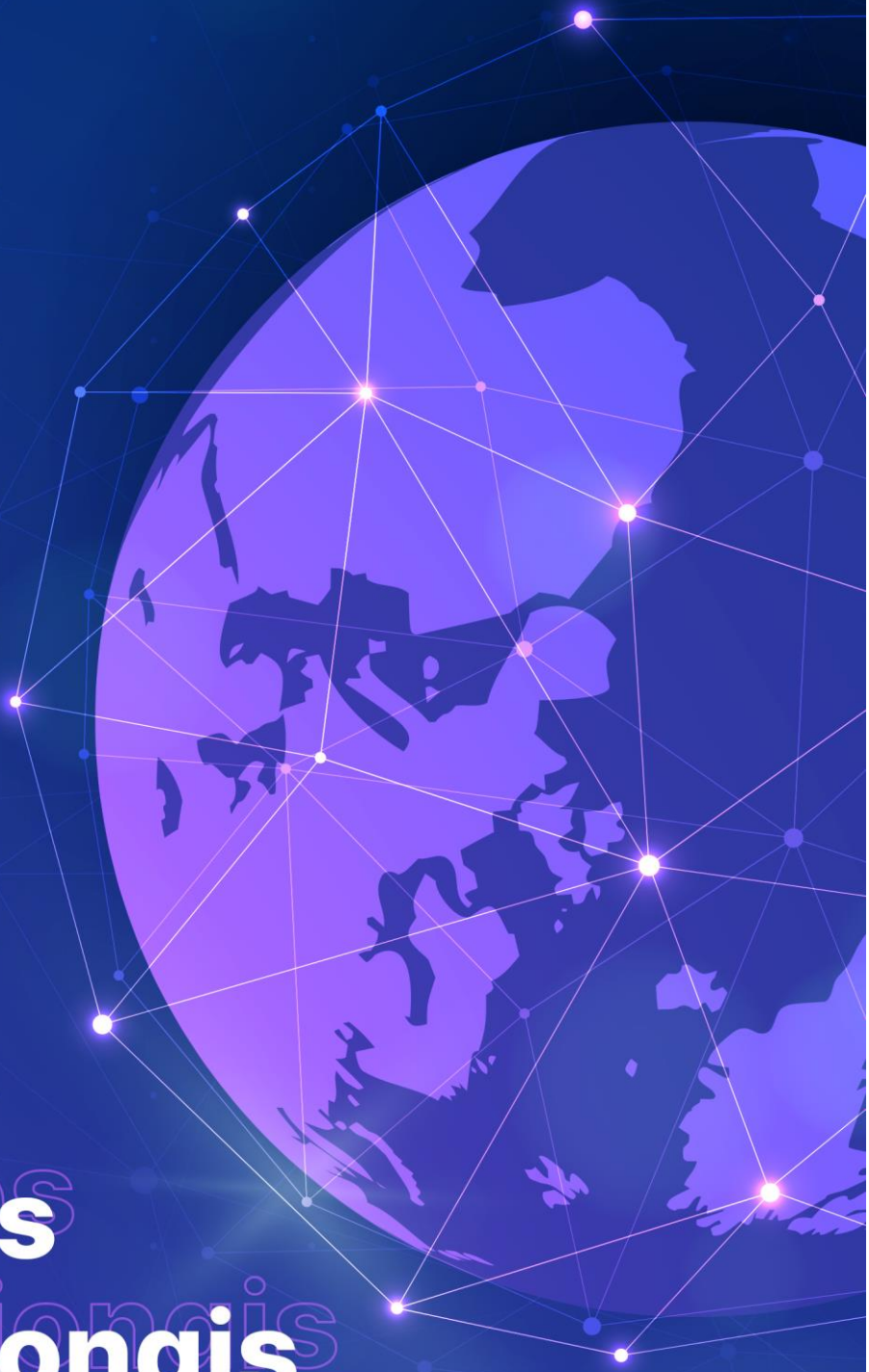
fredericoglitz
Consultoria Jurídica

Frederico Eduardo Zenedin Glitz



Contratos internacionais e a escolha do Direito aplicável:

tradução dos Princípios Haia e Guia da Organização dos Estados Americanos (OEA)

Frederico Eduardo Zenedin Glitz

Contratos internacionais e a escolha do Direito aplicável: tradução dos Princípios Haia e Guia da Organização dos Estados Americanos (OEA)

Curitiba

Edição do autor

2020

Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica feita pelo autor

G559q Glitz, Frederico Eduardo Zenedin (coord.).
CONTRATOS INTERNACIONAIS E A ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL: tradução dos Princípios Haia e Guia da Organização dos Estados Americanos (OEA) [recurso eletrônico]. Curitiba, 2020.

ISBN 978-85-916899-8-9
1. Direito. 2. Direito. 3. Direito Internacional.
I. Título

CDD: 340
CDU: 341.9

CC BY NC ND

SOBRE O TRADUTOR

Frederico E. Z. Glitz é Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná e atualmente é Professor de Direito Internacional Privado e Coordenador Geral da Pós-Graduação *Lato Sensu* do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Compõe a lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP), da Câmara de arbitragem da Federação de Entidades Empresariais do Rio Grande do Sul (CAF) e da Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAMEDIARB). Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. É autor de livros e artigos sobre Direito internacional Privado, Contratos internacionais e *Lex Mercatoria*. Advogado e titular da Frederico Glitz Consultoria Jurídica (www.fredericoglitz.adv.br).

Agradeço a Juliane Milani

pela providencial revisão final do material.

SUMÁRIO

1. PRINCÍPIOS DA HAIA RELATIVOS À ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

1.1 Prefácio 13

1.2 Elaboração dos Princípios relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais 15

1.3 Lista de especialistas participantes 19

1.4 Princípios da Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais 21

Preâmbulo 21
Artigo 1.º Âmbito de aplicação dos Princípios 21
Artigo 2.º Liberdade de escolha 21
Artigo 3.º Normas de Direito 22
Artigo 4.º Escolha expressa ou tácita 22
Artigo 5.º Validade formal da escolha do Direito aplicável 22
Artigo 6.º Acordo sobre a escolha do Direito e o conflito entre condições gerais de contratação *(battle of forms)* 22
Artigo 7.º Autonomia da cláusula 23
Artigo 8.º Exclusão do reenvio 23
Artigo 9.º Âmbito de aplicação do Direito escolhido 23
Artigo 10 Cessão 23
Artigo 11 Normas de aplicação imediata e ordem pública 24
Artigo 12 Estabelecimento 24

1.5 Comentários sobre os Princípios da Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais 25

Lista abreviada de fontes 25
Introdução 27
Acordos de escolha do Direito 27
Natureza dos Princípios 28
Objetivo e âmbito dos Princípios 28
Conteúdo dos Princípios 29
Potenciais destinatários dos Princípios 30
Preâmbulo 31
Artigo 1.º Âmbito de aplicação dos Princípios 33
Introdução 33
Fundamentação 33
Limitação aos contratos comerciais 33
Exclusão dos contratos de consumo e de trabalho 34
Internacionalidade 35
Determinação da internacionalidade 36
Elementos irrelevantes 36
Artigo 2.º Liberdade de escolha 40
Introdução 40
Fundamentação 40

Liberdade de escolha 40
Escolha parcial ou múltipla de Direito 41
Momento e modificação da escolha do Direito 42
Não exigência de conexão 43
Artigo 3.º Normas de Direito 44
Introdução 44
Aceitação geral em nível internacional, supranacional ou regional 44
Um conjunto neutro e equilibrado de normas 45
Usos comerciais 45
Salvo disposição do Direito do foro em contrário 46
Preenchimento de lacunas 46
Artigo 4.º Escolha expressa ou tácita 47
Introdução 47
Escolha do Direito em geral 47
Escolha expressa de Direito 47
Escolha tácita de Direito 48
Escolha tácita de Direito que resulta claramente das disposições do contrato 48
Cláusula de eleição do foro e escolha tácita de Direito 49
Cláusula de arbitragem e escolha tácita de Direito 49
Circunstâncias indicadoras de uma escolha tácita de Direito 50
Nível de rigor do critério para a existência de uma escolha tácita de Direito 50
Modificação da escolha do Direito 50
Ausência de escolha do Direito 51
Artigo 5.º Validade formal da escolha do Direito aplicável 52
Introdução 52
Inexistência de requisitos relativos à forma de escolha do Direito 52
Norma material de Direito internacional privado 52
Relação com outras disposições relativas à validade formal 53
Acordo em contrário 54
Artigo 6.º Acordo sobre a escolha do Direito e o conflito entre condições gerais de contratação (*battle of forms*) 55
Introdução 55
A aplicação de Direito presumivelmente acordado 55
Escolha do Direito aplicável mediante cláusula padrão 56
Escolha do Direito aplicável no caso de conflito entre condições gerais de contratação *(battle of forms*) 56
a) Situações que configuram um falso conflito: artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, 1.ª parte 57
b) Situações que configuram um verdadeiro conflito: artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, 2.ª parte 57
Questões gerais 58
Os Princípios e a CISG 59
Cláusula de exceção limitada 60
Artigo 7.º Autonomia da cláusula 62
Introdução 62
A escolha do Direito tratada de forma autônoma do contrato ao qual se aplica 62
Âmbito de aplicação da norma 62
A autonomia como norma amplamente reconhecida 63
A escolha do Direito aplicável não podendo ser impugnada "apenas com base no fato de o contrato, ao qual se aplica, não ser válido" 63

A existência de vício que afeta tanto o acordo de escolha do Direito aplicável como o contrato principal 64
Artigo 8.º Exclusão do reenvio 65
Introdução 65
Exclusão do reenvio 65
Inclusão expressa das normas de Direito internacional privado 66
Artigo 9.º Âmbito de aplicação do Direito escolhido 68
Introdução 68
Áreas específicas 68
Validade formal 70
Artigo 10 Cessão 71
Introdução 71
Identificação e aplicação dos Princípios para solucionar as questões surgidas da cessão 72
Precedentes internacionais 73
Questões conexas 74
Artigo 11 Normas de aplicação imediata e ordem pública 75
Introdução 75
A relação do artigo 11 com o princípio da autonomia da vontade 76
A relação entre as normas de aplicação imediata e a ordem pública 76
Normas de aplicação imediata do Direito do foro 77
Disposições de aplicação imediata de outro Direito 79
Ordem pública do foro 80
Ordem pública de um Estado cujo Direito seria aplicável na ausência de escolha do Direito 82
Tribunais arbitrais: ordem pública e normas de aplicação imediata 82
Artigo 12 Estabelecimento 84
Introdução 84
Fundamentação 84
Conceito de estabelecimento 84
Momento relevante para a determinação do "estabelecimento" de uma empresa .. 84

2. GUIA DA OEA RELATIVO AO DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS NAS AMÉRICAS

2.1 Introdução 85

2.2 Relatório do comitê jurídico interamericano sobre o guia relativo ao Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais nas Américas 86

2.3 Resumo de recomendações 90

2.4 Abreviaturas 94

2.5 Termos em latim e outras línguas 97

2.6 Parte Um – Introdução 98

I. Fundamentação 98
II. Propósito e objetivos do Guia 99

2.7 Parte Dois – Antecedentes contextuais 101

I. Introdução 101
II. Direito Internacional Privado: Conflito de Leis vs. Direito Uniforme 101

III. Esforços históricos para se codificar o Direito conflitual em Contratos Comerciais Internacionais 102
A. Tratados de Montevidéu 102
B. Código Bustamante 103
C. Convenção de Roma e Roma I 103
IV. Convenção da Cidade do México 104
V. Princípios da Haia 106
VI. Legislação recente nas Américas sobre Conflito de Leis em Contratos Comerciais Internacionais 108

2.8 Parte Três – Avanços no método de Direito uniforme em décadas recentes 110

I. Novo cenário favorável ao Método de Direito Uniforme 110
II. Ferramentas utilizadas para se alcançar a Unificação e Harmonização 110
III. Instrumentos globais relevantes de Direito uniforme para os Contratos Comerciais Internacionais 112
A. Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e venda internacional de mercadorias 112
B. Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 113
C. Unificação do Direito Contratual nos processos de integração regional 116
D. Iniciativas de Harmonização do Setor Privado 117
E. Textos Arbitrais e Direito Aplicável aos contratos comerciais internacionais. .. 118

2.9 Parte Quatro – Interpretação uniforme 120

I. Direito conflitual e Textos Uniformes 120
II. Direitos domésticos 121

2.10 Parte Cinco – Âmbito de aplicação do Guia 122

I. Direito aplicável 122
II. "Contrato" no Direito Comparado 122
III. Contrato "Comercial" Internacional 123
IV. Contrato Comercial "Internacional" 124
A. Antecedentes 124
B. Convenção da Cidade do México 124
1. "Residência habitual" .....
2. "Estabelecimento" 125
3. "Vinculações objetivas/Conexões mais estreitas" 125
C. Princípios da Haia 126
D. Relevância da escolha dos contratantes para a Internacionalidade 127
E. Internacionalidade em Direitos domésticos 127
F. Internacionalidade na Arbitragem Comercial 129
G. Tendência a favor de uma interpretação mais ampla de Internacionalidade 130
V. Exclusões 130
A. Capacidade 131
B. Relações familiares e sucessórias 131
C. Títulos e ações 131
D. Cláusulas arbitrais e de escolha do foro 132
E. Questões de Direito societário 132
F. Insolvabilidade 132
G. Efeitos reais 133
H. Representação 133

2.11 Parte Seis – Direito não estatal nos contratos comerciais internacionais 135

I. Os termos "Direito não estatal" e "Normas de Direito" 135
II. Tipos de Direito Não estatal 135
A. Costumes, usos e práticas 135
B. Princípios 137
C. *Lex Mercatoria* 138
III. Direito não estatal na Convenção da Cidade do México e nos Princípios da Haia 139
A. Antecedentes – a Convenção de Roma 139
B. Convenção da Cidade do México 139
C. Princípios da Haia 140
1. Terminologia 140
2. Critérios para determinação da Legitimidade do Direito não estatal 141
a. Conjunto neutro e balanceado de normas 141
b. Conjunto de normas geralmente aceito 141
3. Escolha do Direito não estatal e preenchimento de lacunas 142
IV. Direito não estatal nos Direitos domésticos americanos 142
V. Direito não estatal na Arbitragem 143

2.12 Parte Sete – Autonomia da vontade na escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais 145

I. Considerações gerais 145
II. Evolução do Princípio da autonomia da vontade 145
III. Autonomia da vontade na Convenção da Cidade do México e nos Princípios da Haia 146
A. Contrato principal, Escolha do Direito e Escolha do foro 147
B. Escolha do Direito não estatal 147
C. Os Princípios da Haia como ferramenta para interpretação da Convenção da Cidade do México na escolha de Direito não estatal 148
IV. Autonomia da vontade no Direito doméstico. 149
V. Autonomia da vontade na Arbitragem. 153

2.13 Parte Oito – Escolha do Direito: expressa ou tácita 155

I. Escolha expressa do Direito 155
II. Escolha tácita do Direito 155
A. Fórmulas no Direito Comparado 155
B. Escolha tácita na Convenção da Cidade do México 156
C. Escolha tácita nos Princípios da Haia 156
III. Escolha do foro e escolha tácita do Direito 157
IV. Escolha tácita do Direito e Direitos domésticos 157
V. Escolha tácita do Direito e Arbitragem 158

2.14 Parte Nove – Validade formal da escolha do Direito 160

2.15 Parte Dez – Direito aplicável ao acordo de escolha do Direito 162

I. O problema 162
II. Propostas existentes 162
III. O problema da batalha de formulários ("*Battle of Forms*") 163
IV. Direito Doméstico 163

2.16 Parte Onze – Autonomia da cláusula de escolha do Direito 165

2.17 Parte Doze – Outros problemas envolvendo a escolha de Direito em contratos comerciais internacionais 167

I. Modificação da escolha de Direito 167
II. Conexão do Direito escolhido com o Contrato 168
III. Reenvio 169
IV. Cessão de crédito 171

2.18 Parte Treze – Ausência de escolha do Direito pelos contratantes 173

I. O problema 173
II. As soluções dos Tratados de Montevidéu e do Código Bustamante 173
III. A abordagem na Europa e nos Estados Unidos da América 174
IV. Ausência de escolha na Convenção da Cidade do México 175
A. Princípio da proximidade 175
B. Elementos objetivos e subjetivos 175
C. Princípios de Organismos Internacionais 175
V. Ausência de escolha nos Princípios da Haia 176
VI. Ausência de escolha nos Direitos domésticos 176
VII. Ausência de escolha na Arbitragem 179
A. Textos das Convenções de Arbitragem 179
B. Lei-modelo da UNCITRAL 180
C. Abordagens para a aplicação das Normas conflituais 180
1. Normas conflituais da sede da Arbitragem 180
2. Normas conflituais de outra jurisdição 181
3. Aplicação cumulativa das normas conflituais de todos os Estados com uma conexão 182
D. Aplicação de Princípios gerais ou Direito não estatal 182
E. Uso do *Voie Directe* 183

2.19 Parte Quatorze – *Dépeçage* ou "fracionamento" do Direito 186

I. Significado de *Dépeçage* 186
II. *Dépeçage* na Convenção da Cidade do México e nos Princípios da Haia 187
III. *Dépeçage* nos Direitos domésticos 187
IV. *Dépeçage* e arbitragem 188

2.20 Parte Quinze – Interpretação flexível nos contratos comerciais internacionais 190

I. Fundamentação 191
II. Autoridade para a interpretação flexível em negócios internacionais 191
III. Flexibilidade quando da aplicação de "costumes" ou "usos" 191
IV. Flexibilidade quando da aplicação de "Princípios" 192
V. O papel pioneiro da OEA a favor da Flexibilidade 192
VI. Fórmula flexível da Convenção da Cidade do México 193
VII. Fórmula flexível nos Direitos domésticos 193
VIII. Fórmula flexível na Arbitragem 194

2.21 Parte Dezesseis – Âmbito de aplicação do Direito aplicável 197

I. Visão geral 197
II. Aspectos específicos 197
A. Interpretação 197
B. Direitos e obrigações dos contratantes 198
C. Execução e consequências do inadimplemento 198

D. Satisfação das obrigações contratuais 198
E. Consequências da nulidade ou invalidade 199
F. Registro de contratos 199
G. Outros aspectos 199

2.22 Parte Dezessete – Ordem pública 201

I. O conceito de Ordem Pública (*Ordre Public*) 201
II. Normas de aplicação imediata (*Lois de Police*) 201
A. Interpretação 201
B. Normas imperativas na Convenção da Cidade do México, nos Princípios da Haia e em Roma I 203
C. Aplicação de normas imperativas de um Estado estrangeiro 203
III. Incompatibilidade manifesta 204
A. Interpretação 204
B. Incompatibilidade manifesta na Convenção da Cidade do México e nos Princípios da Haia 205
IV. Ordem pública em nível Regional 206
V. Normas imperativas e Ordem Pública nos Direitos domésticos 208
VI. Ordem Pública e Arbitragem 210

2.23 Parte Dezoito – Outras disposições 213

I. Prevalência de outros Acordos Internacionais 213
II. Estados com mais de um sistema legal ou diferentes unidades territoriais 213
A. Convenções Internacionais 213
B. Direitos domésticos 214

2.24 Anexos 215

A. Convenção da Cidade do México e Princípios da Haia: Tabela de comparação 215
B. Convenção da Cidade do México: Reconciliação entre os textos em português, espanhol e inglês 225
C. Tabela de legislação 244
D. Tabela de Casos 251
E. Bancos de dados e fontes eletrônicas 255

1. PRINCÍPIOS DA HAIA RELATIVOS À ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS[1]

1.1 Prefácio

Tenho o prazer de prefaciar esta publicação relativa aos Princípios relativos à Escolha do Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais (doravante, os "Princípios da Haia"), o primeiro instrumento de soft law desenvolvido e aprovado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

Além dos doze artigos dos Princípios da Haia e respetivo Preâmbulo, esta publicação inclui a Introdução aos Princípios, que descreve o quadro geral, natureza, fim, estrutura e âmbito dos Princípios da Haia. A presente publicação inclui também um comentário, artigo por artigo, que constitui uma ferramenta interpretativa e explicativa para melhor compreensão dos Princípios da Haia.

Na sua essência, os Princípios da Haia foram concebidos para promover o princípio da autonomia da vontade nos contratos comerciais internacionais. Ao reconhecer que os contratantes são quem pode melhor determinar qual o conjunto de normas jurídicas mais adequado ao seu negócio, a autonomia da vontade aumenta a previsibilidade e segurança jurídicas – condições importantes para um comércio transfronteiriço eficaz. Simultaneamente, os Princípios da Haia também estabelecem limites equilibrados à autonomia da vontade e, portanto, podem contribuir para o aperfeiçoamento daquele princípio onde ele já é aceito. Em suma, os Princípios da Haia podem ser considerados como um código internacional das melhores práticas atuais em relação à autonomia da vontade nos contratos comerciais internacionais.

O trabalho nos Princípios da Haia começou em 2006 quando o Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência da Haia convidou a Secretaria Permanente a preparar um estudo de viabilidade sobre o desenvolvimento de um instrumento relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais (uma síntese do desenvolvimento dos Princípios da Haia consta da pág. 6). Em 2009, o Conselho convidou a Secretaria Permanente a criar um Grupo de Trabalho, composto por especialistas em Direito internacional privado, Direito comercial internacional e Direito arbitral internacional, com objetivo de redigir um instrumento não vinculante sobre a escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais. Sob a notável direção de Daniel Girsberger (Suíça), o Grupo de Trabalho reuniu-se regularmente entre 2010 e 2012 e desenvolveu os doze artigos do futuro instrumento. Em novembro de 2012 teve lugar uma Comissão Especial para examinar o projeto. A Comissão aprovou o projeto e encarregou o Grupo de Trabalho de desenvolver, igualmente, os Comentários aos artigos. Graças aos esforços de vários especialistas que empreenderam a redação preliminar das diversas partes dos Comentários, e do debate adicional no seio do Grupo de Trabalho, o trabalho sobre a integralidade do instrumento (Introdução, Preâmbulo, Artigos, Comentários) foi finalizado em 2014. Em 19 de março de 2015, os membros da Conferência da Haia aprovaram oficialmente os Princípios da Haia.

[1] Os Princípios da Haia foram elaborados pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. A versão oficial em inglês está disponível em: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135. Também foram disponibilizadas traduções para outras línguas, disponíveis em: https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6312&dtid=21. A presente tradução está disponibilizada no site da Conferência em https://assets.hcch.net/docs/7d7bcb84-abda-4333-9949-8b7790224177.pdf.

Os Princípios da Haia não são vinculantes; eles oferecem um marco abrangente que serve, aos seus destinatários, de guia para a criação, modificação e interpretação dos regimes jurídicos de escolha do Direito aplicável em nível nacional, regional ou internacional. Os Princípios da Haia já demonstraram a sua utilidade no início de 2015, quando serviram de modelo ao legislador do Paraguai na promulgação de legislação sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais.

A Secretaria Permanente espera que outros Estados sigam esta iniciativa pioneira, reafirmando a utilidade dos Princípios da Haia como um padrão internacional inspirador, que recebeu, como sinal encorajador adicional da sua aprovação pela comunidade jurídica internacional, o aval da UNCITRAL em julho de 2015.

O desenvolvimento dos Princípios da Haia representa um esforço verdadeiramente coletivo. O compromisso extraordinário, dedicação e trabalho árduo de cada membro do Grupo de Trabalho e dos especialistas que participaram na Comissão Especial de 2012 foram cruciais para a concretização deste projeto. A participação ativa de um grupo restrito de observadores enriqueceu e contextualizou o processo de redação do projeto ao longo dos anos (uma lista dos especialistas participantes consta da pág. 9). Em especial, Daniel Girsberger desempenhou um papel fundamental como Presidente, quer do Grupo de Trabalho, quer da Comissão Especial de 2012. A sua sábia orientação ao longo dos anos, com a ajuda da Sra. Marta Pertegás, jurista responsável por este projeto na Secretaria Permanente, foi essencial para a conclusão deste importante instrumento da Conferência da Haia.

Em nome da Secretaria Permanente, e a título pessoal, desejo expressar o nosso sincero e profundo agradecimento a todos os membros do Grupo de Trabalho e aos demais especialistas envolvidos no desenvolvimento dos Princípios da Haia. Este agradecimento é também extensível aos muitos colegas e estagiários da Secretaria Permanente pela sua importante contribuição para este projeto. Embora o seu número seja considerável para ser aqui elencado, todos sabem que pertencem à crescente comunidade de "Embaixadores dos Princípios da Haia" de todo o mundo.

Estou confiante de que esta publicação ajudará a promover, disseminar e aplicar os Princípios da Haia em todo o mundo.

Christophe Bernasconi | Secretário Geral

Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

1.2 Elaboração dos Princípios relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais

Junho de 2006

A Comissão Especial de Assuntos Gerais e Política da Conferência decidiu convidar a Secretaria Permanente a preparar um estudo de viabilidade sobre o desenvolvimento de um instrumento relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais. O estudo deveria considerar, em particular, se existiria a necessidade prática justificando a elaboração de tal instrumento[2].

Janeiro de 2007

A Secretaria Permanente fez circular um questionário, entre os Estados Membros e entidades interessadas no campo da arbitragem comercial internacional, para examinar a necessidade prática do desenvolvimento de um instrumento relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais[3].

Março de 2007

Com base nas respostas dos diferentes grupos-alvo, a Secretaria Permanente conduziu uma série de estudos de viabilidade. A sua finalidade não foi apenas fornecer uma visão geral e uma análise dos instrumentos existentes[4] — com um enfoque especial na arbitragem internacional[5] —, mas, também, prever quaisquer problemas ou desvantagens de um futuro instrumento relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais[6].

Abril de 2008

O Conselho convidou a Secretaria Permanente a prosseguir com o estudo do tema relativo aos contratos comerciais internacionais com o objetivo de promover a autonomia da vontade. Solicitou-se a Secretaria Permanente que trabalhasse, em cooperação com as organizações internacionais relevantes e com os especialistas interessados, de modo a examinar a viabilidade

[2] Conclusões adotadas pela Comissão Especial de Assuntos Gerais e Política da Conferência (3-5 de abril de 2006), Doc. Prel. n.º 11 de junho de 2006, ponto 2.

[3] Questionário dirigido aos Estados membros para examinar a necessidade prática de desenvolver um instrumento relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais, elaborado pela Secretaria Permanente, janeiro de 2007; Questionário dirigido a entidades interessadas no campo da arbitragem comercial internacional para examinar a necessidade prática de desenvolver um instrumento relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais, elaborado pela Secretaria Permanente, janeiro de 2007.

[4] T. KRUGER, Feasibility study on the choice of law in international contracts – overview and analysis of existing instruments, Doc. Prel. n.º 22 B de março de 2007 dirigido ao Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência de abril de 2007.

[5] I. RADIC, Feasibility study on the choice of law in international contracts – special focus on international arbitration, Doc. Prel. n.º 22 C de março de 2007 dirigido ao Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência de abril de 2007.

[6] Feasibility study on the choice of law in international contracts – report on work carried out and preliminary conclusions, preparado pela Secretaria Permanente, Doc. Prel. Doc. n.º 22 A de março de 2007 dirigido ao Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência de abril de 2007.

de se redigir um instrumento não vinculante sobre a matéria, assim como, em especial, a forma específica que tal instrumento poderia assumir[7] .

Março de 2009

A Secretaria Permanente publicou um relatório sobre os progressos realizados e uma proposta de programa de trabalho para a elaboração de um futuro instrumento, no âmbito do qual se apresentou um possível plano de ação para a elaboração de um instrumento não vinculante sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais[8] .

Março – abril de 2009

O Conselho convidou a Secretaria Permanente a continuar o seu trabalho de promoção da autonomia da vontade no campo dos contratos comerciais internacionais. A Secretaria Permanente foi convidada, em especial, a formar um grupo de trabalho composto por especialistas nas áreas de Direito internacional privado, Direito comercial internacional e Direito arbitral internacional, bem como a promover a elaboração de um projeto de instrumento não vinculante no âmbito deste grupo de trabalho[9].

Janeiro de 2010

O Grupo de Trabalho sobre Escolha do Direito aplicável aos Contratos Internacionais (Grupo de Trabalho) reuniu-se na Haia pela primeira vez, delineando o âmbito de aplicação do futuro instrumento[10].

Abril de 2010

O Conselho convidou o Grupo de Trabalho a continuar o seu trabalho para o desenvolvimento progressivo de um projeto de instrumento de carácter não vinculante[11].

