



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO MÉRITO DA
DISPUTA: ELEIÇÃO PELO TRIBUNAL
ARBITRAL QUANDO AS PARTES SÃO
SILENTES**

por

VANESSA MUGLIA DA SILVA FERREIRA

ORIENTADORA: NADIA ARAÚJO

2011.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

**LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO
MÉRITO DA DISPUTA:
ELEIÇÃO PELO TRIBUNAL
ARBITRAL QUANDO AS
PARTES SÃO SILENTES**

por

VANESSA MUGLIA DA SILVA FERREIRA

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Nadia Araujo

2011.1

A

TIA SANDRA, exemplo de perseverança, para sempre no meu coração;

PATRECA, irmã querida, por todo carinho e cumplicidade;

MAMMA, minha melhor amiga, pelo amor e apoio incondicionais;

BABO, il mio eroe.

“The happiness of those who want to be popular depends on others; the happiness of those who seek pleasure fluctuates with moods outside their control; but the happiness of the wise grows out of their own free acts.”

Marcus Aurelius

RESUMO

O presente trabalho pretende contribuir com as discussões da doutrina internacional sobre os métodos utilizados pelos tribunais arbitrais para eleger a legislação aplicável ao mérito da disputa nos casos em que as partes permanecem silentes a respeito desse ponto.

Conforme se verá a seguir, não existe um consenso da doutrina e dos tribunais internacionais sobre o assunto, o que gera certa insegurança àqueles que se submetem à arbitragem. Esse motivo fez com que essa questão virasse alvo de acirrados debates nos últimos anos.

Para fins didáticos, a monografia foi dividida em duas partes: a primeira delas é uma parte descritiva, em que são expostos conceitos básicos e posicionamentos acerca do tema ora em análise; a segunda parte se destina à análise de laudos arbitrais da Câmara de Comércio de Estocolmo e do Centro Regional do Cairo de Arbitragem Internacional Comercial, em que serão abordados dois dos diferentes métodos utilizados pelos tribunais arbitrais para a escolha da legislação aplicável ao mérito da disputa.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem – Internacional – Lei Aplicável – Mérito – Silêncio – Partes

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
-------------------------	---

PARTE I

CAPÍTULO 1 - Arbitragem como método alternativo de solução de controvérsia e a sua aplicação no contexto internacional	8
---	---

1.1 - A Arbitragem como método alternativo de solução de controvérsia	8
---	---

1.2 - O uso da arbitragem no cenário internacional	13
--	----

CAPÍTULO 2 - Autonomia da vontade: análise do princípio no âmbito dos contratos internacionais	16
---	----

2.1 - Convenções Internacionais	20
---------------------------------------	----

2.2 - Escolha do procedimento arbitral.....	22
---	----

2.3 - Limites à autonomia da vontade das partes	26
---	----

PARTE II

CAPÍTULO 3 - Determinação pelo tribunal arbitral da lei aplicável ao mérito da disputa quando as partes são silentes	31
---	----

3.1 - “ <i>Voie Indirecte</i> ”	32
---------------------------------------	----

3.2 - “ <i>Voie Directe</i> ”	37
-------------------------------------	----

3.3 - Diretrizes e limites ao poder do tribunal arbitral	40
--	----

CAPÍTULO 4 - Aplicação Prática: Análise de casos concretos	44
---	----

4.1 - Caso n.º 117/1999 do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo	44
---	----

4.2 - Caso n.º 120/1998 do Centro Regional do Cairo de Arbitragem Internacional Comercial	48
---	----

4.3 - Comentários aos Casos	51
-----------------------------------	----

CONCLUSÃO	56
------------------------	----

BIBLIOGRAFIA	59
---------------------------	----

INTRODUÇÃO

Atualmente, vivenciamos a expansão do comércio internacional. O avançado estágio do processo de globalização pelo qual o mundo passa, tem eliminado as barreiras físicas que dificultavam a integração entre os povos e, conseqüentemente, permitido o estreitamento das relações jurídicas entre indivíduos de diferentes nacionalidades.

Dentro desse contexto, a arbitragem surgiu como o principal meio de solução de litígio adotado pela comunidade jurídica internacional para dirimir controvérsias oriundas de transações comerciais entre contratantes de nacionalidades diversas. Esse tipo de procedimento paraestatal vem crescendo muito nos últimos anos em razão da sua inafastabilidade, quando convenionado pelas partes por meio de compromisso ou cláusula arbitral, flexibilidade, celeridade e, principalmente, por conferir às partes a possibilidade de eleger as regras de direito que incidirão no mérito e nos aspectos processuais da disputa.

Esse último ponto é especialmente importante porque traz solução a uma crescente preocupação da comunidade jurídica internacional. Devido à multiplicação e diversidade dos sistemas jurídicos existentes, o conflito de leis tem se tornado algo cada vez mais recorrente na esfera dos contratos internacionais e, em algumas situações, pode gerar problemas que dificultam a solução dos litígios e impedem a restauração da relação jurídica das partes.

A arbitragem confere às partes a possibilidade de escolher as legislações que decidirão os pontos controversos do litígio, de forma a melhor atender às peculiaridades de cada caso. Essa prerrogativa se pauta no princípio da autonomia da vontade, grande pilar de sustentação do procedimento arbitral, e representa uma vantagem sem precedentes aos contratantes, que terão a garantia de não serem submetidos à aplicação de

ordenamentos jurídicos sobre os quais não possuam maiores conhecimentos ou que favoreçam seus opositores.

Ocorre, contudo, que em alguns casos, as partes não fazem uso dessa prerrogativa e, desse modo, a disputa se encontra em um limbo jurídico, sem qualquer respaldo legal. Isso normalmente ocorre porque os contratantes não conseguem chegar a um consenso quanto à legislação aplicável à disputa ou mesmo porque podem existir aspectos mais importantes da demanda e essa questão passa despercebida. Nessas hipóteses, caberá, ao tribunal arbitral suprir a lacuna deixada pelas partes e determinar as regras de direito que decidirão às questões submetidas à arbitragem.

No exercício dessa nova função, existem alguns métodos pelos quais o tribunal poderá exercer o poder conferido pelo silêncio das partes e determinar qual será a legislação processual e aquela aplicável ao mérito da disputa. Cada sistema leva a um resultado diferente e apresenta variações em suas aplicações. Esse tema já foi debatido inúmeras vezes pela doutrina internacional, sem que, contudo, se chegasse a uma conclusão sobre qual seria o melhor sistema a ser adotado.

Trata-se de assunto extremamente relevante para a prática da arbitragem internacional, porque influencia diretamente no resultado final e remete a questões como a execução dos laudos arbitrais e as possíveis alegações de nulidade das decisões proferidas ao longo do procedimento arbitral. Assim sendo, os árbitros deverão analisar com cautela cada caso para que apliquem determinado método e, for fim, escolham a legislação aplicável à disputa.

PARTE I

CAPÍTULO 1 - A arbitragem como método alternativo de solução de controvérsia e sua aplicação no contexto internacional

1.1- A Arbitragem como método alternativo de solução de controvérsia

A arbitragem é considerada um dos mecanismos alternativos de solução de controvérsia (“ADR – Alternative Dispute Resolution”) inseridos no contexto da terceira onda renovatória do Direito Processual Civil. Juntamente com a mediação e conciliação, ela se apresenta aos cidadãos como um novo meio pelo qual os jurisdicionados podem compor os litígios em que são partes.

É incontestável que o Poder Judiciário não consegue mais atender de forma efetiva a todas as demandas que lhe são submetidas¹. Isso se deve, em parte, ao fato de que no exercício da prestação jurisdicional, o Estado simplesmente declara vencedor e vencido sem, contudo, se preocupar em preservar a relação social entre as partes que, na maioria das vezes, se extingue com o fim do processo. O Judiciário se atém apenas a atuar a vontade concreta do direito positivo e, nesse diapasão, há quem defenda, inclusive, que o litígio exerce papel irrelevante no processo judicial.²

¹ “Ocorre que, apesar de todos os esforços no âmbito jurisdicional, por vezes é irrefutável a afirmação de que a jurisdição não é a melhor forma de compor todos os litígios, eis que lhe falta efetividade.” (DALLA, Humberto. *Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos: Algumas Considerações Introdutórias*. Revista Dialética de Direito Processual. Agosto de 2004. p. 9.)

² “A afirmação de que a jurisdição não é capaz de compor lides decorre do fato de a controvérsia, fenômeno sociológico que é, permanecer íntegro (ou, ao menos, ser capaz de assim permanecer) mesmo depois da entrega da prestação jurisdicional. Ao exercer a função jurisdicional, o Estado torna juridicamente irrelevante o litígio, uma vez que é capaz de declarar e atuar a vontade concreta do direito positivo. Atuada tal vontade, torna-se inoperante qualquer tentativa de resistência à pretensão procedente, uma vez que o Estado-Juiz é capaz de exercer atos (legitimados pelo poder soberano do Estado) de força, capazes de impor a resolução da controvérsia contida no

É justamente neste ponto que consiste uma das principais diferenças da arbitragem. Ao contrário do processo judicial tradicional, o procedimento arbitral já nasce com o consenso das partes em assinar um compromisso ou cláusula arbitral e, conseqüentemente, submeter o litígio a um terceiro que fará as vezes de magistrado. Diante disso, o que se verifica é que normalmente a relação entre as partes sobrevive à arbitragem e perdura ao longo do tempo.

Acrescente-se, ainda, que a morosidade e burocracia do sistema judiciário são outros problemas que assolam a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, retirando-lhe efetividade³. Atualmente, o Judiciário se encontra assoberbado com uma quantidade infindável de processos que levam muitos anos a serem concluídos e, assim, acabam por acirrar ainda mais os ânimos das partes. Parte desse problema se justifica em razão dos inúmeros recursos previstos nas legislações processuais, bem como dos trâmites internos dos tribunais, que contam com um efetivo de funcionários muito menor do que o necessário.

Diante do cenário descrito, a arbitragem e os demais mecanismos alternativos de solução de controvérsia assumem um papel fundamental na busca por uma efetiva composição de litígio. Não obstante exista quem sustente que os novos mecanismos poderiam resultar na “privatização” do processo e na exclusão das garantias processuais⁴, fato é, muitas vezes esses

provimento jurisdicional.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei n.º 9.307/96. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 8.)

³ Nesse sentido, destacam-se as lições de Ada Pellegrini: “A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflitos; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 177.)

⁴ “Expoente do Direito Processual Internacional já se debruçaram dobre o tema e manifestaram reservas quanto à difusão desses mecanismos, o que poderia levar a uma verdadeira privatização do processo e, com isso, a exclusão das garantias processuais básicas que, apesar de todos os problemas e dificuldades normalmente apontados, são agasalhadas pela via jurisdicional.”

métodos alternativos se mostram mais eficazes do que a jurisdição tradicional. Isso porque, em virtude das características que individualizam cada um desses novos mecanismos, o jurisdicionado tem a opção de escolher aquele que seja mais adequado ao seu caso. Em outras palavras, significa dizer que eles oferecem composições diferentes para cada tipo de litígio, de modo a possibilitar uma maior satisfação das partes com o seu desfecho.

De acordo com a definição apresentada por CARLOS ALBERTO CARMONA, a arbitragem é o “*meio alternativo de solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial*”.⁵

Na mesma esteira, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA afirma tratar-se de uma forma de composição de conflitos em que estes são solucionados por um terceiro que não é titular de nenhum dos interesses conflitantes. Com efeito, a arbitragem consistiria em um conflito de interesses solucionado por um terceiro estranho à relação jurídica, a quem as partes conferem poderes semelhantes aos de um magistrado.⁶

Nos últimos anos, esse instituto vem adquirindo papel de extrema relevância no cenário jurídico internacional em razão das muitas vantagens que oferece. Uma delas é a confidencialidade da arbitragem, procedimento privado ao qual não se confere a publicidade característica dos processos judiciais. O sigilo que se aplica às questões submetidas ao procedimento

(DALLA, Humberto. *Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos: Algumas Considerações Introdutórias*. Revista Dialética de Direito Processual. Agosto de 2004. p.12.)

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007. p. 51.

