privado que rege o julgamento. Como o árbitro não conta com um sistema de referência para as soluções de direito internacional privado que adotará, ele pode praticar o *dépeçage* conforme a conveniência e

quatro possíveis fontes: o sistema de direito internacional privado escolhido pelas partes (escolha essa cuja ocorrência, se não impossível, é extremamente improvável, haja vista que a regra de que aqui se cuida refere-se à hipótese de falta de indicação da lei aplicável, sendo inusitado cogitar que partes que deixaram de escolher o direito material aplicável resolvam indicar um sistema de direito internacional privado competente), princípios gerais de direito internacional público ou privado, princípios gerais da arbitragem internacional e/ou, ainda, o sistema de direito conflitual da sede da arbitragem. Como se vê, não há qualquer direção segura, mas, sim, uma plêiade de critérios lançados cumulativamente sem clareza normativa.

As proposições do I.D.I., ao que tudo indica, não tiveram grande acolhimento – nem a abordagem territorialista e rígida de 1957, nem as vagas concepções de 1989, ainda que principiológicas e pluralistas, estas últimas refletidas, de certa maneira, no Acordo do Mercosul de 1998, anteriormente mencionado, igualmente acimado de confuso.

A adoção do método direto em crescente número de legislações nacionais, a partir do exemplo francês, em detrimento do método conflitual adotado pela Convenção Europeia de 1961 e pela Lei-modelo da Uncitral, é obra, ressalte-se, da influente escola francesa antes referida, que sustenta as supostas inutilidade e inadequação do método conflitual e preconiza a confiança na capacidade dos árbitros internacionais de identificarem diretamente o direito material mais adequado à solução dos litígios, sem a intermediação de alguma regra de conflitos previamente selecionada em um específico sistema de direito internacional privado.

Exemplo eloquente dessa corrente é o pensamento de Phillippe Fouchard (2007 [1982], p. 318-319), em estudo sobre a lei de reforma do direito da arbitragem (1981), que introduziu a *voie directe* no direito francês:

Tem-se criticado frequentemente a complexidade inútil do sistema da Convenção Europeia, e sua hipocrisia. Pois uma regra de conflito não é senão um instrumento técnico, em si mesmo perfeitamente neutro; ela não pode,

necessidade do caso, cuidando, porém, para que a decisão como um todo seja coerente, ou seja, que a aplicação de leis diferentes para duas ou mais questões suscitadas em um mesmo litígio não conduza a inconsistências internas ou incoerências lógicas na decisão.

estritamente falando, aplicar-se a nenhuma espécie. Somente as normas materiais podem apresentar uma tal qualidade. (...)

Recear que se force [os árbitros] à fantasia, e imaginar que eles abusarão dessa liberdade e transformarão a fundamentação jurídica de sua sentença em um traje de Arlequim é não somente prova de pessimismo; é também esquecer o que motiva os árbitros a procurar, em vários sistemas jurídicos, fundamentos de reforço (...).¹²⁷

Esse pensamento denota certa hostilidade e relativa incompreensão quanto ao método conflitual do direito internacional privado, fundadas, em última instância, na reserva quanto ao seu caráter de veículo de uma justiça meramente formal, incapaz de valorar o conteúdo da norma material apontada como competente e, na concepção tradicional mais estrita, efetivamente infenso a tal valoração.¹²⁸

Por outro lado, o mesmo jurista defende (idem, ibidem) uma abordagem análoga à da doutrina norte-americana da “*better law*” – segundo a qual o direito internacional privado deve prestigiar a aplicação da lei mais adequada à espécie, assim especificamente entendida aquela que se mostrar mais moderna e avançada (na visão subjetiva do julgador) quanto ao tratamento jurídico das questões de direito suscitadas pelo litígio pluriconectado.

Essa visão é questionável, se não qualificada devidamente, tanto em razão de seu acentuado subjetivismo quanto por sua arbitrariedade, que se somam à crítica mais geral oponível à *voie directe*, relativa à escassa certeza jurídica e previsibilidade que proporciona aos usuários da arbitragem comercial internacional.

¹²⁷ “On avait souvent critiqué la complexité inutile du système de la Convention européenne, et son hypocrisie. Car une règle de conflit n’est qu’un instrument technique, en lui-même parfaitement neutre; il ne peut, à strictement parler, être approprié à aucune espèce. Seules les règles matérielles peuvent présenter une telle qualité (...) Craindre qu’on les pousse [aux arbitres] à la fantaisie, et imaginer qu’ils abuseront de cette liberté en transformant le fondement juridique de leur sentence en un manteau d’Arlequin, c’est non seulement faire preuve de pessimisme; c’est aussi oublier ce qui pousse les arbitres à chercher, dans plusieurs systèmes juridiques un renfort de motifs (...)”.

¹²⁸ A prevalência da discricionariedade do julgador, ao revés, proporciona a concretização de uma visão totalmente subjetiva de justiça material, em metodologia enviesada pela busca do resultado que o árbitro considerar desejável. Quanto a tal risco, observa Benjamin Hayward (2017, p. 143) que “questões conflituais podem potencialmente ser resolvidas com um viés orientado a resultados, no regime regulatório atual. Isso não se compadece com o dever do árbitro de aplicar o direito ou de garantir o devido processo, nem com o ideal de promover justiça comercial” (“conflicts questions can potentially be resolved on a results-oriented basis within the current regulatory regime. This does not sit comfortably with an arbitrator’s duty to apply the law or to uphold due process, nor the ideal of delivering commercial justice”).

Para a superação desse estado de incerteza, a doutrina tem proposto soluções *de lege ferenda* que indubitavelmente aumentariam a segurança jurídica das partes, mas que dificilmente contam com perspectivas reais de ampla adesão, pois são dependentes de iniciativas legislativas convergentes em um significativo número de países importantes para a arbitragem, ou de sua adoção pelas mais relevantes entidades arbitrais internacionais, mediante alterações pontuais em seus regulamentos.

No plano do direito internacional, a unificação do regime jurídico aplicável à determinação das regras de direito pelo árbitro (que poderia ter objeto mais amplo do que o do direito aplicável à resolução do litígio, abrangendo também a regulação do exercício da autonomia da vontade e a aplicação das normas de aplicação imediata e da exceção de ordem pública) dependeria da criação de uma convenção internacional harmonizadora ou unificadora, ou ao menos da concepção de algum instrumento não vinculante sobre o tema, a exemplo dos Princípios da Haia sobre a Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais. Entretanto, não parece haver interesse dos Estados em disciplinar a matéria, nem se tem notícia de qualquer iniciativa nesse sentido nos foros internacionais dedicados à uniformização e harmonização do direito.¹²⁹

Vejam-se a seguir algumas propostas doutrinárias sobre o tema.

Benjamin Hayward (2017) propõe o que chama de “*bright-line test*” (“teste com critério claro”), após analisar os prós e contras teóricos e práticos de onze diferentes critérios para a determinação das regras de direito aplicável,¹³⁰ concluindo pela

¹²⁹ Sobre as possibilidades e dificuldades dos procedimentos de harmonização, unificação e uniformização do direito, vide CASELLA, 1998.

¹³⁰ Tais critérios são por ele divididos entre **(a)** os que modernamente não gozam de grande prestígio internacional, a saber: (1) regras conflituais da sede da arbitragem, com aplicabilidade automática; (2) lei material da sede da arbitragem; (3) regras conflituais mais proximamente conectadas; (4) regras conflituais encontráveis em instrumentos internacionais relevantes; e (5) regras conflituais do Estado que teria jurisdição sobre o caso, ou do domicílio do árbitro, ou do lugar de provável execução da sentença; **(b)** os que atualmente gozam de algum prestígio, porém são vistos como controvertidos, a saber: (6) regras conflituais da sede da arbitragem, com aplicabilidade discricionária; (7) princípios gerais do direito internacional privado; e (8) aplicação da *lex mercatoria* como padrão; e, finalmente, **(c)** os critérios considerados *mainstream*, a saber: (9) a aplicação da lei material mais proximamente

proposição de um “*closest connection test*” em conformidade com uma versão ligeiramente modificada do artigo 4º da Convenção Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, da União Europeia, firmada em 1980 em Roma (“Convenção de Roma de 1980”), com o seguinte teor (obs.: as modificações por ele propostas são a seguir identificadas com o uso de sublinhados e tachados):

1. Na medida em que a lei aplicável ao contrato não tenha sido escolhida nos termos do artigo 3º, o contrato é regulado pelas regras de direito lei do país com o qual o caso apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com outras regras de direito um outro país, a essa parte ~~poderá~~ poderão aplicar-se, a título excepcional, essas regras de direito a lei desse outro país.

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

(...)

5. O disposto no nº 2 não se aplica se a prestação característica não for determinável. ~~As presunções dos nºs 2, 3 e 4 não serão admitidas~~ A presunção do nº 2 não será admitida sempre que resulte do conjunto das circunstâncias que o caso contrato apresenta claramente uma conexão mais estreita com outro país.

Para citar outro exemplo de proposta de solução para o problema, radicalmente diferente da acima exposta, mas igualmente de improvável viabilidade prática, sugere Gary Born o retorno à prevalência das regras conflituais do sistema de direito internacional privado do Estado onde se situa a sede da arbitragem. Esse renomado jurista adota uma postura bastante cautelosa quanto às teorias que conduzem à dissociação entre a arbitragem comercial internacional e as leis nacionais, pois, segundo seu entendimento (2014, p. 2.657),

[a] lei é a base para a arbitragem internacional, sem a qual o processo arbitral perde tanto sua legitimidade quanto sua eficácia, e ao contrário, presta-se um

conectada com o litígio; (10) a aplicação cumulativa das regras de conflito interessadas no litígio; e (11) a aplicação direta da lei material.

desserviço ao seu propósito mais fundamental, que é o de resolver disputas com definitividade e de uma forma jurisdicional e legalmente obrigatória.¹³¹

Assim, tal autor rejeita a tese da total independência entre o árbitro e o direito conflitual “local”, defendendo que o acordo das partes quanto à escolha da sede para a arbitragem, na falta de escolha do direito aplicável, geralmente (mas não sempre) autorizaria a presunção de que seriam aplicáveis as regras de conflito de leis do Estado onde se situa a sede da arbitragem. Tal solução, segundo defende, seria, “na maioria dos casos, a mais simples, neutra, previsível e justa regra para a escolha da lei” (id., p. 2.659-2.660),¹³² assim evitando

a incerteza e potencial arbitrariedade de pesquisar qual regra de escolha da lei seria “apropriada”, ou qual lei material deveria ser “diretamente” aplicada, e bem assim as incertezas associadas à necessidade de escolher entre um número de sistemas de conflitos potencialmente aplicáveis.¹³³

Propostas que pressuponham ampla adesão da comunidade arbitral internacional a um único critério são, por natureza, de difícil implementação, dada a evolução histórica das visões sobre o tema, que, como seu viu acima, progrediu para o estado atual de indeterminação e discricionariedade, efetivamente desejadas e aplaudidas por parte significativa da doutrina e dos praticantes da arbitragem comercial internacional. Justamente em razão da dificuldade de unificação das opiniões sobre o tema e das relativamente incontornáveis estabilidade e fixidez das leis nacionais, pareceu preferível a essa parte da doutrina a concessão de ainda maior liberdade – dir-se-ia liberdade total – aos árbitros internacionais, assim renunciando-se à previsão abstrata de critérios legais pré-determinados e gerais, de obrigatória observância.

Em lugar de se almejar o retorno a um critério único e homogêneo, parece mais factível e condizente com a evolução da matéria a propositura de orientações para a

¹³¹ “Law is the basis for international arbitration, without which the arbitral process loses both its legitimacy and efficacy, and instead disserves its most fundamental purpose of finally resolving disputes in an adjudicative, legally-binding manner”.

¹³² “In most cases, this provides the simplest, most neutral, most predictable and fairest choice-of-law rule”.

¹³³ “[This avoids] the uncertainty and potential arbitrariness of inquiry into what choice-of-law rules are ‘appropriate’, or what substantive law should be ‘directly’ applied, as well as the uncertainties associated with the need to choose among a number of potentially applicable conflicts systems”.

resolução do conflito de leis na arbitragem internacional que efetivamente admitam a pressuposta liberdade dos árbitros e acolham o ecletismo das abordagens existentes para a solução do problema, porém levando em consideração, de forma fundamentada, tanto as necessidades dos negócios internacionais quanto os princípios inerentes à ciência do conflito de leis no espaço.

Este é o caminho que a presente tese buscará trilhar, a partir das premissas até aqui apresentadas, em conformidade com a estrutura da exposição delineada no subcapítulo 1.2 *supra*.

3 A TENDÊNCIA À AUTONOMIA DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL.

3.1 A hipótese de um sistema autônomo de arbitragem comercial internacional e sua crítica.¹³⁴

O direito da arbitragem comercial internacional convive com teorias conflitantes acerca do fundamento jurídico da arbitragem, como meio extrajudicial vinculante para a resolução de litígios internacionais, e bem assim do fundamento da eficácia e validade das sentenças arbitrais pertinentes a tais litígios. Embora se trate de controvérsia que resulta de distintas concepções teóricas, ela suscita importantes consequências práticas para os principais interessados: os agentes econômicos que operam internacionalmente e se veem envolvidos em litígios sujeitos à resolução pela via arbitral.

Já se viu que os negócios internacionais precisam de previsibilidade e segurança jurídica, quanto à eficácia do método adotado para a solução de litígios, tratando-se de atributos essenciais para a tutela dos interesses do comércio internacional, que a arbitragem como instituição deve promover. Com efeito, toda a notável evolução da arbitragem comercial internacional, ao longo da segunda metade do século XX e das primeiras décadas do século XXI apoiou-se na segurança jurídica, eficácia e definitividade das sentenças arbitrais, como justificativas e premissas para o sempre crescente acolhimento da arbitragem pelos Estados.

No entanto, a teoria jurídica adotada quanto aos fundamentos da arbitragem pode favorecer ou, ao contrário, limitar, os poderes dos árbitros internacionais e as possibilidades de reconhecimento e execução de suas sentenças. Assim, por exemplo, diante da interferência do poder judiciário de determinado país sobre arbitragem nele sediada, há casos em que se deu prosseguimento à arbitragem

¹³⁴ O presente subcapítulo 3.1 vale-se parcialmente de texto constante de estudo deste autor, anteriormente publicado (ALMEIDA, 2016a), mas aqui substancialmente revisto, enriquecido e adaptado aos propósitos da presente tese.

mediante modificação do Estado da sede do procedimento.¹³⁵ Também pode um tribunal arbitral, diante de tentativa de interferência pelo poder judiciário de outra jurisdição, que não a da sede, eventualmente ignorar ordens judiciais (*anti-arbitration injunctions*) e dar regular prosseguimento à arbitragem, o que provavelmente inviabilizará o reconhecimento e execução da futura sentença no país em questão, mas não, necessariamente, em outras jurisdições.¹³⁶ Outra situação em que se cogita a independência entre arbitragem internacional e Estado é a de anulação da sentença arbitral pelo poder judiciário do país onde foi prolatada, discutindo-se se poderia a parte interessada levá-la a reconhecimento e execução em outra jurisdição, mediante a alegação de que a anulação teria eficácia meramente territorial, sem efeitos internacionais automáticos.¹³⁷

Na mesma linha, no que respeita à determinação das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio, poderá o árbitro internacional, na ausência de escolha pelas partes, considerar-se inteiramente desvinculado da *lex arbitri*, relativamente às regras de conflito de leis desse mesmo ordenamento, ou de todos os ordenamentos dos Estados conectados com a causa, segundo os critérios tradicionais do direito internacional privado.

A teoria que contempla essas possibilidades postula a existência de uma ordem jurídica arbitral transnacional que seria autônoma e independente dos ordenamentos jurídicos nacionais, da qual os árbitros internacionais seriam os órgãos que exerceriam a função judiciária.¹³⁸ Em contraste, algumas visões contemporâneas

¹³⁵ Vide LALIVE, 2010; WALD, 2010.

¹³⁶ Vide exemplo concreto desse tipo de situação em SILVA, 2004, p. 63 e ss., a saber, caso CCI nº 4.862, em que tribunal arbitral sediado em Paris não se considerou vinculado a ordem proveniente do poder judiciário do Lêmen.

¹³⁷ Vide a exposição da controvérsia e análise dos argumentos relevantes em CASELLA; GRUENBAUM, 2006; e WALD, 2014.

¹³⁸ Nas palavras de Emmanuel Gaillard (2010a, p. 59), “ao conferir aos árbitros o poder de decidir disputas empresariais internacionais quando as partes assim desejarem, e ao reconhecer o resultado do processo arbitral, *i.e.*, a sentença, sem rever o mérito da disputa, a comunidade internacional conferiu ao árbitro verdadeira autonomia. O *status* de ‘juiz internacional’ que algumas das cortes mais progressistas atribuíram aos árbitros é a melhor ilustração do fato de que os árbitros, hoje, podem ser considerados como órgãos de uma ordem jurídica distinta” (“By conferring to the arbitrators the power to adjudicate international business disputes when the parties so wish, and by recognizing the result of the arbitral process, *i.e.* the award, without reviewing the merits of the dispute, the international community has granted arbitration true autonomy. The status of ‘international judge’ that some of the most progressive courts have accorded to the arbitrators is the best illustration of the fact that arbitrators

contestam tal teoria, inclusive como “literatura” utópica e tomada de posição ideológica,¹³⁹ florescente em uma “academic dreamland”,¹⁴⁰ e não, propriamente, ciência do direito.

A concepção estritamente territorialista da arbitragem internacional basicamente busca equiparar o árbitro a um juiz do Estado onde a arbitragem é sediada, no que respeita à sua subordinação e vinculação ao ordenamento jurídico local. Segundo tal concepção, a ordem jurídica estatal, por incidir sobre todos os fatos jurídicos ocorridos no território onde é soberana, deve naturalmente regular os poderes do árbitro e as características e eficácia de arbitragens ali realizadas, sejam elas nacionais (também ditas “domésticas”) ou internacionais. A arbitragem, assim, vincular-se-ia juridicamente a um Estado determinado e teria seu fundamento e legitimidade conferidos pelo correspondente ordenamento jurídico. Efetivamente, muito embora a origem próxima da obrigação de submeter litígios à arbitragem seja a autonomia privada das partes, essa faculdade jurígena não opera em um vácuo jurídico. Se assim fosse, não seria capaz, por si mesma, de fundamentar a exigibilidade forçada de direitos e pretensões. A vontade dos particulares adquire

can today be considered to be the organs of a distinct legal order”). Por oposição a tal concepção, vide o entendimento de Riccardo Luzzatto (1977, p. 21 e ss.), para quem a autonomia da arbitragem comercial internacional é um dado sociológico inegável – uma realidade do comércio internacional – embora não constitua fenômeno juridicamente distinto ao ponto de originar uma nova ordem jurídica transnacional: “não se pode negligenciar que a situação atual no cenário do comércio internacional, e na economia internacional em geral, confirma a existência de uma esfera largamente independente das regras dos Estados, onde a administração da justiça é usualmente obtida pelo recurso à arbitragem. Isso pode ser favorecido ou desencorajado, dependendo de fatores políticos ou outros, mas não pode ser ignorado, nem se pode negar que seja um fato social cuja importância não pode ser subestimada. (...) Mas se pode concluir que ela também constitua uma instituição jurídica, resultando, como tal, de um sistema, ou, de qualquer maneira, de um corpo de normas jurídicas separadas e distintas do sistema jurídico estatal, tal como por exemplo a assim chamada *law merchant*? O presente autor sustenta que tal conclusão (...) seria totalmente incorreta, na medida em que identifica um determinado conjunto de fatos sociais a um sistema jurídico autônomo e independente em oposição ao dos Estados” (“it cannot be overlooked that the current situation in the scene of international trade, and international economy in general, confirms the existence of a sphere largely independent from the States’ rules, where administration of justice is usually obtained through recourse to arbitration. This can be favoured or discouraged depending upon political or other factors, but it cannot be ignored, nor can it be denied that it is a social fact the importance of which cannot be underestimated (...) But can also the conclusion be drawn that it also constitutes a legal institution, resulting as such from a system, or at any rate, a body of rules of law separate and distinct from the State’s legal system, such as for instance the so-called *law merchant*? It is the present writer’s submission that such a conclusion (...) would be totally incorrect in so far as it identifies a given set of social facts with an autonomous and independent legal system as opposed to that of the States”).

¹³⁹ Vide MICHAELS, 2013, *passim*.

¹⁴⁰ Albert Jan Van den Berg, *apud* BROZOLO, 2005, p. 284.

força jurígena a partir do momento em que o ato negocial voluntário – declaração, manifestação ou comportamento concludente – é valorado e qualificado pelo ordenamento, que lhe confere significado jurídico e dele faz emanarem efeitos obrigatórios. Os atos humanos são suportes fáticos de consequências e efeitos jurídicos abstratamente previstos no ordenamento normativo positivo. A vontade, *a priori*, não é fonte de obrigações, mas pode vir a sê-lo, se “entrar” para o direito, ao ser ressignificada pela norma jurídica.

Assim, coerentemente com tais premissas positivistas, dominantes no pensamento jurídico do século XX (em conformidade com o pensamento da influente tríade Kelsen-Ross-Hart e, no Brasil, de Pontes de Miranda), a concepção territorialista da arbitragem internacional considera os atos privados atinentes à instauração e funcionamento do juízo arbitral e à prolação da respectiva sentença como essencialmente vinculados ao ordenamento positivo de base que lhes dá juridicidade. Nessa perspectiva, as questões que dizem com a regulação da arbitragem ficariam naturalmente subordinadas à lei do foro, tais como a arbitrabilidade objetiva e subjetiva, os poderes dos árbitros, a forma de composição do tribunal arbitral e condução do procedimento, a escolha do direito aplicável à solução do litígio, os meios de impugnação da sentença arbitral e o *status* jurídico desta, quanto à sua força vinculante, autoridade de coisa julgada, efeitos e eficácia.

Em consequência, por exemplo, uma sentença arbitral anulada pelo poder judiciário do Estado de origem se tornaria um “nada”, do qual não poderiam decorrer efeitos jurídicos em lugar nenhum: *ex nihilo nihil fit* (do nada não se cria nada).

Da mesma forma, analogamente, tal concepção territorialista chancelaria o ultrapassado mecanismo do duplo *exequatur*, pelo qual uma sentença arbitral deveria, primeiramente, ser homologada pelo poder judiciário do Estado de origem, para, somente então, ser passível de reconhecimento e execução em outros Estados.

Essa é a teoria tradicional, que foi dominante até fins dos anos cinquenta do século passado,¹⁴¹ quando, no que respeita ao assunto desta tese, teve fugaz reconhecimento de sua antiga prevalência doutrinária na resolução adotada pelo Instituto de Direito Internacional na sessão de 1957, já acima comentada, que estabeleceu uma série de proposições, todas girando em torno do direito do Estado sede da arbitragem e especialmente de suas normas de direito internacional privado.¹⁴²

No ano seguinte, contudo, seria firmada a CNI-1958, que, obedecendo a uma lógica diferente, embora sem ruptura radical, mudou o panorama da matéria em direito internacional convencional e abriu caminho para desenvolvimentos importantes nas décadas subsequentes. A Convenção teve como base e inspiração um anteprojeto elaborado pela CCI em 1953, intitulado “Minuta de Convenção sobre a Execução de Laudos Arbitrais Internacionais”. Entretanto, entendeu a Comissão encarregada da matéria no âmbito da ONU que a expressão “laudo arbitral internacional” seria inadequada, pois o uso do termo “internacional” sugeriria que se estaria referindo à arbitragem de direito internacional público, ao passo que o anteprojeto em questão dizia respeito ao reconhecimento e execução de laudos arbitrais proferidos em matéria de direito privado;¹⁴³ daí a final adoção da expressão sentença “estrangeira”.¹⁴⁴ Também foi grande a resistência ao conceito mesmo de sentença “internacional”, considerado ousado, por implicar uma deferência à autonomia privada vista à época como excessiva,¹⁴⁵ além das dificuldades inerentes à caracterização conceitual da arbitragem e da sentença como internacionais.¹⁴⁶

¹⁴¹ Vide GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 867-868. Não significa, porém, essa alegada obsolescência, que a teoria tradicional não demonstre esporadicamente manter influência até os dias de hoje, como assinala GAILLARD, 2010a, p. 15, com exemplos às pp. 19 e 23. Vide também GAILLARD, 2004, p. 192.

¹⁴² Segundo Carmen Tiburcio (2004, p. 753), “[a] ideia [do Instituto de Direito Internacional] era equiparar o árbitro ao juiz de Direito em todos os aspectos, inclusive no que se refere ao procedimento para determinar a lei aplicável ao mérito do litígio, que, na ausência de escolha pelas partes contratantes, corresponde ao recurso às regras de conexão”.

¹⁴³ UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, 1955, p. 5.

¹⁴⁴ A respeito da inclusão, no artigo I da Convenção, da previsão de sua aplicação tanto às sentenças estrangeiras proferidas no território de um Estado que não aquele onde se tencione seu reconhecimento e execução, quanto às sentenças consideradas “não domésticas” nesse Estado, veja-se POLIDO, 2019, *passim*, e GRION; ZANELATO, 2019, p. 356.

¹⁴⁵ BRAGHETTA, 2010, p. 40.

¹⁴⁶ GRION; ZANELATO, 2019, p. 350.

Na verdade, a pretensão de um ordenamento jurídico qualquer no sentido de regular todos os aspectos de uma arbitragem sediada em seu território está sujeita, necessariamente, aos mesmos limites territoriais desse ordenamento. Vale dizer, dentro do território onde tem vigência determinado ordenamento jurídico, cabe a este, com exclusão de qualquer outro, como atributo da soberania estatal, determinar o estatuto jurídico das arbitragens lá sediadas e das sentenças arbitrais, sejam nacionais, sejam estrangeiras, que lá pretendam produzir eficácia sentencial ou deter autoridade de coisa julgada. Não tem esse ordenamento jurídico, entretanto, qualquer título a uma natural ou incontornável extraterritorialidade, no que concerne à qualificação e valoração, por outros Estados, das sentenças proferidas no âmbito territorial de vigência do primeiro. Daí as críticas que vêm sendo dirigidas, de longa data, à concepção territorialista da arbitragem internacional.¹⁴⁷

Destacam Emmanuel Gaillard (2010a, p. 22) e Jan Paulsson (2013, p. 34) que tal visão é animada por um desejo de ordem, especialmente no que respeita ao controle judicial da arbitragem e da sentença arbitral,¹⁴⁸ como se a confiabilidade do sistema de arbitragem internacional dependesse de um reconhecimento universal da primazia do ordenamento jurídico da sede da arbitragem e de sua *lex arbitri*. Anota Paulsson, ainda (2013, p. 33), que a tese territorialista preocupa-se, sobretudo, com o problema da lei aplicável à solução do litígio e à condução do procedimento, que devem ser, nessa concepção, respectivamente a lei indicada pelas normas de direito internacional privado do foro e a lei de arbitragem (e eventualmente a lei processual civil) do próprio foro (*lex arbitri*).

Não se trata de teoria que se preocupe particularmente com a construção de um fundamento jurídico-institucional autônomo para a arbitragem comercial internacional, contentando-se com a circunstância de que os próprios Estados, por seus ordenamentos jurídicos internos e compromissos assumidos internacionalmente,

¹⁴⁷ Para uma exposição da evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, vide BRAGHETTA, 2010.

¹⁴⁸ Vide POUDRET, 2004, e referência em BRAGHETTA, 2010, p. 220.

aditem a ampla circulação de sentenças arbitrais, sem entretanto renunciar ao controle das arbitragens transcorridas em seus territórios.

Não obstante, a tese territorialista não convive bem com a circunstância de que o direito interno de diversos Estados¹⁴⁹ – entre eles alguns de grande importância para a arbitragem internacional – permite, em certas hipóteses, que as partes renunciem a qualquer ação ou recurso tendente à revisão ou anulação da sentença arbitral, em arbitragens internacionais neles sediadas. O impacto de tal possibilidade, frente ao desejo de ordem inerente à tese da imprescindibilidade da vinculação da arbitragem à sua sede, gerou até mesmo alegações, já consideradas superadas, de que sentenças arbitrais não sujeitas a anulação no país de sua sede não se qualificariam, supostamente, ao reconhecimento e execução ao abrigo da CNI-1958.

Dita Convenção apresenta uma solução de compromisso entre as teorias territorialista e internacionalista da arbitragem.¹⁵⁰ Sem proposições radicais, a CNI-1958 relativizou a importância do direito nacional vigente no Estado da sede da arbitragem, subordinando-o ao direito escolhido pelas partes, no exercício de sua autonomia privada, tanto em matéria de validade do acordo de submissão à arbitragem quanto de composição da autoridade arbitral, conforme artigo V, 1, letras “a” e “d”.¹⁵¹

Ao mesmo tempo em que, no artigo V, 1, letras “a” a “d”, a Convenção uniformizou determinadas defesas que autorizam a denegação do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais – segundo critérios que, já então, eram objeto de

¹⁴⁹ Por exemplo, França, Suíça, Suécia, Bélgica, Tunísia, Panamá, Peru e República Dominicana.

¹⁵⁰ Para uma análise da CNI-1958 contemporânea à sua criação, mas que mantém a atualidade, vide ROBERT, 1958.

¹⁵¹ Sobre esse importante tema – autonomia da vontade na escolha da lei de regência do procedimento arbitral e da própria cláusula de arbitragem –, vale ressaltar que os padrões liberais adotados pela CNI-1958 não foram aplicados, nem automática, nem imediatamente, nos Estados que a ratificaram, tendo evoluído ao longo do tempo. Como nota Luca Radicati di Brozolo (2011, p. 665), “mesmo após a entrada em vigor da Convenção, nos estágios iniciais a arbitragem permaneceu sujeita a legislações bem restritivas, em quase todos os Estados. Com o passar do tempo, porém, particularmente no que respeita à arbitragem internacional, por oposição à arbitragem puramente interna, um número sempre crescente de Estados começou a adotar uma atitude crescentemente liberal, que conduziu ao reconhecimento do papel central da autonomia da vontade em todos os aspectos da arbitragem, e a um encolhimento dos poderes dos judiciários nacionais para controlar o processo e seu resultado”.

amplo consenso –, por outro lado permitiu que cada Estado mantivesse sua soberania para determinar as matérias que poderiam ser objeto de arbitragem (arbitrabilidade objetiva: artigo V, 2, “a”), e bem assim os padrões de ordem pública internacional, aptos a barrar o acolhimento interno de uma sentença arbitral proferida em outra jurisdição (artigo V, 2, “b”).¹⁵²

Não tratou a Convenção da competência internacional para a ação anulatória,¹⁵³ nem estabeleceu os casos em que a anulação seria cabível, mas, no seu artigo V, 1, letra “e”, *permitiu* (e não *obrigou*) aos Estados onde a sentença estrangeira fosse invocada que negassem reconhecimento e execução a sentenças anuladas no país onde proferidas.¹⁵⁴

Consagrou, ainda, o princípio da prevalência da legislação mais favorável ao reconhecimento e execução do laudo arbitral, ao estabelecer, em seu artigo VII, 1, que:

As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários, nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter, de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.

¹⁵² Sobre a ordem pública, vide ALVES, 2016; APRIGLIANO, 2011; KRONKE et al., 2010; ALMEIDA, 2005; COSTA; PIMENTA, 1999.

¹⁵³ Essa matéria não foi objeto de uniformização pela CNI-1958, embora o artigo V, 1, “e”, faça alusão à anulação pela “autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida”. No entanto, existe hoje considerável consenso doutrinário no sentido de que a competência para a ação anulatória de sentença arbitral pertenceria exclusivamente ao judiciário do Estado da sede da arbitragem. Essa questão, porém, é sujeita a variações e perturbações tratadas em ALMEIDA, 2015. Mencione-se que, no âmbito do Mercosul, o Acordo sobre Arbitragem Comercial prevê, em seu artigo 22, item 1, que “[o] laudo ou sentença arbitral só poderá ser impugnado perante a autoridade judicial do Estado sede do tribunal arbitral mediante uma petição de nulidade”. Importante notar, também, que a Lei-Modelo da Uncitral (1985/2006) dispõe expressamente, em seu artigo 1º (2), que “[a]s disposições da presente Lei (...) [e entre elas as relativas à anulação do laudo arbitral] aplicam-se apenas se o local da arbitragem se encontrar dentro do território deste Estado”.

¹⁵⁴ Favoráveis à discricionariedade da denegação, nessa hipótese, WALD, 2014; ALMEIDA, 2016b; GOODE, 2001; *contra*: BRAGHETTA, 2010.

Esse dispositivo convencional tem servido de fundamento para uma consistente jurisprudência, na França, permissiva do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais anuladas no país de origem.¹⁵⁵

A Convenção propiciou, assim, uma base inteligente para a evolução da arbitragem comercial internacional, ao estabelecer critérios mínimos uniformes para a eficácia transfronteiriça de sentenças arbitrais, ao mesmo tempo em que deixou o sistema aberto a soluções internas, sejam as mais liberais, como é o caso da França e de outras nações, sejam as mais restritivas, pela aplicação jurisprudencial e evolutiva do conceito de ordem pública.

A experiência demonstrou, não obstante, que a visão liberal da arbitragem comercial internacional prevaleceu amplamente sobre episódios restritivos isoladamente encontrados em países com menor tradição na matéria. No que respeita ao fundamento da arbitragem comercial internacional, estabeleceu-se, com a CNI-1958, mediante sua interpretação ao longo de mais de seis décadas de aplicação nos Estados que a ratificaram, uma relevante base de direito internacional positivo, que justifica a preferência de importantes juristas pela teoria dita *pluralista* ou *plurilocalizadora* da arbitragem comercial internacional, em detrimento da concepção estritamente territorialista.

Pode-se citar, por exemplo, Jan Paulsson (2013, p. 38-39), que destaca que:

A tese pluralista talvez seja mais simplesmente descrita como a percepção de que uma multiplicidade de ordens jurídicas pode assegurar a eficácia da arbitragem. (...) A doutrina territorialista não dá conta de que dois foros de execução, ao decidir se devem executar um laudo arbitral, podem perfeitamente chegar a conclusões distintas, por exemplo, quanto à observância pelos árbitros do devido processo legal como requisito para a execução.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Mencionem-se os casos mais conhecidos: Norsolor, Chromalloy, Hilmarton e Putrabali, com exposição e análise dos mesmos em BRAGHETTA, 2010. Vide ainda TWEEDALE; TWEEDALE, 2015; DERWAZEH, 2010; MANTILLA-SERRANO, 2009.

¹⁵⁶ “The pluralistic thesis is perhaps most simply described as the perception that a multiplicity of legal orders may ensure the efficacy of arbitration. (...) The territorialist doctrine cannot account for the fact that two enforcement fora, each considering whether to recognize an award, may perfectly well come to different conclusions, for example as to the arbitrators’ respect for due process as a precondition to enforcement”.

O fundamento da arbitragem comercial internacional não repousaria, assim – nem necessária, nem prioritariamente –, no ordenamento jurídico do país de origem da sentença arbitral, mas, sim, em todos os ordenamentos jurídicos do mundo, que potencialmente possam vir a reconhecer uma sentença arbitral e executá-la, com base na CNI-1958, ou em convenção internacional regional, ou mesmo no direito interno.

Outros juristas, entretanto, pretendem ir além. Não satisfeitos com a teoria pluralista, sustentam que a arbitragem comercial internacional, como instituição, teria alcançado um tal grau de prestígio e desenvolvimento que ultrapassaria as fronteiras dos ordenamentos jurídicos internos e dos próprios mecanismos tradicionais do direito internacional convencional. Existiria um *corpus* de regras jurídicas, de origens diversas, e uma prática constante da comunidade internacional, amparada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, que daria azo à hipótese de uma ordem jurídica autônoma, denominada “ordem jurídica arbitral”. Trata-se da teoria autonomista da arbitragem internacional ou da arbitragem “deslocalizada”.

A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma vincula-se à influente escola de juristas de nacionalidade majoritariamente francesa, liderada por Berthold Goldman e Philippe Fouchard a partir dos anos sessenta e, posteriormente, integrada por muitos outros eminentes juristas da comunidade arbitral internacional e mantida em evidência, na época contemporânea, principalmente por Emmanuel Gaillard,¹⁵⁷ precocemente falecido em 2021.

Constataram esses doutrinadores que o árbitro internacional, fundamentalmente, não é um representante, órgão ou funcionário da ordem jurídica do Estado da sede da arbitragem,¹⁵⁸ mas, sim, um prestador de serviço a quem os particulares atribuem, no seu próprio interesse, o poder jurídico de decidir coercitivamente uma demanda em matéria patrimonial, com exclusão da jurisdição do poder judiciário estatal. Por esse motivo, seria um equívoco falar-se em *lex fori* em

¹⁵⁷ GAILLARD, 2010a, 2010b.

¹⁵⁸ BERNARDINI, 1994, p. 126; SILVA, 2004, p. 44; GANNAGÉ, 2007, p. 7.

matéria de arbitragem internacional, estando o árbitro livre de vínculos, por qualquer motivo apriorístico, a um ordenamento jurídico determinado.

Verificaram ainda que, na experiência negocial, a sede da arbitragem é frequentemente escolhida de modo fortuito nos contratos internacionais, até mesmo por mera conveniência ou preferência pessoal das partes ou dos indivíduos envolvidos na contratação, e não por uma decisão deliberada de se submeter à legislação de um país determinado.¹⁵⁹ Quando há algum motivo para a escolha da sede, geralmente terá sido a preocupação em se buscar um local politicamente neutro, cujas leis e autoridades não sejam presumivelmente favoráveis a qualquer das partes contratantes,¹⁶⁰ ou ainda a intenção de contar com um ambiente legal-institucional experiente em matéria de arbitragem e a ela favorável. Ademais, nem sempre a escolha da sede é realizada pelas partes, podendo também competir aos árbitros ou à instituição administradora do procedimento, quando não houver acordo a esse respeito ou quando alguma outra razão ponderável recomendar a escolha (ou mesmo a transferência) da sede por iniciativa exógena às partes. Nessas hipóteses, a vinculação da arbitragem ao direito da sua sede não teria qualquer base na autonomia privada.

Além disso, o que almejam os particulares, ao se submeterem à arbitragem, é que a decisão a ser proferida seja de alguma forma melhor e/ou diferente da que obteriam caso se submetessem ao poder judiciário;¹⁶¹ querem, precisamente, evitar o poder estatal e os critérios comuns dos ordenamentos jurídicos internos, e não necessariamente atribuir ao Estado da sede da arbitragem a prerrogativa, por exemplo, de anular o laudo arbitral discricionariamente, proferindo uma sentença anulatória com eficácia extraterritorial universal, que seja automaticamente impeditiva do reconhecimento e homologação do laudo arbitral em todos os países do mundo.

¹⁵⁹ GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 635, 868; LEW; MISTELIS, KRÖLL, 2003, p. 429.

¹⁶⁰ COMISSÃO JURÍDICA INTERAMERICANA, 2020, p. 180.

¹⁶¹ Opina Jullian D.M. Lew (1977, p. 168) no sentido de que “a adoção de qualquer formula rígida [para determinação da lei aplicável] poderia ter o efeito de negar o propósito das partes ao se submeterem a arbitragem, i.e, evitar as restrições do sistema judiciário normal, inclusive quanto à aplicação de um particular sistema de direito internacional privado” (“the adoption of any rigid formula could have the effect of negating the parties’ purpose of submitting to Arbitration, i.e to avoid the strictures of the normal court system, including the rigid application of a particular conflict of laws system”).

Daí a concepção, adotada pela jurisprudência francesa, sob forte influência da escola doutrinária de que aqui se cuida, de que:

[A] sentença internacional, que não é vinculada a nenhum ordenamento jurídico estatal, é uma decisão de justiça internacional, cuja regularidade deve ser examinada de acordo com as normas aplicáveis no país onde se busca o seu reconhecimento e execução.¹⁶²

A ordem jurídica arbitral teria seu fundamento, assim, na prática e na autorrepresentação dos atores envolvidos na arbitragem internacional, no sentido de que os árbitros não realizariam atos jurisdicionais no interesse de algum Estado ou em cumprimento às determinações de algum ordenamento jurídico, mas, sim, no interesse precípua das partes e, em escala macro, da própria comunidade do comércio internacional.

Esse cogitado “ordenamento jurídico” teria seu conteúdo determinado pela atividade legiferante dos diversos Estados nacionais, apreendida “em sua inteireza, e não apenas como uma justaposição de leis nacionais, uma das quais seria declarada aplicável por um processo de escolha da lei”,¹⁶³ atuando mediante a identificação das normas que “são geralmente endossadas, em certa época, pela comunidade internacional, determinando-se as que devam prevalecer sobre as normas que refletem posições isoladas de um Estado”.¹⁶⁴ Resultaria, assim, da adoção de um método para a construção de regras transnacionais, inspirado no recurso sistemático ao direito comparado.¹⁶⁵

Essas considerações traduzem a arbitragem internacional como uma atividade institucional, de âmbito global, capaz de se autodefinir como fonte de normas jurídicas

¹⁶² “[L]a sentence internationale, qui n’est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son execution sont demandées”. Acórdão da Corte de Cassação de 29.06.2007, disponível em: https://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=742; acesso em: 12.07.2022, p. 5.

¹⁶³ “[I]n its entirety and not as a juxtaposition of national laws, one of which would be declared applicable through a choice of law process” (GAILLARD, 2010a, p. 46).

¹⁶⁴ “[A]re generally endorsed at a given time by the international community and determine that they should prevail over those reflecting a State’s isolated position” (GAILLARD, 2010a, p. 37).

¹⁶⁵ GAILLARD, 2010a, p. 53.

positivas, normas essas eventualmente distintas daquelas vigentes nos ordenamentos jurídicos estatais conectados a uma dada relação jurídica internacional e identificados segundo as regras tradicionais de conflito de leis.

Um ponto duvidoso da teoria da ordem jurídica arbitral está na circunstância de que as características brevemente descritas acima até podem justificar uma abordagem liberal dos problemas clássicos do conflito de leis, do conflito de jurisdições e da ordem pública internacional, sobretudo mediante conceitos tais como, respectivamente, as normas materiais de direito internacional privado, o *Kompetenz-Kompetenz* e a ordem pública transnacional ou verdadeiramente internacional (“truly international public policy”¹⁶⁶). No entanto, para dar conta de uma ampla justificação teórica do fundamento da arbitragem comercial e da origem do poder jurisdicional dos árbitros, para além de sua fonte imediata situada na autonomia da vontade das partes, o “salto” teórico se revela excessivamente ambicioso. Daí as críticas que têm sido feitas a tal concepção.

Tem sido notada por importantes juristas a falta de consistência teórica da noção de ordem jurídica arbitral autônoma e, sobretudo, seu descolamento de aspectos incontornáveis da realidade das relações internacionais, ainda fortemente centradas na noção de soberania do Estado e na vigência exclusiva de seu ordenamento jurídico no respectivo território.¹⁶⁷ O reconhecimento da existência e eficácia de uma ordem jurídica arbitral, bem como dos poderes, liberdades e prerrogativas dos árbitros internacionais revela aspectos em que cada ordenamento

¹⁶⁶ Por ordem pública transnacional ou verdadeiramente internacional entende-se o conjunto dos princípios de direito mais fundamentais, geralmente reconhecidos por amplo consenso da comunidade internacional de Estados, que devem ser considerados inafastáveis pelo julgador e irrenunciáveis pelas partes e são tão importantes ao ponto de sempre justificarem o afastamento de leis estatais normalmente aplicáveis e a recusa de cumprimento a sentenças que não os respeitem (vide, sobre o tema, ALMEIDA, 2005, p. 206 e ss.).

¹⁶⁷ Opinar Blackaby e Partasides (Redfern e Hunter) (2015, p. 182, § 3.82) que “conquanto tais teorias sejam sedutoras, a realidade é que a deslocalização da arbitragem – exceto no que respeita àquelas do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos de Investimento (ICSID), que são regidas diretamente pelo direito internacional – somente é possível se a lei local (a *lex arbitri*) o permitir” (“[s]eductive as such theories might be, the reality is that the delocalisation of arbitrations – other than those of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), which are governed directly by international law – is possible only if the local law (the *lex arbitri*) permits it”).

jurídico estatal pretende ainda definir as regras prevalecentes,¹⁶⁸ seja pela legislação interna, seja por convenções internacionais.

Uma primeira constatação crítica é no sentido de que a própria noção de uma ordem jurídica arbitral autônoma não parece ser autenticamente internacional ou transnacional, mas, contraditoriamente, apresenta uma nacionalidade doutrinária e jurisprudencial bem definida, a saber, a francesa, cuja concepção de arbitragem comercial internacional não é necessariamente convergente com o entendimento e a prática prevalecentes em outros países. Nesse sentido, constata Jan Paulsson (2013, p. 41) que:

Os Estados nunca aceitaram que as normas da comunidade internacional derivassem de ‘tendências progressistas’ adotadas por outros Estados; eles insistem em sua própria adesão individual. Eles são ainda menos propensos a adotar essas normas amorfas como limitações a suas leis nacionais, no seu espaço nacional, ao lidar com um instituto de direito privado como a arbitragem.¹⁶⁹

Comentando o método de normas transnacionais proposto por Gaillard, Jan Paulsson (op. e loc. cit.) emprega a eloquente imagem de uma coleção de normas dispostas em fila perante juristas e juízes, que assinalariam com o polegar para cima as “amplamente reconhecidas” e com o polegar para baixo aquelas consideradas “muito jejunas ou retrógradas”. Tal imagem, porém, não corresponde à realidade da atividade judicante dos árbitros ou dos juízes, ou ainda dos legisladores nacionais, sendo certo que “o que os juízes dizem é tão simplesmente uma expressão da ordem jurídica da qual eles fazem parte; nem pode ser nada diferente disso”.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Vide BROZOLO, 2005, p. 284-286, notando que a arbitragem, a cada passo, depende fundamentalmente dos Estados, tal qual o contrato – expressão paradigmática da autonomia privada – que entretanto alegadamente não teria vida fora do direito (p. 285). A afirmação restringe-se a uma concepção pura do direito focada no respectivo atributo de coercitividade heterônoma, pois é certo que o contrato, como fenômeno sociológico ou econômico, notoriamente tem vida fora do direito.

¹⁶⁹ “States have never accepted that the norms of the international community are derived from ‘progressive tendencies’ embraced by other states; they insist on their own individual adherence. They are even less likely to embrace such amorphous norms as limitations on their national laws, in their national space, when dealing with a private-law feature like arbitration”.

¹⁷⁰ “What courts say is quite simply an expression of the legal order of which they are a part; it can be nothing else”.

Luca Radicati di Brozolo (2011, p. 665-6) classifica a teoria da ordem jurídica arbitral como uma espécie de “mitologia da arbitragem internacional”. Sustenta ser um truísmo que a autonomia privada das partes somente pode produzir os efeitos desejados na medida em que isso é permitido pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Acrescenta tratar-se de ilusão imaginar que a arbitragem tenha se tornado a-nacional ou deslocalizada, mas que tal ilusão ganha verossimilhança em consequência, justamente, do fato de que um grande número de Estados acabou por aceitar e adotar soluções legislativas significativamente liberais. No entanto, apesar de sua posição crítica, ele reconhece (2011, p. 684) afirmativamente que:

[O] movimento em direção à libertação da arbitragem em relação às leis nacionais foi muito bem-sucedido e a autonomia privada, em grande extensão, triunfou, ao ponto de se poder afirmar que, em uma perspectiva prática, os profetas de uma ‘ordem jurídica arbitral’ parecem ter saído vitoriosos.

Uma ácida crítica foi formulada por Ralf Michaels (2013), que acusa a teoria da ordem jurídica arbitral de ser uma empreitada de “literatura utópica”, desprovida de conteúdo teórico minimamente rigoroso, do ponto de vista científico. Qualifica tal teoria como ideologia a serviço da comunidade internacional de árbitros, advogados e instituições prestadoras do serviço de administração de procedimentos arbitrais. Aponta diversos reconhecimentos expressos, oriundos dos próprios corifeus dessa escola, quanto ao caráter não científico de sua teoria. Compilando a literatura especializada, Michaels apresenta (2013, p. 35 e ss.) um impressionante apanhado de evidências nesse sentido, em que a arbitragem deslocalizada ou a-nacional é apresentada como “sonho, visão e fé”, um projeto de “um mundo melhor”. Especialmente frustrante, aponta Michaels, é a conclusão de Gaillard em sua obra de maior fôlego sobre a matéria (2010a, p. 152), no sentido de que a escolha entre as teorias conflitantes sobre o fundamento da arbitragem comercial internacional (isto é, as teorias territorialista, pluralista e autonomista) seria uma questão “de crença – senão de fé –, e não de verdade científica”. Daí aponta Michaels que, segundo Gaillard, “a legitimidade da arbitragem em si e, portanto, o cerne de sua identidade, não podem ser acessados somente pela razão. O que se obtém não é uma justificação última, mas a formulação de um credo”. E conclui: “a comunidade epistêmica do direito deslocalizado, aparentemente, é uma comunidade de fé”.

A ordem jurídica arbitral autônoma e deslocalizada, independente dos ordenamentos jurídicos nacionais, parece ser, realmente, apenas um projeto, ou uma utopia, ou quiçá uma eutopia (“lugar bom”), quando contrastada com a realidade. O principal marco convencional internacional sobre arbitragem comercial, a CNI-1958, opera claramente, como se viu, em um ambiente pós-territorialista e pluralista, mas sem romper completamente com o passado.¹⁷¹ No entanto, a *vexata quæstio* da matéria, a saber, a possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças anuladas no seu país de origem, permanece irresolvida, sendo efetivamente prevalecente somente na França, com alguns episódios favoráveis em outras jurisdições.¹⁷²⁻¹⁷³

Mas, apesar de todas as críticas, as teorias da arbitragem autônoma, do árbitro internacional que não conta com um direito internacional privado de referência e bem

¹⁷¹ Essa afirmação é feita sem prejuízo do reconhecimento da grande importância da CNI-1958 na criação e manutenção de um ambiente internacional favorável à arbitragem e propiciador de relevantes inovações no campo do direito do comércio internacional, como o avanço da *soft law* a-nacional ou transnacional, pois, como constata Sven Schilf (2015, p. 237), “[a] arbitragem internacional, como âmbito de validade de um direito contratual anacional, baseia-se na garantia de liberdade de elaboração do conteúdo, mediante as convenções do direito internacional, especialmente a CNlorque, e na configuração liberal do procedimento arbitral possibilitada pelos ordenamentos jurídicos estatais, na medida em que as convenções do direito internacional ainda abrem margem para isso. Sob a CNlorque e outras convenções internacionais, os princípios fundamentais da arbitragem, como, por exemplo, a validade da autonomia das partes, fogem da disposição pelo legislador estatal nacional. É isso que justifica que se fale de uma ampla autonomia de tribunais arbitrais internacionais”.

¹⁷² Como, nos Estados Unidos, o caso *Commisa* (Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Producción, 2016 WL 4087215, Docket No. 13-4022, 2nd Cir. August 2, 2016). Vide notícia em: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/alternative-dispute-resolution/practice/2016/arbitration-award-overturned-mexico-confirmed-ny/>; acesso em: 19.06.2022. No caso, a Corte Federal de Apelações do Segundo Circuito considerou que a CNI-1958 e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, firmada no Panamá, em 1975 (“Convenção do Panamá de 1975”), teriam, ambas, um “viés pró-arbitragem” (“*pro-arbitration bias*”) e apenas *facultariam* a discricionária denegação de reconhecimento e execução, e não conteriam uma obrigação a tanto, mesmo quando presente alguma das correspondentes hipóteses, taxativamente previstas nessas Convenções. Ademais, considerou a aludida Corte que a situação resultante da anulação da sentença arbitral no país de origem caracterizaria uma violação a princípios caros ao direito do foro, como a não-retroatividade das leis e a vedação da desapropriação sem adequada indenização, o que – observação nossa – equivale a uma aplicação positiva da ordem pública verdadeiramente internacional.

¹⁷³ Ainda sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais anuladas no país de origem, mencione-se o célebre caso *Yukos*, referente a sentença arbitral proferida na Rússia que determinou o pagamento, pelo governo local, de indenização no valor de US\$ 50 bilhões aos acionistas da petroleira. Tal sentença arbitral foi anulada pelo poder judiciário russo, porém declarada executável nos Países Baixos. Em novembro de 2021, a Corte Suprema desse país anulou as decisões de instâncias inferiores e determinou que fosse julgado pelo mérito pedido concernente a alegação de suposta “fraude processual” na arbitragem, anteriormente inadmitido por razões processuais. Vide: <https://www.reuters.com/business/energy/dutch-court-scraps-50-bln-award-former-yukos-shareholders-2021-11-05/>; acesso em: 19.06.2022.

assim da sentença arbitral a-nacional persistem em sua importância e influência. A contribuição doutrinária dos defensores da teoria da ordem jurídica arbitral não pode ser negligenciada e, na verdade, é fonte de importantes lições para os praticantes e estudiosos da arbitragem. Com efeito, embora seja certo que a teoria da ordem jurídica arbitral não foi predominantemente aceita, ela abriu frentes de reflexão e progresso para o direito da arbitragem internacional, podendo-se considerar, inclusive, que se trata de uma ordem jurídica *soft*, que funciona em outro nível, que não aquele dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados ou do ordenamento jurídico de direito internacional.¹⁷⁴ Comprova a força de tal teoria a atividade das grandes instituições internacionais de arbitragem, que funcionam segundo suas próprias regras, em ambiente transnacional quase sempre alheio ao controle estatal. Em resumo, conquanto não se trate a ordem jurídica arbitral de uma teoria cientificamente rigorosa, não se pode negar que tem utilidade para a melhor compreensão do fenômeno da arbitragem comercial internacional, na era do pluralismo jurídico e do direito internacional pós-moderno.