Novembro de 2010

O Grupo de Trabalho realizou uma segunda reunião na Haia. Os especialistas participantes estabeleceram, provisoriamente, o texto de algumas disposições do projeto de instrumento[12].

---

[7] Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência (1-3 de abril de 2008), especificamente sob o ponto relativo à escolha do Direito aplicável a contratos internacionais.

[8] Feasibility study on the choice of law in international contracts – report on work carried out and preliminary conclusions, preparado pela Secretaria Permanente, Doc. Prel. n.º 7 de março de 2009, dirigido ao Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência de março/abril de 2009.

[9] Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência (31 de março-2 de abril de 2009), especificamente sob o ponto relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais.

[10] Report of the First Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts (21-22 de janeiro de 2010).

[11] Conclusions and Recommendations adopted by the Council of General Affairs and Policy of the Conference (7-9 de abril de 2010), especificamente sob o ponto relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais.

Abril de 2011

O Conselho decidiu que, em uma fase posterior, o projeto de articulado e os Comentários preparados pelo Grupo de Trabalho deveriam ser revistos por uma Comissão Especial[13].

Junho de 2011

Teve lugar, na Haia, a terceira reunião do Grupo de Trabalho. Os especialistas participantes finalizaram o texto do projeto de articulado do futuro instrumento e identificaram as questões relevantes que, alternativamente, constariam de um documento específico (que indicasse as escolhas de políticas envolvidas, conforme solicitado pelo Conselho) e/ou seriam referidas com maior detalhe nos Comentários[14].

Abril de 2012

O Conselho decidiu criar uma Comissão Especial para discutir as propostas do Grupo de Trabalho e fazer recomendações sobre os futuros passos que seriam adotados, incluindo a decisão quanto à forma do instrumento não vinculante e o processo por meio do qual os Comentários seriam finalizados[15].

Novembro de 2012

Uma Comissão Especial foi convocada, na Haia, para rever o trabalho realizado pelo Grupo de Trabalho. A Comissão Especial foi encarregada da revisão aprofundada do projeto dos Princípios. A versão revista dos Princípios foi aprovada por unanimidade e são formuladas uma série de recomendações ao Conselho, para a finalização do instrumento[16].

Abril de 2013

O Conselho aprovou, preliminarmente, o projeto de Princípios da Haia sobre escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais e determinou que o Grupo de Trabalho concluísse os Comentários. O Conselho seria então convidado a aprovar, em definitivo, o conjunto integral dos Princípios e dos Comentários, ou, caso fosse necessário, submeter o conjunto à Comissão Especial[17] .

---

[12] Report on the Second Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Cont (15-17 de novembro de 2010).
[13] Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 de abril de 2011), especificamente sob o ponto relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais.
[14] Report of the Third Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts (28-30 de junho de 2011).
[15] Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência (17-20 de abril de 2012), especificamente sob o ponto relativo à "Escolha do Direito em contratos internacionais".
[16] Draft Hague Principles as approved by the November 2012 Special Commission meeting on choice of law in international contracts and Recommendations for the commentary.
[17] Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência (9-11 de abril de 2013).

Junho de 2013

Pela quarta vez, o Grupo de Trabalho encontrou-se na Haia, concentrando-se na redação do projeto dos Comentários[18] .

Janeiro 2014

O Grupo de Trabalho reuniu-se, na Haia, pela quinta vez. Os especialistas continuaram e concluíram o debate sobre a redação dos Comentários que acompanham o projeto dos Princípios da Haia. Uma comissão de redação foi instituída no seio do Grupo, encarregada de finalizar o texto do projeto dos Comentários[19].

Abril de 2014

Na sequência da reunião do Conselho de abril de 2014, estabeleceu-se um procedimento de consulta sobre o projeto de instrumento, sendo os Membros convidados a enviar comentários escritos. O instrumento seria aprovado no prazo de 60 dias, caso não fosse apresentada objeção[20].

Março de 2015

Após a conclusão do procedimento escrito sem qualquer objeção, os Princípios sobre Escolha do Direito aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais foram formalmente aprovados em 19 de março de 2015.

[18] Report of the Fourth Meeting of the Working Group (24-26 de junho de 2013).
[19] Report of the Fifth Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts (27-28 de janeiro de 2014); The draft Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Doc. Prel. n.º 6 de março de 2014, dirigido ao Conselho sobre Assuntos e Política da Conferência de abril de 2014.
[20] Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (8-10 de abril de 2014), especificamente sob o ponto relativo à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais.

1.3 Lista de especialistas participantes

Membros do Grupo de Trabalho[21]

Neil B. COHEN, Professor de Direito, Brooklyn Law School, Brooklyn, Nova Iorque, Estados Unidos da América (Membro do Comitê de Redação, *artigo 10.º)

Clyde CROFT, Tribunal Supremo de Victória, Melbourne, Austrália

Sibidi Emmanuel DARANKOUM, Professor de Direito, Universidade de Montreal, Montreal, Quebec, Canadá

Andrew DICKINSON, Fellow no St. Catherine's College e Professor de Direito na Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido (*Artigo 11.º)

Ahmed Sadek EL KOSHERI, Sócio da Kosheri, Rashed & Riad, Legal Consultants & Attorneys at Law, Cairo, Egito

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Professora de Direito, Universidade Paris II Panthéon-Assas, Paris, França (Membro do Comité de Redação, *artigo 7.º)

Lauro GAMA E. SOUZA Jr., Advogado especialista em Direito internacional e arbitragem comercial; Professor Associado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil (*Artigos 2.º e 3.º)

Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Professor de Direito, Universidade Autônoma de Madrid, Madrid, Espanha (*Artigos 1.º, 9.º e 12.º)

Daniel GIRSBERGER, Professor, Universidade de Lucerna, Faculdade de Direito, Lucerna, Suíça (Presidente do Grupo de Trabalho, Membro do Comitê de Redação, *Introdução e artigo 10.º)

Yujun GUO, Professora de Direito, Universidade Wuhan, Instituto de Direito Internacional, Wuhan, China

Thomas KADNER GRAZIANO, Professor, Universidade de Genebra, Faculdade de Direito, Genebra, Suíça (Membro do Comité de Redação, *artigo 6.º)

Marielle E. KOPPENOL-LAFORCE, Professora de Direito, Universidade de Leiden; Advogada (Contratos internacionais, arbitragem e contencioso), Houthoff Buruma, Roterdã, Países Baixos (*Artigo 6.º)

Dieter MARTINY, Professor Emérito de Direito, Universidade Europeia Viadrina, Frankfurt (Oder); Investigador convidado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, Alemanha (*Artigos 4.º, 5.º e 8.º)

Campbell McLACHLAN, Professor de Direito, Universidade Victoria de Wellington, Wellington, Nova Zelândia

[21] Alguns especialistas foram responsáveis pela redação de comentários sobre determinados artigos, situação assinalada com * infra.

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, Professor, CEDEP – Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Assunção, Paraguai; membro da Câmara Internacional de Comércio (ICC), Tribunal Internacional de Arbitragem

Jan L. NEELS, Professor de Direito Internacional Privado, Faculdade de Direito, Universidade de Joanesburgo, África do Sul (*Preâmbulo, artigos 4.º e 5.º)

Yuko NISHITANI, Professora, Universidade Kyushu, Faculdade de Direito, Fukuoka, Japão (*Artigos 1.º, 8.º e 12.º)

Richard F. OPPONG, Professor de Direito Adjunto, Faculdade de Direito, Universidade Thompson Rivers, Kamloops, Columbia Britânica, Canadá (*Artigo 9.º)

Geneviève SAUMIER, Professora de Direito, Universidade McGill, Faculdade de Direito, Montreal, Quebec, Canadá (Presidente do Comité de Redação da Comissão Especial, Membro do Comitê de Redação, *artigos 2.º, 3.º e 11.º)

Symeon C. SYMEONIDES, Professor de Direito, titular da cátedra Alex L. Parks e Decano Emérito, Universidade Willamette College of Law, Salem, Estados Unidos da América (Membro do Comitê de Redação)

Ivan ZYKIN, Professor de Direito, Primeiro Vice-Presidente do Tribunal Internacional de Arbitragem na Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa, Moscou, Rússia (*Artigo 7.º)

Observadores

Michael Joachim BONELL, Presidente do grupo de trabalho encarregado da elaboração dos Princípios UNIDROIT, Roma, Itália

Fabio BORTOLOTTI, Presidente da Comissão de Direito Comercial e Práticas Comerciais da ICC, Câmara Internacional de Comércio, Paris, França

José Alejandro CARBALLO LEYDA, Assessor jurídico, Energy Charter, Bruxelas, Bélgica; observador da International Law Association (ILA)

Simone CUOMO, Assessor jurídico sênior, Conselho das Ordens de Advogados da Europa (CCBE), Bruxelas, Bélgica; (suplente: Enrica SENINI, Studio Legale Senini, observadora da Conselho das Ordens de Advogados da Europa (CCBE), Bréscia, Itália)

Timothy LEMAY, Assessor jurídico principal, Divisão legislativa, Secretariado da UNCITRAL, Viena, Áustria (suplentes: Miriana BELHADJ, Assessora jurídica associada; Cyril EMERY, Assessor jurídico, Secretariado da UNCITRAL, Viena, Áustria)

Francesca MAZZA, Advogada, anterior Secretária da Comissão de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (ICC), Tribunal Internacional de Arbitragem, Paris, França, atual Secretária-Geral do Instituto Alemão de Arbitragem

Klaus REICHERT, Assessor jurídico sênior na Ordem de Advogados da Irlanda, observador da Associação Internacional de Advogados (IBA), Londres, Reino Unido

Peter WERNER, Diretor sênior, Associação Internacional de Swaps e Derivados (ISDA), Londres, Reino Unido

1.4 Princípios da Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais

(APROVADOS EM 19 DE MARÇO DE 2015)

Preâmbulo

1. O presente instrumento estabelece Princípios gerais relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais. Eles afirmam o princípio da autonomia da vontade, com limitado número de exceções.

2. Os Princípios podem ser usados como modelo para instrumentos nacionais, regionais, supranacionais ou internacionais.

3. Os Princípios podem ser usados para interpretar, suprir e desenvolver normas de Direito internacional privado.

4. Os Princípios podem ser aplicados por tribunais judiciais e arbitrais.

Artigo 1.º - Âmbito de aplicação dos Princípios

1. Os presentes Princípios aplicam-se à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais em que cada contratante atua no exercício de sua atividade comercial ou profissional. Os presentes Princípios não são aplicáveis a contratos de trabalho ou a contratos de consumo.

2. Para efeito dos presentes Princípios, um contrato é internacional, salvo quando os contratantes tiverem seus estabelecimentos no mesmo Estado e a relação entre os contratantes e todos os demais elementos relevantes, independentemente do Direito escolhido, apresentarem unicamente conexão com esse Estado.

3. Os presentes Princípios não se aplicam ao Direito que regula:

a) a capacidade das pessoas físicas;

b) as convenções de arbitragem e de eleição do foro;

c) as sociedades ou outras entidades de interesse coletivo[22] e trustes;

d) a insolvência;

e) os efeitos reais dos contratos;

f) a questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa que representa.

Artigo 2.º - Liberdade de escolha

[22] **Nota do tradutor**: Expressão utilizada pelo art. 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

1. O contrato rege-se pelo Direito escolhido pelos contratantes.

2. Os contratantes podem escolher:

a) o Direito aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato; e

b) diferentes Direitos para diferentes partes do contrato.

3. A escolha do Direito aplicável pode ser efetuada ou modificada a qualquer tempo. A escolha ou a modificação posterior à formação do contrato não deve afetar sua validade formal nem os direitos de terceiros.

4. Não é exigível qualquer conexão entre o Direito aplicável e os contratantes ou entre ele e o negócio.

Artigo 3.º - Normas de Direito

Os contratantes podem escolher normas de Direito geralmente aceitas regional, supranacional ou internacionalmente, como um conjunto neutro e equilibrado de normas, salvo disposição do Direito do foro em contrário.

Artigo 4.º - Escolha expressa ou tácita

A escolha do Direito ou a sua modificação deve ser expressa ou resultar, de forma clara, das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso. Um acordo entre os contratantes que outorgue competência para que um tribunal arbitral ou judicial resolva os conflitos decorrentes do contrato, não é, por si só, equivalente à escolha do Direito aplicável.

Artigo 5.º - Validade formal da escolha do Direito aplicável

A escolha do Direito aplicável não se encontra sujeita a qualquer requisito de forma, salvo acordo dos contratantes em contrário.

Artigo 6.º - Acordo sobre a escolha do Direito e o conflito entre condições gerais de contratação (*battle of forms*)

1. Ressalvado o disposto no parágrafo 2º:

a) O Direito presumivelmente escolhido pelos contratantes determina a existência de acordo para a escolha do Direito;

b) Caso os contratantes tenham utilizado condições gerais de contratação das quais resulte a aplicação de dois diferentes Direitos que, por sua vez, admitam que o mesmo clausulado prevaleça, o Direito aplicável é aquele indicado nestas cláusulas padrão; se, por outro lado,

segundo estes Direitos prevaleçam diferentes cláusulas padrão, ou se não prevaleça nenhuma, entende-se que não há escolha do Direito aplicável.

2. O Direito do Estado onde o contratante tem o seu estabelecimento determina se este deu o seu consentimento quanto à escolha do Direito aplicável se, em razão das circunstâncias, não for razoável determiná-lo segundo o Direito mencionado no parágrafo antecedente.

Artigo 7.º - Autonomia da cláusula

A escolha do Direito não pode ser contestada com base unicamente no fato de o contrato, ao qual ela se aplica, não ser válido.

Artigo 8.º - Exclusão do reenvio

A escolha do Direito aplicável não inclui as suas normas de Direito internacional privado, salvo acordo expresso em contrário.

Artigo 9.º - Âmbito de aplicação do Direito escolhido

1. O Direito designado pelos contratantes rege todos os aspectos do contrato celebrado entre eles, incluindo, mas não limitado:

a) a interpretação;

b) os direitos e as obrigações decorrentes do contrato;

c) o adimplemento e as consequências do inadimplemento, incluindo a avaliação do dano;

d) as diversas formas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a decadência;

e) a validade e as consequências da invalidade do contrato;

f) o ônus da prova e as presunções legais;

g) a responsabilidade pré-contratual.

2. O disposto na alínea e) do parágrafo 1º não exclui a aplicação de qualquer outro Direito aplicável que confirme a validade formal do contrato.

Artigo 10 - Cessão

No caso de uma cessão contratual dos direitos que competem ao credor em relação ao seu devedor em virtude do contrato que os vincula:

a) os direitos e as obrigações do credor e do cessionário derivados da cessão de crédito são regulados pelo Direito por eles escolhido como aplicável ao seu contrato;

b) se os contratantes do contrato entre o credor e o devedor escolheram um Direito para reger seu contrato, este Direito rege:

i. a oponibilidade da cessão ao devedor;

ii. os direitos do cessionário frente ao devedor; e

iii. se as obrigações do devedor foram cumpridas.

Artigo 11 - Normas de aplicação imediata e ordem pública

1. Os presentes Princípios não impedem a aplicação, por um tribunal judicial, de normas de aplicação imediata do Direito do foro que se apliquem independentemente do Direito escolhido pelos contratantes.

2. O Direito do foro determina quando o tribunal pode ou deve aplicar, ou levar em consideração, normas de aplicação imediata de outro Direito.

3. Um tribunal pode afastar a aplicação de disposição do Direito escolhido pelos contratantes apenas se, e na medida em que, o resultado de tal aplicação seja manifestamente incompatível com noções fundamentais de política pública do foro (ordem pública).

4. O Direito do foro determina quando o tribunal pode ou deve aplicar, ou levar em consideração, a ordem pública de um Estado cujo Direito seria aplicável na falta de escolha do Direito.

5. Os presentes Princípios não impedem que um tribunal arbitral aplique ou leve em consideração a ordem pública ou aplique ou leve em consideração as normas de aplicação imediata previstas em Direito diverso daquele escolhido pelos contratantes, caso o tribunal arbitral tenha a obrigação ou esteja autorizado a fazê-lo.

Artigo 12 - Estabelecimento

Caso o contratante tenha mais de um estabelecimento, entende-se como o estabelecimento relevante para o propósito dos presentes Princípios aquele que tenha a relação mais estreita com o contrato, no momento de sua celebração.

1.5 Comentários sobre os Princípios da Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais

Lista abreviada de fontes

DESIGNAÇÃO ABREVIADA	NOME DO INSTRUMENTO[23]
Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação	Convenção da Haia de 14 de março de 1978 sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação
Convenção sobre a lei aplicável para regimes de bens matrimoniais	Convenção da Haia de 14 de março de 1978 sobre a Lei Aplicável para Regimes de Bens Matrimoniais
Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias	Convenção de 22 de dezembro de 1986 sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias
Convenção sobre a Lei Aplicável às Sucessões em caso de Morte	Convenção de 1 de agosto de 1989 sobre a Lei Aplicável às Sucessões em caso de Morte
Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro	Convenção de 30 de junho de 2005 sobre Acordos de Eleição do Foro
Convenção relativa à legislação a aplicar a certos direitos respeitantes a valores mobiliários detidos junto de intermediários	Convenção de 5 de julho de 2006 sobre a legislação a aplicar a certos direitos respeitantes a valores mobiliários detidos junto de intermediários
Protocolo da Haia de 2007	Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a Lei Aplicável às Obrigações de alimentos
CISG	Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980)
Regulamento CCI	Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (2012)
Regulamento LCIA	Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem Internacional de Londres (2014)
Convenção da Cidade do México	Convenção Interamericana de 17 de março de 1994 sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais
Convenção de Nova Iorque	Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958)
PECL	Princípios do Direito Contratual Europeu (2002)
Convenção de Roma	Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais
Regulamento Roma I	Regulamento (CE) n.º 593/2008 do

[23] **Nota do tradutor**: a nomenclatura dos instrumentos buscou seguir as tradução constantes dos sites das respectivas organizações como, por exemplo, HCCH (https://www.hcch.net/pt/instruments) e UNIDROIT (https://www.unidroit.org).

	Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)
Regulamento de Arbitragem UNCITRAL	Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (tal como revisto em 2010)
Lei Modelo UNCITRAL	Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, com as alterações introduzidas em 2006
Guia UNCITRAL	Guia Legislativo da UNCITRAL sobre Transações Seguras (2007)
Princípios UNIDROIT	Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (2010)
Convenção das Nações Unidas sobre Cessão	Convenção das Nações Unidas sobre Cessão no Comércio Internacional (2001)
Convenção de Viena	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)

Introdução

1.1 Quando os contratantes celebram um contrato que tem conexões com mais de um Estado, necessariamente surge a questão sobre qual o regime legal que lhe é aplicável. A resposta a esta questão é obviamente importante para um tribunal judicial ou arbitral incumbido de dirimir um litígio entre os contratantes, mas é igualmente importante para os próprios contratantes, quando planejam a negociação e executam o contrato, conhecer o conjunto de normas que rege as suas obrigações.

1.2 A determinação do Direito aplicável a um contrato sem levar em conta a vontade expressa dos contratantes pode conduzir a incertezas inúteis devido a diferenças entre as soluções adotadas de Estado para Estado. Por esta razão, dentre outras, desenvolveu-se o conceito de "autonomia da vontade" para determinar o Direito aplicável.

1.3 A autonomia da vontade, que se refere ao poder de os contratantes escolherem o Direito que rege o contrato, aumenta a segurança e a previsibilidade no âmbito do contrato principal e reconhece que os contratantes podem estar melhor capacitados para definir qual conjunto de princípios jurídicos é o mais adequado para o contrato. Muitos Estados chegaram a esta conclusão e, como resultado, dar-se efetividade à autonomia da vontade é, hoje, a perspectiva predominante. Este conceito, contudo, ainda não é aplicado universalmente.

1.4 A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (doravante "Conferência da Haia") acredita que as vantagens da autonomia da vontade são significativas e encoraja a disseminação deste conceito nos Estados que ainda não o adotaram ou que o fizeram com significativas restrições, além do contínuo desenvolvimento e refinamento do conceito onde ele já é aceito.

1.5 Por tudo isso, a Conferência da Haia promulgou os Princípios da Haia Relativos à Escolha do Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais (doravante "os Princípios"). Os Princípios tanto podem ser vistos como um exemplo de como um regime abrangente de escolha do Direito aplicável para dar aplicação à autonomia da vontade pode ser criado, como, também, um guia de "boas práticas" para estabelecer e aperfeiçoar tal regime.

Acordos de escolha do Direito

1.6 A escolha do Direito aplicável pelos contratantes deve distinguir-se dos termos do acordo principal dos contratantes ("contrato principal"). O contrato principal pode ser, por exemplo, um contrato de compra e venda, um contrato de prestação de serviços ou um contrato de mútuo. Os contratantes podem escolher o Direito aplicável no próprio contrato principal ou celebrar um acordo em separado sobre a escolha do Direito (doravante referido como "acordo de escolha do Direito").

1.7 Os acordos de escolha do Direito deveriam, também, distinguir-se das "cláusulas de jurisdição" (ou acordos), "cláusulas de atribuição de competência" (ou acordos) ou "cláusulas de eleição do foro" (ou acordos), todos sinônimos de acordo dos contratantes relativo ao foro (normalmente um tribunal judicial) que deve decidir seu litígio. Os acordos de escolha do Direito deveriam, também, distinguir-se das "cláusulas arbitrais" (ou convenções), que refletem o entendimento dos contratantes em submeter o seu litígio a um tribunal arbitral. Embora essas cláusulas ou acordos (coletivamente designadas de "acordos de solução de litígios") sejam frequentemente combinadas na prática com acordos de escolha do Direito, elas respondem a objetivos distintos. Os Princípios apenas lidam com a escolha do Direito e não com acordos de solução de litígios ou outros assuntos geralmente considerados como questões procedimentais.

Natureza dos Princípios

1.8 Como o título sugere, os Princípios não constituem um instrumento formalmente vinculante, como uma Convenção, que os Estados devam aplicar diretamente ou incorporar ao seu ordenamento jurídico interno. Este instrumento tampouco é uma lei modelo que os Estados são encorajados a adotar. Trata-se, propriamente, de um conjunto de princípios não vinculantes, que a Conferência da Haia incentiva os Estados a incorporar aos seus regimes jurídicos internos de escolha do Direito, adequando-o às circunstâncias de cada Estado. Desta forma, os Princípios podem servir de guia para a reforma do Direito interno em matéria de escolha do Direito, atuando em conjunto com os instrumentos vigentes sobre essa matéria (ver o Regulamento Roma I e a Convenção da Cidade do México, instrumentos que adotam e aplicam o conceito de autonomia da vontade).

1.9 Como instrumento não vinculante, os Princípios diferem de outros instrumentos desenvolvidos pela Conferência da Haia. Embora a Conferência da Haia não exclua a possibilidade de desenvolver, no futuro, um instrumento vinculante, por ora, considera mais adequada uma solução não vinculante para promover a aceitação do princípio da autonomia da vontade para a escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais e o desenvolvimento de regimes jurídicos bem elaborados que apliquem esse princípio de forma equilibrada e viável. Ao influenciarem reformas legislativas, os Princípios deveriam promover a harmonização cada vez maior entre os Estados no tratamento desta matéria, e, porventura, proporcionar as condições em que a adoção de um instrumento vinculante venha a ser adequada.

1.10 Embora a aprovação de princípios não vinculantes seja inédita para a Conferência da Haia, este tipo de instrumento é relativamente comum. Com efeito, os Princípios juntam-se a um crescente número de instrumentos não vinculantes produzidos por outras organizações, que se demonstraram bem sucedidos no desenvolvimento e harmonização do Direito. Veja-se, e.g., a influência dos Princípios UNIDROIT e PECL no desenvolvimento do Direito dos contratos.

Objetivo e âmbito dos Princípios

1.11 O objetivo geral dos Princípios é reforçar a autonomia da vontade e assegurar que o Direito escolhido pelos contratantes tenha o mais amplo âmbito de aplicação possível, sujeito a limites claramente definidos (Preâmbulo, parágrafo 1º).

1.12 Para que os Princípios se apliquem, dois requisitos devem ser satisfeitos. Em primeiro lugar, o contrato em questão deve ser "internacional". Um contrato é "internacional" dentro do significado dado a esse termo no âmbito dos Princípios, salvo quando os contratantes tenham os seus estabelecimentos no mesmo Estado e a relação entre ambos e todos os demais elementos relevantes, independentemente do Direito escolhido, apresentem apenas conexões com aquele Estado (ver artigo 1.º, parágrafo 2º). O segundo requisito é que cada contratante atue no exercício da sua atividade comercial ou profissional (ver artigo 1.º, parágrafo 1º). Os Princípios excluem, expressamente, do seu âmbito de aplicação certas categorias específicas de contratos em que o poder de negociação de um dos contratantes – um consumidor ou trabalhador – é presumivelmente mais fraco (ver artigo 1.º, parágrafo 1º).

1.13 Embora o objetivo dos Princípios seja promover a aceitação da autonomia da vontade para a escolha do Direito, os Princípios estabelecem também limites a esta autonomia. Os limites mais importantes à autonomia da vontade e, portanto, à aplicação do Direito escolhido pelos contratantes, estão contidos no artigo 11. O artigo 11 trata das limitações decorrentes das

normas de aplicação imediata e ordem pública. O objetivo destes limites é assegurar que, em determinadas circunstâncias, a escolha do Direito pelos contratantes não tenha por efeito a exclusão de certas normas e políticas ligadas à ordem pública que sejam de fundamental importância para os Estados.

1.14 Os Princípios estabelecem regras apenas para situações em que os contratantes tenham feito uma escolha do Direito (expressa ou tácita) por acordo. Os Princípios não fornecem regras para determinar o Direito aplicável na ausência de escolha feita pelos contratantes. As razões para essa exclusão são de dupla ordem. Em primeiro lugar, o objetivo dos Princípios é promover a autonomia da vontade, ao invés de fornecer um conjunto abrangente de princípios para determinar o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais. Em segundo lugar, inexiste, atualmente, um consenso a respeito das regras que determinam o Direito aplicável diante da ausência de tal escolha. A limitação do âmbito dos Princípios não impede, todavia, que a Conferência da Haia venha elaborar, posteriormente, regras para a determinação do Direito aplicável aos contratos diante da ausência de um acordo sobre tal escolha.

Conteúdo dos Princípios

1.15 O Preâmbulo e os doze artigos que compõem este instrumento podem ser considerados como um código internacional das melhores práticas atuais no que diz respeito ao reconhecimento da autonomia da vontade na escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, com certas disposições inovadoras, quando apropriado.

1.16 Algumas disposições refletem uma abordagem que é objeto de amplo consenso internacional. Elas incluem a possibilidade fundamental de os contratantes escolherem o Direito aplicável (Preâmbulo, parágrafo 1º e artigo 2.º, parágrafo 1º) e limites adequados à aplicação do Direito escolhido pelos contratantes (ver artigo 11). Espera-se que um Estado que adote um regime favorável à autonomia da vontade venha a adotar, necessariamente, regras coerentes com tais disposições.

1.17 Outras disposições espelham a perspectiva da Conferência da Haia acerca das melhores práticas e fornecem esclarecimentos úteis para os Estados que admitem a autonomia da vontade. Tais disposições incluem a possibilidade de os contratantes designarem diferentes Direitos aplicáveis a diferentes partes do seu contrato (ver artigo 2.º, parágrafo 2º), escolherem tacitamente o Direito aplicável (ver artigo 4.º) ou modificarem a sua escolha do Direito (ver artigo 2.º, parágrafo 3º), bem como a não exigência de conexão entre o Direito escolhido e o contrato ou os contratantes (ver artigo 2.º, parágrafo 4º). Além disso, de acordo com muitos regimes nacionais e instrumentos regionais, o artigo 7.º prevê o tratamento autônomo da validade de um acordo de escolha do Direito da validade do contrato principal e o artigo 9.º descreve o âmbito do Direito aplicável. Outras disposições de boas práticas dão orientação sobre como determinar o âmbito de aplicação do Direito escolhido no contexto de uma relação triangular como a cessão (ver artigo 10) e como lidar com a situação de contratantes que tenham estabelecimentos em mais de um Estado (ver artigo 12). Essas disposições de boas práticas fornecem orientações importantes aos Estados na adoção ou modernização de um regime de promoção da autonomia da vontade. Contudo, a Conferência da Haia reconhece que um Estado pode ter um regime de autonomia da vontade funcional que não contemple todas essas boas práticas.