⁶“(…)trata-se de um meio de heterocomposição de conflitos, ou seja, um meio de composição do litígio em que este é solucionado por um terceiro, estranho ao conflito, isto é, a solução do conflito é obra de alguém que não é titular de nenhum dos interesses conflitantes.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei n.º 9.307/96*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009. p. 7.)

arbitral representa, desse modo, uma vantagem significativa para as empresas de grande porte, que poderiam sofrer sérios prejuízos caso fosse conferida publicidade a algumas informações de seus negócios.⁷

Outra característica importante da arbitragem é a celeridade. Apesar de demandar um investimento consideravelmente maior, a duração do procedimento arbitral é menor em razão da inexistência de um número infinito de recursos que, por muitas vezes, protelam sem necessidade as demandas judiciais.⁸ Na Lei de Arbitragem brasileira (Lei n.º 9.307/96), por exemplo, é permitido às partes apresentar apenas um único recurso em face do laudo arbitral, com o objetivo exclusivo de corrigir erros materiais e/ou esclarecer eventuais obscuridades, dúvidas ou contradições da sentença.⁹

Ressalte-se, ainda, que na arbitragem existe a possibilidade de escolha de um ou mais árbitros que possuam um elevado nível de *expertise* no assunto em torno do qual gira o litígio. Importante asseverar que eles não deverão ser necessariamente indivíduos que atuem no meio jurídico, podendo ser escolhidos engenheiros, economistas ou quaisquer outros profissionais que possam avaliar de uma maneira mais completa as questões

⁷ “Other advantages include the ability to keep the procedure and the resulting award confidential. Confidentiality is provided in some institutional rules, and can be expanded (to cover witnesses and experts, for example) by the parties’ agreement to require those individuals to be bound by a confidentiality agreement. Many companies want confidential procedures because they do not want information disclosed about their company and its business operations, or the kinds of disputes it is engaged in, nor do they want a potentially negative outcome of a dispute to become public.” (MOSES, Margaret L. *The principles and Practice of Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008)

⁸ “Parties also like being able to choose arbitrators with particular subject matter expertise. In addition, they like the fact that there is less discovery in arbitration, thereby generally resulting in a shorter process than in a full scale litigation, or at least shorter than is found in the U.S style litigation. The lack of opportunity for multiple appeals of the decision on the merits is also an attractive aspect. For business people, there is great value in finishing a dispute so they can get on with their business.” (MOSES, Margaret L. *The principles and Practice of Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008)

⁹ “Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.”

debatidas. Em função disso, a qualidade das decisões arbitrais é incontestavelmente superior a das decisões judiciais, justamente por terem sido proferidas por julgadores que apresentam grande conhecimento sobre os temas discutidos.

Em que pese existirem tantas vantagens que tornem a arbitragem muito atrativa, nota-se, por outro lado, que esse instituto também apresenta algumas desvantagens que merecem destaque. Dentre elas, está o alto custo do procedimento, que engloba elevados honorários dos árbitros, taxas cobradas pelas instituições arbitrais, além de muitas outras despesas. Um exemplo que ilustra essa afirmação são os valores cobrados pela Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas. A tabela de custas varia entre R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e os honorários pagos aos árbitros podem chegar até R\$ 281.300,00 (duzentos e oitenta e um mil e trezentos reais)¹⁰, o que praticamente inviabilizam o uso da arbitragem por grande parte da população.

Outro aspecto negativo é o limite à atuação dos árbitros, a quem falta, por vezes, o poder para coagir as partes a realizarem ou se absterem de praticar certos atos. O árbitro não está munido do poder do império necessário à execução da sentença arbitral e, nesse caso, as partes deverão necessariamente recorrer ao Judiciário. O mesmo se vislumbra no tocante às medidas cautelares que venham a ser ajuizadas no curso do procedimento. Ou seja, em algumas oportunidades, o procedimento arbitral não conseguirá se desvencilhar totalmente da justiça estatal, o que pode ser considerado por alguns como prejudicial.

Em relação a esse ponto específico, é inegável que em algumas situações, a intervenção do Poder Judiciário possa ser considerada um entrave ao bom desenvolvimento do procedimento. Todavia, na maior parte

¹⁰ Disponível em <http://www.fgv.br/camara/>; acesso em 27.05.2011.

dos casos, o Poder Judiciário se presta a auxiliar a arbitragem e fazer valer decisões dos árbitros, provando ser necessária à pacificação social. A arbitragem, assim com os demais meios alternativos de controvérsia, não visa o enfraquecimento do Poder Judiciário. Pelo contrário. Ela atua em conjunto com o Estado, buscando sempre a efetivação da Justiça. É o que Cappelletti chama de *Justiça Coexistencial*.¹¹

1.2 - O uso da arbitragem no cenário internacional

Diferentemente do que se verifica em solo nacional, a arbitragem vê terreno fecundo no âmbito internacional para crescer e se tornar o principal meio de solução de conflitos. Ao longo dos anos, inúmeras convenções foram ratificadas pelos principais países do globo, conferindo credibilidade ao procedimento arbitral e permitindo que este fosse definitivamente incorporado na prática comercial internacional.¹²

Ao aderir às convenções internacionais, os Estados se comprometem a aplicar normas uniformes a respeito dessa matéria. Dentre elas, destacam-se aquelas que asseguram os chamados efeitos negativo e positivo da arbitragem, quais sejam;

“assegurar que a Justiça estatal de um país conveniente não julgará um litígio que seja objeto de uma convenção de arbitragem, ainda que celebrada em outro país;

¹¹ “Mas a temática daquilo a que chamei a ‘terceira onda’ vai muito além dessas formas de simplificação dos procedimentos e dos órgãos de justiça. Muito importante é a substituição da justiça contenciosa por aquela que denominei de *justiça coexistencial*, isto é, baseadas em forma conciliatórias.” (CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. Acesso à Justiça. trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988)

¹² “International arbitration has become the principal method of resolving disputes between States, individuals and corporations in almost every aspect of international trade, commerce, and investment. The established centers of arbitration report increasing activity, year on year, new arbitration centers have been set up to catch this wave of new business; States have modernized their laws so as to be seen to be “arbitration friendly”; firms of lawyers and accountants have established dedicated groups of arbitration specialists; conferences and seminars proliferate; and the distinctive law and practice of international arbitration has become a subject for study in universities and law schools alike.” (REDFERN, Alan et. al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 1896.)

e que a Justiça estatal de um país conveniente reconhecerá e executará sentença arbitral proferida segundo a lei de outro país conveniente”.¹³

Destaca-se, nesse sentido, a Convenção de Nova Iorque de 1958, ratificada por mais de 140 países e que dispõe sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras. A convenção conferiu dimensão internacional à arbitragem e facilitou a circulação das decisões arbitrais no mundo inteiro. Essa convenção é considerada um importante instrumento facilitador do comércio internacional, por atribuir à arbitragem a segurança jurídica essencial para que a sua prática se tornasse cada vez mais difundida.

Diga-se, ainda, que foram criadas leis modelos que buscam a criação de normas que regulem a arbitragem de forma uníssona em todo o mundo. Um exemplo disso é a Lei Modelo da UNCITRAL, que introduziu um sistema legal de grande aceitação internacional e tem por intuito harmonizar os procedimentos arbitrais e promover a cooperação entre os países estrangeiros.

Para concluir, é importante destacar que grande parte desse favoritismo que se confere à arbitragem no cenário internacional, se deve à possibilidade de eleição de um foro neutro a ambas as partes. Isso significa dizer que as partes não correrão o risco de serem submetidas à jurisdição do país de seu adversário¹⁴, o que, por óbvio, poderia representar uma grande desvantagem. Esse alto grau de segurança jurídica é um dos principais motivos que fez com que as grandes companhias multinacionais elessem

¹³ Lobo, C. A. da Silveira. *Uma Introdução à Arbitragem Internacional*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁴ “By contrast, a reference to arbitration means that the dispute is likely to be determined in a neutral forum (or place of arbitration) rather than on the home ground of one party or the other. Each party will also be given the opportunity to participate in the selection of the tribunal.” (REDFERN, Alan et. al. *Redfern an Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 1986)

a arbitragem como o principal meio de solução dos litígios oriundos dos contratos firmados com outras empresas estrangeiras.¹⁵

Finalmente, a autonomia da vontade das partes na arbitragem é outra característica que permitiu que esse instituto se adequasse perfeitamente ao comércio internacional. Nesse tipo de procedimento, é conferido às partes o poder de controlar todo o procedimento arbitral, escolher o direito material e processual aplicável, e até mesmo determinar que o litígio seja dirimido com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes ou nas regras internacionais do comércio. Essa característica será analisada de forma mais profunda no próximo capítulo.

¹⁵ “Arbitration also gives the parties substantial autonomy and control over the process that will be used to resolve their disputes. This is particularly important in international commercial arbitration because parties do not want to be subject to the jurisdiction of the other party’s judicial system. Each party fears the other party’s “home court advantage”. Arbitration offers a more neutral forum, where each side believes it will have a fair hearing. Moreover, the flexibility of being able to tailor the dispute resolution process to the needs of the parties, and the opportunity to select arbitrators who are knowledgeable in the subject matter of the dispute, make arbitration particularly attractive. Today, international commercial arbitration has become the norm for dispute resolution in most international business transactions.”(Moses, Margaret L. *The principles and Practice of Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008)

CAPÍTULO 2 - Autonomia da vontade: análise do princípio no âmbito internacional.

O processo de globalização pelo qual o mundo vem passando nas últimas décadas, ocasionou o estreitamento das relações entre os Estados-Nação e a conseqüente expansão das práticas comerciais no âmbito internacional. Nesse contexto, a queda das barreiras comerciais e a amenização das políticas protecionistas que inviabilizavam as transações entre empresas de diferentes nacionalidades, proporcionaram um aumento exponencial do número de contratos internacionais celebrados.

Nas palavras de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “*o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos*”.¹⁶

Na sua origem, o contrato era entendido como um instrumento de autodeterminação do indivíduo. Isso porque, o contrato nasce da vontade livre e se constitui segundo o princípio da autonomia da vontade. No entanto, com o surgimento da política intervencionista do Estado Moderno e da evolução do Direito Contratual, esse instrumento jurídico passou a abranger muito mais do que só a autonomia privada e começou a se balizar também nos conceitos de ordem pública, bons costumes, função social, boa-fé, dentre outros preceitos jurídicos.¹⁷

A autonomia da vontade é um dos principais pilares em que se baseiam os contratos nos dias atuais. Mais do que isso, ela é condição *sine*

¹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3. Contratos. Atualização Regis Fichtner. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.7.

¹⁷ “No novo contexto determinado pela política de intervenção do Estado na economia, o *contrato* sofre duas importantes modificações em sua significação e em sua função: 1) deixa simplesmente de ser expressão da *autonomia privada*; 2) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes (produtores e consumidores, empregadores e empregados, senhorios e inquilinos).” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 17.)

qua non para a sua celebração. Este princípio, também conhecido por *liberdade de contratação*, traduz o poder do indivíduo de suscitar, mediante a declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica¹⁸. Consagrado pela maioria dos ordenamentos jurídicos, bem como por convenções internacionais e até mesmo pelos princípios UNIDROIT, grande parte da importância que a comunidade jurídica atribui à autonomia da vontade, se justifica em virtude da liberdade de contratar estar diretamente ligada à autodeterminação de interesses, à discussão das condições contratuais e até mesmo à escolha do tipo contratual conveniente à atuação da vontade.¹⁹

Segundo ORLANDO GOMES, a autonomia da vontade apresenta três importantes aspectos: (i) a liberdade de contratar propriamente dita; (ii) a liberdade de estipular o contrato; (iii) a liberdade de determinar o conteúdo do contrato²⁰. A partir das lições do ilustre professor, é possível concluir que, em síntese, a autonomia da vontade se manifesta de duas formas: a possibilidade de celebrar contratos com qualquer indivíduo e a liberdade das partes de determinarem o conteúdo do contrato e seus efeitos. O primeiro aspecto ressalta o caráter voluntário do ato em que as partes optam por assumir obrigações mediante a celebração de um contrato. Já o segundo, enfatiza o poder conferido aos contratantes de regularem seus interesses da forma que lhes for mais conveniente.

No âmbito internacional é possível vislumbrar uma característica que não se encontra presente nos contratos domésticos. Segundo NADIA DE ARAUJO, aquilo que distingue um contrato internacional daquele celebrado por contratantes de um mesmo país, é a presença de um elemento que o

¹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 25.

¹⁹ GAMA JR., Lauro. *Contratos Internacionais à Luz dos Princípios do UNIDROIT*, 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 282.

²⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 26.

ligue a mais de um ordenamento jurídico²¹. Esse foi o posicionamento adotado pela Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, que em seu artigo 1º dispõe que contrato internacional é todo aquele que apresente vínculo com mais de um Estado.²²

Essa circunstância é relevante porque quando o contrato apresenta pontos de conexão com mais de um país, a relação das partes se encontrará regida por diferentes ordenamentos jurídicos, não necessariamente compatíveis entre si. Isso cria problemas em relação a questões como a eleição da legislação aplicável e do foro competente para dirimir eventuais litígios. É justamente nesse contexto que se verifica a importância da autonomia da vontade.

O papel desempenhado pela autonomia da vontade no âmbito internacional é muito mais amplo do que a autonomia privada acima descrita. Enquanto no Direito Interno ele está diretamente ligado à liberdade de contratar, no Direito Internacional Privado a autonomia da vontade confere às partes a possibilidade de evitarem algumas incertezas quanto ao cumprimento dos contratos, principalmente no que diz respeito à eleição do fórum competente para dirimir eventuais litígios, à escolha da legislação aplicável para solucionar possíveis conflitos de leis²³, e ainda à

²¹ “O que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos. Basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um país, para ser cumprido em outro. As partes podem procurar prever situações futuras, estabelecendo regras de direito substantivo no bojo do contrato, para resolver essas situações, e ainda determinar onde e como o litígio dali decorrente será julgado, através de eleição de foro e arbitragem.” (ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 364)

²² “Artigo 1 – Esta Convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais.

Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte.” (CIDIP V: México, 1994)

²³ “La autonomía conflictual es el equivalente a la autonomía privada en el ámbito del Derecho internacional privado. (...) De la autonomía privada se tiene que diferenciar la autonomía conflictual, que concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho. Las partes pueden decidir por ellas mismas qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas.” (LEIBLE, Stefan. *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, n.º 1, pp. 214-233)

possibilidade das partes de subtraírem sua relação jurídica ao controle estatal, através da escolha da arbitragem.²⁴

Considere-se, por exemplo, a hipótese em que exista um conflito em relação à legislação aplicável ao contrato. Nesse caso, a solução será optar pela aplicação das regras de conexão do Direito Internacional Privado que, apesar de indicarem o direito interno aplicável, infelizmente não chegam a solucionar a questão jurídica. Ocorre, contudo, que as regras de conflito de leis de cada país não são as mesmas. Ou seja, dependendo do lugar aonde seja instaurado o litígio, existe uma vasta gama de ordenamentos que podem ser aplicados²⁵. Diante de situações como essa, as partes encontram na autonomia da vontade, uma alternativa para alcançarem um maior nível de segurança jurídica.

²⁴ “Entre as principais razões para essas reflexões, Jacquet ressalta a possibilidade de as partes se livrarem das incertezas do direito aplicável aos contratos pela escolha da lei aplicável. Esclarece que os elementos da autonomia da vontade podem ser vistos em três planos: de uma parte, o princípio da autonomia aparece como o meio privilegiado de designação da lei estatal (ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar. p. 24)

²⁵ “En cambio, en las obligaciones contractuales no existe un centro de gravedad unívoco. Ni el lugar de celebración del contrato, ni el lugar del cumplimiento o de la prestación, ni el de la nacionalidad común de los contratantes ni ningún otro criterio de conexión resulta adecuado para brindar una solución válida para todos los casos en el derecho internacional de los contratos. Con puntos de conexión rígido no para todos los casos en el derecho internacional de los contratos. Con puntos de conexión rígidos no se logra la armonía internacional de decisiones, ni la previsibilidad y planeabilidad de las transacciones. Esto se debe fundamentalmente por dos razones: Por un lado, algunas de estas conexiones – lugar de cumplimiento y lugar de celebración del contrato – provienen conceptualmente del derecho material y son definidas en forma diferente por los distintos ordenamientos jurídicos, lo que conlleva necesariamente falta de armonía internacional de decisiones. Por otro lado, sin embargo, es imposible establecer una regla fija que se adecue a los múltiples supuestos de hecho y a los diferentes intereses de las partes. (...) Hasta el momento no se ha logrado consenso internacional acerca de un único elemento rígido de conexión.”(LEIBLÉ, Stefan. *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, n.º 1, pp. 214-233)

2.1 - Convenções Internacionais

No que tange à escolha da legislação aplicável ao contrato, RICARDO RAMALHO ALMEIDA defende que a escolha das partes por um determinado direito de regência, não enseja a criação, modificação ou extinção de direitos. Ao contrário do que se esperaria de um contrato doméstico, nesse caso, os contratantes apenas determinam a aplicação de um certo ordenamento jurídico à sua relação.²⁶

A escolha da legislação aplicável ao contrato é um tema de crucial importância e, por esse motivo, foi objeto de inúmeras convenções internacionais nas quais se promoveu a adoção do princípio da autonomia da vontade pela comunidade jurídica como um todo. Dentre elas, se destaca a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis de 1955, grande responsável pela aceitação do referido princípio no âmbito internacional²⁷. Essa foi uma das primeiras convenções a reconhecer o critério da autonomia da vontade como principal fator de conexão na designação da lei aplicável ao contrato²⁸, apesar de ter sido pouco adotada.

Em 1986, a Convenção de Haia promoveu a atualização da Convenção de 1955, tratando agora sobre a lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias. A primazia do princípio da autonomia da vontade foi mantida e nessa oportunidade ficou estabelecido que a lei aplicável seria aquela escolhida pelas partes de forma expressa e

²⁶ “ao assim procederem, escolhendo um direito de regência, as partes não criam modificam ou extinguem suas relações patrimoniais (o que seria o efeito ordinário de um negócio jurídico contratual presidido pela autonomia privada), mas sim determinam que, em paralelo às específicas regras contratuais por ela criadas, deverão aplicar-se as normas de um determinado ordenamento” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 19)

²⁷ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 133.

²⁸ “Art. 2º, §1º - *A venda será regida pela lei interna do país designado pelas partes contratantes*”.

inequívoca no contrato. No entanto, essa nova convenção foi ofuscada pela Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de 1980 e jamais chegou a entrar em vigor.

A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, por sua vez, foi a primeira tentativa de uniformização do direito aplicável nas compra e vendas internacionais, de modo a afastar a aplicação das regras conflituais do Direito Internacional Privado. Essa convenção, ratificada por grande parte dos países, ocupa posição de destaque no cenário jurídico internacional, em virtude de ter proporcionado às partes a possibilidade de, com base na autonomia da vontade, optarem ou não pela sua aplicação. Além disso, outro ponto que merece atenção foi o de que esta convenção teve por objetivo proteger o acordo das partes, sem que, com isso, eliminasse as regras internas que tratam desse tipo de transação.²⁹

Outra importante convenção nesse campo é a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980), que consolidou de forma definitiva a liberdade das partes escolherem a legislação aplicável, ainda que por meio de declaração não expressa. A Convenção de Roma foi recentemente substituída em junho de 2008 pelo Regulamento n.º 593, também conhecido por Roma I. O referido regulamento seguiu a mesma linha da convenção de 1980, exaltando o princípio da autonomia da vontade, além de fornecer regras da Convenção de Roma para dirimir eventuais conflitos.

Por fim, destaca-se as Convenções Interamericanas Especializadas sobre o Direito Internacional Privado, em especial a CIDIP V, realizada em

²⁹ ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 144.

1994, na Cidade do México. A CIDIP V contemplou a autonomia da vontade da mesma forma que a Convenção de Roma, admitindo, ainda, a adoção do *dépeçage* voluntário e a escolha de leis que não apresentem vínculo com o contrato³⁰. Contudo, essa Convenção foi ratificada por poucos países.

2.2 - Escolha do procedimento arbitral

Além da legislação aplicável, a autonomia da vontade também confere às partes a possibilidade destas escolherem o foro competente para dirimir eventuais conflitos e elegerem a arbitragem como meio de solução de controvérsia. Em relação ao primeiro ponto, a cláusula de eleição de foro se apresenta como uma solução possível às partes, mas não oferece cem por cento de eficácia³¹. Isso porque em alguns países como o Brasil, mesmo nas hipóteses em que se tenha convencionado a competência de um foro estrangeiro para dirimir eventuais conflitos, caso o cumprimento da obrigação ocorra em solo brasileiro, de nada vale a cláusula de eleição de foro³².

³⁰ ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 195.

³¹ “Al celebrar el contrato, las partes no pueden prever ante qué jurisdicción va a recaer este en caso de conflicto. Por tanto, no pueden adaptarse a las normas de conflicto del foro al que luego se acceda. Los pactos de jurisdicción son desde luego un medio probado para contrarrestar esto y lograr claridad jurídica, pero non está claro que siempre sean eficaces. Normalmente non se podrá objetar nada contra sus efectos prorogatorios, pero la experiencia demuestra que su efecto derogatorio a menudo no es reconocido. Sin embargo, y debido a las inseguridades en materia de derecho internacional privado existente en muchos países, incluso cuando la jurisdicción se haya determinado de antemano al celebrar el contrato esto no constituiría una garantía de que el derecho al que las partes sometieron su contrato fuera el efectivamente aplicado por el tribunal del Estado de la jurisdicción.” (LEIBLE, Stefan. *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, n.º 1, pp. 214-233)

³² “Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação;
§ 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.” (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro)

No tocante à eleição da arbitragem como meio de solução de controvérsia, o cenário é um pouco diferente. Tendo em vista que é o contrato firmado entre as partes que institui esse procedimento paraestatal e confere aos árbitros poder para atuar na disputa, o princípio da autonomia da vontade é considerado o principal pilar de sustentação desse tipo de procedimento.³³

Ao contrário do que acontece nos contratos internacionais, na arbitragem a autonomia da vontade não se limita apenas à escolha do foro e da legislação aplicável na disputa. Ela também abre possibilidade para as partes definirem a composição do tribunal arbitral, o tempo máximo de duração do procedimento, o local e a instituição perante a qual se processará a arbitragem, o idioma, dentre muitos outros aspectos³⁴. Com efeito, o referido método alternativo de solução de controvérsia se mostra muito mais flexível do que o processo judicial tradicional, conhecido pela sua rigidez e pelas regras pré-fixadas que, de um modo geral, desconsideram as particularidades de cada caso.³⁵

Esse é o principal motivo que ensejou o crescimento da arbitragem nos últimos anos. A possibilidade das partes moldarem completamente o procedimento de acordo com as suas necessidades representa uma significativa vantagem para as grandes companhias transnacionais, que querem ter os seus litígios minuciosamente resolvidos, de modo a atender

³³ “The contract between the parties is the fundamental constituent of international arbitration. It is the parties' common intention which confers powers upon the arbitrators.” (FOUCHARD, Philippe et al. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Kluwer Law International. 1999)

³⁴ “(...) In their arbitration agreement, the parties can select the rule that will govern the procedure, the location of the arbitration, the language of the arbitration, the law governing the arbitration, and frequently the decision-makers, whom the parties may choose because of their particular expertise in the subject matter of the parties' dispute. The parties' arbitration agreement gives the arbitration the power to decide the dispute, and defines the scope of that power. In essence, the parties create their own private system of justice.” (MOSES, Margaret. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008. p. 17.)

³⁵ Nesse sentido: “It is elementary that arbitration permits parties to agree upon virtually all aspects of dispute resolution. (...) This flexibility is in contrast to national court procedures where parties typically are in a court of general jurisdiction, and the idea that the parties can pick particular judge (or prescribe the qualifications of the judge) who will resolve their dispute is anathema.” (BORN, Gary B. *Keynote Address: Arbitration and the Freedom to Associate*. HeinOnline, 2009)

todas as especificidades das suas relações comerciais com outras empresas estrangeiras.

Nesse ponto, a importância que o papel da autonomia da vontade exerce na arbitragem, é justamente a de viabilizar a perpetuação da relação entre as partes depois do fim do litígio. Esse é um aspecto de extrema relevância, que comprova mais uma vez a capacidade desse instituto de alcançar uma verdadeira composição da lide. Explica-se: devido ao amplo controle que as partes detêm sobre o procedimento arbitral, torna-se possível que estas determinem conjuntamente o modo como a resolução da disputa afetará a sua relação contratual, de modo a não danificá-la³⁶. Desse modo, resta solucionado o aspecto sociológico da controvérsia, alcançando-se, assim, a pacificação social, que é o grande objetivo da arbitragem.

Acrescente-se, ainda, que ao optar pela arbitragem, as partes já partem de um consenso e, em função disso, demonstram uma predisposição em aceitar a decisão final proferida pelo tribunal. Isso raramente ocorre quando se trata da jurisdição estatal. Ao contrário da arbitragem, o processo judicial sempre acaba por acirrar ainda mais os ânimos das partes e o Estado impõe o provimento jurisdicional por meio de força, sem que as partes vencidas possam se insurgir contra a pretensão procedente.³⁷

Além disso, a autonomia da vontade detém uma força muito maior na arbitragem do que em qualquer outra das hipóteses previamente analisadas. São muitas as razões que embasam tal afirmativa. Em primeiro lugar, a cláusula e o compromisso arbitral devem obrigatoriamente ser

³⁶ “At a fundamental level, parties agreed to arbitrate in these contexts because they wanted maximum autonomy and control over the resolution of their disputes and, in particular, wanted to ensure that the resolution of these disputes did not disrupt or damage their underlying relationship, out of which their dispute arose. (...) Parties choose arbitration not just because of its characteristics as a dispute resolution mechanism, but because of their ability jointly to determine how the process of the dispute resolution will affect their underlying relationship with one another.” (BORN, Gary B. *Keynote Address: Arbitration and the Freedom to Associate*. HeinOnline, 2009.)

³⁷ CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem*: Lei n.º 9.307/96. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 9.

respeitados. Isso pode ser ilustrado pela hipótese em que as parte decidem que o litígio será dirimido por meio de arbitragem mas, contrariando aquilo que fora acordado, um dos contratantes ajuíza ação perante o Poder Judiciário de seu país. Nesse caso, sendo este um dos Estados signatários da Convenção de Nova Iorque, a jurisdição acionada deverá necessariamente declinar a demanda, declarando-se incompetente em virtude da convenção de arbitragem. Vislumbra-se aí, uma grande diferença em relação à cláusula de eleição de foro, por exemplo, que pode ser afastada não obstante a vontade dos contratantes.