3.2 A arbitragem comercial internacional perante os sistemas de direito internacional privado dos Estados.

Apesar do esforço doutrinário, apenas parcialmente bem-sucedido, como visto no subcapítulo precedente, em caracterizar a arbitragem comercial internacional como uma ordem jurídica autônoma, independente dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, fato é que o direito internacional privado permanece relevante para a arbitragem, inclusive na vertente do conflito de leis. Assim, a arbitragem comercial internacional apresenta algumas interseções com o DIPr, seja como sistema de direito positivo, seja como ramo especializado da ciência jurídica. Destacam-se, notadamente, os problemas da validade, eficácia e oponibilidade da convenção de

¹⁷⁴ Sustentam Lew, Mistelis e Kröll (2003, p. 82) que “é a prática da arbitragem, e não considerações nacionais, que atualmente controla as estruturas da arbitragem. Para atender às necessidades e expectativas das partes os direitos nacionais e internacional foram modificados. São o processo e seus usuários, antes do interesse nacional e da lei, que determinaram as mudanças na prática arbitral internacional” (“It is the practice of arbitration rather than national considerations that now controls the arbitration framework. To meet the needs and expectations of the parties national and international laws have been amended. It is the process and its users, rather than the national interest and the law, that has determined the changes to international arbitration practice”.)

arbitragem,¹⁷⁵ da determinação das regras de direito aplicáveis à solução do litígio (e não apenas, como se costuma dizer, ao “mérito” do litígio)¹⁷⁶ e da cooperação jurídica

¹⁷⁵ Sobre o tema, vide ARAUJO; FREITAS, 2021. Não é usual que as partes escolham expressamente, no contrato, uma lei de regência específica para a cláusula compromissória, seja quando elegem a lei de regência do contrato como um todo, seja quando não o fazem. Assim, a discussão gira em torno da eventual relevância da escolha da sede do procedimento arbitral como um índice de proximidade e evidência de eleição tácita da lei de regência da referida cláusula. O tema é importante, pois uma parte não negligenciável dos precedentes em matéria arbitral internacional trata de impugnações da parte requerida à higidez de sua suposta submissão ao modo privado de solução de litígios, à luz de determinada lei nacional alegadamente aplicável à convenção de arbitragem.

¹⁷⁶ Ressalve-se que “questão de mérito” é um termo técnico da ciência processual que, a rigor, se contrapõe a “questão preliminar”, sendo certo que questões de ambas as naturezas suscitam, em litígios multiconectados, o problema do direito aplicável à respectiva solução pelo julgador. Há questões preliminares que têm natureza predominantemente processual, como as que dizem respeito à ocorrência dos pressupostos objetivos e subjetivos necessários à regular instauração e desenvolvimento do processo – os chamados pressupostos processuais. Para essas questões, na arbitragem, predomina normalmente a *lex arbitri*, inclusive, eventualmente, com a suplementação dos princípios e conceitos da ciência processual e do direito processual civil do ordenamento jurídico da *lex arbitri*. Já outras questões preliminares, como a presença das condições da ação – legitimidade e interesse das partes –, ou questões preliminares de mérito, como a prescrição, são determinadas pelo direito material, entrando, assim, no âmbito do problema da determinação do direito aplicável à resolução do litígio, extrapolando o campo de incidência natural da *lex arbitri*. O tema da prescrição, registre-se, pode suscitar um problema de qualificação, tratando-se de assunto que em alguns ordenamentos é afeto ao direito processual, enquanto em outros, como no direito brasileiro, é questão de direito material. Thiago Marinho Nunes, autor de alentada obra sobre o tema (NUNES, 2014, p. 152 e ss.; 167 e ss.), demonstra que, na arbitragem internacional, o regramento da prescrição extintiva vincula-se ao direito aplicável à substância do litígio, devendo ser determinado pela *lex causæ* escolhida pelas partes ou pelo árbitro, mediante a *voie directe* ou outro método de escolha da lei aplicável. Com efeito, não havendo *lex fori* a reger questões processuais, não faz sentido eventual reenvio motivado por um conflito de qualificações.

internacional.¹⁷⁷⁻¹⁷⁸ São campos de indagação distintos e que podem contar com maior ou menor regulação, no direito internacional privado de fonte interna e internacional.

Como já se esclareceu no capítulo introdutório, o recorte de interesse da presente tese recai sobre o problema da determinação das regras de direito aplicáveis à solução do litígio, de modo que as considerações a seguir serão restritas a essa questão.¹⁷⁹

¹⁷⁷ O tema do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras rege-se, predominantemente, pela aplicação da CNI-1958 (sem prejuízo da eventual aplicação da Convenção do Panamá de 1975, que é substancialmente idêntica à CNI-1958, porém, em tese, deveria ter precedência sobre ela, nos Estados onde ambas se encontram vigentes, em razão do princípio da especialidade), haja vista a aceitação dessa convenção internacional pela grande maioria dos Estados. Inclusive, no Brasil, os tratados internacionais sobre matéria processual prevalecem sobre as disposições do direito interno, como resulta claro do disposto no artigo 13 do Código de Processo Civil, no sentido de que “[a] jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte” e, igualmente, no que respeita à arbitragem, do disposto no artigo 34 da Lei nº 9.307/96: “[a] sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”. Não se justifica, assim, a prática observada no STJ de frequentemente homologar sentenças arbitrais estrangeiras por referência às disposições do Regimento Interno sobre a matéria, ou mesmo às do CPC ou da Lei nº 9.307/96, que só se deveriam aplicar na ausência de tratado, não obstante serem similares às normas da CNI-1958. Segundo estudo de Fernando Eduardo Serec (2019), em 72 sentenças arbitrais estrangeiras julgadas pelo STJ até 2017, somente em 6 a CNI-1958 foi mencionada, o que, segundo o autor, não constituiria propriamente um problema, pois as soluções adotadas pela Convenção foram substancialmente incorporadas pela legislação brasileira e pelo Regimento Interno da Corte. Essa mesma circunstância, entretanto, é lamentada por Flávia Bittar Neves e Luciana Aguiar S. F. de Toledo (2019, p. 129), que afirmam que “[h]á que se respeitar a coerência internacional, compreendida como a dinâmica de um sistema global multicultural e com *standards* próprios, para se evitar interferências descabidas entre os julgadores nacionais dos diversos sistemas e ordenamentos jurídicos”, muito embora, ressaltam, seja o Brasil considerado internacionalmente um país *arbitration-friendly*.

¹⁷⁸ Em matéria de cooperação jurídica internacional, mais duvidosa e nuançada será a viabilidade da produção de prova em país distinto daquele que é sede da arbitragem (assunto a cujo respeito algumas cortes federais norte-americanas incluíam as arbitragens estrangeiras nos benefícios da seção 1.782 do código processual federal americano – 28 U.S.C § 1782 –, que permite amplo *discovery* contra pessoas domiciliadas nos E.U.A., em apoio a processos no exterior –, entendimento que foi revertido pela Suprema Corte daquele país por decisão proferida em 13.06.2022 no caso ZF Automotive US, Inc., et al., v. Luxshare, Ltda., disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-401_2cp3.pdf; acesso em: 19.06.2022). Também é controvertido o tema da cooperação jurídica internacional para a execução, no Brasil, de medidas provisórias e urgentes deferidas por tribunal arbitral constituído no exterior, inclusive mediante expedição de carta arbitral para cumprimento pelo juiz nacional (vide OLIVEIRA, 2018; FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019; e TEIXEIRA, 2022).

¹⁷⁹ Sobre o problema do direito aplicável à convenção de arbitragem, ao processo arbitral e à validade e efeitos da sentença arbitral, remete-se à tese de doutorado de Isabela Lacrete (2021).

Sabe-se que, no direito privado dos contratos, a regra de conexão que hoje prevalece universalmente é a *lex voluntatis*, isto é, a conexão não-territorial segundo a qual são aplicáveis a lei ou as regras de direito escolhidas pelas partes no exercício da sua autonomia privada. O predomínio absoluto da vontade das partes, como norma transnacional de conflito de leis e verdadeiro princípio geral do direito internacional privado, é a consequência contemporânea da erosão do paradigma do direito conflitual vinculado a ordenamentos jurídicos estatais e da necessária fundamentação da validade e da eficácia de um contrato internacional em um ordenamento jurídico de base. Nesse sentido, observa A. F. M. Maniruzzaman (1999, p. 151):

No contexto da arbitragem comercial internacional, a tendência recente parece ser a de que não são as regras conflituais da *lex fori*, mas o princípio geral do direito de conflitos, i.e., o princípio da autonomia privada das partes, que por sua vez é uma regra internacional de conflito de leis que faz parte do direito internacional público, que permite às partes a escolha da lei apropriada ou da lei aplicável ao contrato. Isso está mais em sintonia com a teoria atual de que a arbitragem internacional não tem foro, embora em sentido tradicional.

É portanto na autonomia privada, como princípio geral do conflito de leis, que repousa a força vinculante do contrato, bem como a lei apropriada do contrato. Nesse sentido, a *lex fori* arbitral é atribuída ao acordo das partes e o único limite ao “controle das partes sobre a *lex fori* do tribunal” pode ser encontrado nas “normas imperativas da ordem pública verdadeiramente internacional”. A arbitragem internacional hoje é cada vez mais considerada no sentido “deslocalizado” e a sua tradicional “teoria da sede” perdeu muito do seu brilho nas recentes tendências de liberalização do comércio internacional e globalização da economia mundial.¹⁸⁰

Mas qual a correta solução jurídica quando as partes não determinam voluntariamente o direito aplicável à solução do litígio? A resposta a essa questão pode estar ou não disponível no direito positivo legislado, seja no plano interno, seja no internacional (tratado ou convenção). Quanto ao último, não existe convenção internacional que regule tal matéria com abrangência universal, a exemplo da CNI-

¹⁸⁰ “In the context of international commercial arbitration, the recent tendency seems to be that it is not the conflict rules of the *lex fori* but the general principle of conflicts of law, i.e. the principle of party autonomy, which is in turn an international conflict of law rule as part of public international law, that permits the parties to choose the proper law of the contract. This is more in tune with the current theory that international arbitration has no *lex fori*, however, in a traditional sense.

It is thus party autonomy as a general principle of conflict of laws in which lies the binding force of the contract as well as the proper law of the contract. In this sense the arbitral *lex fori* is attributed to the party agreement and the only limit to ‘the parties’ control over the tribunal’s *lex fori* may be ‘found in peremptory norms of the truly international public policy’. International arbitration is now more increasingly considered in the ‘delocalised’ sense and its traditional ‘seat theory’ has lost much of its glow in the recent trend towards liberalisation of international trade and globalisation of world economy”.

1958 no que respeita à observância do pacto arbitral e ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Como já se viu no capítulo 2, algumas convenções regionais tratam da questão do direito aplicável ao fundo do litígio, a saber, a Convenção Europeia de 1961, a Convenção de Amã de 1987 e o Acordo do Mercosul de 1998. Mas mesmo essas convenções, notadamente a última, restrita aos quatro Estados-membros do Mercosul, têm limitado escopo e pouca aplicação prática.

Também como anteriormente visto, outra possibilidade é a regulação da matéria pelo direito interno, havendo alguns ordenamentos jurídicos que o fazem e outros que são omissos. O direito brasileiro enquadra-se nesse último grupo, pois, embora a Lei nº 9.307/96 contenha importante e avançado dispositivo sobre a adoção da autonomia privada na arbitragem – a saber, os §§ 1º e 2º do artigo 2º –,¹⁸¹ não trata da hipótese de falta de escolha do direito aplicável pelas partes.

Tem-se, então, no direito brasileiro, um caso de lacuna da lei, em decorrência do silêncio do legislador. Cabe portanto indagar se o sistema de direito internacional privado geral – estabelecido pela LINDB – teria aplicação subsidiária para tal disciplina. A resposta é negativa e no prosseguimento deste subcapítulo se verá o porquê.

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

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

Antes, porém, cabe ressaltar que a resposta oposta não é totalmente desprovida de mérito¹⁸²⁻¹⁸³⁻¹⁸⁴ e, no passado, como já se viu no capítulo precedente, chegou a ser a opinião predominante em âmbito internacional,¹⁸⁵ tanto em sede

¹⁸² Ainda hoje tal solução é esporadicamente mencionada em sede doutrinária, por exemplo, no Brasil, por MUNIZ, 2006, p. 226 (contra, vide LEE, 1999, p. 199; RECHSTEINER, 2001, p. 91-94; VALENÇA FILHO, 2009, p. 274; FINKELSTEIN, 2010, p. 48; SIOUFI FILHO, 2010, p. 201; BOSCOLO, 2021, p. 63; MEDAGLIA, 2017, *passim*), porém geralmente sem a preocupação em se proceder uma análise crítica do ponto. Com alguma ambiguidade, Luiz Olavo Baptista (2011, p. 120) escreve que “[o] procedimento a ser adotado pelos árbitros para a determinação da lei aplicável é similar ao que seria aplicado pelo juiz estatal”, porém ressalva, logo em seguida, que “[t]odavia, pode-se notar na apreciação dos árbitros uma tendência maior à internacionalidade, dentro dos limites da interpretação em especial, quando se trata de buscar a intenção das partes em verificar uma escolha implícita. A tendência usual dos juízes estatais é de atrair para o seu próprio sistema de direito, os árbitros podem adotar outras soluções”.

¹⁸³ Na jurisprudência, veja-se o acórdão prolatado pela 7ª Câmara do antigo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no agravo de instrumento nº 0026424-17.2002.8.26.0000, em 24.09.2002, de cujo voto condutor se extrai a seguinte passagem: “[a]penas se busca cumprir o contrato, que a propósito tem regramento específico, mercê do qual preferiram as partes não confiar a solução dos conflitos à apreciação judicial. Da mesma forma não há invocar-se a LINDB, *que só tem aplicação quando houver omissão ou controvérsia a respeito do direito aplicável à hipótese*. Como a lei nº 9.307/96, em seu art. 2º, permite que as partes possam livremente escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, não se verifica o impedimento arguido. Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga” (italico nosso).

¹⁸⁴ Na doutrina estrangeira, Gary Born observa (2014, p. 2.647) que a aplicação de tal solução ainda se verifica esporadicamente na prática da arbitragem comercial internacional, mencionando, como exemplo, a sentença proferida no caso CCI nº 8.619, em que se decidiu que “[i]t can be reasonably argued that the parties who fail to explicitly agree on an applicable substantive law, but agree on arbitration at a specified place pursuant to specified arbitration rules and procedures (...) impliedly also agree – or at least impliedly accept a determination to that effect – on the conflict of laws rules of the law of the jurisdiction in which the place of arbitration is located” (“pode ser argumentado com razoabilidade que as partes que se omitem em explicitamente pactuar uma lei material aplicável, mas acordam sobre a arbitragem em um lugar específico, em conformidade com regras e procedimentos específicos (...) implicitamente também acordam – ou ao menos implicitamente aceitam uma determinação nesse sentido – sobre as regras de conflito de leis da jurisdição na qual a sede da arbitragem está localizada”). Note-se que a presunção de que existiria um acordo tácito sobre a aplicação das normas de conflito de leis da sede da arbitragem parece claramente uma justificativa para uma tomada de posição que não tem real supedâneo na intenção das partes, sequer implícita, pois é bastante improvável que, ao escolher a sede da arbitragem, tivessem elas em mente, especificamente, as regras de direito internacional privado vigentes no ordenamento jurídico desse Estado. O autor aqui mencionado, Gary Born, defende (2014, p. 2.659) a adoção do direito conflitual da sede da arbitragem como solução que favoreceria a previsibilidade e segurança jurídica, sendo, segundo ele “the simplest, most neutral, most predictable and fairest choice-of-law rule” (“a regra de conflito de leis mais simples, neutra, previsível e justa”). No entanto, cabe notar que somente se trataria de efetiva solução naqueles ordenamentos jurídicos que contam com um sistema geral de direito internacional privado moderno, flexível e abrangente, no que respeita à disciplina do conflito de leis em matéria contratual, o que, como se sabe, não é o caso brasileiro.

¹⁸⁵ Por exemplo, nos antigos países socialistas do Leste Europeu, era usual a remissão às normas conflituais do Estado sede do procedimento arbitral, como registram Danilowicz (1986, p. 259) e Lew (1977, *passim*), assim como, até recentemente, na República Checa, conforme sua lei de arbitragem, Lei nº 216/1994, artigo 37(2), posteriormente revogada (cf. BĚLOHLÁVEK, 2010). Atualmente, há previsões legais inusuais na Estônia, cujo código de processo civil determina, no artigo 742, a aplicação da lei material do próprio país, caso as partes não escolham a lei aplicável, nem resulte ela de uma determinação legal (vide <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide>, acesso em: 07.06.2022), e no Lîmen e Noruega, em que, na ausência de escolha pelas partes, aplicam-se as regras

doutrinária como na prática da arbitragem.¹⁸⁶ Esse entendimento, inclusive, como se adiantou no capítulo 2 *supra*, foi adotado em “Resolução sobre Arbitragem em Direito Internacional Privado” do Instituto de Direito Internacional, aprovada em 1957 (sessão de Amsterdã), cujos trabalhos preparatórios merecem ser analisados, pois são bastante representativos dos argumentos prevaletentes, à época, sobre a matéria. O artigo 11 da referida Resolução tem a seguinte redação:

F. Direito aplicável aos aspectos substantivos do litígio

Artigo 11

As regras de conexão em vigor no Estado da sede do tribunal arbitral devem ser seguidas para determinar a lei aplicável aos aspectos substantivos do litígio.

Nos limites dessa lei, os árbitros aplicam a lei escolhida pelas partes ou, na falta da respectiva indicação expressa, determinam qual é a vontade das partes a esse respeito, considerando todas as circunstâncias da causa.

Se a lei do lugar da sede do tribunal arbitral o autorizar, as partes podem conceder aos árbitros o poder de julgar por equidade de acordo com regramentos de associações profissionais.¹⁸⁷

A posição adotada pelo Instituto parte de uma visão restritiva da autonomia da vontade, condicionando-a aos “limites da lei” do Estado onde se situa a sede da

conflituais do direito local (vide, respectivamente, o artigo 45 da Lei nº 22/1992, adotada por decreto presidencial datado de 27 Ramadan, 1412 Hijra, equivalente a 31.03.1992, *in*: https://www.usip.org/sites/default/files/files/Yemeni_Arbitration_Law_English_Version.pdf, acesso em: 07.06.2022; e, na Noruega, § 31 da Lei nº 25, de 14.05.2002 – Lei de Arbitragem, disponível em: https://www.chamber.no/wp-content/uploads/2014/02/Norwegian_Arbitration_Act.pdf; acesso em 02.07.2022). Estudo da HCCH (2007, p. 9) aponta que, à época, também adotavam subsidiariamente as regras de conflito do foro a Costa Rica e a República de Malta; porém as respectivas leis foram posteriormente modificadas, tendo a primeira adotado, em 2011, a Lei nº 8.937, baseada na Lei-modelo da Uncitral (vide https://www.nfral.in/media/file/resource-pool/download_file/costa-rican-intl-arbitration-law-1616740258.pdf, acesso em 07.06.2022), e a segunda atualizado o Capítulo 387 de sua legislação (lei de arbitragem), para também reproduzir a aludida Lei-modelo, adotando, portanto, quanto ao tema de que aqui se cuida, a chamada *voie indirecte*, no respectivo artigo 28, 1 (vide <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=NIM:286287>, acesso em 07.06.2022).

¹⁸⁶ Segundo o referido estudo da HCCH (2007, p. 8), foi esse o método predominante até os anos 1960.

¹⁸⁷ “F. Droit applicable au fond du litige

Article 11

Les règles de rattachement en vigueur dans l'Etat du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige.

Dans les limites de cette loi, les arbitres appliquent la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication expresse de celles-ci, déterminent quelle est la volonté des parties à cet égard en considérant toutes les circonstances de la cause.

Si la loi du lieu du siège du tribunal arbitral les y autorise, les parties peuvent donner aux arbitres le pouvoir de juger en équité ou d'après les règlements des associations professionnelles”.

arbitragem, prestigiando o entendimento – ainda disseminado à época – de que o exercício da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável só seria possível se previamente permitido por lei. Sendo a autonomia permitida, entretanto, parece prestigiar até mesmo a vontade meramente tácita das partes, ao designar como primeira tarefa dos árbitros, na falta de eleição expressa, determinar “qual é a vontade das partes a esse respeito, considerando todas as circunstâncias da causa”.

Não sendo possível determinar a vontade expressa ou tácita das partes, deveria o árbitro aplicar o sistema de normas conflituais da sede da arbitragem. Tal concepção – ou representação –¹⁸⁸ da arbitragem comercial internacional é marcadamente territorialista, pois pressupõe a prevalência da lei local, seja como fundamento para o exercício da autonomia privada das partes, seja como fonte do direito para a aplicação residual do sistema de direito internacional privado. Esse entendimento, predominante à época de que aqui se cuida, tornava o instituto da arbitragem comercial internacional dependente do beneplácito da lei do Estado da sede do tribunal arbitral e fundamentalmente subordinado ao império dessa lei.

Pode-se comparar tal disposição com o teor do artigo 2º, *in fine*, do Protocolo Relativo às Cláusulas de Arbitragem, firmado em Genebra em 1923 (doravante “Protocolo de Genebra”) e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 21.187, de 22.03.1932 (que deixou de ter efeito entre os países ratificadores da CNI-1958), com a seguinte redação:

2 - O processo da arbitragem, incluindo-se a constituição do tribunal arbitral, será regulado pela *vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar*.

Os Estados contratantes comprometem-se a facilitar os atos processuais, que seja necessário realizar nos seus territórios, de acordo com as disposições

¹⁸⁸ Alude-se aqui ao marco teórico discutido no subcapítulo 3.1, das chamadas três representações da arbitragem comercial internacional descritas, a saber, as representações territorialista, “westfaliana” e transnacional, desenvolvidas por Emmanuel Gaillard (2010a), que fundamentariam a arbitragem, respectivamente, (i) no ordenamento jurídico interno de cada Estado individualmente considerado; (ii) no conjunto dos ordenamentos jurídicos estatais, de forma harmonizada pelo direito internacional em consideração às necessidades e interesses do comércio internacional; ou (iii) em uma ordem jurídica autônoma e transnacional, que não seria mera evolução da segunda representação referida, mas, sim, uma nova espécie de ordenamento jurídico genuinamente transnacional.

que regem, nas suas legislações respectivas, o processo de arbitragem por compromisso (itálico aditado).¹⁸⁹

Como se vê, o Protocolo de Genebra – que, relembre-se, teve vigência em considerável número de países¹⁹⁰⁻¹⁹¹ – atribuía igual relevância ao acordo das partes e à legislação do país em cujo território a arbitragem se desenvolvesse. Naquele estágio do desenvolvimento do direito do comércio internacional, era natural que se contemplasse a preponderância da lei sobre a vontade das partes, podendo ser considerada uma posição até mesmo moderna a de se admitir igualdade entre uma e outra como fonte da arbitragem internacional e fundamento da autoridade do árbitro.¹⁹²

Note-se que o dispositivo convencional acima transcrito trata do processo arbitral (na dicção do decreto brasileiro de promulgação) ou do procedimento arbitral (nas versões autênticas em inglês e francês), sendo perfeitamente possível e razoável, sobretudo à luz da segunda alínea do texto, a interpretação de que se limitaria a dispor sobre a disciplina formal da arbitragem, não regulando seus aspectos conflituais. Não foi esse, contudo, o entendimento da comissão do Instituto de Direito Internacional incumbida da análise da matéria, visando à preparação para a sessão de Amsterdã acima referida, cujo relator, Georges Sauser-Hall, considerou a norma do Protocolo de Genebra ambígua e, avaliando o conjunto do texto dessa convenção internacional, inclinou-se pela predominância do direito conflitual do Estado da sede

¹⁸⁹ Usa-se aqui o texto oficial em português. No plano internacional, as versões em francês e inglês são consideradas autênticas, tendo a versão inglesa a seguinte redação: “(2) The arbitral procedure, including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties and by the law of the country in whose territory the arbitration takes place. The Contracting States agree to facilitate all steps in the procedure which require to be taken in their own territories, in accordance with the provisions of their law governing arbitral procedure applicable to existing differences”.

¹⁹⁰ Em 30 países, principalmente europeus, podendo-se citar, entre os não europeus, Brasil, Índia, Tailândia, Japão, Israel, Nova Zelândia e Iraque. Fonte: <http://www.newyorkconvention.org/travaux+preparatoires/history+1923+-+1958>, acesso em 13.09.2020, valendo lembrar que, nos anos 20 a 40 do século passado, ainda vigente o sistema colonial em partes das África, Oriente Médio e Ásia, era reduzido o número de países soberanos existentes no mundo, em comparação com a atualidade.

¹⁹¹ O Protocolo de Genebra de 1923, assim como a Convenção de Genebra de 1927 sobre execução de sentenças arbitrais estrangeiras perderam gradualmente vigência entre os Estados que ratificaram a CNI-1958, conforme previsto no artigo VII, 2, desta última.

¹⁹² Sobre a evolução da aceitação do princípio da autonomia da vontade na doutrina, jurisprudência e legislação, vide ARAUJO, 2000, p. 47 e seguintes.

da arbitragem. O Anuário do Instituto registrou a exposição dos argumentos do relator, a seguir resumidos.

Ao ver de Sauser-Hall, a arbitragem privada internacional era influenciada por conceitos prevaletentes quanto à arbitragem entre os Estados, ou entre esses e outros entes de direito internacional público – sendo essa modalidade de arbitragem verdadeiramente a-nacional ou, mais precisamente, supranacional. No entanto, a arbitragem de direito internacional público pressupõe que os participantes devam aceitar sem contestação a decisão dos árbitros, ao passo que a arbitragem privada internacional pode suscitar, à vista da menor divergência, diversas impugnações quanto à validade da cláusula compromissória, regularidade do procedimento, poderes do árbitro, etc. Todas essas questões demandariam a vinculação sólida da arbitragem a uma *ordem jurídica de base* determinada, que fornecesse critérios seguros para a respectiva solução.

Prosseguiu o relator afirmando que também ele, a exemplo de grande número de autores, defendia a natureza mista ou híbrida do instituto da arbitragem, a saber, contratual na sua origem e jurisdicional nos seus efeitos ou consequências.¹⁹³ No entanto, prevaleceria essa última característica que, com efeito, autorizaria e justificaria a supressão da jurisdição internacional ordinária dos juízes estatais. Também essa natureza jurisdicional explicaria a previsão legal, então existente em vários ordenamentos jurídicos, de recursos contra a sentença arbitral, dirigidos ao poder judiciário, além das ações de nulidade, não passíveis de afastamento pela vontade das partes. Daí inferiu o relator que a arbitragem se conectaria mais fortemente com o Estado com o qual apresenta o vínculo mais estreito, a seu ver o Estado da sede do tribunal arbitral. Em fórmula sintética, a arbitragem privada internacional deveria, assim, sujeitar-se à combinação “*loi et siège*” (lei e sede), por serem estas intimamente vinculadas.

¹⁹³ Segundo Lew, Mistellis e Kröll (2003, p. 79-80), Sauser-Hall foi, a rigor, o proponente da teoria híbrida da natureza da arbitragem, em relatório anterior produzido para o mesmo I.D.I. em 1952, em que buscou demonstrar que os elementos jurisdicionais e contratuais da arbitragem são “indissolúvelmente entrelaçados” (“indissolubly intertwined”).

Aduziu o relator outros dois outros argumentos, a saber, o de que a escolha da sede é uma prerrogativa das partes, de onde restaria preservada plenamente sua autonomia negocial, e que a vinculação entre a sede e o direito conflitual nela vigente teria a vantagem de simplificar um assunto considerado por todos como obscuro.

Haveria, assim, uma assimilação entre a lei de regência de uma arbitragem (inclusive quanto aos seus aspectos conflituais) e a *lex fori* dos juízes estatais, como evidenciado na seguinte passagem do relatório:

Nessa matéria, igualmente, a natureza mista, de direito contratual e direito processual, reconhecida à instituição da arbitragem permite encontrar facilmente a solução.

Em todos os Estados, os juízes devem aplicar as regras de conexão previstas pela *lex fori*, sob reserva do reenvio, que nada mais é que uma interpretação dessas regras.

Segundo a concepção puramente contratual da arbitragem privada, o tribunal arbitral não poderia ter *lex fori*, pois os árbitros, nessa concepção, são considerados mandatários das partes e não juízes. Daí resulta que, ou bem os árbitros teriam a faculdade de aplicar as regras de conexão de sua escolha, ou bem, segundo uma parte da doutrina, essas regras seriam aquelas da lei de regência do compromisso, mesmo não coincidindo com a lei do local em que o tribunal arbitral está sediado. Segundo a teoria puramente jurisdicional da arbitragem, sendo esta assimilada a um processo judicial, a lei da sede do tribunal arbitral constitui a sua *lex fori*, e, em consequência, os princípios de direito internacional privado a serem seguidos são o dessa última lei.

A concepção da arbitragem, instituição *sui generis*, nos permite operar a conciliação necessária. Na medida em que se trata de uma instituição contratual, é necessário reconhecer às partes o poder de indicar aos árbitros o direito segundo o qual elas entendem que a sentença deverá ser proferida; mas esse poder, elas não o podem exercer senão dentro dos limites previstos pelas regras de conexão do Estado da sede do tribunal arbitral, que, tal qual uma *lex fori*, delimita a extensão da autonomia que cabe reconhecer às partes nesse domínio.¹⁹⁴

¹⁹⁴ “A ce sujet également, la nature mixte, de droit conventionnel et de droit de procédure, reconnue à l’institution de l’arbitrage, permet de trouver facilement la solution. Dans tous les Etats les juges doivent appliquer les règles de rattachement prévues par la *lex fori*, sous réserve du renvoi qui ne résulte d’ailleurs que d’une interprétation de ces règles. D’après la conception purement conventionnelle de l’arbitrage privé, le tribunal arbitral ne pourrait pas avoir de *lex fori* car les arbitres y sont considérés comme des mandataires des parties et non pas comme des juges. Il en résulterait, ou bien que les arbitres auraient la faculté d’appliquer les règles de rattachement de leur choix, ou bien, d’après une partie de la doctrine, que ces règles seraient celles de la loi régissant le compromis même si elle ne coïncidait pas avec la loi du lieu où siège le tribunal arbitral. Selon la théorie purement juridictionnelle de l’arbitrage, celui-ci étant semblable à une procédure judiciaire, la loi du siège du tribunal arbitral constitue sa *lex fori*, et, par conséquent, les principes de droit international privé à suivre par les arbitres sont ceux de cette dernière loi. La conception de l’arbitrage, institution *sui generis*, nous permet d’opérer la conciliation nécessaire. En tant qu’il s’agit d’une institution conventionnelle il faut reconnaître aux parties le pouvoir d’indiquer aux arbitres le droit selon lequel elles entendent que la sentence soit

Durante os debates suscitados pela proposta de resolução então apresentada (e que veio a ser aprovada),¹⁹⁵ destaca-se a objeção do eminente civilista francês Georges Ripert, que fez uma observação que seria frequentemente repetida em toda a crítica doutrinária posterior:

Em segundo lugar, a aplicação, em todos os casos, da lei da sede da arbitragem pode parecer abusiva; com efeito, a sede não é sempre designada pelas próprias partes, mas é esporadicamente determinada pelos árbitros, conforme sua comodidade pessoal, sem que a sede coincida com o domicílio de uma das partes ou com o lugar onde a sentença será executada.¹⁹⁶

Não obstante, o texto proposto para o artigo 11 da resolução, acima transcrito, foi aprovado por 29 votos a zero, com 4 abstenções, tendo o presidente da respectiva Comissão ressaltado que “[a] ideia na base do projeto é a de fazer substituir a *lex fori*, que não existe em matéria de arbitragem, pela lei do lugar da sede da arbitragem. Assim, é natural aplicar as regras de conexão do país da sede”.¹⁹⁷

A respeito do entendimento de Sauser-Hall, expresso na resolução do I.D.I., manifestou-se Julian D. M. Lew (1977, p. 180) no seguinte sentido:

rendue; mais ce pouvoir, elles ne peuvent l'exercer que dans les limites permises par les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral qui, en tant que *lex fori*, délimite l'étendue de l'autonomie qu'il y a lieu de reconnaître aux parties dans ce domaine” (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1952, p. 571).

¹⁹⁵ Em 1952, Pierre Arminjon havia apresentado ao Instituto um projeto alternativo, que previa a prevalência da lei escolhida expressa ou tacitamente pelas partes; na falta dessa lei, aquela da residência ou estabelecimento comum às partes; residindo estas ou estando estabelecidas em países distintos, “la loi compétente sera celle du pays dans lequel se trouve la résidence ou l'établissement de la partie dont la situation est preponderante” (“a lei competente será aquela do país onde se situe a residência ou o estabelecimento da parte cuja situação é preponderante”). Tal regra parece ser um esboço da regra de conexão que prestigia o domicílio da parte devedora da prestação característica, que viria a se tornar relevante no DIPr posterior, ao ser adotada pela Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1980, e posteriormente mantida pelo Regulamento nº 593/2008 da União Europeia (Regulamento Roma I).

¹⁹⁶ “En second lieu, l'application, dans tous les cas, de la loi du siège de l'arbitrage peut paraître abusive; en effet, ce siège n'est pas toujours désigné par les parties elles-mêmes, mais est quelquefois déterminé par les arbitres, pour leur commodité personnelle, sans que ce siège coïncide avec le domicile de l'une des parties ou avec le lieu où la sentence sera exécutée” (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1957, p. 423).

¹⁹⁷ “L'idée à la base du projet est de remplacer par la loi du lieu où siègent les arbitres une *lex fori*, qui n'existe pas en matière d'arbitrage. Dès lors, il est naturel d'appliquer les règles de rattachement du pays du siège” (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1957, p. 453).

Enquanto em teoria naturalmente todo sistema jurídico soberano pode promulgar normas tornando ilegal, ou indesejável, ou não prático, ou impossível realizar procedimentos arbitrais no território sobre o qual ele governa, (...) não se pode ignorar que quase toda nação engajada no comércio internacional reconhece e estimula a arbitragem, interferindo apenas minimamente em arbitragens realizadas no seu território. O efeito da teoria de Sausser-Hall é o de atribuir a uma arbitragem internacional ou anacional um caráter nacional, sendo tal nacionalidade determinada puramente sobre a base fortuita da “sede da arbitragem”.

As ideias do I.D.I. foram retomadas por Francis A. Mann, no já referido artigo de 1967, que é frequentemente citado como expressão paradigmática da posição doutrinária de que aqui se cuida.¹⁹⁸ Devido à sua influência, o artigo foi republicado pelo periódico *Arbitration International*¹⁹⁹ por ocasião da divulgação da Lei-modelo da Uncitral (1985) à qual Mann manifestou diversas restrições, uma delas, notadamente, ao artigo 28(3), que determina a aplicação à substância do litígio, na ausência de escolha pelas partes, da “lei determinada pelas regras de conflito de leis que [o Tribunal Arbitral] considerar aplicáveis”.

Francis A. Mann fundamenta seu entendimento em uma ideia basilar, a de que toda a atividade jurídica desenvolvida em determinado território está sujeita à lei promulgada pelo Estado que é soberano nesse território, devendo as normas de conflito de leis ali vigentes aplicar-se necessariamente a toda atividade jurisdicional (ou análoga) desenvolvida sob a égide dessa lei. Identifica esse princípio à “supremacy of the law” (supremacia da lei) e manifesta perplexidade com as dúvidas que pairam sobre sua aplicabilidade no campo da arbitragem internacional. Alega o referido jurista que:

Ninguém jamais e em lugar nenhum foi capaz de apontar para uma regra ou princípio legal que permitiria a indivíduos atuar fora dos limites de um sistema de direito local; até mesmo a ideia de autonomia das partes somente existe em virtude de um dado sistema legal local e em sistemas diferentes pode ter características e efeitos diferentes. De forma similar, toda arbitragem submete-se necessariamente ao direito de um dado Estado. Nenhuma pessoa privada tem o direito ou o poder de atuar em nenhum outro nível senão aquele do direito local. Todo direito ou poder de que goza uma pessoa privada é inexoravelmente conferido ou derivado de um sistema de direito local, que, convenientemente e de acordo com a tradição, pode-se denominar

¹⁹⁸ REISMAN et al., 1997, p. 695; GAILLARD, 2010a, p. 22; LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 428; PAULSSON, 2013, p. 33; BERMANN, 2017, p. 212.

¹⁹⁹ MANN, 1986 [1967].

lex fori, embora fosse mais exato (mas também menos familiar) falar-se em *lex arbitri*, ou, em francês, *loi de l'arbitrage*.²⁰⁰

Essa concepção territorialista da arbitragem, que a considera atividade inexoravelmente definida e regulada pela lei vigente no Estado onde o procedimento tem a sua sede, inclusive quanto a aspectos conflituais, perdeu prestígio continuamente desde então,²⁰¹ ao ponto de hoje ser considerada obsoleta.²⁰²

Não obstante, alguns juristas expressam, até o dia atual, ceticismo e dúvidas sobre a ideia da desvinculação entre a sede da arbitragem e o direito internacional privado aplicável na arbitragem. Um exemplo é Giuditta Cordero Moss, que, embora reconhecendo a linha evolutiva da doutrina predominante sobre a matéria, manifesta dúvidas sobre sua conveniência, ao considerar que inúmeros aspectos da arbitragem comercial internacional estão fatalmente sujeitos à *lex loci arbitri*, tais como a validade da convenção de arbitragem, os mecanismos para impugnação de árbitros, a regulação do procedimento arbitral, a delimitação dos poderes do tribunal arbitral, as medidas cautelares, as possibilidades de assistência judicial à arbitragem, a anulação de sentença arbitral, as regras de arbitrabilidade e a tutela da ordem pública. Daí, questiona a renomada autora (MOSS; ARROYO, 2019, p. 316-317):²⁰³

Então eu indago por que não deveria o *forum* ser relevante também quando se trata de regras de direito internacional privado? (...) [I]sso é útil não só para a validade e exequibilidade da sentença arbitral, mas também para a possibilidade das partes de prever qual lei será aplicada, para definir se elas têm capacidade legal ou não, etc.

²⁰⁰ MANN, 1986 [1967], p. 244-5: (“[n]o one has ever or anywhere been able to point to any provision or legal principle which would permit individuals to act outside the confines of a system of municipal law; even the idea of the autonomy of the parties exists only by virtue of a given system of municipal law and in different systems may have different characteristics and effects. Similarly, every arbitration is necessarily subject to the law of a given State. No private person has the right or the power to act on any level other than that of municipal law. Every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derived from a system of municipal law which may conveniently and in accordance with tradition be called *lex fori*, though it would be more exact (but also less familiar) to speak of the *lex arbitri* or, in French, *la loi de l'arbitrage*”).

²⁰¹ Cf. TIBURCIO, 2002, p. 106; REISMAN et al., 1997, p. 707; DERAIS, 1996.

²⁰² RAMPALL; FEEHILY, 2018, p. 383; LEE, 2009, p. 264; GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 868.

²⁰³ “[T]hen I wonder why should the forum not also be relevant when it comes to private international law rules? (...) [T]his is something that is useful not only for the validity and enforceability of the award, but also for the parties’ ability to predict which law is going to be applied, whether they have the legal capacity or not and so on”. Note-se que, embora a referência bibliográfica aluda a MOSS; ARROYO, a opinião acima é apenas de Moss, defendendo Diego Arroyo o entendimento contrário. Trata-se da publicação, sob a forma de capítulo de livro, de um *keynote debate* em conferência científica, travado entre os dois juristas.

Diante da dúvida de Cordero Moss, cabem considerações sobre o escopo da *lex arbitri*, expressão hoje consagrada e amplamente disseminada e tida como pioneiramente usada por Francis A. Mann no artigo acima mencionado.²⁰⁴

Obviamente, todo legislador nacional tem o poder de determinar o direito aplicável à arbitragem (em seu aspecto processual) e na arbitragem (em seus aspectos conflitual e material), no território sujeito à sua competência legislativa, e bem assim o de recusar efeitos ou cominar de nulidade, se assim entender pertinente, as sentenças arbitrais proferidas em desconformidade com suas determinações. Ocorre, porém, que ter o *poder* de legislar não significa que seja conveniente fazê-lo, sendo certo que os legisladores nacionais, em sua franca maioria, não desejam legislar quanto à determinação do direito aplicável à solução do litígio, além do que diz respeito à expressa e ampla consagração do princípio da autonomia da vontade, que, como se viu, é uma constante na generalidade dos ordenamentos jurídicos estatais.

Como já se assinalou na introdução desta tese, a arbitragem comercial, tanto interna quanto internacional, goza de considerável beneplácito dos legisladores e dos juízes dos diversos Estados, em extensão gradualmente maior desde a segunda metade do século XX, sem sinal de regressão. Essa circunstância é uma condição fática que afeta diretamente a compreensão do direito, pois a convergência internacional do *favor arbitrandum* contribui para a uniformidade da concepção da arbitragem como atividade privada relevante para o desenvolvimento e organização do comércio internacional, para cuja realização a intervenção estatal tende a ser minimizada, limitando-se a alguns aspectos específicos e bem determinados, onde residualmente o interesse do Estado mostra-se relevante.

Se o Estado não tem interesse, ordinariamente, em regular de forma imperativa o próprio processo arbitral, menor interesse terá ainda em determinar a solução do conflito de leis quanto ao direito material aplicável à resolução do litígio.²⁰⁵ Assim,

²⁰⁴ Conforme nota do editor em MANN, 1986 [1967], p. 241.

²⁰⁵ Em sentido similar, vide DANILOWICZ, 1986, p. 261.

repita-se, não se nega que o legislador interno – ou, na peculiar terminologia britânica, o “soberano” – seja o titular do poder, no plano jurídico-político e constitucional, de determinar o direito internacional privado da arbitragem, na presença ou não de escolha pelas partes – o que parece ser a premissa fundamental de Mann e do I.D.I. –, porém o fato é que esse mesmo legislador se abstém de fazê-lo na grande maioria das leis nacionais de arbitragem, a exemplo do caso brasileiro.

Se o legislador se omitiu em regular o tema na legislação especial (isto é, na lei de arbitragem), cabe indagar se sua intenção seria a de impor ao árbitro a aplicação por analogia das normas gerais de conflitos de leis ou, diversamente, de remeter a apreciação da matéria à discricção do julgador.

É fato que, sob a ótica do ordenamento jurídico interno brasileiro, se se concluir estar-se diante de uma *lacuna* da lei, caberia, em tese, a aplicação do disposto no artigo 4º da LINDB, segundo o qual “[q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

No entanto, além da inadequação, em sede de arbitragem comercial internacional, de se apreciar tal questão sob a ótica exclusiva de um único e determinado ordenamento jurídico, assunto de que se tratará no próximo subcapítulo, cumpre distinguir entre efetiva lacuna de regulamentação – ou seja, o caso da vida carecedor de disciplina jurídica, porém não contemplado pelo legislador – e o chamado “silêncio eloquente”, ou omissão proposital do legislador,²⁰⁶ que não admite a integração de aparentes lacunas pela técnica da analogia.

O silêncio eloquente é uma técnica de interpretação que ganhou relevância especialmente na seara constitucional, havendo vários precedentes do Supremo

²⁰⁶ Os estudiosos da hermenêutica jurídica entendem que também o silêncio se interpreta, pois “até ele traduz alguma coisa, constitui um índice do direito, um modo de dar a entender o que constitui, ou não, o conteúdo da norma” (MAXIMILIANO, 1988 [1923], p. 208, § 238). Norberto Bobbio aponta (1991, p. 144) que uma lacuna na lei pode ser involuntária ou voluntária, sendo esta última a intencionalmente criada pelo legislador, em razão da complexidade da matéria e da conveniência de confiá-la, caso a caso, à interpretação da jurisprudência. Sobre o tema, em geral, vide DINIZ, 1981, e particularmente no direito internacional privado, STRENGER, 1983, e MONACO, 2019.

Tribunal Federal consagrando a sua adoção ou a afastando, conforme as circunstâncias do caso concreto.²⁰⁷

No que respeita ao direito conflitual aplicável na arbitragem privada internacional, deve prevalecer a teoria do silêncio eloquente. De fato, o legislador contemplou a necessidade de regulamentar o assunto apenas parcialmente, com dois objetivos principais. Primeiro, quis explicitar a possibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes – assim modernizando o direito internacional privado brasileiro, ao menos no que respeita às lides submetidas à arbitragem, ao afastar o entendimento segundo o qual o artigo 9º da LINDB vedaria a autonomia da vontade. Em segundo lugar, pretendeu o legislador permitir às partes, da mesma forma, a adoção dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e das regras internacionais do comércio como base legal para a resolução do litígio, assim expandindo o conceito de direito aplicável para também abranger conjuntos de normas jurídicas que não se revestem da forma de lei e podem ter fonte não-estatal.

Essas importantes inovações da Lei nº 9.307/96 ressaltam de forma contundente as diferenças entre o DIPr geral do Brasil e o DIPr especial da arbitragem, ao estabelecerem para este último um regime marcadamente liberal, consentâneo com as tendências mais atuais no direito comparado e atento às necessidades do comércio internacional.

Note-se que, sendo a escolha do direito aplicável uma prerrogativa das partes, ou seja, um ato de autonomia negocial privada, seria plausível, em tese, considerar-

²⁰⁷ O primeiro caso em que se discutiu o conceito foi o recurso extraordinário nº 130.552, julgado em 04.06.1991, sendo relator o Ministro José Carlos Moreira Alves, que, ao afastar a competência da Justiça do Trabalho para julgar litígios entre empregador e sindicato de empregados, asseverou em seu voto que “só se aplica a analogia quando na lei haja lacuna, e não o que os alemães denominam ‘silêncio eloquente’ (*beredtes Schweigen*), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo aí, portanto, o emprego da analogia”. Já a título de exemplo oposto, de afastamento da teoria do “silêncio eloquente”, mencione-se o importante precedente da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132, julgada em 05.05.2011, pela qual a Suprema Corte decidiu que a falta de menção ao casamento entre pessoas do mesmo sexo no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal não constituía hipótese de silêncio intencional do constituinte, que visasse a proibir essa espécie de consórcio.

se inadequado, por princípio, estender essa prerrogativa ao árbitro, como um suposto mandatário das partes,²⁰⁸ para, em lugar delas, escolher o direito aplicável.

Com efeito, a escolha realizada pelo julgador tem uma natureza e obedece a uma lógica totalmente distintas daquelas prevalentes na escolha efetuada diretamente pelas partes. O julgador atua *ex post facto*; sua “escolha” não visa à livre determinação de uma *norma agendi*, reguladora da conduta atual e futura das partes, mas, sim, à busca juridicamente orientada de uma *norma decidendi*.²⁰⁹ É dessa última norma que o julgador precisa para exercer o seu múnus, devendo a regra material assim identificada incidir sobre fatos e atos pretéritos e determinados. Assim, a determinação da regra de direito aplicável a uma relação jurídica pluriconectada, por parte do julgador, nunca será similar, ontologicamente, ao exercício da autonomia privada das partes, nem tampouco análoga à atuação de um mandatário, pois o árbitro decide propriamente como julgador (na qualidade de juiz de fato e de direito), com a obrigação de decidir o caso concreto, e não como um agente das partes, que cria direitos e obrigações em seu lugar e no seu interesse.

Assim, do ponto de vista normativo, seria plausível a remissão do julgador ao regime comum do direito positivo de conflito de leis, em comparação com a atribuição de uma liberdade de determinação do direito aplicável, cabendo esta, sim, às partes, mas, em princípio, não ao julgador.

Por outro lado, ainda que em tese fosse plausível uma eventual remissão do árbitro ao direito comum, por não ter a sua escolha da lei um caráter negocial, mas, sim, o de reconhecimento ou identificação do direito posto, uma tal solução seria

²⁰⁸ O árbitro, definitivamente, não é um “mandatário” das partes, sendo certo que o contrato entre eles não tem nenhuma afinidade com o contrato típico de mandato, nem há qualquer semelhança entre a atividade jurisdicional desenvolvida pelo árbitro e a atividade de um mandatário. No entanto, essa equivocada analogia é encontrável com certa frequência na doutrina, como, por exemplo, em LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 425; e DANILOWICZ, 1986, p. 283.

²⁰⁹ Os diplomas legislativos que regulam a introdução às normas de um ordenamento jurídico, como a LINDB, contêm normas instrumentais de duas naturezas: as de produção jurídica, responsáveis pela criação, aplicação, modificação ou extinção das demais normas jurídicas, e as de atuação jurídica, que disciplinam o modo de determinação e atuação concreta das demais normas (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2021, p. 138). As normas conflituais, por serem normas de sobredireito, dizem respeito à aplicabilidade de outras normas – estas, materiais –, predominando o viés de normas de atuação, sob a forma de normas *decidendi* às quais o julgador recorre, no âmbito do processo judicial ou arbitral, visando à pacificação de litígio concreto sobre um bem da vida.

incompatível com o regime diferenciado e acentuadamente avançado construído pelo legislador para a arbitragem.

As partes que recorrem à arbitragem o fazem por desejarem um método de solução de litígios que universalmente apresenta determinadas características, entre elas, no que aqui interessa, a independência do árbitro em relação aos procedimentos e critérios prevaletentes nos tribunais estatais, além da equidistância em relação aos interesses das partes, embora comprometido com esses interesses, e não com os interesses mais gerais, de caráter público, perseguidos pelo ordenamento jurídico e pelas políticas governamentais dos Estados.

O direito internacional privado de qualquer jurisdição reflete determinadas escolhas de política legislativa,²¹⁰ sendo um produto da época em que realizada a respectiva codificação. Não há nenhum motivo válido para que esse ramo do direito fique imune ao distanciamento deliberadamente buscado pelas partes envolvidas em um litígio internacional submetido à arbitragem, relativamente às políticas estatais e governamentais.

Assim, diante da opção do legislador da Lei de Arbitragem por não regular a matéria, conclui-se que não há interesse público, social ou governamental quanto a essa regulação, não havendo justificativa de política legislativa para impor-se ao árbitro a aplicação de normas conflituais concebidas em 1942 para aplicação exclusivamente pelos juízes estatais – pois à época nem sequer se cogitava de arbitragem internacional comercial e privada no Brasil –, em outra realidade jurídico-institucional e em contexto distinto, ainda que alguma tradição existisse, no País, no que respeita à arbitragem internacional de Direito Público.

²¹⁰ Cabe ao legislador de DIPr realizar um sem-número de escolhas de política legislativa sobre temas tais como, exemplificativamente, o elemento de conexão relevante para a determinação do estatuto pessoal (nacionalidade ou domicílio), a extensão da jurisdição internacional dos tribunais do país, a permissão ou não da autonomia da vontade em matéria contratual (e outras matérias), a determinação da conexão prevaletente quanto à responsabilidade civil por atos ilícitos, a admissão ou não do reenvio, a preferência por elementos de conexão rígidos ou flexíveis, a previsão de conexões alternativas, o grau e a extensão da admissão de considerações materiais em sede conflitual, para proteção de vulneráveis e tutela dos direitos humanos; e assim por diante.

Não havendo interesse, seja das partes, seja do legislador, em que o regime comum do direito internacional privado nacional se aplique à arbitragem comercial internacional realizada no território brasileiro – ou, com maior precisão, à arbitragem comercial internacional com sede no Brasil –, resta afastada a hipótese de sua aplicação aos casos em que as partes não houverem escolhido o direito aplicável ou não tenham elegido um regulamento institucional que proveja a respectiva disciplina.