1.18 Certas disposições dos Princípios refletem soluções inovadoras. Uma das características de destaque encontra-se no artigo 3.º, que permite aos contratantes escolher não apenas o Direito de um Estado, mas também "normas de Direito", emanadas de fontes não estatais, dentro de certos parâmetros. Historicamente, a escolha de normas ou "normas de Direito" tem sido

consagrada, típica e exclusivamente, em um contexto arbitral. Ao submeter um litígio à jurisdição estatal, os regimes de Direito internacional privado têm exigido, tradicionalmente, que o acordo de escolha do Direito pelos contratantes designe o ordenamento jurídico de um Estado. Alguns regimes já permitiram que os contratantes incorporassem em seu contrato, por remissão, "normas de Direito" ou usos comerciais. A incorporação, por remissão, é, no entanto, diferente da permissão dada aos contratantes para que escolham "normas de Direito" como o Direito aplicável ao seu contrato.

1.19 Outras disposições inovadoras estão contidas nos artigos 5.º, 6.º e 8.º. O artigo 5.º estabelece uma regra material de Direito internacional privado segundo a qual nenhuma forma específica é requerida para que um acordo de escolha do Direito seja válido, salvo acordo em contrário entre os contratantes. O artigo 6.º fornece, inter alia, uma solução para a vexata quaestio da "battle of forms" ou, mais especificamente, qual seria o resultado quando ambos os contratantes realizam escolhas de Direito aplicável por meio da troca de cláusulas standard. O artigo 8.º prevê a exclusão do reenvio, mas, ao contrário de muitos outros instrumentos, permite aos contratantes acordar expressamente o contrário.

Potenciais destinatários dos Princípios

1.20 Os destinatários previsíveis dos Princípios incluem legisladores, tribunais judiciais e arbitrais, e os contratantes e respetivos consultores jurídicos.

a. Para os legisladores (sejam eles órgãos legislativos ou judiciais), os Princípios constituem um modelo que pode ser usado para criar novas regras, ou complementar e desenvolver, ainda mais, aquelas existentes sobre a escolha do Direito (Preâmbulo, parágrafos 2º e 3º). Devido a sua natureza não vinculante, o legislador nacional, regional, supranacional ou internacional pode implementar os Princípios total ou parcialmente. Os legisladores também mantêm a possibilidade de adotar decisões políticas quando os Princípios remetam para o Direito do foro (ver artigo 3.º e artigo 11, parágrafos 2º e 4º).

b. Para os tribunais judiciais arbitrais, os Princípios fornecem orientação sobre como abordar questões relativas à validade e aos efeitos de um acordo de escolha do Direito, e como resolver litígios relativos a tal escolha dentro do marco legal em vigor (Preâmbulo, parágrafos 3º e 4º). Os Princípios podem ser particularmente úteis na abordagem de situações inovadoras.

c. Para os contratantes e seus respetivos consultores jurídicos, os Princípios fornecem orientação sobre o Direito ou "normas de Direito" que os contratantes podem legitimamente escolher, e os parâmetros e considerações relevantes ao efetuar uma escolha de um Direito aplicável, incluindo questões importantes sobre a validade e efeitos de sua escolha e a redação de um acordo de escolha do Direito exequível.

1.21 Os destinatários dos Princípios são encorajados a ler os artigos de forma conjunta com o Preâmbulo e os Comentários. Cada artigo é acompanhado de um comentário que serve como uma ferramenta explicativa e interpretativa. Os Comentários incluem muitos exemplos práticos de aplicação dos Princípios. A estrutura e a extensão de cada comentário e os exemplos variam em função do grau de detalhe necessário para a compreensão de cada artigo. Os Comentários incluem, também, referências comparativas a instrumentos regionais, supranacionais ou internacionais e ao histórico da redação, sempre que isso auxiliar na interpretação. Os destinatários podem, também, consultar as referências bibliográficas e outros documentos disponível no site da Conferência da Haia.

Preâmbulo

P.1 O Preâmbulo introduz a natureza (Preâmbulo, parágrafo 1º), o objetivo (Preâmbulo, parágrafo 1º) e os propósitos pretendidos pelos Princípios (Preâmbulo, parágrafo 2º a 4º) como instrumento não vinculante.

P.2 As disposições do instrumento são "princípios gerais", termo que reflete o seu caráter de parte integrante de um instrumento não vinculante. Os Princípios abordam a autonomia da vontade dos contratantes na escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, como descrito no artigo 1.º, parágrafo 1º e 2º; eles não se aplicam a contratos de consumo ou de trabalho (ver artigo 1.º, parágrafo 1º). Este instrumento pode ser considerado como um código das atuais melhores práticas em matéria de escolha do Direito aplicável a contratos comerciais internacionais, tal como reconhecidas em nível internacional, com certas disposições inovadoras quando apropriado.

P.3 O objetivo dos Princípios é incentivar a disseminação da autonomia da vontade nos Estados que ainda não a adotaram, ou que o fizeram com restrições significativas, bem como o contínuo desenvolvimento e aperfeiçoamento deste conceito onde ele já é adotado. A autonomia da vontade vai ao encontro das legítimas expectativas dos contratantes neste contexto e, como tal, promove a previsibilidade e a segurança jurídica. A segurança é reforçada em especial, já que o Direito a ser aplicado, na ausência de escolha do Direito pelos contratantes, depende do foro que conhece o litígio. A autonomia da vontade permite que os contratantes escolham um Direito neutro ou que considerem mais apropriado para um contrato específico. Por conseguinte, os Princípios reforçam a liberdade dos contratantes, em um contrato comercial internacional (ver artigo 1.º, parágrafo 1º e 2º), de escolher o Direito que lhe seja aplicável (ver artigos 2.º e 3.º). Os Princípios, no entanto, estabelecem exceções limitadas à autonomia da vontade no artigo 11 (Normas de aplicação imediata e ordem pública).

P.4 Um dos objetivos deste instrumento é a aceitação de seus princípios nos atuais e em futuros instrumentos de Direito internacional privado, produzindo um considerável grau de harmonização jurídica, em nível nacional, regional, supranacional e internacional, dando efeito à autonomia da vontade na escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais.

P.5 Os Princípios podem ser empregados por tribunais judiciais e arbitrais (Preâmbulo, parágrafo 4º) para interpretar, suprir e desenvolver normas de Direito internacional privado. Estas normas podem existir em nível nacional (incluindo estadual e provincial), regional, supranacional ou internacional e podem ser encontradas, por exemplo, em Convenções, regulamentos, legislação ou jurisprudência. A "interpretação" refere-se ao processo de explicar, esclarecer ou construir o significado das normas de Direito internacional privado existentes. O "suprimento" refere-se ao aperfeiçoamento de uma norma de Direito internacional existente que não prevê, suficiente ou adequadamente, um determinado tipo de situação. Embora o "desenvolvimento" de normas de Direito internacional privado possa incluir a sua interpretação construtiva ou suprimento, o conceito, neste parágrafo, refere-se, em particular, à adição por órgãos legislativos ou, em determinados sistemas, judiciais, de novas normas quando estas inexistiam anteriormente ou às mudanças substanciais de regras pré-existentes. Naturalmente, a interpretação, o suprimento e o desenvolvimento de normas de Direito internacional privado devem ter lugar dentro dos limites do Direito cogente (por exemplo, a Convenção de Viena).

P.6 Tanto os tribunais judiciais como os arbitrais são convidados a aplicar os Princípios. Todos os artigos foram redigidos para uso tanto de uns como de outros e, com apenas duas exceções, os artigos não diferenciam tribunais judiciais de arbitrais. A última parte do artigo 3.º ("salvo disposição do Direito do foro em contrário") aplica-se exclusivamente aos tribunais judiciais,

enquanto o artigo 11 estabelece uma distinção entre os tribunais judiciais (ver artigo 11, parágrafos 1º a 4º) e tribunais arbitrais (ver artigo 11, parágrafo 5º).

ARTIGO 1.º ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Introdução

1.1 O objetivo do artigo 1.º é determinar o âmbito de aplicação dos Princípios. Este âmbito é definido por três critérios: os Princípios aplicam-se aos acordos de escolha do Direito (i), em matéria contratual quando o contrato é (ii) internacional (ver parágrafos 1.13 a 1.21) e (iii) comercial (ver parágrafos 1.5 a 1.12).

1.2 O artigo 1.º, parágrafo 1º, delimita o âmbito de aplicação dos Princípios e descreve os tipos de contratos aos quais os Princípios se aplicam. O artigo 1.º, parágrafo 2º, juntamente com o artigo 12, contém uma definição de contratos internacionais. O artigo 1.º, parágrafo 3º, contém uma lista de questões ou matérias excluídas do âmbito dos Princípios.

Fundamentação

1.3 Os Princípios aplicam-se aos acordos de escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais nos quais cada contratante atua no exercício da sua atividade comercial ou profissional. A confirmação de que os Princípios não se aplicam aos contratos de consumo ou de trabalho é expressamente mencionada.

1.4 O âmbito de aplicação dos Princípios é circunscrito aos contratos comerciais, uma vez que, nestes contratos, a autonomia da vontade é amplamente aceita. Em 2008, "o Conselho convidou a Secretaria Permanente a continuar a explorar esse tema no tocante a contratos internacionais celebrados entre empresas com vista a promover a autonomia da vontade" (Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência da Haia de 1 a 3 de abril de 2008, pág. 1), e, em 2009, "o Conselho convidou a Secretaria Permanente a prosseguir o seu trabalho de promoção da autonomia da vontade no domínio dos contratos comerciais internacionais" (Conclusões e Recomendações aprovadas pelo Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência da Haia de 31 de março a 2 de abril de 2009, pág. 2). O objetivo é estabelecer e reforçar a autonomia da vontade nos contratos internacionais, mas apenas relativamente àqueles em que ambos os contratantes atuam no exercício de sua capacidade profissional e em que os riscos de abuso dessa autonomia são, portanto, minimizados.

Limitação aos contratos comerciais

1.5 Conforme indicado no Preâmbulo (parágrafo 1º), os Princípios abarcam apenas os "contratos comerciais", termo que é usado, entre outros instrumentos, pelos Princípios UNIDROIT. O artigo 1.º, parágrafo 1º, mais concretamente, delimita com maior precisão este aspecto do âmbito dos Princípios ao (i) descrever os tipos de contratos aos quais os Princípios se aplicam, e (ii) excluir expressamente os contratos de consumo e de trabalho.

1.6 Ao contrário do Preâmbulo, no entanto, o artigo 1.º não emprega o termo "contratos comerciais" e, portanto, não o define formalmente. Pelo contrário, o artigo 1.°, parágrafo 1º, descreve como estando abrangidos pelo âmbito dos Princípios, os contratos em que "… cada contratante atua no exercício de sua atividade comercial ou profissional". Para que os Princípios sejam aplicáveis, ambos (ou todos) os contratantes devem atuar no curso de suas respetivas atividades comerciais ou profissionais. Esta redação é inspirada no Regulamento Roma I (artigo

6.º, parágrafo 1º), que define um consumidor como sendo uma pessoa física que atua com uma finalidade que possa ser considerada estranha a sua atividade comercial ou profissional. O artigo 1.º, parágrafo 1º, ao contrário, descreve os contratos comerciais como aqueles em que cada contratante atua no exercício de sua atividade comercial ou profissão. O artigo 1.º, parágrafo 1º, é importante porque introduz um conceito autônomo na determinação de quando os Princípios se aplicam; ele não utiliza o termo "contratos comerciais" que pode ter conotações diversas em diferentes Estados. Por exemplo, esta redação não espelha, necessariamente, a distinção, tradicional em alguns Estados, entre contratos civis e comerciais e não segue a prática de alguns Estados onde os contratos entre empresas e consumidores são considerados como "comerciais".

1.7 Como utilizado no artigo 1.º, parágrafo 1º, e ao longo dos Princípios, o termo "contratante" inclui qualquer pessoa física ou jurídica, como por exemplo, trabalhadores independentes, empresas, fundações, parcerias, entidades desprovidas de personalidade jurídica ou empresas públicas. Não se exige que os contratantes tenham uma vasta experiência ou aptidão na sua específica atividade comercial ou profissional. Além disso, o uso da expressão "atividade comercial ou profissional" deixa claro que a definição inclui tanto as atividades comerciais de comerciantes, fabricantes ou artesãos (transações comerciais) e atividades comerciais de certas profissões, como advogados ou arquitetos (serviços profissionais). Contratos de seguro e contratos de transferência ou licenciamento de direitos de propriedade intelectual entre profissionais estão abrangidos pelo âmbito dos Princípios, assim como contratos de agência e franquia.

1.8 Se um contratante "… atua no exercício de sua atividade comercial ou profissional" dependerá das circunstâncias do contrato e não da mera condição dos contratantes. Portanto, a mesma pessoa pode atuar como comerciante ou profissional em certas transações e como consumidor em outras.

Exemplo 1-1

O contratante A é advogado. Quando o contratante A conclui um contrato de prestação de serviços jurídicos com o contratante B, uma empresa, o contratante A atua no exercício da sua profissão. No entanto, quando o contratante A celebra um contrato de locação de um apartamento para passar férias, atua fora do exercício de sua profissão.

1.9 Se o contrato estiver abrangido pelo artigo 1.º, os Princípios aplicam-se independentemente dos meios por meio dos quais foi concluído. Assim, os Princípios aplicam-se, por exemplo, a transações de comércio eletrônico (*e-commerce*) e a qualquer tipo de contrato celebrado por meios eletrônicos, desde que os contratantes atuem no exercício da sua atividade comercial ou profissional.

Exclusão dos contratos de consumo e de trabalho

1.10 Os contratos não comerciais estão excluídos do âmbito de aplicação dos Princípios. Em especial, e para evitar qualquer dúvida, o artigo 1.º, parágrafo 1º, exclui expressamente os contratos de consumo e de trabalho. Esta exclusão abrange tanto os contratos individuais de trabalho, como os contratos coletivos de trabalho. Esta exclusão é justificada pelo fato de o Direito material de muitos Estados sujeitar os contratos de consumo e de trabalho a normas

especiais de proteção, inderrogáveis pelos contratantes. Estas normas visam proteger a parte mais fraca – consumidor ou trabalhador – de um abuso da liberdade contratual, estendendo-se esta proteção ao Direito internacional privado, em que ela surge como exclusão ou limitação da autonomia da vontade. No entanto, a exclusão dos contratos de consumo e de trabalho, nos termos do artigo 1.º, parágrafo 1º, é meramente ilustrativa do tipo de contrato não comercial a que os Princípios não se aplicam. Outros contratos não comerciais, como um contrato celebrado entre dois consumidores, estão, igualmente, fora do âmbito de aplicação dos Princípios.

1.11 O fato de os Princípios, pelos seus termos, se aplicarem unicamente a contratos no âmbito dos quais cada contratante atue no exercício de sua atividade comercial ou profissional não significa que a autonomia da vontade não esteja disponível no regime dos contratos não comerciais. Os Princípios não estabelecem normas de Direito internacional privado para tais contratos.

1.12 O artigo 1.º, parágrafo 1º, descreve os contratos aos quais os Princípios são, em geral, aplicáveis, em conformidade com a natureza deste instrumento como um conjunto de princípios gerais não vinculantes. No que diz respeito, em particular, aos contratos de consumo, os Princípios não abordam expressamente a caracterização dos chamados "contratos de objeto duplo", e.g., contratos com objeto parcialmente incluído e parcialmente excluído das atividades comerciais ou profissionais de um dos contratantes. Da mesma forma, os Princípios são omissos quanto à perspectiva a partir da qual o objeto do contrato deve ser avaliado, e.g., se é necessário que o profissional tenha conhecimento da finalidade do contrato (ver artigo 2.º, alínea a, da CISG).

Internacionalidade

1.13 Para se enquadrar no âmbito de aplicação dos Princípios, o contrato deve se qualificar como um contrato "internacional". Este requisito é consistente com o entendimento tradicional de que o Direito internacional privado se aplica, exclusivamente, a casos internacionais. A definição de "internacionalidade" varia consideravelmente entre os instrumentos nacionais e internacionais (ver parágrafo 1.15).

1.14 Para os propósitos dos Princípios, a noção de um contrato internacional é definida no artigo 1.º, parágrafo 2º. De acordo com esta disposição, os únicos contratos excluídos como carecedores de internacionalidade são aqueles em que "cada um dos contratantes tem o seu estabelecimento no mesmo Estado e a relação entre os contratantes e todos os outros elementos relevantes, independentemente do Direito escolhido, apresentam unicamente conexão com esse Estado". Esta definição, pela negação, exclui apenas situações puramente domésticas, visando conferir ao termo "internacional" o maior âmbito possível de interpretação. Esta disposição inspirou-se, principalmente, na Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro (artigo 1.º, parágrafo 2º).

1.15 O artigo 1.º, parágrafo 2º, dos Princípios não adota uma definição positiva de internacionalidade do contrato tal como ocorre em outros instrumentos (ver, e.g., artigo 1.º, alíneas a) e b) da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional). O artigo 1.º, parágrafo 2º, tampouco adota uma abordagem mais ampla referindo-se a todos os casos envolvendo um "conflito de leis" ou uma "escolha entre Direito de diferentes Estados" em que a escolha do Direito pelos contratantes, por si só, pode constituir um elemento relevante (ver, e.g., o artigo 3.º da Convenção relativa à legislação a aplicar a certos direitos respeitantes a valores mobiliários detidos junto de intermediários).

Determinação da internacionalidade

1.16 A determinação da internacionalidade do contrato efetua-se em duas etapas.

1.17 Em primeiro lugar, o artigo 1.º, parágrafo 2º, indica o local de estabelecimento dos contratantes como elemento relevante. Quando os estabelecimentos dos contratantes estão localizados em diferentes Estados, o contrato é internacional e os Princípios são aplicáveis. Este é um teste simples que facilita a verificação da internacionalidade não exigindo o recurso a outros fatores relevantes. Se um dos contratantes tiver mais de um estabelecimento, o estabelecimento relevante é aquele que apresenta a conexão mais estreita com o contrato na data de sua celebração (ver artigo 12).

Exemplo 1-2

O contratante A (que tem o seu principal estabelecimento no Estado X, mas cujo estabelecimento que apresenta a conexão mais estreita com o contrato, no sentido do artigo 12, é situado no Estado Y) celebra um contrato por meio de seu estabelecimento no Estado Y com o contratante B, que também tem o seu estabelecimento principal no Estado X e atua por meio de seu estabelecimento principal no Estado X. Em virtude de os contratantes terem atuado por meio de estabelecimentos localizados em diferentes Estados (Estado Y para o contratante A e Estado X para o contratante B), o contrato é internacional, sendo, assim, regido pelos Princípios.

1.18 Em segundo lugar, mesmo que o primeiro critério não se aplique, um contrato classifica-se, ainda assim, como internacional a menos que "todos os outros elementos relevantes" estejam localizados no mesmo Estado. Estes elementos podem ser, por exemplo, o lugar de celebração do contrato, o lugar de execução, a nacionalidade de um dos contratantes e o lugar de constituição ou do estabelecimento de um dos contratantes. Se um dos contratantes tiver mais de um estabelecimento envolvido na transação, os estabelecimentos secundários que tenham sido inicialmente desconsiderados, nos termos do artigo 12 (ver parágrafo n.º 1.17), poderão ainda assim ser levados em consideração.

1.19 A verificação da internacionalidade pode exigir uma análise cuidadosa caso a caso. Por exemplo, a venda de um terreno localizado no Estado X entre contratantes que tenham os seus respetivos estabelecimentos no Estado Y satisfaz a exigência de internacionalidade do contrato devido à localização do terreno no exterior. Todavia, as mesmas considerações não são aplicáveis em relação a uma venda doméstica, no Estado X, de bens materiais produzidos no exterior, i.e., no Estado Y (ou em vários ou Estados). Isto sucede porque, em todos os momentos relevantes da venda, todos os elementos pertinentes estão localizados no Estado X. Da mesma forma, o fato de as negociações pré-contratuais ocorrerem no exterior ou de o contrato ser redigido em um idioma específico, por si só, não preenchem o requisito de internacionalidade.

1.20 O contrato classifica-se como internacional e enquadra-se no âmbito dos Princípios, exceto se não houver um elemento relevante que estabeleça a internacionalidade. Esta interpretação deriva da definição, pela negação, de internacionalidade prevista no artigo 1.º, parágrafo 2º.

Elementos irrelevantes

1.21 A frase "independentemente do Direito escolhido" no artigo 1.º, parágrafo 2º, significa que a escolha do Direito pelos contratantes não é um elemento relevante para determinar a

internacionalidade. Em outras palavras, os contratantes não podem conferir caráter internacional ao contrato somente pela escolha de um Direito estrangeiro como aplicável, mesmo que a eleição de Direito seja acompanhada da escolha de um tribunal judicial ou arbitral estrangeiro, quando todos os elementos objetivos relevantes estiverem localizados em um Estado (ver artigo 1.º, alínea b da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias). Esta definição de internacionalidade difere daquela da Convenção relativa à legislação a aplicar a certos direitos respeitantes a valores mobiliários detidos junto de intermediários (artigo 3.º) e do Regulamento Roma I (artigo 1.º, parágrafo 1º).

1.22 Os Princípios não abordam conflitos de leis entre diferentes unidades territoriais dentro de um mesmo Estado, como, por exemplo, na Austrália, no Canadá, na Nigéria, na Espanha, no Reino Unido ou nos Estados Unidos da América. Por conseguinte, o fato de um dos elementos relevantes estar localizado em uma unidade territorial diferente dentro de um Estado não caracteriza um contrato como internacional, na acepção do artigo 1.º, parágrafo 2º. No entanto, os Princípios não impedem que os legisladores ou outros destinatários ampliem o escopo de aplicação dos Princípios aos conflitos de leis intraestatais.

1.23 Os Princípios aplicam-se à escolha do Direito aplicável aos contratos. Seguindo a abordagem de outros instrumentos internacionais, os Princípios não fornecem uma definição do termo “contrato”. Não obstante, para facilitar a aplicação dos Princípios, o artigo 1.º, parágrafo 3º, exclui do seu âmbito determinadas matérias sobre as quais não há um consenso generalizado, como (a) se se classificam como contratuais, ou (b) se, em qualquer caso, devem estar sujeitas à autonomia da vontade. A lista de exclusões inclui seis itens: (i) capacidade das pessoas físicas; (ii) convenções arbitrais e de eleição do foro; (iii) sociedades ou outras entidades de interesse coletivo e trustes; (iv) insolvência; (v) efeitos reais dos contratos; e (vi) se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa que representa . Esta lista é inspirada, entre outras, na Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (artigo 5.º), no Regulamento Roma I (artigo 1.º, parágrafo 2º) e na Convenção da Cidade do México (artigo 5.º).

1.24 São duas as razões para o artigo 1.º, parágrafo 3º: a natureza jurídica das matérias enumeradas e a falta de consenso sobre se devem ser caracterizadas como questões contratuais ou se devem ser sujeitas à autonomia da vontade. No entanto, a existência de uma lista de exclusões não deve ser interpretada como uma decisão política contra a autonomia da vontade em relação às matérias excluídas. Os Princípios são neutros quanto a este ponto e, portanto, não impedem os legisladores ou outros destinatários de estenderem a autonomia da vontade para algumas ou todas as matérias excluídas.

1.25 Primeiramente, os Princípios não tratam do Direito que rege a capacidade das pessoas físicas. Neste contexto, capacidade significa a faculdade de as pessoas físicas agirem e celebrarem contratos de forma independente. Não inclui a autoridade dos mandatários para representar o mandante ou de órgãos para representar uma entidade de interesse coletivo (ver artigo 5.º, alínea b da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias). A capacidade é matéria que pode surgir como uma questão incidental para a validade do contrato, incluindo o próprio acordo de escolha do Direito. A falta de capacidade implica uma restrição à autonomia da vontade em razão da necessidade de proteger a pessoa em virtude, por exemplo, de sua idade (menor de idade) ou estado mental. Em alguns Estados, a capacidade jurídica é considerada uma questão de estatuto e não se classifica como contratual. A determinação do Direito aplicável a esta questão está excluída do âmbito dos Princípios. A exclusão significa que os Princípios não determinam nem o Direito que regulamenta a capacidade das pessoas físicas, nem os mecanismos legais ou judiciais de suprimento, nem os efeitos da falta de capacidade sobre a validade do acordo de escolha do Direito (ver

parágrafos 39-40 do Relatório Explicativo da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias).

1.26 Em segundo lugar, os Princípios não tratam do Direito que rege as convenções arbitrais e os acordos de eleição do foro. Esta exceção refere-se, principalmente, à validade material de tais acordos, i.e., aos aspectos contratuais destas cláusulas de competência, e inclui questões como fraude, erro, dolo ou coação (ver, também, o parágrafo 126 do Relatório Explicativo da Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro). Em alguns Estados, essas questões são consideradas procedimentais e, portanto, são regidas pela *lex fori* ou pela *lex arbitri*. Em outros Estados, essas questões são caracterizadas como questões materiais, sendo regidas pelo Direito aplicável à arbitragem ou ao acordo de eleição do foro em si. Os Princípios não tomam uma posição quanto a estes diferentes pontos de vista. Pelo contrário, o artigo 1.º, parágrafo 3º, alínea b, exclui tais questões do âmbito dos Princípios.

1.27 Em terceiro lugar, os Princípios não versam sobre o Direito que rege as sociedades ou outras entidades de interesse coletivo e trustes. A expressão "outras entidades de interesse coletivo" é usada em um sentido amplo de modo a abranger tanto as entidades com e sem personalidade jurídica, tais como parcerias e associações.

1.28 A exclusão prevista no artigo 1.º, parágrafo 3º, alínea c, abrange a constituição e organização das sociedades ou outras entidades de interesse coletivo e trustes. As questões excluídas são, em geral, a criação, filiação, capacidade jurídica, organização interna, processos de tomada de decisão, dissolução e liquidação de empresas e de outras entidades de interesse coletivo. A mesma exclusão se aplica às questões relacionadas com a administração interna dos trustes. Em muitos Estados, essas questões estão sujeitas a normas específicas de Direito internacional privado que apontam para o Direito das sociedades (em geral, o Direito do lugar de constituição ou da administração central) ou ao Direito de outras entidades de interesse coletivo ou trustes.

1.29 A exclusão do artigo 1.º, parágrafo 3º, alínea c, limita-se às matérias concernentes à organização interna e à administração das sociedades ou outras entidades de interesse coletivo e trustes, não abrangendo os contratos celebrados com terceiros. Os Princípios também se aplicam aos contratos comerciais celebrados entre os sócios de uma sociedade (acordos parassociais).

1.30 Em quarto lugar, os Princípios não tratam do Direito que rege a insolvência. Esta exclusão refere-se aos efeitos que a abertura do procedimento de insolvência pode ter nos contratos. O processo de insolvência pode interferir com os princípios gerais do Direito dos contratos, por exemplo, invalidando um contrato em virtude de normas de reintegração (*clawback rules*), suspendendo o direito do contratante *in bonis* ou concedendo ao administrador da insolvência o poder de recusar a execução de um contrato ou a sua cessão a terceiros. A exclusão da insolvência prevista no artigo 1.º, parágrafo 3º, alínea d, refere-se a estas questões. Em geral, os Princípios não determinam o Direito aplicável à questão de como devem ser tratados os contratos no âmbito da insolvência, nem abordam a capacidade jurídica do administrador da insolvência para celebrar novos contratos em nome da massa insolvente. O termo insolvência é usado aqui em um sentido amplo, abrangendo procedimentos de liquidação, reorganização, reestruturação ou administração.

1.31 Em quinto lugar, os Princípios não abordam o Direito que rege os efeitos reais dos contratos. Os Princípios permitem que os contratantes escolham o Direito aplicável às suas obrigações contratuais, mas não abordam a definição e os efeitos dos direitos reais criados pelo contrato. Em outras palavras, os Princípios apenas determinam o Direito que rege os direitos e obrigações mútuos dos contratantes, mas não o Direito que rege os direitos reais. Por exemplo,

em um contrato de compra e venda de um bem, móvel ou imóvel, tangível ou intangível, os Princípios aplicam-se à obrigação pessoal do vendedor de transferir o bem e à obrigação pessoal do comprador de o pagar, mas não a questões como se a transferência realmente transmite o direito de propriedade sem qualquer ação adicional, ou se o comprador adquire a propriedade livre de direitos ou reivindicações de terceiros.

1.32 Finalmente, os Princípios não tratam do Direito que determina se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa que representa. Essa exclusão refere-se aos aspectos externos da relação da representação, i.e., a questões como se o representado está vinculado pelo exercício de poderes implícitos, aparentes ou exercidos negligentemente, ou se, e em que medida, o representado pode ratificar *ex post* um ato *ultra vires* do representante (ver artigo 11 da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação). Em contrapartida, os Princípios aplicam-se aos aspectos internos de representação, i.e., a relação de representação ou mandato entre o representado e o representante, caso se trate de um contrato comercial.