Em segundo lugar, o fato dos poderes do tribunal derivarem diretamente da convenção arbitral é outra razão que nos permite afirmar que a autonomia da vontade apresenta uma força ímpar na arbitragem. Considerando que são as partes quem atribuem aos árbitros a autoridade para solucionar o litígio, estes deverão se ater estritamente àquilo que fora convencionado no compromisso arbitral, sob pena de nulidade do ato praticado. Ou seja, a atuação dos julgadores deverá ser necessariamente pautada naquilo determinado pela autonomia da vontade das partes. Esse entendimento se encontra bem consolidado na Convenção de Nova Iorque:

“Article V. 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...)

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place;”³⁸(grifos nossos)

Ressalte-se, por fim, que a força que se confere à autonomia da vontade das partes na arbitragem é tão forte que repercute diretamente na eficácia da cláusula arbitral. Isso encontra aplicação prática nos casos de nulidade do contrato em que esteja inserida a referida cláusula. Devido ao

³⁸ Disponível em <http://www.newyorkconvention.org/new-york-convention/new-york-convention-texts>; acesso em 22.04.2011.

seu caráter imperativo, mesmo sendo nulo o contrato principal, a cláusula arbitral permanecerá ileso e ainda sim produzirá efeitos³⁹. Trata-se daquilo que a doutrina define por *separability* ou autonomia da cláusula arbitral, prevista nos artigos 6.4 e 16 do Regulamento da CCI⁴⁰ e da Lei Modelo da UNCITRAL⁴¹, respectivamente. Esses dispositivos dispõem que a referida cláusula é independente e sua validade não depende daquela do contrato ao qual está vinculada⁴². Esse é só mais um dos motivos que nos permitem entender o porquê da arbitragem se tornar cada vez mais popular no âmbito internacional.

2.3 - Limites à autonomia da vontade das partes

Não obstante a força e influência desse princípio, a autonomia da vontade não é sempre absoluta. Isso porque, além de não ter sido totalmente recepcionada por alguns ordenamentos jurídicos, existem certos limites ao seu âmbito de incidência que devem ser necessariamente observados.

³⁹ “Even though the arbitration clause is often contained within the contract between the parties, under most laws and rules it is nonetheless considered a separate agreement. It thus may continue to be valid, even if the main agreements – that is, the contract where the arbitration agreement is found – may be potentially invalid. In most jurisdictions, this doctrine of separability permits the arbitrators to hear and decide the dispute even if one side claims, for example, that the contract is terminated, or never existed in the first place, or is invalid because it was fraudulently induced. Such claims would not deprive the arbitrators of jurisdiction because they pertain to the main contract and not specifically to the arbitration clause.” (MOSES, Margaret. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008. p. 18)

⁴⁰ “Art. 6.4 - Salvo estipulação em contrário, a pretensa nulidade ou alegada inexistência do contrato não implicará a incompetência do árbitro caso este entenda que a convenção de arbitragem é válida. O Tribunal Arbitral continuará sendo competente mesmo em caso de inexistência ou nulidade do contrato para determinar os respectivos direitos das partes e para julgar as suas reivindicações e alegações.” Disponível em http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf; acesso em 20.04.2011.

⁴¹ “Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction: (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.” Disponível em <http://www.uncitral.org>; acesso em 20.04.2011.

⁴² DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 73.

Um dos principais limites que se impõe à autonomia da vontade é a ordem pública. Apesar de seu amplo reconhecimento no meio internacional, a autonomia da vontade, quando considerada no âmbito da escolha das regras de direito aplicáveis, deverá estar obrigatoriamente em conformidade com a ordem pública para que seja reconhecida e possa produzir efeitos.

Trata-se de conceito indefinido, que nos remete aos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente previstos ou de origem internacional, que serão considerados pelo magistrado quando este analisar a aplicação da legislação estrangeira com base nas regras de conexão do Direito Internacional Privado⁴³. Segundo JACOB DOLINGER, seria um fator exógeno, superior às regras de conexão, que traduziria a postura filosófica e dogmática do foro.⁴⁴

Isso significa dizer que, ainda que as partes tenham chegado a um acordo quanto ao ordenamento aplicável, essa escolha poderá ser afastada pelo juiz quando este verificar que a referida legislação apresenta normas incompatíveis com o ordenamento pátrio⁴⁵. Ou seja, a ordem pública funciona como uma espécie de garantia de coexistência harmônica entre sistemas independentes, impedindo, assim, eventuais choques de aspectos irreconciliáveis.⁴⁶

⁴³ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁴⁴ “A segunda teoria corresponde ao entendimento correto da questão: *ordre public* é um princípio protetor que funciona de fora e acima das regras de conexão, como exceção; não se trata de uma regra local de direito internacional privado, mas sim da postura filosófica e dogmática do foro, atuando como fator exógeno, não endógeno.” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 127)

⁴⁵ “Hoje em dia, entendemos que cada país tem sua própria ordem pública, com efeitos domésticos e internacionais, que ela não se acha insita na norma legal, mas lhe é exterior, e que, quando atua no plano internacional, fá-lo para proteger o foro contra a aplicação de uma lei alienígena oposta aos fundamentos básicos do sistema jurídico local.” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 129)

⁴⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *A Exceção de Ofensa à Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Em relação à ordem pública, apesar de existirem teorias em sentido contrário, grande parte da doutrina nacional e estrangeira entende que esse preceito se divide em dois planos distintos: o interno e o internacional. A ordem pública interna surge como uma forma de controle da licitude das cláusulas contratuais pactuadas entre os indivíduos, enquanto que a ordem pública internacional nasce com o intuito de evitar que sejam aplicadas em território nacional, legislações estrangeiras incompatíveis com o próprio ordenamento e princípios⁴⁷. Com efeito, a principal diferença entre as duas reside no fato de que a ordem pública interna está diretamente ligada a um único ordenamento jurídico, enquanto que na ordem pública internacional, a autonomia da vontade tem seus limites impostos por soberanias distintas.⁴⁸

Essa divisão teria por objetivo principal, diferenciar os graus de intensidade e a forma de interferência da ordem pública na autodeterminação dos indivíduos⁴⁹. Nesse contexto, há quem defenda, inclusive, que a ordem pública interna e a ordem pública internacional consistem em dois círculos concêntricos, dentre os quais a ordem pública interna seria o círculo maior, que apresentaria um núcleo comum à ordem pública internacional⁵⁰.

⁴⁷“*Ordre public* é o princípio magno do direito internacional privado que protege todos os princípios e valores fundamentais do sistema jurídico do foro.” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 130)

⁴⁸ BROCHER, C. *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*. Paris, Ernest Thorin, 1882 *apud* ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

⁴⁹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39.

⁵⁰ “Costuma-se a apontar em doutrina uma duplicidade do conceito de ordem pública que se dividiria em ordem pública interna e internacional. Se se admitir essa distinção, a ordem pública interna e a ordem pública internacional seriam graficamente representadas por dois círculos concêntricos. Ainda que possa parecer estranho à primeira vista, o círculo **maior**, externo, seria o da ordem pública **interna**, ao passo que o círculo **menor**, contido no maior, seria o da ordem pública **internacional**. Tratar-se-ia, essa última, para usar uma expressão da doutrina belga (ROMAIN, 1995, p. 26), do núcleo duro da ordem pública, só esse interessando aos árbitros internacionais e ao julgador estatal que fosse chamado a se pronunciar, na instância de controle, sobre uma sentença arbitral (nacional ou estrangeira) que resolvesse um litígio internacional.” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 25)

Outra importante restrição que se impõe à autonomia da vontade são as normas imperativas. Estas são normas de aplicação imediata e que não admitem substituição por leis de outros países. Em alguns setores da economia, seja em virtude da preponderância dos aspectos de direito público sobre os de direito privado, seja em razão da proteção conferida à parte mais fraca em alguns contratos, as normas imperativas representam um limite ao exercício pleno da autonomia da vontade no que diz respeito à escolha da legislação aplicável.⁵¹

A distinção entre as normas imperativas e ordem pública é bastante tênue⁵². A principal diferença entre elas é a de que, enquanto a ordem pública é considerada *a posteriori*, apenas depois de verificado o conflito decorrente da aplicação da norma alienígena, as normas imperativas são imediatamente aplicadas e a legislação estrangeira não é sequer buscada.⁵³

Esses conceitos também se diferenciam na medida em que a ordem pública impede a aplicação da lei estrangeira quando esta for contrária a valores fundamentais do foro, ao passo que as normas imperativas são regras de caráter coercitivo, que devem ser aplicadas a todo custo⁵⁴.

⁵¹ “Assim, o que temos é que, em determinadas áreas da economia, não se aplica a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável porque a proteção da parte fraca não o permite e, em determinados setores porque envolvem aspectos em que o direito público prepondera sobre o privado.” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 79)

⁵² “A distinção entre ambas é tênue, e para Kassis reside no mecanismo que as coloca em movimento, ou seja, no modo de intervenção pelo qual concretamente operam uma e outra.” (ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 39)

⁵³ “Uma distinção normalmente invocada – como já vimos – é a que recorremos a *ordre public* depois de tentar aplicar a norma alienígena e perceber o conflito entre sua aplicação e a nossa ordem pública, o que nos impede de prosseguir, enquanto que, ao lidarmos com regras imperativas, nem sequer começamos a procurar a lei estrangeira aplicável, pois nossa própria norma é imperativa.” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 156)

⁵⁴ “Poder-se-ia pensar que é problemática a distinção entre *ordre public* (como negativa) e *lois d’application immédiate* (como positiva), já que o próprio princípio de ordem pública se manifesta nessas duas variações, por vezes, *ordre public* impede a aplicação da lei estrangeira porque esta permite algo que o foro não aceita (divórcio, investigação de paternidade, casamento homossexual etc.) e por outras, repudia a norma alienígena que contém alguma proibição considerada pelo foro como contrária aos direitos humanos (restrições de natureza racial na lei estrangeira do

Apesar de bastante cotejado em alguns ordenamentos jurídicos, há quem defenda que não há necessidade de se recorrer às chamadas *lois de police*. Os defensores dessa teoria entendem que a aplicação posterior do princípio da ordem pública solucionaria qualquer conflito que a lei eleita pelas partes pudesse apresentar com o ordenamento jurídico do foro, sendo, portanto, irrelevante a aplicação das normas imperativas.⁵⁵

Por fim, o grande problema que esse tipo de normas apresenta diz respeito à dificuldade na sua conceituação. A doutrina não chegou a um consenso quanto aos critérios que conferem caráter imperativo à norma e, até o presente momento, a questão permanece sem resposta. Sendo assim, acredita-se que a aplicação das normas imperativas deve ser pontual e se limitar apenas aos casos em que seja realmente imprescindível.⁵⁶

matrimônio). Mas este problema não existe, realmente, pois a natureza positiva que os autores franceses atribuem às *lois de police* significa que elas não constituem uma cláusula de exceção, uma exclusão da aplicação de determinada lei estrangeira, mas, simplesmente, representam normas locais que precisam ser aplicadas, a todo custo, sem cogitar da aplicação de uma norma estrangeira.” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 151)

⁵⁵ “Nossa posição é diversa (...) entendendo que não há necessidade de recorrer às *lois de police*, eis que o princípio da ordem pública soluciona *a posteriori* qualquer constrangimento maior que a escolha da lei pelas partes possa causar ao sistema jurídico do foro. No momento de analisar a validade da cláusula de opção da lei aplicável, nenhuma destas considerações entra em linha de conta – nem normas imperativas, nem *lois de police* – tudo fica para ser examinado e decidido no momento da eventual execução judicial do contrato. (...) A ordem pública é um remédio que funciona *a posteriori*, e não por antecipação, e atua igualmente para impedir a aplicação da lei escolhida pelas partes, como a lei determinada pelo legislador, e mesmo da lei determinada por convenção internacional.” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 82)

⁵⁶ “Por isso, a utilização de normas imperativas deve ser circunscrita aquelas situações em que a disposição é imprescindível à coerência do sistema, devendo essas normas intervir pontualmente e não a toda hora. (...) Não sendo possível caracterizar de antemão os critérios que dão à norma a sua imperatividade e a alçam ao patamar de uso imediato, sem ao menos o recurso às normas de conflito, a questão continua controversa, seja na doutrina, seja na jurisprudência, estando sempre ao sabor das mudanças temporais e espaciais por que passam os sistemas jurídicos.” (ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 40-41)

PARTE II

CAPÍTULO 3 - Legislação aplicável ao mérito da disputa: escolha pelo tribunal arbitral no caso de silêncio das partes

A regra geral na arbitragem é a de que as partes escolhem a lei aplicável ao mérito da disputa. Esse é um dos mais importantes poderes conferidos pela autonomia da vontade às partes no procedimento arbitral. Ocorre, todavia, que em grande parte dos casos, as partes não se valem dessa prerrogativa e, desse modo, caberá ao tribunal arbitral determinar qual será a legislação aplicável tanto ao mérito, quanto às questões processuais.