Para concluir convenientemente este subcapítulo, vem a propósito trazer excerto de Irineu Strenger, em que o antigo professor do Largo de São Francisco, ainda em 1983, apresenta uma visão bastante atual do tema das lacunas de regulamentação no direito internacional privado, relativamente às regras de conflito aplicáveis pelo que chama de “juiz internacional”, perfeitamente transplantável para o contexto da arbitragem comercial internacional (1983, p. 132-133):

Abrimos parênteses para realçar que, se o juiz nacional, conforme vimos, é menos aferrado à *lex scripta* no campo do conflito de leis do que na legislação interna material, é também verdade que maior liberdade ainda tem o juiz *internacional*; este sim seria um verdadeiro “Rechtsoberherr” na expressão dos expoentes do “direito livre” ou “juiz grão-senhor” na eloquente expressão de Carlos Maximiliano. Realmente, Schnitzer ensina: “se os estatutos de um tribunal internacional ou de uma corte de arbitragem não permanente silenciam quanto ao direito aplicável em determinada espécie, abre-se uma oportunidade para a verdadeira criação do direito pelo juiz. Este poderá em primeiro lugar prescindir de toda indagação quanto à qualificação do fato jurídico, problema espinhoso a desafiar a argúcia do juiz nacional. Poderá ainda, se o caso o requerer, conjugar com normas emanadas de diversas legislações relacionadas com o problema, o que isentará da difícilíssima pesquisa do elemento de conexão que constitui, no caso, a ‘sede’ ou o *centro de gravidade* da relação jurídica”. Poderá, finalmente, após escolher determinada ordem jurídica para a mais adequadamente aplicável, amoldar a norma positiva assim obtida no sentido da obtenção de um resultado equo. O pressuposto – na lição de Schnitzer – para essa interpretação criadora do juiz internacional reside sempre na sua desvinculação de qualquer ordem jurídica interna; mas também há limites de seu atuação nessa acepção criadora: ela haverá de se desenvolver somente nas lacunas da lei, jamais contra a lei ou costume; ela não deverá ofender a “ordem pública internacional” e finalmente o próprio sentimento de juridicidade do juiz internacional – geralmente, por definição, jurista de renome – haverá de constituir a garantia do exercício útil da liberdade de interpretação que, neste contexto, não podíamos deixar de nos referir.

Analisado o problema sob a perspectiva do sistema positivo de direito internacional privado nacional, serão expostas, no próximo subcapítulo, as razões pelas quais, também sob a ótica da teoria jurídica da arbitragem internacional, em diálogo com a ciência do conflito de leis, deve prevalecer a mesma conclusão de

inaplicabilidade automática do direito internacional privado do Estado da sede da arbitragem.

3.3 A relatividade especial da posição do árbitro internacional quanto aos ordenamentos jurídicos estatais potencialmente aplicáveis.

O árbitro encarregado da resolução de um litígio internacional, qualquer que seja seu país de origem ou o local definido como sede da arbitragem, situa-se em posição de equidistância e neutralidade em relação aos ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis à solução do litígio (ordenamentos em conflito), mesmo que prevejam disciplinas discrepantes para uma mesma relação jurídico-material.

Além do conflito de primeiro grau (de direito material), pode ocorrer, também, conflito de segundo grau (conflito entre regras de conflito de leis), que só excepcionalmente é levado em conta pelo juiz estatal. Assim, enquanto este último se situa em posição de *relatividade simples* em relação aos ordenamentos jurídicos conflitantes – devendo o conflito ser solucionado pela sua norma de direito internacional privado, vale dizer, a norma vigente no Estado de cujo ordenamento jurídico ele é intérprete e aplicador autorizado –,²¹¹ o árbitro internacional se situa em posição de *relatividade especial ou qualificada*, não só em relação aos ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis, mas também no que respeita aos sistemas de direito internacional privado presentes ante os fatos jurídicos multiconectados.²¹²

²¹¹ Como observa José Augusto Fontoura Costa (2011, p. 65), “[a]o se partir de um direito estatal determinado, o que sempre ocorre quando se busca o abrigo do Judiciário, será o ordenamento do foro que servirá de base para *todas* as considerações em matéria de direito aplicável e da extensão da autonomia da vontade relevantes”. Nesse sentido, embora as relações negociais internacionais sejam multifacetadas e expostas a mais de um ordenamento jurídico em sua conformação estrutural, perante o juiz estatal sua “coerência se constrói nos termos de uma única *lex fori*”. Anota, ainda, Beat Walter Rechsteiner (2001, p. 91-92), que “[a] doutrina e os textos mais modernos sobre arbitragem internacional salientam a autonomia do tribunal arbitral em não seguir, *a priori*, as normas de direito internacional privado de um determinado país. A situação não é comparável àquela do juiz estatal, o qual necessita aplicar as normas do direito internacional privado da lei do foro (*lex fori*). Para o tribunal arbitral inexistente qualquer lei do foro (*lex fori*), prescrevendo-lhe sua aplicação, pois a competência dos árbitros para decidir uma lide decorre diretamente da convenção de arbitragem, sendo a localização da sede do tribunal arbitral, frequentemente, casual”.

²¹² Seguimos, neste ponto, as reflexões de SILVA, 2004.

Com efeito, à diferença dos juízes estatais, o árbitro internacional não é órgão de aplicação de nenhum ordenamento jurídico, nem tampouco integra alguma estrutura organizada de repartição e exercício do poder do Estado.²¹³ Sua atividade não tem por fundamento a soberania estatal, mas, sim, um negócio jurídico privado – a convenção de arbitragem. O árbitro não se subordina a um sistema institucional regido por uma constituição e por leis de direito público, mas situa-se fora dele, sendo seu múnus privado recepcionado pelo ordenamento jurídico apenas na medida em que a lei regula sua atuação processual, define seus poderes, disciplina a sua interação com o poder judiciário e atribui efeitos ao produto de sua atividade judicante, a sentença arbitral.²¹⁴

Portanto, as disposições das leis nacionais de direito internacional privado dirigem-se aos juízes estatais, como normas de decisão estabelecidas à luz da política legislativa do Estado, não se destinando a orientar a atividade judicante dos árbitros.²¹⁵ O árbitro, repita-se, não se constitui em órgão permanente a serviço de um

²¹³ Como observa Friedrich K. Juenger (1998, p. 173), “em contraste com juízes, cujas salas de audiência são adornadas com símbolos nacionais que os relembram da lealdade que devem às constituições e ordenamentos jurídicos nacionais, um painel arbitral – que consista, digamos, de um árbitro mexicano, um americano e um suíço, os quais ouvem as alegações das partes no salão de um hotel de Geneve – não se sentirá vinculado ao ordenamento jurídico de qualquer estado em particular”.

²¹⁴ Segundo BROZOLO (2016, p. 10), as ligações entre a *lex arbitri* e o mérito do litígio são “tênuas e fortuitas”. Para Rodrigo Octávio Broglia Mendes (2008, p. 45), à luz do paradigma da teoria dos sistemas, “[o]s tribunais estatais, quando proferem decisões, reportam-se a um contexto comunicativo diferenciado que é a sua própria ordem jurídica. Nesse sentido, a sua decisão pode ser atribuída à respectiva ordem jurídica. Os tribunais arbitrais, inicialmente, não conseguem identificar uma ordem jurídica própria e, por isso, passam a recorrer a comunicações de ordens jurídicas estatais”. Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio (2003, p. 263-264) ressaltam que, “[n]o caso da jurisdição estatal, o silêncio das partes quanto à lei aplicável não suscita maiores controvérsias – apesar de muitas vezes representar um processo difícil e complexo – pois a função das regras de conexão do foro é exatamente essa: determinar a lei aplicável a uma relação jurídica que tem contatos com mais de uma jurisdição”. Porém, “não há como se equiparar a sistemática de determinação da lei aplicável pela arbitragem à adotada pela jurisdição estatal. (...) [A]inda que continue vigorando o recurso às regras de conexão – busca-se a *proper law of the case* –, o árbitro está desvinculado do país no qual a arbitragem se desenvolve”.

²¹⁵ Nesse sentido, vide BASEDOW, 2016, p. 24; DERAIS, 1996, p. 515; LEE, 2009, p. 264; VALENÇA FILHO, 2009, p. 274. Segundo Isabela Lacreta (2021, p. 95), “[a] aplicação do direito estrangeiro tem sempre como ponto de partida o legislador. É ele que determina quais os poderes e os limites outorgados aos seus juízes nacionais para a aplicação de um direito estrangeiro. O juiz nacional é, portanto, o destinatário das normas de conflito de leis. Também paradoxalmente, não parecem os Estados ter muito interesse em referida regulação, já que o conflito de leis não costuma ser objeto de intensa atividade legislativa”. Anota Alex Mills (2018, p. 513) que “não está claro que a sede deva ter um papel forte na determinação da lei substancial aplicável, pois a sede da arbitragem é geralmente escolhida por razões processuais e práticas, e não é necessariamente evidente que regras de escolha de lei concebidas para as cortes devam ser seguidas estritamente pelos tribunais arbitrais” (“it is not clear that the seat should have such a strong role in determining the substantive applicable law, as the

sistema jurídico, atuando na condição de julgador apenas durante o exercício de seu múnus privado e voltado exclusivamente ao caso concreto. Como observa Manuel Botelho da Silva (2004, p. 40):

A vinculação rígida do tribunal estatal a um ordenamento jurídico estatal, dito do seu foro, deriva da origem legal das suas competências e do seu estatuto. Cada tribunal estatal encontrar-se-á rigidamente vinculado ao sistema jurídico que criou a sua jurisdição. A posição indiferenciada do juiz arbitral perante os vários ordenamentos que contactem com a situação litigada, ou com o procedimento em si, explica-se pela origem negocial dos seus poderes. Poder-se-á contrapor que essa área de liberdade negocial se referirá necessariamente a um espaço aberto por sistema jurídico estatal, que a fundamentaria. O fato de a generalidade dos ordenamentos admitirem o negócio arbitral, que se apresenta como um dado praticamente universal, inutiliza esse argumento como meio de vincular particularmente o processo arbitral a um dos ordenamentos jurídicos estatais que com ele contactem.

Sabe-se que a atividade arbitral internacional não se vincula necessariamente a nenhum território específico, sendo notadamente a determinação da sede do procedimento arbitral e do local de prolação da sentença um ato negocial das partes, dependente da autonomia privada, sujeito a modificação a qualquer tempo – inclusive, em caráter excepcional, por determinação do tribunal arbitral ou da instituição administradora do procedimento arbitral.²¹⁶ Nesse sentido, vale mencionar a observação de Arthur von Mehren e E. Jiménez de Aréchaga em relatório produzido para o I.D.I. (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1989a, p. 195):

11. A realidade contemporânea é que os procedimentos arbitrais são ambulatórios, de uma forma que não se aplica aos procedimentos judiciais. Nenhum soberano em particular controla o processo judicante arbitral; em consequência, até que seja alcançada a fase executória, a soberania usualmente tem relativamente pouca importância – ao menos quando as partes são bem assessoradas – para a arbitragem. Segue-se daí que a intromissão das cortes locais em arbitragens em curso simplesmente irá levar à fuga das arbitragens internacionais. Na prática, a arbitragem internacional não será realizada em jurisdições que não permitam às partes controlar a *lex fori* do tribunal.²¹⁷

seat of the arbitration is generally chosen for procedural and practical reasons, and it is not necessarily apparent that choice of law rules designed for courts should be followed strictly by arbitral tribunals”).

²¹⁶ Vide WALD, 2010.

²¹⁷ “11. The contemporary reality is that arbitral proceedings are ambulatory in a way that judicial proceedings are not. No particular sovereign controls the arbitral adjudicatory process; as a consequence, until the enforcement stage is reached, sovereignty usually has relatively little importance – at least where the parties are well advised – for arbitration. It follows that local-court intrusion on the on-going arbitration process will simply lead to the flight of international arbitrations. In practice, international arbitration will not be carried on in jurisdictions that do not permit the parties to control the tribunal’s *lex fori*”.

Em consequência dessa característica inerente à arbitragem internacional, constata-se que a vinculação do tribunal arbitral ao direito internacional privado do Estado sede da arbitragem sempre causou espécie entre os juristas, de que é exemplo a observação de Georges Ripert mencionada acima (p. 96), em razão do caráter circunstancial da escolha da sede – que não tem por motivo a qualidade ou natureza das regras locais de DIPr, nem do respectivo ordenamento jurídico material, ou dos ordenamentos jurídicos a cuja competência normativa as regras conflituais locais remetem, mas, sim, aspectos outros que se tornam relevantes a partir da vinculação voluntária da arbitragem a uma determinada jurisdição, tais como, por exemplo, a qualidade da respectiva lei de arbitragem, a boa reputação do poder judiciário local e sua propensão a apoiar a arbitragem (positivamente, fazendo cumprir seus comandos, ou negativamente, abstenendo-se de nela intervir), quando não, até mesmo, aspectos absolutamente extrajurídicos, como a conveniência das partes e a proximidade geográfica em relação aos participantes do processo.

Ademais, nos casos em que a determinação da sede da arbitragem é realizada pela instituição administradora do procedimento – por omissão ou falta de acordo entre as partes –, como contemplado, por exemplo, pelo regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, a vinculação entre a sede do procedimento e o direito internacional privado do Estado respectivo não pode sequer contar com a fundamentação teórica de ter como fonte a autonomia da vontade das partes, como se representando uma espécie de escolha tácita.

Assim, o caráter ambulatório do procedimento arbitral, decorrente de sua natureza de procedimento estritamente privado, associada à condição, repita-se, privada do múnus do árbitro, estranha aos interesses da soberania e da política legislativa estatal, impedem, portanto, que se vincule sua atividade judicante à observância das normas de conflito de leis do foro.

Restando demonstrada a inadequação, por princípio, seja do ponto de vista do sistema positivo nacional de direito internacional privado, seja sob considerações mais gerais relativas à natureza da arbitragem comercial internacional, da solução do

problema da determinação pelo árbitro do direito aplicável pelo recurso às regras conflituais gerais do Estado da sede da arbitragem, passa-se a examinar, no próximo subcapítulo, a peculiar conformação que os problemas de DIPr assumem na arbitragem, que revelam especificidades que orientarão a busca das soluções adequadas para o problema objeto desta tese.

3.4 A especial conformação das questões de direito internacional privado no contexto da arbitragem comercial internacional.

Sabe-se que o direito internacional privado, não obstante algumas divergências doutrinárias sobre sua extensão e escopo, compreende três grandes áreas, a saber, a jurisdição internacional, a cooperação jurídica internacional e o conflito de leis.²¹⁸

A primeira grande área – jurisdição internacional –²¹⁹ ocupa-se do problema da atribuição de competência (em sentido internacional, e não como mera “medida da jurisdição”) ao conjunto dos órgãos jurisdicionais do Estado, situado como pessoa de direito internacional público relativamente aos demais Estados soberanos e independentes.²²⁰ Cuida, também, da interrelação, no plano internacional, entre jurisdições competentes em caráter concorrente ou exclusivo.

²¹⁸ Segundo André de Carvalho Ramos (2014, p. 598), “[o] objeto central do Direito Internacional Privado é coordenar a aplicação de normas incidentes sobre fatos sociais que ultrapassam, por qualquer motivo, as fronteiras de um Estado. Essa coordenação é feita em três momentos: (i) na determinação da lei aplicável; (ii) na fixação da jurisdição e (iii) na cooperação jurídica internacional, que abarca o reconhecimento e a execução interna de pedidos de colaboração com outra jurisdição. Parte da doutrina sustenta que o objeto do DIPr também abarca a (iv) nacionalidade e (v) condição jurídica do estrangeiro. Em que pese a importância da nacionalidade como critério para a escolha da lei aplicável ou mesmo do reconhecimento de direitos de estrangeiros no foro (por exemplo, direitos adquiridos em seu Estado patrial para serem invocados em outro Estado), o estudo desses dois tópicos não pertence diretamente à disciplina de DIPr, podendo ser abordados nas disciplinas de Direito Constitucional e Direito Internacional Público”. Acrescenta Nadia de Araujo (2020, p. 41-42) que a concepção mais abrangente do objeto do DIPr advém da influência da escola francesa na América Latina, sendo certo que outras escolas são mais restritivas, como a alemã e a italiana, que se concentram no conflito de leis, e a anglo-saxônica, que abrange as três áreas aqui mencionadas, visão atualmente prevalecente na doutrina brasileira.

²¹⁹ Justifica-se mencionar a jurisdição internacional antes das demais áreas do DIPr como um *prius* lógico, pois, como observa José Augusto Fontoura Costa (2021, p. 328), “[a] definição da jurisdição competente para a causa é o ponto de partida para abordar essas três questões [juízo competente, direito aplicável e eficácia das decisões]. Por isso, a escolha da jurisdição gera importantes efeitos econômicos, os quais devem ser avaliados para uma análise mais clara e racional”.

²²⁰ O tema da jurisdição internacional pode ser abordado a partir da perspectiva do direito constitucional (portanto, direito público interno), sendo cada Estado constitucionalmente competente para legislar autônoma e soberanamente sobre a extensão e limites da jurisdição de seus tribunais – trata-se da *Kompetenz-Kompetenz* em seu significado forte –, ou a partir do ângulo do conflito de jurisdições, em

O segundo campo de atuação do direito internacional privado – a cooperação jurídica internacional (“CJI”) – trata precipuamente do reconhecimento e execução de decisões e sentenças judiciais e arbitrais estrangeiras e da cooperação em sentido estrito, mediante a prática de atos procedimentais de comunicação, instrução probatória e execução de medidas cautelares e coercitivas em jurisdição distinta daquela à qual pertence a autoridade que ordenou tais atos ou que preside o processo ao qual aproveitarão – é o domínio da homologação de decisão estrangeira, das cartas rogatórias e de outros meios cooperativos internacionais,²²¹ como a informação do direito estrangeiro e o auxílio direto. Diz respeito tal campo do DIPr, portanto, à circulação, para além das fronteiras de cada Estado soberano, de atos ordinatórios, instrutórios e decisórios de autoridades ou particulares investidos de jurisdição ou atribuições instrutórias de processos contenciosos ou voluntários.

No que respeita à jurisdição internacional, sabe-se que a escolha da arbitragem como meio de resolução de litígios implica a superação dos problemas da determinação do juízo internacionalmente competente e de resolução do conflito de jurisdições.²²² Ademais, graças ao seu avançado estágio de desenvolvimento atual, restam consideravelmente mitigados os principais problemas inerentes à cooperação jurídica internacional.

que predomina a perspectiva internacionalista. Observa Lidia Spitz (2021, p. 213) que “[e]m regra, os limites da jurisdição internacional dos Estados são ditados pelas normas internas de cada um desses países. O legislador parte de diversas ponderações para considerar quais são as causas que merecem ser decididas pelo Judiciário nacional. No Brasil, é comum apontar que a escolha do legislador é feita com base na *conveniência* (interessa ao Estado a pacificação dos conflitos no seio da sua própria convivência social) e *efetividade* (a atividade jurisdicional deve resultar em efetiva composição do conflito, sendo por conseguinte excluídos os casos em que não será possível a imposição do cumprimento da sentença pelo juízo brasileiro)”. Anota Luiz Olavo Baptista (2008b, p. 174) que a impropriedade terminológica do uso da expressão “competência internacional”, nas situações em que se trata, na verdade, de conflito de jurisdições, deve “ceder o passo ao uso” consagrado, motivo pelo qual se permite usar as duas expressões como sinônimas.

²²¹ Não se trata exclusivamente de cooperação interjurisdicional, podendo abranger, também, a cooperação internacional interadministrativa ou judicial-administrativa.

²²² Faz-se referência, aqui, ao efeito negativo da convenção de arbitragem, pelo qual fica suprimida a jurisdição do juízo estatal originariamente competente para julgar a causa (juízo esse que, no âmbito internacional, pode ser múltiplo, suscitando o problema de conflito positivo de jurisdições). Naturalmente, ao se afirmar que o problema da jurisdição internacional fica “superado”, não se está referindo à jurisdição de apoio à arbitragem, ou de execução da sentença arbitral, ou ainda à jurisdição internacionalmente competente para conhecer da ação anulatória da sentença arbitral. Sobre esse último tema, vide, deste autor, ALMEIDA, 2015.

Com efeito, a pactuação de convenção de arbitragem estabelece jurisdição privada sobre determinado litígio, que é reconhecida e respeitada pelos Estados, derogando a jurisdição internacional do(s) Estado(s) que seriam originariamente competentes na falta de tal pactuação, como efeito do disposto nas alíneas 1 e 3 do artigo II da CNI-1958. Ordinariamente, portanto, não se coloca, perante a arbitragem comercial internacional, o tormentoso problema do *forum shopping*, isto é, da iniciativa da parte mais diligente ou com maiores recursos de propor a ação com anterioridade em relação ao seu *ex adverso*, na jurisdição que se lhe afigure como mais benéfica aos seus interesses,²²³ seja por motivações estritamente jurídicas – por exemplo, em razão das soluções previstas pelo sistema de direito internacional privado vigente naquela jurisdição e, portanto, do direito material presumivelmente aplicável –, seja por motivos extrajurídicos, como a percepção de que os juízes de determinada jurisdição seriam mais qualificados ou imparciais para julgar o litígio (ou, ao contrário, mais receptivos aos argumentos do litigante nacional daquele Estado).

Também a cooperação jurídica internacional fica facilitada, no domínio da arbitragem comercial internacional, em decorrência da existência de um instrumento internacional de aceitação e vigência praticamente universais – a CNI-1958 –, o que viabiliza ampla circulação das sentenças arbitrais. Assim, uma sentença arbitral sobre um litígio do comércio internacional é passível de execução em virtualmente qualquer jurisdição onde possa surgir o interesse no seu reconhecimento e homologação, sem maiores obstáculos, salvo em situações excepcionais.

No que respeita à cooperação para a prática de atos ordinatórios e instrutórios e para o cumprimento de decisões interlocutórias coercitivas, conquanto inexista

²²³ Observa Luís de Lima Pinheiro (2001, p. 233) que a conveniência do estabelecimento de freios ao *forum shopping* é consequência do princípio da igualdade, que “também postula a harmonia internacional de soluções, porquanto a divergência dos Direitos de Conflitos, aliada à frequente existência de competências concorrentes dos tribunais de vários Estados, leva ao favorecimento do titular da ação, através da possibilidade de escolha do foro que aplica o direito mais favorável à sua pretensão”. Como observa Sagi Peari (2018, p. 42), na doutrina clássica de Savigny a preocupação relacionada à escolha unilateral e discricionária da jurisdição competente – que em linguagem moderna se denomina *forum shopping* – advém essencialmente da possibilidade de escolha indireta da lei aplicável – *law shopping* –, para a qual o antídoto seria o ambicioso e jamais concretizado projeto de fixação de um sistema universal de regras conflituais.

convenção internacional específica e abrangente como a CNI-1958, a primeira dessas vertentes da CJI usualmente não apresenta maiores dificuldades, dado o caráter privado dos atos procedimentais praticados no âmbito da arbitragem e a flexibilidade e informalidade das regras que presidem tais atos, em contraste com os procedimentos mais rígidos e menos céleres aplicáveis ao processo civil estatal. Resta, nesse campo, o problema da cooperação judicial para a prática de atos coercitivos, como, por exemplo, a execução de medidas cautelares. Essa é uma área menos desenvolvida da arbitragem comercial internacional, o que não impede, naturalmente, que os meios previstos na *lex fori* de cada jurisdição sejam mobilizados em apoio à arbitragem.²²⁴

O terceiro subdomínio do direito internacional privado – o conflito de leis – é o campo por excelência de atuação da disciplina, *stricto sensu*, e trata da determinação do âmbito de competência legislativa dos ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis a cada fato ou relação jurídica. Para o que interessa à presente tese, o problema do conflito de leis apresenta peculiaridades na arbitragem comercial internacional, que lhe conferem uma configuração marcadamente distinta da que se apresenta perante o juiz nacional.

Com efeito, o problema do conflito de leis pode ser observado a partir de diferentes perspectivas, correspondendo a cada uma determinadas características e questões a serem resolvidas. Está-se falando, nomeadamente, das perspectivas (i) do legislador, que encara a disciplina a partir dos interesses da generalidade dos cidadãos, mas também sob o prisma dos objetivos do Estado, como promotor do interesse público e nacional; (ii) do juiz estatal, a quem o ordenamento jurídico provê critérios específicos de decisão, a saber, as regras de conexão positivas e a regulação dos modos de sua aplicação, de obrigatória observância para a resolução das questões multiconectadas que lhe são submetidas; (iii) dos particulares, partes interessadas para as quais o DIPr se apresenta como um conjunto de diretrizes para a orientação de sua conduta privada, visando à produção dos efeitos desejados para os seus atos e negócios jurídicos; e finalmente, (iv) do árbitro internacional,

²²⁴ Sobre o tema, vide notas 177 e 178 *supra*.

desobrigado da promoção e tutela dos interesses nacionais e coletivos que inspiram o legislador e não vinculado ao dever de observância da legislação nacional que incumbe ao juiz estatal,²²⁵ mas essencialmente jungido à tutela dos interesses das partes, na medida necessária à resolução do litígio para o qual lhe é atribuída contratualmente jurisdição privada *ad hoc*.

Como já se viu em capítulos precedentes, o árbitro internacional não tem foro, não dispendo, diferentemente do juiz togado, do relativo “conforto” de contar com uma *lex fori* a lhe condicionar a atividade cognitiva no julgamento dos litígios que lhe são submetidos; portanto, não está vinculado ao sistema de direito internacional privado da sede da arbitragem.²²⁶ Em decorrência dessa característica da própria estrutura dos problemas de conflito de leis em face do árbitro, algumas questões típicas da disciplina se apresentam de forma diferenciada perante a arbitragem internacional.

Como característica fundamental do direito internacional privado perante o árbitro internacional, constata-se, em primeiro lugar, que ele não está vinculado à teleologia e valores dos sistemas estatais de direito internacional privado, seja aquele vigente na jurisdição da sede, seja em qualquer outra. O árbitro, lembre-se, não é um órgão judicante permanente, integrante de um sistema estatal específico, não estando obrigado à promoção e defesa das escolhas de política legislativa do ordenamento do Estado da sede da arbitragem (seja na vertente material, na

²²⁵ BERMANN, 2017, p. 257; LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 429; DANILOWICZ, 1986, p. 284.

²²⁶ Observa Luca Radicati di Brozolo (2016, p. 5-6) que “[i]nicialmente, tinha-se como certo que, tanto perante árbitros como juízes nacionais, as normas materiais aplicáveis deveriam ser identificadas de acordo com um método conflitual tradicional. Os árbitros eram obrigados a aplicar as regras de conflito de leis da sede da arbitragem, o que só poderia levar à aplicação de uma lei nacional e, além disso, a aplicação do direito pelos árbitros estava sujeita a incisivo controle por parte do juiz. O resultado final era, portanto, substancialmente bastante similar ao obtido perante o juiz nacional. Essa abordagem foi logo abandonada e se aceitou que, em sede de identificação das regras materiais aplicáveis ao mérito, os árbitros não são obrigados a comportar-se como juízes e gozam de uma liberdade muito maior, não sendo, especialmente, obrigados a seguir nenhum sistema ou disciplina de conflitos nacional em particular. (“Inizialmente si dava per scontato che, di fronte agli arbitri come ai giudici nazionali, le norme materiali applicabili dovessero essere identificate secondo un metodo conflittuale tradizionale. Gli arbitri erano tenuti ad applicare le norme di conflitto della sede dell'arbitrato, le quali potevano solo condurre all'applicazione di un diritto nazionale, e per di più l'applicazione del diritto da parte degli arbitri era soggetta ad un controllo incisivo da parte del giudice. Il risultato finale era quindi in sostanza molto simile a quello cui si perveniva di fronte al giudice nazionale. Tale approccio è stato ben presto abbandonato e si è giunti ad accettare che, in sede di identificazione delle regole materiali applicabili al merito, gli arbitri non sono tenuti a comportarsi come giudici e godono di una libertà molto maggiore, non essendo in particolare tenuti a seguire nessun particolare sistema o disciplina di conflitto nazionale”).

processual ou na conflitual), diferentemente dos julgadores estatais, que se vinculam constitutivamente aos ordenamentos jurídicos dos quais são intérpretes e aplicadores, constitucionalmente legitimados ao exercício do poder de coerção estatal.

Nesse passo, alguns esclarecimentos são necessários sobre a chamada *lex arbitri*, a lei vigente no Estado onde se situa a sede da arbitragem e onde será prolatada a sentença arbitral. O árbitro deve aplicar a *lex arbitri* e está obrigado à sua observância para decidir o caso específico que lhe foi confiado. Porém, a *lex arbitri* não é equivalente, perante o árbitro, à *lex fori* perante o juiz, não havendo paralelismo entre elas. A *lex arbitri* tem funções eminentemente organizacionais da arbitragem como instituição e processo,²²⁷ abrangendo, por exemplo, a regulamentação procedimental básica, o suprimento do *juge d'appui* estatal (por exemplo, na previsão de ação para nomeação de árbitro no caso de cláusula compromissória vazia), o regramento dos efeitos da convenção de arbitragem (*v.g.*, a obrigatoriedade de extinção do processo judicial sem resolução de mérito, sendo esta, aliás, uma norma dirigida ao juiz estatal, não ao árbitro), da instituição da arbitragem (*v.g.*, a definição do momento interrupção da prescrição) e da sentença arbitral (eficácia de coisa julgada, constituição de título executivo judicial, etc.) e, bem assim, a vinculação do procedimento arbitral a uma jurisdição, para fins de definição da “nacionalidade” da sentença arbitral e fixação da competência internacional para o respectivo controle judicial, assim como a delimitação dos limites e possibilidades desse controle. Portanto, tem a *lex arbitri* funções relevantes, mas, repita-se, eminentemente organizacionais e processuais, não correspondendo a uma regulação *universal* – material, processual e conflitual – integrante de um ordenamento jurídico de base, subjacente à atuação jurisdicional, como decorre do conceito de *lex fori* perante o juiz estatal.²²⁸

²²⁷ José Augusto Fontoura Costa (2011, p. 65) entende que os árbitros estão sujeitos a uma *lex fori* – embora referindo-se ao que a doutrina usualmente denomina *lex arbitri* – na medida em que “um Direito estatal estabelece regras sobre o consentimento das partes, a arbitrabilidade, as condições mínimas para funcionar como árbitro, requisitos processuais de validade e assim por diante, [resultando] claro que a arbitragem constituída e conduzida nesses termos é primariamente vinculada a este Ordenamento positivo. Isso costuma ser bom, sobretudo quando se divisa a possibilidade de ser necessária alguma forma de execução forçada”.

²²⁸ Para o juiz estatal, vinculado ao ordenamento jurídico de cuja organização política é um órgão e autoridade, a lei determinante para a sua atuação no que respeita à arbitragem é sempre a *lex fori*. Assim, recorda José Augusto Fontoura Costa (2019a, p. 29) que “[t]omando a perspectiva de um juiz estatal, a *lex fori* será determinante de *todos* os aspectos relevantes, pois mesmo quando aceitas as

Não quer isto dizer, evidentemente, que o árbitro internacional seja imune a teleologias e valores, mas, apenas, que esses não serão, necessariamente, os mesmos do sistema legal e jurisdicional de base que vincula o juiz togado, no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais. Os propósitos e valores que guiam o árbitro são basicamente de três ordens, decrescentemente importantes: (i) a pacificação do litígio de forma válida e eficaz, em conformidade com os interesses legítimos das partes e suas manifestações negociais;²²⁹ (ii) a preservação e promoção da arbitragem comercial internacional como modo de resolução de litígios prestigiado pelos Estados nacionais potencialmente envolvidos no reconhecimento e execução da sentença arbitral e, em geral, atuantes no comércio internacional;²³⁰ e (iii) a concretização dos princípios gerais comumente aceitos no âmbito internacional e praticados pelos comerciantes, que conformam o caráter próprio do direito do comércio internacional.

A inexistência de vinculação necessária entre o árbitro internacional e os Estados e suas respectivas ordens constitucionais e ordenamentos jurídicos de base gera consequências quanto à apreciação das questões de direito internacional privado e à solução dos conflitos de leis.

Assim, por exemplo, o método ou técnica unilateral do *governmental interest analysis*,²³¹ muito influente no direito internacional privado dos Estados Unidos – onde

normas procedimentais e de fundo estrangeiras, com ou sem reenvio, isso depende de suas regras de Direito Internacional Privado, o qual é, conforme clássica definição inglesa, a parcela do Direito nacional que ‘passa a operar quando o Tribunal está em face de uma ação que contém um elemento estrangeiro’”. Já na perspectiva do árbitro (e das partes), “[d]eve-se, aqui, com Marcelo Huck, rememorar: ‘não há comerciantes sediados no espaço sideral’ e esclarecer que tampouco os árbitros exercem sua atividade em tão estrelado ambiente”, sendo “próprio da prática e recomendado pelo bom senso a ancoragem da arbitragem em algum ordenamento jurídico estatal”.

²²⁹ Dessa primeira vertente deflui o dever do árbitro de proferir sentença válida e exequível e de buscar respeitar, em linha de princípio, as decisões e pactuações negociais das partes, inclusive no que respeita às regras de direito aplicáveis à solução do litígio.

²³⁰ Nessa segunda vertente se identifica o fundamento de base do dever do árbitro de respeitar a ordem pública internacional e as normas imperativas que exibam uma legítima “vontade” de aplicação à espécie litigiosa, ainda que *prima facie* divergentes das manifestações de autonomia das partes. Sobre o tema, vide SERAGLINI, 2001; BROZOLO, 2005; ALMEIDA, 2005.

²³¹ Trata-se de escola outrora liderada por Brainerd Currie, segundo a qual a determinação da lei aplicável deve ser realizada segundo a ponderação dos interesses estatais em disputa, no caso da existência de verdadeiros conflitos, visando a identificar as políticas públicas subjacentes à legislação e a fazer prevalecer o direito do Estado que teria o maior interesse em regular o litígio. As leis

deu origem à chamada *American revolution* –, tem o seu fundamento essencial consideravelmente “diluído” no ambiente da arbitragem comercial internacional, pois o árbitro internacional não deve ser obrigado a solucionar questões de conflito de leis com base na identificação e ponderação dos interesses governamentais eventualmente conflitantes e com relevância para o litígio.²³²

Tal critério de análise dos problemas de DIPr não seria, em princípio, condizente com a função institucional do árbitro internacional, pois sua atribuição é a de realizar a justiça no caso concreto, em cumprimento a uma obrigação de origem contratual – o contrato de prestação de serviços entre o árbitro e as partes, conducente à instituição da arbitragem, que se aperfeiçoa mediante a aceitação do *múnus* pelo árbitro –, em consideração aos interesses das partes cujo compromisso arbitral (ou cláusula compromissória) é a fonte de sua jurisdição.

O exercício mesmo da autonomia da vontade, mediante a escolha das regras de direito aplicáveis ao contrato e à resolução do litígio, adquire, na arbitragem comercial internacional, uma latitude mais extensa, não se colocando, nesta sede, problemas que normalmente afetam o exercício da autonomia no âmbito da aplicação do direito internacional privado pelos juízes estatais.

De fato, na arbitragem comercial internacional é reconhecida às partes ampla liberdade para escolher regras de direito não estatais (*lex mercatoria* ou instrumentos de *soft law*),²³³ ou ordenamentos jurídicos materiais sem nenhuma conexão objetiva

concorrentes para a regência de um mesmo fato ou relação jurídica interferem umas sobre as outras, superpondo-se suas esferas de aplicação, sendo a tarefa do aplicador do direito, nessa perspectiva, determinar qual, entre as leis conflitantes, apresentaria uma pretensão de aplicabilidade com melhor título – medido pela intensidade do interesse governamental – leia-se, interesse político-legislativo – em regulamentar a matéria. Na prática, tal doutrina revelou-se uma atitude perante o conflito de leis que tende ao chamado “lex-forismo”. Sobre o tema, vide ARAUJO, 2020, p. 53 e ss.; JUENGER, 1995; RAMOS, R., 2021 [1977], p. 132-139; PEARL, p. 25-26. CORREIA, 1979, p. 37-45; MEINERO, 2018, p. 321-324.

²³² Anota Jacob Dolinger (2007, p. 258) que “os sistemas de direito internacional privado dos Estados Unidos e da Europa permanecem divididos em suas percepções filosóficas (...). Na Europa, a principal preocupação é com o interesse das partes, com a justiça que lhes deve ser conferida, enquanto nos Estados Unidos a questão prioritária é a preocupação com os interesses do Estado, com suas *policies*, a serem atendidas pela aplicação de suas regras”.

²³³ A introdução aos Princípios da Haia sobre a Escolha da Lei em Contratos Internacionais deixa claro que um de seus propósitos é estender essa liberdade, característica da arbitragem internacional, também aos litígios submetidos ao juiz estatal. Nas palavras da referida introdução, “certos dispositivos

com as partes ou sua relação jurídica,²³⁴ ou adotar o despedaçamento do contrato (*dépeçage*),²³⁵ escolhendo mais de uma lei para reger partes distintas dele, ou ainda escolher direito nacional que, ele mesmo, não admite a autonomia da vontade. São prerrogativas que nem sempre são previstas nos sistemas de conflito de leis nacionais, sendo fonte de considerável discussão doutrinária.²³⁶

dos Princípios refletem soluções novas. Uma característica marcante é encontrada no artigo 3, que permite às partes escolher não apenas a lei de um Estado, mas também 'regras de direito', emanadas de fonte não-estatais, dentro de certos parâmetros. Historicamente, a escolha de normas ou 'regras de direito' tem sido tipicamente contemplada apenas no contexto arbitral. Quando a disputa é submetida a resolução perante uma corte estatal, os regimes de direito internacional privado tradicionalmente têm requerido que a cláusula de escolha da lei pelas partes designe um sistema jurídico estatal" ("Certain provisions of the Principles reflect novel solutions. One of the salient features is found in Article 3, which allows the parties to choose not only the law of a State but also 'rules of law', emanating from non-State sources, within certain parameters. Historically, choice of norms or 'rules of law' has typically been contemplated only in an arbitral context. Where a dispute is subject to litigation before a State court, private international law regimes have traditionally required that the parties' choice of law agreement designate a State system of law" (Introdução aos *Hague Principles*, item I.18).

²³⁴ Registre-se que, nos E.U.A., no âmbito judicial, "nas duas principais codificações de conflito de leis (...) – o *Second Restatement* e o Código Comercial Uniforme – uma conexão objetiva entre as partes ou seu litígio e a lei escolhida para seu contrato pode ser considerada necessária" ("in the two major codifications of choice of law (...) – the *Second Restatement* and the *Uniform Commercial Code* – an objective connection between the parties or their dispute and the chosen law of their contract may be considered necessary" (MILLS, 2018, p. 361).

²³⁵ Segundo Jean-Paul Béraudo (1998, p. 271), "[c]onforme o caso, uma operação deverá ser apreendida globalmente e receber por inteiro uma etiqueta de pertencimento a um sistema jurídico determinado ou bem ser dividida em tantas sub-operações quantas seja possível contar. Nesse caso, cada operação precedentemente isolada poderá se submeter a regras jurídicas diferentes. Se as regras a que se recorre forem de fonte nacional, a implosão em sub-grupos permite por vezes adotar alternativamente o direito de uma ou de outra parte" ("[s]elon les cas, une opération devra être appréhendée globalement et recevoir tout entière un label d'appartenance à un système juridique déterminé ou bien être divisée en autant de sous-opérations qu'il est possible d'en compter. Dans ce dernier cas, chaque opération précédemment isolée pourra relever de règles juridique différents. Si les règles retenues sont de source nationale, l'éclatement en sous-ensembles permet parfois de retenir alternativement le droit de l'une ou l'autre partie").

²³⁶ Vide MILLS, 2018, p. 313 e ss., que efetua uma análise comparativa da abordagem legal, em diversas jurisdições, aos requisitos e restrições, sob os pontos de vista objetivo e subjetivo, à escolha da lei aplicável aos contratos. Visando a refletir um consenso quanto ao estado da arte na matéria, os Princípios da Haia sobre Escolha da Lei em Contratos Internacionais contêm regras que "refletem a opinião da Conferência da Haia sobre as melhores práticas e fornecem esclarecimentos úteis para os Estados que aceitam a autonomia das partes". Entre tais dispositivos estão os que "tratam da permissão às partes para escolher leis diferentes para reger partes distintas de seu contrato (vide Art. 2(2)), escolher tacitamente a lei aplicável (vide Art. 4) e modificar sua escolha de lei (vide Art. 2 (3)), bem como a ausência do requisito de uma conexão entre a lei escolhida e o negócio entre as partes (vide Art. 2(4))" ("Other provisions reflect the view of the Hague Conference as to best practice and provide helpful clarifications for those States that accept party autonomy. These include provisions addressing the ability of parties to choose different laws to apply to different parts of their contract (see Art. 2(2)), to tacitly choose the applicable law (see Art. 4) and to modify their choice of law (see Art. 2(3)), as well as the lack of a required connection between the chosen law and the transaction or the parties (see Art. 2(4))" (Introdução aos *Hague Principles*, item I.17).

Outra questão importante em direito internacional privado que resta consideravelmente mitigada, quando não inteiramente resolvida, em sede de arbitragem comercial internacional, é a do reenvio, ou retorno, ou devolução. O fundamento do reenvio, para os ordenamentos jurídicos que o admitem (o que não é o caso do direito brasileiro, a teor do artigo 16 da LINDB) é a ausência de “vontade de aplicação” do direito material estrangeiro ao qual a norma de DIPr do foro remete, na medida em que o próprio direito conflitual daquele Estado estrangeiro remete de volta (reenvia, devolve) a competência material para o foro de origem.

Ocorre que não há, na arbitragem comercial internacional, uma preferência de princípio pelo direito material do foro na hipótese de reenvio de primeiro grau, eventualmente efetuado pelo sistema de direito internacional privado estrangeiro.²³⁷ Perante o árbitro, com efeito, já se viu que não existe sistema de direito internacional privado ou de direito material “do foro”, nem tampouco sistemas “estrangeiros” (todos os sistemas são estrangeiros), não se colocando a questão da preferência por um ou por outro, na ocorrência de conflito de leis de segundo grau, ou conflito sobre normas de conflitos, que é a situação-base da hipótese de reenvio. Pelo mesmo motivo, também não tem relevância para o árbitro internacional a possibilidade de reenvios sucessivos (isto é, de segundo ou terceiro graus), no caso de remissões subsequentes a diferentes leis pelas normas de DIPr dos ordenamentos jurídicos inicialmente apontados como competentes.

²³⁷ Quando existe escolha da lei aplicável pelas partes, a Lei-Modelo da UNICTRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional exclui o reenvio, em seu artigo 28 (1). Para um exemplo de sentença arbitral, proferida em Londres, em um litígio entre um contratante americano e um agente francês, com escolha da lei de Nova Iorque como aplicável ao contrato, em que o árbitro considerou tal escolha como alusiva ao direito material de Nova Iorque, sem recurso às respectivas regras de conflito de leis, vide sentença em “*X Corporation v. Y Société Anonyme*”, publicada no *Journal of International Arbitration*, 1984, v. 1, n. 4, p. 371-374. Considera Julian D. M. Lew (1977, p. 159) que a escolha contratual da aplicação de um sistema de regras de conflito de leis é “complicado e aleatório” (“cumbersome and haphazard”). Já segundo Felix M. Wilke, citando Reimann e Briggs, “é certo que as partes normalmente quererão escolher lei material. Escolher direito internacional privado pode ser até mesmo ‘um sintoma de loucura’” (“[t]o be sure, parties will *mostly* want to choose substantive law. Choosing private international law might even be ‘a symptom of madness’”) (WILKE, 2019, p. 203). Não obstante, parece que tal “sintoma de loucura” não é totalmente ausente da prática internacional, pois Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio (2003, p. 266-271) mencionam ao menos três casos da CCI em que as partes efetivamente escolheram regras de conexão nacionais que os árbitros deveriam aplicar (casos CCI nº 1.250, de 1964, 2.114, de 1972, e 2.272, de 1975). Ressalve-se tratar-se de casos antigos, de uma época em que predominava a visão da necessária aplicação à arbitragem de algum direito conflitual nacional, não sendo naquela época amplamente disseminada, ou prevista nos regulamentos arbitrais aplicáveis, a doutrina da aplicação direta do direito material considerado mais apropriada ao caso concreto (“*voie directe*”).

Não obstante, o problema do reenvio – não exatamente o problema em si, mas o princípio que lhe é subjacente – preserva algum espaço de aplicação na arbitragem comercial internacional, pois, para a decisão do árbitro sobre uma questão de conflito de leis, pode ter relevância a identificação da eventual “vontade de aplicação” positiva de determinada lei material nacional, em conformidade com o sistema de direito internacional privado dessa própria lei. Esse pode ser um dos fatores, entre outros, que o árbitro irá ponderar na apreciação da existência de conexão e proximidade entre determinada situação fática pluriconectada e as leis nacionais que se apresentam como potencialmente aplicáveis.

As considerações acima sobre o reenvio já deixam claro que, em princípio, não deveria ser um problema perante o árbitro internacional, a existência de conflitos de leis de segundo grau, ou seja, conflitos entre normas conflituais de diferentes sistemas nacionais de direito internacional privado. Essa constatação é relevante para se apreciar adequadamente os méritos e o modo de funcionamento dos métodos preconizados pela doutrina especializada para a determinação do direito aplicável pelo árbitro internacional, na comparação entre os chamados métodos conflitual (*voie indirecte*) e direto (*voie directe*), de que se tratou no capítulo 2 *supra*.

De fato, o método indireto ou conflitual implica a necessidade de comparação entre diferentes sistemas de direito internacional privado potencialmente aplicáveis à resolução de uma questão de conflito de leis submetida ao árbitro internacional, devendo este adotar o sistema que considerar mais adequado à solução do litígio. Ou seja, na *voie indirecte* deve o árbitro internacional proceder fundamentalmente à análise e resolução prévias de um problema de conflito de leis de segundo grau, visando a identificar, entre os sistemas concorrentes de direito internacional privado potencialmente aplicáveis à situação fática litigiosa, aquele que será considerado competente para solucionar o conflito de leis de primeiro grau e, dessa forma, indicar o direito material aplicável à espécie.

Já pelo método direto, o árbitro, sem a intermediação prévia de um sistema de direito internacional privado, determina diretamente o ordenamento jurídico estatal

(ou, excepcionalmente, as regras de direito internacionais) competente para a regência material da situação litigiosa, prescindindo de uma análise conflitual de segundo grau, pois ultrapassa o estágio da análise dos sistemas de conflito de leis potencialmente aplicáveis e dirige-se de forma direta à identificação da *proper law of the case*, isto é, do ordenamento jurídico ou do conjunto de regras de direito não-estatais mais proximamente conectado à situação litigiosa e considerado apto a prover as regras materiais para a resolução do litígio.²³⁸

Significa dizer que, por esse método, o árbitro limita-se a solucionar o conflito de leis de primeiro grau, que, ressalvada a hipótese de falso conflito, *sempre estará presente*, como circunstância natural e constitutiva de uma relação jurídica pluriconectada, isto é, que se situe no campo de competência material potencial de dois ou mais ordenamentos jurídicos.

Assim, revela-se impreciso o entendimento de que a *voie directe* tornaria supostamente dispensável que o árbitro empreendesse uma análise conflitual, regida pelos princípios e regras de direito internacional privado. Muito ao contrário, a *voie directe* precisa necessariamente recorrer à análise conflitual para que o árbitro possa determinar o direito aplicável, na ponderação entre ordenamentos jurídicos materiais em conflito, potencialmente regedores da situação jurídica pluriconectada. A análise conflitual pode até restar implícita,²³⁹ mas subsistirá, ao menos, como raciocínio lógico subjacente à decisão do árbitro sobre a determinação do direito aplicável.

²³⁸ Sobre o tema, observa Bernard Potsch que “ao estabelecer a lei aplicável ao litígio pela via direta, o árbitro poderá se valer tanto de regras de conexão que entenda cabíveis quanto de critérios de proximidade do litígio com determinada lei ou regra de direito, devendo, em ambas as hipóteses fundamentar sua decisão”, ressaltando também que “pela *voie directe* não está o árbitro vinculado a qualquer regra de conexão, podendo, no entanto, delas fazer uso para balizar sua decisão” (POTSCH, 2017, p. 553).

²³⁹ O que tampouco seria recomendável, em razão do dever do árbitro de fundamentar suas decisões, presente em regulamentos de instituições arbitrais, tais como a CCI (artigo 32, 2, do Regulamento de 2021), e em leis nacionais (no Brasil, por exemplo, o dever de fundamentação é norma cogente que integra a *lex arbitri*, conforme dispositivo expresso da Lei nº 9.307/96 – artigo 26 –, tratando-se de elemento estrutural da sentença arbitral que, no ponto, busca replicar o padrão fixado pela lei processual civil para as sentenças judiciais). Já outras legislações e regulamentos arbitrais permitem que as partes convençam que a sentença arbitral deverá ser proferida sem fundamentação expressa (v.g. Arbitration Act inglês de 1996, artigo 52, alínea 4; regulamento do ICDR-AAA, artigo 30, alínea 1; regulamento para arbitragens *ad hoc* da Uncitral, artigo 34, alínea 3; regulamento da LCIA, artigo 26.2).

Procede o método direto, portanto, pela construção casuística de uma regra conflitual *ad hoc*, aplicável somente àquele litígio e não necessariamente fulcrada em um sistema nacional positivo de direito internacional privado.²⁴⁰ É impossível ao árbitro internacional, com efeito, prescindir completamente da análise conflitual para a escolha do ordenamento jurídico material competente para a solução do litígio. Proceder de outra forma resultaria arbitrário e imprevisível. A cognição de um problema de direito internacional privado, seja ou não explicitado o raciocínio que conduz à sua solução (e, repita-se, convém que o seja, em consideração ao devido processo legal e ao dever de fundamentação da sentença arbitral), é uma etapa necessariamente antecedente, do ponto de vista lógico, à aplicação do direito material à espécie litigiosa.

Não obstante o acima exposto, é usual, na doutrina arbitralista especializada, a alegação de que o método direto, pela suposta determinação direta e imediata das regras de direito material mais adequadas ao caso concreto, não mediatizada pela intervenção de alguma regra conflitual, especialmente com origem em sistemas positivos estatais de direito internacional privado, seria um modo de contornar as dificuldades suscitadas pelo método conflitual tradicional. Tal opinião parte da premissa de que existiria uma certa obscuridade nas doutrinas de direito internacional privado, com as quais os árbitros nem sempre estariam familiarizados.²⁴¹⁻²⁴² Adicionalmente, tratar-se-ia de técnica para conferir dinamismo à aplicação do direito pelo árbitro, que não se prenderia a sistemas estatais de conflito de leis – geralmente estáveis e de lenta e difícil mudança para acompanhar a evolução do comércio

²⁴⁰ Já em 1986, admitindo a criação de normas conflituais *ad hoc*, não necessariamente vinculadas a um sistema nacional de direito internacional privado, vide DANILOWICZ, 1986, p. 279.

²⁴¹ Como registra Benjamin Hayward (2017, p. 292), são encontráveis em doutrina alegações de que o conflito de leis seria um “pântano sombrio” (“*dismal swamp*”), habitado por “professores excêntricos” (“*eccentric professors*”), que tratariam de “assuntos misteriosos” (“*mysterious matters*”) em um “jargão incompreensível” (“*incomprehensible jargon*”).

²⁴² Menciona José Antonio Moreno Rodríguez (2015, p. 49), referindo-se a Clay, a concepção de que “autores partidários da concessão de um papel mais importante à sede da arbitragem são aqueles provenientes da escola do direito internacional privado, e aqueles autores partidários da redução deste papel chegaram à arbitragem sem passar por esta escola”. No entanto, assevera o mesmo autor (id., p. 53), que, “[o] panorama vem se alterando de forma crescente nas últimas décadas, e para isso muito contribuíram os desenvolvimentos produzidos em torno da arbitragem internacional e o ambiente cosmopolita em que ela – pelo menos em princípio – deveria desenvolver-se. (...) [D]eve ficar claro que também o direito internacional privado experimentou uma importantíssima evolução nas últimas décadas e suas técnicas de ‘direito uniforme’ também caminham no sentido do universalismo”.

internacional²⁴³ – e se libertaria das “amarras” do direito positivo estatal, assim conferindo à arbitragem comercial internacional os atributos de flexibilidade e contemporaneidade que favorecem e qualificam a resolução dos litígios do comércio internacional.