ARTIGO 2.º LIBERDADE DE ESCOLHA

Introdução

2.1 O artigo 2.º consagra a liberdade de os contratantes escolherem o Direito que rege o seu contrato. Adicionalmente, prevê que essa escolha pode se aplicar apenas a parte do contrato, ser exercida a qualquer tempo e que não é necessária qualquer conexão entre o Direito escolhido e os contratantes ou o seu negócio. Este artigo deve ser lido em conjunto com o artigo 3.º, que permite aos contratantes a liberdade de escolher "normas de Direito" para regerem o seu contrato.

2.2 Os Princípios não estabelecem o método para determinar o Direito aplicável a um contrato comercial internacional na ausência de escolha do Direito (expressa ou tácita) pelos contratantes.

Fundamentação

2.3 O artigo 2.º reflete o propósito básico e fundamental dos Princípios que é estabelecer e definir a autonomia da vontade na determinação do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais (definidos no artigo 1.º). De particular importância é o fato de que, segundo os Princípios, a liberdade dos contratantes de designar o Direito ou "normas de Direito" para regerem o seu contrato não depende do método de solução de litígios, seja perante um tribunal judicial ou arbitral.

2.4 Os Princípios reconhecem que certas restrições à autonomia da vontade são necessárias, mesmo no campo dos contratos comerciais internacionais. Assim, o efeito da escolha do Direito pelos contratantes é expressamente limitado por normas de aplicação imediata e ordem pública, tal como previsto no artigo 11. O âmbito da autonomia da vontade, segundo os Princípios, é, ainda, definido pelo artigo 1.º, parágrafo 3º e artigo 9.º.

Liberdade de escolha

2.5 O artigo 2. °, parágrafo 1º, dispõe que «O contrato se rege pelo Direito escolhido pelos contratantes». De acordo com os Princípios, os contratantes são livres para escolher o Direito de qualquer Estado (ver parágrafo 1.22 para diferentes unidades territoriais dentro de um Estado). Os contratantes podem, também, designar "normas de Direito", conforme previsto no artigo 3.º. O artigo 2.º, parágrafo 1º, não impõe outras limitações ou condições na seleção do Direito escolhido.

Exemplo 2-1

Um contrato de compra e venda de equipamentos contém uma cláusula segundo a qual o Direito do Estado X, onde o vendedor tem o seu principal local de negócios, deve reger todos os aspectos relacionados com a formação e validade do contrato, as obrigações do vendedor e do comprador, inadimplemento do contrato e danos. Caso surja um litígio entre os contratantes, o tribunal judicial ou arbitral dará efeito à escolha efetuada pelos contratantes e aplicará o Direito do Estado X.

Escolha parcial ou múltipla de Direito

2.6 Os Princípios permitem a escolha parcial ou múltipla de Direito, isto é, sujeitar partes distintas do contrato a diferentes Direitos (também conhecida como *dépeçage*). Considerando que tal escolha parcial ou múltipla é, pela sua própria natureza, uma das formas de exercício da autonomia da vontade, os Princípios reservam o direito de os contratantes optarem por usar esse procedimento. No entanto, o uso do *dépeçage* acarreta o risco de contradição ou incoerência na determinação dos direitos e obrigações dos contratantes.

2.7 Nos termos do artigo 2.°, parágrafo 2º, alínea a, os contratantes podem escolher o Direito aplicável a apenas uma parte do contrato. Quando os contratantes fazem tal escolha parcial de Direito, a parte remanescente do contrato é regida pelo Direito aplicável na ausência de qualquer escolha. Conforme observado no parágrafo 2.2, os Princípios não estabelecem regras para identificar o Direito aplicável na ausência de escolha dos contratantes. Por conseguinte, uma escolha parcial de Direito, nos termos do artigo 2.°, parágrafo 2º, alínea a, significa que o Direito aplicável a parte remanescente do contrato será determinado pelo tribunal judicial ou arbitral de acordo com as normas aplicáveis em caso de ausência de escolha.

2.8 Nos termos do artigo 2.°, parágrafo 2º, alínea b, os contratantes podem, também, escolher o Direito aplicável a distintas partes do seu contrato, com a consequência de o contrato vir a ser regido por mais de um Direito escolhido.

2.9 Na prática, tais escolhas parciais ou múltiplas podem dizer respeito, por exemplo, à designação da moeda do contrato, a cláusulas especiais relacionadas com o adimplemento de certas obrigações, tais como a obtenção de autorizações governamentais, e cláusulas de indenização/responsabilidade.

Exemplo 2-2

Em um contrato para o fornecimento e instalação de uma linha de produção especial nos Estados X, Y e Z, os contratantes escolheram o Direito do Estado W para reger todos os aspectos relacionados com a formação e validade do contrato. Neste caso, a parte remanescente do contrato será regida pelo Direito aplicável na ausência de escolha dos contratantes.

Exemplo 2-3

O comprador e o vendedor celebram um contrato de compra de ações referente ao controle da empresa D (a empresa-alvo). O contratante C, um terceiro, garantiu as obrigações de pagamento do comprador nos termos do contrato. O contrato entre o comprador e o vendedor estipula que, para fins de determinação de preço, as demonstrações financeiras da empresa-alvo devem estar em conformidade com o Direito do Estado X, que é o lugar de estabelecimento da empresa-alvo. O contrato também estipula que os direitos e obrigações do comprador e do vendedor são regidos pelo Direito do Estado Y e que a garantia pessoal dada pelo contratante C é regida pelo Direito do Estado Z, onde o comprador tem o seu estabelecimento. Neste caso, em virtude das escolhas dos contratantes, os Direitos dos Estados X, Y e Z regerão diferentes aspectos desta relação contratual.

Exemplo 2-4

Em um contrato de compra e venda internacional, os contratantes acordaram expressamente que todos os aspectos do contrato devem ser regidos pelo Direito do Estado X, exceto no que concerne às condições sob as quais o vendedor deve obter certificados de inspeção, que serão regidas pelo Direito dos vários Estados de destino final das mercadorias. Neste caso, assim como no exemplo anterior, o resultado é que o contrato será regido por mais de um Direito.

Momento e modificação da escolha do Direito

2.10 A autonomia da vontade inclui a liberdade de os contratantes efetuarem ou modificarem a sua escolha do Direito aplicável, a qualquer tempo. É geralmente aceito, portanto, que as condições e os efeitos da modificação da escolha do Direito sejam regidos pela autonomia da vontade, com certos limites em relação à validade formal do contrato e aos direitos preexistentes de terceiros.

2.11 Os Princípios estabelecem que o Direito escolhido pelos contratantes rege a validade do contrato (ver artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea e). Em consequência, qualquer alteração contratual do Direito que rege o contrato após a sua conclusão pode afetar a sua validade formal. Para evitar a invalidade retroativa do contrato, o artigo 2.º, parágrafo 3º, especifica que qualquer mudança do Direito aplicável como resultado de uma escolha ou modificação da escolha dos contratantes não prejudicará o contrato que era formalmente válido sob o Direito anteriormente aplicável. A formulação desta regra deixa claro que ela se aplica quer o Direito que inicialmente regia o contrato tenha ou não sido escolhido pelos contratantes.

2.12 Além disso, o artigo 2.º, parágrafo 3º, recorda que a alteração do Direito aplicável ao contrato afeta não só os direitos dos contratantes, mas pode, em alguns casos, ter um impacto sobre os direitos de terceiros. Existe um amplo consenso no sentido de que uma modificação da escolha do Direito não deve prejudicar os direitos de terceiros (ver artigo 3.º, parágrafo 2º, do Regulamento Roma I). A relevância desta possível consequência da autonomia da vontade exige que ela seja tratada diretamente pelos Princípios, em vez de depender da possível proteção equivalente prevista no Direito material aplicável. Consequentemente, quando o Direito aplicável se modifica como consequência de uma escolha contratual ou de uma modificação de escolha, devem ser preservados quaisquer direitos preexistentes de terceiros decorrentes do contrato.

Exemplo 2-5

O contratante A e o contratante B celebram um contrato e acordam que ele é regido pelo Direito do Estado X. O contratante C garante as obrigações do contratante A. Posteriormente, o contratante A e o contratante B modificam o seu contrato para que o Direito aplicável passe a ser aquele do Estado Y. Segundo o Direito do Estado Y, o contratante A tem maior responsabilidade perante o contratante B que aquela que teria de acordo com o Direito do Estado X. Embora essa modificação seja efetiva entre o contratante A e o contratante B, ela não poderá afetar negativamente os direitos e obrigações do contratante C. Esses direitos e obrigações continuam a ser regidos pelo Direito do Estado X.

2.13 Os Princípios não limitam o momento de escolha ou de modificação da escolha do Direito pelos contratantes. Conforme mencionado na Introdução, os Princípios geralmente não visam resolver o que é comumente considerado como questões procedimentais perante tribunais

judiciais ou arbitrais. Consequentemente, se a escolha ou modificação da escolha do Direito ocorrer durante os procedimentos de solução do litígio, o efeito da escolha ou modificação pode depender da *lex fori* ou das regras que regem o procedimento arbitral. Da mesma forma, os Princípios são neutros em relação à questão da prova do Direito estrangeiro.

Exemplo 2-6

O contratante A e o contratante B celebram um contrato que declara ser regido pelo Direito do Estado X. Surgido o litígio, ele é levado aos tribunais do Estado Y. No curso do procedimento, ambos os contratantes apresentam os seus argumentos nos termos do Direito contratual material do Estado Y. Apesar destes fatos poderem constituir evidência de uma modificação tácita da escolha do Direito, nos termos do artigo 4.º, a caracterização e o efeito de tal mudança no curso do procedimento podem depender do Direito do Estado Y.

Não exigência de conexão

2.14 De acordo com os Princípios, a autonomia da vontade não é limitada por nenhum requisito de conexão, geográfica ou não, entre o Direito escolhido e o contrato ou os contratantes. Assim, os contratantes podem escolher o Direito de um Estado com o qual eles, ou a sua transação, não apresentem qualquer relação. Esta disposição é coerente com a crescente deslocalização das transações comerciais. Os contratantes podem escolher um determinado Direito porque ele é neutro para os contratantes ou porque ele é particularmente bem desenvolvido para o tipo de transação em questão (e.g., um Direito estatal renomado por sua regulação do transporte marítimo ou das transações bancárias internacionais).

2.15 Ao não exigir uma vinculação entre o Direito escolhido e os contratantes ou o seu negócio, os Princípios adotam um conceito mais amplo de autonomia da vontade que alguns Estados que requerem tal vínculo ou algum outro fundamento razoável para a escolha do Direito pelos contratantes.

2.16 Os contratos regidos por "normas de Direito", conforme previsto no artigo 3.º, não levantam essa questão, uma vez que tais normas geralmente não estão relacionadas com nenhuma ordem jurídica nacional.

ARTIGO 3.º NORMAS DE DIREITO

Introdução

3.1 Os Regulamentos e as regras de arbitragem normalmente permitem a escolha pelos contratantes de "normas de Direito" (ver artigo 28, parágrafo 1º, da Lei Modelo UNCITRAL e artigo 21, parágrafo 1º, do Regulamento CCI). Nesses instrumentos, o termo "normas de Direito" é usado para descrever normas que não emanam de fontes estatais. A oportunidade de escolher "normas de Direito" não tem sido geralmente concedida a partes litigando perante tribunais nacionais. O artigo 3.º amplia o âmbito da autonomia da vontade previsto no artigo 2.º, parágrafo 1º, estabelecendo que os contratantes podem designar não apenas o Direito estatal, mas também "normas de Direito" para regerem o seu contrato, independentemente do modo de solução de litígios escolhido.

3.2 O artigo 3.º estabelece certos critérios relativos às "normas de Direito" destinados a proporcionar maior segurança quanto a o que os contratantes podem escolher como "normas de Direito". Os critérios referem-se às fontes admissíveis e aos atributos daquelas "normas de Direito" reconhecidas nos termos do artigo 3.º. Além disso, o artigo 3.º reconhece que o Estado do foro mantém a prerrogativa de desautorizar a escolha de "normas de Direito".

3.3 Os critérios estabelecidos no artigo 3.º dizem respeito à fonte e atributos das "normas de Direito". Os critérios devem auxiliar os contratantes na identificação de quais "normas de Direito" eles podem escolher e as instâncias de decisão na determinação das "normas de Direito" aplicáveis ao litígio. Embora os critérios sejam examinados separadamente a seguir, eles devem ser entendidos um em relação ao outro, pois o artigo 3.º admite apenas "normas de Direito" geralmente aceitas como um conjunto neutro e equilibrado de normas.

Aceitação geral em nível internacional, supranacional ou regional

3.4 Este critério estipula que as "normas de Direito" escolhidas pelos contratantes devem ter alcançado um reconhecimento geral para além do nível nacional. Em outras palavras, as "normas de Direito" não podem referir-se a um conjunto de regras contidas no próprio contrato, a cláusulas e condições *standard* de um contratante, ou a um conjunto de cláusulas locais específicas de uma atividade.

3.5 Os Tratados e as Convenções internacionais podem ser considerados uma fonte geralmente aceita de "normas de Direito" quando esses instrumentos se aplicarem apenas como efeito da escolha do Direito dos contratantes. Por exemplo, a CISG pode ser designada pelos contratantes como "normas de Direito" que regem o seu contrato em situações em que a CISG não seria, de outra forma, aplicável de acordo com os seus próprios termos (ver artigo 1.º da CISG). Em outras palavras, os contratantes podem designar as normas materiais da CISG como um conjunto independente de normas contratuais e não como uma versão nacionalizada da CISG incorporada ao Direito de um Estado Contratante da CISG. Como consequência dessa escolha, a CISG aplicar-se-ia como "normas de Direito", sem que se considerassem quaisquer declarações ou reservas que poderiam, de outra forma, serem levadas em consideração se a CISG fosse aplicada como um tratado ratificado ou como parte do Direito estatal. As cláusulas-modelo de escolha do Direito que propõem a designação da CISG como "normas de Direito" estão aliás disponíveis (ver, por exemplo, a cláusula modelo sugerida pelo Centro de Arbitragem Sino-Europeu - CEAC).

3.6 Outra fonte de "normas de Direito" suscetível de satisfazer este primeiro critério pode provir de instrumentos não vinculantes elaborados por organismos internacionais estabelecidos. Um exemplo é o UNIDROIT, uma organização intergovernamental responsável exclusivamente perante os seus Estados-Membros, que opera com base no consenso. Os Princípios UNIDROIT são um exemplo de "normas de Direito" que detêm "aceitação geral em nível internacional". Além disso, os Princípios UNIDROIT preveem expressamente que os contratantes podem designá-los para reger o seu contrato e sugerem cláusulas de escolha do Direito para este fim (ver nota de rodapé do Preâmbulo dos Princípios UNIDROIT e as Cláusulas Modelo para o Uso dos Princípios UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais).

3.7 Quanto a possíveis fontes supranacionais ou regionais, o PECL, desenvolvido por um grupo independente de especialistas, pode ser um exemplo.

3.8 A natureza dinâmica e em constante mudança do Direito comercial internacional sugere que as fontes de "normas de Direito" que estão se tornando, ou tornar-se-ão, de aceitação geral em nível internacional, supranacional ou regional, crescerão provavelmente em número. Consequentemente, os exemplos supra fornecidos não devem ser considerados exaustivos.

Um conjunto neutro e equilibrado de normas

3.9 Para serem geralmente aceitas, o artigo 3.º exige que as "normas de Direito" possuam três atributos: deve ser um conjunto de normas, o conjunto deve ser neutro e deve ser equilibrado. Cada um desses três atributos tem um significado distinto.

3.10 Em primeiro lugar, as "normas de Direito" devem ser um conjunto de normas e não apenas um pequeno número de disposições. Embora não se exija exaustividade, as "normas de Direito" escolhidas devem permitir a solução dos problemas comuns dos contratos no contexto internacional.

3.11 O segundo atributo é a neutralidade do conjunto de normas. Este requisito pode ser satisfeito na medida em que a fonte das "normas de Direito" seja geralmente reconhecida como um corpo neutro e imparcial, isto é, que represente diversas perspectivas jurídicas, políticas e econômicas.

3.12 O terceiro atributo - o conjunto de "normas de Direito" deve ser geralmente equilibrado - é justificado por: (i) o pressuposto subjacente à autonomia da vontade nos contratos comerciais, segundo o qual os contratantes têm um poder negocial relativamente igual; e (ii) o fato de a presunção de que os Direitos estatais são equilibrados não ser necessariamente transponível para as "normas de Direito". Este requisito provavelmente impediria a escolha de um conjunto de normas que beneficiasse um dos contratantes em transações em setor regional ou global específico.

Usos comerciais

3.13 Os Princípios são omissos quanto à aplicação de usos comerciais. O efeito dos usos comerciais nos direitos e obrigações dos contratantes é tipicamente determinado pela próprio Direito escolhido ou por outras regras que regem a disputa (ver artigo 9.º da CISG, artigo 1.9 dos Princípios UNIDROIT, artigo 28, parágrafo 4º, da Lei Modelo UNCITRAL e artigo 21, parágrafo 2º, do Regulamento CCI).

Salvo disposição do Direito do foro em contrário

3.14 Conforme observado no parágrafo 3.1, os Regulamentos e as regras de arbitragem geralmente permitem a escolha contratual de "normas de Direito". No entanto, os Direitos nacionais não reconheceram esta mesma escolha em disputas perante os tribunais judiciais. Os Princípios reconhecem isto no artigo 3.º, submetendo a questão ao Direito do foro se este Direito restringir a liberdade dos contratantes a uma escolha do Direito estatal.

Preenchimento de lacunas

3.15 Quando os contratantes designam "normas de Direito" para reger os seus contratos, podem existir questões que essas "normas de Direito" não abrangem. Por exemplo, as disposições dos Princípios UNIDROIT sobre o poder de representação dos representantes não tratam da relação entre estes e a pessoa por conta de quem agem (ver, e.g., artigo 2.2.1 dos Princípios UNIDROIT). Da mesma forma, a CISG no seu artigo 4.º, declara não regular a validade dos contratos para a venda de mercadorias, salvo disposição expressa em contrário prevista na própria Convenção. Embora estes instrumentos possam abordar o preenchimento de lacunas (ver, e.g., artigo 7.º, parágrafo 2º, da CISG e artigo 1.6 dos Princípios UNIDROIT), os Princípios não estabelecem regras sobre preenchimento de lacunas. Os contratantes que designarem "normas de Direito" para reger o seu contrato devem, portanto, estar conscientes da eventual necessidade de preencher lacunas e podem desejar abordar esta questão no âmbito de sua escolha do Direito. Os exemplos a seguir podem ser usados como ponto de referência.

Exemplo 3-1

Um acordo de escolha do Direito prevê que: "Este contrato será regido pela Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), independentemente das disposições de qualquer Direito nacional, exceto quanto às disposições do Direito do Estado X que se aplicam às matérias não reguladas pela CISG."

Exemplo 3-2

Um acordo de escolha do Direito prevê que: "Este contrato será regido pelos Princípios UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais e, no que respeita às matérias não abrangidas por estes Princípios, pelo Direito do Estado X."

ARTIGO 4.º ESCOLHA EXPRESSA OU TÁCITA

Introdução

4.1 O artigo 4.º enuncia as diferentes formas em que escolha do Direito, na acepção do artigo 2.°, parágrafo 1º, pode ser efetuada. Ao limitar a escolha tácita de Direito às situações em que a escolha se apresenta claramente, o artigo 4.º promove a previsibilidade dos resultados ao diminuir a possibilidade de disputas sobre se houve uma escolha do Direito.

Escolha do Direito em geral

4.2 O artigo 4.º estabelece que os contratantes podem escolher, de forma expressa ou tácita, um Direito para reger o seu contrato. O artigo 4.º é consentâneo com disposições similares de outros instrumentos (ver artigo 7.º da Convenção da Cidade do México e artigo 3.º do Regulamento Roma I). Os contratantes podem, também, escolher expressa ou tacitamente "normas de Direito" conforme previsto no artigo 3.º.

Escolha expressa de Direito

4.3 Os contratantes podem escolher expressamente um Direito para reger o seu contrato. Uma escolha expressa de Direito pode ser feita antes, durante ou após a celebração do contrato principal (ver artigo 2.º, parágrafo 3º). O termo "contrato principal" refere-se ao contrato para o qual a escolha do Direito é feita. Os acordos de escolha do Direito são geralmente objeto de uma cláusula expressa no contrato principal. O uso de palavras ou frases específicas não é necessário. Frases como o contrato é "regido por" ou "sujeito a" um determinado Direito satisfazem os requisitos de uma escolha expressa. Embora o artigo 4.º permita uma escolha tácita, os contratantes são aconselhados a identificar explicitamente o Direito que rege o contrato.

Exemplo 4-1

O contratante A e o contratante B celebram um contrato. O acordo de escolha do Direito prevê que "Este contrato será regido pelo Direito do Estado X." Isto é suficiente para constituir uma escolha do Direito pelos contratantes. Portanto, conforme previsto no artigo 2.º, o Direito do Estado X rege o contrato.

Exemplo 4-2

O contratante A e o contratante B celebram um contrato. O acordo de escolha do Direito prevê que: "Este contrato será regido pelos Princípios UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais". Os Princípios UNIDROIT regem o contrato, a menos que, conforme estabelecido no artigo 3.º, o Direito do foro disponha o contrário.

4.4 Uma escolha expressa pode, do mesmo modo, ser feita por referência a algum elemento de conexão externo, por exemplo, o lugar do estabelecimento de um dos contratantes.

Exemplo 4-3

O vendedor e o comprador celebram um contrato de compra e venda. O acordo de escolha do Direito prevê que "Este contrato será regido pelo Direito do Estado do estabelecimento do vendedor". O vendedor tem o seu estabelecimento no Estado X no momento da celebração do contrato. O Direito do Estado X rege, portanto, o contrato.

4.5 O artigo 4.º não exige que o acordo de escolha do Direito seja escrito. Portanto, uma escolha expressa de Direito pode, igualmente, ser feita oralmente (ver artigo 5.º e parágrafo 5.2).

Escolha tácita de Direito

4.6 A escolha do Direito pode, também, ser feita tacitamente. Para se poder qualificar como uma escolha do Direito efetiva, nos termos do artigo 4.º, a escolha deve ser real, embora não expressamente declarada no contrato. Deve existir uma intenção real de ambos os contratantes de que um determinado Direito seja aplicável. Uma intenção presumida imputada aos contratantes não é suficiente.

4.7 Uma escolha tácita do Direito deve resultar, claramente, das disposições do contrato ou das circunstâncias. É preciso levar em conta tanto os termos do contrato como as circunstâncias do caso. No entanto, tanto uns como outras podem indicar concludentemente uma escolha tácita de Direito.

Escolha tácita de Direito que resulta claramente das disposições do contrato

4.8 Verifica-se que a escolha do Direito decorre de modo claro das cláusulas do contrato quando, de forma categórica, se conclui, apenas delas, que os contratantes pretendiam escolher um determinado Direito. Inexiste uma lista fixa de critérios que determine as circunstâncias em que tal conclusão é sólida o suficiente para satisfazer o requisito de que uma escolha tácita deve "resultar claramente"; a determinação é feita, antes, caso a caso.

4.9 Um exemplo amplamente aceito de que uma escolha tácita resulta claramente das cláusulas do contrato surge no contexto do uso pelos contratantes de cláusulas gerais de contratação. Quando o contrato se formaliza em um formulário padrão geralmente usado no contexto de um determinado sistema jurídico, isto pode indicar que os contratantes pretendiam que o contrato fosse regido por esse Direito, mesmo que não haja uma declaração expressa nesse sentido.

Exemplo 4-4

O contratante A e o contratante B celebram um contrato de seguro marítimo por meio de apólice de seguro marítimo da Lloyd's. Porque ele é baseado no Direito inglês, o seu uso pelos contratantes pode indicar que eles pretendem sujeitar o contrato ao Direito inglês.

4.10 O mesmo ocorre quando o contrato contém uma terminologia característica de um determinado sistema jurídico ou referências a disposições nacionais que deixam claro que os

contratantes estavam pensando nos termos deste Direito e a ele pretendiam sujeitar o seu contrato.

Exemplo 4-5

O contratante A e o contratante B celebram um contrato que emprega linguagem jurídica característica do Direito do Estado X. Isto pode indiciar que os contratantes pretendem que as suas obrigações sejam determinadas de acordo com o Direito do Estado X.

Cláusula de eleição do foro e escolha tácita de Direito

4.11 A escolha do Direito aplicável a um contrato e a escolha de um foro para solução de litígios devem ser distinguidas. De acordo com a segunda frase do artigo 4.º, um acordo dos contratantes para atribuir competência a um tribunal para dirimir litígios decorrentes do contrato (uma escolha do foro) não é, por si só, equivalente a uma escolha do Direito (ver artigo 7.º, parágrafo 2º, da Convenção da Cidade do México). Por exemplo, os contratantes podem ter escolhido um foro específico pela sua neutralidade ou experiência. O fato de o tribunal designado, nos termos das normas aplicáveis de Direito internacional privado, poder aplicar um Direito estrangeiro, demonstra, também, a distinção entre a escolha do Direito e a escolha do foro. Não obstante, um acordo de eleição do foro para conferir competência a um tribunal pode ser um dos fatores a ser levado em consideração ao se determinar se os contratantes pretendiam que o contrato fosse regido pelo Direito daquele foro.

Exemplo 4-6

O contratante A e o contratante B celebram um contrato e incluem uma cláusula de escolha do foro designando os tribunais do Estado X como competentes. Na ausência de outras disposições relevantes no contrato ou de circunstâncias particulares sugerindo o contrário, isso será insuficiente para indicar uma escolha tácita do Direito do Estado X.

Cláusula de arbitragem e escolha tácita de Direito

4.12 Embora existam diferenças importantes entre cláusulas de eleição do foro e cláusulas de arbitragem, o artigo 4.º adota uma regra geral unificada sobre se a escolha do foro ou do tribunal arbitral necessariamente implica uma escolha do Direito. Um acordo entre os contratantes para conferir competência a um tribunal arbitral específico para dirimir litígios resultantes do contrato não é o mesmo que uma escolha do Direito. De acordo com a segunda frase do artigo 4.º, a escolha de tal tribunal arbitral não é, também, um indício suficiente, por si só, da escolha tácita de Direito pelos contratantes. Os contratantes podem ter escolhido um tribunal pela sua neutralidade ou perícia. O tribunal pode, também, aplicar um Direito estrangeiro de acordo com as normas aplicáveis de Direito internacional privado ou com as regras de arbitragem escolhidas. Todavia, uma convenção arbitral que submeta o litígio a uma sede de arbitragem claramente especificada, pode constituir um dos fatores na determinação da existência de uma escolha tácita de Direito.

Exemplo 4-7

O contratante A e o contratante B celebram um contrato nos termos do qual acordam que todas as disputas decorrentes ou relacionadas com o contrato devam ser submetidas, exclusivamente, à arbitragem no Estado X, nos termos das regras da Câmara de Comércio ABC. Na ausência de outras disposições relevantes no contrato ou de circunstâncias particulares que sugiram o contrário, isso será insuficiente para indicar uma escolha tácita do Direito do Estado X.

Circunstâncias indicadoras de uma escolha tácita do Direito

4.13 As circunstâncias particulares do caso podem indicar a intenção dos contratantes em relação a uma escolha do Direito. A conduta dos contratantes e outros fatores envolvendo a celebração do contrato podem ser particularmente relevantes. Este princípio pode ser, também, aplicado no contexto de contratos conexos.

Exemplo 4-8

No curso de negociações anteriores, o contratante A e o contratante B efetuaram, sistematicamente, uma escolha expressa do Direito do Estado X para reger as suas relações contratuais. Se as circunstâncias não indicarem que pretendem mudar essa prática no contrato atual, um tribunal judicial ou arbitral poderia concluir, a partir dessas circunstâncias, que os contratantes claramente pretendem ter o contrato atual regido pelo Direito do Estado X, embora tal escolha não surja expressamente nesse contrato específico.

Nível de rigor do critério para a existência de uma escolha tácita de Direito

4.14 A escolha tácita do Direito deve derivar claramente das disposições do contrato ou das circunstâncias. Isto significa que a escolha deve ser evidente como resultado da existência de fortes indícios para tal escolha.

Exemplo 4-9

O contratante A e o contratante B celebram um contrato redigido na língua de um determinado Estado. O contrato, no entanto, não usa a terminologia jurídica característica do sistema jurídico desse Estado. Na ausência de outras circunstâncias, o uso daquela língua em particular não seria suficiente para determinar uma escolha tácita de Direito.