O contrato firmado entre as partes e o próprio litígio não podem simplesmente existir sem um mínimo de respaldo legal. É com base nessa afirmativa que os árbitros gozam de ampla discricionariedade para preencher a lacuna deixada pelas partes. Entende-se que nos casos em que estas se mantêm silentes, o tribunal exercerá essa nova função pautado na extensão dos poderes que lhe haviam sido previamente conferido⁵⁷.

Em se tratando da legislação aplicada ao mérito da disputa, ainda que exista um consenso em relação ao poder dos árbitros para elegê-la, vislumbram-se algumas divergências quanto ao método por meio do qual o tribunal realizará essa tarefa. Em meio à controvérsia, destacam-se duas

⁵⁷“The result of this silence is, in almost all circumstances, to grant the arbitral tribunal the same broad authority with respect to selecting conflict of laws rules for choosing the substantive law as exists with respect to the arbitrators' decisions applying substantive law principles. That is because of the obligation of Contracting States under the New York Convention to recognize arbitral awards without engaging in any substantive review of the merits of the award; that obligation applies without regard to the arbitrators' choice-of-law decisions concerning the substantive law applicable to the merits of the parties' dispute.

(...) Absent contrary agreement, arbitrators generally possess broad power – comparable to that which exists for arbitrators' decisions regarding the interpretation and application of substantive law rules – to select and apply choice-of-law rules for identifying the applicable substantive law in an arbitration. (19) The arbitrators' authority is almost uniformly recognized in national arbitration statutes and institutional rules.” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009)

posições dominantes: o “*voie indirecte*” e o “*voie directe*”. Passemos a análise de cada uma delas.

3.1 - “*Voie Indirecte*”

A primeira posição é aquela chamada pela doutrina de “*voie indirecte*”. Trata-se de um processo realizado em duas etapas distintas: primeiro, analisa-se previamente quais serão as regras de conflito de leis a serem utilizadas. Nesse momento, os árbitros terão que considerar inúmeros fatores, a fim de que possam definir qual Estado apresenta um maior grau de conexão com o caso em análise. Feito isso, inicia-se a segunda etapa, em que será efetivamente escolhida a legislação aplicável.

Existem muitos critérios que podem ser utilizados como parâmetro pelos árbitros na aplicação do *voie indirecte*. O primeiro desses critérios é a utilização das regras de conflito de leis do local aonde será realizada a arbitragem. Essa teoria parte de uma imprudente comparação por analogia entre os tribunais estatais e os tribunais arbitrais que, de acordo com esse raciocínio, também apresentariam uma ligação direta com a *lex fori*. Seus defensores entendem que a adoção das regras de conflito de leis do foro da arbitragem tem por objetivo conferir uma maior segurança jurídica às partes no quesito da escolha da lei aplicável ao mérito da arbitragem⁵⁸.

Muito aderido no passado, hoje esse critério é alvo de críticas recorrentes, responsáveis pela perda de grande parte do seu apelo nos últimos tempos. Isso porque, cada vez mais, os árbitros têm entendido que, ao contrário dos magistrados tradicionais, eles não apresentam uma relação estreita com o Estado sede da arbitragem e, desse modo, não estariam

⁵⁸“(…) this approach, if relied upon consistently by arbitral tribunals, would have the advantage of creating some certainty and predictability as to the conflict of laws rules applicable. In effect, the tribunal adopts what basically amounts to the choice of law rules of the forum.” (FERRARI, Franco et. al. *Getting to the law applicable to the merits in International Arbitration and the consequences of getting it wrong*. Revista Brasileira de Arbitragem – n. 26, abr./jun. 2010. p.91)

vinculados ao respectivo ordenamento jurídico⁵⁹.

Esse pensamento foi bastante influenciado pela teoria do *delocalization*. De acordo com ela, o local aonde acontece o procedimento é considerado meramente uma ficção jurídica, haja vista o caráter internacional e principalmente auto-regulatório da arbitragem. Por esse motivo, as regras de conflito de leis da sede do procedimento não deveriam exercer qualquer influência na arbitragem e na atuação dos árbitros.⁶⁰

A escolha do fórum da arbitragem pode ser dar por mera conveniência das partes, que normalmente buscam um local neutro e com baixos custos para sediar o procedimento, escolha essa sem qualquer relação com o ordenamento jurídico local. Logo, não existiria qualquer razão nesses casos para que as respectivas regras de conflito de leis fossem aplicadas⁶¹. Percebe-se, pois, que esse não é o melhor dos critérios a serem aplicados pelo tribunal arbitral na busca pela definição da legislação aplicável ao mérito da disputa.

Além disso, nota-se que em alguns casos, a utilização das regras de conflito de leis do fórum da arbitragem perde um pouco o sentido. Pode ocorrer do local da arbitragem ser escolhido por um terceiro que não as

⁵⁹ “In the past, arbitrators would typically choose the conflicts of law rules of the place of arbitration. That practice is much less common today, because increasingly arbitrators are coming to understand that unlike judges, they have no particular obligation to a State or use its rules for determining the law.” (MOSES, Margaret. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008. p. 77)

⁶⁰ “The proponents of delocalization, argued that a State should not have any concern about a dispute between two parties who are not citizens over a matter that has no connection to the State. They viewed international arbitration as self-regulating, and they opposed court interference with the arbitration process. From this perspective, international arbitration should be detached from the law of the seat; there is no reason, for example, why the conflicts of law rules of the seat of arbitration should necessarily be ones applied when an arbitrator had to choose the governing law.” (MOSES, Margaret. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008. p. 56)

⁶¹ “Moreover, the identification of the seat of arbitration cannot always be traced back to a choice of the parties, because the parties may fail to select the seat and the selection is then made by a third party, be it the arbitral institution or the arbitral tribunal itself, thus making the location of the arbitral seat almost fortuitous.” (FERRARI, Franco et. al. *Getting to the law applicable to the merits in International Arbitration and the consequences of getting it wrong*. Revista Brasileira de Arbitragem – n. 26, abr./jun. 2010. p. 92)

partes e, assim, o fator territorial perder parte da sua importância na análise da legislação aplicável. Com efeito, cai por terra o entendimento esposado por alguns tribunais de que a escolha da sede da arbitragem funcionaria ao mesmo tempo como uma indicação implícita pelas partes das regras de conflito de leis que serão aplicadas.

O segundo critério utilizado no *voie indirecte* é o da aplicação cumulativa das regras de conflito de leis que apresentem conexão com o caso concreto. Os adeptos desse tipo de abordagem entendem que, apesar de serem aplicadas várias regras simultaneamente, todas elas acabarão por indicar um mesmo direito interno, se aplicadas corretamente. Trata-se de um sistema compatível com o caráter transnacional do procedimento arbitral e que supostamente reduziria as chances de aplicação equivocada das regras de conflito de leis pelo tribunal arbitral.

O ponto frágil desse tipo dessa abordagem é que ela se mostra apta somente a resolver casos com um menor nível de complexidade. Nas hipóteses em que as diferentes regras de conflito de leis apontem legislações diferentes, por exemplo, esse critério se mostra imprestável para os fins que se propõe⁶². Acrescente-se, ainda, que seria inviável aplicá-lo em hipóteses em que o caso apresentasse inúmeros pontos de conexão ao redor do mundo. Isso porque, a análise de todas as regras de conflito de leis demandaria um tempo incompatível com a celeridade característica da arbitragem.

O terceiro critério, por sua vez, adota como diretriz a escolha das regras de conflito de leis do Estado que apresente o maior grau de conexão

⁶² “In reality, however, the cumulative and “false conflicts” approaches provide solutions only in the easier cases, where, ironically, this analysis is not even needed because all conflicts (or substantive) rules provide the same answer. On the other hand, the approach is of no guidance when different choice-of-law rules point towards two or more different national substantive laws (the ultimate “true conflict”). In that case, some other conflicts principle must be applied to choose between the competing alternatives considered by a “cumulative” analysis.” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009)

com a disputa. Proceder-se-á de forma a verificar qual o país que apresente um maior número de elementos que o liguem ao caso, para que depois sejam aplicadas as suas regras de conflito de leis.

Essa modalidade, contudo, encontra escasso respaldo na doutrina e é raramente adotada pelas instituições arbitrais ao redor do mundo. Isso porque, requer inicialmente uma análise complexa que não levará diretamente à resposta de qual será a lei destinada ao mérito da arbitragem. Além disso, somente agrava a insegurança jurídica ao abrir a possibilidade para que sejam eleitas regras de direito interno que não atenderão aos interesses das partes ou lhes trarão quaisquer benefícios.⁶³

O quarto critério é, sem dúvidas, o que confere maior liberdade para o tribunal arbitral. Segundo esse sistema, os árbitros poderão se utilizar das regras de conflito de leis que considerarem mais apropriadas ao caso em análise. É um método bastante adotado na prática, em que os árbitros fazem sua escolha sem estarem necessariamente presos às regras pré-existentes⁶⁴. Ou seja, eles poderão até mesmo criar novas regras que sejam mais bem moldadas ao caso concreto. Essa foi a abordagem adotada pela Lei Modelo da UNCITRAL⁶⁵ e pela Convenção Européia sobre Arbitragem de 1961.⁶⁶

⁶³ “Specifically, this approach requires identifying what state is most “closely connected” to a dispute – itself a potentially complex matter; then identifying what that state's conflicts rules are – again, not necessarily straightforward; and finally applying those conflicts rules to select a substantive law – requiring a further, potentially-complex analysis. There is also a non-trivial risk that the ultimately-applicable conflicts rules will produce an anomalous result, selecting a substantive law that neither of the parties would have intended or selected. None of this makes practical or analytical sense.” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009)

⁶⁴ “Nonetheless, in certain legal systems or under certain Rules, the arbitrators are free to select the choice of law rule which, in their opinion, best satisfies the various imperatives of private international law (such as predictability, realism, and consistency with other choice of law rules). Moreover, they are not obliged to choose from existing choice of law rules. They are perfectly entitled to invent new ones.” (Fouchard, Philippe et al. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Kluwer Law International, 1999)

⁶⁵ “Article 33. (1). The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.”

⁶⁶ “Article VII. 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

O desafio a ser enfrentado nesse caso é o de definir o termo “apropriado”. Esse é um conceito muito relativo e que pode variar dependendo dos árbitros escolhidos, o que gera certo nível de insegurança jurídica. Cabe ao tribunal, portanto, fazer uma análise pautada no princípio da razoabilidade, para estabelecer aquelas que seriam consideradas como as regras de conflito de leis apropriadas, oferecendo, assim, um mínimo de previsibilidade às partes. Diga-se, ainda, que ao contrário do que pode parecer a primeira vista, a ampla liberdade conferida aos árbitros deverá se restringir a alguns limites mínimos, tais como à convenção de arbitragem e às regras de direito processual aplicado na arbitragem.⁶⁷

O quinto critério a ser analisado é o da aplicação dos chamados princípios gerais das regras de conflito de leis. Esse método envolve uma busca pelos princípios notoriamente consolidados no Direito Internacional Privado. Apesar de alguns deles já se encontrarem estabelecidos no âmbito internacional⁶⁸, existe uma significativa variação da maioria dos princípios previstos nos ordenamentos jurídicos dos principais países integrantes do sistema. Esse problema deverá ser enfrentado pelos árbitros quando estes ponderarem a aplicação dos princípios com base nas decisões proferidas em outros procedimentos arbitrais e nas disposições das convenções internacionais que tratam sobre o assunto.

Mesmo com esses empecilhos, esse método tem ganhado notável

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 usages.”

⁶⁷ “The arbitrators’ freedom to select the “appropriate” conflicts rule should not be understood to open the door to unfettered discretion. On the contrary, the arbitrators remain obligated to select the conflicts rules that are “appropriate” in light of the procedural law of the arbitration and the parties’ arbitration agreement.” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009)

⁶⁸ “As for “general principles”, a number of them can be identified, most of which can be found in international instruments: the closest connection rule, the characteristic performance rule, the “proper law of the contract” rule, the “law of the seller” in sales contracts, the rejection of *renvoi* in contract (once strongly held), and the principle of party autonomy, which is understood as ‘perhaps the most widely accepted private international law rule of our time.’ (FERRARI, Franco et. al. *Getting to the law applicable to the merits in International Arbitration and the consequences of getting it wrong*. Revista Brasileira de Arbitragem – n. 26, abr./jun. 2010. p. 98)

expressão no cenário internacional. A doutrina e jurisprudência têm caminhado no sentido de procurar identificar os principais princípios norteadores do direito internacional privado. Caso essa missão seja cumprida, isso representará grande vantagem para as partes que participam de uma arbitragem, que passarão a contar com uma maior previsibilidade e eficiência na resolução de sua disputa.

Finalmente, o sexto e último critério utilizado no *voie indirecte* é o da aplicação das regras de conflito de leis do local aonde será executado o laudo arbitral. Esse método dispensa maiores comentários em razão da sua patente inviabilidade. Na maioria esmagadora dos casos, a parte vencida possui bens em vários lugares do mundo e, por esse motivo, é praticamente impossível prever qual será o país aonde será executado o laudo arbitral. Não foi por outra razão que essa teoria apresentou pouquíssima repercussão na esfera internacional.