²⁴³ Sem dúvida um exemplo eloquente de imobilismo e anacronismo de um sistema de direito internacional privado é a própria LINDB, que, apesar de algumas atualizações e avanços pontuais, mantém-se aferrada a critérios dos anos 1940, sobretudo no direito obrigacional, como se viu no subcapítulo 1.1, em que adota regra rígida e antiquada (*lex loci contractus*) e nem sequer prevê expressamente a autonomia da vontade, a despeito de tentativas de modernização ao longo dos anos, via anteprojeto de lei elaborados por importantes juristas pátrios, como Haroldo Valladão (1964, revisto em 1970 com a contribuição de Luiz Galotti e Oscar Tenório) e Jacob Dolinger, João Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho (1995), além de relativamente recentes iniciativas de Cláudia Lima Marques (sobre o tema, em geral, vide RAMOS, 2015, e SOUZA JR., 2006, notas 23 e 24; sobre a sugestão de reforma da LINDB relativamente a contratos e acidentes de consumo, vide MARQUES, 2004). Propugna João Grandino Rodas (2002, p. 63) o *aggiornamento* do direito internacional privado brasileiro, mediante a elaboração de duas leis autônomas, uma sobre direito de conflitos e outra sobre a aplicação de normas jurídicas, que trataria de aspectos gerais e intertemporais, visando a “exorcizar o primitivismo e a inadequação de nossas regras de Direito Internacional Privado – e por via de consequência de suas regras obrigacionais –, que são incompatíveis com o fato de o Brasil (...) estar entre as dez maiores economias do globo”. No plano do direito internacional convencional, apesar do apelo dos juristas (DOLINGER, 2004), tampouco tomou o Governo brasileiro a iniciativa de buscar a aprovação do Congresso Nacional para a ratificação da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, firmada na Cidade do México, em 1994, com importante participação da delegação brasileira. Tal Convenção tem o mérito de adotar regras de conexão “flexíveis e programáticas”, atentas à intensidade e proximidade dos liames entre os fatos e a lei aplicável, em lugar de elementos de conexão fixos, tendo sido caracterizada por Jacob Dolinger (1997, p. 348) como “única conquista da nova filosofia de direito internacional privado na América Latina”. No que respeita à evolução do direito internacional privado das relações de consumo – especialmente quanto à tutela do chamado “consumidor-turista” –, à vista da inércia do legislador interno foram apresentadas proposições em foros internacionais onde o Brasil tem relevante atuação, como no Mercosul e na Conferência da Haia (vide MARQUES; SQUEFF, 2021). Não obstante o imobilismo interno, nas últimas três décadas o Brasil assinou e ratificou uma grande quantidade de convenções internacionais de direito internacional privado, em âmbito global (especialmente as convenções decorrentes do labor da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado), regional (convenções interamericanas, no âmbito da OEA), sub-regional (convenções do Mercosul, eventualmente incluindo Estados associados ao Bloco de integração, como Bolívia, Chile, Equador e Peru) e bilaterais (notadamente acordos de cooperação jurídica internacional firmados com Espanha, Itália, Argentina, Uruguai, França, Líbano, China e Costa Rica). Um caminho a se registrar, para a modernização do DIPr brasileiro de fonte interna, seria a releitura de suas normas à luz da Constituição, sob o prisma da chamada “gramática” dos direitos humanos, que propugna a “irradiação da ordem constitucional dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil” (ARAUJO, 2020, p. 112). Nesse sentido, anota André de Carvalho Ramos (2014, p. 601-602), que “dispositivos constitucionais gerais [artigo 4º, inciso IX, e artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal] permitem o rechaço de uma eventual visão xenófoba e chauvinista, refratária à essência do DIPr, que é a gestão da diversidade jurídica, aplicada aos fatos transnacionais. Assim, eventual recusa sem motivo à (i) aplicação da lei estrangeira, ou (ii) rechaço injustificado à jurisdição estrangeira, bem como (iii) à cooperação jurídica internacional (os três objetos do DIPr), devem ser tidos como inconstitucionais, pois ameaçam à cooperação entre os povos e amesquinham a idêntica dignidade entre nacionais e estrangeiros. Claro que a Constituição não veda a recusa justificada à aplicação da lei estrangeira, o que, na minha visão, deve se dar com fundamento na *gramática dos direitos humanos*. Da mesma maneira que o respeito à dignidade de todos (não só de nacionais) impulsiona a aceitação do Brasil à aplicação direta ou indireta do direito estrangeiro, essa mesma dignidade pode servir para impedir a escolha de uma lei discriminatória ou uma cooperação jurídica internacional na qual se solicite, ao Brasil, que auxilie na violação de direitos de determinado indivíduo”.

Outra vantagem seria a abreviação da duração do procedimento, ao se suprimir a fase inicial de identificação da regra conflitual aplicável, simplificando, em consequência, o cumprimento da obrigação do árbitro de fundamentação da sentença.²⁴⁴ Não obstante, na prática da arbitragem comercial internacional, é usual que os tribunais arbitrais busquem fundamentar extensamente as suas escolhas da lei ou das regras de direito aplicáveis, mesmo quando autorizados pela *lex arbitri* ou pelo regulamento institucional de regência do procedimento a adotar a *voie directe*.

Na fundamentação, invariavelmente os árbitros recorrem a princípios e regras de direito internacional privado, tais como o princípio da proximidade ou *closest connection*, e a valores caros à disciplina, como a certeza jurídica e a tutela da legítima expectativa das partes.²⁴⁵ Podem os árbitros recorrer até mesmo a regras conflituais,²⁴⁶ embora a isso desobrigados, inclusive nos casos de falso conflitos de segundo grau, quando buscam demonstrar que todos os sistemas de direito internacional privados potencialmente aplicáveis à espécie adotam o mesmo elemento de conexão e, assim, conduzem à mesma solução de direito material – é o chamado sistema de aplicação cumulativa dos sistemas de conflito de leis de todos os Estados proximalmente conectados ao caso.²⁴⁷ A eventual identificação de um falso conflito de

²⁴⁴ LEW, MISTELIS, KRÖLL, 2003, p. 436.

²⁴⁵ GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 877.

²⁴⁶ Vide BERMANN, 2017, p. 275, que observa corretamente que “a distinção entre a *voie indirecte* e a *voie directe* é, por óbvio, largamente artificial. No que respeita à *voie indirecte*, pode-se legitimamente perguntar se os tribunais, na prática, seguem o procedimento de duas etapas que a *voie indirecte* supostamente enseja, ou se diretamente identificam uma lei aplicável, sem recorrer a nenhuma metodologia que justifique chegar até ela. Em contrapartida, parece improvável que os tribunais que não contam com o benefício de uma cláusula de escolha da lei selecionem a lei aplicável em um completo vácuo analítico. Em outras palavras, eles podem parecer ter seguido a *voie directe* ao selecionar a lei aplicável, quando na verdade eles consultaram uma regra de conflitos não expressa ao fazer a sua determinação” (“The distinction between *la voie indirecte* and *la voie direct* is of course very largely artificial. As far as *la voie indirecte* is concerned, one may legitimately wonder whether tribunals do in practice follow the two-step procedure that *la voie indirecte* purports to entail, or whether in practice they directly identify an applicable law without identifying any methodology that would justify coming to that result. Conversely, it seems unlikely that tribunals lacking the benefit of a choice of law clause select an applicable law in a complete analytic vacuum. In other words, they may appear to have followed *la voie directe* in selecting the applicable law, when in fact they consulted an unacknowledged choice of law rule in making their selection”).

²⁴⁷ Não só os árbitros internacionais, mas também o legislador convencional internacional parece prestigiar a estratégia (que não pode ser chamada propriamente de método) de identificação de falsos conflitos, como exemplifica a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, que, em seu artigo 7º, condiciona a aceitação de situação jurídica constituída no exterior a que tenha sido validamente constituída “de acordo com todas as leis com as quais tenha conexão no

segundo grau tem relevância sob a ótica da legítima expectativa das partes, pois, quando ambas as partes são provenientes de Estados cujos ordenamentos jurídicos adotam soluções similares de direito internacional privado, é razoável, sob a ótica da expectativa dos interessados – expostos às mesmas soluções nos seus sistemas jurídicos nacionais – que a regra conflitual assim coincidente seja aplicada, salvo se prevalecer entre eles expectativa diversa devidamente demonstrada.

Outra evidência de que o método direto não representa a superação e obsolescência do método conflitual é a circunstância de que não se pretende, com sua adoção, legitimar escolhas inusitadas e surpreendentes, como seria a eventual aplicação de uma lei arbitrariamente selecionada, sem conexão razoável com a situação fática a disciplinar.

Assim, não se libera o árbitro – como de resto não lhe seria possível – da regra fundamental ou primária do direito de conflitos, segundo a qual nenhuma lei se aplica a fatos com os quais não se ache em contato, por algum vínculo de localização territorial, ou real, ou pessoal, que João Baptista Machado (1998, p. 156) aponta como decorrente da natureza mesma das regras jurídicas como regras deontológicas (ou de *dever-ser*).²⁴⁸

Não obstante a incontornabilidade do direito de conflitos e de suas técnicas de reconhecimento de normas jurídicas aplicáveis, o método direto preconizado contemporaneamente como o mais indicado para a arbitragem comercial internacional

momento de sua constituição” (sob reserva da ordem pública do foro). Na prática da arbitragem comercial internacional, vide exemplo de precedente que usou a técnica da aplicação cumulativa dos sistemas de conflito de leis conectados ao litígio – no caso, a lei austríaca de DIPr de 1978, a Convenção de Roma de 1980 e o Código Civil russo – em sentença arbitral proferida sob a égide da Corte de Arbitragem Comercial Internacional da Câmara de Indústria e Comércio da Federação Russa, publicada como “*Customer (Russian Federation) v. performer (Russian Federation)*”, ICAC Case no. 221/2010, 06 July 2011”, *International Commercial Arbitration Review* [Вестник Международного Коммерческого Арбитража], *Association of Researchers in International Private and Comparative Law*, ano 2011, n. 2. Vide também, novamente a título ilustrativo, caso CCI nº 6.149, (1990), resumido em VÁRADY; BARCELO III; VON MEHREN, 2012, p. 709 e ss.

²⁴⁸ Aponta ainda o eminente jurista luso que a regra primária do direito de conflitos – segundo ele, fundamento último do direito internacional privado – nutre-se do “princípio *universal* de justiça segundo o qual as normas jurídicas, enquanto regras de conduta, não devem em princípio aplicar-se àquelas condutas humanas sobre as quais não têm possibilidade de influir como critérios de decisão e de orientação. Importa não frustrar as naturais e legítimas expectativas dos indivíduos, sobre as quais estes constroem os seus planos de vida” (MACHADO, 1990, p. 38, itálico no original).

proporciona ao intérprete e aplicador do direito maior latitude de escolha, justificando o recurso, por exemplo, à *better law*, entre as leis nacionais plausivelmente conectadas com o fato jurídico internacional – o que significa, não sem um toque de ironia, aplicar justamente uma das doutrinas de direito internacional privado acimadas de esotérica por operadores do direito menos afetos à disciplina.

Após a análise das transformações e adaptações por que passam as questões de direito internacional privado, ao se transferirem do ambiente judicial para o arbitral internacional, serão examinados, no capítulo seguinte, o funcionamento e a relevância dos critérios usualmente empregados para a identificação e escolha de elementos de conexão em matéria contratual, na ausência de escolha pelas partes.

4 AS SOLUÇÕES PARA O CONFLITO DE LEIS EM MATÉRIA CONTRATUAL.

4.1 As regras de conexão mais comuns e seus fundamentos, nas perspectivas do legislador e do árbitro.

Tradicionalmente, a escolha, pelos diversos sistemas de direito internacional privado, da regra de conexão definidora da lei aplicável às relações contratuais oscila majoritariamente entre a *lex loci contractus* – lei do local da celebração do contrato – e a *lex loci solutionis* (também chamada *lex loci executionis*) – lei do local do cumprimento das obrigações contratuais. Não obstante, outros elementos de conexão são cogitáveis para tal finalidade, citando-se alguns a seguir, sem pretensão de exaustividade: (i) local da nacionalidade comum das partes; (ii) local do domicílio ou do principal estabelecimento comum às partes; (iii) local do domicílio ou do principal estabelecimento do devedor da prestação característica do contrato; e (iv) local do pagamento. Propositamente, a lista acima observou uma ordem decrescente de proximidade e intensidade do vínculo existente entre a relação contratual e a lei potencialmente aplicável.

Note-se que, para que um elemento de conexão qualquer possa ser considerado como relevante, é necessário que respeite a regra que João Baptista Machado denomina (1998, p. 5) “regra primária” do direito de conflitos, a saber:

O princípio fundamental do DIP, segundo o qual a quaisquer fatos apenas podem ser aplicadas as leis que com eles estejam em contato, [que] é, como o princípio da não-retroatividade das leis, a base do Direito de Conflitos. A Regra de Conflitos do DIP apenas se limita a intervir dentro do âmbito demarcado por este princípio para prevenir ou resolver concursos de normas entre as leis “interessadas” e potencialmente aplicáveis (MACHADO, 1998, p. 106).

Ou seja, é requisito da eficácia abstrata de determinada lei para reger materialmente uma determinada situação fática que elas – lei e situação – estejam “em contato”, vale dizer, que entre elas exista um vínculo de proximidade

caracterizado pela presença de elemento de conexão suficientemente relevante, apto a fundamentar a potencial competência *in concreto* daquela lei.²⁴⁹

E prossegue o autor, destacando outro aspecto da referida regra primária:

[N]ão se aplica senão uma lei que tenha efetivo contato com a situação a regular e que, por conseguinte, seja suscetível de ter exercido ou de exercer influência (de ter *eficácia*, portanto) sobre a conduta dos interessados. Por força desta última consideração, pode até dizer-se que no Direito de Conflitos, não só tendencialmente mas sempre e em todos os casos, a *eficácia* ou suscetibilidade de eficácia da lei a aplicar constitui um *prius* relativamente à sua *validade* formal (para o sistema *a quo*) (MACHADO, 1998, p. 110-111).

Justamente em razão do requisito de prévio contato entre a lei e a situação jurídica carente de regulação conflitual exige-se, para a configuração da eficácia concreta ou competência normativa, que as partes interessadas tenham podido levar em consideração aquela lei como potencialmente aplicável à regulação jurídica de sua situação fática, por terem estado – ou estarem – expostas ao seu âmbito espacial de potencial eficácia, delimitado pela existência de um ou mais elementos de conexão. Trata-se justamente de se poder considerar a lei mais ligada aos fatos e que os tenha impregnado de valorações jurídicas, de acordo com a perspectiva e avaliação das próprias partes.²⁵⁰ E tal se dá em benefício, precisamente, dos valores da *segurança e certeza jurídicas*, como novamente esclarece o mesmo autor:

Um ponto há, porém, sobre o qual temos vindo a insistir e que julgamos firmemente adquirido: a finalidade primária do Direito de Conflitos, tanto no espaço quanto no tempo, é a tutela da natural expectativa dos indivíduos (das partes interessadas em dadas posições ou situações jurídicas, e de terceiros), a estabilidade e a uniformidade de regulamentação das situações jurídicas subjetivas. (...) É neste interesse fundamental que desde logo assenta a Regra Básica do Direito de Conflitos, segundo a qual nenhuma lei deve ser aplicada senão a fatos com os quais esteja em contato” (MACHADO, 1998, p. 180).

²⁴⁹ Prestigiando o princípio de que aqui se cuida, anota Haroldo Valladão (1974, v. 1, p. 210) que “[s]olução contrária, de aplicar lei de todo *alheia* ao fato interespaçial, direito que nele não incidiu nem poderia incidir, constituiria forma suprema de despotismo”. No mesmo sentido, CORREIA, 1979, p. 78.

²⁵⁰ CORREIA, 1979, p. 162.

Com esse raciocínio fecha-se um triângulo que representa três aspectos a serem considerados pelo legislador, ao eleger os elementos de conexão e as regras de conflito de leis relevantes para cada tipo de relação jurídica, a seguir representado visualmente:



Na base figuram a regra básica de conflitos – a existência de contato significativo entre a lei e a situação fática relevante – e a correspondente expectativa legítima dos interessados, de que determinada lei que impregnou os fatos será aplicada para a valoração e apreciação de sua conduta. Já no ápice do triângulo está o objetivo e o resultado prático pretendido pelos princípios da base: a obtenção de segurança e certeza jurídicas, isto é, “confiança na manutenção dos efeitos de um ato pretérito como a vedação da surpresa quanto aos efeitos de um ato no futuro” (RAMOS, 2021, p. 107).

O esquema exposto acima bem demonstra que os elementos de conexão e correspondentes regras conflituais podem e devem ser ponderados em função da proximidade (intensidade do contato entre lei e situação fática) e da legítima expectativa dos interessados (intensidade da confiança que depositaram em determinada lei como *norma agendi*), visando à tutela da segurança e da certeza jurídicas – e, portanto, da previsibilidade da *norma decidendi* a ser empregada pelo julgador de eventual litígio. Especialmente nas relações jurídicas do comércio internacional, esses são os principais valores a serem tutelados pelo direito conflitual, pois não há, em princípio, partes vulneráveis a serem protegidas, nem tampouco

interesse dos Estados em impor suas leis,²⁵¹ ressalvadas as normas internacionalmente imperativas e o respeito à ordem pública.

Assim, segundo ensina André de Carvalho Ramos (2021, p. 107-108),

[a] previsibilidade pós-normativa é a tradicional, representada pelo conhecimento, por parte dos jurisdicionados, do conteúdo da regra de conflito, sendo previsível a lei indicada ou a jurisdição fixada. Já a *previsibilidade pré-normativa* supõe que o autor da regra de conflito deverá levar em consideração, antes da edição da norma, a previsão dos jurisdicionados sobre a provável lei indicada ou jurisdição a ser fixada. A *previsibilidade pré-normativa* pode ser o fundamento da regra de conflito, reforçando a consolidação do direito à segurança jurídica (itálicos acrescidos).

Ora, a estipulação contratual da arbitragem como modo exclusivo de solução de eventuais litígios confere às partes do contrato internacional um grau máximo de certeza e segurança jurídicas quanto à definição da jurisdição internacionalmente competente, ao excluir de uma só vez todas as jurisdições estatais. Ao mesmo tempo, a escolha das regras de direito aplicáveis também atribui essa máxima certeza quanto ao direito material aplicável. Porém, quando as partes se cercam apenas da primeira das referidas situações de segurança, abstendo-se de definir o direito aplicável à solução do litígio, cabe indagar se seria compatível com os princípios do direito de conflitos acima expostos a atribuição ao árbitro de uma liberdade *ilimitada* (ainda que respeitosa da ordem pública), incompatível com os princípios e valores que compõem o triângulo da regra básica de conflitos acima exposto. E a resposta parece ser negativa.²⁵²

Na realidade, o árbitro, ao ser chamado a “livremente” determinar as regras de direito aplicáveis à solução do litígio, seja pelo método direto, seja pelo método conflitual, deve atuar de forma análoga a um legislador,²⁵³ porém em caráter *ad hoc*,

²⁵¹ Para João Baptista Machado (1990, p. 50), “[n]as obrigações, enquanto situações jurídicas relativas que são, acha-se exclusivamente ou quase exclusivamente em causa o interesse das partes”.

²⁵² A consideração da regra primária do direito de conflitos demonstra ser duvidosa a concepção de que a liberdade dos árbitros para determinar a lei aplicável seria plena, como parecem sustentar Rampall e Feehily (2018, p. 400), Fouchard, Gaillard e Goldman (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 865) e Jacquet (2011, p. 210), ideia sedutora que, entretanto, não parece condizente com a natureza mesma do conflito de leis.

²⁵³ No entendimento de Jacob Dolinger (2007, p. 248), o princípio da proximidade, por exemplo, é um “desenvolvimento direto de um importante aspecto inerente ao direito internacional privado, de que

eleito unicamente para o caso e “legislando” para o passado, porém levando em consideração, justamente, a previsibilidade *pré-normativa* de que acima se falou, que decorre da proximidade entre a lei e o fato – concretizada pela existência de significativo contato espacial, condizente com a regra básica do direito de conflitos acima exposta. Assim, pode o “árbitro-legislador” tutelar a legítima expectativa dos interessados, que se conduziram no plano fático (ou deveriam ter-se conduzido) em conformidade com a sua *submissão voluntária* à potencial eficácia normativa de determinada(s) lei(s).

Portanto, no que respeita à escolha da regra conflitual mais relevante em um caso concreto, a partir da *tabula rasa* que se põe diante do árbitro, na ausência de manifestação da vontade das partes, vêm bem ao caso as palavras de A. Ferrer Correia (1979, p. 104-105):

[A]s normas de conflitos não devem ser olhadas como algo preciso, definitivo e concluso, senão como balizas ou marcos indicativos: a sua função não é tanto impor dogmaticamente um percurso sem desvios, como antes definir apenas uma linha de rumo: o rumo a observar em tanto quanto corresponder às razões que ditaram a opção. (...)

É fundamental aceitar a ideia de que as normas de conflitos são regras instrumentais relativamente aos valores axiais do direito internacional privado e aos objetivos específicos visados nos seus diversos setores.

A partir de análoga ordem de considerações, Dário Moura Vicente (1989, p. 242) conclui que toda a discussão sobre a certeza e segurança jurídicas como interesses fundamentais do direito internacional privado conduz inexoravelmente à prevalência da conexão mais próxima, no que respeita à determinação, pelo árbitro, da lei aplicável à resolução do litígio. Anota o referido autor, nesse sentido, que:

As relações jurídicas plurilocalizadas encontram-se por natureza em situação de grande instabilidade, dado que, achando-se em contato com vários ordenamentos, as regras por que hão-de dirimir-se os litígios delas emergentes não são conhecidas desde o momento da respectiva constituição. Cabe ao Direito Internacional Privado minorar essa instabilidade, sujeitando tais relações ao sistema jurídico com cuja aplicação as partes razoavelmente poderiam contar: justamente o que possuir com a situação litigiosa a conexão mais íntima.

nesta área, muito mais do que nos outros campos do direito, o juiz terá quase sempre que agir como legislador”.

Ocorre que, sendo a conexão mais íntima uma “mágica fórmula”, de “valor puramente heurístico” (CORREIA, 1979, p. 102), cumpre retornar aos elementos de conexão, para, à luz dos critérios e princípios acima expostos, avaliar o mérito de cada um, com vistas a concretizar a determinação de uma conexão mais próxima para a regência da substância e efeitos dos contratos. Naturalmente, essa análise pode ser feita em tese, pelas características próprias de cada elemento de conexão, ou em concreto, à vista das peculiaridades de cada caso litigioso submetido à arbitragem. A primeira, como tarefa da doutrina, pode e deve servir de orientação à segunda, que é realizada pelo árbitro.

Como se disse no início deste subcapítulo, as duas regras de conexão que tradicionalmente figuravam como as mais usadas em matéria contratual, seja como regras principais, seja como subsidiárias à autonomia da vontade, eram a *lex loci solutionis* e a *lex loci contractus*. No entanto, a partir da celebração da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, em 1980, no âmbito da então Comunidade Econômica Europeia, ganhou maior relevância a regra conflitual da lei do local da residência permanente ou administração central do devedor da prestação característica, a título de presunção *juris tantum* de conexão mais próxima. Regra similar já constava, não obstante, da Convenção da Haia de 1955 sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, cujo artigo 3º, alínea 1,²⁵⁴ estipula como primeira regra de conexão subsidiária à *lex voluntatis*, conquanto sujeita a exceções, a lei do local da residência do vendedor no momento do recebimento do pedido, ou do local do estabelecimento que recebeu o pedido.

A *lex loci solutionis* como regra de conexão em matéria contratual é condizente com a concepção savigniana do local do cumprimento das obrigações como sede da relação jurídico-contratual, muito embora, historicamente, a primeira lei de regência

²⁵⁴ “Na ausência da lei aplicável declarada pelas partes, conforme as condições previstas no artigo anterior, a venda é regulada pela lei interna do país onde o vendedor tem a sua residência habitual no momento que ele receber o pedido. Se o pedido é recebido por um estabelecimento do vendedor, a venda é regulada pela lei do país onde está situado este estabelecimento” (tradução da equipe UFRGS de tradução das convenções da Haia, coordenada pelos professores Cláudia Lima Marques e Fábio Morosini). Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/f4634d7e-328c-4e2b-b602-f22b3283e377.pdf>; acesso em: 10.06.2022.

dos contratos tenha sido a *lex loci contractus*, registrada desde o século XIII (RODAS, 2002, p. 43).

De fato, o contrato, forma jurídica de que se revestem as operações econômicas, tem seu centro de interesses no adimplemento das prestações que constituem o respectivo objeto;²⁵⁵ portanto, normalmente, o seu *centro de gravidade* espacial é o local onde é devido o adimplemento das prestações, cuja lei se considerou modernamente a *proper law* para a regência da substância e dos efeitos das obrigações, bem como das consequências do inadimplemento.²⁵⁶

No entanto, o problema da designação da *lex loci solutionis* como regra de conexão é a possibilidade, não completamente incomum, de que o contrato internacional contemple mais de um local de cumprimento das prestações características dele decorrentes;²⁵⁷ por exemplo, quando for o caso de se principiar o cumprimento em determinada jurisdição, visando à final entrega de bens ou prestação de serviços em outra, ou quando existirem dois ou mais locais de entrega de bens ou prestação de serviços, contratualmente previstos ou naturalmente decorrentes das

²⁵⁵ Ensina Irineu Strenger (2003, p. 637) que “a natureza e as características dos contratos internacionais (...) repousam mais na execução do que nos outros elementos formadores do contrato, para o fim de se deduzir sua real contextura jurídica”.

²⁵⁶ No que respeita à forma extrínseca dos atos, a regra tradicional, em âmbito universal, é o *locus regit actum*. O direito do comércio internacional brasileiro, no regime do Código Comercial de 1850 e do Decreto Imperial nº 737, de 25.11.1850 (o chamado Regulamento 737) seguiam essas diretrizes, conforme artigo 30 do primeiro e artigo 3º, *caput* e § 2º, e artigo 4º do segundo, assim redigidos, respectivamente: “art. 3º. As leis e usos comerciais dos países estrangeiros regulam: § 2º. A forma dos contratos ajustados em país estrangeiro (arts. 301, 424 e 633 Código), salvos os casos excetuados no mesmo Código (art. 628 Código), e os contratos exequíveis no Império, sendo celebrados por brasileiros nos lugares em que houver cônsul brasileiro” e “art. 4º. Os contratos comerciais, ajustados em país estrangeiro mas exequíveis no Império, serão regulados e julgados pela legislação comercial do Brasil”. Segundo VALLADÃO (1974, v. 3, p. 24), a doutrina pátria do século XIX e do princípio do século XX procedeu à plurilaterização dessas regras unilaterais, por raciocínio analógico *a contrario sensu*, para prestigiar a *lex loci executionis*. Posteriormente, a Introdução ao Código Civil de 1916 adotou regra eclética, consagrando, no geral, a *lex loci contractus*, porém com a ressalva de que, destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil, aplicar-se-ia a lei brasileira. A transição total para a lei do lugar da celebração do contrato se deu com a LINDB de 1942 e seu controvertido artigo 9º, *caput*.

²⁵⁷ Anota Jean-Paul Béraudo (1998, p. 271), a respeito da *lex loci solutionis*, que “[s]e a execução se faz em um só lugar que reúne a totalidade jurídica e efetiva da operação, ele se reveste incontestavelmente de forte pertinência. Não será assim se, por exemplo, a entrega jurídica de uma coisa se deva fazer em Estado diverso daquele da entrega efetiva ao destinatário final” (“[s]i l’exécution se fait en un seul lieu qui rassemble la totalité juridique et effective de l’opération, il revêt incontestablement une forte pertinence. Il n’en serait pas de même si, par exemple, la livraison juridique d’une chose devait se faire dans un Etat différent de la livraison effective au destinataire final”).

estipulações do contrato, ou dois ou mais locais de exercício de direitos decorrentes do contrato, entre muitas outras hipóteses cogitáveis, conforme o tipo de contrato e sua complexidade. Da mesma forma, é possível que não esteja definido o lugar de cumprimento das obrigações contratuais no momento da celebração do negócio, ou mesmo que tal lugar se modifique durante a execução do contrato, não convindo que a lei aplicável fique sujeita a tais flutuações.

Já a *lex loci contractus* tem origem na antiga concepção medieval, que remonta aos juristas estatutários, no sentido de que “do contrato se diz que é nascido onde nasceu, como uma pessoa que é ligada por motivo de sua origem às leis do seu lugar de origem” (STRENGER, 2003, p. 634). Esse elemento de conexão, de fato, é perfeitamente condizente com épocas pretéritas,²⁵⁸ em que inexistiam comunicações, ou em que, existindo, eram precárias e morosas, sendo a quase totalidade dos contratos celebrada presencialmente, pelos comerciantes ou seus agentes, nas grandes feiras e praças mercantis, nos portos e em outros locais onde se praticava o comércio, antes do moderno desenvolvimento dos transportes e das comunicações, que propiciou exponencial crescimento ao comércio internacional.

Também se fundamenta a *lex loci contractus* na ideia do industrial, ou do produtor rural, ou de outro agente econômico “estático” que, firmemente ancorado em sua própria jurisdição e, por consequência, no correspondente ordenamento jurídico, recebe de outros países clientes interessados em fazer negócios. Nessas situações, é natural que a lei do local do estabelecimento do fornecedor, que normalmente será a *lex loci contractus*, se aplique como lei de regência dos contratos internacionais daí resultantes.²⁵⁹

Não obstante, embora a *lex loci contractus* apresente forte vínculo com o princípio da submissão voluntária, pois quem se dispõe a fechar contratos em

²⁵⁸ AUDIT; D'AVOUT, 2018, p. 215-216.

²⁵⁹ Para Jean-Paul Béraudo (1998, p. 270), “[s]e o lugar de conclusão não for fortuito e corresponder a um país onde os contratantes se encontram de forma durável para definir os seus compromissos, pode ser racional aplicar as regras em vigor nesse Estado” (“[s]i le lieu de conclusion n’est pas fortuit et correspond à un pays où les contractants sont rencontrés de façon durable pour définir leurs engagements, il peut être rationnel d’appliquer les règles en vigueur dans cet Etat”).

determinado país está se expondo voluntariamente às correspondentes leis e permitindo que elas impregnem as situações da vida em que se envolve, fato é que, modernamente, o local da celebração pode ser duvidoso, porque os contratos são celebrados majoritariamente à distância e mediante o uso de recursos tecnológicos.

Ademais, o local da celebração do contrato pode ser casual e não apresentar efetiva proximidade entre o negócio e a lei vigente nesse local. Pode-se cogitar de exemplos relativamente folclóricos, como a hipótese de duas partes, uma brasileira e a outra portuguesa, encontrarem-se em Paris e resolverem, ali mesmo, firmar um contrato, ou ainda das partes que, por razões de praticidade, resolvem firmar o contrato no *lounge* de um aeroporto aleatório onde ambas, casualmente, estariam de passagem em razão de conexões de voo. Nesses exemplos – que, admita-se, não são muito aderentes à realidade do mundo empresarial, o que não quer dizer que sejam impossíveis – o local da celebração do contrato realmente não apresenta qualquer vínculo com as partes ou com o negócio, inexistindo justificativa para se aplicar como regra o elemento de conexão ora analisado.²⁶⁰

No que respeita ao repertório ou *tool box* da disciplina, que concebe a possibilidade, em tese, de outros elementos de conexão que visam a remediar pontualmente, em caráter *ad hoc*, as deficiências da *lex loci solutionis* e da *lex loci contractus*, constata-se que nenhum é isento de inadequações ou apresenta suficientes vantagens, de modo a que claramente pudesse constituir opção preferível aos dois elementos de conexão mais usuais em matéria de contratos.

O local da nacionalidade ou do domicílio comum às partes tem a considerável vantagem de prestigiar o direito ao qual os participantes do negócio jurídico estão

²⁶⁰ Registra Wilson de Souza Campos Batalha (1977, v. 2, p. 250) a opinião de Battifol no sentido de que “[o] lugar da conclusão é, com excessiva frequência, fortuito, em todo caso acidental em relação aos interesses a serem regulados. As partes se reúnem onde têm oportunidade, os seus interesses se materializam nos bens a entregar, nos trabalhos a executar, nos pagamentos a realizar, nos procedimentos a seguir, que não têm nenhum vínculo necessário com o local da conclusão. Não se nega, na verdade, essa eventualidade, mas se duvida de sua frequência”. (“Le lieu de conclusion est trop souvent fortuit, en tous cas accidentel par rapport aux intérêts à régir. Les parties se rencontrent où elles en ont l’occasion, leurs intérêts se matérialisent dans des objets à livrer, des travaux à exécuter, des paiements à effectuer, des procédures à suivre qui n’ont aucun lien nécessaire avec le lieu de conclusion. Cette éventualité, à la vérité, n’est pas déniée, mais on doute de sa fréquence”).

cotidianamente submetidos e que, para eles, tem especial familiaridade. No entanto, se nacionais de um mesmo país, ou partes nele domiciliadas, se dispõem a fazer negócios entre si no exterior, é natural, sob a ótica do princípio da submissão voluntária, que também busquem se informar previamente sobre o direito vigente no lugar onde fazem negócios.

Igualmente, é natural e previsível que as partes, nas circunstâncias ora descritas, se submetam ao ordenamento jurídico do local de cumprimento do contrato, notadamente no que diz respeito à execução, efeitos, inadimplemento e modalidades de remédios disponíveis. Então, muito embora tenha consistente fundamento na legítima expectativa, a regra de conexão que prestigia a escolha da lei da nacionalidade ou do domicílio comuns às partes não exclui automaticamente a possibilidade de que, com base nos princípios da submissão voluntária e da proximidade, busquem-se outras leis de regência, a depender das circunstâncias do caso.

Já o local do domicílio ou principal estabelecimento do devedor da prestação característica do contrato, regra consagrada pela Convenção de Roma de 1980 e Regulamento Roma I e que ganhou grande prestígio na Europa – ao menos como presunção inicial, sujeita a ser afastada pela prova da existência de vínculo mais próximo com outra lei – adota a lei do fornecedor, considerando-se como prestação característica de cada tipo contratual aquela que consiste no fornecimento do bem ou serviço, ao qual se opõe como contraprestação o pagamento – este, geralmente, não característico de nenhum tipo contratual em particular, pois presente em quase todos, entre os contratos onerosos.

Note-se que tal regra buscou afastar-se do vínculo mais natural e previsível com o local de cumprimento da prestação característica, justamente para fugir da possibilidade de existirem dois ou mais lugares contratualmente previstos para tal cumprimento, exatamente a mesma dificuldade que se opunha, anteriormente, à *lex loci solutionis*. Ao mesmo tempo, prestigiou o local do estabelecimento do empresário,

cuja lei é naturalmente a referência principal para todas as suas atividades.²⁶¹ Sobre tal regra se falará em maior detalhe no subcapítulo seguinte.

Todo o exposto justifica que o direito internacional privado tenha evoluído para a prevalência da regra flexível e conceitual da adoção da lei que apresentar maior proximidade com a situação fática relevante em cada caso concreto, pois, nas palavras de Jacob Dolinger (2007, p. 245), embora

[a] fórmula da proximidade [tenha trazido] preocupações de que poderia causar incerteza, [é] evidente que, do ponto de vista da previsibilidade, não se pode comparar a proximidade às rígidas regras da *lex contractus* e *lex solutionis*, mas, por outro lado, a nova abordagem elimina o velho debate sobre qual destes dois é o correto elemento de conexão, porque agora se entende que em determinados casos será o lugar onde o contrato foi assinado, em outros será o lugar onde o contrato tem que ser cumprido, e em outros ainda, será um terceiro lugar com mais íntima conexão do que estes dois locais.

No que respeita especificamente à arbitragem comercial internacional, observa Carmen Tiburcio (2002, p. 106) que ela segue, também, a tendência favorável a regras flexíveis e adequadas ao caso concreto:

[A]tualmente, os árbitros têm completa liberdade para fixar a lei a ser aplicada ao mérito da questão, sem recurso às regras de conexão do lugar da arbitragem (...). Pode-se entretanto questionar se tais regras, ao estabelecerem que será aplicada a lei que o árbitro julgar mais apropriada ao caso em questão, não estão também seguindo a nova tendência do direito internacional privado moderno, de abandonar as regras de conexão rígidas, como a lei do lugar da celebração do contrato ou a lei da nacionalidade comum das partes contratantes, por exemplo, em favor de regras mais flexíveis, mais adequadas ao caso concreto. Nesse caso, não seria correta a afirmação que a arbitragem abandonou o recurso às regras de conexão, mas dever-se-ia afirmar que a arbitragem, da mesma forma que o direito internacional privado moderno, adotou o princípio da proximidade, da busca da lei mais adequada ao litígio, que deve ser definida caso a caso, diante das características do caso concreto.

Serão abordadas, a seguir, as escolhas feitas nas convenções de direito internacional privado uniforme, que adotam a proximidade como princípio subsidiário

²⁶¹ Hermes Marcelo Huck observa (1992, p. 213-214), quanto a esse aspecto da regra de que aqui se cuida, que “[o] comerciante está sempre estabelecido em determinado local, sobre determinado território, inexoravelmente vinculado à soberania de determinado Estado. É a partir desse território nacional, sujeito às leis nele vigentes, que o comerciante abre sua atividade para o exterior, iniciando seu comércio internacional, mas sempre vinculado ao Estado de seu estabelecimento de origem”.

à autonomia da vontade, eventualmente consolidada em presunções *juris tantum*, como por exemplo a lei do local da residência habitual do devedor da prestação característica.

4.2 As regras de conexão adotadas em convenções de direito internacional privado e a hipótese de que constituam princípios gerais da disciplina.

O direito internacional privado de fonte internacional, tanto global quanto regional,²⁶² contempla algumas convenções de harmonização conflitual (ou uniformização de regras de conflitos), que tratam do tema da lei aplicável aos contratos internacionais, que se aplicam às questões de direito internacional privado submetidas aos juízes estatais dos Estados ratificantes, nas hipóteses fáticas sujeitas a cada convenção, mas que também podem servir como fonte auxiliar do direito para os árbitros internacionais, em linha com o cenário contemporâneo de pluralidade de fontes e métodos, particularmente fecundo no ambiente da arbitragem.

De fato, o direito internacional privado positivado sob a forma de convenções, ainda que não constitua, perante o árbitro, fonte formal de obrigatória aplicação,²⁶³ tem contudo maior legitimidade do que as legislações internas de DIPr, pois sua origem é o consenso internacional construído em foros dotados de especial autoridade, como a Conferência da Haia, em âmbito global, e os órgãos de produção legislativa regional, no que respeita ao processo de integração europeia, papel que, no continente americano, é desempenhado pelas Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (“CIDIPs”), integrantes da estrutura da Organização dos Estados Americanos (“OEA”).

²⁶² Organizações internacionais de âmbito global, como a Organização das Nações Unidas e a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, produzem convenções que têm vocação universal; já organizações de cunho regional, como, por exemplo, o Conselho da União Europeia, a Organização dos Estados Americanos e o Mercado Comum do Sul (Mercosul), normalmente restringem a sua produção jurídica aos atores estatais que são seus integrantes, ainda que, eventualmente, como no caso da Convenção do México de 1994, de que se falará no presente subcapítulo, possa estar aberta à adesão de Estados de fora da organização.

²⁶³ Vide DERAÏNS, 1996, p. 526, que observa, também, que, diferentemente do juiz nacional, o árbitro tem liberdade para aplicar uma convenção internacional segundo indicações dela própria, ou por considerar que ela consagra princípios gerais que contam com ampla aceitação na comunidade internacional, sem a necessária e prévia incorporação do tratado ao direito de um Estado determinado, mediante ratificação e internalização, como normalmente raciocina o juiz.

Ademais, os projetos de convenções da área do DIPr, antes de serem levados à discussão nos órgãos políticos competentes para deliberação pelos plenipotenciários dos Estados, são planejados, redigidos e discutidos por grupos de especialistas que contam com a participação dos principais juristas e professores da disciplina, provenientes de distintos meios culturais, políticos e econômicos, que interagem em profícuo processo colaborativo. Pode-se assim dizer que as convenções representam o consenso possível,²⁶⁴ em cada época e em cada âmbito geográfico de atuação, entre as distintas opiniões doutrinárias prevaletentes nos sistemas jurídicos autônomos e independentes que integram tais foros deliberativos.

Coerentemente com o próprio método de criação de uma convenção de direito internacional privado, sua específica regulação visa a atender às necessidades próprias das relações internacionais privadas e, em matéria de contratos e obrigações, aos dos negócios internacionais, sem prejuízo de almejar também a tutela equilibrada de interesses públicos e coletivos, como os dos consumidores e trabalhadores, partes normalmente vulneráveis nas relações contratuais.

No âmbito da União Europeia, a uniformização do direito do conflito de leis em tema contratual alcançou grande êxito, mediante a ampla aceitação da Convenção nº 80/934, da Comunidade Econômica Europeia, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma em 19.06.1980 (“Convenção de Roma de 1980”) e do Regulamento nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17.06.2008, que a substituiu na maioria dos países integrantes do bloco (“Regulamento Roma I”).

No continente americano, o instrumento internacional pertinente ao tema é a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, firmada na Cidade do México, em 17.03.1994, por Bolívia, Brasil, México, Uruguai e Venezuela (“Convenção do México de 1994”), porém até hoje ratificada somente por México e Venezuela.

²⁶⁴ GAILLARD; SAVAGE, 1999 , p. 874-875.

No que respeita às convenções de iniciativa da Conferência da Haia, há três instrumentos relevantes para o tema dos conflitos de leis em matéria contratual, que entretanto não alcançaram grande aceitação.

Inicia-se a análise das convenções internacionais pertinentes, a seguir, pelos instrumentos aprovados na Conferência da Haia, que modernamente foi a pioneira na disciplina da matéria.²⁶⁵

A primeira convenção contemporânea sobre o tema da lei aplicável à disciplina dos contratos internacionais foi a Convenção da Haia Sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, firmada em 1955 e vigente em apenas oito Estados.²⁶⁶ Ela adota as seguintes regras conflituais, subsidiárias à escolha da lei aplicável pelas partes:²⁶⁷

Artigo 3º

Na ausência da lei aplicável declarada pelas partes, conforme as condições previstas no artigo anterior, a venda é regulada pela lei interna do país onde o vendedor tem a sua residência habitual no momento que ele receber o pedido. Se o pedido é recebido por um estabelecimento do vendedor, a venda é regulada pela lei do país onde está situado este estabelecimento.

No entanto, a venda é regulada pela lei do país onde o comprador tem a sua residência habitual, ou por aquela do país onde se localiza o estabelecimento que emitiu o pedido, se é neste país que o pedido foi recebido, seja pelo vendedor, seja por seu representante, agente, ou vendedor viajante.

Caso se trate de um mercado de bolsa ou de uma venda por leilões, a venda é regulada pela lei interna do país onde se encontra a bolsa ou onde são efetuados os leilões.

Artigo 4º

²⁶⁵ Não serão aqui abordadas iniciativas antigas, como o Congresso de Lima de 1878, os Tratados de Montevideu de 1889/1990 e 1939/1940 e o Código de Bustamante de 1928, que atualmente despertam reduzido interesse prático ou acadêmico, remetendo-se, sobre o tema, a VALLADÃO, 1974, v. 3, p. 9-10; ARAUJO, 2000, p. 145-164; RODRÍGUEZ, 2015, p. 146-151, e GOLDSCHMIDT, 2011, p. 611-760, *passim*.

²⁶⁶ Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Níger, Noruega, Suécia e Suíça.

²⁶⁷ A Convenção de que aqui se cuida foi a primeira a prever a prioridade da autonomia da vontade das partes (ARAUJO, 2000, p. 125), tendo adotado uma abordagem dita “dualista”, segundo a qual, existindo manifestação da vontade das partes (expressa ou tácita), ela deve ser respeitada e, não existindo, deve-se proceder à localização objetiva do contrato, porém da mesma forma respeitando-se suas legítimas expectativas (AUDIT; D’AVOUT, 2011, p. 220).

Salvo expressa disposição em contrário, a lei interna do país, onde deve ter lugar o exame dos objetos móveis corporais entregues em virtude da venda, é aplicável sobre a forma e os prazos em que o exame deve ter lugar e às notificações relativas ao exame, e às medidas a serem tomadas em caso de recusa do objeto.²⁶⁸

As disposições, como se vê, oscilam entre a lei do domicílio do vendedor, a lei do domicílio do comprador e a lei do lugar onde se encontram os bens, predominando a *lex loci contractus*,²⁶⁹ quanto ao contrato entre presentes ou entre ausentes situados no mesmo território, ou a lei do local do domicílio ou estabelecimento do vendedor, no contrato entre ausentes situados em territórios distintos. Abre-se exceção para a *lex loci solutionis* quanto a aspectos bastante específicos da execução do contrato, a saber, a forma, prazos e notificações relativos ao exame dos bens, e bem assim as medidas decorrentes de sua rejeição.

A convenção ora analisada, concebida ainda na década de 1950, não segue os padrões mais modernos da disciplina conflitual dos contratos. Por exemplo, remete à “lei interna” dos Estados, criando dúvida desnecessária sobre a incorporação dos tratados internacionais à lei interna e omitindo-se quanto à possibilidade de regulação da matéria por regras internacionais de comércio de fonte não-estatal.²⁷⁰

Como registra Jacob Dolinger (2007, p. 311), há sentenças arbitrais que reputaram a Convenção da Haia de 1955 como de caráter universal, tendo-a aplicado inclusive a relações entre partes estabelecidas em Estados não integrantes da Convenção, o que parece ser excessivo, ao menos como princípio geral, dada a sua

²⁶⁸ Tradução da equipe UFRGS de tradução das convenções da Haia, coordenada pelos professores Cláudia Lima Marques e Fábio Morosini. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/f4634d7e-328c-4e2b-b602-f22b3283e377.pdf>; acesso em: 10.06.2022

²⁶⁹ No mesmo sentido, DOLINGER, 2007, p. 313, que justifica a escolha da *lex loci contractus* da seguinte forma: “tudo gira em torno da importância das partes em relação ao contrato: se o comprador encaminha a ordem de compra ao país do vendedor, este é a parte principal do contrato, a parte mais forte, e sua lei deve reger, porque o centro de gravidade da transação está em seu local, enquanto que se o vendedor recebe a ordem de compra no país do comprador, significando que o vendedor foi em busca do comprador, por si, ou via agente, o comprador é a parte mais forte na transação, o centro de gravidade se situa em seu país, e sua lei deve reger”. Importante notar que o autor, ao falar em “parte mais forte”, não se refere à força econômica, mas, sim, à força relativa na negociação, por se tratar da parte passiva, que é procurada pela contraparte que está em busca do negócio (loc. cit., nota de rodapé 228).

²⁷⁰ Vide ARAUJO, 2000, p. 126.

reduzida aceitação global, ainda que tenha sido ela, como a qualifica o referido autor, “relevante, histórica e doutrinariamente, pois que pioneira”.

Um segundo tratado sobre o mesmo assunto foi firmado em 1986, a Convenção Sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“Convenção da Haia de 1986”), com ainda menos êxito que o instrumento de 1955, pois foi ratificada por apenas dois países²⁷¹ e nem sequer entrou em vigor, o que dependeria de ao menos cinco ratificações. Essa Convenção dispõe o seguinte:

Artigo 8.

(1) Caso as partes não tenham acordado sobre a lei aplicável conforme o Artigo 7, o contrato de compra e venda reger-se-á pela lei do Estado no qual o vendedor tiver seu estabelecimento comercial no momento da conclusão do contrato.

(2) Todavia, o contrato reger-se-á pela lei do Estado no qual o comprador tiver seu estabelecimento comercial no momento da conclusão do contrato, sempre que:

a) as negociações desenvolveram-se e o contrato tenha sido concluído pelas partes estando essas presentes nesse Estado; ou

b) o contrato preveja expressamente que o vendedor deverá cumprir sua obrigação de entrega das mercadorias no referido Estado; ou

c) o contrato tenha sido concluído com base em condições fixadas principalmente pelo comprador como resposta a um convite que ele tenha dirigido a pessoas diversas para que apresentassem ofertas (licitação).

(3) A título excepcional, e se, em razão do conjunto das circunstâncias contratuais, existir uma relação comercial entre as partes e o contrato apresentar relações mais estreitas com uma lei diferente daquela que seria aplicável à luz dos parágrafos 1 ou 2 do presente Artigo, o contrato será regido por essa outra lei.

(4) O parágrafo 3 do presente Artigo não é aplicável se, no momento da conclusão do contrato, o vendedor e o comprador tiverem seus respectivos estabelecimentos comerciais em Estados que tenham realizado a reserva prevista no Artigo 21, parágrafo 1, alínea b).

(5) O parágrafo 3 do presente Artigo não é aplicável às questões reguladas pela Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (concluída em Viena, em 11 de abril de 1980), quando, no momento da conclusão do contrato, o vendedor e o comprador tiverem seus respectivos estabelecimentos comerciais em Estados distintos e que sejam Estados-membros da referida Convenção.

Artigo 9

²⁷¹ Argentina e Moldávia.

A venda em hasta pública ou em mercado de ações será regida pela lei escolhida pelas partes em conformidade com o Artigo 7, à condição de que a lei do Estado onde ocorre a hasta pública ou se encontre o mercado de ações não proíba tal escolha. Se as partes não tiverem escolhido uma lei ou se a lei escolhida for proibida, aplicar-se-á a lei do Estado onde ocorra a hasta pública ou se encontre o mercado de ações.

(...)

Artigo 13

Salvo cláusula expressa em contrário, será aplicável às modalidades e aos requisitos procedimentais da inspeção de mercadorias a lei do Estado em que ocorra tal inspeção.²⁷²

Como se observa, a Convenção da Haia de 1986 adota, como principal regra subsidiária à autonomia da vontade, no número 1 do seu artigo 8º, a lei do local do estabelecimento do vendedor, que é uma aplicação particular da presunção de maior proximidade da situação fática com a lei do devedor da prestação característica do tipo contratual – no caso da compra e venda, a lei da parte devedora da prestação distinta do pagamento, a saber, a entrega da coisa. Essa regra foi consagrada pela Convenção da Haia apenas seis anos após a assinatura da Convenção de Roma de 1980, de que se falará adiante, primeiro instrumento internacional a adotar a referida presunção de proximidade, também conhecida como “lei do profissional” – vale dizer, a adoção, como elemento de conexão, do local da residência permanente (domicílio) ou do local do estabelecimento do fornecedor profissional de bens ou serviços, interveniente na operação econômica internacional.

A presunção de maior proximidade do direito do local do estabelecimento do fornecedor visa precipuamente a estabelecer uma regra dotada de razoável univocidade e previsibilidade, evitando, assim, o risco de inconclusividade da aplicação das regras de conexão mais tradicionais, como a *lex loci solutionis*, que pode potencialmente remeter a mais de um local de cumprimento das obrigações contratuais, ainda que se acrescente, para maior especificação, o recorte do local da prestação característica.

²⁷² Tradução da equipe UFRGS de tradução das convenções da Haia, coordenada pelos professores Cláudia Lima Marques e Fábio Morosini. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=61>; acesso em: 10.06.2022.

Por outro lado, essa presunção considera, sob o ponto de vista da eficácia econômica, que o fornecedor de produtos e serviços que direciona seus préstimos, de forma organizada, à exportação pode beneficiar-se da redução de custos de transação, se lhe for evitada a necessidade de tomar conhecimento de um sem-número de leis nacionais – potencialmente, as de cada país para onde direciona o seu comércio e em cujos territórios cumpre obrigações de prestação característica. Não obstante, esse suposto fundamento econômico teórico – do qual não se conhece demonstração empírico-científica – pode ser questionado à luz da circunstância de que também o comprador, ou o tomador dos serviços, frequentemente não será um adquirente eventual, mas também um ator econômico organizado voltado à importação sistemática de bens e serviços, resultando apenas, da presunção de que aqui se cuida, o deslocamento dos custos de transação de uma para outra ponta da operação econômica transfronteiriça, sem necessário e automático benefício global para o sistema de comércio internacional.

Em contraste com o escopo de certeza e univocidade almejado pela alínea 1 do artigo 8º, em seguida a alínea 2 do mesmo artigo estabelece três exceções à regra geral, todas centradas em circunstâncias que, no caso concreto, indicam maior proximidade real do contrato com o local do domicílio do comprador.²⁷³ São elas: (i) a convergência entre o local do domicílio do comprador e o local de negociação e celebração do contrato (entre presentes); (ii) a estipulação expressa do local do domicílio do comprador como local de cumprimento da obrigação característica; e (iii) ter sido o contrato precedido por um processo de licitação pelo qual o comprador estipulou as condições do contrato e convidou interessados a fazerem propostas.

Vê-se que as três exceções à presunção *juris tantum* de maior proximidade da operação econômica com o local do estabelecimento do vendedor referem-se a circunstâncias que, em conjunto ou isoladamente, demonstram a existência de vínculo mais estreito entre o negócio e o Estado do domicílio do comprador, seja pela cumulação de circunstâncias fáticas da conclusão do contrato, que apontam para tal território como competente e decisivamente afastam qualquer suspeita de fortuidade

²⁷³ “Epicentro”, no dizer de GOLDSCHMIDT, 2011, p. 645.

sobre a conexão mais tradicional – *lex loci contractus* –, seja pela previsão contratual do vínculo específico – local de cumprimento da prestação característica – que o legislador internacional parece ter considerado como índice de escolha tácita da lei aplicável, seja, por fim, por centrar-se todo o processo que conduziu à contratação na pessoa do comprador, que ofereceu o negócio a potenciais fornecedores domiciliados em jurisdições estrangeiras diversas.

Por fim, a Convenção da Haia de 1986 contempla uma importante válvula de escape de aplicação residual, nas alíneas 3, 4 e 5 do artigo 8º, para a hipótese de preexistir um relacionamento comercial entre as partes e haver circunstâncias que claramente indiquem um vínculo mais forte do negócio com outra lei, que não a do estabelecimento de qualquer das partes, desde que o Estados envolvidos não tenham formulado reserva a tal cláusula excepcional e que a Cisg – instrumento de direito material uniforme do comércio internacional – não esteja vigente em ambos os Estados, o que afastaria a possibilidade de aplicação dessa exceção, além de prever, nos artigos 9º e 13, exceções que já constavam da Convenção da Haia de 1955, relativas à lei do local onde se realiza a hasta pública ou o mercado de ações onde se efetiva o negócio, se for o caso, e ainda a lei do local onde ocorre a inspeção de mercadorias, nesse caso limitadamente ao que se refere às modalidades e procedimentos dessa mesma inspeção.