4.15 Os Princípios não tomam posição quanto a questões processuais, em particular, à obtenção de provas e à prática e modo de provar uma escolha tácita de Direito (mas, ver artigo 9.º, n.º 1, alínea f, sobre o ônus da prova).

Modificação da escolha do Direito

4.16 Uma modificação da escolha do Direito deve ser feita expressamente ou provir claramente das cláusulas do contrato ou das circunstâncias. Uma modificação ocorre quando os

contratantes acordaram (expressa ou tacitamente) em submeter o seu contrato a um Direito diferente daquele anteriormente aplicável (ver artigo 2.º, parágrafo 3º).

Ausência de escolha do Direito

4.17 Se as intenções dos contratantes não forem expressas, nem resultarem claramente das disposições do contrato ou das circunstâncias particulares do caso, não há acordo de escolha do Direito. Neste caso, os Princípios não determinam o Direito que rege o contrato.

ARTIGO 5.º VALIDADE FORMAL DA ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL

Introdução

5.1 O objetivo do artigo 5.º é determinar a validade formal da escolha do Direito. O artigo 5.º é motivado por uma política de defesa da intenção dos contratantes, livre de exigências formais (ver Preâmbulo, n.º 1).

Inexistência de requisitos relativos à forma de escolha do Direito

5.2 O acordo de escolha do Direito não precisa obedecer a quaisquer requisitos formais; por exemplo, não é necessário que seja escrito, redigido em uma língua específica ou atestado por testemunhas. O mesmo se aplica à modificação da escolha do Direito (ver artigo 2.º, n.º 3). O artigo 5.º aplica-se tanto a uma escolha expressa como tácita de Direito (ver artigo 4.º).

Exemplo 5-1

O contratante A e o contratante B celebram um contrato e acordam verbalmente que o Direito do Estado X regerá o contrato. A escolha do Direito do Estado X é, formalmente, válida.

Exemplo 5-2

O contratante A e o contratante B celebram verbalmente um contrato sem acordar expressamente o Direito aplicável. No entanto, uma escolha tácita do Direito do Estado X resulta claramente das cláusulas do contrato verbal ou das circunstâncias do caso. A escolha do Direito do Estado X é formalmente válida.

Exemplo 5-3

O contratante A (estabelecido no Estado W) e o contratante B (estabelecido no Estado X) celebram um contrato e acordam que ele é regido pelo Direito do Estado Y. O contrato é redigido na língua oficial do Estado Z e nenhuma testemunha está presente quando de sua celebração. A escolha do Direito do Estado Y é formalmente válida.

Norma material de Direito internacional privado

5.3 Ao contrário de outras disposições dos Princípios, o artigo 5.º não é uma norma de conflito de leis (que se refere a um sistema jurídico nacional), mas sim uma norma material de Direito internacional privado. Esta regra justifica-se por vários motivos. Em primeiro lugar, o princípio da autonomia da vontade indica que, com vista a facilitar o comércio internacional, a escolha do Direito aplicável pelos contratantes não deve ser restringida por requisitos formais. Em segundo lugar, a maioria dos sistemas jurídicos não prescreve nenhuma forma específica para a maioria dos contratos comerciais internacionais, incluindo as disposições sobre escolha do Direito (ver artigo 11 da CISG, e artigo 1.2, primeira frase, assim como artigo 3.1.2 dos Princípios UNIDROIT). Em terceiro lugar, muitas codificações de Direito internacional privado empregam

elementos de conexão alternativos orientados para resultados no que se refere à validade formal de um contrato (incluindo as disposições sobre escolha do Direito), baseadas em uma política subjacente de favorecimento da validade dos contratos (*favor negotii*) (ver, e.g., artigo 13 da Convenção da Cidade do México e artigo 11, parágrafo 1º, do Regulamento Roma I).

5.4 O fato de os Princípios serem destinados apenas a contratos comerciais (Preâmbulo, parágrafo 1º e artigo 1.º, parágrafo 1º) elimina a necessidade de sujeitar a escolha do Direito a quaisquer requisitos formais ou outras restrições semelhantes para a proteção de contratantes presumivelmente mais fracos, como consumidores ou trabalhadores.

Relação com outras disposições relativas à validade formal

5.5 O artigo 5.º diz respeito apenas à validade formal da escolha do Direito. O restante do contrato (o contrato principal) deve obedecer às exigências formais de pelo menos um Direito, cuja aplicação seja autorizada pela norma de Direito internacional privado aplicável (ver artigo 9.º, parágrafo 2º). Por outro lado, o Direito escolhido pelos contratantes rege, também, a validade formal (bem como a material) do contrato principal (ver artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea e). Os exemplos infra tentam ilustrar a relação entre o artigo 5.º e artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea e) e o artigo 9.º, parágrafo 2º, e as normas imperativamente aplicáveis de Direito internacional privado relativas à validade formal de um contrato.

Exemplo 5-4

O contratante A e o contratante B celebram um contrato declarando que é regido pelo Direito do Estado X. O contrato principal é, formalmente, válido nos termos do Direito do Estado X. O contrato é formalmente válido.

Exemplo 5-5

O contratante A e o contratante B celebram um contrato. Uma escolha tácita do Direito do Estado X resulta clara, com base em certas cláusulas do contrato ou nas circunstâncias do caso. O contrato principal seria formalmente válido nos termos do Direito do Estado X. O contrato é formalmente válido.

Exemplo 5-6

O contratante A e o contratante B celebram um contrato, com inclusão da escolha do Direito do Estado X. O contrato é formalmente inválido nos termos do Direito do Estado X. O contrato será, no entanto, formalmente válido se cumprir os requisitos relativos à validade formal nos termos de qualquer outro Direito, cuja aplicação seja autorizada pela regra de Direito internacional privado aplicável.

Exemplo 5-7

O contratante A e o contratante B celebram um contrato declarando ser regido pelo Direito do Estado X. O contrato principal é formalmente inválido se não respeitar as exigências de forma

nos termos do Direito do Estado X e, também, se não observar as exigências formais de qualquer outro Direito, cuja aplicação seja autorizada pela regra de Direito internacional privado aplicável.

5.6 O princípio enunciado no artigo 5.° - inexistência de requisitos formais para a escolha do Direito - é coerente com o artigo 7.° que dispõe que a escolha do Direito não pode ser impugnada pelo simples fato de o contrato a que ela se aplica não ser válido.

5.7 O artigo 2.°, parágrafo 3°, dispõe que a escolha do Direito ou a modificação efetuada após a celebração do contrato não prejudica a validade formal do contrato.

Acordo em contrário

5.8 Se os contratantes acordarem (por exemplo, em uma carta de intenções ou em um memorando de entendimentos) que uma cláusula de escolha do Direito entre eles só existirá quando certas formalidades forem cumpridas, o seu acordo a este respeito deve ser observado. Além disso, se os contratantes acordarem que a cláusula de escolha do Direito não pode ser alterada exceto quando certas formalidades forem cumpridas (por exemplo, uma cláusula de modificação não verbal), este acordo deve ser respeitado (ver artigos 2.1.13, 2.1.17 e 2.1.18 dos Princípios UNIDROIT).

ARTIGO 6.º ACORDO SOBRE A ESCOLHA DO DIREITO E O CONFLITO ENTRE CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO (*BATTLE OF FORMS*)

Introdução

6.1 O artigo 6.º trata da identificação de qual o Direito que determina se os contratantes acordaram sobre o Direito aplicável. O parágrafo 1º distingue duas situações: aquelas em que os contratantes usaram "cláusulas padrão" designando diferentes Direitos aplicáveis (ver artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b) e todas as outras situações (ver artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea a). O parágrafo 2º introduz uma exceção aplicável, em princípio, a ambas as situações.

6.2 O artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea a, segue uma norma de Direito internacional privado bem estabelecida em instrumentos internacionais, supranacionais ou regionais, como o Regulamento Roma I (artigo 10, parágrafo 1º) e a Convenção da Cidade do México (artigo 12, parágrafo 1º).

6.3 O artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, introduz uma regra que implementa aquela prevista no artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea a, ao identificar o Direito presumivelmente acordado nos casos em que os contratantes utilizaram cláusulas padrão designando diferentes Direitos aplicáveis. Tal regra favorece a tão imprescindível segurança jurídica ao fornecer uma solução clara para um problema recorrente que os legisladores deixaram por resolver e os tribunais não conseguiram solucionar de forma coerente e previsível. Esta disposição procura maximizar a autonomia da vontade, evitando, ao mesmo tempo, complexidades desnecessárias.

6.4 O artigo 6.º, parágrafo 2º, prevê uma cláusula de exceção limitada, semelhante às disposições encontradas em outros instrumentos internacionais, supranacionais ou regionais, como o Regulamento Roma I (artigo 10, parágrafo 2º) e a Convenção da Cidade do México (artigo 12, parágrafo 2º).

A aplicação de Direito presumivelmente acordado

6.5 Na linha do previsto em outros instrumentos internacionais e regionais, o artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea a, estabelece que o Direito presumivelmente escolhido pelos contratantes determina se estes alcançaram um acordo quanto ao Direito aplicável. Se este Direito confirmar a existência de uma escolha do Direito, será este o Direito aplicável ao contrato principal, a menos que o outro contratante possa demonstrar a falta de acordo nos termos da exceção limitada prevista no artigo 6.º, parágrafo 2º (ver parágrafos 6.28 e 6.29).

6.6 O artigo 6.º evita a utilização da expressão "existência e validade material da escolha do Direito" utilizada em algumas codificações. O significado destes termos técnicos pode variar de um Estado para outro e incentivar mais a contestação ao Direito escolhido, comprometendo, assim, a segurança jurídica que os Princípios procuram proporcionar. Em vez disso, o artigo 6.º utiliza o termo não técnico "acordo", destinado a abranger todas as questões sobre se os contratantes efetivamente efetuaram uma escolha do Direito.

6.7 A coação, o dolo, o erro e outros vícios do consentimento estão entre os fundamentos que um contratante pode invocar para demonstrar a ausência de "acordo", desde que afetem especificamente o acordo dos contratantes sobre a escolha do Direito, que deve ser considerado de forma independente do contrato principal (ver artigo 7.º). A existência e o efeito desses vícios devem ser determinados de acordo com o Direito presumivelmente escolhido, ou, se a exceção prevista no artigo 6.º, parágrafo 2º, for aplicável, com o Direito nele mencionado.

Escolha do Direito aplicável mediante cláusula padrão

6.8 Nas negociações de contratos internacionais, os contratantes que celebram um número de contratos semelhantes frequentemente preparam cláusulas padrão ou condições gerais de contratação para usar nesses contratos. De acordo com uma definição amplamente aceita constante do PECL (artigo 2:209, parágrafo 3º), "condições gerais de contratação são cláusulas previamente redigidas para um número indefinido de contratos de determinada natureza e que não foram objeto de negociação individual entre os contratantes". De acordo com os Princípios UNIDROIT (artigo 2.1.19, parágrafo 2º), "cláusulas tipo são disposições estabelecidas antecipadamente por uma das partes para uso geral e reiterado e cujo emprego ocorre, efetivamente, sem negociação com a outra parte". Um método comum de negociação consiste na troca de documentos contendo condições negociais específicas, bem como condições gerais de contratação estabelecidos antecipadamente contendo suas cláusulas padrão.

6.9 Nos contratos internacionais, frequentemente, os contratantes incluem cláusulas de escolha do Direito em suas condições gerais de contratação. Os Princípios não exigem uma forma específica para o acordo relativo à escolha do Direito aplicável (ver artigos 4.º e 5.º). Consequentemente, a escolha do Direito pode perfeitamente ser efetuada por meio de cláusulas padrão. Se ambos os contratantes designarem o mesmo Direito nas suas cláusulas padrão, ou se apenas um dos contratantes recorrer a uma cláusula de escolha do Direito, o artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea a, se aplica e o Direito designado determina se houve efetivamente um "acordo" quanto ao Direito aplicável. Se, nos termos deste Direito, um acordo sobre o Direito aplicável foi estabelecido (ver parágrafos 6.5 a 6.7), o Direito escolhido rege o contrato principal como Direito aplicável.

Escolha do Direito aplicável no caso de conflito entre condições gerais de contratação (*battle of forms*)

6.10 No entanto, o conteúdo das condições gerais de contratação usadas por um dos contratantes frequentemente difere daquelas empregadas pelo outro. Este cenário de conflito entre condições gerais de contratação é comumente designado de "*battle of forms*" (batalha de clausulados). Em nível de Direito material, a maioria das normas aplicáveis nas jurisdições nacionais para decidir acerca da *battle of forms* enquadra-se em uma das seguintes quatro categorias: (1) a regra «*first shot* », segundo a qual a condição geral usada em primeiro lugar pelos contratantes prevalece; (2) a regra «*last shot*», em que prevalece a condição geral utilizada em último lugar pelos contratantes; (3) a regra do "*knock-out*", segundo a qual ambas as condições gerais são desconsideradas; e (4) soluções híbridas que combinam elementos das categorias supra mencionadas.

6.11 As condições gerais de contratação usadas pelos contratantes em contratos internacionais frequentemente incluem cláusulas de escolha do Direito contraditórias. Neste caso, uma das regras descritas no parágrafo 6.10 deve ser aplicada para solucionar a incompatibilidade relativa à cláusula de escolha do Direito. Se tais condições gerais utilizadas pelos contratantes contêm cláusulas de escolha do Direito designando diferentes Direitos aplicáveis, coloca-se a difícil questão de se saber qual o Direito que deve ser aplicado para resolver a "*battle of forms*" resultante. Os instrumentos internacionais, supranacionais ou regionais existentes e a maioria dos regimes nacionais de Direito internacional privado ainda não abordaram a questão de apurar o Direito aplicável nas situações envolvendo cláusulas de escolha do Direito conflitantes no âmbito de condições gerais de contratação. A doutrina encontra-se dividida quanto ao Direito

que deve reger este conflito, e diferentes soluções, algumas de considerável complexidade, foram sugeridas. Os tribunais muitas vezes evitam a questão, contornam-na ou simplesmente aplicam a *lex fori*. Consequentemente, os contratantes de um contrato internacional que usam as suas próprias condições gerais de contratação são incapazes de prever, com segurança, qual o Direito que regerá o seu contrato, o que normalmente se tornará relevante em caso de litígio.

6.12 Se as condições gerais de contratação de cada contratante incluírem uma cláusula de escolha do Direito, mas estas designarem diferentes Direitos, a solução do conflito é tanto mais desafiadora quando esses Direitos solucionarem a *battle of forms* de maneiras diversas. Este desafio e a sua solução são abordados no artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b. Esta disposição estabelece uma nova regra projetada para produzir soluções claras e previsíveis para este problema complexo. Os cenários a seguir ilustram essas soluções em várias situações.

a) Situações que configuram um falso conflito: artigo 6. °, parágrafo 1°, alínea b, 1.ª parte

6.13 O primeiro cenário envolve situações em que ambos os Direitos designados pelos contratantes estabelecem a regra "*last-shot*" para resolver a *battle of forms*:

Cenário 1: O contratante A apresenta uma proposta contratual e recorre ao uso de uma condição geral de contratação, que contém uma cláusula designando o Direito do Estado X como o Direito aplicável ao contrato. O contratante B aceita a proposta e se refere a sua própria condição geral de contratação que designa o Direito do Estado Y como o Direito aplicável. No que diz respeito aos cenários de *battle of forms*, o Direito doméstico do Estados X e do Estado Y preveem ambas que a condição geral de contratação utilizada em último lugar prevalece (regra do "*last-shot*").

6.14 O cenário 1 é abrangido pelo artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, primeira parte. Este preceito prevê que "caso os contratantes tenham utilizado condições gerais de contratação das quais resulte a aplicação de dois diferentes Direitos que, por sua vez, admitam que o mesmo clausulado prevaleça, o Direito aplicável é aquele indicado nesta cláusula padrão". No cenário 1, os contratantes de fato designaram diferentes Direitos (dos Estados X e Y), mas ambos adotam a regra do "*last-shot*" segundo a qual as condições gerais de contratação referidas em último lugar prevalecem, incluindo a cláusula de escolha do Direito. Porque ambos os Direitos designados pelos contratantes resolvem a *battle of forms* em favor das mesmas condições gerais, o aparente conflito é, na verdade, um falso conflito. Nos termos do artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, primeira parte, a cláusula de escolha do Direito incluída nas condições gerais de contratação referidas em último lugar (i.e., a escolha do Direito do Estado Y) é considerada como tendo sido a acordada.

6.15 A mesma solução se aplica caso ambos os contratantes designem, em suas condições gerais de contratação, Direitos de Estados que sigam a regra do "*first-shot*". No cenário 1, tal significa que o Direito do Estado X seria considerado como o escolhido.

b) Situações que configuram um verdadeiro conflito: artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, 2.ª parte

6.16 O segundo cenário envolve situações em que os Direitos designados pelos contratantes fornecem soluções diferentes para a *battle of forms*:

Cenário 2: O contratante A, proponente de uma proposta contratual, designa nas suas condições gerais de contratação o Direito do Estado X, e o contratante B, destinatário desta proposta, designa o Direito do Estado Y. Um dos Direitos designados segue a regra do "*first-shot*", enquanto o outro adota a regra do "*last-shot*".

6.17 O cenário 2 traduz uma situação de verdadeiro conflito, porquanto os contratantes designaram diferentes Direitos que resolvem a *battle of forms* de maneira distinta. Este cenário enquadra-se no escopo do artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, segunda parte: "caso os contratantes tenham utilizado condições gerais de contratação das quais resulte a aplicação de dois diferentes Direitos [...] se, por outro lado, segundo estes Direitos prevaleçam diferentes cláusulas padrão [...], entende-se que não há escolha do Direito aplicável". Isto significa que, no cenário 2, as cláusulas de escolha do Direito, em ambas as condições gerais, devem ser desconsideradas e que o Direito aplicável deve ser identificado por meio da aplicação das normas aplicáveis na ausência de escolha contratual. O artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, segunda parte, consagra, pois, uma regra de *knock-out* em nível do Direito internacional privado.

6.18 O terceiro cenário envolve situações em que um ou ambos os Direitos designados pelos contratantes aplicam a regra de *knock-out* à *battle of forms*:

Cenário 3: O contratante A designa nas suas condições gerais de contratação o Direito do Estado X, enquanto o contratante B designa o Direito do Estado Y. O Estado X segue uma regra de *knock-out*, enquanto o Estado Y adota uma regra diferente, como a da regra do *first-shot* ou do *last-shot*.

6.19 Este caso constitui, também, um verdadeiro conflito sujeito ao artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b: "caso os contratantes tenham utilizado condições gerais de contratação das quais resulte a aplicação de dois diferentes Direitos [...], ou se não prevaleça nenhuma, entende-se que não há escolha do Direito aplicável". Porque pelo menos um dos Direitos designados aplica uma regra de *knock-out*, "não prevalece qualquer das condições gerais" e, portanto, ambas as condições gerais devem ser desconsideradas. O resultado é, pois, "não haver escolha do Direito". Tal como sucede no cenário 2, o Direito aplicável deve ser identificado por meio do recurso a normas que se aplicam na ausência de escolha contratual, normas que não são fornecidas pelos Princípios.

Questões gerais

6.20 Ao nível do Direito material, alguns sistemas aplicam regras diferenciadas à *battle of forms* consoante os cenários ou as circunstâncias. Em casos envolvendo estes sistemas, a determinação sobre quais as condições gerais de contratação que "prevalecem" nos termos do artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, deve basear-se nas circunstâncias relevantes, não de forma geral, mas do caso específico em análise.

6.21 A exata determinação da regra e posição precisas de um Direito estrangeiro acerca da *battle of forms* pode, por vezes, ser difícil. Isto pode ser particularmente problemático nos sistemas em que o ônus de definição do conteúdo do Direito estrangeiro cabe ao tribunal e não às partes. Ao adotar os Princípios, legisladores nacionais ou internacionais podem, portanto, considerar a imposição de um dever às partes de auxiliar ou cooperar com o tribunal na identificação da norma ou posição estrangeira pertinente, caso tal dever não esteja ainda previsto na sua legislação processual. Em um contexto arbitral, as partes são obrigadas a cooperar na solução do seu litígio, dada a natureza contratual do acordo arbitral. As partes podem estar sujeitas a uma obrigação adicional de cooperar quando as regras arbitrais aplicáveis assim o estabeleçam.

6.22 Alguns sistemas ainda não tomaram uma posição no que toca ao conflito de condições gerais de contratação. Nas situações em que esteja envolvido pelo menos um desses sistemas, será impossível estabelecer se "de acordo com ambos os Direitos [designados]" (a) "a mesma condição geral de contratação prevalece", ou se (b) "prevalecem condições gerais de contratação diferentes" [ver artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b]. Esta situação deve ser tratada como um caso em que "não prevalece qualquer condição geral de contratação" e, consequentemente, em que "não há escolha do Direito" [ver artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, *in fine*].

Os Princípios e a CISG

6.23 Os contratos de compra e venda de mercadorias constituem um tipo de contrato internacional que envolve a troca de condições gerais de contratação de forma particularmente frequente. No que concerne a tais contratos, a CISG pode ser levada em consideração. A CISG vigora em mais de 80 Estados. Dada a sua importância prática, parece apropriado comentar a relação entre os Princípios e a CISG. As interpretações da CISG nestes Comentários não pretendem ser as únicas possíveis ou oficiais por parte da Conferência da Haia ou dos seus Membros.

6.24 Em muitos casos, em contratos de compra e venda, o contratante designa nas suas condições gerais de contratação o Direito de um Estado Contratante da CISG como o Direito aplicável, sem mais especificações sobre este Direito. De acordo com a prática judicial e doutrina dominantes, a escolha do Direito de um Estado Contratante da CISG inclui a escolha da CISG. Também é comum que um contratante designe o Direito de um Estado Contratante da CISG em suas condições gerais de contratação, excluindo expressamente a aplicação da CISG; o artigo 6.º da CISG permite esta possibilidade de exclusão expressa.

O cenário 4 combina estas duas práticas frequentes dos contratantes em contratos de compra e venda internacional:

Cenário 4: O contratante A de um contrato de compra e venda transfronteiriço designa nas suas condições gerais de contratação o Direito do Estado X, que é um Estado Contratante da CISG, como o Direito aplicável ao contrato. O contratante B designa, nas suas condições gerais de contratação, o Direito do Estado Y, que também é um Estado Contratante da CISG, mas exclui expressamente a CISG. O Direito contratual do Estado Y adota uma regra de *knock-out*. A demanda é levada a um tribunal de um Estado Contratante da CISG.

6.25 Se as condições para a aplicação da CISG nos termos de seu artigo 1.º et seq. se encontrarem reunidas, o tribunal de um Estado Contratante da CISG deve a aplicar a própria CISG. Todavia, de acordo com o artigo 6.º da CISG, os contratantes podem excluir a sua aplicação. Caso os contratantes, no seu acordo de escolha do Direito, excluam a CISG, esta não se aplicará.

6.26 O artigo 7.º dos Princípios adota o princípio da autonomia da cláusula, segundo o qual o acordo de escolha do Direito constitui um contrato separado distinto do contrato principal (e.g., o contrato de compra e venda). Isto significa que, no cenário 4, os Princípios regem o acordo de escolha do Direito, enquanto a CISG regula o contrato de compra e venda (i.e., o contrato principal).

6.27 De acordo com os Princípios, a *battle of forms* quanto ao acordo de escolha do Direito no cenário 4 está abrangida pelo âmbito do artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b. Isto se explica em virtude de: (a) as condições gerais de contratação do contratante A designarem o Direito do Estado X, incluindo a CISG, e o artigo 19 da CISG (conforme interpretado por tribunais e doutrina) prevê quer a regra do "*last-shot*", quer a regra de *knock-out*; e (b) as condições gerais de contratação da contratante B excluírem a CISG e designarem o Direito do Estado Y, que estabelece (no seu Direito contratual) uma regra de *knock-out*. Nesta situação, de acordo com um (ou, dependendo da interpretação da CISG, de ambos) dos Direitos designados, a regra de *knock-out* é aplicável e "nenhuma condição geral de contratação prevalece", concluindo-se "não haver escolha do Direito" Consequentemente, de acordo com os Princípios, as cláusulas sobre escolha do Direito nas condições gerais de contratação propostas por cada contratante, bem como a exclusão da CISG no clausulado proposto pelo contratante B, poderiam ser desconsideradas. As cláusulas sobre escolha do Direito constantes das condições gerais de contratação não seriam, pois, aplicáveis, e o contrato de compra e venda referido no cenário 4 seria regido pela CISG.

Cláusula de exceção limitada

6.28 É amplamente aceito que, em certas circunstâncias, apurar se um dos contratantes consentiu com uma escolha do Direito não deveria ter por base o Direito presumivelmente escolhido, conforme previsto no artigo 6.º, parágrafo1º (ver artigo 10, parágrafo 2º do Regulamento Roma I). Para este fim, o artigo 6.º, parágrafo 2º, introduz uma cláusula de exceção. A sua aplicação está sujeita a duas condições concorrentes; em primeiro lugar, "se, em razão das circunstâncias, não for razoável determina-lo segundo o Direito mencionado no parágrafo antecedente"; e, em segundo lugar, não puder ser estabelecida a existência de um acordo válido sobre escolha do Direito de acordo com o Direito do Estado em que o contratante, que o invoca, tenha o seu estabelecimento (e.g., em virtude de coação, fraude ou das consequências do silêncio no processo de formação do contrato).

Exemplo 6-1

O contratante A, estabelecido no Estado X, envia uma proposta contratual ao contratante B, estabelecido no Estado Y. A proposta contém uma cláusula de escolha do Direito designando o Direito do Estado X. De acordo com o Direito do Estado X, o silêncio do destinatário de uma declaração negocial é considerado como aceitação. De acordo com o Direito do Estado Y, o silêncio não constitui aceitação. O contratante B pode invocar o Direito do Estado Y para determinar que não consentiu na escolha do Direito. O tribunal judicial ou arbitral aplicará o

Direito do Estado Y se concluir "das circunstâncias que não seria razoável" apreciar o consentimento de B sobre o acordo relativo à escolha do Direito de acordo com o Direito do Estado X.

Exemplo 6-2

O contratante A, estabelecido no Estado X, envia ao contratante B, estabelecido no Estado Y, uma proposta contratual; no contrato proposto, o Direito do Estado X é designado como o Direito aplicável. Economicamente premido, o contratante B comunica a aceitação dessa proposta. De acordo com o Direito do Estado X, tal situação não constitui um vício do consentimento. No entanto, segundo o Direito do Estado Y, tal situação tornaria ineficaz o consentimento do contratante B quanto à escolha do Direito. O contratante B pode invocar o Direito do Estado Y para determinar a ausência de consentimento. O tribunal judicial ou arbitral aplicará o Direito do Estado Y se concluir das "circunstâncias que não seria razoável" apreciar o consentimento de B sobre o acordo relativo à escolha do Direito de acordo com o Direito do Estado X.

6.29 O artigo 6.º, parágrafo 2º, é uma exceção ao previsto no parágrafo 1º do mesmo artigo, alínea a. Esta exceção só deve ser aplicada muito raramente nos casos abrangidos pelo artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, primeira parte. O artigo 6.º, parágrafo 2º, é inaplicável nos casos abrangidos pelo artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b, segunda parte, uma vez que, nessas situações, os Princípios aplicam uma regra de *knock-out* e, portanto, "não há escolha do Direito".

ARTIGO 7.º AUTONOMIA DA CLÁUSULA

Introdução

7.1 O artigo 7.º introduz o princípio da autonomia da cláusula. Este princípio significa que a escolha do Direito é autônoma e independente do contrato que a contém ou do contrato ao qual se aplica. Desta forma, a invalidade do contrato não necessariamente invalida a escolha do Direito. Em vez disso, o Direito escolhido pelos contratantes aplica-se às questões a serem decididas subsequentemente à nulidade do contrato principal, a menos que o acordo relativo à escolha do Direito, analisado independentemente, seja ele também inválido. Quando o Direito escolhido pelos contratantes não é afetado, o pedido de invalidade, inexistência ou ineficácia do contrato principal é avaliado segundo o Direito aplicável escolhido pelos contratantes.

A escolha do Direito tratada de forma autônoma do contrato ao qual se aplica

7.2 A escolha do Direito é baseada no acordo entre os contratantes. Tal acordo tem um objeto distinto e possui um caráter autônomo em relação ao contrato ao qual se aplica. Isto é coerente com a abordagem seguida em instrumentos internacionais e europeus, como o artigo 10 do Regulamento Roma I, segundo o qual a escolha do Direito pelos contratantes deveria ser submetida a uma avaliação independente que não está automaticamente ligada à validade do contrato principal.