Analisados os principais critérios, o problema que se depreende do sistema bifásico do *voie indirecte* é a incerteza quanto à legislação que será escolhida no final do procedimento. Em razão do extenso poder atribuído aos árbitros, não existe um critério específico a ser levado em consideração pelo tribunal arbitral quando este for determinar quais serão as regras de conflito de leis a serem utilizadas. Por esse motivo, há quem defenda que esse método não é satisfatório, vez que não oferece segurança ou previsibilidade em relação às regras de direito que irão reger o mérito da disputa.

3.2 - “Voie Directe”

Nos últimos anos, a aplicação do *voie indirecte* tem se tornado uma prática cada vez menos comum nas arbitragens comerciais internacionais. Ela tem perdido espaço para a escolha direta da legislação aplicável pelo

tribunal arbitral, sem análise prévia das regras de conflito de leis. Também conhecida por “*voie directe*”, essa abordagem foi amplamente acolhida pela grande maioria dos regulamentos modernos de instituições arbitrais como a American Arbitration Association⁶⁹ e a CCI⁷⁰. De acordo com esse sistema, os árbitros poderão eleger as regras de direito que considerarem mais apropriadas, podendo sua decisão ser baseada tanto no conteúdo da lei escolhida, como com base nas regras de conexão.

Importante destacar que no uso do *voie directe*, os árbitros não ficam adstritos somente às legislações nacionais que apresente conexão com o caso. A expressão “regras de direito” abre a possibilidade para que eles possam também optar por outras regras de direito que não sejam ordenamentos nacionais. Isso tem uma importante implicação prática, uma vez que permite que o tribunal arbitral se valha da *lex mercatoria*, de regras de direito baseadas numa combinação de diferentes sistemas legais ou até mesmo de princípios elencados pelo UNIDROIT⁷¹. É uma solução que condiz com a flexibilidade característica desse tipo de método alternativo de composição de conflito.

Outra grande vantagem do *voie directe* que se vislumbra num primeiro momento, é a possibilidade de se eliminar a análise compulsória das regras de conflito de leis, para que somente depois seja finalmente determinada a lei aplicável ao mérito da disputa. Além de primar pela

⁶⁹ “Art. 28. (1). The tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law designated by the parties as applicable to the dispute. Failing such a designation by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate”

⁷⁰ “Art. 17. (1). The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.”

⁷¹ “Most of the more modern institutional rules, however, do not mention conflicts of laws, and provide that when parties have not designated a governing law, the tribunal ‘shall apply the law or rules of law which considers to be most appropriate’. The arbitration ability to consider not just ‘law’, but ‘rules of law’, has been considered an authorization for arbitrator to apply the *lex mercatoria*, or general principles of law. For example, tribunals are increasingly referring to the UNIDROIT Principles when the parties have failed to choose a governing law or when the arbitrators perceive a need to interpret or supplement the national law.” (MOSES, Margaret. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008. p. 76)

celeridade, dispensando análises realizadas em duas etapas, o objetivo desse método é justamente evitar a aplicação do sistema do Direito Internacional Privado, que muitas vezes pode apresentar complicações. Esse é mais um dos motivos pelos quais essa abordagem tem sido cada vez mais adotada por muitos regulamentos e estatutos das instituições arbitrais.

Passando agora para a análise dos pontos sensíveis desse tipo de abordagem, verifica-se que os árbitros podem enfrentar algumas dificuldades na escolha das leis que considerem apropriadas. Um dos óbices que se encontra na maioria das vezes, é o de que os regulamentos das instituições arbitrais não orientam o tribunal para realizar este tipo de escolha, que acaba por ser fortemente discricionária em virtude da ausência de regras que definam uma conduta a ser seguida. Para agravar ainda mais a situação, muitos dos árbitros elegem a lei aplicável à disputa sem, contudo, fundamentar sua decisão, o que é incompatível com o poder que lhes foi outorgado.

Diante disso, aquilo que normalmente se verifica é que, mesmo dispensada a análise das regras de conflito de leis, os árbitros acabam por utilizá-las, ainda que de modo informal e, assim, chegam ao mesmo resultado do *voie indirecte*⁷². Ou seja, no final, os dois métodos de eleição da legislação aplicável ao mérito da disputa se equivalem e acabam por se confundir. É claro, contudo, que cabem algumas ressalvas a essa afirmação. Existem casos em que o tribunal arbitral, de fato, segue a risca as peculiaridades do *voie directe* e decide independentemente das regras de

⁷² “Resort to a choice of law analysis is reflected in other ways as well. For example, arbitrators who apply a law other than that of the forum under the ‘direct approach’ will often justify their conclusions by pointing out that the result they reached would be the same if they had applied certain conflict of laws rules. Even the choice of any law that ‘validates the contract’ owes a debt to choice of law analysis. (...) However the applicable law is reached under the direct approach, it continues to owe a debt to conflict of law rules. In some instances, the direct approach actually hides a conflict of laws analysis. In others, conflict of laws rules may ultimately be necessary, for example, to determine the law applicable to some preliminary questions (such as the capacity to act) or to determine which overriding mandatory rules need to be applied.” (FERRARI, Franco et al. *Getting to the law applicable to the merits in International Arbitration and the consequences of getting it wrong*. Revista Brasileira de Arbitragem – n. 26, abr./jun. 2010. p. 102-105)

conflito de leis.

3.3 - Diretrizes e limites ao poder do tribunal arbitral na escolha da legislação aplicável ao mérito da disputa

A escolha da lei aplicável ao mérito da disputa pelo tribunal arbitral não se submete aos mesmos limites impostos às partes. Isso porque, entende-se que o silêncio das partes autoriza os árbitros a exercerem o seu poder de escolha de maneira bastante ampla e praticamente sem restrições

⁷³

Contudo, apesar de gozar de extenso poder para exercer sua discricionariedade, o tribunal há que levar em consideração alguns aspectos para que a execução do laudo arbitral não venha a ser obstada no futuro⁷⁴. Caso assim não fosse, a eficácia da arbitragem como método alternativo de solução de controvérsia seria reduzida e, conseqüentemente, o seu prestígio perante a comunidade internacional seria significativamente afetado. Por esse motivo, é que se considera prudente que ao eleger a legislação aplicável ao mérito da disputa, o tribunal arbitral considere fatores como a ordem pública e as normas imperativas, ambas de caráter obrigatório.

⁷³ “When the arbitrators (rather than the parties) determine the governing law, there is no place for the various theories put forward to allow the arbitrators to decline to apply the law chosen by the parties. Where the parties are silent as to the governing law, a number of legal systems and the major arbitration rules give the arbitrators total freedom when determining the applicable rules of law. In exercising that freedom, they are entitled to apply—or to refuse to apply—a particular rule because it constitutes a mandatory rule; they may seek to overcome the perceived inadequacy of a particular law; they are free to adopt a broad or narrow conception of trade usages; they have the discretion to apply different choice of law rules to the contract and to other aspects of the dispute (such as title to property and tortious liability) pursuant to a “*dépeçage*” approach, or to apply a single law to the entire dispute; they may even declare that their decision is based on what they perceive as being the requirements of genuinely international public policy. All of these possibilities are simply manifestations of the unlimited freedom enjoyed by arbitrators in choosing the applicable rules of law.” (FOUCHARD, Philippe et al. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Kluwer Law International, 1999)

⁷⁴ “Where an action lies at the seat of the arbitration to set aside the award on the basis of a breach of international public policy, as is the case in most legal systems, arbitrators who want to ensure that their award will be effective internationally will be mindful of the conception of international public policy of the seat of the arbitration.” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009)

Apesar dos tribunais arbitrais não estarem vinculados a uma determinada *lex fori*, dado o caráter internacional da arbitragem, existem algumas normas que devem ser consideradas quando este determinar a legislação aplicável ao mérito da disputa⁷⁵. As chamadas normas imperativas, também conhecidas por *mandatory rules* ou *lois de police*, aparecem no Direito Internacional Privado como um limite a ser respeitado não só pelos árbitros, mas também pelas partes no momento da eleição das regras de direito que governarão a sua relação jurídica.

Tema de diversos debates no meio acadêmico, atualmente não existe um consenso quanto à definição dessas normas, conforme ressaltado anteriormente. A melhor conceituação de normas imperativas atualmente encontrada é a do regulamento do Roma I, que as classificou como “*disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou econômica*”⁷⁶.

As normas imperativas se mostram especialmente relevantes no contexto da complexa interação entre diferentes leis, algo recorrente nas arbitragens internacionais. Sua função preponderante é justamente a de evitar conflitos entre os aspectos intrínsecos de cada ordenamento. Por essa razão, é que devem ser aplicadas de forma independente em relação às

⁷⁵ “In contrast to state courts, arbitral tribunals lack a *lex fori*, as they are not a public organ of a state. Arbitral tribunals are not the guardians of a specific state’s public policy: they should therefore not give any special reverence to the mandatory rules of the law of the state of the seat of arbitration. (...) Under the concepts of mandatory rules (...) arbitrator need to consider the application which demand” (BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Kluwer Law International, 2009; Disponível: <http://books.google.com.br/books?id=kj8p9Gv5Zl0C&pg=PA265&dq=Mandatory+Rules+in+International+Arbitration+:+what+are+mandatory+rules%3F&ei=iYnSTdX2CYjWyATM76DICg&cd=1#v=onepage&q=Mandatory%20Rules%20in%20International%20Arbitration%20%3A%20what%20are%20mandatory%20rules%3F&f=false>; acesso em 18.05.2011)

⁷⁶Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:PT:PDF;> acesso em 12.05.2011.

regras de direito escolhidas pelo tribunal, sob pena da execução do laudo arbitral ser obstada pela jurisdição que foi indevidamente afastada.

A grande controvérsia que surge sobre esse assunto consiste em determinar quais normas imperativas deveriam ser consideradas pelos árbitros. Podem ser numeradas algumas posições divergentes na doutrina a respeito dessa questão. Enquanto uns indicam as normas imperativas da sede da arbitragem, outros apontam aquelas do local da execução e assim por diante. Diante de tantas teorias, entende-se que os árbitros teriam a opção de (i) aplicar as normas imperativas de todas as jurisdições que apresentem conexão com o caso; (ii) aplicar somente as normas imperativas que considerarem relevantes; ou (iii) simplesmente não aplicar nenhuma norma imperativa.

Dentre as três alternativas, a segunda nos parece a mais razoável. Em primeiro lugar, porque é muito arriscado que o tribunal arbitral desconsidere totalmente as disposições desse tipo de normas. Existem grandes chances de que elas venham a ser infringidas e, portanto, o laudo seja declarado nulo e não possa ser executado. Isso vai de encontro com o compromisso dos árbitros de proferir laudos “executáveis”.

Em segundo lugar, porque aplicar todas as normas imperativas seria inviável. Em casos com muitos elementos de conexão, exigir-se-ia do tribunal uma longa e complexa análise de todas as respectivas normas imperativas, para que as mesmas pudessem ser compatibilizadas. Isso além de reduzir drasticamente o poder do tribunal arbitral, não condiz com o interesse das partes em ter seu conflito resolvido com a menor interferência estatal possível.

Ante o exposto, acredita-se que a postura mais adequada a ser tomada pelos árbitros é a de verificar quais seriam as normas imperativas relevantes e que influenciem diretamente na eficácia do procedimento

arbitral. Por exemplo: na hipótese de ser possível identificar um único local em que será executado o laudo arbitral, reputa-se prudente que o Tribunal assegure que não esteja sendo desrespeitada nenhuma das normas imperativas dessa determinada jurisdição. Essa conduta evita futuras alegações de nulidade que possam impedir a futura execução.

Contudo, é importante asseverar que quando as normas imperativas estiverem manifestamente em conflito com a ordem pública internacional, não ocorrerá a sua incidência. A ordem pública é outro limite que se impõe à escolha do tribunal arbitral e mesmo à aplicação das normas imperativas, quando estas não forem compatíveis com os valores internos. Conforme explicado no segundo capítulo, ela funciona como uma espécie de filtro dos atos praticados no exterior e que tenham repercussão no território nacional, podendo impedir a produção dos seus efeitos quando cabível.

Tudo o que foi dito, tem por intuito mostrar que apesar de gozarem de amplo poder para determinar a legislação aplicável ao mérito da disputa, é importante que o tribunal atente para esse tipo de normas, a fim de garantir a execução da decisão dos árbitros e a eficácia do procedimento arbitral.

CAPÍTULO 4 – Aplicação Prática: Análise de casos concretos

Nesse capítulo, serão analisados casos práticos que ilustram dois dos diferentes métodos utilizados pelos tribunais arbitrais para a eleição da legislação aplicável ao mérito da disputa. Para tanto, será feito um breve relato dos fatos, seguido de posteriores comentários sobre a posição adotada em cada uma das arbitragens.

Cumprе ressaltar que não se pretende fazer um estudo exaustivo de todos os sistemas existentes. O objetivo dessa parte do trabalho é tão somente fazer uma análise a título exemplificativo, pautada em extratos de laudos que tratam sobre o assunto abordado nesta monografia. Infelizmente, não foi possível ter acesso a íntegra das decisões, em razão da confidencialidade que envolve esse tipo procedimento e dificulta o acesso aos laudos arbitrais.