Como se disse, a Convenção da Haia de 1986 alcançou um reduzidíssimo número de ratificações, apenas duas, não tendo sequer entrado em vigor,²⁷⁴ de modo que seu valor, conforme o *status* atual, é meramente doutrinário, como indicador de representatividade da presunção *juris tantum* da lei do local do domicílio do vendedor como expressão do princípio da proximidade, com exceções e conexões alternativas que, na altura da sua elaboração, foram consideradas adequadas no importante foro

²⁷⁴ Curiosamente, embora muito recentemente a doutrina tenha considerado mais factível, no plano internacional, a harmonização de regras conflituais relativas a contratos do que a uniformização dos regramentos de direito material (ARAÚJO, 2000, p. 124), fato é que, nessa última seara, tanto os Princípios Unidroit quanto a Cisg vêm colhendo maior receptividade do que os instrumentos harmonizadores do direito conflitual. A Cisg, por exemplo, contou com 38 ratificações somente no século XXI, perfazendo um total de 95 Estados-partes, ao passo que as Convenções da Haia em matéria contratual seguem estagnadas quanto ao número de Estados ratificantes (fonte: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status; acesso em: 15.06.2022).

de discussão internacional da Conferência da Haia, o que indica um consenso, se não dos Estados, ao menos dos estudiosos do DIPr.

No âmbito do continente americano, a Convenção do México de 1994 foi, à sua época, entusiasticamente recepcionada pela doutrina²⁷⁵ e considerada veículo para a substancial modernização do direito internacional privado das Américas; no entanto, tampouco contou com grande adesão dos Estados do continente, tendo sido ratificada, até hoje, somente por México e Venezuela.

A Convenção do México de 1994 dispõe o seguinte sobre o problema do direito de regência dos contratos na ausência de escolha expressa ou tácita pelas partes:

Artigo 9

Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais.

Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado.

Artigo 10

Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.

O artigo 9º reflete, realmente, o estado da arte na matéria. Adota, como regra geral, o princípio aberto dos vínculos mais estreitos, sem recorrer a presunções *juris tantum*, como a residência habitual ou principal estabelecimento do devedor da prestação característica. Entende que, quando os próprios titulares do direito – as partes – não autodeterminaram a lei aplicável, a regra de conflitos deve necessariamente ser flexível e indeterminada, confiando na capacidade dos juiz de

²⁷⁵ Vide ARAUJO, 2000, p. 178 e ss.; MADRUGA FILHO, 1996; DOLINGER, 1997, p. 348.

ponderar “todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato”, sem olvidar os “princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais”.

Tal regra, conquanto dirigida precipuamente a juízes togados, que devem obrigatoriamente observá-la se incorporada ao respectivo direito interno, é claramente inspirada pelo regime de liberdade que vigora na arbitragem comercial internacional, tendo contado, também, com a influência dos defensores do princípio da proximidade e da flexibilização das regras de conflito (Dolinger) e da corrente doutrinária que preconiza o *better law approach* e a integração da *lex mercatoria* às fontes formais (Juenger).

A *lex mercatoria* e *soft law* receberam ainda, no artigo 10, uma segunda diretriz de aplicação, “quando pertinente”, juntamente com os usos e costumes comerciais de aceitação geral, reforçando-se que a determinação do direito aplicável na ausência de escolha pelas partes deve sempre amoldar-se às peculiaridade de cada caso. Assim, deve o julgador construir a norma conflitual aplicável de forma *ad hoc*, visando à concretização dos objetivos de justiça e equidade – que, aqui, podem-se entender de forma cumulativa, tanto na vertente conflitual, pela ênfase nos vínculos mais estreitos, como pelo viés material, ao se recorrer aos princípios do direito do comércio internacional e aos usos e práticas comerciais geralmente aceitos.

Para concluir o presente subcapítulo, ver-se-á a seguir a configuração da matéria na Convenção de Roma de 1980 e no Regulamento Roma I, que posteriormente a aperfeiçoou. De todas as convenções aqui analisadas, a Convenção de Roma é a única efetivamente bem-sucedida – no plano governamental, para além da apreciação doutrinária –, tendo-se tornado direito positivo interno na grande maioria dos Estados integrantes da União Europeia, pelo que adquiriu grande autoridade e relevância em âmbito global.

A regra da Convenção de Roma de 1980 atinente à lei aplicável na ausência de escolha pelas partes dispõe o seguinte:

Artigo 4º

Lei aplicável na falta de escolha

1. Na medida em que a lei aplicável ao contrato não tenha sido escolhida nos termos do artigo 3º, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país.

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

3. Quando o contrato tiver por objeto um direito real sobre um bem imóvel, ou um direito de uso de um bem imóvel, presume-se, em derrogação do disposto no nº 2, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa.

4. A presunção do nº 2 não é admitida quanto ao contrato de transporte de mercadorias. Presume-se que este contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem o seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor. Para efeitos de aplicação do presente nº, são considerados como contratos de transporte de mercadorias os contratos de fretamento relativos a uma única viagem ou outros contratos que tenham por objeto principal o transporte de mercadorias.

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

O dispositivo adota o princípio da proximidade, porém *presumindo-se* que a conexão mais estreita é aquela com o local da residência habitual (ou seja, domicílio²⁷⁶) ou estabelecimento principal²⁷⁷ do devedor da prestação característica (“lei do profissional”), *exceto* no caso de contratos que tenham por objeto direitos reais

²⁷⁶ O direito europeu usa o conceito de residência habitual, que, para nós, equivale ao domicílio da pessoa natural, que é a residência com ânimo definitivo (artigo 70 do Código Civil).

²⁷⁷ Pode haver distinção entre estabelecimento principal e local onde se situa a administração central da pessoa jurídica. No direito brasileiro interno, o domicílio da pessoa jurídica é o lugar designado no estatuto ou ato constitutivo ou, em sua falta, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações (artigo 75, inciso IV, do Código Civil). No Regulamento Roma I, a residência habitual das pessoas e entes coletivos é o local de sua administração central (artigo 19, inciso I).

ou direito pessoal de uso sobre bens imóveis e contratos de transporte de mercadorias em que tal local não seja o da carga, ou da descarga, ou do principal estabelecimento do expedidor. Assim, para a generalidade dos contratos, diante da forma como a regra é concebida, na verdade o princípio da proximidade funciona como válvula de escape, isto é, exceção para as hipóteses em que, considerando-se o conjunto das circunstâncias, o contrato apresentar conexão mais estreita com país outro, que não o da residência habitual ou do estabelecimento principal do devedor da prestação característica.²⁷⁸

O número 5 do dispositivo acima transcrito revela uma das dificuldades do regime estabelecido pela Convenção de Roma de 1980, ao afastar a presunção da aplicação da lei do profissional quando a prestação característica não for determinável. De fato, em alguns tipos contratuais – por exemplo, distribuição e franquia, contratos notoriamente relevantes no comércio internacional –, há a possibilidade de visões divergentes sobre qual das partes seria a devedora da prestação característica, ao passo que, no contrato de permuta ou troca, a prestação característica – entrega do bem permutado – incumbe necessariamente a ambas as partes.

Para solucionar parcialmente essas dificuldades, o Regulamento nº 593/2008 (Roma I), que substituiu a Convenção de Roma na maioria dos Estados do bloco,

²⁷⁸ A aplicação da Convenção de Roma de 1980 pelos judiciários dos Estados-membros da União Europeia gerou extensa jurisprudência, porém com entendimentos divergentes sobre quais valores devem prevalecer: a certeza e a segurança jurídica consubstanciadas na previsão de uma presunção legal ou a flexibilidade da regra geral residual da conexão mais próxima. Como explica Chukwuma S. A. Okoli (2020, p. 36-55), formaram-se quatro correntes a esse respeito, a saber, (i) a da “strong presumption”, também dita solução holandesa e escocesa, que defende a rigorosa aplicação da presunção legal para prestigiar a certeza e a uniformidade na aplicação da convenção, objetivos da Convenção que restariam fragilizados, na hipótese contrária, pelo uso frequente da cláusula de exceção; (ii) a “weak presumption approach”, ou solução inglesa, francesa e dinamarquesa, tendente a favorecer o local da efetivação da prestação característica do contrato, que considera que a presunção só se aplica quando as conexões a ela tendentes se mostrarem tão ou mais significativas quanto as que remetem à lei do local do cumprimento da obrigação; (iii) a doutrina das “commercial expectations”, segundo a qual deve-se buscar localizar o centro de gravidade do contrato pela perspectiva de sua função socioeconômica, atentando-se para a intensidade dos vínculos com outras possíveis jurisdições como critério para o eventual afastamento da presunção legal; e (iv) a “intermediary approach”, adotada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, segundo a qual não deve haver uma atitude fixa perante a presunção, devendo-se ponderar, em cada caso, a conveniência de se prestigiar a certeza e a previsibilidade, sopesando-se-as com as exigências da justiça no caso concreto, que eventualmente podem demandar sua flexibilização para se alcançar resultado mais justo e equilibrado.

estabeleceu presunções em favor da lei da residência habitual do franqueado e do distribuidor. Além disso, excepcionou a lei do local da situação do imóvel, nas locações com prazo de até seis meses, quando ambas as partes forem habitualmente residentes no mesmo país, diverso do da situação do imóvel, e o locatário for pessoa física. Estabeleceu que os contratos celebrados no âmbito de sistemas de negociação de valores mobiliários e instrumentos financeiros devem ser regidos pela mesma lei que rege o próprio sistema de negociação. Permaneceu irresolvida, não obstante, a *vexata quæstio* da lei aplicável à permuta.

No que respeita às regras gerais, o Regulamento Roma I reforçou o caráter de exceção da válvula de escape, acrescentando o advérbio “manifestamente” à hipótese em que o contrato apresentar conexões mais estreitas com país diverso daquele da residência habitual do devedor da prestação característica.

Em suma, o Regulamento Roma I reforçou a opção legislativa pelo emprego de presunções, particularizando-as em diversas hipóteses, manteve a regra geral da lei da residência habitual do devedor da prestação característica e confirmou o propósito do legislador comunitário de prestigiar a certeza jurídica e a previsibilidade, preferencialmente à flexibilidade, reforçando a excepcionalidade do afastamento das presunções legais.

No que respeita à atividade arbitral, as convenções uniformizadoras de direito internacional privado, tanto quanto as leis internas dos Estados, não são de aplicação obrigatória na arbitragem comercial internacional, pois o árbitro internacional, diferentemente dos juízes, não está obrigado à aplicação de nenhuma regra de DIPr em particular, como se viu no capítulo 3 desta tese. Entretanto, as fontes internacionais de DIPr, diferentemente das fontes exclusivamente internas, têm maior autoridade e relevância no plano internacional, justificando-se, portanto – ao menos como princípio geral –, a maior deferência e acatamento que os árbitros internacionais prestam às regras consagradas em convenções, que soem ser apontadas na doutrina e nas sentenças arbitrais como princípios gerais de DIPr.

Essa consideração, entretanto, perde um pouco de sua relevância ao se observar que, excetuando-se a Convenção de Roma de 1980 e Regulamento Roma I, que têm âmbito territorial bastante específico, por serem instrumentos de integração regional, as outras convenções sobre a matéria não lograram alcançar, como se disse, relevante número de aprovações e ratificações pelos Estados, não obstante o entusiasmo por elas demonstrado pela doutrina.

4.3 Regras especiais que visam a escopos materiais: *favor validitatis* ou *favor negotii*, *better law approach*.

Sabe-se que o conceito de justiça próprio e típico do direito internacional privado é a chamada justiça conflitual, aquela que se ocupa da justa atribuição de competência à lei mais adequadamente (ou intensamente) conectada com uma dada situação fática, determinando-se tal lei entre aquelas que estejam em contato com a situação, em atenção à norma fundamental do direito de conflitos. Assim, tal ramo do direito ordinariamente não se preocupa com a regulação concreta das situações da vida – isto é, o seu regramento material – mas, atuando como sobredireito composto por normas de reconhecimento, apenas identifica o ordenamento jurídico estatal ao qual compete realizar a valoração e regulação material do fato. Como consequência dessa perspectiva (do legislador e do julgador), o direito internacional privado seria, supostamente, indiferente à solução concreta das questões que lhe são submetidas à decisão.

Essa concepção tradicional de uma justiça própria do direito de conflitos pode ser considerada ultrapassada, ao menos como critério exclusivo, pois, como demonstra a evolução da disciplina ao longo das últimas décadas, vários recursos e estratégias que visam à tutela de interesses e considerações de justiça material penetraram continuamente no DIPr, visando a solucionar situações indesejáveis e injustas potencialmente suscitadas pela aplicação mecânica de regras conflituais rígidas.

No domínio de que se ocupa a presente tese, isto é, os litígios do comércio internacional sujeitos a resolução por arbitragem, a “materialização” dos interesses

tutelados pelas regras de conflito se concretiza, em primeiro lugar, pela consagração da própria regra de ouro da disciplina, a autonomia da vontade.

De fato, o princípio segundo a qual o contrato deve ser regido pela lei escolhida pelas próprias partes, por si só, já visa à realização da justiça material na relação jurídico-contratual, ao entregar nas mãos das partes o poder de tutelar seus interesses, resguardando-os contra a aplicação de critérios frios, distantes e gerais determinados pelo legislador estatal, usualmente centrados na *lex loci contractus* ou na *lex loci solutionis*, ou ainda no conceito indeterminado de conexão mais próxima, eventualmente auxiliado por uma presunção, como a da lei da residência habitual do devedor da prestação característica.

Assim, ao reterem para si a competência para escolher o enquadramento normativo de suas relações jurídicas, as partes emancipam-se da mera justiça conflitual avaliada em função de vínculos de proximidade entre fatos e ordenamento, conforme critérios abstratamente fixados pelo legislador, valendo-se *in concreto* da prerrogativa de eleger livremente como competente a lei que se lhes afigurar mais adequada, podendo fazê-lo inclusive em favor de alguma lei sem conexão com o fato, ou ainda adotar regras de direito não-estatal, por considerá-las materialmente mais adequadas à regência do seu contrato.²⁷⁹

Mesmo quando as partes não se valham do direito material à autonomia da vontade, há outras preocupações “materializantes” que devem ser levadas em conta pelo julgador para a determinação do direito aplicável à resolução do litígio.

A primeira e mais óbvia delas é a aplicação ou consideração de leis imperativas dos ordenamentos jurídicos conectados com o litígio e interessados em sua regulação, mediante a técnica das normas de aplicação imediata ou por considerações de ordem pública, inclusive no seu viés positivo.²⁸⁰ Outro mecanismo

²⁷⁹ Anota André de Carvalho Ramos (2016, p. 511) que “a autonomia da vontade relaciona-se com a proteção de direitos humanos, uma vez que é reflexo do respeito ao livre-arbítrio e à tomada de decisão do indivíduo sobre a condução de sua vida. Esse respeito à autonomia individual vincula-se à dignidade humana, bem como com a liberdade, igualdade e privacidade”.

²⁸⁰ Isto é, pela exigência positiva de aplicação de algum preceito ou princípio de ordem pública – mormente os de caráter transnacional ou “verdadeiramente” internacional –, em lugar da mera

de aplicação de critérios materiais é o recurso a normas e princípios da *lex mercatoria*, em razão de sua maior adequação e especialização para a regência de fatos comerciais transnacionais. Esses assuntos serão objeto dos dois próximos subcapítulos.

Aqui, pretende-se fazer referência a uma regra material específica adotada no conflito de leis, segundo a qual, entre duas ou mais leis potencialmente competentes para reger um dado negócio jurídico, deve-se dar preferência àquela que preserva a respectiva validade e eficácia, em detrimento da que anula ou suprime a eficácia do negócio: trata-se do chamado *favor validitatis* ou *favor negotii*.

A regra decorre de um princípio geral de conservação dos atos e negócios jurídicos,²⁸¹ existente nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais²⁸² e considerado especialmente relevante no comércio internacional, em que os interesses e as partes estão naturalmente sujeitos ao potencial regramento por leis discrepantes quanto às exigências formais e substanciais de validade dos negócios jurídicos.

Também é considerada tal regra um corolário do próprio princípio da autonomia da vontade, a partir de um raciocínio silogístico em duas etapas, sendo a primeira a consideração de que as partes poderiam, se quisessem, escolher qualquer lei para reger a sua relação jurídica, e a segunda a de que, presumivelmente, as partes não escolheriam uma lei que privasse de validade e efeitos o seu negócio. Ou seja, a regra *favor validitatis* consiste, efetivamente, em uma *presunção de escolha negativa* das próprias partes, em relação a leis cuja aplicação possa potencialmente resultar na nulidade ou ineficácia do contrato e uma *escolha positiva* (tácita) da lei que valida o negócio.²⁸³

aplicação negativa da ordem pública, como cláusula de exceção à aplicação de regras de direito ou do reconhecimento de situações jurídicas pré-constituídas.

²⁸¹ Segundo A. Ferrer Correia (1979, p. 35), “a conservação dos negócios é de per si um valor, na medida em que favorece e fortalece o comércio jurídico, evitando as reações em cadeia que a invalidade de uma transação isolada tantas vezes acarreta”.

²⁸² No direito brasileiro, são inúmeros os dispositivos legais inspirados pelo princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, tais como, a título exemplificativo, os artigos 167, 170, 172, 175, 176 do Código Civil e os artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil.

²⁸³ Em sentido similar, anota Sagi Peari (2018, p. 113) que “[d]e acordo com a doutrina [de validação], as partes contratantes são objetivamente consideradas pela autoridade judicial como tendo pretendido

Do ponto de vista da justiça material, o objetivo da regra não é, manifestamente, dar ensejo a tentativas de fraude à lei (até porque, se fosse intenção das partes cometer uma fraude, elas procederiam *expressamente* à escolha de um direito que possibilitasse contornar a lei indesejada), mas, sim, geralmente, o de evitar que a inobservância de formalidades ou requisitos casuisticamente previstos em determinada legislação possa induzir a nulidade do contrato. Não obstante, deve o árbitro observar se a norma que invalida o contrato – e que tenha um título convincente de aplicação, do ponto de vista conflitual – seria convergente com algum interesse da ordem pública transnacional digno de proteção, que justifique o afastamento do princípio de validação no caso concreto.²⁸⁴

Já do ponto de vista da justiça conflitual, de fato mostra-se compatível com os princípios conflituais que se considere existir mais proximidade entre uma situação fática e um dado ordenamento jurídico quando esse ordenamento atribuir aos fatos os efeitos e consequências deliberadamente almejados e perseguidos pelas partes, do que quanto a norma aplicável eventualmente conduzir à frustração dos interesses privados envolvidos, pela decretação da invalidade ou ineficácia do negócio. Ademais, o princípio de validação promove a tutela da legítima expectativa,²⁸⁵ que é um dos mais relevantes valores do direito do conflito de leis em matéria contratual.²⁸⁶

Além do *favor validitatis*, outra ferramenta de que se pode valer o julgador, para exercer um critério material de escolha entre duas ou mais leis potencialmente competentes, é o *better law approach*, que, entendido em sentido amplo, significa o

se submeter às leis positivas do Estado sob o qual o contrato seria válido” (“[u]nder [the validation] doctrine, the contracting parties are objectively regarded by the judicial authority as having intended to subject themselves to positive laws of the state under which the contract would be valid”).

²⁸⁴ Para Abdulhay Sayed (2002, p. 635), “[n]o caso em que a constatação de ilegitimidade se fundar na ordem pública transnacional, o árbitro verificará que o contrato em questão se choca com disposições legais invalidantes na quase totalidade das ordens jurídicas pertinentes: as partes não poderiam ignorar que estavam celebrando um contrato inválido para a maior parte dos ordenamentos jurídicos” (“[d]ans le cas où la constatation d’illégitimité est fondée sur l’ordre public transnational, l’arbitre signifiera que le contrat en question se heurterait à des dispositions légales invalidantes dans presque la totalité des ordres juridiques pertinents: les parties ne pouvaient pas ignorer qu’ils concluaient un contrat invalide pour la plupart des systèmes juridiques”).

²⁸⁵ HAYWARD, 2017, p. 165.

²⁸⁶ MACHADO, 1998, p. 182.

critério de preferência pela lei mais completa e atualizada, que regule de forma comparativamente mais proficiente o tema litigioso relevante – e que, presumivelmente, produza um resultado “melhor” do ponto de vista da justiça da decisão no caso concreto. Trata-se, em suma, da lei que, no dizer de Franco Ferrari e Linda Silberman (2019, p. 416) revela-se “mais moderna, mais comercial ou mais desenvolvida”.

Naturalmente, não se deve recorrer a considerações de *better law* como subterfúgio para se pretender aplicar ao contrato e ao litígio determinada lei que não detenha um título razoável de competência, pelos critérios conflituais próprios do direito internacional privado – isto é, uma lei não conectada, ou debilmente conectada com a causa, com o negócio ou com as partes. Tampouco se deve avaliar qual lei seria “melhor” sob o ponto de vista da política legislativa e dos interesses estatais nelas imbricados, mas, sim, à luz da sua capacidade de tutelar adequadamente interesses privados, condizentes com os interesses *ex ante* das partes em litígio.

É recomendável que a lei a ser considerada como a melhor opção não só tenha efetivos contatos com a situação fática a ser regulada (princípio da proximidade), como possa ter sido considerada pelas partes na gênese de seu relacionamento, ao menos potencialmente, em conformidade com suas respectivas submissões voluntárias (princípio da não-surpresa ou tutela da legítima expectativa). Atendidos esses requisitos, o *better law approach* pode, inclusive, ser um critério de escolha entre duas ou mais leis que apresentem vínculos igualmente relevantes perante uma dada situação fática, atuando como regra subsidiária de ponderação dos fatores de conexão.

4.4 Aplicabilidade excepcional da *lex mercatoria* e da *soft law*.

Muito já se escreveu sobre a nova *lex mercatoria*, havendo vastíssima bibliografia sobre o assunto, produzida internacionalmente ao longo das últimas seis décadas.²⁸⁷ Trata-se, simplificadamente, do costume e das regras jurídicas

²⁸⁷ A título meramente ilustrativo, veja-se, na bibliografia em português, SCHILF, 2015; RODRÍGUEZ, 2015; MENDES, 2010; CASELLA, 1996; HUCK, 1994, 1992.

contratuais geralmente adotadas no comércio internacional (de forma frequentemente padronizada), nascidos espontaneamente das práticas reiteradas dos seus participantes, como reflexo e consequência das específicas necessidades geradas pela praxe empresarial e testadas pela experiência. Muitas vezes, o costume e a prática reiterada se cristalizam em contratos *standard* (formulários) recomendados por associações profissionais atuantes em setores específicos e dotadas de reconhecida autoridade (v.g., Fidic,²⁸⁸ ICA²⁸⁹, Gafta,²⁹⁰ Iata²⁹¹), ou em modelos contratuais e cláusulas-padrão concebidos por organizações de escopo mais abrangente (v.g., CCI,²⁹² IBA²⁹³).²⁹⁴ Tais modelos que corporificam costumes comerciais reiterados têm valor contratual, quando adotados voluntariamente em negócios internacionais pelas

²⁸⁸ Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils, fundada em 1913, atualmente denominada International Federation of Consulting Engineers.

²⁸⁹ International Cotton Association, outrora Liverpool Cotton Association, fundada em 1841.

²⁹⁰ The Grain and Feed Trade Association, continuadora da London Corn Trade Association, fundada em 1877.

²⁹¹ International Air Transport Association, fundada em 1945.

²⁹² A contribuição mais conhecida da Câmara de Comércio Internacional, no campo das diretrizes normativas para o comércio internacional, são os mundialmente usados International Commercial Terms – Incoterms, embora existam muitos outros contratos e cláusulas-padrão resultantes do labor da ICC Commission on Commercial Law and Practices, importante órgão que integra a estrutura da CCI.

²⁹³ A International Bar Association, organização de advogados e associações de classe fundada em 1947, é especialmente conhecida pelas suas *rules*, *guidelines* e *principles* voltadas para a resolução de litígios e a prática da advocacia.

²⁹⁴ O jurista pioneiro no estudo da *lex mercatoria*, Berthold Goldman (2014 [1964], p. 329-330) menciona também a importância da já antiga criação privada de modelos contratuais nos setores do crédito documentário e transportes, duas áreas fundamentais para o bom funcionamento do comércio internacional.

partes,²⁹⁵⁻²⁹⁶ não se tratando, propriamente, de fontes de direito objetivo que apresentem similaridade à lei, quanto à forma, função ou conteúdo.²⁹⁷

Não obstante, integram também a *lex mercatoria* conjuntos de proposições mais gerais, que podem ser identificadas com a noção de princípios gerais do comércio internacional, subgrupo dos princípios gerais de direito, que contam com um caráter mais genérico, abstrato, impessoal e objetivo, condizente, por sua função, com o papel de sucedâneo de regras de direito de um ordenamento jurídico determinado, isto é, regras de direito positivo, por oposição a meras regras contratuais.

Esses princípios gerais do comércio internacional – tais como, apenas exemplificativamente, o *pacta sunt servanda*, a boa-fé objetiva e seus corolários, o *fair dealing* (repúdio à fraude e à malícia nas tratativas comerciais), a vedação do *venire contra factum proprium*, a condenação da corrupção, a cláusula *rebus sic standibus* (e a similar cláusula de *hardship*), a *exceptio non adimpleti contractus*, o dever de mitigação de danos, etc.²⁹⁸ – podem ser dotados de maior ou menor generalidade,

²⁹⁵ Quanto à característica de os contratos *standard* serem especialmente talhados para os negócios internacionais, indagam Craig, Park e Paulson (*apud* REISMAN et. al., 1997, p. 227-228): “para partes que são ativas em grande número de países, (...) não seria saudável começar com o postulado de que contratos *standard* detalhados, desenvolvidos ao longo de anos de experiência em várias jurisdições, deveriam na maior medida possível ser interpretados de uma maneira uniforme, mesmo se juizes dos países X, Y e Z possam ter visões diferentes sobre os contratos, se tivessem sido concluídos em tema de relações puramente internas entre nacionais de seus países?” (“as for parties who are active in a great number of countries, (...) is it not healthy to start with the postulate that detailed standard contracts, developed over years of experience in various jurisdictions, should if at all possible be interpreted in a uniform manner, even though the judges of countries X, Y, and Z might have viewed the contracts differently if they had been concluded as a matter of purely domestic commercial relations between fellow nationals?”).

²⁹⁶ A doutrina comparatista também desempenha relevante papel na análise jurídica dos modelos contratuais prevalecentes na praxe internacional, frequentemente construídos à luz de ordenamentos jurídicos hegemônicos em setores específicos. Exemplo desse fenômeno é a área bancária e financeira, onde preponderam modelos contratuais baseados nos institutos jurídicos, padrões regulatórios e cláusulas contratuais típicas do direito de Nova York e da lei inglesa, estudados em FREIRE; CASELLA, 1994.

²⁹⁷ Anota Irineu Strenger (1991, p. 343) que os contratos concebidos e desenvolvidos no âmbito da nova *lex mercatória* “tornaram-se textos fecundos de manifestações livremente concebidas a partir da vontade das partes, nos quais se encontram incontáveis inovações que certamente movimentaram a tipologia das convenções, tanto privadas como públicas” (“ils sont devenus les textes féconds des manifestations librement conçues de la volonté des parties, dans lesquelles on trouve d’innombrables innovations qui ont certainement bouleversé la typologie des conventions, privées et publiques”).

²⁹⁸ Vide, em REISMAN et. al., 1997, p. 224-226, um curioso rol de vinte princípios que podem ser considerados integrantes da *lex mercatoria*, segundo o Lord Justice Mustill (*The new lex mercatoria: the first twenty-five years*, in: *Arbitration International*, v. 86, n. 4, p. 108 e ss., 1988), a seguir resumidos: (1) *pacta sunt servanda*; (2) *rebus sic standibus*; (3) *abus de droit* (abuso de direito); (4) *culpa in*

sendo aptos, em tese, a se tornarem critérios de decisão, nos litígios concretos em que não exista um ordenamento jurídico estatal convincentemente regedor do contrato.²⁹⁹⁻³⁰⁰

contrahendo; (5) a boa-fé; (6) a vedação de corrupção, simulação e fraude à lei; (7) o princípio segundo o qual entidades estatais não podem repudiar *a posteriori* sua capacidade para firmar convenções de arbitragem; (8) a regra de que o controlador de um grupo de sociedades é capaz de se obrigar por todas; (9) o dever de renegociação contratual em caso de dificuldades imprevisíveis; (10) a admissão da cláusula-ouro; (11) a *exceptio non adimpleti contractus*, se o inadimplemento for substancial; (12) a inadmissibilidade de que alguém dê causa à não verificação de uma condição aplicável à exigibilidade de sua própria obrigação; (13) a não-vinculação do julgador à caracterização que as próprias partes fazem de seu contrato; (14) a limitação da reparação de danos às consequências previsíveis do inadimplemento; (15) o dever de mitigar os próprios danos; (16) a regra de que os danos pela falta de entrega dos bens devidos devem ser calculados de acordo com o preço de bens equivalentes adquiridos em substituição pelo credor; (17) o princípio de que a parte deve ser diligente na tutela de seus direitos; (18) o princípio da compensação, segundo o qual o devedor tem o direito a compensar créditos e débitos recíprocos; (19) o princípio interpretativo *ut res magis valeat quam pereat* (deve-se preferir a interpretação que valida à interpretação que anula); e, finalmente, (20) a regra de que a omissão em responder a uma carta deve ser interpretada como assentimento a seus termos.

Analisando-se a lista *supra*, facilmente se verifica que um rol de princípios que, supostamente, deveria ser consensual e decorrer da ampla aceitação pela comunidade internacional de comerciantes, assim como pelos Estados e sentenças arbitrais, é, na verdade, uma coleção idiossincrática de máximas sem qualquer organicidade ou sistematicidade, postas em prática nos diversos ordenamentos jurídicos de formas as mais variadas e com distintos graus de relevância como princípios de direito. Naturalmente, não quer isso dizer que tais regras e princípios não se prestem a inspirar e informar a resolução de questões pontuais em casos específicos, de forma comparativamente melhor do que a aplicação de leis estatais que não sejam especialmente aptas à solução de determinadas questões do comércio internacional.

Fouchard, Gaillard e Goldman observam (GAILLARD; SAVAGE, 2003, p. 819-820) que listas de princípios necessariamente não serão exaustivas e que princípios extremamente gerais – como o *pacta sunt servanda* – pouco contribuem para o desenvolvimento da *lex mercatoria*, embora ressalvem que princípios especialmente “férteis”, como o da boa-fé, são hábeis a funcionar como base a partir da qual podem ser deduzidas regras mais concretas. Confirmando a afirmação desses juristas, a notável evolução da dogmática civilista da boa-fé no direito brasileiro nos últimos trinta anos demonstra que a aplicação desse princípio no cenário comercial internacional pode, efetivamente, funcionar como uma utilíssima reinvenção da roda.

²⁹⁹ Vale observar que nem todo princípio de direito privado comum a tradições jurídicas distintas pode ser identificado como princípio do direito do comércio internacional, ainda que seja adotado no direito interno de diversos países. Um exemplo ilustrativo é o *favor debitoris*, princípio segundo o qual a interpretação dos contratos, nas situações duvidosas, inclina-se em favor do devedor, também funcionando como princípio geral de política legislativa que inspira exceções legais favoráveis à posição jurídica do devedor. Como demonstrou cabalmente José Carlos Moreira Alves em erudito estudo de direito comparado (2004), o *favor debitoris* é característica constante na tradição jurídica dos ordenamentos da família romano-germânica. No entanto, embora se trate de princípio geral de direito privado comum a uma família de ordenamentos que compartilham a mesma origem remota, tal princípio, a rigor, é desconhecido na específica seara do direito do comércio internacional, onde prevalece a regra *pacta sunt servanda*, sem consideração a uma especial complacência legal quanto aos interesses dos devedores.

³⁰⁰ Para uma análise geral e monográfica sobre o tema dos princípios gerais do direito nos litígios transnacionais, vide KOTUBY; SOBOTA, 2017.

Outro importante fenômeno de criação de direito, agora com atributos de generalidade, abstração, objetividade e impessoalidade, é a chamada *soft law*,³⁰¹ que consiste na edição, por organizações internacionais públicas e privadas de grande prestígio, tais como o Unidroit, a Uncitral, a CCI e a IBA, entre outras, de leis-modelo, coletâneas de princípios e guias de boas práticas (*guidelines*), que visam a orientar tanto a conduta das partes quanto a decisão de julgadores estatais e arbitrais.³⁰² Trata-se, geralmente, de verdadeiros códigos privados, não incorporados a instrumentos internacionais vinculantes ou à legislação interna dos Estados, mas que são dotados de particular autoridade, por expressarem equilibrado consenso, alcançado em representativos meios profissionais e acadêmicos, sobre as práticas jurídicas e os valores predominantes em determinados setores de atividade econômica, ainda que possam divergir das regulamentações legais constantes dos ordenamentos internos dos Estados. São, portanto, codificações especializadas, de maior ou menor amplitude, que pretendem proporcionar não só à comunidade de negócios, mas também aos operadores do direito, conjuntos de regras jurídicas “ideais”, que atendam às necessidades específicas do ramo ao qual servem e, ao mesmo tempo, transcendam as peculiaridades dos direitos nacionais e as dificuldades técnicas inerentes à ciência do conflito de leis.³⁰³ O exemplo paradigmático mais completo, consistente e bem-sucedido de *soft law* no setor de regulamentação jurídica de que aqui se cuida são os Princípios Unidroit Aplicáveis aos Contratos Internacionais do Comércio.

³⁰¹ Também objeto de vasta produção doutrinária, mencionando-se, em português, ainda a título apenas ilustrativo, GAMA, 2020; SCHILF, 2015; ABBUD, 2014; FINKELSTEIN; VITA; CASADO FILHO, 2010; GAMA JR., 2006; ARAUJO, 2004.

³⁰² No Brasil, há três precedentes judiciais, do mesmo Tribunal (TJ-RS) e do mesmo relator (Des. Umberto Guaspari Sudbrack), que aplicaram a Cisg e os Princípios Unidroit a título de *lex mercatoria* (inclusive, no que respeita à Cisg, relativamente a fatos anteriores à vigência dessa Convenção no País), por considerarem que seriam as normas jurídicas materiais mais próximas aos casos concretos, a saber: apelação cível nº 70070973771, 12ª Câmara Cível, j. 27.10.2016, p. 01.11.2016; apelação cível nº 70072362940, 12ª Câmara Cível j. 14.02.2017, p. 17.02.2017; apelação cível nº 70072090608, 12ª Câmara Cível, j. 30.03.2017, p. 04.04.2017. Para uma crítica às duas últimas decisões, por terem alegadamente empregado de forma equivocada o princípio da proximidade (no primeiro caso, porque a Cisg já seria aplicável pela operação normal da norma de conflito, que remetia à lei dinamarquesa, da qual a Cisg era parte integrante; no segundo caso, porque o princípio da proximidade teria sido invocado apenas nominalmente, sem efetiva demonstração da falta de proximidade dos fatos com o ordenamento ordinariamente competente, sendo considerada, ainda, como má técnica a aplicação da *lex mercatoria* a título de maior proximidade), vide MEINERO, 2018, p. 331-334.

³⁰³ Nesse sentido, Gary Born (2015, p. 2.761).

Pois bem. Considerando-se a hipótese de inexistência de escolha pelas partes quanto à aplicação da *lex mercatoria*, ou dos princípios gerais do comércio internacional, ou de algum instrumento de *soft law* como os Princípios Unidroit, cabe indagar em que circunstâncias seria legítimo ao árbitro internacional deixar de declarar aplicável um ordenamento jurídico nacional determinado, optando pela aplicabilidade de regras jurídicas de fonte não-estatal. A hipótese não é rara e, a rigor, foi o que se passou no precedente que é considerado o primeiro caso arbitral em que se dispensou a aplicação de um sistema de conflito de leis para determinar as regras de direito aplicáveis à solução do litígio: o caso *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company* (arbitragem *ad hoc* sentenciada em 1963).³⁰⁴ A arbitragem opôs uma empresa privada canadense a uma estatal iraniana e foi iniciada pela primeira, visando a pleitear indenização por inadimplemento de contrato de *joint venture* que tinha por objeto a exploração de concessão para a prospecção de petróleo no Irã. O contrato não continha cláusula de lei aplicável, porém a maioria dos índices de conexão, notadamente o local de cumprimento das obrigações contratuais, apontavam para a lei iraniana como a mais próxima do litígio. No entanto, o árbitro único (um magistrado suíço) afastou a aplicabilidade de quaisquer regras de conflito de leis, ao considerar existir, no contrato, referências à boa-fé (*good faith*) e à boa vontade (*good will*), e bem assim aos padrões internacionais sobre força maior, que, no seu entender, remeteriam o intérprete à consideração dos princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas³⁰⁵ (tendo o árbitro se limitado a analisar, para o fim de identificar tais princípios comuns, as tradições jurídicas da Europa continental e da *common law*). Assim, a sentença foi proferida fundamentalmente com base nos princípios *pacta sunt servanda* e *exceptio non adimpleti contractus*, considerados geralmente aceitos pela comunidade internacional e integrantes da *lex mercatoria*, assim como no direito contratual a uma indenização abrangente do *damnum emergens* e do *lucrum cessans*.³⁰⁶

³⁰⁴ Vide <http://docplayer.net/60631027-Sapphire-international-petroleum-ltd-v-national-iranian-oil-company.html>; acesso em 23.01.2019.

³⁰⁵ Os mesmos princípios gerais, considerados como fonte do direito internacional pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, foram adotados pelo tribunal arbitral que julgou o caso *Aminoil v. Coveite (Kuwait)* (1982), como parte integrante do direito coveiteano e com base nas cláusulas do contrato de concessão (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 444-445).

³⁰⁶ Interessante observar, também, que tal sentença arbitral, antiga que seja, lidou com temas de direito civil que só bastante tempo depois se tornariam moeda corrente da disciplina, tais como os conceitos de interesse contratual positivo e *perte d'une chance*.

Historicamente, importantes litígios internacionais em que a *lex mercatoria* e os princípios gerais de direito foram considerados como direito aplicável decorreram, como o caso Sapphire, de divergências no âmbito de contratos de investimento de empresas multinacionais em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento e, mais geralmente, entre sociedades empresárias privadas e Estados e/ou entidades estatais, constatação que remete à observação crítica de José Augusto Fontoura Costa (2000, p. 44-45):

Com efeito, a complexidade do mundo atual é muito maior do que a passível de ser evitada com o dogmatismo neoliberal ou com o simplismo de um direito internacional dos comerciantes que aparece subitamente... A mesma ingenuidade teórica que, no afã de justificar crenças ideológicas, mistura naturalismo, realismo e positivismo, como se seus sabores fossem compatíveis, é a que permite pensar que receitas inusitadamente singelas sirvam para preparar os elaborados pratos do capitalismo pós-industrial.

A falta de verdadeira consciência histórica e de preparo teórico é que não vem permitindo aos juristas da nova *lex mercatoria* dar um tratamento adequado à – aí, sim, efetiva – expressão do poder dos grupos dominantes no comércio internacional como fator de uniformização – em favor dos interesses desses grupos – das regras do jogo. A conformação do novo direito internacional dos comerciantes não pode ser devidamente tratada com base em noções clássicas de sistema normativo. É importante notar as reestruturações do sistema de aplicação jurídica, o que inclui o nascimento de uma nova burocracia privada internacional, e suas relações com outros grupos de interesses.

Há, portanto, uniformização nos campos para onde se expandem os poderes de entidades privadas. São os operadores do comércio e os operadores da nova burocracia privada internacional os efetivos agentes da uniformização por meio da nova *lex mercatoria*. É de lembrar sempre, porém, que há disputa pela regulamentação dos mesmos espaços, tanto por parte dos Estados quanto de outros entes privados – sensíveis à oligopolização do comércio internacional.

Não obstante, exemplos de aplicação da *lex mercatoria* são também encontráveis em casos estritamente privados, em que as partes não foram capazes de escolher consensualmente uma lei estatal para a regência de sua relação contratual. Nesses casos, um raciocínio comum é o de que o motivo de não terem as partes alcançado o consenso sobre a lei aplicável teria sido a recusa, de lado a lado, a adotar a lei nacional da parte oposta, sem que as partes tenham logrado acordar a regência do contrato por alguma lei “neutra”.

Como observa Hermes Marcelo Huck (2012 [1984], p. 440), em princípio nenhum ordenamento jurídico é bom ou ruim em si mesmo, todos podendo ser bons. O que incomoda as partes, quanto à adoção de uma lei aplicável que não seja a sua ou com a qual não esteja familiarizada,³⁰⁷ e menos ainda da lei que corresponda à nacionalidade da parte contrária, é o receio de idiosincrasias e peculiaridades ocultas e desconhecidas, de sua eventual inadequação para reger especificamente contratos internacionais, por oposição a contratos internos que são normalmente o modelo visado pelo legislador, além da percepção da concessão de uma suposta vantagem à parte contrária, ao se concordar com que prevaleça a correspondente lei nacional.³⁰⁸ Daí a sedução do conceito de *lex mercatoria*, como uma mítica regulação espontânea supranacional e transnacional (ou seja, que simultaneamente *perpassa* e *transpassa* os Estados), que incorporaria o que alegadamente haveria de melhor nos diversos ordenamentos jurídicos, principalmente do ponto de vista principiológico, adequando tal conteúdo normativo material às específicas necessidades do comércio internacional, em conformidade com a experiência prática de seus operadores. Como observou uma sentença arbitral CCI:

A aplicação de *standards* internacionais [obtidos a partir da *lex mercatoria*] oferece muitas vantagens. Eles se aplicam uniformemente e não são dependentes das peculiaridades de qualquer lei nacional em particular. Eles levam devidamente em conta as necessidades do intercâmbio internacional e permitem uma fertilização cruzada entre sistemas que podem estar indevidamente presos a distinções conceituais e aqueles que perseguem a resolução justa e pragmática do caso concreto.³⁰⁹

³⁰⁷ Segundo severa crítica de Alexander Bělohávek (2010, p. 33), “a tendência dos tribunais internacionais a aplicar tais *standards* pouco claros é frequentemente irresponsável, distante da realidade contemporânea dos negócios e das finanças, e com frequência (receia o autor) provocadas pela relutância de alguns árbitros em se familiarizar com outros sistemas jurídicos além daqueles que eles já conhecem” (“[t]he tendencies of international tribunals to apply such unclear standards are often irresponsible, far removed from contemporary business and financial reality, and often (the author fears) caused by the reluctance of some arbitrators to acquaint themselves with legal systems other than those already familiar to the particular arbitrator”).

³⁰⁸ Nesse sentido, vide LEW, 1977, p. 197, opinando que essa tendência seja “talvez sem fundamento”. Tal percepção ajuda a explicar por que, até hoje, o Regulamento de Arbitragem da CCI prevê que, quando cabe à entidade nomear árbitro único ou o presidente do tribunal arbitral, a escolha deve recair sobre árbitro de nacionalidade distinta daquela das partes (artigo 13, alínea 5, do Regulamento de 01.01.2021).

³⁰⁹ “Application of international standards [delivered from a *lex mercatoria*] offers many advantages. They apply uniformly and are not dependent on the peculiarities of any particular national law. They take due account of the needs of international intercourse and permit cross-fertilization between systems that may be unduly wedded to conceptual distinctions and those that look for a pragmatic and fair resolution in the individual case” (citação do caso CCI nº 8.385, referido por BORN, 2015, p. 2.761, e também por KOTUBY; SOBOTA, 2017, p. 36).

Ao mesmo tempo em que tal atitude perante a *lex mercatoria* enaltece suas qualidades, também deixa entrever a hierarquização dos ordenamentos jurídicos, privilegiando aqueles considerados mais avançados na regulação do comércio internacional.³¹⁰ Assim, o recurso à *lex mercatoria* seria uma estratégia para a regulação mais justa e adequada de relações jurídicas internacionais,³¹¹ nos casos (minoritários) em que não ocorra a escolha contratual de um ordenamento jurídico “avançado” como lei de regência,³¹²⁻³¹³ em conformidade com a visão hegemônica subjetiva dos próprios advogados e árbitros oriundos dos países que se consideram juridicamente mais avançados. Gary Born, no trecho a seguir transcrito (2015, p. 2.763), exemplifica essa visão:

[A] melhor perspectiva é a de que a *lex mercatoria* refere-se às expectativas presumíveis das partes que se engajam em operações comerciais internacionais. Atores comerciais racionais, operando em boa-fé, presumivelmente desejam poder recorrer a um regime comercial internacional neutro e justo para resolver seus litígios. (...)

³¹⁰ Sustentam Fouchard, Gaillard e Goldman (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 816) que, para que um princípio seja considerado “geral”, não seria necessário que fosse consagrado em todos os ordenamentos jurídicos, pois tal exigência equivaleria a atribuir um “poder de veto” a sistemas jurídicos que adotem um entendimento isolado sobre determinada questão de direito. Defendem tais juristas que “o objetivo [da *lex mercatoria*, na vertente dos princípios gerais,] é precisamente encontrar tendências geralmente aceitas, em lugar de escolher, frequentemente de forma algo aleatória, um sistema jurídico específico para solucionar as disputas” (“the goal is precisely to find a generally accepted tendency rather than to select, often somewhat randomly, a particular legal system to govern disputes”).

³¹¹ Para uma defesa eloquente da capacidade dos árbitros de identificar princípios gerais do direito comercial internacional e da adequação do uso de critérios transnacionais e não-estatais na solução dos litígios comerciais internacionais, vide ALLSOP, 2018 – transcrição de conferência proferida pelo *Chief Justice* da Suprema Corte da Austrália no âmbito dos trabalhos do Chartered Institute of Arbitrators.

³¹² As estatísticas da CCI deixam claro que a escolha de leis nacionais – e leis nacionais de países desenvolvidos, sobretudo Inglaterra, EUA (Estado de Nova Iorque principalmente), Suíça e França – é amplamente majoritária nos contratos internacionais submetidos à arbitragem internacional segundo o regulamento da entidade (87% em 2018). Porém, observe-se que países considerados periféricos no sistema político-econômico global, porém com relevante poder de barganha em razão da pujança de suas economias, como Brasil e México, também figuram em posição significativa na lista de leis nacionais mais escolhidas pelas partes, logo depois dos países desenvolvidos acima mencionados. V. nota 104 *supra*.

³¹³ Como observa Alexander Bělohávek (2010, p. 38), “a prática efetiva frequentemente busca um grau de certeza significativamente mais elevado [do que o proporcionado pela *lex mercatoria* e pela *soft law*] expresso pela aplicação de normas vinculantes usualmente validadas por extensa prática, grandes acervos de jurisprudência e a busca de um alto nível de previsibilidade” (“[a]ctual practice often seeks a significantly higher degree of certainty expressed through the application of binding rules often supported by extensive practice, large bodies of case law, and the pursuit of a high degree of predictability”).

Na sua maior parte, essas expectativas das contrapartes comerciais já são adequadamente capturadas por sistemas jurídicos nacionais desenvolvidos. Dito isto, um nome teórico – *lex mercatoria* – tem um certo apelo de marketing, tanto para seus proponentes como para seus críticos, mas tem limitado valor substancial. O que a rubrica “*lex mercatoria*” logra alcançar de forma útil é apenas sublinhar a importância de expectativas internacionalmente neutras e dos usos do comércio – com prioridade a normas e práticas puramente internas – na resolução de disputas comerciais internacionais.³¹⁴

Diferentemente da *lex mercatoria*, os instrumentos de direito uniforme no formato de *soft law* vão além do campo dos brocardos jurídicos e dos princípios dotados de generalidade, estabelecendo efetivas regulamentações de direito privado, visando a alcançar abrangência e sistematicidade que, se não os tornam imunes a lacunas, ao menos lhes dão os contornos formais de efetivas fontes de direito objetivo, análogas a leis ou códigos. Ademais, no que respeita ao comércio internacional, tais instrumentos têm a preocupação de refletir as práticas prevalecentes de forma neutra, deixando de incorporar peculiaridades legais que não sejam objeto de amplo consenso, de forma coerente com os princípios gerais que informam a disciplina específica dessa área do direito. Essas características da *soft law* foram consideradas um diferencial relevante, por exemplo, pelos Princípios da Haia, ao estabelecerem os seguintes critérios para a definição do conceito de “regras de direito” não-estatais potencialmente aplicáveis por escolha das partes:

Artigo 3º. Regras de direito.

A escolha do direito pelas partes pode recair sobre regras de direito que sejam geralmente aceitas, em nível internacional, supranacional ou regional, como um conjunto de regras neutro e equilibrado, a não ser que a lei do foro disponha diferentemente.³¹⁵

³¹⁴ “Rather, the better view is that *lex mercatoria* refers to the presumptive expectations of parties who enter into international commercial transactions. Rational commercial actors, operating in good faith, presumptively desire to have recourse to a neutral, fair and international commercial regime to resolve their disputes. (...)”

For the most part, these expectations of commercial parties are already largely captured by developed national legal systems. Given this, a doctrinal name – *lex mercatoria* – has a certain marketing cachet, for both proponents and critics, but it has limited substantive value. What the ‘*lex mercatoria*’ rubric usefully accomplishes is merely to underscore the importance of internationally-neutral expectations and trade usages – rather than purely domestic rules or practices – in resolving international commercial disputes”.

³¹⁵ “Article 3 - Rules of law. The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise”.

Em seus comentários oficiais,³¹⁶ a Conferência da Haia ressalta que as palavras “conjunto” (*set*), “neutro” (*neutral*) e “equilibrado” (*balanced*) expressam três requisitos cumulativos. Primeiro, que se trate de mais do que um apanhado de algumas poucas regras ou princípios, mas um conjunto normativo coerente e abrangente, “de modo a permitir a resolução de problemas contratuais comuns em um contexto internacional”.³¹⁷ Segundo, que o conjunto de regras tenha origem em um “organismo reconhecido como neutro e imparcial, isto é, que represente perspectivas jurídicas, políticas e econômicas diversificadas”.³¹⁸ E, por fim, que tais regras pressuponham um poder de barganha equilibrado dos participantes dos negócios internacionais, não podendo incorporar viés protetivo a nenhum deles, em razão, por exemplo, de seu setor de atividade ou origem regional. Nota-se claramente que o dispositivo dos Princípios da Haia acima transcrito foi concebido sob medida – o que de modo algum é criticável –, para contemplar a hipótese de escolha voluntária de submissão das partes à Cisg (*opt-in*) ou aos Princípios Unidroit.

São essas mesmas características dos Princípios Unidroit e da própria Cisg (quando não se tratar de lei vigente, por não ter sido ratificada pelos Estados envolvidos na operação internacional específica), que, ausente a escolha pelas partes, justificariam (parcialmente) sua eventual aplicação por determinação autônoma do tribunal arbitral, nos casos em que não se mostrar preferível a aplicação de um ordenamento jurídico nacional.

Naturalmente, uma tal escolha pelo árbitro não deve decorrer de uma hipotética condição de “mandatário” das partes – coisa que ele não é, como visto acima – mas, sim, da existência de indicações no contrato ou na conduta das partes, durante a respectiva negociação ou execução, que sugiram a intenção – ou ao menos a consideração da possibilidade – de submissão a um contexto normativo internacional e supranacional. Essas circunstâncias justificariam a aplicação de instrumentos de *soft law* não só em razão de sua maior adequação ao negócio internacional, em linha

³¹⁶ Disponíveis em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=135>; acesso em 27.06.2022.

³¹⁷ “...such as to allow for the resolution of common contract problems in the international context”.

³¹⁸ “...recognised as a neutral, impartial body, that is, one that represents diverse legal, political and economic perspectives”.

com o *better law approach*, mas até mesmo por uma compreensão ampliada do princípio da proximidade, afastando-se o conceito mais restrito de proximidade territorial entre a situação fática e o ordenamento jurídico potencialmente aplicável, identificada pelo funcionamento normal dos elementos de conexão.

Essas abordagens, tanto a título de maior proximidade como de maior adequação, em uma perspectiva pragmática,³¹⁹ são preconizadas pelo Guia Relativo ao Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais nas Américas, publicado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA,³²⁰ em que se sugere a aplicação da Convenção do México de 1994 também pelos árbitros internacionais, no que se refere ao direito não-estatal.

Com efeito, dispõe a Convenção do México de 1994, sobre o tema, o seguinte:

Artigo 9º, 2ª alínea, *in fine*:

Levar-se-ão também em conta [para determinar o direito com que o contrato mantém os vínculos mais estreitos] os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais.

Artigo 10:

Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.