Exemplo 7-1

De acordo com o Direito do Estado X, um contrato é considerado inválido em virtude de erro. A validade de um acordo de escolha do Direito não é afetada, a menos que o mesmo erro afete a escolha do Direito.

Exemplo 7-2

O contratante A e o contratante B celebram um contrato que inclui uma cláusula de escolha do Direito do Estado X. O contratante A exige a execução do contrato. O contratante B sustenta que o contrato deve ser considerado como uma transação que deveria ter sido aprovada pelos acionistas em uma assembleia, que não foi realizada. O contratante B considera, portanto, que o contrato é inválido de acordo com a legislação societária do Estado X. Caso o contrato venha a ser considerado inválido, isto não invalida automaticamente o acordo de escolha do Direito. A questão acerca da validade do acordo de escolha do Direito deve ser levantada e considerada separadamente.

Âmbito de aplicação da norma

7.3 O acordo de escolha do Direito está, geralmente, incluído no contrato principal, mas, por vezes, o acordo pode ser deduzido das circunstâncias subjacentes ou pode estar incluído em um documento separado concluído antes, durante ou após o contrato ao qual ele se aplica (ver artigo 4.º). Mesmo quando o acordo integra o contrato, o cerne do artigo 7.° é que o acordo deva ser analisado separadamente do contrato principal. Isto significa que o acordo relativo à escolha

do Direito não é afetado quando se alega que o contrato principal é inválido, inexistente ou ineficaz. No entanto, ao se argumentar que os contratantes não celebraram um contrato, a doutrina da autonomia só pode ser aplicada se for demonstrado que existe um acordo válido de escolha do Direito. A sua existência e validade são avaliadas de acordo com as disposições dos Princípios, nomeadamente, os artigos 4.º a 6.º e 9.º.

7.4 Os Princípios não tratam do Direito que rege algumas matérias enumeradas no artigo 1.º, parágrafo 3º. Algumas delas (em particular, as previstas no artigo 1.º, parágrafo 3º, alínea a, relativas à capacidade das pessoas físicas, e no artigo 1.º, parágrafo 3º, alínea c, relativas a sociedades ou outras entidades de interesse coletivo e trustes), podem, também, dizer respeito à determinação da validade de um acordo de escolha do Direito.

A autonomia como norma amplamente reconhecida

7.5 O termo "autonomia" tem um significado bem compreendido na doutrina, onde é usado para descrever a "sobrevivência" da cláusula de escolha do Direito se o contrato subjacente for considerado inválido. É um termo técnico aceito e esta é a razão pela qual foi escolhido. Em outros idiomas, que não o inglês, a "autonomia" não possui um vocábulo específico correspondente e é traduzido por "separabilidade". As palavras "separável", "independente" e "autônomo" são utilizados pela doutrina relativa às cláusulas sobre arbitragem e eleição do foro.

7.6 A autonomia de um acordo de eleição do foro é a regra adotada pela Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro, no seu artigo 3.º, alínea d. A regra da autonomia prevista no artigo 7.º dos Princípios é, também, coerente com as soluções adotadas por muitos Estados, bem como por instrumentos regionais e internacionais.

7.7 Na arbitragem, o princípio da "divisibilidade", "independência" ou "autonomia" é invocado pelos árbitros para rejeitar objeções quanto à competência do tribunal arbitral para declarar a nulidade do contrato. Este princípio é, amplamente, aceito nos Estados Partes da Convenção de Nova York e é, igualmente, adotado expressamente pela Lei Modelo UNCITRAL (artigo 16, parágrafo 1º), bem como por muitas regras arbitrais internacionais ou institucionais.

A escolha do Direito aplicável não podendo ser impugnada "apenas com base no fato de o contrato, ao qual se aplica, não ser válido"

7.8 O advérbio "apenas" significa que a invalidade formal ou material do contrato principal não conduz automaticamente à nulidade do acordo relativo à escolha do Direito. Este acordo pode ser declarado inválido apenas com base em fundamentos que especificamente o afetem.

7.9 Apurar se a escolha do Direito aplicável é ou não ser afetada pela invalidade do contrato principal depende das circunstâncias específicas. Por exemplo, argumentos que visem impugnar o consentimento dos contratantes ao contrato principal não prejudicam necessariamente o seu consentimento para o acordo de escolha do Direito, a menos que as circunstâncias sejam tais que demonstrem a falta de consentimento tanto ao contrato principal como ao acordo de escolha do Direito.

Exemplo 7-3

O contratante A e o contratante B celebram um contrato que inclui um acordo de que ele seja regido pelo Direito do Estado X. O contratante A executou o contrato. Nos termos do Direito do

Estado X, o contrato é inválido por falta de consentimento. Nas circunstâncias do caso, não se pode afirmar que a falta de consentimento se estende à escolha do Direito do Estado X. Em consequência, este Direito se aplica para determinar as consequências da invalidade, nomeadamente, o direito à repetição quando o contrato foi executado, no todo ou em parte.

A existência de vício que afeta tanto o acordo de escolha do Direito aplicável como o contrato principal

7.10 Em algumas situações, o acordo de escolha do Direito é afetado por um vício que compromete tanto o acordo como o contrato ao qual o acordo se aplica. É, nomeadamente, o caso quando tanto o contrato como o acordo, mesmo que separado, são viciados pela mesma fraude ou quando um contratante não tem capacidade para celebrar um contrato (um menor que não tenha capacidade para celebrar um contrato não tem, do mesmo modo, capacidade para celebrar um acordo de escolha do Direito). Deve-se, no entanto, recordar que os Princípios não tratam do Direito que rege a capacidade das pessoas físicas (ver artigo 1.º, parágrafo 3º).

Exemplo 7-4

Um contrato é considerado inválido porque o contratante A subornou o contratante B ou porque o contratante A carecia de capacidade. O acordo relativo à escolha do Direito contido no contrato, ou afetado pelo mesmo vício quando da celebração, é, também, inválido.

7.11 A cláusula de escolha do Direito é afetada quando o vício causador da invalidade do contrato principal se estende, necessariamente, pela sua própria natureza, também àquela cláusula. Nesta situação, a invalidade terá, também, consequências para outras cláusulas do mesmo contrato, como o acordo de eleição do foro ou a convenção de arbitral .

ARTIGO 8.º EXCLUSÃO DO REENVIO

Introdução

8.1 Os Princípios consagram a autonomia da vontade e permitem que os contratantes escolham o Direito que regerá o seu contrato. O artigo 8.º regula se a escolha do Direito de um Estado pelos contratantes inclui as normas deste Estado sobre Direito internacional privado. Em alguns casos, a aplicação das normas de Direito internacional privado de outro Estado (neste caso, o Estado escolhido) pode remeter para o Direito do Estado do foro ou para o Direito de um terceiro Estado. Este fenômeno é conhecido como "reenvio".

8.2 O artigo 8.º prevê como regra que a escolha do Direito pelos contratantes deve ser interpretada como excluindo a aplicação das normas de Direito internacional privado do Direito escolhido. Esta regra geral do artigo 8.º evita a possibilidade de um reenvio não intencional e, por conseguinte, está em conformidade com as intenções prováveis dos contratantes.

8.3 Não obstante, de acordo com a noção de autonomia da vontade, o artigo 8.º permite que os contratantes, excecionalmente, incluam na sua escolha do Direito as normas de Direito internacional privado do Direito escolhido, desde que o façam expressamente.

8.4 Tal como utilizada no artigo 8.º, a expressão "normas de Direito internacional privado" limita-se às normas que determinam o Direito aplicável. A expressão não abrange as normas de competência internacional, procedimento ou reconhecimento de sentenças estrangeiras.

Exclusão do reenvio

8.5 O artigo 8.º estabelece que, em geral, a escolha do Direito não inclui as normas de Direito internacional privado do Direito escolhido, a menos que os contratantes expressamente estabeleçam o contrário. Este princípio está de acordo com as Convenções da Haia que excluem a possibilidade de reenvio afirmando que "o termo 'Direito' significa o Direito em vigor em um Estado, com exclusão das normas de conflitos de lei" (ver, e.g., o artigo 12 do Protocolo da Haia de 2007). Outros instrumentos internacionais ou regionais geralmente excluem, também, a possibilidade de reenvio (ver artigo 17 da Convenção da Cidade do México e artigo 20 do Regulamento Roma I). Existe uma pequena exceção a favor do reenvio apenas quando o instrumento estende o seu âmbito de aplicação a Estados não contratantes (ver artigos 4.º e 17 da Convenção sobre a Lei Aplicável às Sucessões em caso de Morte e artigo 4.º, parágrafo 2º, alínea b da Convenção sobre a lei aplicável para regimes de bens matrimoniais).

Exemplo 8-1

O contratante A e o contratante B celebram um contrato que dispõe que "os contratantes acordam que o Direito do Estado X regerá o seu contrato". Esta disposição é interpretada como se reportando apenas ao Direito material do Estado X, com exclusão das suas normas de Direito internacional privado.

8.6 Com o intuito de servir de modelo e promover a uniformidade internacional no Direito internacional privado, os Princípios excluem, da mesma forma, a possibilidade de reenvio, exceto quando os contratantes expressamente determinarem o contrário. Esta exclusão honra a

intenção provável dos contratantes, impedindo a aplicação de um Direito diferente daquele esperado pelos contratantes, e evita, também, a incerteza e a imprevisibilidade. Uma das razões pelas quais os contratantes celebram um acordo de escolha do Direito é evitar a incerteza de ter que determinar o Direito material aplicável por meio das normas de conflito de leis. Essa incerteza não seria evitada se uma cláusula de escolha do Direito padrão fosse interpretada no sentido de abranger o Direito internacional privado do Estado escolhido. A ideia subjacente à regra do artigo 8.º está de acordo com aquelas Convenções da Haia que garantem autonomia (limitada) da vontade aos contratantes (ver artigos 7.º, 8.º e 12 do Protocolo da Haia de 2007, artigos 5.º, 6.º e 17 da Convenção sobre a Lei Aplicável às Sucessões em caso de Morte, artigos 7.º e 15 da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e artigos 3.º a 5.º da Convenção sobre a lei aplicável para regimes de bens matrimoniais).

8.7 A regra do artigo 8.º não obsta que os contratantes escolham um instrumento de Direito uniforme internacional, supranacional ou regional, como a CISG, para reger um contrato fora do âmbito territorial ou material daquele instrumento (artigo 1.º, parágrafo 1º, alíneas a e b e artigos 2.º e 3.º da CISG) (ver comentário ao artigo 3.º). O âmbito territorial ou material de tais instrumentos deve, de fato, ser diferenciado das normas de Direito internacional privado do Direito escolhido no sentido da regra do artigo 8.º.

8.8 Em contrapartida, se um instrumento ou Direito não estatal (ver artigo 3.º) que tenha sido escolhido pelos contratantes contiver uma referência ao Direito de um determinado lugar ou à *lex fori*, esta referência deve ser seguida.

Exemplo 8-2

O contratante A e o contratante B celebram um contrato que contém a seguinte cláusula: "Este contrato será regido pelos Princípios UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais." De acordo com os Princípios UNIDROIT, a taxa de juros aplicável em caso de não pagamento é, sob certas condições, aquela fixada pelo Direito do Estado da moeda de pagamento (artigo 7.4.9, parágrafo 2º dos Princípios UNIDROIT). Segundo esta referência, o Direito do Estado da moeda de pagamento deve ser aplicado.

Inclusão expressa das normas de Direito internacional privado

8.9 Não obstante a regra geral de interpretação acima descrita, o artigo 8.º estabelece que os contratantes podem escolher expressamente um Direito incluindo suas normas de Direito internacional privado. Esta disposição é coerente com a autonomia da vontade uma vez que honra o acordo expresso dos contratantes de escolher indiretamente o Direito material aplicável por meio de normas de Direito internacional privado. Este princípio, estabelecido na arbitragem (ver artigo 28, parágrafo 1º, da Lei Modelo UNCITRAL), foi igualmente estendido aos procedimentos judiciais. Ele se afasta das Convenções da Haia existentes e de outros instrumentos que permitem autonomia (limitada) da vontade sem garantir a possibilidade de inclusão de normas de Direito internacional privado (ver parágrafos 8.5 e 8.6).

Exemplo 8-3

Um contrato prevê que "será regido pelo Direito do Estado X, incluindo as suas normas de Direito internacional privado". Neste caso, o Direito material aplicável será determinado de acordo com as normas de Direito internacional privado do Estado X.

ARTIGO 9.º ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO DIREITO ESCOLHIDO

Introdução

9.1 O objetivo do artigo 9.º é descrever o âmbito do Direito escolhido pelos contratantes. A sua estrutura segue o descrito a seguir. Em primeiro lugar, estabelece a regra geral de que o Direito escolhido pelos contratantes rege todos os aspectos de sua relação contratual. Em segundo lugar, inclui uma lista não exaustiva de aspectos regulados por tal Direito. E, em terceiro lugar, deixa claro que os Estados podem acrescentar elementos de conexão para incentivar a validade formal do contrato.

9.2 O artigo 9.º baseia-se no princípio de que, salvo acordo em contrário, o Direito escolhido rege todos os aspectos do contrato. O contrato deve ser regido pelo Direito escolhido pelos contratantes desde a sua formação até o seu termo. Esta perspectiva garante segurança jurídica e uniformidade de soluções e, ao fazê-lo, reduz o incentivo ao *forum shopping*: o Direito aplicável a qualquer aspecto da relação contratual será o Direito escolhido pelos contratantes, independentemente do tribunal judicial ou arbitral que decida a disputa.

9.3 Naturalmente, a referência a "todos os aspectos" não impede que os contratantes escolham Direitos diferentes para partes diferentes do contrato, de acordo com o artigo 2.º, parágrafo 2º, alínea b, ou mesmo que escolham um Direito apenas para um ou mais dos aspectos enumerados no artigo 9.º, parágrafo 1º, como por exemplo, a interpretação do contrato.

9.4 O artigo 9.º, parágrafo 1º, inclui uma lista de sete matérias regidas pelo Direito escolhido pelos contratantes. A expressão "incluindo, mas não limitado" indica que a lista é ilustrativa e não exaustiva. A justificativa para a menção destas sete questões, em particular, é dupla. Em primeiro lugar, a lista inclui muitos dos aspectos mais relevantes de qualquer contrato. É o caso, por exemplo, das matérias (a) e (b): interpretação e direitos e obrigações decorrentes do contrato. Em segundo lugar, a lista esclarece que, ao aplicar os Princípios, certas questões devem ser caracterizadas como contratuais e, portanto, serão regidas pelo Direito escolhido e não por outro Direito, como a *lex fori* ou a *lex loci damni*. É o caso, por exemplo, da prescrição e da decadência (ver artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea d), do ônus da prova e das presunções legais (ver artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea f) e das obrigações pré-contratuais (ver artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea g). Isto garante uma caracterização uniforme destas questões e, consequentemente, promove a uniformidade de soluções.

Áreas específicas

9.5 As questões mencionadas no artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea a, interpretação, e artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea b, direitos e obrigações decorrentes do contrato, são provavelmente as mais relevantes na prática e constituem o cerne das questões governadas pelo Direito escolhido pelos contratantes. O Direito escolhido determina qual o significado a ser atribuído às palavras e termos utilizados no contrato. Quando o significado de um termo no contrato é ambíguo, ele deve ser determinado por meio dos critérios de interpretação do Direito escolhido pelos contratantes. Este Direito determina, igualmente, os direitos e obrigações dos contratantes, especialmente quando não são explicitamente definidos pelo contrato. Como os Princípios se aplicam apenas a contratos, o conceito de direitos e obrigações deve ser entendido como referindo-se a direitos e obrigações contratuais, e não a questões não contratuais que possam ocorrer ou surgir entre os contratantes (mas ver o parágrafo 9.12).

9.6 O artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea c, refere-se ao adimplemento e às consequências do inadimplemento, incluindo a avaliação dos danos. O Direito escolhido pelos contratantes rege as condições para o adimplemento das obrigações decorrentes deste Direito ou do contrato, como por exemplo, nível de diligência, o lugar e o tempo da prestação ou em que medida a obrigação pode ser executada por outra pessoa que não o devedor [ver M. Giuliano e P. Lagarde, "Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", [1980] OJ C282, p. 32 ("Relatório Giuliano-Lagarde")]. O Direito escolhido também rege as consequências do inadimplemento total ou parcial dessas obrigações, incluindo as causas justificativas do inadimplemento e a avaliação dos danos.

9.7 A menção às consequências do inadimplemento, incluindo a avaliação dos danos, é uma menção às normas materiais, i.e., estes aspectos estão incluídos na medida em que são regidos por normas de Direito material e estão no âmbito dos poderes conferidos ao tribunal pela *lex fori* ou *lex arbitri* (ver Relatório Explicativo da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, págs. 42-43 e Relatório Giuliano-Lagarde, pág. 32). Logo, questões como recursos em face do inadimplemento, como por exemplo, a indenização e a fixação do respetivo valor, a execução específica, a repetição, a redução da indenização por mora do credor em mitigar os próprios danos ou a validade de cláusulas penais, estão sujeitas ao Direito escolhido pelos contratantes.

9.8 O artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea d, refere-se às diversas causas de extinção das obrigações, prescrição e decadência. O Direito escolhido pelos contratantes rege todas as causas de extinção das obrigações, incluindo a prescrição ou a decadência. Assim, o Direito escolhido determina o início, o cálculo e a extensão da prescrição e da decadência, e os respetivos efeitos, i.e., se constituem um meio de defesa para o devedor ou se extinguem os direitos e pretensão do credor. Independentemente da sua caracterização legal sob a *lex fori*, o Direito escolhido pelos contratantes rege aquelas questões. Isto assegura a harmonia de soluções e a segurança jurídica (ver artigo 12, alínea g, da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o artigo 12, parágrafo 1º, alínea d, do Regulamento Roma I).

9.9 O artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea e, refere-se à validade e aos efeitos da invalidade do contrato, independentemente desta última ser caracterizada como "nulidade", "anulabilidade" ou "invalidade". o Direito escolhido pelos contratantes rege a formação do contrato, os requisitos de validade e os fundamentos de invalidade. Se, de acordo com este Direito, o contrato for nulo ou inválido, os respetivos efeitos como, por exemplo, a obrigação de repetição ou o ressarcimento de danos, são, também, regidos por esse Direito (ver, também, o parágrafo 5.5).

9.10 O artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea e, está estreitamente relacionado com o artigo 7.º (autonomia da cláusula de escolha do Direito). Nos termos do artigo 7.°, pode suceder que a cláusula de escolha do Direito seja válida, não obstante o contrato principal, ao qual esta se aplica, não seja válido. O artigo 9.°, parágrafo 1°, alínea e, deixa claro que, neste caso, as consequências da nulidade do contrato continuam a ser regidas pelo Direito escolhido pelos contratantes.

9.11 O artigo 9.º, parágrafo 1º, alínea f, refere-se ao ônus da prova e às presunções legais. Os Princípios não se aplicam à prova e a questões processuais. No entanto, o Direito escolhido pelos contratantes aplica-se às presunções legais e ao ônus da prova. Tal como outros instrumentos internacionais, os Princípios seguem uma caracterização material destas questões e não uma de natureza processual (ver artigo 12, alínea g, da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e artigo 18, parágrafo 1º, do Regulamento Roma I). As presunções legais e as regras respeitantes ao ônus da prova

contribuem para esclarecer as obrigações dos contratantes e, portanto, estão intrinsicamente ligadas ao Direito que rege o contrato. Além disso, uma caracterização uniforme dessas questões garante a harmonia de soluções e a segurança jurídica. Em contrapartida, as presunções processuais, i.e., as que se baseiam em elementos processuais, como os efeitos da revelia ou a não entrega de determinados documentos na posse de uma das partes, estão excluídas do âmbito do Direito escolhido. Os meios de prova e de sua avaliação estão, também, excluídos.

9.12 Por fim, o artigo 9.°, parágrafo 1°, alínea g, menciona as obrigações pré-contratuais. De acordo com os Princípios, o Direito escolhido pelos contratantes rege os direitos e obrigações dos contratantes durante o período de formação do contrato e a responsabilidade que possa surgir, por exemplo, por informações dadas ou compromissos assumidos pelos contratantes durante esse período. Portanto, uma vez celebrado o contrato entre os contratantes, as obrigações que surgiram das negociações, antes da conclusão do contrato, estão sujeitas, também, ao Direito aplicável ao contrato. Contudo, mesmo antes da celebração do contrato, os contratantes podem escolher o Direito aplicável às negociações contratuais e, por conseguinte, à responsabilidade pré-contratual com base, por exemplo, em uma quebra inesperada de tais negociações.

Validade Formal

9.13 O artigo 9.°, parágrafo 2°, dispõe que o artigo 9.°, parágrafo 1°, alínea e, que determina que o Direito escolhido rege a validade formal do contrato, não impede a aplicação de qualquer "outro Direito" que favoreça a validade formal do contrato. O "outro Direito" é determinado de acordo com as normas de Direito internacional privado seguidas no Estado do foro ou aplicadas por um tribunal arbitral. Assim, o artigo 9.º, parágrafo 2º, é motivado por, e visa promover, uma política de *favor negotii*, prevalente na maioria das codificações e Convenções de Direito internacional privado. Essa política reflete-se nas normas sobre escolha do Direito concebidas para favorecer a validade formal dos contratos ao autorizar a aplicação de qualquer um dos diferentes Direitos que sustente a formação do contrato (elementos de conexão alternativos). Tais diferentes Direitos geralmente incluem o Direito do Estado de celebração do contrato e do Estado em que os contratantes tinham domicílio ou no qual, eles ou os respetivos representantes, estavam quando da celebração do contrato. O artigo 9.º, parágrafo 2º, permite aos tribunais judiciais ou arbitrais tirar proveito dessas normas quando a forma do contrato não é válida nos termos do Direito escolhido. No entanto, uma vez determinado o Direito aplicável ao contrato, qualquer mudança deste Direito não prejudica a validade formal do contrato (ver artigo 2.º, parágrafo 3º). Ver também o parágrafo 5.5.

ARTIGO 10 CESSÃO

Introdução

10.1 O artigo 10 determina o Direito aplicável a questões importantes nos negócios de cessão, em que os direitos e deveres dos contratantes são definidos por dois (ou mais) contratos celebrados por combinações de diferentes contratantes e que contenham diferentes acordos de escolha do Direito.

10.2 Mesmo quando a autonomia da vontade é plenamente efetivada pelos Princípios, surgem questões complexas na determinação do Direito aplicável a problemas específicos em transações como a cessão, em que os direitos e deveres dos contratantes são determinados por dois ou mais contratos conexos entre si, compostos por diferentes combinações de contratantes e que incluem diversas escolhas de Direito. Tal pode ocorrer no contexto da cessão (em que o contrato que cria a obrigação cedida é regido pelo Direito de um Estado enquanto o contrato de cessão é regido pelo Direito de um outro), bem como em outros contextos, tais como a sub-rogação ou a delegação. Entre essas situações complexas, os Princípios focam-se na cessão, porquanto esta constitui um negócio importante e recorrente na prática comercial internacional.

10.3 As cessões e outras transações complexas similares envolvendo contratos sobrepostos não apresentam questões específicas quanto à determinação do Direito que rege cada um dos contratos quando considerados separadamente. Existem, porém, aspectos complexos na determinação do Direito que regula as questões relacionadas com a interseção desses contratos, em especial, quando são regidos por Direitos diferentes. Afinal, a pretensão do cessionário em face do devedor resulta de uma combinação do contrato cedido e do contrato de cessão e os contratantes destes dois contratos podem ter optado por Direitos diferentes para reger cada um deles.

Cenário: De acordo com um contrato entre devedor e credor (contrato 1), o credor tem um crédito de natureza pecuniária em face do devedor. Segundo o estipulado, o contrato 1 é regido pelo Direito do Estado X e, de acordo com os Princípios, a designação do Direito aplicável é efetiva. De acordo com um contrato entre o credor e o cessionário (contrato 2), o credor cedeu os seus créditos em face do devedor, em virtude do contrato 1, para o cessionário. De acordo com o estipulado, o contrato 2 é governado pelo Direito do Estado Y e, de acordo com os Princípios, a designação do Direito vigente é efetiva. O resultado destes dois contratos, quando considerados em conjunto, pode ser o de criar um direito do cessionário em face do devedor.

10.4 No referido cenário, o cessionário não era parte do contrato 1 nem participou na escolha do Direito no mesmo. Da mesma forma, o devedor não era parte do contrato 2 e não participou da escolha do Direito do contrato. Assim, não se pode dizer que o Direito aplicável à relação entre os contratantes, criada pela confluência dos dois contratos, possa ser determinada simplesmente dando efeito à escolha do Direito dos contratantes. Por consequência, é necessário examinar como é que a escolha do Direito opera no quadro da cessão diante da possibilidade de confusão quanto a qual Direito regerá a relação entre devedor, cedente e cessionário quando o contrato entre devedor e credor/cedente é regido por um Direito diferente daquele que rege o contrato entre credor/cedente e cessionário.

10.5 Embora os Princípios, em reconhecimento a autonomia da vontade, permitam a escolha do Direito que rege um contrato, de modo a que o contrato 1 no Cenário seja regido pelo Direito do Estado X (como escolhido pelos contratantes) e o contrato 2 seja, igualmente, regido pelo Direito do Estado Y, a deferência dos Princípios à autonomia da vontade diz-nos pouco sobre o Direito que rege os aspectos que afetam a relação entre as partes que não contrataram entre si (como o devedor e o cessionário) e, que portanto, não exerceram a sua autonomia para designar o Direito que rege tais aspectos. Assim, enquanto o credor e o cessionário optaram por reger o seu contrato pelo Direito do Estado Y, o devedor não anuiu com a aplicação do Direito do Estado Y. Do mesmo modo, enquanto o devedor e o credor escolheram reger o seu contrato pelo Direito do Estado X, o cessionário não aquiesceu com a aplicação do Direito do Estado X. Em consequência, não se pode afirmar que aplicar o Direito do Estado X ou o Direito do Estado Y à relação entre devedor e cessionário originada pela interação entre os dois contratos, se trata de mera aplicação do princípio da autonomia da vontade.

10.6 Em consequência, enquanto os Princípios geralmente submetem à autonomia da vontade a escolha do Direito que rege a relação entre as partes que contrataram entre si, são necessárias regras para determinar o Direito aplicável quando o respeito pela escolha conjunta de Direito não tem um significado real, pois os contratantes não contrataram entre si. O artigo 10 fornece tais regras.

Identificação e aplicação dos Princípios para solucionar as questões surgidas da cessão

10.7 O artigo 10 baseia-se em dois princípios: (i) os direitos e as obrigações dos contratantes, criados por um contrato entre eles, devem ser regidos pelo Direito que regula esse contrato; e (ii) uma obrigação contratual deve continuar a ser regida pelo Direito aplicável ao contrato que a criou, mesmo depois de o credor ceder os seus direitos a um terceiro. Aplicar estes dois princípios à relação originada pela cessão conduz à aplicação das regras previstas no artigo 10, alíneas a e b.

10.8 Em primeiro lugar, nos termos da regra estabelecida no artigo 10, alínea a, o Direito escolhido pelo cedente e pelo cessionário no contrato de cessão regula os seus mútuos direitos e obrigações, decorrentes daquele contrato. Esta conclusão é aplicação do princípio de que os direitos e as obrigações entre dois contratantes, originados por um contrato celebrado entre eles, devem ser regidos pelo Direito que rege tal contrato.

Exemplo 10-1

Diante dos fatos do Cenário, o Direito do Estado Y regula as obrigações contratuais criadas entre cedente e cessionário nos termos do contrato 2 e se, e no que se refere à relação entre credor e cessionário, o contrato 2 efetivamente transfere os direitos do credor, constituídos nos termos do contrato 1, para o cessionário.

10.9 Em segundo lugar, nos termos do artigo 10, alínea b, (i), o Direito escolhido pelo devedor e pelo credor, no contrato que originário, determina se a cessão pode ser invocada em face do devedor. Esta conclusão constitui a aplicação do princípio de que uma obrigação contratual deve continuar a estar sujeita ao Direito que rege o contrato que a criou, mesmo depois de o credor ceder o seu crédito a um terceiro (ver artigo 2.º).

Exemplo 10-2

Diante dos fatos do Cenário, o Direito do Estado X regula se o cessionário pode invocar, em face do devedor, os direitos cedidos pelo credor e constituídos nos termos do contrato 1 ao cessionário (incluindo a determinação dos efeitos de quaisquer cláusulas de proibição ou limitação de cessão previstas no contrato 1).