4.1 – Caso n.º 117/1999 do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo⁷⁷

O primeiro caso a ser analisado envolve uma disputa entre uma sociedade comercial sediada em Luxemburgo e uma companhia chinesa. Para fins didáticos, as chamaremos de “Companhia A” e “Companhia X”, respectivamente. O procedimento arbitral ocorreu em Estocolmo, na Suécia, e foi conduzido por um painel composto de três árbitros.

O objeto central da disputa gira em torno de um contrato firmado em 1980 (o “Contrato”), através do qual ficou convencionada a permuta de tecnologia e cooperação técnica entre as duas empresas. Por meio do referido instrumento particular, as partes firmaram licenças para compartilhar as tecnologias que haviam desenvolvido. Inicialmente, o

⁷⁷ Disponível em <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=793&step=FullText>; acesso em 10.05.2011.

contrato seria válido por 10 (dez) anos, mas seu término foi prorrogado para 1995, por meio de um termo aditivo.

Em 1997, surgiu uma discussão entre Companhia Y, sucessora da Companhia X, e a Companhia A, em razão da suposta violação pela Companhia Y do dever de sigilo pactuado no Contrato. Essa discussão foi brevemente encerrada e as partes chegaram a um acordo em Fevereiro de 1998 (o “Acordo”), através do qual ficou estabelecido que o dever de sigilo contratual deveria ser respeitado até 31 de Dezembro de 2002. Ocorre, contudo, que a Companhia Y voltou a descumprir os seus deveres contratuais e, em virtude disso, em Novembro de 1999, a Companhia A instaurou um requerimento de arbitragem perante a Câmara de Comércio de Estocolmo.

O pedido foi deferido pelo Instituto Arbitral e em, 24 de Outubro de 2000, a Companhia A se manifestou no processo, requerendo que o tribunal arbitral decidisse por meio de laudo parcial qual seria a legislação aplicável ao mérito da disputa. Segundo sustenta a Requerente, o ordenamento sueco deveria ser aplicado. Caso assim não entendesse o tribunal, deveriam ser aplicados alternativamente os Princípios do UNIDROIT ou, então, a legislação de Luxemburgo.

Tal posicionamento se baseava no argumento de que na época da celebração do instrumento particular, as leis da República Democrática da China não eram suficientemente desenvolvidas para regular esse tipo de Contrato. Assim sendo, não seria razoável considerar que as partes tivessem pretendido que o ordenamento chinês fosse aplicado. A Companhia A defende, ainda, que a única evidência que existiria sobre um possível posicionamento, ainda que implícito, das partes acerca dessa questão, seria a escolha da Suécia como sede da arbitragem.

Por fim, a Companhia A afirma que as partes teriam adotado o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, o qual permite que os árbitros se valham do *voie directe* para eleger as regras de direito aplicáveis, salvo disposição em contrário das partes. De acordo com a Requerente, ao utilizar esse método seria prudente que o tribunal aplicasse a lei sueca ou então os princípios do UNIDROIT como uma legislação neutra, já que, em sua opinião, restava claro que nenhuma das partes desejava a aplicação da legislação pátria de seu *ex adverso*.

A Companhia Y, por sua vez, respondeu a essas alegações afirmando que a legislação chinesa era aquela adequada à resolução do mérito da disputa. Um dos argumentos suscitados foi o de que a escolha da Suécia como local da sede da arbitragem, jamais poderia ser considerada como uma indicação implícita das partes para que se aplicasse o respectivo ordenamento jurídico.

Além disso, sustentou que na época da assinatura do Contrato, não era usual incluir cláusula de eleição da legislação aplicável ao Contrato. Na inexistência da referida cláusula, o costume era de que as partes naturalmente favorecessem a lei chinesa. Por essa razão, os contratos eram normalmente assinados na China, de modo a reduzir a possibilidade de aplicação de outro ordenamento jurídico. Foi exatamente o que teria ocorrido no caso em tela. O Contrato e os respectivos desdobramentos haviam sido negociados e cumpridos em grande parte na China.

Finalmente, a Companhia Y defendeu que a disputa não apresentava qualquer elemento de conexão relevante com a Suécia, seja no tocante à negociação, ao cumprimento ou mesmo à execução do Contrato. Como o cumprimento dos aspectos centrais da disputa teria ocorrido majoritariamente na China, não haveria motivos para que o tribunal

aplicasse outro ordenamento jurídico ao mérito da arbitragem que não o chinês.

Ao analisar o caso, o tribunal arbitral entendeu que este era regido pela Lei Sueca de Arbitragem e pelo Regulamento do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo. Apesar da primeira [Lei Sueca de Arbitragem] não conter nenhuma disposição sobre a lei aplicável aos contratos internacionais submetidos a arbitragens na Suécia, o segundo, por outro lado, previa em seu artigo 24 (1)⁷⁸ que, mediante o silêncio das partes, o tribunal arbitral deverá aplicar as regras de direito que considerar mais apropriadas, utilizando-se, dessa forma, do método do “*voie directe*”. Logo, os árbitros estariam livres para realizar a escolha direta da lei que considerassem mais apropriadas.

A partir dessas premissas, o tribunal arbitral decidiu por levar em consideração as regras de conflito de leis suecas, no intuito de não frustrar as potenciais expectativas das partes. Na visão dos árbitros, seria razoável presumir que os contratantes esperassem que a eventual lei aplicável protegesse os seus interesses e que não fossem submetidos a um ordenamento jurídico acerca do qual não apresentassem maiores conhecimentos.

Optou também por pautar-se na Convenção de Roma de 1980 que, como não fazia referência alguma ao lugar de negociação e assinatura do Contrato, fez com que caísse por terra o argumento de que a lei chinesa deveria ser aplicada.

Por fim, entendeu que a forma pela qual o Contrato foi redigido não

⁷⁸ “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 an agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the law or rules of law which it considers to be most appropriate.” (Atualmente, essa é a redação do artigo 22 (1) do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo; Disponível em: http://www.sccinstitute.se/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf; acesso em 19.05.2011)

permitia a aplicação da lei de Luxemburgo e que, tendo em vista que ambas as partes concederam e receberam licenças simultaneamente, *dépeçage* seria possível, mas não forneceria qualquer solução prática às circunstâncias do caso.

Todas essas premissas levaram o tribunal a concluir que os pontos da disputa entre as partes não deveriam ser decididas com base em uma jurisdição particular, mas nas regras de direito que gozassem de amplo reconhecimento pelos países envolvidos no comércio internacional. No caso, as únicas regras de direito que ostentavam esse status eram as regras previstas pelo UNIDROIT em relação aos Contratos Comerciais Internacionais. Considerou-se que as regras do UNIDROIT possuíam amplo reconhecimento e ofereciam neutralidade e proteção aos contratantes por refletirem adequadamente os princípios basilares das relações comerciais na maioria dos países desenvolvidos.

Por esse motivo, o tribunal determinou que as regras do UNIDROIT seriam a principal fonte utilizada na solução do mérito da arbitragem. Na existência de eventual lacuna sobre algum ponto específico, ficou estabelecido que os árbitros recorreriam à lei sueca, pautado no entendimento de que não deve ser aplicada a legislação pátria de nenhuma das partes.

4.2 – Caso n.º 120/1998 do Centro Regional do Cairo de Arbitragem Internacional Comercial⁷⁹

O segundo caso trata de uma arbitragem em que estavam envolvidas uma companhia de móveis africana (“Companhia Africana”) e uma companhia asiática (“Companhia Asiática”). A relação das partes consistia

⁷⁹Disponível

em <http://books.google.com.br/books?id=98z7sojCtReC&lpg=PP1&ots=Qt9C1WZSm-&dq=arbitral%20awards%20of%20the%20cairo%20regional%20center%20for%20international%20commercial%20arbitration&pg=PA25#v=onepage&q&f=false>; acesso em 18.05.2011)

num acordo de compra e venda, denominado contrato nº 2-E (o “Contrato”), concluído durante uma exibição de mercadorias da Companhia Africana na Ásia em 1996.

De acordo com a cláusula 6.1 do Contrato, o pagamento das mercadorias deveria ser realizado dentro de 45 (quarenta e cinco) dias após a assinatura do instrumento particular. Ficou estabelecido entre as partes que cerca de um terço da quantia devida pela Companhia Asiática seria paga em Outubro, Novembro e Dezembro de 1996. Contudo, nenhum pagamento foi efetuado e, por esse motivo, a Companhia Africana instaurou um requerimento de arbitragem perante o Centro Regional do Cairo de Arbitragem Comercial Internacional.

Na primeira audiência, o Requerido (*i.e.* Companhia Asiática) e seus representantes não compareceram, não obstante terem sido devidamente notificados sobre o evento. Mesmo com a ausência de uma das partes, o tribunal arbitral entendeu por proceder com a audiência em que seria proferido laudo parcial referente a algumas questões, dentre elas, a lei aplicável ao mérito da disputa.

O tribunal verificou que as partes haviam acordado quanto à lei aplicável às questões processuais, mas não haviam estabelecido na cláusula arbitral qual seria a lei que governaria o mérito da disputa. No termos do artigo 33 (1) da UNCITRAL⁸⁰, lei processual escolhida, os árbitros deverão aplicar as regras de conflito de leis indicadas pelas partes. No silêncio destas, o tribunal arbitral poderá dispor de ampla liberdade para se utilizar das regras de conflito de leis que considerar mais apropriada, desde que leve sempre em consideração as disposições do Contrato, bem como o

⁸⁰ “The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.”(Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>; acesso em 20.05.2011)

costume do tipo de transação comercial envolvida.

De acordo com os argumentos apresentados pelo Requerente, a lei aplicável ao mérito da disputa deveria ser aquela do país asiático aonde o Contrato foi elaborado, assinado e devidamente cumprido. Ressaltou, ainda, que à luz da jurisprudência dos tribunais arbitrais internacionais e do artigo 33 (1) do Regulamento da UNCITRAL, a lei pátria do Requerido era restringida pelos princípios internacionais de ordem pública, pelos termos do Contrato, pelo costume do comércio internacional, pela *lex mercatoria* e pelos princípios gerais de direito, dado o caráter internacional do Contrato em análise.

O Requerido, por sua vez, permaneceu inerte e não apresentou qualquer manifestação a respeito do assunto.

Ao analisar o caso, o tribunal arbitral entendeu que tendo em vista o silêncio das partes, este poderia dispor de ampla discricionariedade para eleger a legislação aplicável ao mérito da disputa, podendo levar em consideração diferentes sistemas de conflito de leis, sem estar necessariamente vinculado às regras da sede da arbitragem.

Dentre as possíveis legislações a serem aplicadas, estavam: (i) o ordenamento pátrio do comprador; (ii) o ordenamento pátrio do vendedor; (iii) o ordenamento do local de entrega das mercadorias adquiridas; (iv) o ordenamento do local do cumprimento das disposições contratuais; e (v) o ordenamento do local da assinatura do Contrato. Analisando todos esses fatores, constatou-se que os referidos ordenamentos se limitavam às legislações dos países do Requerente e do Requerido, ou seja, a lei asiática e a lei africana.

Partindo dessa premissa, o tribunal concluiu que seria apropriado se valer das regras de conflito de leis desses dois ordenamentos jurídico para

que finalmente pudesse definir a legislação aplicável ao mérito da disputa. Para a surpresa do tribunal, os dois sistemas se encontravam em harmonia e coincidentemente indicavam a mesma lei. Tanto o artigo 19 (1) do Código Civil egípcio como o artigo 1158 do Código Civil asiático, apontava que o Contrato deveria ser governado pela lei asiática.

Diante disso, o tribunal chegou à conclusão de que seria a lei pátria do Requerido aquela que deveria reger o mérito da arbitragem. A convicção do tribunal foi fortalecida pelo fato de que o país de origem da Companhia Asiática apresentava elementos de conexão mais estreitos com o caso, eliminado quaisquer dúvidas remanescentes.

Por fim, ressaltou que, em consonância com o artigo 33 do Regulamento da UNCITRAL, incidiriam também as disposições do Contrato e as relevantes práticas comerciais.

4.3 – Comentários aos casos

Conforme ressaltado no capítulo anterior, existem dois métodos dos quais o tribunal arbitral pode valer para eleger a legislação aplicável ao mérito da disputa: o *voie directe* e o *voie indirecte*. Enquanto o primeiro permite a escolha direta, o último consiste num procedimento realizado em duas etapas até que finalmente seja escolhido o direito aplicável.

No primeiro caso, o tribunal arbitral optou pela escolha do método direto. Respaldado no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, esse entendeu que os princípios do UNIDROIT seriam as regras mais adequadas por mostrarem-se neutras a ambas as partes, mantendo, desse modo, a isonomia no procedimento arbitral. Nesse contexto, a escolha do ordenamento pátrio da Companhia A ou da Companhia Y representaria uma clara grande vantagem para a parte que

viesse a ser favorecida por essa decisão.