³¹⁹ O raciocínio baseado em proximidade e adequação também pode ser usado para justificar o recurso a elementos da *lex mercatoria*, como, por exemplo, no caso *Aramco*, em que o tribunal arbitral, “apoiando-se em considerações objetivas”, determinou que “o direito de regência deve coincidir com o meio econômico onde a operação deve ser conduzida” (“[r]elying on objective considerations the Tribunal believes that the governing law should coincide with the economic milieu where the operation is to be carried out”), motivo pelo qual decidiu aplicar à porção do litígio não sujeita à lei da Arábia Saudita (conforme *dépeçage* determinado pelas próprias partes contratantes) o “costume e a prática prevalecentes no mercado internacional de petróleo e o direito internacional público” (“the custom and practice prevailing in the international oil business and public international law” (LEW, 1977, p. 226; vide também DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 449). No caso *Liamco v. Líbia*, o árbitro único (libanês) aplicou o direito líbio, naquilo que fosse consistente com o direito internacional e, subsidiariamente, os princípios gerais de direito, tendo sido esses últimos, “tal como aplicados por tribunais internacionais”, decisivos para a quantificação do dano emergente e lucros cessantes devidos ao requerente em razão de desapropriação sem adequada compensação, por ato do governo líbio (vide DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 448-454; GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 815).

³²⁰ COMISSÃO JURÍDICA INTERAMERICANA, 2020, p. 182.

Levando em consideração tais dispositivos convencionais, o aludido Guia editado pela OEA observa o seguinte:

386. No entanto, se aplicarmos as disposições da Convenção da Cidade do México por meio de uma interpretação liberal, a conexão mais estreita talvez não conduza necessariamente ao Direito interno, mas à *lex mercatoria* ou a outras formas de Direito não estatal. A aplicação de instrumentos de Direito uniforme, tais como os Princípios UNIDROIT, pode ser preferível à abordagem conflitual, cujas complexidades já foram destacadas anteriormente.

387. A aplicação de Direito não estatal em vez do Direito interno pode ser útil em vários cenários. Por exemplo, é possível que o Direito local potencialmente aplicável não ofereça uma solução viável para resolver a questão. Exemplos seriam os juros devidos em um empréstimo, o que frequentemente não é tratado no Direito islâmico.³²¹ Outro exemplo pode ser a ausência de um marco jurídico para contratos celebrados *online*. Algumas vezes, o Direito das partes fornece soluções opostas e a utilização apenas das normas conflituais não determina um resultado. Em tais casos, a aplicação do Direito não estatal oferece um método neutro para a solução da disputa, sem ferir a sensibilidade do eventual “perdedor”. De igual forma, se o Direito das duas partes ou do Estado com o qual o contrato é conectado e o Direito não estatal contiverem uma solução idêntica, o julgador pode recorrer diretamente ao Direito não estatal, sem ter que declarar um “vencedor”. Ocasionalmente, uma abordagem que conduza à escolha do Direito interno poderia ser considerada insatisfatória por um tribunal arbitral porque implicaria a aplicação de um Direito interno, concebido para o comércio interno, em um negócio internacional.

Naturalmente, considerando a ampla liberdade com que contam os árbitros nas hipóteses em que lhes couber a determinação do direito aplicável, notadamente pelo método da *voie directe*,³²² é necessário identificar as situações que tornariam desejável recorrer a princípios gerais do direito do comércio internacional ou a instrumentos de *soft law*, ou ainda a usos e costumes de um determinado setor econômico, em lugar de um ordenamento jurídico determinado.³²³ Os critérios para

³²¹ Apenas a título de esclarecimento, note-se que o artigo 27 da Convenção do México de 1994 permite a adesão por quaisquer Estados, não apenas os integrantes da OEA.

³²² Sem necessariamente se descartar que a aplicação da *lex mercatoria* ou de instrumentos de *soft law* também seja cabível em casos regidos pelo princípio da maior proximidade. Já quanto a situações em que o árbitro deva necessariamente valer-se do método conflitual (*voie indirecte*), a aplicabilidade de normas não-estatais não escolhidas pelas partes seria mais duvidosa, pois torna-se necessário que a norma conflitual considerada apropriada pelo árbitro faculte a este, por iniciativa própria, a aplicação de regras de direito distintas de um ordenamento jurídico estatal.

³²³ Observe-se que os usos e costumes prevaletentes em determinado ramo de negócios são sempre relevantes para a resolução de lides comerciais, ainda que não tenham sido expressamente referidos pelas partes ou previstos no regulamento institucional aplicável. Os usos e costumes são uma fonte do direito especialmente qualificada no direito comercial (interno e internacional), servindo não só ao suprimento de lacunas legais e contratuais, mas também como importante ferramenta de interpretação. Por isso mesmo, diversas leis e regulamentos arbitrais preveem que necessariamente deverão ser

tanto devem girar em torno dos conceitos de proximidade e submissão voluntária das partes, sob a perspectiva conflitual, e de maior adequação para a concreta regulação do negócio jurídico, do ponto de vista material.

No que respeita à liberdade do árbitro para a escolha da lei considerada mais adaptada ou adequada aos negócios internacionais, Philippe Fouchard, grande defensor da *lex mercatoria*, assim exemplificou casos de aplicação de tal critério (2007 [1982], p. 318-319):

É também o conteúdo dessas regras que pode ser apropriado à espécie. Não, como se receou, à solução concreta do litígio, porque isso seria destruir o famoso silogismo que caracteriza todo ato jurisdicional, e que supõe que a regra de direito seja individualizada antes de sua aplicação aos fatos litigiosos. Mas o árbitro poderá julgar que determinadas regras são particularmente adaptadas à situação litigiosa, por exemplo que certa legislação nacional, mais moderna, é mais conveniente que o direito civil francês da venda e do contrato de empreitada para interpretar um contrato *turn-key* de fornecimento de uma usina, ou que os princípios da *common law* são os mais aptos a regular os problemas postos por um *trust* ou por um contrato redigido por advogados anglo-saxões, etc.³²⁴

Ocorre que, assim como se passa com os ordenamentos jurídicos estatais, não basta à aplicabilidade dos instrumentos anacionais e transnacionais de *soft law* e aos princípios gerais da *lex mercatoria* que se demonstre sua adequação material quanto à regulação do tema controvertido. Para que se possa cogitar de sua aplicação por iniciativa do árbitro, sem que tenham sido previamente escolhidos pelas partes, é necessária, também, a efetiva demonstração de estreita proximidade em relação ao contrato e às partes, bem como sua coerência com as legítimas expectativas destas.

Ou seja, o árbitro pode aplicar regras de direito da *lex mercatoria* quando identificar, seja nas cláusulas contratuais, seja no comportamento das partes, seja

levados em conta pelo julgador (vide exemplos nas notas 75, 77, 79 e 81 *supra*; vide ainda, sobre o tema, FERRAZ, 2016).

³²⁴ “C’est aussi le contenu de ces règles qui peut être approprié à l’espèce. Non pas, comme on l’a craint, à la solution concrète du litige, car ce serait détruire le fameux syllogisme qui caractérise tout acte juridictionnel, et qui suppose que la règle de droit soit dégagée avant son application aux faits litigieux. Mais l’arbitre pourra juger que telles règles sont particulièrement adaptées à la situation litigieuse, par exemple que telle législation nationale, plus moderne, convient mieux que le droit civil français de la vente et du contrat d’entreprise pour interpréter un contrat de fourniture d’usine clé en main, ou que les principes de la *common law* sont les plus aptes à régler les problèmes posés par un *trust*, ou par un contrat rédigé par des juristes anglo-saxons, etc.”

ainda nas circunstâncias da causa como um todo, evidências de que tal possibilidade foi desejada pelas próprias partes, ou ao menos por elas cogitada como plausível em algum momento do seu relacionamento contratual, e que tal não constituiria, para elas, surpresa e violação ao princípio da confiança. Tal situação bastante especial e excepcional poderá se configurar, sobretudo, quando se tratar de uma relação contratual entre uma pessoa de direito público e um contratante privado, em que não se previu – normalmente por exigência da parte privada – a regência do contrato pela própria lei nacional da pessoa de direito público envolvida.³²⁵

Não se confunde tal hipótese com a solução do litígio por equidade, pois esta não diz respeito, absolutamente, à aplicação de princípios gerais do direito do comércio internacional, nem tampouco de conjuntos de regras neutros e equilibrados originados do labor de entidades internacionais, que constituem, ambos, direito em sentido estrito, ainda que de fonte não-estatal, não se equiparando à decisão mediante o temperamento e modulação equânime das soluções de direito estrito aplicáveis ao caso concreto ou à aplicação de critérios extrajurídicos originados do sentimento de justiça do julgador – estas, sim, autênticas decisões por equidade.

De todo modo, cabe concluir o presente subcapítulo com a observação de que a *lex mercatoria*, apesar de toda a persistente polêmica e oposição que a cercam desde sua – por assim dizer – “criação” nos anos 1960, ganhou maior concretude e densidade, bem como legitimidade, mediante a intensa atividade das entidades internacionais, públicas e privadas, dedicadas ao estudo e desenvolvimento do direito do comércio internacional, destacadamente o Unidroit, a Uncitral e a CCI. Na

³²⁵ Como se sabe, tal situação, no Brasil, é extremamente improvável, pois são regidos ordinariamente pelo direito brasileiro todos os contratos administrativos envolvendo entes da administração pública direta ou indireta nacional. Tal regra geral, entretanto, comporta exceções pontuais, como por exemplo nos acordos de direito internacional público de que o Estado brasileiro seja parte, em que se pode aplicar o direito internacional em sentido amplo, incluindo-se entre suas fontes os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Historicamente, no que respeita aos contratos de dívida externa de que foi parte o Estado brasileiro ou o Banco Central do Brasil nos anos 70 e 80 do século passado, era legalmente autorizada a aceitação das “cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos”, conforme dispõe o artigo 11 do Decreto-lei nº 1.312/1974 (sobre o tema, vide NUSDEO, 1993, e FRANCO FILHO, 1992). Internacionalmente, sabe-se que há diversos precedentes relativos a litígios entre entidades estatais e empresas privadas em que foram aplicados os princípios da *lex mercatoria*, isoladamente ou em conjunto com leis estatais, como, por exemplo, nos casos da indústria do petróleo referidos na nota 319 *supra*.

atualidade, os Princípios Unidroit atinentes aos contratos internacionais são, efetivamente, o mais forte candidato ao reconhecimento consensual, em âmbito global, quanto à sua condição de conjunto neutro e equilibrado de regras de direito sistematicamente organizadas e aptas a prover um microssistema de fonte não-estatal para o adequado regramento dos negócios internacionais, oferecendo, assim, uma alternativa viável de direito material uniforme para a superação das dificuldades inerentes ao conflito de leis.

4.5 Restrições à liberdade das partes e dos árbitros: normas de aplicação imediata e ordem pública.

As normas de aplicação imediata, também conhecidas como normas de aplicação necessária, ou leis internacionalmente imperativas, ou ainda *lois de police*, e o princípio da ordem pública são institutos típicos do direito internacional privado, cuja aplicação e relevância no âmbito da arbitragem comercial internacional adquirem contornos próprios e peculiares.

Por normas de aplicação imediata se entendem as regras de direito material dotadas de especial intensidade valorativa, que autodelimitam o seu âmbito espacial de aplicação, dispensando, em relações jurídicas internacionais, a prévia incidência de regras de conflito de leis.³²⁶ Daí serem chamadas “imediatas”, termo que se refere à ausência de mediação pela regra conflitual, e “necessárias”, porque sua importância normativa demonstra por si a respectiva “vontade” de aplicação. Usualmente, a técnica das normas de aplicação imediata é empregada pelo legislador em áreas do direito onde existe um interesse do Estado em regular determinadas relações de forma estrita e dirigida, mais frequentemente em matéria econômica ou assuntos de interesse público e social. Ao se deparar com uma norma de aplicação imediata, o juiz do ordenamento jurídico que editou tal norma deve reconhecê-la como tal e aplicá-la de acordo com a autodelimitação por ela efetuada, sem recorrer ao sistema conflitual que de outra forma seria aplicável.³²⁷

³²⁶ Uma obra de referência sobre o tema é a de António Marques dos Santos (1991).

³²⁷ Já na década de 1970, Haroldo Valladão falava de “normas internas, espacialmente condicionadas, determinando a aplicação duma lei material interna a fatos ocorridos no interior ou no exterior, para todos, equivalente a textos sobre condição dos estrangeiros ou declaratórios da ordem pública, *in casu*”,

Para citar alguns exemplos, caso a disputa submetida à competência do Poder Judiciário brasileiro seja internacional (isto é, apresente elementos de estraneidade que a vinculem a mais de um ordenamento jurídico) e diga respeito a fatos ou relações jurídicas para cuja regulação tenham relevância a lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011), ou o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90), ou a legislação do trabalho,³²⁸ ou a lei de franquias (Lei nº 13.966/2019), ou a lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), entre muitas outras, o juiz nacional não recorrerá à LINDB para determinar a lei aplicável. De forma imediata e necessária, observará o disposto, respectivamente, no artigo 2º da Lei nº 12.529/2011,³²⁹ ou no artigo 1º da Lei nº 8.078/90,³³⁰ ou no artigo 1º da Lei nº 7.064/82,³³¹ ou no artigo 7º da Lei nº

ressaltando serem mais comuns “no direito comercial, cambiário, industrial (patentes e marcas), trabalhista, processual, penal e afinal administrativo, fiscal, internacional” (VALLADÃO, 1977, p. 291).

³²⁸ Sobre a especial relevância das normas de aplicação imediata e da ordem pública na arbitragem trabalhista internacional, vide GUEDES, 2021, que adota uma abordagem sofisticada e propositiva, visando à análise da viabilidade da construção de uma *lex laboralis*, como setor especializado da *lex mercatoria* adequado às características das relações de trabalho transnacionais, com base em uma ordem pública transnacional, cujos padrões de regulação material e proteção do trabalhador podem, eventualmente, se revelar até mesmo superiores aos prevalecentes nos ordenamentos jurídicos internos.

³²⁹ “Art. 2º. Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. § 1º. Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. § 2º. A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil”.

³³⁰ “Art. 1º. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

³³¹ “Art. 1º. Esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior”.

13.966/2019,³³² ou ainda nos artigos 1º e 5º da Lei nº 12.846/2013,³³³ para identificar se a situação litigiosa se enquadra ou não no âmbito de aplicação mandatória das aludidas Leis. Caso conclua positivamente, estará concluída a cognição do problema de direito internacional privado (solução do conflito de leis) e o juiz dará a devida aplicação, no que for cabível, à legislação nacional promotora de valores caros ao ordenamento.

Para identificar o caráter internacionalmente imperativo de uma norma de aplicação imediata, caso a respectiva autodelimitação espacial não decorra diretamente de seu texto (o que é o caso, por exemplo, da Lei nº 12.529/2011, mas não do CDC),³³⁴ deve o intérprete analisar a eventual cogência qualificada de que se reveste a lei, a natureza do bem jurídico a que visa tutelar, o caráter constitucional ou não da proteção que o ordenamento jurídico confere a tal bem, a relevância da específica lei para a promoção de valores e objetivos inerentes ao ordenamento

³³² “Art. 7º. Os contratos de franquia obedecerão às seguintes condições: I - os que produzirem efeitos exclusivamente no território nacional serão escritos em língua portuguesa e regidos pela legislação brasileira; II - os contratos de franquia internacional serão escritos originalmente em língua portuguesa ou terão tradução certificada para a língua portuguesa custeada pelo franqueador, e os contratantes poderão optar, no contrato, pelo foro de um de seus países de domicílio. § 1º. As partes poderão eleger juízo arbitral para solução de controvérsias relacionadas ao contrato de franquia. § 2º. Para os fins desta Lei, entende-se como contrato internacional de franquia aquele que, pelos atos concernentes à sua conclusão ou execução, à situação das partes quanto a nacionalidade ou domicílio, ou à localização de seu objeto, tem liames com mais de um sistema jurídico. § 3º. Caso expresse o foro de opção no contrato internacional de franquia, as partes deverão constituir e manter representante legal ou procurador devidamente qualificado e domiciliado no país do foro definido, com poderes para representá-las administrativa e judicialmente, inclusive para receber citações”.

³³³ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”.

“Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (...)”.

³³⁴ A autodelimitação espacial do âmbito de aplicação de leis que incluem situações com elementos de estraneidade tem-se tornado relativamente comum na legislação brasileira, do que são exemplos o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014, artigo 11, *caput* e § 2º), a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018, artigos 3º e 4º, inciso IV) e a Lei de Recuperações Judiciais e Falências, após as alterações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020, que, entre outras mudanças, inseriu na Lei nº 11.101/2005 o Capítulo VI-A, que trata da insolvência internacional.

jurídico e o eventual escopo legal de proteção a vulneráveis, promoção dos direitos humanos e tutela de direitos e garantias fundamentais.³³⁵

No caso do CDC, aqui mencionado a título ilustrativo, verifica-se que a análise empreendida em conformidade com os critérios acima expostos leva à conclusão de que as suas disposições são estritamente mandatárias, não admitindo derrogação por disposições particulares da autonomia privada das partes. De fato, a lei se qualifica como “de ordem pública e interesse social” e visa à “proteção e defesa do consumidor” (CDC, artigo 1º), parte especialmente vulnerável nas relações de consumo. Os bens jurídicos tutelados – equidade contratual, segurança, saúde e incolumidade do consumidor, acesso à justiça, entre outros – têm *status* de direito e garantia fundamental (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXII). Vê-se claramente que o CDC expressa e concretiza valores especialmente caros ao ordenamento jurídico, o que o qualifica como lei internacionalmente imperativa em qualquer litígio sujeito à jurisdição brasileira e que apresente conexão suficiente com o foro, impondo-se sua aplicação pelo juiz nacional independentemente da prévia constatação da ocorrência da conexão abstratamente prevista no direito conflitual do foro para o conceito-quadro relevante (obrigações contratuais).³³⁶ Assim, em litígio submetido ao juiz estatal nacional, o referido Código será aplicável, de forma mandatária, aos atos e fatos ocorridos no território brasileiro ou que nele produzam efeitos, ainda que as partes

³³⁵ Observa Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2013, p. 69) que “[o] modo de atuação contemporânea das normas de aplicação imediata nos diversos sistemas nacionais de Direito Internacional Privado tem variado conforme os objetivos que se visa atingir, mas, de uma maneira geral, é sempre possível perceber que o mecanismo presta-se, especialmente, para a vinculação material ou substancial de determinada questão a determinado sistema jurídico, grandemente o do foro. E tal modo de proceder justifica-se, normalmente, por razões de salvaguarda dos valores ali vigentes”. Daí se tratar, necessariamente, de fenômeno pontual, respeitante às “exigências da coletividade e [à] garantia da] segurança e a estabilidade sociais” (id., 71) não podendo se expandir para abranger todas as normas de um ordenamento jurídico – ou sequer a maior parte delas –, sob pena “de se verificar um exacerbado nacionalismo” (id., p. 70).

³³⁶ Recorrendo inclusive à análise de outros dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, Claudia Lima Marques (2004, p. 719) entende que “[t]odos esses artigos [1º, 2º, 3º, 17 e 29 do CDC] bem denotam a ‘vontade’ do Código de Defesa do Consumidor em aplicar-se também a casos de consumo internacional ocorridos no mercado brasileiro ou com os consumidores que protege, [parecendo-me], pois, em uma primeira análise, tratar-se de uma lei de aplicação imediata”, definindo a autora a aplicação dessa espécie de leis como “técnica de regulação direta do Direito Internacional Privado, de identificar algumas leis ou normas internas, que por sua importância e íntimo contato com os interesses governamentais ou a ordem pública de um país, devem ser seguidas por todos e em todas as relações privadas com contatos fortes com aquele país, [e] aplicam-se imediatamente para nacionais e estrangeiros e para todas as relações privadas, sem necessidade de antes passar pelo método de DIPr de indicação de uma lei aplicável”.

tenham escolhido lei diversa para a regência de seu contrato, ou que a atuação ordinária da regra de conflitos geral (no caso, o artigo 9º da LINDB) remeta à competência da lei estrangeira.³³⁷

Por sua vez, no que respeita à ordem pública no direito internacional privado, tal princípio funciona como mecanismo de proteção da integridade axiológica do ordenamento jurídico do foro, ante a possibilidade de aplicação de normas jurídicas estrangeiras, ou de reconhecimento de situações jurídicas concluídas no exterior, ou ainda da homologação e execução de decisões judiciais ou arbitrais estrangeiras, cujos resultados se mostrem incompatíveis com valores fundamentais do foro.³³⁸

Na perspectiva do juiz nacional encarregado de julgar um litígio pluriconectado, a regra de conflito de leis aplicável pode remeter, ordinariamente, à competência da lei brasileira ou de alguma lei estrangeira. Na aplicação concreta da lei estrangeira considerada competente para a regência do fato litigioso, o resultado decorrente de tal aplicação deverá ser perscrutado quanto à sua compatibilidade com os valores fundamentais que dão coerência ao ordenamento jurídico do foro. Não se preocupará o julgador com meras *diferenças* de regulação em si, porque essas são normais e esperadas no jogo das regras de conflito – sendo até mesmo sua razão de existir, porque, fossem todas as leis iguais, o direito conflitual seria dispensável. No entanto, caso o resultado da aplicação do direito estrangeiro à espécie litigiosa se revele

³³⁷ Observa, nesse sentido, Paulo Borba Casella (1996, p. 102-103), referindo-se às áreas de regulação jurídica em que surge o interesse do legislador em intervir nos mercados e estabelecer restrições à liberdade natural dos agentes econômicos: “ênfatisa-se a intervenção crescente do Estado em matéria de contratos, onde o dirigismo econômico e social faz recuar inexoravelmente a liberdade contratual: como recusar a determinada legislação a aplicabilidade por esta pretendida a título imperativo, não obstante a ocorrência de designação pelas partes da lei destinada a reger suas relações contratuais, em consonância com as técnicas consolidadas dos conflitos de leis?”. Vide também RECHSTEINER, 2001, p. 95-96, e KASSIR, 2019, p. 137, este acertadamente ponderando que “[m]esmo os países mais capitalistas, aderentes fervorosos ao princípio do liberalismo econômico, contam frequentemente com legislações imperativas sofisticadas que regulam estritamente os contratos. O direito americano mesmo é particularmente revelador nesse aspecto, tal como os direitos ocidentais em geral” (“[m]ême les pays les plus capitalistes, adhérents fervents au principe du libéralisme économique, ont souvent des législations impératives sophistiquées régulant strictement les contrats. Le droit américain lui-même est particulièrement révélateur à ce niveau, tout comme les droits occidentaux en général”).

³³⁸ Na doutrina de Haroldo Valladão (1977, p. 293), registra-se que “[a]s regras de DIP, de escolha da lei aplicável ou do reconhecimento de direitos adquiridos por uma lei estranha subordinam-se, sempre, a uma cláusula geral de limite, à reserva dos princípios de ordem pública, estabelecidos com rigor pelas leis e sobretudo pela jurisprudência de cada Estado, representando a válvula de segurança contra leis e efeitos de atos ou sentenças doutro país, incompatíveis com leis fundamentais do foro (chamada de ordem pública internacional ou de ordem pública do DIP)”.

gravemente violador do sentimento de juridicidade prevalecente no foro, o juiz nacional afastará a aplicação ordinária da lei estrangeira normalmente aplicável e procurará outra solução para corrigir o resultado indesejado, seja recorrendo ao próprio sistema da *lex causæ*, seja aplicando outra lei, como a *lex fori*.³³⁹

Da mesma forma, quando exercida a autonomia da vontade das partes mediante a escolha das regras de direito aplicáveis à sua relação jurídica – inclusive com a eleição de princípios gerais do direito, usos e costumes e regras internacionais do comércio –,³⁴⁰ deve o juiz realizar a mesma análise, à luz do princípio da ordem pública, pertinente à hipótese de remissão à lei estrangeira pela incidência da norma conflitual do foro. A ordem pública internacional (ou seja, a ordem pública atuante no domínio do direito internacional privado, que é *nacional* quanto à sua origem e conteúdo e *internacional* quanto ao seu propósito e efeitos, distinguindo-se da ordem pública puramente interna do direito civil)³⁴¹ estabelece, assim, restrições e limites à aplicação da lei ou das regras de direito escolhidas pelas partes, se violadoras dos valores, princípios e garantias fundamentais do ordenamento jurídico do foro em grau que seja considerado intolerável.

Na arbitragem comercial internacional, a análise do árbitro se passa de forma análoga, porém distinta. Como o árbitro internacional não tem foro, a atuação dos conceitos internacional-privatistas de que ora se cuida se dá por mecanismo diferente do prevalecente perante o juiz estatal. Ainda assim, a consideração das normas de aplicação imediata e do princípio da ordem pública será relevante tanto na hipótese de existência de escolha da lei aplicável pelas partes, como na hipótese de

³³⁹ Rejeita Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2013, p. 77) a aplicação automática da *lex fori* como alternativa à lei estrangeira afastada pela incidência da exceção de ordem pública, recomendando ao julgador (subordinado ao direito internacional privado brasileiro) que, em vista da falta de conexões alternativas no DIPr nacional, “[busque], no restante ordenamento da *lex causæ*, outra forma de solucionar legitimamente a questão que demanda intervenção do órgão jurisdicional do foro”.

³⁴⁰ BARROS, 2017, p. 134.

³⁴¹ E que, justamente por dela se distinguir, obedece a um critério de gradação pelo qual nem toda estipulação contratual que, no âmbito interno, pode-se considerar violadora da ordem pública ou incompatível com norma inderrogável ou lei imperativa (nos termos do disposto nos artigos 122, 123, inciso II, 166, inciso VI, 606, 1.125 e 2.035, parágrafo único, todos do Código Civil) também o será no âmbito do direito internacional privado, isto é, das relações jurídicas que contenham elemento de estraneidade, sobretudo no que respeita às situações jurídicas constituídas no exterior, como, por exemplo, sentenças judiciais ou arbitrais estrangeiras sujeitas à homologação para surtir efeitos no território nacional.

determinação autônoma pelo árbitro das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio, em qualquer dos métodos para tanto cogitados.

Como se sabe, a arbitragem comercial internacional é o campo de maior expansão e liberdade da autonomia privada, existindo mesmo um dever dos árbitros de dar cumprimento à vontade das partes na maior extensão possível, tanto na condução da arbitragem quanto na resolução do litígio. Em consequência, diferentemente do que se passa perante o juiz estatal, inexistente interesse direto e vinculação do árbitro quanto à tutela das leis internacionalmente imperativas e da ordem pública, ambas, por natureza, vinculadas aos interesses públicos e políticas governamentais de *algum* foro – recordando-se que o árbitro internacional não tem como referência necessária nem o foro do Estado da sede da arbitragem, nem o da *lex causæ*, nem tampouco o de terceiros Estados.

Ocorre, entretanto, que também tem relevância na arbitragem a preocupação com a validade e exequibilidade da sentença arbitral, em face das normas imperativas que se pretendam aplicáveis à espécie e do princípio da ordem pública internacional, bem como, notadamente, da chamada ordem pública transnacional ou verdadeiramente internacional, isto é, aquela que leva em consideração valores jurídicos internacionalmente acatados, por serem comuns a uma representativa maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais, assim como os prevalentes no direito internacional público.³⁴² Igualmente é dever do árbitro, no interesse das partes e em benefício da efetividade da arbitragem como sistema de resolução de litígios de prestígio quase universal, proferir sentença exequível, que não seja passível de anulação pelas cortes judiciais do Estado sede da arbitragem ou de denegação de reconhecimento e execução nos Estados onde seja considerada uma sentença estrangeira nos termos da CNI-1958.³⁴³

³⁴² Como aqueles a que se refere o artigo 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça como uma das fontes do direito internacional público, sob a designação de “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.

³⁴³ Vale mencionar o entendimento de Sven Schilf (2015, p. 166), no sentido de que as restrições à implementação da vontade das partes, por incidência do princípio da ordem pública e das normas internacionalmente imperativas, devem atuar não somente quando tenham elas escolhido uma lei nacional para a regência do seu contrato, mas também quando recorrerem somente a normas não-estatais ou ao chamado “*self-regulatory contract*”, que se pretende autônomo e suficiente relativamente às leis nacionais. Assim, anota o referido autor que “o fato de as partes terem optado por regulamentos

Por tais motivos, o árbitro internacional, ao determinar as regras de direito aplicáveis à resolução do litígio ou ao dar cumprimento à vontade das partes, aplicando as regras por elas eleitas, deve ao menos levar em consideração e, quando cabível, efetivamente aplicar as disposições internacionalmente imperativas das leis de aplicação imediata (de qualquer ordenamento interessado na relação jurídica *sub judice*, não apenas e não necessariamente o da sede da arbitragem), que reclamem competência, a título (conexão) suficientemente razoável, para regular a situação jurídica litigiosa.

Também será relevante para o árbitro a observância da ordem pública transnacional, se cabível sua aplicação, e da ordem pública internacional, não só do Estado onde se situa a sede da arbitragem – o que ordinariamente determinará a “nacionalidade” da sentença arbitral e a competência para o controle judicial primário da respectiva validade –, como também a de outros Estados nacionais nos quais se possa antever, com razoável probabilidade, um potencial interesse das partes no futuro reconhecimento e execução da sentença arbitral.³⁴⁴⁻³⁴⁵

não estatais ou por cláusulas contratuais como direito aplicável, por si só, não significa que o tribunal arbitral irá aceitar essas normas como base para sua tomada de decisão. Uma recusa pode ocorrer por três razões: primeiro, as normas selecionadas pelas partes podem chocar-se com normas obrigatórias nacionais ou internacionais, cujo desrespeito iria pôr em risco a execução da sentença arbitral; segundo, as normas escolhidas, devido à sua inadequação no que concerne ao comércio internacional, podem levar uma das partes a desvantagens tão extremas que o tribunal arbitral não vai poder aceitá-las facilmente; e, finalmente, pode surgir uma questão jurídica relevante que não se pode solucionar mediante o contrato ou o direito aplicável às demais questões”. Vide também DANILOWICZ, 1986, p. 251 e ss.

³⁴⁴ Ainda segundo Sven Schilf (2015, p. 169), “é praxe usual que normas imperativas sejam respeitadas, sejam elas parte do estatuto do negócio, ou decorrentes da ordem pública transnacional, desenvolvida pelos tribunais arbitrais, ou decorrentes da ordem pública de Estados terceiros”.

³⁴⁵ De forma matizada, opinam Fouchard, Gaillard e Goldman (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 650) que “árbitros internacionais, que por definição são independentes de qualquer sistema jurídico, levarão em consideração aqueles princípios [essenciais à administração da justiça, incluindo os princípios de tratamento igualitário às partes, devido processo e, de forma mais geral, ordem pública processual internacional] como parte de sua própria concepção de ordem pública verdadeiramente internacional, e considerações práticas baseadas na eficácia da sentença não devem, em nossa opinião, prevalecer sobre o sentimento próprio dos árbitros sobre os requisitos fundamentais de justiça processual” (“International arbitrators, who by definition are independent of any legal system, will take those principles [essential to the proper administration of justice, including the principles of equal treatment of the parties, due process and, more generally, international procedural public policy] into account as part of their own conception of truly international public policy, and practical considerations based on the efficacy of the award ought not, in our opinion, prevail over the arbitrators’ own sense of the fundamental requirements of procedural justice”).

Como explica Philippe Fouchard (2007 [1982], p. 317):

Os árbitros, não mais que os juízes, não são obrigados a aplicar exclusivamente, a todos os aspectos do litígio, o direito escolhido pelas partes. Eles podem considerar, por exemplo, que a capacidade de cada parte deve ser apreciada segundo sua lei pessoal, salvo ignorância escusável de seu conteúdo pela outra parte, ou que as regras imperativas de determinado Estado, sobre certa questão, não podem ser descartadas. Em outras palavras, para certas questões, que surgem geralmente de maneira incidental, os árbitros poderão – e até mesmo deverão, sob risco de contrariedade à ordem pública – estimar que a vontade das partes sobre o direito aplicável seria inoperante, ou que elas não teriam, para essas questões, nem a vontade nem a liberdade de eliminar outras determinadas leis.³⁴⁶

Todas essas cautelas visam a assegurar os atributos de integridade e definitividade à atuação do direito e à realização da justiça no caso concreto, assim atendendo à função institucional da arbitragem comercial internacional como sistema privado global de resolução de litígios,³⁴⁷ animado pelo interesse (na verdade, a obrigação)³⁴⁸ de prover às partes uma sentença válida e passível de execução forçada pelo poder judiciário dos Estados,³⁴⁹ o que, muitas vezes, é condição necessária à

³⁴⁶ “Les arbitres, pas plus que les juges, ne sont tenus d’appliquer exclusivement à tous les aspects du litige le droit choisi par les parties. Ils pourront estimer, par exemple, que la capacité de chaque partie doit être appréciée selon sa loi personnelle, sauf ignorance excusable de son contenu par l’autre partie, ou que les règles de police de tel Etat, sur telle question, ne peuvent être écartées. En d’autres termes, pour certaines questions, qui se poseront généralement de manière incidente, les arbitres pourront – et même devront, sous risque de contrariété à l’ordre public – estimer que la volonté des parties quant au droit applicable est inopérante, ou que celles-ci n’avaient, pour ces questions, ni la volonté ni la liberté d’éliminer certaines autres lois”.

³⁴⁷ Não sem certa dramaticidade, chega a HCCH a afirmar (2007, p. 5) que o respeito às *mandatory rules* “é importante para que a arbitragem sobreviva como um sistema privado de resolução de disputas” (“[t]his is important if arbitration is to survive as a private dispute settlement system”).

³⁴⁸ Como observa Rodrigo Octávio Broglia Mendes (2003, p. 45), “não é somente em razão da adequação às expectativas negociais que os árbitros se orientam. Ou melhor, no contexto dessa diretriz de orientação, especifica-se uma expectativa particular relativa à obtenção de uma decisão que possa ser executada. Como a execução forçada continua sendo monopólio do Estado, os tribunais arbitrais procuram observar como os tribunais perceberiam suas decisões, com o objetivo de minimizar o risco de seus laudos não serem reconhecidos ou executados por tribunais estatais. Nesse sentido é que foi surgindo uma obrigação atribuída aos árbitros de procurar, ao máximo, proferir um laudo exequível”. Vide, também, MANIRUZZAMAN, 1999, p. 165-166.

³⁴⁹ Segundo ensina Carmen Tiburcio (2004, p. 758), “[r]ecomenda-se (...) respeito pela ordem pública do sistema jurídico que tenha ligação efetiva com o caso em questão, para evitar que a arbitragem seja utilizada como um instrumento para fraudar as respectivas leis nacionais, desde que não sejam consideradas como empecilho ao comércio internacional. Nesse caso, a ordem pública internacional determina que tais leis nacionais que prejudicam o fluxo de comércio mundial sejam ignoradas”. Trata-se do fenômeno do efeito *positivo* da ordem pública, que não se limita a evitar a aplicação de normas de determinado ordenamento jurídico nacional, como também potencialmente afasta ativamente sua aplicação, se incompatível com a ordem pública transnacional, que incorpora a tutela dos interesses do comércio internacional como instituição e da própria comunidade internacional de Estados.

eficácia prática da submissão do litígio à arbitragem, na falta de cumprimento espontâneo da sentença arbitral.³⁵⁰

A atuação do árbitro internacional para a tutela das normas de aplicação imediata e do princípio da ordem pública, portanto, não se inspira pelo mesmo interesse perseguido pelo juiz estatal, que tem como referência um ordenamento jurídico interno cuja integridade sistêmica e valorativa é escopo autônomo de sua atuação como órgão de um poder territorialmente soberano, autorizado pelo própria constituição do Estado a interpretar e aplicar o respectivo ordenamento, do qual fazem parte as regras de direito internacional privado que preconizam a recepção de leis estrangeiras no interior desse ordenamento.

O árbitro, por sua vez, tem uma tarefa mais livre e comparativamente mais leve, embora de semelhante responsabilidade, que é a de prestar o serviço jurisdicional privado que lhe é requerido de forma eficaz, válida e útil para as partes, sem efetivamente afrontar ou violar os ordenamentos jurídicos nos quais a sentença arbitral poderá vir a ser chamada a ter eficácia e, ainda, de maneira a preservar a integridade da arbitragem comercial internacional como instituição, aos olhos de cada Estado em particular e da comunidade de Estados como um todo.

³⁵⁰ Para maiores considerações, remete-se à obra “Arbitragem comercial internacional e ordem pública” (Rio de Janeiro: Renovar, 2005), que teve origem na dissertação de mestrado do autor, bem como às obras de referência sobre os temas da ordem pública e das leis internacionalmente imperativas (*lois de police*) na arbitragem comercial internacional, de autoria de Jean-Baptiste Racine (1999), Christophe Seraglini (2001) e Luca Radicati di Brozolo (2005).

5 PROPOSTA DE UM MÉTODO PARA A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL, NA AUSÊNCIA DE ESCOLHA PELAS PARTES.

5.1 Retorno aos fundamentos: os princípios da submissão voluntária, autonomia da vontade e tutela da legítima expectativa.

O âmbito de competência normativa do ordenamento jurídico do Estado se estende sobre o território de respectiva soberania, como regulador e organizador da sociedade política e da sociedade civil. Na regência dos atos da vida civil e dos fatos jurídicos – suporte fático sobre o qual incidem as leis –, o ordenamento jurídico pode a eles se aplicar, tenham ou não ocorrido no âmbito espacial do respectivo território, a depender dos elementos de conexão que os vinculem a esse ordenamento, podendo ser relevantes outros fatores, além do local do ato ou fato, tais como a nacionalidade ou o domicílio das pessoas envolvidas, o local em que o fato produziu efeitos ou onde deve ter eficácia prospectiva, entre outros.

Esse fenômeno ocorre com todas as leis nacionais. Assim, falar-se em territorialidade ou extraterritorialidade da lei, em abstrato, é sempre uma simplificação. Toda lei regedora de fatos e condutas humanas com consequências jurídicas pode ser aplicável ou não, no seu próprio âmbito espacial de vigência ou em qualquer outro âmbito territorial, a depender da existência de suficientes elementos de conexão que potencialmente ponham em contato o fato da vida a ser regulado e a lei em questão, de modo a fazer esta estender sobre aquele a sua “vontade” de aplicação,³⁵¹ que seja,

³⁵¹ Não se confunda tal circunstância com uma suposta extraterritorialidade que qualquer lei possa apresentar, por si mesma, sobre fatos e pessoas que se situem fora do espaço territorial do próprio Estado de que emana. A aplicação coercitiva da lei, nacional ou estrangeira, em qualquer espaço territorial, sempre dependerá do poder soberano que controla esse território. Nesse sentido, anota João Baptista Machado (1990, p. 33-34) que “se a lei, de per si, dissociada do ordenamento ou, melhor, do aparelho coercitivo territorial, não pode constituir manifestação ou exercício do poder soberano, se a soberania, por sua própria natureza, não pode dissociar-se do poder de coerção material nem manifestar-se senão através dele, segue-se daqui que a lei, quanto à sua eficácia, é sempre territorialmente condicionada. (...) [M]esmo quanto o Estado manda aplicar direito estrangeiro no seu território é sempre e ainda a soberania nacional que se exercita ao aplicar esse direito”. Por essa razão, diz o mesmo autor, “não pode nem deve estabelecer-se uma relação necessária entre limites da soberania e lei aplicável”. Vide, ainda, MONACO, 2013, p. 112-113.

por outro lado, reconhecida como legítima de acordo com o critério de decisão aplicado pelo julgador competente, seja ele estatal ou privado.³⁵²

Não obstante, como a imensa maioria dos fatos da vida, em todos os seus aspectos, está inteiramente circunscrita a um território onde tem vigência um único ordenamento estatal, que ali goza de competência normativa primária, prevalece a percepção geral de que as leis são intrinsecamente dotadas do atributo de territorialidade, sendo a extraterritorialidade considerada uma excepcionalidade. Sobre aqueles primeiros fatos, circunscritos ao âmbito de um único ordenamento jurídico, não se indaga da questão do conflito ou colisão entre leis potencialmente aplicáveis, que só surgirá relativamente a atos e fatos pluriconectados.³⁵³

Existem, não obstante, áreas da atividade humana em que a existência de conexões com mais de um ordenamento jurídico é a regra, e não a exceção. É esse o caso, notadamente, do comércio internacional e da arbitragem comercial internacional.

Em primeiro lugar, a circunstância que faz incidir uma lei qualquer sobre um fato da vida é a ocorrência do fato ou a prática do ato no âmbito territorial de soberania do Estado que a editou. Os fatores de conexão se tornam presentes, em qualquer situação fática, em primeiro lugar por iniciativa da própria pessoa interessada, ao se

³⁵² Observa Renata Fialho de Oliveira (2014, p. 14) que “em função da autonomia dos sistemas jurídicos estatais, as soluções são, no contexto internacional, relativas. Afinal, cada Estado regula ao seu modo as relações de sua ordem jurídica interna com a ordem jurídica dos demais Estados. Por se tratarem de ordens jurídicas autônomas, e o direito internacional privado direito interno, suas respectivas regras são, por consequência, também autônomas. Cada Estado define, da forma como melhor lhe convém, seu próprio sistema de soluções de conflitos e a relação deste com os sistemas dos demais Estados, de maneira independente e a seu exclusivo critério”.

³⁵³ Para Amílcar de Castro (1997, p. 35), os fatos jurídicos conectados com mais de um ordenamento jurídico seriam “anormais”, pois “na vida normal de cada agrupamento politicamente organizado, além dos fatos, ou relações sociais, comuns, a cuja apreciação as normas jurídicas indígenas fornecem critérios adequados, outros fatos, outras relações humanas apresentam-se como extraordinárias, com aspecto diferente, a exigir apreciação especial. No expressivo dizer de Ago, ‘encontram-se fatos e relações que, pelas suas características, superam os limites da vida real interna de determinado Estado’. Em qualquer jurisdição, pois, tanto podem apresentar-se relações normais, como relações anômalas, ou fatos anormais, os quais sempre têm valor diferente (...)”. Com visão diferente, anota Paulo Borba Casella (1998, p. 101) que “[a] internacionalidade nem é anomalia, tampouco acidente de percurso, mas constitui elemento essencial para configuração das situações para as quais se configura a regência pelo direito internacional: sem a ocorrência dos elementos de estraneidade, não há situação multiconectada, mas regência do direito interno”.

vincular a um território e seu respectivo ordenamento jurídico. Ao fixar domicílio em determinado país, nele se expor à ocorrência de fatos jurídicos, praticar atos da vida civil, celebrar negócios, exercer uma profissão, ou mesmo ao meramente viajar para um país estrangeiro, a pessoa *se submete voluntariamente* à incidência do ordenamento jurídico vigente naquele âmbito territorial, deliberadamente situando-se sob a regência daquela lei nacional.

Daí decorre que o principal fato gerador de conexão entre leis e situações da vida é a *submissão voluntária*, a espontânea e deliberada exposição da pessoa à vigência e aplicabilidade de uma lei determinada. Maior ainda será a relevância da submissão voluntária quando ela ocorrer no exercício de uma atividade empresarial, que se organiza para a realização reiterada de atos negociais, com caráter de habitualidade e profissionalidade, sob a égide de determinada lei, dentro ou a partir do âmbito espacial de vigência de determinada lei (ou de duas ou mais leis determinadas, no caso de sociedades empresárias multinacionais ou com presença em mais de um país) ou, ainda, submetendo-se à potencial aplicação de leis diversas, ao direcionar a atividade empresarial, de forma organizada e reiterada, para o âmbito de vigência de distintos ordenamentos jurídicos.

No campo das obrigações contratuais, a autonomia da vontade quanto à escolha da lei de regência da relação jurídica é a expressão cabal da máxima eficácia do princípio da submissão voluntária, ao qual se acrescenta o caráter negocial, pois a própria escolha da lei por cláusula contratual já é, em si mesma, um negócio jurídico. Trata-se, não obstante, de negócio *sui generis* pois, embora resulte de um encontro de declarações de vontade reciprocamente dirigidas que, se presentes os respectivos requisitos de existência, validade e eficácia,³⁵⁴ gera efeitos sobre a relação contratual subjacente, não visa, entretanto, por si só, à aquisição, extinção ou modificação de direitos. Assim, enquanto a submissão voluntária, em sentido estrito, é fenômeno

³⁵⁴ Surge aqui a questão da determinação da lei de regência dos próprios requisitos de existência, validade e eficácia da manifestação de vontade, que, na arbitragem comercial internacional, não há como serem analisados de acordo com a *lex fori* (que não existe), podendo ser coerentemente apreciados à luz da própria lei escolhida ou até por lei alternativa, se necessário, em consideração ao princípio do *favor negotii*, ou, ainda, no que respeita à forma, por regra material como a prevista no artigo 5º dos Princípios da Haia, que dispõe que “[a] escolha de lei aplicável não se encontra sujeita a qualquer requisito de forma, salvo acordo das partes em contrário”.

ordinariamente unilateral (fixação de domicílio ou estabelecimento comercial, prática de atos negociais e exposição a fatos jurídicos em determinado território, etc.), gerador de conexão com determinado ordenamento jurídico, a escolha da lei de regência de uma relação contratual é ato *comum* às partes; portanto, bilateral e negocial.

Aqui, cabe um parênteses para uma observação sobre o questionável conceito de “escolha negativa”. São encontráveis, em doutrina e sentenças arbitrais, alegações de que a falta de escolha da lei aplicável pelas partes seria equivalente a uma suposta escolha negativa tácita, no sentido de que as partes teriam escolhido a não-aplicação das respectivas leis nacionais,³⁵⁵ o que inclusive tem sido interpretado, na falta de vínculos significativos do caso com alguma lei nacional terceira, como indicativo de escolha tácita das partes em favor da aplicação de princípios gerais de direito da *lex mercatoria*.³⁵⁶

Essas presunções não se justificam, na ausência de fortes evidências de uma rejeição *comum* às partes quanto à aplicabilidade dos direitos nacionais que lhes correspondam. Com efeito, é requisito para que se considere existir escolha do direito aplicável que ela seja comum e conjunta, tanto faz se expressa ou tácita, positiva ou negativa. Quando as partes não logram alcançar um acordo quanto à escolha da lei aplicável, normalmente terá havido duas recusas *unilaterais* à aplicação da lei desejada pela parte contrária, e não uma escolha negativa *em comum*. Cada parte quererá, efetivamente, que a *sua lei* se aplique, com o que a outra parte não concordará. Não se trata, portanto, de uma “escolha negativa”; por definição, trata-se da ausência de acordo por inexistência de vontades convergentes.

Retomando a análise do princípio da submissão voluntária, tem-se que a escolha da lei de regência de uma relação jurídica é o ápice da atuação desse princípio, o que se comprova pela circunstância de que, em matéria de contratos internacionais, admite-se inclusive que as partes se submetam a uma lei não

³⁵⁵ HCCH, 2007, p. 8; BLESSING, 1997, p. 45; contra, BERMAN, 2017, p. 267.

³⁵⁶ HAYWARD, 2017, p. 275.

conectada com o negócio jurídico, cujo único vínculo com o contrato ou com as partes seria unicamente a sua vontade comum.

Essa possibilidade, conquanto não aceita (embora decrescentemente) por alguns sistemas nacionais,³⁵⁷ é geralmente reconhecida na arbitragem comercial internacional e tende a prevalecer também no direito internacional privado interno dos Estados, tendo sido consagrada, por exemplo, no artigo 2º, alínea 4, dos Princípios da Haia, e no artigo 3º, números 3 e 4, do Regulamento Roma I.³⁵⁸ Na arbitragem, considerando que são menores ainda as restrições à manifestação da autonomia privada das partes, permite-se geralmente tanto a escolha de lei não conectada com as partes e o contrato,³⁵⁹ como de regras não-estatais do comércio internacional, o que, no direito brasileiro, como se sabe, é expressamente permitido pelo § 2º do artigo 2º da Lei nº 9.307/96.

³⁵⁷ Observam Gary Born e Cem Kalelioglu (2021, p. 78), que “[a] despeito do reconhecimento da autonomia das partes, algumas leis nacionais historicamente invalidavam acordos de escolha da lei se a lei escolhida não tivesse um relacionamento razoavelmente próximo com o negócio subjacente. Esse limite, com boas razões, tem-se erodido total ou grandemente nas últimas décadas, embora ainda remanesçam algumas exceções, inclusive em algumas jurisdições nos E.U.A. Não é claro qual seria a justificativa para esse requisito de ‘relacionamento razoável’. O principal fundamento parece ter sido uma preocupação de que partes de negócios locais, totalmente conectados com uma jurisdição, não tivessem a possibilidade de contornar as leis locais pela escolha de uma lei estrangeira para reger seus litígios. Essa preocupação era acompanhada pela visão de que uma cláusula de escolha da lei habilitaria os particulares a atuar ilegitimamente em uma capacidade ‘legislativa’”. (“Despite recognition of party autonomy, some national laws historically invalidated choice-of-law agreements if the chosen law lacked a reasonably close relationship to the parties’ underlying transaction. These limits have, for good reason, been largely or entirely eroded in recent decades, although there remain exceptions, including in some U.S. jurisdictions. It is unclear what the justification for the ‘reasonable relationship’ requirement was. The principal rationale appears to have been a concern that parties to local transactions, relating entirely to one jurisdiction, should not be permitted to circumvent local laws by choosing a foreign law to govern disputes. This concern was accompanied by the view that choice-of-law provisions entailed private parties acting illegitimately in a ‘legislative’ capacity”.)

³⁵⁸ Com a ressalva, quando for o caso, das normas não-derrogáveis do direito interno do único ordenamento conectado com a causa, ou das normas comunitárias não-derrogáveis do único ou dos vários ordenamentos, integrantes da União Europeia, em contato com a situação fática relevante no momento da escolha.

³⁵⁹ É comum a escolha de leis consideradas pelos participantes dos negócios internacionais como mais desenvolvidas, como a de Nova Iorque ou, no âmbito europeu, as leis inglesa, suíça e francesa, ou ainda de leis nacionais tidas como especializadas, em razão da grande experiência de determinadas jurisdições em temas particulares, como, exemplificativamente, a lei inglesa em matéria securitária e marítima.

Assim, tem-se que, na arbitragem comercial internacional, em razão da inexistência de *lex fori* e da desnecessidade, em condições ordinárias,³⁶⁰ de se levar em consideração valores e interesses dos Estados e seus sistemas de direito internacional privado positivo, os critérios mais importantes para a determinação da lei ou das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio serão, sempre, os *índices* que potencialmente identifiquem a ocorrência de submissão voluntária comum às partes,³⁶¹ ou a eventual existência de escolha tácita da lei de regência (obviamente, na ausência de escolha expressa). Mediante o sopesamento dos índices presentes nos atos e condutas das partes, o julgador pode imputar-lhes significado jurídico, visando a identificar sua “*juridical relational choice*” (escolha jurídica relacional) efetuada em comum pelas partes de uma dada relação jurídica.

Sobre a especial vinculação entre o princípio da submissão voluntária e os interesses privados das partes, que demonstra a relevância desse princípio para a arbitragem, anota Sagi Peari (2018, p. 45-46) que:

[O] princípio da “submissão voluntária” tem aspirações universais e traz uma perspectiva global à autoridade judicial. Sob essa concepção, os juízes não são vistos como o longo braço do soberano (o que decorre de diversas análises do assunto baseadas na soberania), nem como burocratas que dão cumprimento a direitos pré-existentes do reclamante; na verdade eles agem como autoridade normativa engajada em um processo complexo de determinação da escolha da pessoa a partir das peculiares circunstâncias *jurídicas* (por oposição a políticas) do caso.³⁶²

³⁶⁰ Isto é, em situações que não envolvam a eventual incidência de normas de aplicação imediata e não digam respeito a áreas de interesse do princípio da ordem pública, que são restrições à autonomia da vontade e à aplicação normal das regras de conflito, analisadas acima no subcapítulo 4.5.

³⁶¹ Na particular terminologia adotada por Sagi Peari (2018, p. 112), trata-se dos “juridical indicators”, isto é, “qualquer ação externa das partes [que] pode ser considerada um índice legítimo da escolha conjunta das partes. Fatores de conexão tais como a residência habitual das partes, o lugar do dano, o lugar da conduta ilícita, o lugar da contratação, o lugar do cumprimento, o lugar da realização de negócios, o lugar do enriquecimento, ou mesmo a nacionalidade, todos são potencialmente relevantes para a escolha conjunta das partes com relação ao direito a ser aplicado ao seu litígio” ([a]ny external action of the parties can be considered a legitimate indicator of the parties’ united choice. Connecting factors such as the parties’ habitual residence, the place of injury, the place of wrongful conduct, the place of contracting, the place of performance, the place of business, the place of enrichment, or even nationality are all potentially relevant to the parties’ united choice with respect to the law to be applied to their dispute”.

³⁶² “[T]he principle of ‘voluntary submission’ has universal aspirations and brings a global perspective on judicial authority. Under this conception, judges are not viewed as the long arm of the sovereign (which follows from various sovereign-based accounts of the subject), nor as bureaucrats that enforce previously existing plaintiff rights, rather they are acting as a normative authority engaged in a complex process of determining the person’s choice from the particular *juridical* (as opposed to political) circumstances of the case”.