10.10 Em terceiro lugar, de acordo com a regra estabelecida no artigo 10, alínea b, ii, o Direito escolhido pelo devedor e credor no contrato originário, rege os direitos do cessionário, resultantes da cessão, em face do devedor. Esta conclusão constitui, também, a aplicação do princípio de que uma obrigação contratual deve continuar a ser regida pelo Direito que rege o contrato que a criou, mesmo depois de o credor ceder os seus direitos a um terceiro.

Exemplo 10-3

Diante dos fatos do Cenário e assumindo que o cessionário pode invocar a cessão em face do devedor, a natureza e extensão da obrigação do devedor para com o cessionário (incluindo a determinação dos efeitos de quaisquer entendimentos jurídicos segundo os quais um devedor não pode opor certos meios de defesa em face do cessionário que poderia ter invocado contra o credor) são regidas pelo Direito do Estado X.

10.11 Em quarto lugar, nos termos da regra estabelecida no artigo 10, alínea b, iii, o Direito escolhido pelo devedor e pelo credor no contrato originário determina se as obrigações do devedor foram cumpridas. Esta conclusão constitui, igualmente, a aplicação do princípio de que uma obrigação contratual deve continuar a ser regida pelo Direito que rege o contrato que a criou, mesmo depois do credor ceder os seus direitos a um terceiro.

Exemplo 10-4

Diante dos fatos do Cenário e assumindo que o cessionário pode invocar a cessão em face do devedor, a questão de saber se a obrigação do devedor para com o cessionário, que resulta da cessão, foi cumprida (seja por meio do adimplemento por parte do devedor ou de outra forma), é regida pelo Direito do Estado X.

Precedentes internacionais

10.12 O tema do Direito que rege as obrigações cedidas é abordado na Convenção das Nações Unidas sobre Cessão. O tópico é, também, abordado no Regulamento Roma I e no Guia UNCITRAL. O artigo 10 é coerente com estes precedentes. A Convenção das Nações Unidas sobre Cessão (artigo 28, parágrafo 1º, Recomendação 216 do Guia UNCITRAL) remete as questões entre o cedente e o cessionário ao Direito que rege a cessão, e deixa sua escolha ao exercício da autonomia da vontade: “Os mútuos direitos e as obrigações do cedente e do cessionário, decorrentes da cessão, são regidos pelo Direito por eles escolhidos.”. A Convenção das Nações Unidas sobre Cessão (artigo 29) (recomendação 217 do Guia UNCITRAL) aborda a questão sobre o Direito aplicável à relação entre o devedor, no contrato cedido, e o cessionário: “O Direito que rege o contrato original determina a eficácia das restrições contratuais à cessão,

como aquelas entre o cessionário e o devedor, a relação entre o cessionário e o devedor, as condições nas quais a cessão pode ser invocada em face do devedor e se as obrigações do devedor foram cumpridas.”.

Questões conexas

10.13 A sub-rogação e a delegação constituem outras circunstâncias nas quais os direitos são determinados por referência a dois ou mais contratos entre diferentes conjuntos de contratantes. Embora o artigo 10 não preveja regras para determinar que Direito rege as várias questões que podem surgir dessas circunstâncias, as regras do artigo 10 podem ser aplicadas analogicamente a tais situações.

ARTIGO 11 NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA E ORDEM PÚBLICA

Introdução

11.1 A autonomia da vontade, reconhecida pelos Princípios, não é absoluta. Nos Princípios, como em todos os Estados que a reconhecem, a autonomia da vontade opera dentro de limites. Este artigo estabelece os limites ao princípio da autonomia geral reconhecido no artigo 2.º. Os parágrafos 11.4 a 11.32 destes Comentários descrevem detalhadamente o funcionamento desses limites e a política a eles subjacentes. Estas são as únicas limitações à aplicação do Direito designado pelos contratantes no âmbito dos Princípios.

11.2 Embora o artigo 11 seja composto por cinco parágrafos, ele expressa um ponto básico - a autonomia da vontade para escolher um Direito pode ser limitada, nas circunstâncias excepcionais identificadas no artigo, quando o efeito de sua aplicação fosse contraditório com certas normas fundamentais. O artigo 11 estabelece os contornos desse ponto, identificando as duas situações em que um foro pode, coerentemente com os Princípios, recusar-se a dar pleno efeito ao Direito escolhido pelos contratantes. Em primeiro lugar, não obstante o Direito escolhido pelos contratantes, o foro pode aplicar ou levar em consideração "normas de aplicação imediata" do Direito. Em segundo lugar, o foro pode recusar-se a aplicar o Direito escolhido pelos contratantes na medida em que o seu resultado seja "manifestamente incompatível com a ordem pública do foro". Naturalmente que, para aplicar esses limites, é necessário saber quais são as normas de aplicação imediata ou os motivos fundamentais de ordem pública a serem levados em consideração. Embora os Princípios busquem esses limites, principalmente, no Direito do foro, eles também estabelecem normas que permitem ao foro considerar o Direito de um Estado diferente.

11.3 Esta dupla tarefa – delinear os limites da autonomia da vontade e identificar o Estado cujo Direito fornece o ponto de referência para esses limites – é cumprida no artigo 11 da seguinte forma: os parágrafos 1° e 2° abordam as normas de aplicação imediata, estabelecendo, o parágrafo 1º, o poder básico do foro de aplicar as suas normas de aplicação imediata e indicando, o parágrafo 2º, as circunstâncias em que o foro pode aplicar ou levar em consideração as disposições de aplicação imediata de outro Estado. Por seu turno, os parágrafos 3º e 4° tratam das disposições fundamentais de ordem pública, consagrando, o parágrafo 3º, o poder essencial do foro para excluir a aplicação do Direito escolhido caso ele seja contraditório com as noções fundamentais de ordem pública e, o parágrafo 4º, as circunstâncias em que o foro pode levar em consideração as noções fundamentais de ordem pública de outro Estado. Por fim, o parágrafo 5º prevê a aplicação destes princípios por tribunais arbitrais.

11.4 As limitações aplicam-se apenas a normas e políticas de fundamental importância no âmbito dos ordenamentos jurídicos em que operam (ver parágrafos 11.15 e 11.23). Com efeito, se as limitações não fossem assim circunscritas, o princípio da autonomia da vontade seria cerceado.

11.5 O Direito do foro desempenha um papel central no artigo 11. É por referência ao Direito do foro que um tribunal determinará se uma disposição ou política daquele Direito apresenta as características necessárias para constituir uma "disposição de aplicação imediata" ou se uma política pública é de natureza suficientemente fundamental para ser suscetível, segundo os Princípios, de se sobrepor ao Direito escolhido pelos contratantes (ver artigo 11, parágrafos 1º e 3° e parágrafos 11.1 e 11.22). É também o Direito internacional privado do foro que determina se, e em que medida, um tribunal aplicará ou levará em consideração as normas de aplicação

imediata ou a ordem pública de outro Estado (ver artigo 11, parágrafos 2º e 4º e parágrafos 11.20 e 11.28). Por outro lado, o caráter de norma de aplicação imediata ou de ordem pública de outro Direito é por ele determinado e não pelo Direito do foro.

11.6 As categorias de limitações reconhecidas pelo artigo 11 qualificam, em certa medida, o Direito aplicável, mas não invalidam a escolha dos contratantes. No caso das disposições de aplicação imediata, a aplicação do Direito escolhido é complementada ou afastada pela aplicação de disposições de aplicação imediata de outro Direito. No caso da ordem pública, a aplicação do Direito escolhido é limitada apenas na medida em que a sua aplicação seja manifestamente incompatível com noções fundamentais de ordem pública. A menos, portanto, que a sua não aplicação seja necessária para dar cumprimento a uma disposição de aplicação imediata ou a uma noção de ordem pública, o Direito escolhido será aplicado, conforme previsto nos Princípios.

11.7 O artigo 11, parágrafo 5º, distingue-se do restante artigo. Tal como os Comentários sobre o presente artigo deixam claro (ver parágrafos 11.29 a 11.31), ele reconhece que os tribunais arbitrais e nacionais operam em diferentes contextos na abordagem das normas de aplicação imediata e da ordem pública. O artigo 11, parágrafo 5º, prevê, portanto, que um tribunal arbitral leve em consideração a ordem pública ou disposições de aplicação imediata de um Direito diferente do escolhido pelos contratantes, caso esteja habilitado ou obrigado a fazê-lo. De fato, essa possibilidade constitui um importante mecanismo de controle que protege a integridade da arbitragem como um mecanismo de solução de litígios.

A relação do artigo 11 com o princípio da autonomia da vontade

11.8 As regras que preveem a aplicação por um tribunal judicial ou arbitral de disposições de aplicação imediata ou de ordem pública (seja do foro ou de outro Direito) para qualificar o Direito que de outra forma seria aplicável a um caso particular, são de fundamental importância no Direito internacional privado. Essas regras constituem uma "válvula de segurança" essencial, sem a qual os legisladores nacionais poderiam ser relutantes quanto à aplicação de Direito ou "normas de Direito" escolhidos pelos contratantes (Caso relativo à aplicação da Convenção da Haia de 1902 para Regular a Tutela de Menores (Holanda v. Suécia), acórdão de 28 de novembro de 1958, Repertório da CIJ 1958, pág. 55).

11.9 No presente contexto, embora as qualificações contidas no artigo 11 restrinjam a aplicação do Direito escolhido pelos contratantes, elas pretendem reforçar o princípio da autonomia da vontade. Ao reconhecer e definir as circunstâncias excepcionais em que um tribunal nacional ou arbitral pode legitimamente derrogar a escolha dos contratantes no exercício do poder que lhes é conferido pelo artigo 2.º, parágrafo 1º, as disposições descritas nos parágrafos seguintes servem como importantes mecanismos de controle, que deveriam servir para fortalecer a confiança que o sistema jurídico deposita nos contratantes, permitindo-lhes tal escolha. Sem disposições deste tipo, que protejam a integridade do sistema jurídico e a sociedade que representa, a liberdade dos contratantes para escolher o Direito aplicável a um contrato poderia não ser de todo aceita e, se reconhecida, correria o risco de ser aviltada ou negada injustificadamente ou por razões espúrias.

A relação entre as normas de aplicação imediata e a ordem pública

11.10 O artigo 11 permite a aplicação, a título excecional, de duas categorias de restrições à aplicação do Direito escolhido pelos contratantes: normas de aplicação imediata e ordem

pública. Estas duas categorias são normalmente tratadas por disposições separadas em instrumentos nacionais e internacionais, incluindo todas as Convenções da Conferência da Haia que tratam da escolha do Direito aplicável ao longo dos últimos 50 anos (ver, e.g., artigos 16 e 17 da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação, artigo 18 da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e artigo 11 da Convenção relativa à legislação a aplicar a certos direitos respeitantes a valores mobiliários detidos junto de intermediários).

11.11 Não há dúvida de que as categorias de normas de aplicação imediata e de ordem pública são "estreitamente conectadas". Pode-se considerar que partilham a mesma base doutrinária e, com efeito, constituem dois lados da mesma moeda. No entanto, o seu tratamento isolado nos Princípios tem a vantagem, em particular, não apenas de ser coerente com a maioria dos instrumentos internacionais existentes, mas, também, de permitir uma clara distinção entre (a) situações em que a aplicação do Direito escolhido é afastado em virtude de uma regra positiva específica da *lex fori* ou de outro sistema jurídico ter prioridade e ser aplicada no seu lugar (aplicação de uma norma de aplicação imediata) e (b) situações em que a aplicação do Direito escolhido é bloqueada em razão da sua aplicação, num caso particular, ser ofensiva para as políticas fundamentais do foro ou de outro sistema jurídico, cujo Direito se aplicaria ao contrato na ausência da escolha dos contratantes (aplicação por motivos de ordem pública).

11.12 Com vista a atribuir o devido peso ao princípio da autonomia da vontade, qualquer limite à aplicação do Direito escolhido pelos contratantes deve ser justificável, claramente definido e não ultrapassar o necessário para atingir o objetivo prosseguido. Em coerência com esta abordagem restritiva, os Princípios enfatizam o caráter excepcional da ordem pública e das normas de aplicação imediata.

11.13 O artigo 11 estabelece uma distinção entre o papel das normas de aplicação imediata e a ordem pública nos procedimentos judiciais (ver artigo 11, parágrafos 1º a 4º) e o seu papel em procedimento arbitral (ver artigo 11, parágrafo 5º). Em relação aos procedimentos judiciais, o artigo 11 também distingue entre o efeito das normas e políticas do foro (ver artigo 11, parágrafos 1º e 3º) e das normas e políticas dos sistemas jurídicos distintos do foro ou do escolhido pelos contratantes (ver artigo 11, parágrafos 2º e 4º).

11.14 O artigo 11 não trata da aplicação de disposições de aplicação imediata e de ordem pública do Direito escolhido pelos contratantes. Tal deve-se ao fato de a escolha do Direito, nos termos do artigo 2.º, acarretar (sujeita apenas aos limites estabelecidos no presente artigo) a aplicação da totalidade do Direito material designado, quer abranja ou não uma daquelas duas categorias. O artigo 2.º permite aos contratantes escolher o Direito aplicável a apenas uma parte de um contrato (i.e., algumas disposições, mas não outras) e Direitos diversos para reger partes diferentes do contrato (ver parágrafo 2.9). Não permite, no entanto, aos contratantes "selecionar" no âmbito do Direito material aplicável, de modo a excluir a aplicação de certas regras, enquanto aplicam outras. Por exemplo, os Princípios não permitiriam que os contratantes escolhessem a íntegra o Direito do Estado X, exceto um regime (obrigatório) específico relativo a cláusulas contratuais abusivas. Portanto, maioritariamente, será uma questão de o Direito escolhido determinar se uma disposição legal específica pode ser livremente afastada pelos contratantes, em seu contrato, ou se é de aplicação imediata.

Normas de aplicação imediata do Direito do foro

11.15 O artigo 11, parágrafo 1º, estabelece que o Direito escolhido pelos contratantes pode ser qualificado como de aplicação imediata pelo Direito do foro. Tais disposições de aplicação

imediata continuam a produzir efeitos, não obstante a escolha de um Direito diferente pelos contratantes, e prevalecerão caso sejam incompatíveis com as disposições do Direito escolhido.

11.16 Os Princípios não definem a expressão "normas de aplicação imediata" (comparar com o artigo 9.º, parágrafo 1º, do Regulamento Roma I). A expressão, prevista em vários instrumentos regionais e nacionais, é geralmente entendida como se referindo às disposições do Direito (no artigo 11, parágrafo 1º, o Direito do foro) que deve, de acordo com a sua própria construção, ser aplicado à solução de um litígio entre os contratantes, independentemente do Direito escolhido para reger o contrato. São normas imperativas no sentido de não serem suscetíveis de derrogação pelos contratantes nem por meio das cláusulas do seu contrato, nem por outra via. São normas de aplicação imediata no sentido de que um tribunal deve aplicá-las, mesmo que os contratantes tenham escolhido um Direito diferente daquele do foro para reger a sua relação contratual. A presença destas duas características serve para enfatizar a importância deste preceito no âmbito do sistema jurídico relevante e para restringir a categoria de normas às quais os Princípios se aplicarão. É provável que as normas de aplicação imediata se limitem àquelas consideradas como relevantes para salvaguardar o interesse público do foro (ver artigo 9.º, parágrafo 1º, do Regulamento Roma I).

11.17 Não é necessário que uma norma de aplicação imediata assuma uma forma específica (i.e., não precisa ter natureza constitucional) ou que o seu caráter de aplicação imediata seja expressamente declarado. Em todo o caso, o Direito do foro deve ser aplicado para determinar (a) se uma determinada norma é suscetível de ter os efeitos descritos, e (b) se, tendo em conta os seus termos (incluindo a sua aplicação territorial) e quaisquer circunstâncias relevantes, tenha realmente esses efeitos no caso em análise. No entanto, em razão da natureza excecional das qualificações, previstas no artigo 11, a autonomia da vontade deve prevenir contra a conclusão de que qualquer norma é de aplicação imediata na ausência de disposição em contrário.

Exemplo 11-1

Uma disposição legal do Estado Z tal como a infra (Artigo X), traria a disposição material a que se refere (por exemplo, o Artigo Y sobre cláusulas contratuais abusivas) para o âmbito de aplicação do artigo 11, parágrafo 1º, dos Princípios:

Artigo X

(1) O artigo Y é aplicável, não obstante qualquer acordo ou derrogação em contrário.

(2) O artigo Y é aplicável, não obstante qualquer disposição que designe ou pretenda designar o Direito de outro Estado que não aquele do Estado Z.

Exemplo 11-2

O contratante A e o contratante B celebram um contrato segundo o qual o contratante A é nomeado agente comercial do contratante B no Estado X. O contrato estabelece que é regido pelo Direito do Estado Y. Após a extinção do contrato, o contratante A demanda o contratante B no Estado X, exigindo uma indenização fundada no Direito do Estado X. O Direito do Estado X que rege o contrato de representação comercial prevê uma indenização quando da resolução do contrato e inclui disposição estabelecendo que "são insuscetíveis de derrogação pelos contratantes as disposições relativas à indenização, em detrimento ao agente, antes que o contrato de agência se extinga". O tribunal no Estado X pode (ou não) interpretar tal redação para justificar a conclusão de que as disposições legais relativas à indenização são normas de

aplicação imediata, afastando as normas de outra forma relevantes do Direito do Estado Y sobre indenização. Para chegar a esta conclusão, o tribunal deve estar convicto não apenas de que a norma, se aplicável, não é disponível para os contratantes, mas também que deva ser aplicada, não obstante os contratantes terem escolhido o Direito do Estado Y para reger a sua relação.

11.18 O impacto do artigo 11, parágrafo 1º, é, também, limitado da seguinte forma: controla a aplicação do Direito escolhido apenas na medida em que esta aplicação seja incompatível com a aplicação simultânea, à relação entre os contratantes, da norma de aplicação imediata pertinente e o Direito escolhido. De forma relevante, a conclusão de que o Direito escolhido é, em um ou mais aspectos, incompatível com uma norma de aplicação imediata do Direito do foro não invalida a escolha dos contratantes ou, salvo na medida de qualquer incompatibilidade, nega os efeitos dessa escolha nos termos do artigo 2.º e seguintes. O Direito escolhido deve ser aplicado, tanto quanto possível, de forma coerente com a norma de aplicação imediata.

Disposições de aplicação imediata de outro Direito

11.19 Enquanto o artigo 11, parágrafo 1º, diz respeito à aplicação de disposições de aplicação imediata do Direito do foro, o artigo 11, parágrafo 2º, trata da possível aplicação de norma de aplicação imediata "de outro Direito", i.e., o Direito de um Estado diferente daquele do foro ou do escolhido pelos contratantes. Em contraste com o artigo 11, parágrafo 4º (ver parágrafo 11.28) que se refere apenas ao Direito aplicável a um contrato na ausência de escolha, o artigo 11.º, parágrafo 2º, não limita as conexões que podem ser utilizadas para identificar um Estado cujas normas de aplicação imediata serão ou poderão ser aplicadas. Consequentemente, esse Estado pode ser o Estado cujo Direito teria sido aplicável na ausência de acordo de escolha do Direito ou um Estado com outra conexão. A definição da categoria de normas de aplicação imediata e a relação entre essas normas e as do Direito escolhido devem ser entendidas da mesma maneira que no artigo 11, parágrafo 1º (ver parágrafos 11.14 a 11.17).

Exemplo 11-3

O contratante A e o contratante B celebram um contrato de locação de um veículo comercial para uso do contratante B, com conhecimento de que será utilizado para o contrabando de artefatos históricos do Estado Y para o Estado X. O contrato estabelece que é regido pelo Direito do Estado Z. De acordo com o Direito sobre bens culturais do Estado Y, a exportação de artefatos históricos sem licença constitui crime e todos os contratos cujo propósito seja facilitar o contrabando são ilícitos e inexequíveis. O contratante A não fornece o veículo e o contratante B demanda o contratante A perante o Estado X. Assumindo que o contrato é válido e executável de acordo com o Direito escolhido pelos contratantes (isto é, o Direito do Estado Z), o Direito internacional privado do Estado X determinará se e, em caso afirmativo, em que medida as normas de aplicação imediata do Direito do Estado Y devem ser aplicadas ou levadas em consideração. Se, nos termos do Direito do Estado X, as normas de aplicação imediata do Direito do Estado Y devem ser aplicadas ou levadas em consideração, o Direito do Estado Y deve então ser considerado para determinar se o Direito sobre bens culturais tem natureza de norma de aplicação imediata para esta finalidade.

11.20 Certos instrumentos internacionais, como a Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação e a Convenção de Roma, contêm disposições que permitem aos tribunais aplicar, de forma discricionária e sob certas condições, as normas de aplicação imediata de outro Direito. Outros instrumentos, como o artigo 9.º, parágrafo 3º, do Regulamento Roma I, contêm princípios mais estritamente definidos. A prática e o entendimento atual dos Estados quanto à utilidade daquele tipo de disposição, divergem, no entanto, bastante. O artigo 11, parágrafo 2º, procura acomodar esta diversidade no âmbito dos Princípios, delegando ao Direito internacional privado do foro a definição se, e em que circunstâncias, as normas de aplicação imediata de outro Direito podem ou devem ser aplicadas ou levadas em consideração. Uma solução semelhante consta do artigo 11, parágrafo 2º, da Convenção da Cidade do México.

11.21 Dado o papel central que o Direito do foro desempenha no artigo 11, parágrafos 1º e 2º (ver parágrafo 11.4), este Direito deve ser aplicado para resolver qualquer conflito aparente entre uma norma de aplicação imediata do Direito do foro e uma norma de aplicação imediata de outro Estado.

11.22 O artigo 11, parágrafo 2º não impede a aplicação de normas do Direito escolhido que permitam ou exijam que um tribunal leve em consideração o Direito de um terceiro Estado como uma circunstância relevante para a sua aplicação aos fatos de um caso particular (e.g., um preceito do Direito contratual que suspenda ou resolva o contrato cuja execução se tornou ilegal nos termos do Direito do local escolhido para a execução).

Ordem pública do foro

11.23 Nos termos do artigo 11, parágrafo 3º, a aplicação de uma disposição do Direito escolhido só pode ser afastada se o resultado dessa aplicação for manifestamente incompatível com noções fundamentais de ordem pública do foro. Três requisitos devem estar reunidos para que o artigo 11, parágrafo 3º, se aplique: em primeiro lugar, deve existir uma política do Estado do foro, suficientemente importante, para justificar a sua aplicação ao caso em questão (“ordem pública do foro"); em segundo lugar, o Direito escolhido deve ser, obviamente, incoerente com essa política (“manifestamente incompatível”); e, em terceiro lugar, a manifesta incompatibilidade deve resultar da aplicação do Direito escolhido ao conflito submetido ao tribunal. Estas exigências refletem o *leitmotiv* dos Princípios, i.e., facilitar a autonomia da vontade tanto quanto possível e servem para controlar o uso das noções de ordem pública para recusar a eficácia do Direito escolhido.

11.24 No que concerne ao primeiro requisito, o uso das expressões “noções fundamentais de política pública” e, da internacionalmente aceita, “ordem pública” enfatiza que o artigo 11, parágrafo 3º, diz respeito às políticas do sistema jurídico do foro (seja qual for a sua forma) que são tão importantes que se estendem aos contratos de carácter internacional, não obstante os contratantes poderem escolher (e de ter, no caso em questão, escolhido) outro Direito para reger tais contratos. Assim, a categoria é muito mais restrita do que o conceito de “política pública” que possa ser aplicável aos contratos internos. É claro que não é suficiente que o Direito escolhido adote uma abordagem diferente do Direito do foro. É necessário que a aplicação do Direito escolhido viole uma política, do tipo descrito, fundamental do foro.

11.25 Quanto ao segundo requisito, a expressão “manifestamente incompatível” (usadas, e.g., no artigo 17 da Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação e no artigo 21 do Regulamento Roma I) serve para ressaltar que qualquer dúvida sobre se a

aplicação do Direito escolhido seria incompatível com as políticas fundamentais da ordem pública do foro deve ser resolvida a favor da aplicação do primeiro.

11.26 O artigo 11, parágrafo 3º enfatiza o terceiro requisito, ou seja, que é o resultado da aplicação do Direito escolhido ao caso concreto que deve ser avaliado, e não sua aplicação em abstrato, para se determinar o respeito à ordem pública. O tribunal não está, no entanto, limitado a considerar o desenlace do conflito entre os contratantes, mas pode atender a considerações de interesse público mais amplas. Por exemplo, um tribunal pode recusar, por motivos de ordem pública, a execução de um contrato, válido nos termos do Direito escolhido pelos contratantes, com base na conclusão de que a escolha foi efetuada para escapar às sanções impostas por uma Resolução do Conselho de Segurança da ONU, mesmo que a não execução beneficiasse financeiramente uma pessoa visada por tais sanções e mesmo que o outro contratante não participasse do conluio.

Exemplo 11-4

O contratante A, jogador profissional residente no Estado X, visita o casino do contratante B no Estado Y. Durante a visita, os contratantes celebram um contrato de jogo e aposta, regido pelo Direito do Estado Y. O contratante A não paga e o contratante B demanda o contratante A no Estado X. Os contratos de jogo e aposta são considerados contrários à ordem pública no Estado X, mas são lícitos, vinculantes e exequíveis de acordo com o Direito do Estado Y. A recusa (ou não) do tribunal do Estado X em aplicar as normas que garantem a execução do contrato nos termos do Direito escolhido pelos contratantes dependerá de: (i) a ordem pública do Estado X ser considerada como uma política fundamental daquele Estado que se estenda a todos os contratos de jogo e aposta, mesmo àqueles celebrados no exterior com um contratante não residente (contratante B), sujeito a um Direito que não proíba tais contratos; e (ii) a execução do contrato a favor do contratante B ser manifestamente incompatível com tal política.

11.27 O Direito escolhido pelos contratantes só pode ser afastado "na medida em que" a sua aplicação seja incompatível com a ordem pública do foro. Assim, tal como no caso das normas de aplicação imediata, a existência de uma incompatibilidade deste tipo não priva os contratantes da escolha do Direito para qualquer efeito. Em vez disso, o Direito escolhido deve ser aplicado da forma mais ampla possível, desde que coerentemente com a ordem pública do foro. Esta aplicação pode gerar um resultado que é tanto coerente como consistente com a ordem pública do foro. Se, no entanto, a não aplicação de uma disposição do Direito escolhido originar um resultado incompleto ou incoerente, o Direito do foro, normalmente, deve ser aplicado de modo a identificar qualquer regra de preenchimento de lacunas. É, no entanto, possível que os próprios contratantes tenham previsto as consequências de um conflito com a ordem pública do foro, e, se o fizeram e se a sua escolha possa ser dada aplicação coerente com a ordem pública, tal expressão de sua autonomia deve prevalecer.

Exemplo 11-5

O contratante A demanda o contratante B nos tribunais do Estado X por inadimplemento contratual. O contratante A pede uma indenização (compensatória) e reconhecimento de *punitive damages* de acordo com o Direito do Estado Y, escolhido pelos contratantes para reger o contrato e qualquer conflito que dele surgisse. No Direito do Estado X é considerado como um princípio jurídico fundamental a inexistência de *punitive damages* em matéria contratual. Nos

termos do artigo 11, parágrafo 3º, o tribunal do Estado X poderia afastar a aplicação do Direito do Estado Y quanto ao pedido de reconhecimento dos *punitive damages*, mas ainda aplicando o Direito do Estado Y para decidir sobre o pedido de indenização (compensatória) do contratante A.

Ordem pública de um Estado cujo Direito seria aplicável na ausência de escolha do Direito

11.28 O artigo 11, parágrafo 4º, reconhece que em certos sistemas jurídicos, o Estado cuja ordem pública constitui uma limitação ao Direito escolhido não é, ou não é apenas, o Estado do foro, mas também o Estado cujo Direito teria sido aplicável na ausência de escolha do Direito.

11.29 O artigo 11, parágrafo 4º, tal como o artigo 11, parágrafo 2º, atribui ao Direito do foro, incluindo as suas normas de Direito internacional privado, a determinação do papel (se aplicável) a ser desempenhado pela ordem pública de um Estado diferente do foro ou daquele cujo Direito é escolhido pelos contratantes. O artigo 11, parágrafo 4º, atua independentemente do artigo 11, parágrafo 2º. Em consequência, as normas, de Direito internacional privado do Estado do foro, podem exigir ou permitir a referência às normas de aplicação imediata do Direito de outro Estado, mas não à ordem pública desse Estado, ou vice-versa. No entanto, ao contrário do artigo 11, parágrafo 2º, o artigo 11, parágrafo 4º, permite a referência apenas ao Direito do Estado que seria aplicável ao contrato, na ausência de escolha do Direito pelos contratantes, conforme determinado pelas próprias normas de Direito internacional privado do foro. Submetida a quaisquer outras limitações impostas pelo Direito do foro, a categoria de ordem pública a que se pode fazer referência e os limites de sua aplicação devem ser entendidos como estando sujeitos aos mesmos requisitos e restrições que o princípio da exclusão previsto no artigo 11, parágrafo 3º (ver parágrafo 11.26).