A postura adotada pelo tribunal arbitral nesse caso apresenta dois pontos importantes que merecem ser analisados. O primeiro deles diz respeito à escolha da legislação mais apropriada. “Apropriada” é uma expressão muito vaga e que pode variar de acordo com a percepção do julgador. Isso significa dizer que podem existir inúmeros critérios para definir a legislação que seria mais apropriada, o que pode gerar insegurança para as partes que submeteram sua disputa à arbitragem.

Um tribunal pode muito bem eleger a lei do país de origem da maioria dos árbitros como a mais apropriada, por considerar que esses dispõem de maior conhecimento em relação àquele ordenamento jurídico, mesmo que não apresente qualquer conexão com o caso. Esse seria um exemplo de como os árbitros podem escolher de forma equivocada as regras de direito aplicáveis. Não é o que se verifica no caso ora em análise.

A Câmara de Comércio de Estocolmo agiu corretamente ao optar pela aplicação dos princípios do UNIDROIT. Sem dúvida, a escolha se mostra apropriada (i) em virtude da ampla aceitação dos referidos princípios na comunidade jurídica internacional e (ii) por refletir os preceitos básicos do comércio internacional na maioria dos países desenvolvidos.⁸¹

Além disso, essas regras são neutras a ambas as partes e suas disposições estão aptas a resolver de forma satisfatória as questões em torno da qual gira a arbitragem. Com efeito, a escolha dos princípios do UNIDROIT é, de fato, a mais adequada à composição do litígio.

⁸¹ “The UNIDROIT rules have wide recognition and set out principles that in the Tribunals opinion offers a protection for contracting parties that adequately reflects the basic principles of commercial relations in most if not all developed countries. The Tribunal determines that the rules contained therein shall be the first source employed in reaching a decision on the issues in dispute in the present arbitration”.

Esse caso mostra que a utilização do método do *voie directe* pode ser eficaz, desde que sejam atendidos certos padrões de conduta pelo tribunal arbitral. Ao escolher normas neutras e em torno das quais existe um consenso geral, o laudo arbitral conseguiu atender às expectativas das partes em não serem submetidas ao ordenamento pátrio de seu opositor, bem como atribuiu certo grau de previsibilidade à decisão final sobre a questão central da disputa. Destaca-se que, ao contrário do que se verifica em muitos casos, todo esse processo decisório foi realizado sem o auxílio das regras de conflito de leis.

O segundo ponto trata da questão da motivação das decisões dos árbitros. Na maioria das vezes, as decisões que determinam a aplicação de certa lei por considerá-la mais apropriada ao caso concreto, não estão embasadas por fundamentos que justifiquem as escolhas do tribunal. Assim sendo, as partes permanecem sem saber o motivo da incidência de determinada norma.

No caso em tela, essa situação pode ser ilustrada pela aplicação da Convenção de Roma. O tribunal arbitral simplesmente não apresentou quaisquer justificativas que explicassem a incidência da referida convenção. Apesar da escolha pelos princípios do UNIDROIT ter sido correta, nada justifica a ausência de fundamentação no que diz respeito à aplicação da convenção.

É certo que o tribunal dispõe de ampla discricionariedade para exercer essa função, mas isso não significa que a escolha possa ser arbitrária. Apesar das partes terem permanecido silentes, essas têm o direito de saber o porquê da aplicação de determinada lei ao mérito da disputa. A motivação das decisões possibilita, inclusive, que a parte que eventualmente se sentir lesada pela escolha da uma lei específica, tenha condições de combater os argumentos que embasaram a decisão do tribunal arbitral no

momento da execução do laudo perante as cortes estatais.

No segundo caso, o Centro Regional do Cairo de Arbitragem Internacional Comercial utilizou o *voie indirecte* para chegar à lei aplicável ao mérito da disputa. Ao contrário do que fora relatado no caso anterior, o tribunal viu-se obrigado a aplicar as regras de conflito de leis dos países de ambas as partes, utilizando-se do método cumulativo. Ao final, verificou-se uma compatibilidade entre os resultados que indicaram uma mesma lei.

Para escolher quais seriam as regras de conflito de leis utilizadas, o tribunal verificou primeiro, quais seriam os ordenamentos que apresentavam elementos de conexão com o caso e que poderiam ser possivelmente aplicadas na solução do conflito. Constatou-se que todas as alternativas se restringiam à lei do país de origem da Companhia Asiática e a da Companhia Africana.

Essa postura mostra-se adequada, pois o tribunal se certificou de todos os modos de que a legislação aplicável seria, de fato, a do país do Requerido. Ao discriminar quais seriam aqueles ordenamentos que apresentavam conexão com o caso, os árbitros reduziram as chances de uma escolha errada das regras de conflito e, conseqüentemente, da legislação aplicável ao mérito da disputa. Esse ponto tem repercussão direta na execução do laudo arbitral, que provavelmente não encontrará impedimentos levantados pelas partes ou pela corte estatal.

Além disso, a adoção do método cumulativo possibilita um maior nível de conformação de as partes. No caso, as regras de conflito de leis das jurisdições do Requerente e do Requerido foram aplicadas e atendem de maneira incontestável aos interesses das duas partes. Assim, mesmo na hipótese de estas indicarem a lei do oponente como aquela que deve ser aplicada ao mérito, não subsistem argumentos que possam sustentar possíveis irresignações das partes.

Por todo o exposto, acredita-se que o método cumulativo atendeu de maneira satisfatória às especificidades do caso. Importante ressaltar, contudo, que isso somente foi possível em razão da pequena complexidade do caso e pelo fato de as regras de conflito não terem apresentado soluções divergentes. Em hipótese contrária, em que a disputa apresentasse elementos de conexão com muitas jurisdições ou na eventualidade dos resultados não serem compatíveis, a nossa posição não seria a mesma. O método cumulativo certamente não atenderia às expectativas de alguma das partes e, portanto, não seria a melhor opção.

CONCLUSÃO

Através daquilo que foi exposto no presente trabalho, é possível concluir que a eleição da legislação aplicável ao mérito da disputa é uma questão de extrema importância para o procedimento arbitral e que, portanto, deve ser enfrentada com cautela pelos árbitros.

A importância da aplicação correta pelo tribunal arbitral dos métodos estudados se mostra particularmente importante quando se verificam os problemas que podem decorrer de uma escolha equivocada. Quando existem muitos ordenamentos que apresentem elementos de conexão com o caso, um erro por parte dos árbitros pode influenciar diretamente no resultado final, invertendo até mesmo as posições de vencedor e vencido na arbitragem.

Como visto, existem vários métodos a serem utilizados pelo tribunal arbitral para escolher a legislação aplicável ao mérito da disputa. Infelizmente, como a doutrina e as instituições arbitrais não chegaram a um consenso sobre qual seria a conduta a ser adotada pelos julgadores na arbitragem, entende-se que cabe aos árbitros a tarefa de analisar as peculiaridades dos casos que lhe são submetidos, para que com base nelas, possam escolher qual o melhor sistema.

Percebe-se que cada um dos sistemas estudados atende de forma mais completa a determinados aspectos da disputa, que podem variar de acordo com o caso. Por esse motivo, não há como indicar qual é o melhor sistema a ser aplicado pelos árbitros. Isso pode ser, inclusive, verificado nos dois casos expostos anteriormente, em que os usos do *voie directe* e do *voei indirecte* se mostraram aptos a suprir de maneira eficiente a lacuna deixada pelas partes em circunstâncias diversas.

Não obstante acredite-se que os demais métodos também sejam eficazes e estejam aptos a compor o litígio de modo satisfatório em

determinadas situações, acredita-se, contudo, que o *voie directe* seja aquele que conseguiria abarcar de maneira mais efetiva um maior número de casos. Em primeiro lugar, porque ele permite a aplicação dos princípios do UNIDROIT e da *lex mercatoria*, cujo grau de aceitação tem se mostrado cada vez maior no cenário internacional, seja em razão da sua neutralidade característica, seja em função do consenso em torno do qual gira sua aplicação. Isso normalmente não seria possível nas cortes estatais ou através da aplicação das regras de conflito de leis de jurisdições estatais.

Em segundo lugar, percebe-se que devido à autonomia que esse moderno sistema confere aos árbitros, o procedimento pode ser significativamente mais célere em razão da não obrigatoriedade em aplicar as regras de conflito de leis que exigem uma análise complexa e, por vezes, apontam para direções diferentes. Isso favorece o interesse das partes, que procuram na arbitragem um processo mais simples e rápido.

Contudo, há que se reconhecer que esse método apresenta algumas falhas, já apontadas nos capítulos anteriores. Como não existem padrões de conduta para que o tribunal arbitral venha a eleger a legislação mais adequada ao mérito da disputa, essa decisão pode vir a ser arbitrária e, em algumas situações, desprovida de fundamentação.

Para concluir o presente trabalho, destaca-se, por fim, que atualmente existem poucos mecanismos que assegurem a correta aplicação pelo tribunal arbitral da lei mais adequada ao mérito da disputa⁸². A Convenção de Nova Iorque e a maioria dos regulamentos modernos não possuem dispositivos que solucionem essas questões ou prevejam a

⁸² “More significantly, the role of law may be diminished because there are few mechanisms to ensure that the correct law is applied. Even where choice of law can be said to matter in the individual case and where lawyers make sophisticated arguments before the arbitrators about what appropriate substantive law should be, there are virtually no controls that operate upon the arbitrators to ensure a “correct” choice of law decision.” (FERRARI, Franco et. al. *Getting to the law applicable to the merits in International Arbitration and the consequences of getting it wrong*. Revista Brasileira de Arbitragem – n. 26, abr./jun. 2010. p.91)

impossibilidade de reconhecimento e/ou execução do laudo arbitral em razão de uma análise errada dos árbitros.

Ocorre que, de acordo com a Convenção de Nova Iorque, existe uma presunção sempre favorável à execução do laudo e, por isso, as decisões proferidas em sede de arbitragem a respeito da eleição da lei aplicável ao mérito da disputa, são submetidas a uma revisão mínima por parte das cortes estatais⁸³. Além disso, na prática são muito raras as vezes em que as partes suscitam o erro do tribunal para pleitear a anulação do laudo arbitral ou obstar a sua execução.

Desse modo, entendemos que é extremamente importante que as partes e seus advogados analisem previamente o regulamento das instituições que conduzirão o procedimento arbitral. Isso previne o emprego de métodos de eleição de legislação mais suscetíveis a erro e com os quais as partes não concordem, além de evitar que estas venham a ter problemas no futuro para anular as decisões arbitrais em sede de jurisdição nacional.

⁸³ “Neither the New York Convention nor most developed arbitration statutes expressly permit non-recognition of an arbitral award because the arbitrators erred in their choice-of-law analysis. Rather, as noted above, and in the absence of a choice-of-law agreement, the arbitrators' choice-of-law decisions are subsumed within their rulings on the merits of the parties' dispute, and thus subject to the general presumption in favor of recognition under the Convention and most developed arbitration legislation. Thus, except where statutory protections or public policy issues are involved, judicial review of arbitrators' choice-of-law decisions concerning the substantive law applicable to the merits of the parties' dispute is usually minimal in developed national courts, both in common law and civil law jurisdictions.” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009.)

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A Exceção de Ofensa à Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009.

_____. *Keynote Adress: Arbitration and the Freedom to Associate*. HeinOnline, 2009.

BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Kluwer Law International, 2009

CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem: Lei n.º 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro et. al. *Acesso à Justiça*. trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. 26 Edição. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

DALLA, Humberto. *Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos: Algumas Considerações Introdutórias*. Revista Dialética de Direito Processual, Agosto de 2004

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional Privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRARI, Franco et. al. *Getting to the law applicable to the merits in International Arbitration and the consequences of getting it wrong*. Revista Brasileira de Arbitragem – n. 26, abr./jun. 2010.

FOUCHARD, Philippe et al. *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. Kluwer Law International, 1999.

GAMA JR., Lauro. *Contratos Internacionais à Luz dos Princípios do UNIDROIT*, 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 177.)

LEIBLE, Stefan. *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, n.º 1, pp. 214-233.

LOBO, C. A. da Silveira. *Uma Introdução à Arbitragem Internacional*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOSES, Margaret L. *The principles and Practice of Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3. Contratos. Atualização Regis Fichtner. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REDFERN, Alan et. al. *Redfern an Hunter on International Arbitration*. Oxford University press, 1986.

<http://books.google.com.br/> (último acesso em 18.05.2011)

<http://eur-lex.europa.eu/> (último acesso em 12.05.2011)

<http://www.fgv.br/camara/> (último acesso em 27.05.2011)

<http://www.iccwbo.org/> (último acesso em 20.04.2011)

<http://www.newyorkconvention.org/> (último acesso em 22.04.2011)

<http://www.sccinstitute.com> (último acesso em 19.05.2011)

<http://www.uncitral.org/> (último acesso em 20.05.2011)

<http://www.unidroit.org/> (último acesso em 16.04.2011)

<http://www.unilex.info/> (último acesso em 10.05.2011)