Como se nota, o princípio da submissão voluntária e seu corolário, a autonomia da vontade, são as bases de uma apreciação do conflito de leis centrada nos interesses privados das partes envolvidas na relação jurídica pluriconectada, em lugar dos interesses públicos ou governamentais dos Estados. Daí sua importância como critério de análise especialmente adequado à atividade do árbitro internacional.

Embora a submissão voluntária seja ordinariamente unilateral – em contraste, como se viu, com a escolha da lei de regência do contrato, que é sempre bilateral –, ela é igualmente *relacional*, pois, na prática de atos e negócios jurídicos situados em determinado território, ou a partir de um território e direcionados a outros (local de contratação, de cumprimento das obrigações, de pagamento, etc.), o fato jurídico-material subjacente envolverá sempre duas ou mais partes postas em relação.

Assim, quando dois ou mais sujeitos interagem no plano dos fatos e praticam atos e condutas juridicamente significativas e legal ou socialmente típicas, exsurge, além da relação jurídica propriamente dita (no plano do direito material), o encontro relacional de submissões voluntárias (no plano conflitual), que podem apontar para uma ou mais fontes de normas jurídicas regedoras da situação fática. Daí a pertinente observação, novamente, de Sagi Peari (2018, p. 82-83):

[O] fundamento normativo da questão da escolha da lei decorre do próprio nome da disciplina em inglês – está-se tratando de *choice*. A ideia básica é que a exigência de liberdade relacional exige que as partes litigantes contem sempre com a escolha jurídico-relacional sobre a identidade do sistema que dará a solução ao seu litígio.

(...)

É certo que a noção de escolha jurídico-relacional é *objetiva*. O que ela requer é uma avaliação cuidadosa das ações voluntárias das pessoas e manifestações jurídicas dessas ações pelas lentes da autoridade jurisdicional, que atribui significado jurídico a tais ações. Crucial para essa visão é a noção de “expectativas razoáveis das partes”, que sintetiza com precisão o *standard* objetivo de acordo com o qual a escolha jurídico-relacional é inferida.³⁶³

³⁶³ “[T]he normative foundation of the choice-of-law question follows from the English title of the discipline itself – it is about *choice*. The basic idea is that the requirement of relational freedom requires litigating parties always to have the juridical relational choice as to the identity of the framework to adjudicate their litigation. (...) To be sure, the notion of juridical relational choice is an *objective* one. What this requires is a careful evaluation of persons’ voluntary actions and juridical manifestation of these actions through the lens of judicial authority, which provides juridical meaning to those actions.

A observação acima transcrita remete diretamente para o conceito de legítima expectativa das partes,³⁶⁴ também especialmente relevante em arbitragem. Como nota Andreas Lowenfeld (1996, p. 17), a determinação do âmbito de competência normativa dos ordenamentos jurídicos deve dar-se por referência a “contatos, interesses e expectativas – vale dizer, contatos significativos, interesses genuínos e expectativas justificadas”.³⁶⁵

Assim, em síntese, tem-se que as partes esperam, legitimamente, que o direito a ser aplicado à resolução do litígio seja aquele que foi por elas escolhido. Escolha, aqui, é entendida em sentido amplo, tanto a que decorre de cláusula expressa, quanto a que é fruto de submissão voluntária relacional, isto é, de partes que se põem reciprocamente em relação. O máximo grau de legítima expectativa, repita-se, corresponderá à cláusula de eleição da lei aplicável, quando existir; não obstante, também induz relevante grau de expectativa legítima a existência de índices de escolha tácita da lei aplicável, tais como a referência, no texto contratual ou na correspondência entre as partes, a dispositivos legais de determinado ordenamento jurídico.

Alude-se com frequência a circunstâncias como a adoção de cláusulas ou modelos jurídicos típicos de determinado ordenamento jurídico, ou mesmo o uso de determinada língua para a redação do contrato, como índices de submissão à lei correspondente. Esses indicadores, atualmente, dificilmente terão importância significativa. No estado atual de desenvolvimento dos negócios internacionais, os modelos jurídicos e cláusulas que, no passado, poderiam ser considerados típicos de

Crucial to this vision is the notion of ‘parties’ reasonable expectations’, which precisely epitomizes the objective standard according to which the juridical relational choice is inferred”.

³⁶⁴ Segundo João Baptista Machado (1998, p. 168), o escopo de justiça formal do direito de conflitos “fundamentalmente se traduz em promover o reconhecimento dos conteúdos de justiça material que ‘impregnam’ os casos da vida imersos em ordenamentos de comunidades jurídicas estranhas, a fim de corresponder à natural expectativa dos particulares”.

³⁶⁵ “My submission is that the issues of jurisdiction to prescribe can and should be addressed by reference to contacts, interests, and expectations – that is to say meaningful contacts, genuine interests, and justified expectations – rather than by reference to the traditional vocabulary of public international law, focused on the over-used concept of sovereignty”.

determinado direito circulam amplamente e são usados no mundo inteiro, ainda que, por vezes, sem adequado rigor técnico.³⁶⁶⁻³⁶⁷

Como observa Paula Forgioni (2016, p. 139, p. 53), os contratos comerciais e o próprio direito empresarial tendem a ignorar fronteiras, indo até onde “lhe[s] é permitido, sem creditar muita atenção a barreiras culturais ou jurídicas”. Com efeito, o fenômeno da expansão do comércio internacional se reflete na disseminação de usos e costumes jurídicos que ultrapassam as fronteiras dos ordenamentos nacionais, mediante o amplo uso de cláusulas e contratos socialmente típicos, modelos de negócio “que acabam apostos a vários tipos de negócios jurídicos empresariais”. Assim, resta evidente que o uso de cláusulas como, exemplificativamente, *drag along*, *tag along*, *right of first refusal*, *take or pay*, entre muitas outras originadas da prática jurídica da *common law*, mas mundialmente difundidas, não implica, por si só, qualquer escolha tácita da lei aplicável.

Um nível abaixo, comparativamente à escolha tácita das partes contratantes, mas ainda assim representativo da legítima expectativa delas quanto à lei de regência de sua relação jurídica, situam-se os ordenamentos proximamente conectados à causa, de cuja potencial aplicação as partes puderam cogitar (ou deveriam ter cogitado), quando da negociação e celebração do contrato.

Trata-se dos ordenamentos jurídicos aos quais as partes se expuseram voluntariamente em decorrência da celebração do negócio (lei do local da celebração, lei do local do cumprimento, lei do local do domicílio da contraparte, entre outros), e

³⁶⁶ Por exemplo, contratos com partes brasileiras, latino-americanas ou europeias podem, perfeitamente, conter extensas cláusulas de “warranties and representations”, ou alusões a “punitive damages” ou “consideration”, ou terem sido redigidos de acordo com fórmulas verbais e modelos contratuais usados pelos grandes escritórios de advocacia internacionais, sem que isso signifique, por si só, que existiria uma suposta escolha tácita do direito de algum estado federado norte-americano ou do direito inglês como lei de regência do contrato. Por outro lado, se se tratar de um contrato que tenha por objeto um instituto jurídico inexistente ou pouco desenvolvido em determinado ordenamento jurídico – por exemplo, o *trust* – será natural que se descarte como lei de regência o ordenamento em questão.

³⁶⁷ Mais tênue ainda será o vínculo entre o contrato e um determinado ordenamento jurídico em razão do idioma usado na redação do respectivo instrumento. Hoje, o inglês domina amplamente os negócios internacionais. Nos casos em que um contrato entre não-falantes do inglês for redigido em outro idioma, que seja o de uma das partes (por exemplo, um contrato entre um francês e um sueco redigido em francês), isso significa apenas que essa parte teve a vantagem de poder tratar de negócios em sua própria língua, nada tendo isso a ver com a escolha da lei de regência do contrato.

que impregnaram juridicamente os fatos relevantes para o relacionamento contratual. As partes têm o ônus de considerar, em sua conduta negocial, a potencial aplicação desses ordenamentos e, dentre eles, poderá o julgador legitimamente selecionar o mais proximamente conectado e considerado mais apropriado à resolução do litígio, sem que isso constitua surpresa para as partes.

Assim, os critérios de vinculação entre fato e ordenamento aqui analisados – submissão voluntária, autonomia privada e tutela da legítima expectativa – são os mais consentâneos para a concretização do princípio da proximidade em tema contratual.

5.2 Continuação: reconhecimento de vínculos significativos entre situações fáticas e regras de direito material.

As normas de conflito de leis são concebidas, no plano legislativo, de modo a buscar identificar um vínculo real e efetivo entre uma situação da vida e um determinado ordenamento jurídico estatal. Assim, visam as regras de conexão e técnicas de resolução de conflitos de leis no espaço a determinar, entre dois ou mais ordenamentos jurídicos em contato com situações da vida (que apresentem elementos de estraneidade), aquele que revela ter maior proximidade com cada situação fática, ou seja, a lei que ostenta melhor título a regulá-la.³⁶⁸

Contemporaneamente, o princípio da proximidade é considerado o critério fundamental para a solução do conflito de leis,³⁶⁹ na perspectiva da justiça conflitual – isto é, aquela que é própria do direito internacional privado e busca vincular

³⁶⁸ Nesse sentido, ensina Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2013, p. 93) que “[n]a construção da norma de conflitos está à disposição do Estado a liberdade de designar a conexão que lhe pareça mais conveniente a partir de critérios de *justiça específica*, não importando, aqui, o ‘conteúdo valorativo do que disponha, em cada caso, cada [uma] das leis substancialmente interessadas’, mas, antes, a proximidade que a situação fática guarda relativamente à hipótese que lhe é subjacente”.

³⁶⁹ Nos sistemas estatais de DIPr, internos e internacionais, o princípio da proximidade opera também como critério corretivo, para situações em que o vínculo entre o fato e o ordenamento jurídico apontado como competente pela regra de conflito aplicável se revelar fraco, distante, havendo outro sistema jurídico mais próximo à situação, tornando-se este o direito a aplicar e não o inicialmente indicado pela regra de conexão (MEINERO, 2018, p. 328).

especialmente fatos a leis, sem a consideração de aspectos de direito material.³⁷⁰⁻³⁷¹ Assim, para se identificar a maior proximidade entre uma situação fática qualquer e a norma material que se pretende sobre ela incidente, deve-se perquirir a ocorrência de algum suficiente índice de submissão voluntária da(s) parte(s) interessada(s) à competência da norma, bem como a coerência com a legítima expectativa desses mesmos interessados quanto à regulação jurídica de sua conduta.

Note-se, entretanto, que, normalmente, na arbitragem comercial internacional, a escolha da sede da arbitragem não deve ser interpretada como índice de submissão voluntária ou de legítima expectativa de consideração, como *norma agendí*, seja das normas materiais,³⁷² seja das normas conflituais³⁷³ do ordenamento jurídico que lhe

³⁷⁰ Anota Luís de Lima Pinheiro (2021, p. 412) que “[a]s normas com conceito designativo indeterminado, como é o caso da conexão mais estreita, estão ainda ao serviço da justiça da conexão, mas de uma justiça da conexão no caso concreto, de uma *equidade conflitual*, uma vez que não estabelecem por via geral e abstrata o elemento de conexão mais adequado, antes remetem o intérprete para uma valoração conflitual perante o conjunto das circunstâncias do caso concreto”. Observa ainda Eugénia Galvão Teles (2004, p. 64) que “[a] referência à conexão mais estreita aparece tipicamente no topo de qualquer lista de princípios orientadores da escolha das conexões. Na formulação de qualquer norma de conflitos, deve em princípio procurar-se aquela conexão que traduz a competência do ordenamento jurídico com o qual a situação, objeto da previsão da norma, apresenta uma ligação mais estreita”. Ressalva, entretanto, André de Carvalho Ramos (2021, p. 110), em perspectiva substancialista, que o emprego do princípio da proximidade como cláusula de exceção, para afastar a regra de conexão normalmente aplicável, é fonte de insegurança jurídica – ainda que vise, em princípio, à harmonia internacional de decisões –, não devendo ser prestigiado quando conduzir a soluções de fundo consideradas injustas ou inadequadas.

³⁷¹ Apesar de sua grande importância contemporânea, a consagração do princípio da proximidade nas fontes internas e internacionais do DIPr é relativamente recente, observando Jacob Dolinger (2007, p. 543-544) que dispositivos expressos que primeiramente o adotaram surgiram com a lei austríaca de DIPr (*IPR-Gesetz*) de 15.06.1978, que declara programaticamente em seu artigo 1º que “(1) em matéria de direito privado, questões que digam respeito a outros países devem ser apreciadas em conformidade com o sistema jurídico com o qual mantenha vínculo mais intenso (*die stärkste Beziehung*). (2) As regras especiais contidas nesta Lei Federal sobre o sistema legal aplicável (normas de referência) devem ser consideradas como uma expressão desse princípio”. Disponível em: <https://www.jusline.at/gesetz/iprg/paragraf/1>; acesso em: 12.06.2022. Ainda destaca o mesmo jurista que “se olharmos com cuidado para as clássicas regras de conexão, utilizadas para a escolha da lei – *lex domicilii*, *lex patriæ*, *lex loci contractus*, *lex rei sitæ*, *locus regit actum* e outras, todas parecem refletir a ideia de que a lei aplicável é aquela que tem a relação mais próxima, os laços mais fortes, com a pessoa, com a temática, ou com a questão jurídica a ser resolvida” (DOLINGER, 2007, p. 544).

³⁷² A título de exemplo de caso que *não* contemplou adequadamente a legítima expectativa das partes relacionada à proximidade entre fato e lei, mencione-se arbitragem *ad hoc* de 1976 citada criticamente por Vitek Danilowicz (1986, p. 270), em que o tribunal arbitral decidiu aplicar, a título de suposta *closest connection*, o direito do Estado da sede da arbitragem (Suécia), não obstante a existência de efetivas conexões do contrato com os Países Baixos, tais como o domicílio do vendedor, o local de registro da embarcação objeto do litígio, o local de cumprimento de obrigação da respectiva entrega ao comprador e o local de pagamento.

³⁷³ Ao contrário do que ocorre na arbitragem, na submissão de um litígio a foro judicial existe a natural expectativa de aplicação das regras de conflito de leis vigentes no direito de fonte interna ou

corresponde. Não se trata, a sede,³⁷⁴ de elemento que represente peculiar proximidade entre as partes e as normas materiais e conflituais “do foro”, mas, sim, das partes com as normas do direito de arbitragem ali vigente (mormente as cogentes), na qualidade de *lex arbitri* por elas escolhida direta ou indiretamente, além de se tratar de hipótese de submissão voluntária ao poder judiciário local, como justiça competente para o controle primário da arbitragem e, igualmente, para a atuação em apoio à arbitragem.

Uma regra de conflito de leis que seja capaz de bem determinar a conexão mais próxima e íntima entre uma situação fática e um determinado ordenamento jurídico, selecionado a partir de um conjunto de ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis – aqueles em contato com a situação –, deve estar em consonância com aquilo que os particulares esperam que normalmente aconteça, o que, por sua vez, fundamenta-se na prévia exposição dos atos privados desses

internacional aplicável pelos juízes daquele foro e, correspondentemente, a expectativa de aplicação das normas materiais da lei à qual tais regras conflituais ordinariamente remetem.

³⁷⁴ Vide, nesse sentido, BERMANN, 2017, p. 272; BLACKBY; PARTASIDES (REDFERN; HUNTER), 2015, p. 220-221, § 3.205-3.206; GAILLARD; SAVAGE (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN), 1999, p. 788, inclusive, nos dois últimos, com referências ao peculiar entendimento da jurisprudência inglesa sobre a matéria, que atribui tradicionalmente um peso desproporcional à escolha do local da arbitragem como indicativo de escolha tácita da lei aplicável, especialmente no que respeita à lei de regência da convenção de arbitragem, como no famoso caso Sulamérica (Sulamérica Cia. Nacional de Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A. [2012] EWCA Civ 638). Já no recente caso Enka (Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb [2020] UKSC 38), a Suprema Corte do Reino Unido decidiu que, na falta de indicação da lei aplicável ao acordo de arbitragem, aplica-se a lei de regência do contrato como um todo, se ausente alguma circunstância que evidencie que tal aplicação não corresponderia adequadamente à presumível vontade das partes (por exemplo, caso a lei de regência do contrato conduzisse à invalidade da cláusula compromissória); na falta de escolha, seja da lei aplicável à cláusula compromissória, seja da lei de regência do contrato, o tribunal arbitral deve determinar objetivamente a conexão mais próxima, sendo ela, no que respeita à convenção de arbitragem, no entendimento da referida Suprema Corte, a lei do Estado da respectiva sede. Vide a íntegra do caso Enka em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html>; acesso em: 18.06.2022. Para uma abrangente análise desse caso, vide ARAUJO; FREITAS, 2021. Pode-se dizer que a conclusão da Suprema Corte é razoável no que respeita à convenção de arbitragem, pois, realmente, a sede da arbitragem é um efetivo centro de gravidade para a apreciação de sua validade e eficácia, tendo a sede inegável proximidade com tal convenção, por se tratar do local onde se deve promover a sua eventual execução; não se pode, entretanto, estender esse mesmo raciocínio automaticamente para a regência do contrato como um todo e das questões de direito material resultantes do relacionamento entre as partes, se não apresentarem real e efetiva conexão com o Estado da sede da arbitragem. Tal efetiva proximidade, embora não seja de todo incomum, pode não ocorrer, tendo em vista que nos contratos internacionais muitas vezes a sede da arbitragem é escolhida por razões desvinculadas da relação jurídica em si, tais como a boa reputação do local, conveniência, neutralidade, poder judiciário favorável à arbitragem, tradição e experiência de suas entidades arbitrais e profissionais do direito, etc.

mesmos particulares, por seus comportamentos e/ou declarações negociais, ao campo espacial de competência normativa de uma ou mais de uma lei em especial.

Esclareça-se que, por submissão voluntária, entende-se não apenas a escolha expressa *em comum*, por duas ou mais partes postas em relação, da lei ou regras de direito aplicáveis à sua relação jurídica, mas também a submissão voluntária unilateral, que ocorre quando uma pessoa decide fixar domicílio em determinado país, ou nele situar um estabelecimento comercial (que será, eventualmente, uma subsidiária, filial ou escritório de representação de uma sociedade empresarial de origem estrangeira), ou aceita um emprego, celebra contratos, etc., almejando a produção de efeitos jurídicos em determinado território, assim expondo-se voluntariamente à potencial incidência da lei nele vigente para a regulação dos fatos, atos e negócios de sua vida privada.

Também ocorre submissão voluntária quando uma parte estabelecida em determinado país realiza, a partir dele, negócios de exportação ou importação, ou contrai financiamentos internacionais, ou celebra outro tipo de contrato internacional pelo qual voluntariamente expande sua atividade para além do território do seu Estado de origem e da natural competência da respectiva lei, assim submetendo-se voluntariamente à potencial regulação de seus atos por leis estrangeiras, tanto quanto, potencialmente, expõe-se à possibilidade de que seus litígios entrem no campo de jurisdição internacional de juízes estatais estrangeiros, na falta de convenção de arbitragem.

Uma regra de conflito que considere e respeite cumulativamente os aspectos acima destacados – maior proximidade, respeito à legítima expectativa e identificação da submissão voluntária relacional e convergente das partes – será dotada, em alguma medida, dos atributos de certeza e segurança jurídica (concretização do princípio da não-surpresa), de modo a promover a congruência entre a *norma agendi*, isto é, a norma jurídica material que os particulares levaram em consideração *a priori*, ao tomarem decisões relativas ao seu negócio jurídico, e a *norma decidendi*, ou seja, aquela que o julgador – seja ele estatal ou arbitral – deve aplicar *a posteriori*, na atuação concreta do direito para a resolução da situação litigiosa que lhe é submetida.

A imensa dificuldade de serem definidos de forma fixa e apriorística, em uma lei de direito internacional privado, os *melhores* elementos de conexão para regular as situações da vida, adicionalmente enquadrando estas dentro de algumas poucas categorias jurídicas bem determinadas (estatuto pessoal e direitos de família, sucessões, direitos reais, obrigações, etc.), para assim determinar a *sede* de cada relação jurídica, foi a causa do relativo insucesso do método conflitual clássico,³⁷⁵ que não foi capaz de entregar o que elegera como objetivo máximo da disciplina: a harmonia internacional de decisões sobre relações privadas multiconectadas,³⁷⁶ que, a partir de uma utópica uniformização das regras de conflitos de leis em âmbito mundial, deveria alcançar certeza e segurança jurídicas em grau máximo, neutralizando a atuação estratégica de partes que dispõem do conhecimento e da capacidade financeira para praticar o *forum shopping* e, por seu intermédio, o *law shopping*.³⁷⁷⁻³⁷⁸

³⁷⁵ Para uma extensa e proficiente descrição do funcionamento do método clássico em sua formulação fundadora – de Savigny – vide SAGI, 2018, p. 31-67, além, naturalmente, da obra do próprio jurista alemão (SAVIGNY, 2004 [1849]).

³⁷⁶ Note-se que a principal razão para a grande popularidade do princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado está em que o respeito à escolha das partes assegura o maior nível possível de proximidade, previsibilidade e respeito à legítima expectativa, além de propiciar a harmonia internacional de decisões, antigo objetivo do direito de conflitos (vide HAY, 2018, p. 57; KASSIR, 2019, p. 136).

³⁷⁷ Como observa Amílcar de Castro (1997, p. 40), aludindo à doutrina de Wolff, “se as normas de direito internacional privado fossem universais, qualquer litígio poderia ser decidido de acordo com os mesmos direitos internos, sem atenção ao tribunal a que fosse apresentado. E onde as partes não quisessem ajuizar suas pretensões, mas simplesmente ser aconselhadas acerca de sua situação jurídica, seu advogado estaria apto a dar resposta inequívoca”. No entanto, a realidade é oposta, pois, como bem nota Werner Goldschmidt (2011[1970], p. 624), “de fato – em termos gerais – um contrato internacional não tem um direito aplicável a conflitos atuais ou eventuais até que se tenha determinado o foro. E assim se passa mesmo quando as partes tenham elegido ou criado o direito aplicável, se ao mesmo tempo não tiverem previsto uma jurisdição internacional, oficial ou privada, que proteja sua liberdade” (“De hecho, – en términos generales – un contrato internacional no tiene un derecho aplicable a conflictos actuales o eventuales hasta que no se haya determinado el foro. Y ello es así aun cuando las partes hayan elegido o creado el derecho aplicable, si al mismo tiempo no hubieren previsto la jurisdicción internacional, oficial o privada, que proteja su libertad”). Vide, ainda, RODRÍGUEZ, 2015, p. 51-52.

³⁷⁸ Desde Savigny, a busca pela harmonia internacional de previsões legais sobre a lei aplicável, segundo o método conflitualista multilateral – considerado superior, por princípio, à aplicação indiscriminada da *lex fori* –, visa a evitar o *law shopping* resultante da propositura da ação em jurisdição escolhida pelo autor (*forum shopping*). Como consignou o jurista, “[e]m muitos casos de colisão [conflito] os tribunais de diferentes lugares são igualmente competentes e o pleiteante está livre de [para] escolher aquele que preferir. Disso decorreria que o direito local aplicável a cada causa dependeria não somente de circunstâncias puramente acidentais, mas da vontade arbitrária de uma só das partes. Ora, um princípio cuja aplicação leva a semelhantes consequências não pode ser aceito como verdadeiro” (SAVIGNY, 2004 [1849], p. 125).

Sabe-se, inclusive pela experiência acumulada da ciência do conflito de leis, que um sistema conflitual concebido em conformidade com o método clássico sempre padecerá de dificuldades práticas originadas pela previsão de regras de conexão rigidamente fixadas em lei – nem sempre favorecedoras da justiça material no caso concreto – e com as escolhas discrepantes de regras de conexão pelos diversos ordenamentos jurídicos. Daí o movimento de modernização do direito de conflitos, constatável em âmbito mundial, por obra de legisladores internos e internacionais ao longo da segunda metade do século XX e duas primeiras décadas do século XXI, com a consequente atualização do paradigma conflitual clássico e bem assim a superação, ao menos como critério exclusivo, do ideal de justiça conflitual pura.³⁷⁹ Passou-se a preferir, de um lado, regras de conexão mais abertas e flexíveis, adaptáveis ao caso concreto,³⁸⁰ e, de outro, a se adotar critérios materiais para a determinação da lei

³⁷⁹ Em sua concepção tradicional, a norma de direito internacional privado seria axiologicamente neutra, pois não visaria à concretização de uma concepção particular de justiça, ou mesmo dos valores constitucionais e políticos do ordenamento jurídico *a quo*, mas, sim, à localização das situações jurídicas no espaço. Enquanto a norma de direito material se ocuparia do *Sosein* (“ser assim” ou “modo de ser”) dos fatos da vida objeto de regulação jurídica, seria relevante para a norma de conflitos, unicamente, situar territorialmente esses fatos, procedendo à sua localização de acordo com a expectativa das partes interessadas, ocupando-se, portanto, do *Dasein* (“estar-aí”) dos fatos da vida juridicamente relevantes. Como afirma João Baptista Machado (1998, p. 165), “as relações entre as normas de Direito Material e o objeto destas (as situações da vida em que se concretizam as respectivas hipóteses normativas) é contemplada [pela norma de conflitos] como que do exterior e descomprometidamente”. Entretanto, por várias formas e meios, a política legislativa, os valores jurídico-políticos e as concepções prevaletentes de justiça material penetraram no direito internacional privado, ao longo da segunda metade do século XX e princípio do século XXI, com a consideração de perspectivas de direito internacional público e de tutela dos direitos humanos, incluindo a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como norteador de decisões legislativas e judiciais, além do crescente fenômeno das normas de aplicação imediata, entre outros aspectos de materialização do direito internacional privado (sobre o tema, vide, em geral, RAMOS, R., 2021 [1978], e RAMOS, A., 2021). Especificamente no campo do direito do comércio internacional, Lauro Gama (2020, p. 111-112) identifica no fenômeno do pluralismo de fontes – com o recurso pelo julgador a diretivas e princípios gerais do direito do comércio internacional, corporificados nos Princípios Unidroit e na Cisg, por exemplo – um caminho para a “materialização” do conceito de justiça do DIPr, visando a “densificar” ou esclarecer as decisões tomadas em litígios internacionais, à luz dos princípios geralmente aceitos no direito do comércio internacional.

³⁸⁰ Como ensina Jacob Dolinger (1997, p. 336), “[t]radicionalmente as regras de conexão do direito conflitual são eminentemente técnicas, rígidas, fixas, inflexíveis. (...) [O]s contratos são regidos pela lei do país de sua celebração (*lex loci contractus*) ou de seu cumprimento (*lex loci solutionis*), também dependendo do critério escolhido por cada sistema de Direito Internacional Privado (...). A inflexibilidade destas regras de conexão só era abalada quando ocorria uma das circunstâncias impeditivas de sua aplicação, expressamente previstas na legislação, na doutrina ou na jurisprudência especializadas, os conhecidos princípios do renvio, do conflito de qualificações, da ordem pública, da fraude à lei e dos direitos adquiridos”. Modernamente, entretanto, especialmente a partir da Convenção da Haia Sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, de 1955, começam a ser adotadas regras programáticas, vinculadas ao princípio da proximidade. Como observam ainda Dolinger e Tiburcio (2016, p. 46 e p. 363), passou-se a adotar “o princípio amplo e flexível da lei mais

aplicável, tais como a escolha da lei mais favorável à parte vulnerável, em determinadas relações jurídicas não paritárias, ou da lei mais adequada à promoção dos direitos humanos e à tutela da dignidade da pessoa humana, ou da lei que favoreça a validade do negócio jurídico.

Ganhou relevância, também, a atuação do princípio da ordem pública internacional e transnacional, não só em caráter negativo, mas também positivo, bem como a técnica legislativa de edição de normas de aplicação imediata, expressão contemporânea do dirigismo econômico, e o desenvolvimento da doutrina da “*better law*”, que visa à identificação não da lei mais próxima, mas, dentre as potencialmente aplicáveis, da mais moderna, completa e justa no caso concreto,³⁸¹ entre outras possibilidades de *materialização* do conflito de leis e promoção da justiça material,³⁸² para aperfeiçoamento da clássica justiça conflitual³⁸³ ou até mesmo sua substituição como noção de justiça primordial do DIPr.

próxima, mais intimamente vinculada com as partes ou com a questão jurídica, que faculta aos tribunais maior poder discricionário na escolha da lei aplicável”, com “maior atenção às realidades sociais e econômicas que embasam o fenômeno jurídico”. Nos Estados Unidos, o equivalente do princípio da proximidade é a “*most significant relationship*” adotada, em 1971, pelo § 187 do Restatement (Second) of Conflict of Laws, embora seja de se notar que a aplicação da conexão mais próxima pela jurisprudência desse país remonta a 1954 (JUENGER, 2000a, p. 467).

³⁸¹ Sagi Peari (2018, p. 126 e ss.), por exemplo, ao desenvolver sua teoria da “choice-equality foundation” como base do direito internacional privado, admite a metodologia da *better law* como principal técnica para a identificação do direito subsidiariamente aplicável a situações em que a lei competente determinada pela regra de conflitos primária conduzir a resultados insatisfatórios.

³⁸² Para Lauro Gama (2020, p. 115), “todos os sistemas modernos de direito internacional privado recorrem, em parte, à ‘conciliação de leis’, na medida em que conjugam codificações (regras conflituais tradicionais) e flexibilidade (métodos de interpretação ou cláusulas gerais que controlam a aplicação das regras). A título de exemplo, podemos citar a cláusula de proximidade *closest connection* e o processo de interpretação das regras materiais em causa para fins de qualificação. Há igualmente as técnicas do *dépeçage* e da fraude à lei, que rejeitam a localização territorial contida na regra de conflito. Enfim, há situações em que a justiça material interfere no funcionamento da regra, tais como a exceção de ordem pública ou a invocação de direitos fundamentais” (“tous les systèmes modernes de droit international privé font appel, en partie, à la ‘conciliation des lois’, lorsqu’ils assemblent des codifications (règles conflictuelles traditionnelles) et de la flexibilité (des méthodes d’interprétation ou des clauses générales qui contrôlent l’application des règles). A titre d’exemple, nous pouvons citer la clause de proximité *closest connection* et le processus d’interprétation des règles matérielles en cause pour des fins de qualification. Il y a également les techniques du *dépeçage* et de la fraude à la loi qui rejettent la localisation territoriale contenue dans la règle de conflit. Enfin, il existe des situations où la justice matérielle intervient dans le fonctionnement de la règle, telles que l’exception d’ordre public ou l’invocation des droits fondamentaux”).

³⁸³ Nota Isabela Lacreta (2021, p. 96) que “[a]s regras de conflito em si também passaram por importantes evoluções. Enquanto, para a doutrina clássica, as regras de conflito eram fechadas e rígidas, indicando apenas uma possível solução que vinculava o juiz estatal, as doutrinas mais modernas defendem que as regras de conflito sejam abertas e flexíveis (*open-ended rules*), que indiquem uma pluralidade de elementos de conexão, privilegiando-se uma análise *in concreto* do caso para a verificação da conexão mais adequada para aquela relação jurídica. As teorias mais modernas

Na área da arbitragem comercial internacional, a reação à suposta crise do direito internacional privado decorrente das deficiências do método clássico, assim como a percepção de que as soluções para ela propostas não são nem unânimes, nem de simples implementação – sobretudo em um contexto de inexistência de um sistema jurídico de base que forneça ao árbitro critérios legais incontroversamente aplicáveis –, deu origem à tendência identificada nas últimas décadas, no sentido da crescente adoção da *voie directe* na prática arbitral,³⁸⁴ como meio de evitar e contornar as alegadas complexidades do método conflitual e, ao mesmo tempo, demonstrar um voto de confiança na capacidade dos árbitros internacionais de resolver adequadamente os litígios que lhes são submetidos, em conformidade com as necessidades do comércio internacional.

No entanto, nesse cenário de indefinição, é imperioso reduzir – ou ao menos balizar – o alto nível de discricionariedade outorgada aos árbitros internacionais, em prol da maior estabilidade do sistema de arbitragem e da previsibilidade de seus resultados, proporcionando alguma certeza jurídica para as partes. Para retomar as palavras de Gary Born citadas no capítulo 1 desta tese, “alguma dose de reavaliação é necessária”. É o que se propõe no subcapítulo que se segue, que consiste na suma da proposta desta tese.

5.3 Diretrizes para a determinação, pelo árbitro, das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio.

Após todo o percurso da tese e estabelecidas as necessárias premissas, é possível traçar diretrizes – ou, mais exatamente, orientações – para a determinação, pelo árbitro, das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio, na ausência de escolha pelas partes. Para tanto, convém, preliminarmente, recapitular e explicitar os

também pretendem que seja privilegiada conexão mais apropriada, verificada a partir da análise *in casu* da questão, ainda que a regra de conflito indique um único e distinto elemento de conexão”.

³⁸⁴ Ao ponto de Erik Jayme (1995, p. 86) elogiar como “solução modelo” do problema do direito aplicável na arbitragem internacional o (antigo) artigo 1.496 do Código de Processo Civil francês (atual artigo 1.511), expressão paradigmática da *voie directe*.

fundamentos mais relevantes que servem de base e justificativa para determinadas escolhas.

O problema de que aqui se cuida pode, ou não, ser regulado pelos ordenamentos jurídicos estatais, mediante normas de fonte interna ou internacional. No direito brasileiro, sabe-se que não há qualquer regramento positivo de fonte interna, mas somente modesta fonte internacional, a saber, o Acordo do Mercosul de 1998, vigente nos quatro Estados-membros do bloco.

Assim, em arbitragens internacionais com sede no Brasil, às quais não seja aplicável o referido Acordo, os árbitros não dispõem de qualquer estipulação normativa quanto à determinação do direito aplicável na falta de escolha pelas partes, inclusive porque os escassos regulamentos de entidades arbitrais que tratam da matéria adotam a *voie directe*, conferindo ao árbitro liberdade para decidir o litígio mediante a aplicação das regras de direito que considerar apropriadas.

Não obstante a liberdade conferida aos árbitros nesse tema, as diretrizes que se buscará traçar recorrerão a princípios de conflito de leis – procedimento incontornável para regular juridicamente qualquer situação fática que apresente elementos de estraneidade –, com o propósito de possibilitar a composição de regras conflituais *ad hoc* aplicáveis a casos concretos. Considerando que tais diretrizes tomam por fundamento princípios de conflitos de leis, são adequadas a situações regidas tanto pela *voie directe*, quanto por métodos originariamente conflituais, a saber, a *voie indirecte* e o critério geral dos vínculos mais próximos.

Tais diretrizes serão menos úteis, entretanto, em arbitragens cursadas sob lei e/ou regulamento que adote regras hoje consideradas ultrapassadas, como a mandatória aplicação do direito internacional privado “do foro” (leia-se, do local da sede da arbitragem)³⁸⁵ ou a anômala e raríssima hipótese de aplicação obrigatória do ordenamento jurídico material “do foro”.³⁸⁶

³⁸⁵ O que o autor identificou ser o caso, atualmente, somente de Noruega e Lêmen, mas em passado recente também da República Tcheca, Costa Rica e Malta, como exposto na nota 185 *supra*

³⁸⁶ Que seja do conhecimento do autor, é o que se passa, como exemplo isolado, na Estônia, como exposto na mesma nota acima citada.

Essa é, portanto, uma característica do método que ora se preconiza: ele se aplica a praticamente todas as hipóteses de regulação estatal incidentes sobre o problema de que aqui se cuida, exceto situações anômalas, em que a lei de arbitragem que rege o procedimento determine a obrigatória aplicação de um ordenamento material ou de sistema de normas conflituais específico.³⁸⁷

Embora as orientações ora propostas observem os princípios do conflito de leis, sabe-se que o árbitro internacional não conta com nenhum sistema jurídico nacional de referência (salvo no que respeita a aspectos cogentes do regramento do próprio processo arbitral), contemplando-os de uma perspectiva externa e neutra quanto às normas conflituais dos sistemas jurídicos estatais interessados, sendo esse um segundo motivo pelo qual se diz que a regra conflitual a ser por ele construída para o caso concreto terá caráter *ad hoc*.

Essa regra é casuística porque, para sua determinação, não só deve o julgador levar em conta, necessariamente, todas as circunstâncias objetivas e subjetivas de cada caso concreto – o que torna impossível a dedução de regras fixas e predeterminadas –, como também porque ela não deflui automaticamente de nenhum sistema estatal de direito internacional privado, seja de fonte interna, seja de fonte internacional. Não há, portanto, regra conflitual *a priori* que seja obrigatoriamente aplicável pelo árbitro – rígida ou flexível, a título principal ou subsidiário.

Exceção a tal orientação é a obrigação que se impõe ao árbitro de dar cumprimento à escolha das partes quanto às regras de direito regedoras de sua relação jurídica (sob reserva da ordem pública e das normas de aplicação imediata), considerando-se o respeito à autonomia privada uma regra material constitutiva do próprio instituto da arbitragem.

³⁸⁷ E, mesmo nessa última hipótese, as orientações constantes deste subcapítulo para a determinação das regras de direito aplicáveis ainda assim podem mostrar-se pertinentes, se o sistema de direito internacional privado que resultar aplicável adotar regras flexíveis ou recorrer a princípios de DIPr e/ou de direito do comércio internacional, como, aliás, é o caso do Acordo do Mercosul de 1998.

Assim, a partir desse comando de respeito à autonomia da vontade deduz-se a prioridade, como primeira consideração do árbitro, de determinar a existência ou não de manifestação tácita indicativa da vontade das partes quanto ao direito aplicável, identificável de forma conclusiva e convincente a partir do texto contratual e das circunstâncias de sua negociação e execução.

Para tal determinação, deve o árbitro considerar o contrato e as manifestações reciprocamente dirigidas por uma parte à outra durante todo o desenvolvimento do processo obrigacional, para buscar identificar referências diretas ou indiretas a alguma lei nacional, como sendo aquela com que as partes contaram em suas tratativas e atos de execução e com base na qual estipularam seus recíprocos direitos e obrigações.

Poderá o árbitro, inclusive, identificar a eventual rejeição comum das partes à aplicação de qualquer lei nacional – uma efetiva escolha negativa, não meramente deduzida da falta de acordo sobre a lei aplicável –, circunstância que potencialmente remete a disciplina do contrato a princípios gerais da *lex mercatoria* ou a princípios de direito comercial internacional aceitos pela generalidade dos Estados, ou ainda a instrumentos de *soft law* como os Princípios Unidroit. Ao assim proceder, estará o árbitro, a um só tempo, implementando os princípios da autonomia da vontade, da submissão voluntária e da legítima expectativa das partes. Para tanto, é importante que a vontade das partes, embora tácita, possa ser depreendida das evidências de forma clara.

Note-se que, no que se refere à *escolha* da lei – que para as partes, é totalmente livre, mas não para o árbitro –, não condiz com a missão do árbitro que atue como um suposto representante ou mandatário das partes, com poderes para escolher, por elas e em seu benefício, as regras de direito aplicáveis à regência do contrato e à resolução do litígio.

O árbitro não é um mandatário *ad negotia*, mas um juiz de fato e de direito, que, a rigor, não *escolhe* o direito hipotética e presumivelmente aplicável, mas, sim, procede à respectiva determinação de forma heterônoma e jurisdicional.

Ordinariamente, a convenção de arbitragem e o termo de arbitragem não conterão a previsão da outorga de poderes para tal escolha, sendo uma ousada ficção a consideração de que a omissão das partes em escolher a lei aplicável equivaleria a outorgar um “mandato” em branco aos árbitros para fazê-lo em seu lugar. Portanto, não cabe ao árbitro “escolher”, por exemplo, uma lei não conectada com a situação fática em sua conformação subjetiva ou objetiva, a pretexto de selecionar a melhor lei, ou a mais justa, ou lei com outro qualificativo qualquer que se lhe queira dar.

É fato que as partes têm a seu dispor a mais notável e poderosa ferramenta para a garantia de previsibilidade e segurança jurídica: a prerrogativa legal, mundialmente reconhecida, de escolher as regras de direito aplicáveis ao contrato, especialmente quando os eventuais litígios dele decorrentes se submetam à arbitragem. Porém, quando as partes não logram alcançar consenso a esse respeito, não é razoável que se sujeitem, em inversão extrema, à mais radical insegurança e imprevisibilidade, que decorreriam da teoria do “mandato” outorgado ao árbitro para escolher arbitrariamente o direito aplicável – inclusive, na *voie directe*, sem recorrer (ao menos nominalmente e *prima facie*) às técnicas e princípios do conflito de leis.

Caso o árbitro não consiga identificar no texto contratual, ou na correspondência trocada entre as partes, ou ainda no seu comportamento durante a execução do contrato – e tampouco nas petições de seus advogados –, a comum escolha tácita de algum ordenamento jurídico material específico, ou da *lex mercatoria* e outras fórmulas de direito não-estatal, caberá a ele passar para a segunda etapa do processo de determinação das regras de direito aplicáveis.

Nessa segunda etapa, cabe observar que a necessidade de determinação pelo árbitro das regras de direito aplicáveis pressupõe que efetivamente *exista* um conflito de leis positivo, caracterizado pela concorrência de duas ou mais leis potencialmente competentes que sejam colidentes, por estipularem regramentos distintos para uma mesma questão de direito relevante para a resolução do litígio.

Se existir um falso conflito no plano do direito material, considerando-se as alegações das partes e os ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis, a

missão do árbitro ficará bastante facilitada, reduzindo-se a importância da prévia determinação do direito aplicável. No mesmo sentido, também poderá haver um falso conflito quando o árbitro constatar a identidade de soluções do conflito de leis pelos ordenamentos jurídicos relevantes, todos conduzindo à aplicação do mesmo direito material. Nessas situações, poderá ter lugar o conhecido método da aplicação cumulativa dos sistemas conflituais pertinentes à hipótese, elogiado pela doutrina e frequentemente empregado nos precedentes da arbitragem comercial internacional.

Entretanto, havendo efetivo e real conflito de leis, o árbitro recorrerá, como terceira etapa do método de determinação das regras de direito aplicáveis, à descoberta e atribuição de sentido jurídico aos índices de (i) submissão voluntária relacional; (ii) proximidade entre fatos, pessoas e normas; e (iii) legítima expectativa das partes. Com esse procedimento, o árbitro objetiva, fundamentalmente, discernir a(s) lei(s) nacional(ais) que efetivamente impregnaram os fatos juridicamente relevantes na origem dos direitos e obrigações das partes, ou seja, nas negociações e no seu produto consolidado, o instrumento contratual. A pergunta que cabe ao árbitro, nessa etapa, é: qual(ais) lei(s) as partes objetivamente levaram em consideração (ou deveriam ter levado em consideração) ao negociar o seu contrato?

Essa lei ou leis – que constava(m) ou deveria(m) constar do horizonte de cogitações das partes no momento de negociação do contrato – serão aquelas às quais elas voluntariamente se submeteram, individualmente, ao perseguir a celebração daquele contrato específico.

Tal submissão voluntária, de início individual, torna-se *relacional* – isto é, passa a ser *comum* às partes, ainda que não expressamente como manifestação jurígena da vontade – a partir do momento em que cada uma das partes sabe que a *outra* pode estar considerando, igualmente, aquela lei específica como a que será *natural e previsivelmente aplicável ao contrato*. Nesse momento, formam-se as *legítimas expectativas das partes*, base da previsibilidade e segurança jurídica possíveis, na ausência de escolha pelas partes.

No desiderato de identificar as leis que impregnaram os fatos jurídicos relevantes, o árbitro deve retornar ao básico, começando pelas mais tradicionais regras de conexão – *lex loci solutionis* e *lex loci contractus (locus regit actum)*. Devido à importância, no direito internacional privado atual, da lei do local da residência habitual ou do principal estabelecimento do devedor da prestação característica (ou do estabelecimento secundário que assumiu a obrigação de desempenhar a prestação característica), essa regra de conexão também merece consideração. Igualmente pode ser relevante, nessa análise, a lei da nacionalidade ou do domicílio comum às partes, se houver.

Nessa etapa, não se recomenda que o árbitro se oriente exclusivamente por regras de conexão incomuns ou inusitadas, tais como a lei correspondente ao “idioma em que foi redigido o contrato”, ou “a lei do local de pagamento”, ou a correspondente à “moeda de pagamento”, ou ainda a esdrúxula “lei da nacionalidade (ou domicílio) do árbitro”³⁸⁸ ou mesmo a infundada “lei da sede da arbitragem” – infundada, se se pretender a sua escolha apenas por se tratar da lei da sede –, entre outras cogitadas pela doutrina, aparentemente apenas pelo prazer de compilar listas.

Ressalve-se que, por razões óbvias, a lei do local de pagamento precisa, sim, ser levada em consideração pelas partes, quanto a procedimentos e exigências locais

³⁸⁸ Quanto à “lei da nacionalidade (ou domicílio) do árbitro”, cabe aqui uma observação paralela atinente à prática da advocacia. Usualmente, o presidente do tribunal arbitral é escolhido consensualmente pelas partes, ou pelos coárbitros, ou, ainda, pela instituição administradora do procedimento. Se houver divergência – ou potencial divergência – entre as partes sobre a lei aplicável à resolução do litígio, não haverá qualquer garantia de que o presidente do tribunal será um jurista cuja formação e experiência terão sido obtidas no Estado cujo ordenamento jurídico será, finalmente, aplicado à resolução do litígio. Essa não será necessariamente uma preocupação dos coárbitros ou da instituição arbitral – se lhes couber a escolha do presidente –, até porque se trata de ato praticado no limiar do procedimento, antes mesmo da celebração do termo de arbitragem e, portanto, antes da exposição mais completa das posições das partes, eventualmente não se podendo identificar, nesse momento, a existência de um conflito de leis. Assim, tem-se que, *na prática*, existe a possibilidade de que a nacionalidade do presidente do tribunal arbitral tenha alguma indevida influência – ainda que velada – sobre a determinação do ordenamento jurídico aplicável à resolução do litígio, pois o árbitro poderá preferir, por motivos de conveniência, aplicar o direito que lhe é mais familiar. A situação aqui descrita será menos provável na arbitragem submetida ao regulamento da CCI, que contém regra segundo a qual, se distintas as nacionalidades das partes, o presidente do tribunal arbitral, quando couber à instituição a respectiva escolha, deverá ter nacionalidade distinta da das partes. Por outro lado, tal regra pode gerar a indesejável circunstância de que, com ainda maior probabilidade, o presidente do tribunal arbitral será de nacionalidade estranha ao ordenamento jurídico aplicável ao caso. Tais considerações, entretanto, são extrajurídicas, nada tendo a ver com o método arbitral de que aqui se cuida, pelo que não têm cabida nos limites da presente tese.

para a realização de contratos de câmbio, transferências bancárias, etc. – assuntos normalmente regulados por normas imperativas, assim como as regras alfandegárias e tributárias –, daí não decorrendo que tal lei tenha, *unicamente por essa circunstância* (local de pagamento), melhor título a ser considerada como lei de regência do contrato, ainda que coincidentemente venha a ser determinada como tal pelo árbitro, em razão da convergência de outros fundamentos mais adequados e convincentes para sua aplicação.

Assim, selecionando as leis que seriam naturais candidatas à regência do contrato e do litígio – principalmente a lei do local de cumprimento da prestação característica do contrato, a lei do local da celebração do negócio e a lei do domicílio do devedor da prestação característica, assim como a lei do domicílio ou nacionalidade comum às partes, se existir –, deve o árbitro sopesar e ponderar cuidadosamente a relevância de cada uma delas, sob os pontos de vista da proximidade, impregnação dos fatos, previsibilidade e legítima expectativa das partes, levando em consideração todas as circunstâncias subjetivas e objetivas relevantes.

Para a ponderação do peso relativo das leis potencialmente aplicáveis, o árbitro deve verificar quantas e quais conexões concretas remetem ao direito vigente no local da execução das obrigações contratuais, ou da contratação, ou ainda do domicílio do prestador característico, ou por fim do domicílio ou nacionalidade comum às partes, e qual a intensidade de cada conexão comparativamente às demais. Não se trata, por óbvio, de uma “contabilidade” meramente aritmética de conexões, mas, sim, da cuidadosa ponderação do peso relativo de cada ato de submissão voluntária, bem como da potencial criação de legítimas expectativas para ambas as partes e da intensidade da impregnação dos fatos pelo direito.

Assim, por exemplo, se uma das partes estiver habituada a se expor à regência de seus contratos por leis estrangeiras, de forma mais intensa e frequente, comparativamente à sua contraparte contratual, a lei pessoal da última terá melhor título à aplicação. A parte passiva, que aguarda em seu domicílio o contato e iniciativa da outra parte, que por sua vez se mostra mais proativa na negociação e celebração de um contrato internacional, tem na lei do seu domicílio um título maior à aplicação,

desde que seja ela a devedora da prestação característica, ou seu domicílio o local da celebração do contrato ou de cumprimento da obrigação.

Análoga consideração pode ser feita quanto a empresas que adotam o modelo de distribuição internacional de seus produtos e serviços mediante o emprego de agentes, representantes comerciais, distribuidores e franqueados. A empresa fornecedora dos bens e serviços, titular dos direitos, *know-how*, patentes e marcas relevantes, normalmente terá presença em inúmeras jurisdições, em cada uma delas elegendo um ou mais parceiros estratégicos, para atuar no âmbito de uma rede ou de um sistema organizado de distribuição e circulação de bens e serviços. Nesses casos, a submissão voluntária mais intensa a leis estrangeiras será a do empresário que, na relação contratual, assume a condição de contratante *principal*, comparativamente à submissão voluntária mais débil do agente, representante, franqueado ou distribuidor à lei vigente na jurisdição pessoal do *principal*, ainda que seja o local da negociação e celebração do contrato. Prevalece, portanto, ao menos a princípio, a lei do local de cumprimento da obrigação característica do tipo contratual, exceto se se concluir pela existência de vínculos mais intensos com outra lei.

Igualmente, e ainda como exemplo, se alguém se dispõe a prestar serviços e fornecer bens em uma determinada jurisdição – e para isso se organiza empresarialmente, estabelecendo um escritório, sucursal ou subsidiária naquela jurisdição, para lá deslocando representantes e funcionários –, é previsível e compatível com a legítima expectativa das partes que a lei daquele local seja a aplicável aos contratos que, naquela jurisdição, o empresário com presença transnacional vier a firmar. Essa será, normalmente, a situação prevalecente em contratos internacionais de fornecimento *turn key*, contratos de construção, contratos com entes do poder público e outros tipos de contratos sujeitos a concorrências internacionais.

É de se notar também que certos tipos de relações jurídicas apresentam, naturalmente, por razões estruturais que lhes são inerentes, vínculos mais intensos com determinadas leis. É o caso da lei vigente no local onde a pessoa jurídica é constituída, para reger seus aspectos organizacionais e societários, ou da lei do local

da situação do imóvel, para reger os direitos e situações jurídicas reais sobre coisa própria ou alheia que lhe correspondem, ou o direito do local onde se encontra constituído o mercado organizado de valores mobiliários e outros instrumentos financeiros, para reger as relações jurídicas decorrentes de operações realizadas no seu âmbito (o que, pela mesma lógica, se estende a compras em estabelecimentos ou sistemas organizados de leilão).

Já em matéria de contratos com consumidores e trabalhadores, assim como com entidades securitárias, não é possível, de antemão, determinar uma lei naturalmente preponderante.

Com efeito, ainda que a lei do local do ato de consumo e do local da prestação de serviços do trabalhador, respectivamente, tenham relevante peso, poderá o julgador preferir uma conexão alternativa, como a lei do local do domicílio da parte vulnerável, se lhe for mais favorável e caso se justifique tal especial proteção no caso concreto.

No que respeita aos contratos internacionais de seguro em que não exista escolha da lei aplicável, o pêndulo dos vínculos mais estreitos poderá favorecer a lei do local do estabelecimento que emitiu a apólice ou a lei do local da situação do risco coberto, cabendo ao árbitro ponderar os méritos relativos dessas alternativas, levando em consideração, igualmente, eventual lei que se pretenda mandatoriamente aplicável a título de norma de aplicação imediata, se houver.

Em termos gerais, não sendo o caso de aplicação de regras específicas como as acima ilustrativamente expostas, podem-se considerar alguns critérios indicativos da maior intensidade do vínculo em relações comerciais: (i) poderá ser mais intenso o vínculo com a lei do local do cumprimento da obrigação, comparativamente à lei do local da celebração do contrato, a depender das circunstâncias fáticas que “densifiquem” um ou outro; (ii) havendo claramente uma parte mais proativa na persecução e celebração do contrato, ela se submete voluntariamente à lei estrangeira, que normalmente será a lei domiciliar da parte menos ativa e proativa; e (iii) poderá haver um vínculo mais intenso com a lei do domicílio do devedor da

prestação característica (notadamente no contrato de compra e venda internacional de mercadorias e outros em que uma obrigação de dar ou fazer se contraponha a uma obrigação pecuniária), desde que não exista significativa convergência de outros elementos de conexão em favor de lei diversa.

Naturalmente, como o conflito de leis não é uma ciência exata, as considerações acima são simples orientações, a serem cuidadosamente ponderadas pelo árbitro em cada caso concreto, no pleno exercício do múnus prudencial, em busca da solução mais adequada, justa e compatível com a legítima expectativa das partes e com as características do caso.

Paralelamente à aplicação dos princípios fundamentais do método conflitual – autonomia privada, submissão voluntária, proximidade e tutela da legítima expectativa –, cumpre ao árbitro levar em consideração, também, regras materiais que visam a temperar a aplicação concreta da justiça conflitual, notadamente a regra *in favorem validitatis* e o *better law approach*.

Pela aplicação do princípio de validação, caso o árbitro constate que o contrato entre as partes é legítimo e corresponde a uma operação econômica digna de tutela jurisdicional, poderá deixar de aplicar determinada lei material a ele significativamente conectada, mas que resulte em sua nulidade ou ineficácia. Poderá, assim, determinar a aplicação de outra lei, também conectada à situação de fato, mas que repute o negócio válido e eficaz, desde que o motivo da cominação de nulidade ou ineficácia pela primeira não seja suficientemente relevante à luz da ordem pública transnacional (isto é, não exista um motivo para a cominação legal condizente com o que a maioria dos ordenamentos jurídicos consideraria conducente à invalidade).

Também poderá o árbitro, mormente em um contexto de aplicação do método da *voie directe*, ponderar qual das leis significativamente conectadas com o fato se mostraria, comparativamente aos demais ordenamentos materiais em presença, capaz de produzir o melhor e mais eficiente resultado material, por se tratar da lei mais moderna, mais completa e mais compatível com os legítimos interesses comerciais a serem tutelados. Tratar-se-ia de uma consideração da *better law* como critério

subsidiário para a decisão de impasses entre leis suficientemente conectadas, desde que satisfatoriamente atendidos os requisitos gerais (e sempre presentes) de coerência com a submissão voluntária das partes, tutela da legítima expectativa e impregnação dos fatos pelo direito.

Ainda com o propósito de incorporar considerações de justiça material em um processo que fundamentalmente é de direito conflitual, visando à busca da melhor solução de direito para o caso concreto, poderá o árbitro ponderar qual das leis nacionais relevantes e potencialmente competentes para a regência do fato jurídico multiconectado seria a mais compatível com os usos e costumes comerciais consagrados internacionalmente. Tratar-se-ia de uma forma indireta de internacionalizar o contrato e fertilizar o processo de determinação de lei aplicável com considerações de *better law* pela ótica da adequação comercial.

Em qualquer caso, não haverá qualquer impedimento a que o árbitro decida aplicar diferentes leis nacionais ou conjuntos de regras de direito a aspectos distintos do contrato ou do litígio (*dépeçage*), conforme se revelem mais apropriado a cada situação, de acordo com os critérios precedentemente expostos.

Também em qualquer caso, deverá o árbitro aplicar as normas imperativas da lei determinada como regedora da resolução do litígio, além de eventualmente considerar outras normas imperativas que se pretendam aplicáveis, caso exibam título ponderável à aplicação e sejam consideradas legítimas. Deverá o julgador, adicionalmente, cuidar para que a concreta aplicação do direito aos fatos não resulte em violação à ordem pública transnacional e à ordem pública internacional dos Estados que eventualmente poderão exercer o controle judicial da sentença arbitral, em sede anulatória ou executória.

Como visto acima, os árbitros internacionais dispõem de um grande repertório de recursos para alcançar solução justa e adequada em cada caso concreto, mediante o uso consciencioso das técnicas do conflito de leis, sem precisar anunciar, exageradamente, a precoce “morte” do direito internacional privado.

6 CONCLUSÃO.

Finalizado o percurso da tese, passa-se a breves considerações conclusivas.

O problema da determinação das regras de direito aplicáveis à resolução do litígio, na arbitragem comercial internacional, caracteriza-se pela absoluta preeminência do princípio da autonomia da vontade. Em âmbito mundial, os tratados internacionais e as legislações nacionais, assim como a praxe privada da arbitragem, alimentam-se reciprocamente, reforçando a essencialidade de se assegurar às partes o direito à autodeterminação em quase todos os aspectos da resolução de litígios por arbitragem, entre eles, notadamente, a escolha das regras de direito aplicáveis ao fundo da controvérsia.

Sendo essa a preocupação fulcral dos sistemas normativos – notadamente a da Lei nº 9.307/96 –, os árbitros são “abandonados” em total liberdade, sem critérios normativos claros que orientem a sua conduta, toda vez que as partes, por qualquer razão, omitam-se em escolher o direito aplicável.

Passa-se, assim, radicalmente, de situação em que é legalmente assegurado o maior grau possível de certeza jurídica e previsibilidade para um cenário de incerteza, insegurança e imprevisibilidade decorrentes da excessiva discricionariedade de que gozam os árbitros na matéria.

Para completar a situação de insegurança, as determinações sobre o direito aplicável à resolução da controvérsia não são passíveis, unicamente por esse motivo, de qualquer controle judicial em sede de ação anulatória ou de homologação de sentença estrangeira, exceto, nesse último caso, se houver manifesta violação à ordem pública – o que normalmente não será uma consequência direta da determinação, por si mesma, quanto às regras de direito aplicáveis.

Sendo inegavelmente recomendável uma revisão do estado atual do direito sobre o problema de que aqui se cuida, e inviáveis alterações significativas e uniformes na maneira como ele é regulado nas leis nacionais e convenções

internacionais, propõe-se na presente tese o recurso a fundamentos da ciência do conflito de leis, de forma independente de formulações casuísticas de sistemas nacionais de direito internacional privado, que são manifestamente inadequadas para o árbitro internacional.

A partir desse retorno a aspectos fundamentais e conceituais do conflito de leis, pode ser construída uma base mais sólida para que as decisões dos árbitros a respeito das regras de direito aplicáveis à solução do litígio na falta de escolha pelas partes possam contar com a necessária fundamentação jurídica, não se limitando ao ceticismo e à excessiva singeleza do método da *voie directe*, atualmente predominante. Foi o que se pretendeu na presente tese.

7 REFERÊNCIAS.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. 208 p.

_____. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008. 299 p.

ABBUD, André de A. C.; LEVY, Daniel; ALVES, Rafael F. **Lei de arbitragem anotada: a jurisprudência do STF e do STJ**. São Paulo: AASP/Thomson Reuters, 2019. 203 p.

ALLSOP, James. **The role of law in international commercial arbitration**. Conferência proferida em 15.10.2018. CIArb Inaugural Annual Lecture. Disponível em: <https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/chief-justice-allsop/allsop-cj-20181015>. Acesso em: 14.05.2020.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A ordem pública na Convenção de Nova Iorque: uma análise internacionalista. In: LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb (coord.). **Arbitragem comercial internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 71-89.

_____. O conceito de contrato internacional. In: **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, RT, v. 53, 2017, p. 47-62.

_____. A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma. In: **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, RT, v. 50, 2016a, p. 351-367.

_____. Interpretação da Convenção de Nova Iorque: o problema da discricionariedade no reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira. In: **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo: RT, v. 48, 2016b, p. 131-165.

_____. Competência internacional para a ação anulatória de sentença arbitral e a eleição de foro no Novo Código de Processo Civil. In: **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, RT, v. 47, 2015, p. 85-103.

_____. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. O *favor debitoris* como princípio geral do direito. In: **Revista brasileira de direito comparado**. Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 26, 2004, p. 3-23.

ALVES, Rafael Francisco. **Árbitro e direito: o julgamento de mérito na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2018. 375 p.

_____. **A aplicação do direito pelo árbitro: aspectos relativos ao julgamento do mérito na arbitragem**. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da USP, 2016. 470 p.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011. 263 p.

ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2020. 496 p.

_____. A cláusula de *hardship* nos contratos internacionais e sua regulamentação nos Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit. In: MENEZES, Wagner (org.). **O direito internacional e o direito brasileiro**: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 833-854.

_____. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no direito internacional privado. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul**: após o término do período de transição. São Paulo: LTr, 1996. p. 31-47.

ARAUJO; Nadia de; FREITAS, Caio Gomes de. O caso Enka Insaat v. Insurance Company Chubb e a questão relativa à lei aplicável à cláusula arbitral: entre a *lex contractus* e a Lei da Sede. In: **Revista brasileira de *alternative dispute resolution* – RBADR**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2021. p. 159-194,.

ARAUJO, Nadia de; DE NARDI, Marcelo; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A Convenção de Nova Iorque sobre laudos arbitrais o projeto de sentenças estrangeiras da Conferência da Haia: convergências e divergências. In: LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb (coord.). **Arbitragem comercial internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 91-107.

ARAUJO, Nadia de; SOUZA JR., Lauro da Gama e. A arbitragem internacional os contextos interamericano e brasileiro. In: **Revista brasileira de arbitragem**, Porto Alegre, Síntese, ano 1, n. 0 (número especial de lançamento), jul./out. 2003. p. 69-90.

ARROYO, Diego P. Fernández; RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno (org.). **Contratos internacionales**: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos. Buenos Aires: ASADIP/OEA, 2016. 558 p.

AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis. **Droit international privé**. 8. ed. Paris: LGDJ, 2018. 1.213 p.

BACHAND, Frederic. Court intervention in international arbitration: the case for compulsory judicial internationalism. In: **Journal of Dispute Resolution**. 2012, n. 1, artigo 6, p. 83-100. Disponível em: <http://www.scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2012/iss1/6>. Acesso em: 25 out. 2015.

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

_____. A boa-fé na execução de contratos internacionais. In: BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de (org.). **Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista**. Curitiba: Juruá, 2008a. p. 73-101.

_____. Competência internacional da Justiça brasileira. In: BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de (org.). **Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista**. Curitiba: Juruá, 2008b. p. 171-198.

BARATTA, Roberto. **Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti**. Milão: Giuffrè, 1991. 282 p.

BARROS, João Nuno Queirós Ribeiro de. **A escolha do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional**. Dissertação de mestrado, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015. 187 p.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de. **Exceção de ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2017. 297 p.

BASEDOW, Jürgen. Theory of choice of law and party autonomy. In: ARROYO, Diego P. Fernández; RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno (org.). **Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos**. Buenos Aires: ASADIP/OEA, 2016. p. 17-58.

_____. The Hague Principles on Choice of Law: their addressees and impact. In: **Revista chilena de derecho internacional privado**. Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, ano 3, n. 3, dez. 2017. p. 21-30.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de direito internacional privado**. 2 v. 2. ed. revista e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, 498 p.; v. 2, 510 p.

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Law applicable to the merits of international arbitration and current developments in European private international law: conflict-of-laws rules and the applicability of the Rome Convention, Rome I Regulation and other EU standards in international arbitration. In: **Czech Yearbook of International Law**. Huntington: Juris Publishing. v. 1, 2010. p. 25-46. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1723715>. Acesso em: 20 set. 2020.

BENETI, Ana Carolina Aguiar. **CISG – Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, como legislação uniforme, e sua correlação com as regras de Direito Internacional Privado brasileiras**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021. 295 p.

BÉRAUDO, Jean-Paul. La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux. In: **Revue de droit uniforme**, International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), nova série, v. 3, n. 2-3, 1998. p. 259-273.

BERNARDINI, Piero. **L'arbitrato internazionale**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1994. 308 p.

BERMANN, George A. International arbitration and private international law. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 381, 2017. p. 41-478.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. **Redfern and Hunter on international arbitration**. Com Alan Redfern e Martin Hunter. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. 711 p.

BLESSING, Mark. Choice of substantive law in international arbitration. In: **Journal of international arbitration**. v. 14, n. 2, jun.-1997. p. 39-65.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis/UnB, 1991. 184 p.

BOER, Theodorus M. de. Choice of law in arbitration proceedings. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 375, 2015. p. 53-88.

BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália: perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. In: **Revista brasileira de arbitragem**. Porto Alegre: Síntese, ano 11, n. 43, p. 59-92, jul.-set./2014.

BORN, Gary B. **International commercial arbitration**. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014. 2. v. 2.893 p.

BORN, Gary; KALELIOGLU, Cem. Choice-of-law agreements in international contracts. In: **Georgia journal of international & comparative law**. University of Georgia, School of Law, v. 50, n. 1, 2021. p. 44-118. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2530&context=gjicl>; acesso em: 21.06.2022.

BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho. Os “Princípios da Haia” relativos à escolha da lei aplicável aos contratos comerciais internacionais. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (coord.). **Direito internacional e comparado: trajetória e perspectivas: homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel de Moura Ramos**. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 57-74.

BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 413 p.

BROZOLO, Luca G. Radicati di. Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato Internazionale e interno. In: **Rivista dell'arbitrato**. Milano: Giuffrè, anno XXVI, n. 1, 2016. p. 1-32.

_____. The impact of national law and courts on international commercial arbitration: mythology, physiology, pathology, remedies and trends. In: **Les cahiers de l'arbitrage**, Paris, LGDJ, 2011, n. 3, p. 663-692.

_____. The present: commercial arbitration as a transnational system of justice: the control system of arbitral awards: a pro-arbitration critique of Michael Reisman's 'Architecture of international commercial arbitration'. In: VAN DEN BERG, ALBERT JAN (ed.). **Arbitration: the next fifty years**. The Hague: Kluwer Law International, 2012. ICCA Congress Series, v. 16. p. 74-102.

_____. Arbitrage commercial international et lois de police: considerations sur les conflits de juridictions dans le commerce international. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 315, 2005. p. 267-501.

CALLEJAS, Victor Manuel Bernal. Arbitral legal order for international commercial arbitration: illusion or reality? In: **Misión jurídica: revista de derecho y ciencias sociales**. Bogotá, n. 15, jul.-dez./2018. p. 225-238.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 1.523 p.

_____. Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e direito brasileiro. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 737-750.

_____ (coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1999. 669 p.

_____. Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no Mercosul e o direito brasileiro. In: CASELLA (coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1999. p. 497-514.

_____. Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do Direito: o Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia de (coord.). **Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1998. p. 77-105.

_____. Economic integration and legal harmonization, with special reference to Brazil. In: **Revue de droit uniforme**, International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), nova série, v. 3, n. 2-3, 1998. p. 287-304.

_____. Utilização no Brasil dos princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul: após o término do período de transição**. São Paulo: LTr, 1996. p. 95-105.

_____. Arbitragem internacional e boa-fé das partes contratantes: cláusula de arbitragem em contrato internacional. In: **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 80, n. 668, p. 239-241, jun. 1991.

CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. In: **Revista de arbitragem e mediação**. n. 9, ano 3, p. 207-251, abr.-jun. 2006.

CASELLA, Paulo Borba; KÜNZLI, Willi Sebastian. Disposições finais da Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional (Cisg). In: **Revista de arbitragem e mediação**, n. 37, ano 10, abr.-jun./2013. p. 223-238.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 629 p.

COMISSÃO JURÍDICA INTERAMERICANA. **Guia relativo ao direito aplicável aos contratos comerciais internacionais nas Américas**. Organização dos Estados Americanos. Departamento de Direito Internacional da Secretaria de Assuntos Jurídicos da OEA. 2020. 297 p. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacoes_digital_Guia_sobre_o_Direito_Aplicavel_aos_Contratos_Comerciais_Internacionais_nas_Americas.pdf. Acesso em: 22.04.2021.

CORREIA, António Ferrer. **Lições de direito internacional privado**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2002. 546 p.

_____. **A codificação do direito internacional privado**: alguns problemas. Coimbra, separata dos volumes LI, LII, LIII e LIV da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1979. 271 p.

COSTA, José Augusto Fontoura. O pacto de jurisdição no direito brasileiro: considerações a partir do interesse das partes e da comparação com o direito português. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (coord.). **Direito internacional e comparado: trajetória e perspectivas**: homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel de Moura Ramos. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 327-346.

_____. Breve reflexão sobre a Convenção de Nova Iorque de 1958 à luz da recente adesão de Angola. In: **Revista comemorativa dos 40 anos da FDUAN e 35 da 1ª Licenciatura**, Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, p. 3-43, 2019a. Republicado em: **Revista internacional de arbitragem e conciliação**, Lisboa, Associação Portuguesa de Arbitragem, v. 12, p. 43-76, 2019b.

_____. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A: reflexões sobre os efeitos da sentença arbitral estrangeira anulada no juízo de origem. In: **Revista de arbitragem e mediação**. v. 48, 2016, p. 365-390.

_____. Sobre corvos e ornitorrincos: arbitragem estrangeira e internacional no direito brasileiro. In: **Revista brasileira de arbitragem**. ano 8, v. 29, jan.-mar./2011, p. 60-73.

_____. **Normas de direito internacional**: aplicação uniforme do direito uniforme. São Paulo: Atlas, 2000. 271 p.

COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, V. D. R. Direito internacional privado e ordem pública. In: RAMOS, André de Carvalho. (Org.). **Direito internacional privado**: questões controvertidas. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 48-59.

COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei n. 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1999. p. 373-390.

CRAIG, W. Laurence. Some trends and developments in the laws and practice of international commercial arbitration. In: **Texas international law journal**. Austin: University of Texas at Austin School of Law Publications, winter 1995, v.1, p. 30-58.

CROFF, Carlo. The applicable law in an international commercial arbitration: is it still a conflict of laws problem? In: **International lawyer**, American Bar Association, v. 16, n. 4, 1982. p. 613-645.

CUNIBERTI, Gilles. The international market for contracts: the most attractive contract laws. In: **Northwestern journal of international law & business**. v. 34, n. 3, 2014. p. 455-517. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol34/iss3/3/>. Acesso em: 11.07.2022.

CUNIBERTI, Gilles; GONZÁLEZ, Manuel José Segovia. Choice of law in Latin American arbitration: some empirical evidence and reflections on the Latin American market for contracts. **Thémis revista de derecho**, 2020. *Ahead of print*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3668867>. Acesso em: 01 set. 2020.

DANILOWICZ, Vitek. The choice of applicable law in international arbitration. In: **Hastings international and comparative law review**. v. 9, n. 2, 1986. p. 236-284.

DERAINS, Yves. La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat. In: **Revue du droit des affaires internationales**, 1996, n. 4. p. 514-530.

DERWAZEH, Nadia. Article V(1)(e). In: KRONKE, Herbert; NACIMIENTO, Patricia; OTTO, Dirk; PORT, Nicola Christine (ed.). **Recognition and enforcement of foreign arbitral awards**: a global commentary on the New York Convention. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 301-344.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Prefácio de Pierre Bourdieu. Chicago: University of Chicago Press, 1996. 336 p.

DIEZ, Soledad; ROTHSCHILD, Julie; RUANOVA, Mariela. El Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur. In: **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, ano 6, n. 11, 2007, p. 17-24.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 33. ed. revista e atualizada. São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2021. 576 p.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: RT, 1981. 271 p.

DOLINGER, Jacob. **Direito civil internacional: contratos e obrigações no direito internacional privado**. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 575 p.

_____. O direito internacional e a sua aplicação pelo direito brasileiro: atualidades e perspectivas: perspectivas do direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner (org.). **O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek**. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 872-885.

_____. A evolução do direito internacional privado no século XX. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (org.). **Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 335-348.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: parte geral e processo internacional**. 12. ed. revista, atualizada e ampliada, com a colaboração de Felipe Albuquerque. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 660 p.

_____. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Com a colaboração de Suzana Medeiros. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1.068 p.

_____. **Direito internacional privado: vade-mécum**. 2. ed. revista e atualizada com a colaboração de Suzana Medeiros. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 589 p.

EISEMANN, Frédéric. La 'lex fori' de l'arbitrage commercial international. In: **Travaux du Comité Français de Droit International Privé**. 34.-36. anos, 1973-1975. 1977. p. 189-213.

ELCIN, Mert. **Lex mercatoria in international arbitration theory and practice**. Tese de doutorado. European University Institute, 2012. 911 p.

FARO, Frederico Kastrup de. Integração contratual e dever de cooperação: uma aproximação entre a *common law* e o direito continental. In: **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Direito Civil, v. 28, out.-dez./2006, p. 38-76.

FERRARI, Franco; KRÖLL, Stefan (ed.). **Conflict of laws in international commercial arbitration**. s/l: JurisNet, 2019. 799 p.

FERRARI, Franco; SILBERMAN, Linda. Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong. In: **Revista brasileira de arbitragem**. Curitiba: CBar e IOB. v. 26, 2010. p. 73-121.

FERRAZ, Renato de Toledo Piza. **O emprego dos usos e costumes na solução de conflitos por arbitragem em matéria comercial**. Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016. 200 p.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras e o Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio (coord.) **Cooperação internacional**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 291-322.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.) **Arbitragem internacional**: Unidroit, Cisg e direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 43-50.

_____. A reserva legal do direito internacional privado brasileiro. In: In: MENEZES, Wagner (org.). **O direito internacional e o direito brasileiro**: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 855-871.

FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.) **Arbitragem internacional**: Unidroit, Cisg e direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 370 p.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 299 p.

FOUCHARD, Phillipe. **Écrits**: droit de l'arbitrage; droit du commerce international. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2007. 802 p.

_____. L'arbitrage international en France après le Décret du 12 Mai 1981. In: FOUCHARD, 2007, *cit.* p. 301-335. Originalmente publicado em **Journal du droit international**, 1982, p. 374.

_____. Quand un arbitrage est-il international? In: FOUCHARD, 2007, *cit.* p. 251-262. Conferência proferida no Comité Français de l'Arbitrage em 08.06.1970. Originalmente publicado em **Revue de l'arbitrage**, 1970, p. 59.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O endividamento externo do Brasil e os incidentes possíveis em termos de imunidade. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano. 29, n. 115, jul./set-1992. p. 469-494.

FREIRE, J. Renato Corrêa; CASELLA, Paulo Borba. **Contratos financeiros internacionais**. São Paulo: RT, 1994. 174 p.

GAILLARD, Emmanuel. **Legal theory of international arbitration**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010a, 194 p.

_____. L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité. In: **McGill law journal**. v. 55, n. 4, 2010b, p. 891-907.

_____. The role of the arbitrator in determining the applicable law. In: NEWMAN, Lawrence W.; HILL, Richard D. (ed.). **The leading arbitrators' guide to international arbitration**. Huntington: Juris Publishing, Inc./Staempfli Publishers Ltd., 2004. p. 185-216.

_____. Transnational law: a legal system or a method of decision making? In: **Arbitration international**. v. 17, n. 1, 2001. p. 59-71.

GAILLARD, Emmanuel; DE LAPASSE, Pierre. Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international. In: **Recueil Dalloz**, Paris, ano 187, nº 3, p. 175-192, jan. 2011.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.) **Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer, 1999. 1.280 p.

GAMA, Lauro. Les principes d'Unidroit et la loi régissant les contrats de commerce. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 406, 2020. p. 27-343.

GAMA JR., Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GANNAGÉ, Léna. Le contrat sans loi en droit international privé. In: **Electronic journal of comparative law**, Netherlands Comparative Law Association, v. 11.3, p. 1-32, dez. 2007. Disponível em: <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>. Acesso em: 13.04.2020.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel). In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 312, 2006. p. 9-390.

GÉLINAS, Fabien. Favor arbitrandum et favor validitatis. In: BACHAND, Frédéric; GÉLINAS, Fabien (org.) **D'une réforme à une autre**: regards croisés sur l'arbitrage au Québec. Cowansville: Yvon Blais, 2013. p. 29-46.

GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. **International arbitration**: comparative and Swiss perspectives. 3. ed. The Hague: Kluwer, 2016.

GLITZ, Frederico. *Lex mercatoria*: ¿orden jurídico autónomo? In: **Lima Arbitration**. n. 7, 2016-2017. p. 75-95.

_____. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a construção de um conceito de internacionalidade contratual. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (org.). **Direito internacional contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 231-246.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho internacional privado**: derecho de la tolerância: basado en la teoria trialista del mundo jurídico. 10. ed. atualizada por Alicia M. Perugini Zanetti. Com colaborações de Miguel Ángel Ciuro Caldani et. al. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. 1.188 p.

GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit ex lex mercatoria*. In: **Archives de philosophie du droit**, v. 9, p. 177, 1964. Republicado em: WALD, Arnaldo (org.) **Doutrinas essenciais**: arbitragem e mediação. v. 5. São Paulo: RT, 2014. p. 325-343.

GOLDSTEIN, Marc J. Annulled awards in the U.S. courts: how primary is 'primary jurisdiction'?. In: **The American review of international arbitration**. Columbia Law School, v. 25, n. 1, p. 19-45, 2014.

GOODE, Roy. The role of the *lex loci arbitri* in international commercial arbitration. In: **Arbitration International**. Londres: LCIA, v. 17, n. 1, p. 19-39, 2001.

GOULART, Monica Eghrari. Os conflitos de leis. In: **Revista de direito privado**. São Paulo: RT, v. 28, out.-dez./2006, p. 172. Republicado em BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Doutrinas essenciais: direito internacional**. São Paulo: RT, v. 5, 2012, p. 885-928.

GOULENE, Alain; RACINE, Jean-Baptiste. As flutuações processuais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1999. p. 277-290.

GRION, Renato Stephan; ZANELATO, Thiago Del Pozzo. Aspectos históricos da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb (coord.). **Arbitragem comercial internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 343-361.

GUEDES, Henrique Lenon Farias. **Arbitragem transnacional trabalhista**: da ordem pública às normas de aplicação imediata. Belo Horizonte: Arraes, 2021. 203 p.

HCCH. **Feasibility study on the choice of law in international contracts**: special focus on international arbitration. Note prepared by Ivana Radic. Hague Conference on Private International Law. Preliminary document No. 22 C of March 2007. 67 p. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/cc410cd1-252c-4b38-8acf-198f26c2f0b0.pdf>. Acesso em: 06.06.2022.

HAY, Peter. **Advanced introduction to private international law and procedure**. Cheltenham: Elgar, 2018. 147 p.

HAYWARD, Benjamin. **Conflict of laws and arbitral discretion**: the closest connection test. Oxford: OUP, 2017. 319 p.

HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e lex mercatoria**: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. 140 p.

_____. *Lex mercatória*: horizonte e fronteira do comércio internacional. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 87, p. 213-235, 1992. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67175>. Acesso em: 24.05.2022.

_____. Contratos internacionais de financiamento: a lei aplicável. In: **Revista de direito mercantil**. São Paulo: RT, v. 53, jan.-mar./1984, p. 29. Republicado em BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Doutrinas essenciais**: direito internacional. São Paulo: RT, v. 5, 2012. p. 437-445.

HULBERT, Richard W. Further observations on Chromalloy: a contract misconstrued, a law misapplied, and an opportunity foregone. In: **ICSID review**: foreign investment law journal. v. 13, n. 1, primavera 1998. p. 124-149.

KOTUBY JR., Charles T.; SOBOTA, Luke A. **General principles of law and international due process**: principles and norms applicable in transnational disputes. New York: Oxford University Press, 2017. 281 p.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **Annuaire**. (Reimpressão: Bad Feilnbach, Schmidt Periodicals GMBH, 2000). v. 44, tomo I, 1952. 621 p.

_____. **Annuaire**. (Reimpressão: Bad Feilnbach, Schmidt Periodicals GMBH, 2000). Sessão de Amsterdã de 1957, v. 47, tomos 1 e 2, 1957. Respectivamente 611 p. e 601 p.

_____. **Annuaire**. Paris: Pedone. Sessão de Santiago de Compostela de 1989, v. 63, tomo 1, 1989a. 436 p.

_____. **Annuaire**. Paris: Pedone. Sessão de Santiago de Compostela de 1989, v. 63, tomo 2, 1989b. 372 p.

INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION. **ICC Dispute Resolution Bulletin**. Paris: CCI, n. 1, 2019. 122 p.

JACQUET, Jean-Michel. **La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international**. Curso de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, Universidad del País Vasco, n. 1, 2011. p. 195-234. Disponível em: <https://www.ehu.eus/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/la-loi-applicable-au-fond-du-litige-dans-l-arbitrage-international>. Acesso em: 30.07.2018.

_____. **Principe d'autonomie et contrats internationaux**. Paris : Economica, 1983. 342 p.

JACQUET, Jean-Michel; DELEBECQUE, Philippe. **Droit du commerce international**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2000. 413 p.

JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 251, 1995. p. 7-267.

JUENGER, Friedrich K. Escolha da lei do contrato nas Américas. Tradução de Rafaela V. Pimenta. Revisão de José Augusto F. Costa. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.) **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a. p. 463-480.

_____. The lex mercatoria and private international law. In: **Louisiana law review**. v. 60, n. 3, verão de 2000b. p. 1.133-1.150.

_____. The need for a comparative approach to choice-of-law problems. In: **Tulane law review**. v. 73, mar.-1999. p. 1.309-1.334.

_____. Os Princípios da Unidroit sobre Contratos Comerciais e a Escolha de Lei Contratual Interamericana. Tradução de Rafaela V. Pimenta. Revisão de José Augusto F. Costa. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia de (coord.). **Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1998. p. 170-177.

_____. Conflitos de leis na América e na Europa. Tradução Ricardo Ramalho Almeida. Coordenação e revisão Nadia de Araujo et. al. In: **Cadernos de direito internacional privado**. PUC-Rio, Departamento de Direito, ano 1, n. 1, 1995. 36 p.

KHAN-FREUND, Otto. General problems of private international law. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 143, 1974. p. 137-474.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins com revisão técnica de Bruno Nadai, Diego Kosbiau, Fernando Costa Mattos, Monique Hulshof, Nathalie Bressiani e Ricardo Terra. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013 [1797]. 319 p.

KASSIR, Walid J. **Autonomie de la volonté et contrat sans loi en droit international privé des contrats**: consécration mondiale, risques d'exarcebation et nécessité de préserver l'autorité de la loi dans les contrats internationaux. Beiruth: LGDJ/Point Delta, 2019. 236 p.

KESSEDJIAN, Catherine. Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable: analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales. In: **Revue internationale de droit comparé**. 47. Ano, n. 2, abr.-jun./1995. p. 373-383.

KIDANE, Won L. **The culture of international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2017. 316 p.

KLOR, Adriana Dreyzin de. El acuerdo sobre arbitraje comercial internacional: nuevo instrumento jurídico del Mercosur. In: **Azpilcueta: cuadernos de derecho**, Bilbao: Sociedad de Estudios Vascos, n. 14, 1999. p. 73-94.

KRONKE, Herbert; NACIMIENTO, Patricia; OTTO, Dirk; PORT, Nicola Christine (ed.). **Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. 617 p.

LACRETA, Isabela Pessoa. **A determinação do direito aplicável à arbitragem**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2021. 374 p.

LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 196, 1986. p. 9-237.

LALIVE, Pierre. On the transfer of seat in international arbitration. In: **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, RT, v. 24, jan. 2010, p. 93 e ss.

_____. Tendences et méthodes en droit international privé. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 155, v. 2, 1977. p. 1-371.

LANDBRECHT, Johannes. Strong by association: arbitration's policy debates, mandatory rules and PIL scholarship. In: **ASA Bulletin**. The Hague: Kluwer, v. 37, n. 2, 2019, p. 305-315.

LEE, João Bosco. A especificidade da arbitragem internacional. In: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 245-268.

_____. A Lei nº 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 11, jan./2001, p. 347. Republicado em: WALD, Arnaldo (org.) **Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação**. v. 5. São Paulo: RT, 2014. p. 425-439.

_____. A especificidade da arbitragem comercial internacional. In: CASELLA, Paulo Borba (org.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1999. p. 176-204.

LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm, 2016. 268 p.

LEW, Julian D. M. **The choice of the applicable law in international commercial arbitration: A study in decided arbitration awards**. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Louvain, 1977. 433 p.

LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A; KRÖLL, Stephen. **Comparative international arbitration**. The Hague: Kluwer, 2003.

LOQUIN, Éric. Les règles matérielles internationales. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 322, 2006. p. 9-242.

LOUSSOUARN, Yves; BOUREL, Pierre. **Droit international privé**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2001. 832 p.

LOWENFELD, Andreas F. **International litigation and the quest for reasonableness: essays in private international law**. Oxford: Clarendon, 1996. 243 p.

LUZZATTO, Riccardo. International commercial arbitration and the municipal law of States. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 157, 1977. p. 9-120.

MA, Winnie Jo-Mei. The law applicable to the substance of arbitral disputes: arbitrators' choice in absence of parties' choice. In: **Contemporary Asia Arbitration Journal**. v. 8, n. 2, 2015. p.185-227.

MACHADO, João Baptista. **Lições de direito internacional privado**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1990. 458 p.

_____. **Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis**. Coimbra: Almedina, 1998 (reimpressão). 451 p.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A CIDP-V e o direito aplicável aos contratos internacionais. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul**: após o término do período de transição. São Paulo: LTr, 1996. p. 407-457.

MAGALHÃES, José Carlos de. A cláusula arbitral nos contratos internacionais. In: **Revista de direito mercantil**. São Paulo: RT, v. 43, jul.-set./1981, p. 29. Republicado em BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Doutrinas essenciais**: direito internacional. São Paulo: RT, v. 5, 2012, p. 595-605.

MANIRUZZAMAN, A. F. M. Choice of law in international contracts: some fundamental conflict of laws issues. In: **Journal of international arbitration**. Kluwer. v. 16, n. 4, 1999. p. 141-172.

MANN, F. A. Uncitral model law: *lex facit arbitrum*. In: **Arbitration international**. v. 2, n. 3, jul.-1986. p. 241-261. Originalmente publicado como: *Lex facit arbitrum*. In: SANDERS, Pieter (org.). *International arbitration: liber amicorum* Martin Domke. Haia: Nijhoff, 1967.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York. In: **International law**: revista colombiana de derecho internacional, v. 15, jul.-dez./2009, p. 15-40. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n15/n15a02.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. In: MENEZES, Wagner (org.). **O direito internacional e o direito brasileiro**: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 680-731.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Desenvolvimentos normativos para a proteção dos consumidores turistas à luz do direito internacional privado: esforços locais, regionais e globais. In: LOPES, Inez; MORENO et al. (coord.). **Litígios civis internacionais no espaço ibero-americano**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 307-334.

MARTINS, Pedro Batista. Observações sobre o texto do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 751-776.

MARSHALL, Brooke Adele. Reconsidering the proper law of the contract. In: **Melbourne journal of international law**. v. 13, 2012. p. 1-35.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 1. ed., 1923. 426 p.

MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent. **Droit international privé**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2001. 725 p.

MCCLEAN, David. *De conflictu legum: perspectives on private international law at the turn of the century: general course on private international law*. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 282, 2000. p. 41-227.

MEDAGLIA, Ivo de Paula. **O direito aplicável ao mérito das controvérsias internacionais submetidas à arbitragem**. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, 2017. 192 p.

_____. A liberdade das partes como critério de determinação do direito aplicável às obrigações contratuais de acordo com o Regulamento Roma I. In: RAMOS, Rui Manuel Moura; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (org.). **Aspectos da unificação europeia do direito internacional privado**. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 159-179.

MEINERO, Fernando Pedro. O desenvolvimento do princípio da proximidade no direito internacional privado e sua presença no Brasil. In: **Revista jurídica**, Curitiba, Unicuritiba, n. 51, v. 2, 2018. p. 314-340.

MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. **A arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 176 p.

_____. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? In: **Revista de arbitragem e mediação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 19, out.-dez./2008, p. 31-59.

MENEZES, Wagner; CARVALHO, David França Ribeiro de. The opting-out and opting-in systems of the 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods (Cisg) and its application in Brazil. In: **Revista jurídica Unicuritiba**, v. 1, n. 50, Curitiba, 2018. p. 122-146.

MEZZERA, Mateo Verdías; PODESTÁ, Joaquín Garino. Ley 19.636: la nueva ley de arbitraje comercial internacional en Uruguay: diferencias respecto a la ley modelo Uncitral. In: **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**. Montevideo, n. 34, 2018, p. 67-78.

MICHAELS, Ralf. Dreaming law without state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature. In: **London review of international law**, Oxford, OUP, v. 1, n. 1, 2013, p. 35-62. Disponível em: <http://iril.oxfordjournals.org>. Acesso em: 20 out. 2015.

MILLS, Alex. **Party autonomy in private international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. 580 p.

MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (org.). **Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2005. 1.238 p.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. 279 p.

_____. **Controle de constitucionalidade da lei estrangeira**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. 150 p.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (coord.). **Direito internacional e comparado: trajetória e perspectivas: homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel de Moura Ramos**. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. 588 p.

MOSER, Gustavo. **Rethinking choice of law in cross-border sales**. The Hague: Eleven, 2018. 242 p.

MOSS, Giuditta Cordero. International arbitration and the quest for the applicable law. In: **Global Jurist**. Berkeley, v. 8, n. 3, article 2, 2008, p. 1-42. Disponível em: <http://folk.uio.no/giudittm/>. Acesso em: 20.10.2018.

_____. Arbitration and private international law. In: **International Arbitration Law Review**. v. 11, n. 4, 2008, 153-164. Disponível em: <http://folk.uio.no/giudittm/>. Acesso em: 20.10.2018.

_____. Tacit choice of law, partial choice and closest connection: the case of common law contract models governed by a civilian law. In: GIERTSEN, J.; FRANTZEN, T.; CORDERO-MOSS, G. (org.). **Rett og tolerance: festskrift Helge Johan Thue**. Oslo: Gyldendal, 2007. p. 367-378. Disponível em: <http://folk.uio.no/giudittm/>. Acesso em: 20.10.2018.

_____. **Lectures on international commercial law**. Oslo: Institute of Private Law, University of Oslo Publication Series, n. 162, 2003. 161 p. Disponível em: <http://folk.uio.no/giudittm/>. Acesso em: 20.10.2018.

MOSS, Giuditta Cordero; ARROYO, Diego P. Fernández. Private international law and international commercial arbitration: A dialogue about the usefulness and awareness of the former for the latter. In: ABOU-NIGM, Verónica Ruiz; TAQUELA, María Blanca Noodt. **Diversity and integration in private international law**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019. p. 310-324.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. A escolha de regras de direito em arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.). **Arbitragem: temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 223-235.

NAÓN, Horacio A. Grigera. El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: un análisis crítico. In: **Revista brasileira de arbitragem**, Porto Alegre, Síntese, ano 1, n. 0 (número especial de lançamento), jul./out. 2003. p. 16-30.

_____. Choice of law problems in international commercial arbitration. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 289, 2001. p. 9-395.

NEVES, Flávia Bittar; TOLEDO, Luciana Aguiar S. F. de. A jurisprudência do STJ em ações de homologação de sentença arbitral estrangeira. In: LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb (coord.). **Arbitragem comercial internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 109-132.

NICHITANI, Yuko. Substantive law in arbitration in Japan. In: STÜRNER, Rolf; KAWANO, Masanori (ed.). **International contract litigation, arbitration and judicial responsibility in transnational disputes**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 137-146.

NIGH, Peter E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 251, 1995. p. 269-400.

NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014. 397 p.

NUSDEO, Fábio. Reescalamento da dívida externa brasileira: um exemplo de integração jurídico-econômica no final do século. In: **Revista da Faculdade De Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 497-517. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67234>. Acesso em: 03.07.2022.

OKOLI, Chukwuma Samuel Adesina. **Place of performance: a comparative analysis**. Oxford, Nova Iorque: Hart, 2020. 278 p.

OLIVEIRA, Aécio Filipe Coelho Fraga de. **L'exécution des mesures à titre provisoire rendues par un tribunal arbitral situé à l'étranger**. Dissertação (mestrado em direito). Université Paris I, 2018.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Interpretação e aplicação de convenções internacionais em matéria substantiva, processual e conflitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 366 p.

PARK, William W. Duty and discretion in international arbitration. In: **The American Journal of International Law**. The American Society of International Law, n. 93, p. 805-823, out./1999.

PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2013. 309 p.

PEARI, Sagi. **The foundation of choice of law: choice and equality**. Oxford: Oxford University Press, 2018. 316 p.

PEREIRA, Isabel de Albuquerque. A ordem pública nas arbitragens comerciais internacionais. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 505-533.

PETROCHILOS, Georgios. **Procedural law in international arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2004. 436 p.

PINHEIRO, Luís de Lima. A justiça do direito de conflitos internacional privado. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (coord.). **Direito internacional e comparado: trajetória e perspectivas: homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel de Moura Ramos**. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 411-434.

_____. **Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Direito internacional privado**. v. 1. Introdução e direito de conflitos. Parte geral. Coimbra: Almedina, 2001. 2a. reimpressão, 2005. 491 p.

_____. Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional. In: PINHEIRO, Luís de Lima (org.) **Estudos de direito comercial internacional**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2004. p. 11-61.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. História e memória da arbitragem comercial internacional: *Travaux Préparatoires* da Convenção de Nova Iorque de 1958. In: LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb (coord.). **Arbitragem comercial internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 661-715.

POMMIER, Jean-Christophe. **Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel**. Paris: Economica, 1992. 382 p.

POTSCH, Bernard. A aplicação da Cisg à sentença arbitral: quando e como deve o árbitro aplicar a Cisg. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 539-557.

POUDRET, Jean-François. L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**. v. 56, n.1, 2004, p. 133-149.

PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **A economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 556 p.

PUCCI, Adriana Noemi. Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. In: BASSO, Maristela (org.) **Mercosul – Mercosur**: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Atlas, 2007. p. 317-334.

RACINE, Jean-Baptiste. Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II. L'arbitrage, deuxième séance). In: **Revue de l'Arbitrage**. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2005, n. 2, p. 305-360.

_____. **L'ordre public et l'arbitrage commercial international**. Paris: LGDJ, 1999. 623 p.

RAMBERG, Jan. The creativity of arbitrators in the context of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. In: **Revue de droit uniforme**, International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), nova série, v. 3, n. 2-3, 1998. p. 651-656.

RAMOS, André de Carvalho. **A construção do direito internacional privado**: heterogeneidade e coerência. Salvador: JvsPodivm, 2021. 570 p.

_____. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Saraiva, 2018. 551 p.

_____. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. In: **Revista de direito internacional**, Uniceub, v. 13, n. 2, 2016. p. 504-520.

_____. Direito internacional privado de matriz legal e sua evolução no Brasil. In: **Revista da AJURIS**, v. 42, mar-2015, n. 137. p. 89-113.

_____. Pluralidade das fontes e o novo Direito Internacional Privado. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 2014, n. 109, p. 597-620. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89246>; acesso em 20.05.2022.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentário à lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB**. São Paulo: Saraiva, 2016. 332 p.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Direito internacional privado e constituição**: introdução a uma análise das suas relações. São Paulo: Quartier Latin, 2021 [1978]. 280 p.

_____. Aspectos recentes do direito internacional privado português. In: RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Das relações privadas internacionais**: estudos de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995a. p. 85-123.

_____. Les clauses d'exception em matière de conflits de lois et de conflits de juridictions: Portugal. In: RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Das relações privadas internacionais**: estudos de direito internacional privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995b. p. 295-323.

RAMOS, Rui Manuel Moura; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (org.). **Aspectos da unificação europeia do direito internacional privado**. São Paulo: Intelecto, 2016. 407 p.

RAMPALL, Yeshnah; FEEHILY, Ronán. The sanctity of party autonomy and the power of arbitrators to determine the applicable law: the quest for an arbitral equilibrium. In: **Harvard negotiation law review**. v. 23. primavera-2018, p. 345-403.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei nº 9.307, de 23.09.1996**: teoria e prática. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 252 p.

REISMAN, W. Michael; CRAIG, W. Laurence; PARK, William; PAULSSON, Jan. **International commercial arbitration**: cases, materials and notes on the resolution of international business disputes. Westbury: The Foundation Press, 1997. 1.346 p.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A ilusória ausência do termo *dépeçage* na jurisprudência brasileira de contratos internacionais. In: **Revista de direito internacional**, Brasília: UniCEUB, v. 13, n. 2, 2016. p. 523-533.

RIZO, Vicente Bañuelos. **Arbitraje comercial internacional**. México: Limusa, 2010. 450 p.

RODAS, João Grandino. Elementos de conexão no direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (coord.) **Contratos internacionais**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19-65.

_____. **Direito internacional privado brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 86 p.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito aplicável e arbitragem internacional**. Tradução de Frederico E. Z. Glitz. Curitiba: Juruá, 2015. 484 p.

ROBERT, Jean. A Convenção de Nova Iorque de 10.06.1958 para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. In: **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, RT, v. 21, abr. 2009, p. 235 e ss. Publicado originalmente em: Recueil Dalloz, 1958, 32º fascículo, crônica.

RUBINS, Noah. The enforcement and annulment of international arbitration awards in Indonesia. In: **American University international law review**, v. 20, n. 2, p. 359-401, 2005.

SANTOS, António Marques dos. **As normas de aplicação imediata no direito internacional privado**: esboço de uma teoria geral. Coimbra: Almedina, 1991. 2 v. 1.154 p.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. Sobre o conceito de contrato internacional. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (org.). **Estudos**

em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, v. 1, 2005, p. 161-192.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do direito romano atual:** volume VIII. Tradução de Ciro Mioranza. Introdução de Erik Jayme. Apresentação de Arno Dal Ri Júnior. Ijuí: Unijuí, 2004, 414 p. (Data da ed. orig. em alemão: 1849.)

SAYED, Abdulhay. La présomption de validité des contrats dans l'arbitrage commercial international. In: **ASA bulletin**, v. 20, n. 4, 2002. p. 623-642.

SCALETSKY, Fernanda Sirotsky. A internacionalização do direito contratual europeu e a sua influência para o direito internacional privado. In: RAMOS, Rui Manuel Moura; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (org.). **Aspectos da unificação europeia do direito internacional privado.** São Paulo: Intelecto, 2016. p. 116-143.

SCHILF, Sven. **Os princípios Unidroit, o conceito do direito e a arbitragem internacional.** Tradução do capítulo 2 do livro Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut, traduzido por Amely Dütthorn, Abraham Lincoln Ferreira de Moraes e Nina Côrtes da Veiga em cooperação com o autor. São Paulo: Marcial Pons/CAM-CCBC, 2015. 259 p.

SCHULZ, Alexandre Buono. **A boa-fé nos contratos comerciais internacionais.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. 199 p.

SERAGLINI, Christophe. **Lois de police et justice arbitrale internationale.** Paris: Dalloz, 2001. 571 p.

SEREC, Fernando Eduardo. A Convenção de Nova Iorque é pouco utilizada pelos nossos tribunais?. In: LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb (coord.). **Arbitragem comercial internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque.** São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 737-766.

SILVA, Manuel Botelho da. **Arbitragem voluntária:** a hipótese da relatividade da posição do árbitro perante o direito de conflitos de fonte estatal. Coimbra: Almedina, 2004. 113 p.

SIOUFI FILHO, Alfred Habib. Aplicação da Convenção de Viena sobre Compra Internacional de Mercadorias pelo árbitro. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.) **Arbitragem internacional:** Unidroit, Cisg e direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 197-216.

SOUZA JR., Lauro da Gama e. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha da lei aplicável. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). **O direito internacional contemporâneo:** estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 599-626.

SPITZ, Lidia. **Homologação de decisões estrangeiras no Brasil**: a Convenção de Sentenças da Conferência da Haia de 2019 e o controle indireto da jurisdição estrangeira. Belo Horizonte: Arraes, 2021. 443 p.

STEINER, Renata C. Qualificação autônoma no direito comunitário europeu: breves notas a partir da *culpa in contrahendo* (Regulamentos Roma I e Roma II). In: RAMOS, Rui Manuel Moura; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (org.). **Aspectos da unificação europeia do direito internacional privado**. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 95-115.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, 1.077 p.

_____. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTr, 1998. 824 p.

_____. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996. 643 p.

_____. La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international. In: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International**. tomo 227, 1991. p. 207-355.

_____. Lacunas da lei em direito internacional privado. In: **Revista do direito do comércio e das relações internacionais**. São Paulo, Forense Universitária, v. 1, 1989, p. 129-143. Anteriormente publicado em: UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Estudo jurídicos em homenagem ao Professor Oscar Tenório**. Rio de Janeiro, 1977. p. 313-322.

SWEET, Alec Stone; GRISEL, Florian. **The evolution of international arbitration: judicialization, governance, legitimacy**. Oxford: Oxford University Press, 2017. 261 p.

SYMEONIDES, Symeon C. **Codifying choice of law around the world: an international comparative analysis**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014. 411 p.

TAKAHASHI, Koji. Jurisdiction to set aside a foreign arbitral award, in particular an award based on an illegal contract: a reflection on the Indian Supreme Court's decision in Venture Global Engineering. In: **The American review of international arbitration**, v. 19, n. 1, p. 173-186, 2009.

TEIXEIRA, Bruno Barreto de A. Cartas arbitrais como instrumento de cooperação jurídica entre tribunais arbitrais regidos pela lei estrangeira e o Poder Judiciário brasileiro. In: **Revista brasileira de arbitragem**. v. 19, n. 73, jan.-mar./2022. p. 9-33.

TELES, Eugénia Galvão. Determinação do direito material aplicável aos contratos internacionais. A cláusula geral da conexão mais estreita. In: PINHEIRO, Luís de Lima (org.) **Estudos de direito comercial internacional**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2004. p. 63-141.

TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da jurisdição brasileira**: competência internacional e imunidade de jurisdição. Salvador: JvsPodivm, 2016. 495 p.

_____. O desenvolvimento da arbitragem no mundo e no Brasil. In: In: MENEZES, Wagner (org.). **O direito internacional e o direito brasileiro**: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 741-764.

_____. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (org.). **Reflexões sobre arbitragem**: *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 92-114.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). **O direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 888 p.

TWEEDDALE, Andrew; TWEEDDALE, Keren. Cutting the Gordian knot: enforcing awards where an application has been made to set aside the award at the seat of arbitration. In: **Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management**. Londres: Sweet & Maxwell, v. 81, n. 2, p. 137-149, mai. 2015.

UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. **Report of the committee on the enforcement of international arbitral awards**. Organização das Nações Unidas, 28.03.1955. 24 p. Disponível em: www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/5/15941.pdf; acesso em: 17.06.2022.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP**: parte I (ABNT). 4. ed. São Paulo: SIBI USP, 2020. 75 p. (Cadernos de Estudos, 9).

VALENÇA FILHO, Clávio. A propósito do art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem: o direito aplicável à convenção de arbitragem, à jurisdição direta do juiz do foro e à indireta do juiz estrangeiro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da Lei de Arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 23-40.

_____. **A arbitragem em juízo**. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015. 288 p.

_____. Aspectos de direito internacional privado na arbitragem. In: In: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos de arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 269-284.

VALLADÃO, Haroldo. A importância da atualização das normas de direito internacional privado nas relações interamericanas. In: UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Estudo jurídicos em homenagem ao Professor Oscar Tenório**. Rio de Janeiro, 1977. p. 281-295.

_____. **Direito internacional privado**. 3 v. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

_____. Doutrinas modernas e contemporâneas de direito internacional privado. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 346, ago./1964, p. 7. Republicado em BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Doutrinas essenciais: direito internacional**. São Paulo: RT, v. 4, 2012, p. 163-182.

VÁRADY, Tibor; BARCELÓ III, John J.; VON MEHREN, Arthur T. **International commercial arbitration: a transnational perspective**. 5. ed. St. Paul: West, 2012. 1.073 p.

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. arbitragem internacional: breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (org.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 421-449.

VICENTE, Dário Moura. A ordem pública internacional no direito luso-brasileiro. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (coord.). **Direito internacional e comparado: trajetória e perspectivas: homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel de Moura Ramos**. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 181-203.

_____. **Direito comparado**. v. 2. Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017. 704 p.

_____. **Lei da arbitragem voluntária anotada**. Coimbra: Almedina, 2ª ed., 2015.

_____. L'évolution récente du droit de l'arbitrage au Portugal. In: VICENTE, Dário Moura. **Direito internacional privado: ensaios**. Coimbra, Almedina, 2002a. p. 327-352.

_____. Applicable law in voluntary arbitrations in Portugal. In: VICENTE, Dário Moura. **Direito internacional privado: ensaios**. Coimbra, Almedina, 2002b. p. 353-370.

_____. **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001. 829 p.

_____. **Da arbitragem internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

VIGORITI, Vincenzo. La riforma delle *Rules of Arbitration* dell'Uncitral. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 193, mar./2011, p. 153. Republicado em BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Doutrinas essenciais: direito internacional**. São Paulo: RT, v. 5, 2012, p. 1.363-1.373.

WALD, Arnoldo. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada pela justiça local no país da sede da arbitragem. In: BRADELLI, Leonardo (org.). **Estudos de direito civil, internacional privado e comparado: coletânea em homenagem à Professora Véra Jacob de Fradera**. São Paulo: Leud, 2014, p. 45-72.

_____. Transferência de sede em arbitragem internacional: novas necessidades e perspectivas. In: **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, RT, v. 26, jul. 2010, p. 11 e ss.

WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.). **Arbitragem comercial internacional**: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. 445 p.

WILKE, Felix M. **A conceptual analysis of European private international law**: the general issues in the EU and its member States. Cambridge: Intersentia, 2019. 413 p.

YU, Hong-lin. A theoretical overview of the foundations of international commercial arbitration. In: **Contemporary Asia arbitration journal**. v. 1, n. 2, 2008. p. 255-286.

ZANELATO, Thiago Del Pozzo. **A internacionalidade da arbitragem à luz do direito brasileiro**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. 204 p.