Exemplo 11-6

Um banco, com sede no Estado Y, mas que atua por meio de uma filial no Estado X, e um mutuário (pequeno empresário), residente no Estado X, celebram um contrato de mútuo comercial, regido pelo Direito do Estado Z. Quando o banco se recusa a antecipar fundos ao mutuário, este demanda o banco nos tribunais do Estado Y. De acordo com o Direito contratual do Estado Y e do Estado Z, o banco tem o direito de invocar uma cláusula contratual para recusar o adiantamento ao mutuário quando considere que este está com dificuldades financeiras. No entanto, de acordo com a ordem pública do Estado X, que foi considerada aplicável, pelos seus tribunais, a todos os contratos que apresentem uma conexão significativa com aquele Estado, essa cláusula não poderia ser acolhida por constituir um abuso por parte do banco, dado o desequilíbrio econômico entre os contratantes. O Direito do Estado Y, incluindo as normas de Direito internacional privado, determinará (1) se a ordem pública do Estado, cujo Direito teria regido o contrato na ausência de escolha do Direito, pode ou deve ser aplicado e, se assim for, em que condições e (2) em caso afirmativo, se, na ausência de escolha do Direito do Estado Z, o contrato entre os contratantes teria sido regido pelo Direito do Estado X. Sob este aspecto, o Direito do Estado Z (escolhido pelos contratantes) aplicar-se-á ao contrato.

Tribunais arbitrais: ordem pública e normas de aplicação imediata

11.30 O artigo 11, parágrafo 5º, reflete as diversas situações com que os tribunais arbitrais são confrontados por oposição aos tribunais estatais no que toca às normas de aplicação imediata e

ordem pública. Ao contrário destes últimos, os tribunais arbitrais não atuam como parte da infraestrutura judicial de um sistema jurídico único e estão sujeitos a um leque variado de influências legais. Além disso, os Princípios, em virtude da sua própria natureza de instrumento não vinculante, não devem (e não podem) atribuir a um tribunal arbitral qualquer poder que ultrapasse aquele que já possui em virtude do seu mandato, nem podem prever as circunstâncias exatas em que o tribunal arbitral será constituído e prolatará uma decisão.

11.31 Consequentemente, o artigo 11, parágrafo 5º, não confere poderes adicionais aos tribunais arbitrais e não pretende dar a esses tribunais um poder ilimitado e irrestrito para afastar o Direito escolhido pelos contratantes. Muito pelo contrário, os Princípios reconhecem que um tribunal arbitral pode ser obrigado a levar em conta a ordem pública ou as normas de aplicação imediata de outro Direito, e deve estar convicto que tem o direito a fazê-lo. A redação do artigo exige que o tribunal considere o regime legal no âmbito do qual o seu processo de tomada de decisão tem lugar, tendo considerado (em particular) o acordo dos contratantes, a sede designada ou considerada da arbitragem, quaisquer regras institucionais aplicáveis à arbitragem e a potencial influência controladora dos tribunais estatais ao aplicarem a legislação arbitral local.

11.32 A título de exemplo, os tribunais arbitrais podem estar sujeitos a um dever expresso de envidar todos os esforços para proferir uma "sentença arbitral exequível" (ver, e.g., artigo 41 do Regulamento CCI e artigo 32.2 Regras LCIA; ver, também, artigo 34, parágrafo 2º, do Regulamento de Arbitragem UNCITRAL exigindo que a sentença seja "final e vinculante"). É uma questão controvertida se um dever deste tipo requer que o tribunal tenha levado em consideração as normas de aplicação imediata e a ordem pública da sede da arbitragem, ainda que identificada, ou os locais onde a execução da sentença arbitral provavelmente ocorreria. O artigo 11, parágrafo 5º, não se pronuncia sobre esta polêmica. No entanto, ele enfatiza que (pelo menos em primeira instância) cabe ao tribunal formar uma opinião quanto à existência e alcance dos deveres impostos ao tribunal (e os poderes que lhe são concedidos) e aplicar ou levar em conta as normas e políticas de um Direito, que não o escolhido pelos contratantes para reger o seu contrato, apenas se considerar que é obrigado ou está habilitado a fazê-lo.

ARTIGO 12 ESTABELECIMENTO

Introdução

12.1 O artigo 12 determina o estabelecimento relevante do contratante para a verificação da internacionalidade, nos termos do artigo 1.º, parágrafo 2º, e do artigo 6.º, parágrafo 2º, nos casos em que um dos contratantes tenha mais de um estabelecimento. O artigo 12 aponta para o estabelecimento que apresente a conexão mais estreita com o contrato no momento de sua celebração.

Fundamentação

12.2 Na determinação do estabelecimento relevante no caso de múltiplos locais de negócios, o artigo 12 seguiu, primeiramente, o modelo da CISG (artigo 10, alínea a). Para efeito dos Princípios, o estabelecimento principal ou um estabelecimento subordinado que não seja a administração central do contratante é considerado suficientemente relevante para determinar a internacionalidade do contrato nos termos do artigo 1.º, parágrafo 2º, ou o Direito que governe o consentimento para a escolha do Direito nos termos do artigo 6.º, parágrafo 2º.

Conceito de estabelecimento

12.3 Por uma questão de segurança jurídica, o artigo 12 utiliza o termo “estabelecimento” e não “local de negócios”. Os Princípios não fornecem uma definição de estabelecimento, mas, em termos gerais, um estabelecimento significa um local de negócios no qual o contratante tem mais do que uma presença fugaz. Ele abrange o centro de administração ou gestão, sede, centros principais e secundários de negócios, sucursal, agência e qualquer outro lugar de negócios permanente e contínuo. A presença física do contratante, com um grau mínimo de organização econômica e permanência no tempo, é exigida para se considerar que um estabelecimento está constituído. Destarte, a sede estatutária de uma empresa, por si só, não configura um estabelecimento. Da mesma forma, não se considera como tendo um estabelecimento no Estado Y um contratante que, tendo o seu principal estabelecimento no Estado X apenas direcione as suas atividades comerciais para o Estado Y por meio da Internet.

12.4 Em virtude de os Princípios se aplicarem somente a contratos internacionais em que cada contratante atua no exercício de sua atividade comercial ou profissional (ver artigo 1.º, parágrafo 1º), o artigo 12 não usa a expressão “residência habitual” para incluir pessoas físicas que atuem no âmbito da sua esfera privada, especialmente consumidores e trabalhadores. Assim, no caso de uma pessoa física envolvida em uma atividade comercial ou de negócios, o estabelecimento relevante é determinado da mesma forma que é determinado para uma empresa.

Momento relevante para a determinação do "estabelecimento" de uma empresa

12.5 De acordo com o artigo 12, a localização do estabelecimento de uma empresa é determinada no momento da celebração do contrato (ver artigo 19, parágrafo 3º, do Regulamento Roma I). Assim, na maioria dos casos, o estabelecimento relevante será determinado levando-se em consideração o centro de operações por meio se negociou e concluiu o contrato. Isto respeita as legítimas expectativas dos contratantes e oferece segurança jurídica.

CJI/RES. 249 (XCIV-O/19)

2. GUIA DA OEA RELATIVO AO DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS NAS AMÉRICAS

2.1 Introdução

O COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CIENTE que um dos propósitos do Comitê Jurídico Interamericano é promover o desenvolvimento e a codificação progressivos do Direito internacional e examinar a possibilidade de harmonização da legislação dos países das Américas, quando apropriado;

LEMBRANDO que a OEA aprovou, em 1994, a Convenção Interamericana sobre Direito aplicável aos Contratos internacionais e que, em 2015, a Conferência da Haia de Direito internacional privado a levou em consideração quando da redação dos Princípios relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais;

TENDO EM MENTE que, no entanto, ainda existem disparidades no Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais nos países das Américas;

RECONHECENDO a importância da existência de um Guia relativo ao Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais nas Américas para destacar importantes aspectos desta área, com vistas a promover a harmonização legislativa na região e, como resultado, estimular a integração, o crescimento e o desenvolvimento econômicos no hemisfério,

RESOLVE:

1. Aprovar o Guia relativo ao Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais nas Américas (CJI/doc.577/19 rev. I), anexo.
2. Agradecer o Relator deste tópico, Dr. José Antonio Moreno Rodríguez, pelo significativo esforço no desenvolvimento do tema e preparação do Guia.
3. Solicitar ao Relator deste tópico que prepare, com apoio do Departamento de Direito Internacional, uma proposta para disseminação, a mais ampla possível, do Guia, entre as diferentes partes interessadas.
4. Transmitir esta Resolução e o anexo Guia aos órgãos de decisão política da Organização para a devida atenção e consideração.

Esta Resolução foi aprovada, por unanimidade, durante a Sessão Ordinária ocorrida em 21 de fevereiro de 2019, pelos seguintes membros: Drs. Mariana Salazar Albornoz, Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, George Rodrigo Bandeira Galindo, Ruth Stella Correa Palacio, Carlos Alberto Mata Prates, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil, e Íñigo Salvador Crespo.

94ª Sessão Ordinária 18 a 22 de fevereiro de 2019 Rio de Janeiro - Brasil	OEA/Ser. Q CJI/Doc. 577/19 ver. 1 21 de fevereiro de 2019 Original: Inglês *Limitado

2.2 Relatório do comitê jurídico interamericano sobre o guia relativo ao Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais nas Américas

Completando o processo lançado em 2015, o segundo projeto preliminar do "Guia relativo ao Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais nas Américas" (projeto de Guia) é apresentado, em fevereiro de 2019, na reunião do Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA), doravante CJI. O Dr. José Antonio Moreno Rodríguez, membro do referido CIJ, atuou como Relator do projeto de Guia.

Este projeto de Guia é o resultado de ampla pesquisa, consultas e atividades de redação, alinhadas com as orientações recebidas do CIJ em sucessivas reuniões. Para tanto, o Relator trabalhou todo este tempo em estrita colaboração com o Departamento de Direito Internacional da OEA – doravante DDI – liderado pelo jurista Dante Negro e pode se beneficiar do envolvimento de Jeannette Tramhel, Diretora Jurídica Sênior, que destinou considerável tempo ao projeto, com ajuda de vários estagiários.

Este segundo projeto do Guia beneficiou-se de significativas contribuições dos juristas Diego Fernández Arroyo (Argentina, Sciences Po-Paris) e Geneviève Saumier (Canadá, McGill U.-Montreal), bem como Anna Veneziano e Neale Bergman (ambos membros do Secretariado do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado de Roma ou UNIDROIT) e Luca Castellani, membros do Secretariado da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL). A Seção de Direito Internacional da *American Bar Association* forneceu comentários valiosos, assim como Valerie Simard, em nome do Departamento de Justiça do Canadá. Outras contribuições vieram de Gustavo Moser (Brasil, Counsel na Corte de Arbitragem Internacional de Londres), Anayansy Rojas (Costa Rica) e José Manuel Canelas (Bolívia). Adicionalmente, o projeto se beneficiou de uma segunda rodada de comentários, recebidos de Cecilia Fresnedo de Aguirre (Uruguai), Frederico Glitz (Brasil) e Nádia de Araujo (Brasil), que já haviam contribuído para a primeira minuta.

O primeiro projeto do Guia foi apresentado pelo Relator na reunião do Comitê Jurídico Interamericano de agosto de 2017.

Ela foi submetida à apreciação da UNCITRAL, UNIDROIT e Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, além de proeminentes especialistas jurídicos regionais e internacionais. Inúmeras respostas foram recebidas, com uma variedade de contribuições e, em geral, comentários positivos sobre o documento, em especial de Hans Van Loon (antigo Secretário Geral da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado), Daniel Girsberger (Univ. de Lucerna, Presidente do grupo de trabalho que minutou os Princípios da Haia), Marta Pertegás (Espanha, U. de Antuérpia, membro do Secretariado e que trabalhou diretamente com a redação dos Princípios da Haia), Luca Castellani (UNCITRAL), Anna Veneziano (UNIDROIT) e Joachim Bonell (UNIDROIT- aposentado).

Valiosas contribuições também foram dadas por Jürgen Samtleben (Alemanha, antigo Diretor do Instituto Max Planck), Alejandro Garro (Argentina, Universidade Columbia, Nova Iorque), Paula All (Argentina, Univ. do Litoral e Vice-presidente da ASADIP), Brooke Marshall (Austrália, Instituto Max Planck para o Direito Internacional Privado e Comparado, e que ajudou a redigir os Princípios da Haia), Maria Blanca Noodt Taquela (Argentina, Univ. de Buenos Aires), Nádia de Araújo (Brasil, PUC-Rio de Janeiro), Cristian Giménez Corte (Argentina), Laura Gama (Brasil), Frederico Glitz (Brasil), Valerie Simard (Departamento de Justiça Canadá), Jaime Gallegos (Chile, U. do Chile), Ignacio Garcia (Chile), Francisco Grob D. (Chile – Secretariado do ICSID), Antonio Agustin Aljure Salame (Colômbia), Lenin Navarro Moreno (Equador), Elizabeth

Villalta (El Salvador – antiga membra do CJI), Pedro Mendoza (Guatemala), Nuria González (Espanha, UNAM-México e Univ. Stanford.-EUA), Mercedes Albornoz (Argentina, CIDE-México), Jan L. Neels (África do Sul, Universidade de Johannesburg), David Stewart (Georgetown, EUA, antigo membro do CJI), Antonio F. Perez (EUA, antigo membro do CJI), Soterios Loizou (King's College, Londres), Cecilia Fresnedo (Uruguai), Claudia Madrid Martes (Venezuela) e Eugenio Hernández Bretón (Venezuela-Baker McKenzie).

Vários dos indivíduos anteriormente mencionados são importantes árbitros ou acadêmicos especializados em matéria arbitral. Os seguintes conhecidos arbitralistas forneceram comentários ao documento: Felipe Ossa (Chile), Francisco González de Cossío (México), Alfred Bullard (Peru), Fernando Cantuarias Salaverry (Peru), Roger Rubio (Peru) e Dyalá Jiménez Figueres (Costa Rica, atualmente Ministro do Comércio).

Vários dos especialistas jurídicos mencionados anteriormente também são da prestigiosa Associação Americana de Direito Internacional Privado (ASADIP), que reúne os principais especialistas regionais no tema. Consequentemente, em declaração datada de 10 de janeiro de 2019, a ASADIP declarou seu apoio ao projeto de Guia e aos esforços para sua aprovação final, nos termos do mandato recebido da Assembleia Geral da ASADIP em 9 de novembro de 2018. A ASADIP está comprometida, além disso, no trabalho de estabelecer canais de cooperação com as autoridades nacionais, no esforço de convencê-las da importância do trabalho do Comitê Jurídico Interamericano no tema e de quão imensamente relevante será o Guia, não apenas para os países que não tenham especificamente regulado o Direito aplicável aos contratos internacionais, mas também para aqueles Estados que estejam promovendo reformas legislativas com vistas a alinhar suas normas às soluções mais recentes na matéria. A ASADIP declarou, adicionalmente, que faria circular a versão final do Guia, de forma mais ampla possível, nos meios legais e acadêmicos.

Deve-se ter em mente, ainda, que na terceira Sessão Plenária, ocorrida em 21 de junho de 2017, a própria Assembleia Geral da OEA instruiu "o Departamento de Direito Internacional de promover, entre os Estados membros, maior desenvolvimento do Direito Internacional Privado, em colaboração com organizações e associações atuantes na área, incluindo a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e a Associação Americana de Direito Internacional Privado (ASADIP)" (AG/RES. 2909 (XLVII-O/17). As várias formas de assistência recebidas dessas organizações ou de seus membros estão, desta forma, de acordo com o cumprimento do já mencionado mandato recebido da Assembleia Geral.

***

Este projeto de Guia baseia-se, também, em uma série de documentos prévios. Em 2015, por iniciativa (aprovada pelo CIJ) da membra do CIJ, Elizabeth Villalta, o DDI encaminhou aos diversos governos das Américas um questionário sobre o tema dos contratos internacionais ("*Questionnaire on the Implementation of the Inter-American Conventions on Private International Law*", documento CJI/doc.481/15).

A CIJ e o DDI, baseados nas respostas dadas ao questionário, prepararam um relatório sobre o estado do tema (relatório intitulado "*The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas*", documento OEA/SG, DDI/doc.3/16; ver também o documento intitulado "*The law applicable to international contracts*", documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.487/15 rev. 1).

O CIJ, finalmente, decidiu seguir adiante com a redação de um Guia sobre o tema, razão pela qual o DDI preparou uma sinopse, altamente abrangente, que cobria uma variada gama de tópicos a serem abordados ("*Promoting international contracts law in the Americas – A guide to legal principles*", documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.XX/16), incluindo as informações destacadas por diversos juristas da região, que, gentilmente, deram assistência no que se referia aos seus respectivos Direitos nacionais.

Adicionalmente, a Dra. Villalta preparou uma análise comparativa da Convenção da Cidade do México (1994) e dos Princípios da Haia, ambos relativos aos contratos internacionais, que também foi muito útil como material preparatório ("*The law applicable to international contracts*", documento CJI/doc.464/14 rev.1).

Trabalhando com todos estes dados e contando com o infalível apoio do DDI, o já mencionado primeiro projeto de Guia foi preparado em espanhol pelo Dr. José A. Moreno Rodríguez, como relator. Além disso, para a análise do CIJ em sua reunião de agosto de 2017, com o eficiente apoio do DDI, o projeto foi traduzido para o inglês pela equipe de tradução da OEA.

O tema de um guia prospectivo para os contratos internacionais já havia sido debatido nas reuniões anteriores do CIJ: em Washington (março de 2016) e Rio de Janeiro (outubro de 2016 e março de 2017). Em tais reuniões, o CIJ pode analisar os diferentes materiais preparatórios contidos nos anexos do projeto de Guia, incluindo a sinopse revista preparada pelo DDI.

Muito tempo foi gasto neste documento, que foi redigido com dados fornecidos pelos diferentes Estados, diversos acadêmicos, o DDI e os membros do CIJ. Espera-se que o documento final contribua para aprimorar o regime jurídico aplicável aos contratos internacionais nas Américas.

***

O CIJ discutiu o relatório apresentado e comentou o trabalho desenvolvido. Solicitou-se, especificamente, que o Guia fosse muito explícito nos temas em que houvesse consenso e naqueles em que diferentes soluções são propostas, esclarecendo, neste último caso, os posicionamentos específicos e as recomendações no próprio Guia.

O projeto de Guia apresentado nesta ocasião tem menos páginas que aquele contemplado inicialmente (considerando que a abrangência do tema e que muitos guias, adotados por entidades codificadoras universais, são consideravelmente mais longos). O CIJ foi fiel a esta orientação de que o documento não fosse tão longo e que fosse o mais simples possível.

Buscou-se atender este objetivo com o projeto de Guia que, além de qualquer coisa, evita excessiva tecnicidade, referências contínuas e, mesmo, notas de rodapé, exceto quando foi considerado estritamente necessário.

O projeto de Guia apoia-se, ainda, nos principais instrumentos em vigor, incluindo Roma I (o regulamento europeu) e, em particular, na Convenção da Cidade do México, adotada pelo marco legal da OEA em 1994 e nos Princípios da Haia adotados em 2015 pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Disposições destes instrumentos, e mesmo alguns comentários dos Princípios da Haia foram copiados literalmente no projeto de Guia, de modo a manter a fidelidade a eles.

***

O projeto de Guia contém uma lista de abreviaturas, além de uma lista de termos em latim e outras línguas utilizadas no documento e de uma introdução explicativa nos objetivos desejados (Parte Um), seguida pelo seu contexto e antecedentes (Parte Dois) que explicam as principais técnicas de Direito Internacional Privado e delineiam o contexto de codificação, no tema contratual, nas Américas e internacionalmente, destacando-se os Tratados de Montevidéu de 1889 e de 1940, o Código Bustamante de 1928, a Convenção de Roma de 1980, a Convenção da Cidade do México de 1994 e os Princípios da Haia de 2015.

A Parte Três descreve os desenvolvimentos mais recentes do denominado método uniforme, baseado principalmente nos esforços de estandardização levados a cabo pelo UNIDROIT e UNCITRAL, adicionalmente aos esforços empreendidos pelo setor privado e outros desdobramentos da área arbitral.

A Parte Quatro descreve o método uniforme de interpretação de textos internacionais, tanto em termos de Direito internacional privado, como de Direito uniforme.

A Parte Cinco refere-se ao âmbito de aplicação do Guia, em termos de contratos comerciais internacionais com suas respectivas classificações e temas excluídos, tais como aqueles relacionados à capacidade, às relações familiares e sucessórias, à insolvabilidade, etc.

A Parte Seis trata do complexo problema envolvendo normas não estatais e as várias terminologias relacionadas, tais como “usos”, “costumes” e “práticas”, “princípios” e *lex mercatoria*.

A Parte Sete trata do problema da autonomia da vontade nos contratos internacionais; a Parte Oito, da escolha, expressa ou tácita, do Direto aplicável; a Parte Nove, da validade formal da escolha do Direito aplicável; a Parte Dez, do Direito aplicável às cláusulas de escolha de Direito aplicável; a Parte Onze, da autonomia da cláusula arbitral e a Parte Doze aborda outros temas concernentes ao Direito aplicável aos contratos internacionais, tais como, dentre outros, a alteração do Direito escolhido e o reenvio.

A Parte Treze trata da ausência de escolha do Direito pelos contratantes; a Parte Quatorze, do fracionamento da escolha do Direito; a Parte Quinze, da flexibilidade de interpretação dos contratos internacionais; a Parte Dezesseis, do âmbito de aplicação do Direito aplicável; a Parte Dezessete, da ordem pública e a Parte Dezoito, de outros temas, tais como aqueles relacionados com a existência de outras convenções ou de Estados com mais de um ordenamento jurídico ou unidades territoriais.

Alguns dos juristas consultados propuseram que o Guia também incluísse um resumo de recomendações específicas destinadas aos legisladores, juízes e aos contratantes e seus consultores sobre contratos internacionais. Entendeu-se que, se incluído no Guia, seria dado que poderia se mostrar altamente valioso e de interesse prático.

Houve, também, sugestões de inclusão de um quadro comparativo entre a Convenção da Cidade do México e dos Princípios da Haia e de reconciliação das versões oficiais em espanhol, inglês e francês do texto da Convenção da Cidade do México. Por fim, o documento contém anexos com um quadro de normas, um quadro de casos e uma lista de bancos de dados e outras fontes eletrônicas utilizadas na preparação do projeto de Guia.

2.3 Resumo de recomendações

1.0 O propósito e objetivos deste Guia devem ser levados em consideração pelos Estados membros da OEA, em especial, pelos legisladores em qualquer revisão da legislação doméstica concernente ao Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, pelos órgãos julgadores em solução de disputas envolvendo tais contratos e pelos contratantes e seus consultores.

2.0 Os Estados membros da OEA, independentemente de que tenham ou não ratificado ou se pretendem ou não ratificar a Convenção da Cidade do México, são encorajados a levar em consideração esta solução para os seus próprios Direitos domésticos, seja pela incorporação material, incorporação por referência ou por outro mecanismo previsto em seus respectivos sistemas jurídicos, atentando para os desenvolvimentos subsequentes no tema do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, tais como aqueles expressos nos Princípios da Haia e descritos neste Guia.

3.0 Os legisladores são encorajados, no curso de qualquer revisão do regime jurídico doméstico aplicável ao Direito que rege os contratos comerciais internacionais e das normas conflituais em geral, a levar em consideração os avanços que foram feitos no método de uniformização do Direito e a considerar a utilização de instrumentos de Direito uniforme, em conjunto com as normas conflituais, como suplementares e complementares na aplicação e interpretação do Direito internacional privado.

4.1 Os legisladores são encorajados, no curso de qualquer revisão do regime jurídico doméstico aplicável ao Direito que rege os contratos comerciais internacionais e das normas conflituais em geral, a levar em consideração o objetivo geral de unificação e harmonização do Direito dentro do processo de integração regional e global.

4.2 Os julgadores, tanto do âmbito público do Judiciário como no âmbito privado da arbitragem, são encorajados a levar em consideração as vantagens da interpretação uniforme dos instrumentos jurídicos internacionais que são usados para solucionar os conflitos relativos aos contratos comerciais internacionais e a considerar o desenvolvimento e disseminação, neste aspecto, da jurisprudência internacional.

4.3 Os contratantes e seus consultores devem levar em consideração que os instrumentos aplicáveis aos seus específicos casos podem fornecer soluções diferentes daquelas recomendadas neste Guia e que os julgadores, em algumas jurisdições, podem não seguir a recomendação literal recomendada.

5.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, em relação ao seu âmbito de aplicação e determinação da internacionalidade, deveria incorporar soluções alinhadas com a Convenção da Cidade do México, com os Princípios da Haia e com os Princípios UNIDROIT, de forma a excluir os contratos de consumo e de trabalho enquanto adotem um amplo conceito de internacionalidade. Podem, adicionalmente, considerar que o mero acordo dos contratantes pode tornar internacional um contrato, mas que, se nenhum outro elemento de conexão estiver presente, a ordem pública interna vai prevalecer.

5.2 O Direito doméstico pode, também, replicar as disposições do PECL, artigo 1:107 e, portanto, torná-lo aplicável, por analogia, aos acordos para alteração e extinção de contratos e promessas unilaterais e a todas as outras declarações e ações que denotem o consentimento em um acordo comercial.

5.3 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais pode, expressamente, excluir do seu âmbito de aplicação:

- as relações familiares e sucessórias, as cláusulas arbitrais e de escolha do foro e as questões de Direito societário, de acordo com as disposições relevantes da Convenção da Cidade do México e dos Princípios da Haia;

- os títulos e ações, de acordo com as disposições relevantes da Convenção da Cidade do México;

- a capacidade, a insolvabilidade, os efeitos reais e a representação, de acordo com as disposições relevantes dos Princípios da Haia.

6.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria reconhecer e esclarecer a escolha do Direito não estatal como aplicável.

6.2 Os legisladores, os julgadores e os contratantes são encorajados, em relação ao Direito não estatal, a interpretar a Convenção da Cidade do México à luz do critério oferecido pelos Princípios da Haia e seus Comentários, e a reconhecer, à luz deste instrumento, a distinção entre a escolha de Direito não estatal e a utilização do Direito não estatal como ferramenta de interpretação.

7.0 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria declarar clara adesão ao princípio, internacionalmente reconhecido, da autonomia da vontade, como expresso na Convenção da Cidade do México, nos Princípios da Haia e em outros instrumentos internacionais.

8.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria declarar que a escolha de Direito, expressa ou tácita, deve evidenciar-se ou resultar clara das disposições do contrato ou de suas circunstâncias, coerentemente com o disposto no Art. 7º da Convenção da Cidade do México e no Art. 4º dos Princípios da Haia.

8.2 Os julgadores, os contratantes e seus consultores também são encorajados a levar estas disposições em consideração na interpretação e na redação de contratos comerciais internacionais.

9.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, em relação à validade formal da escolha, deveria deixar de conter qualquer requisito formal, salvo aqueles acordados pelos contratantes, coerentemente com o disposto no Art. 5º dos Princípios da Haia.

9.2 Os julgadores, quando determinassem a validade formal da escolha de Direito aplicável, não deveriam impor qualquer requisito formal, salvo aqueles acordados pelos contratantes ou que sejam exigidos pelas normas imperativas aplicáveis.

9.3 Os contratantes e seus consultores deveriam levar em consideração qualquer norma imperativa, quanto à forma, que seja aplicável.

10.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria dispor que, para se saber se os contratantes concordaram com a escolha do Direito, deve-se aplicar o Direito que supostamente foi escolhido pelos contratantes, coerentemente com o disposto no Art. 6º dos Princípios da Haia e no Art. 12, §2° da Convenção da Cidade do México.

10.2 Os julgadores, ao determinarem se os contratantes concordaram com a escolha do Direito, deveriam levar em consideração o disposto no Art. 6º dos Princípios da Haia e no Art. 12, §2° da Convenção da Cidade do México.

11.1 O regime jurídico doméstico deveria confirmar que o Direito escolhido como aplicável aos contratos comerciais internacionais não pode ser contestado, exclusivamente, com base na invalidade do contrato ao qual se aplica, coerentemente com o disposto no Art. 7º dos Princípios da Haia.

11.2 Os julgadores, quando lhes for concedida discricionariedade interpretativa, são encorajados a seguir a solução supra mencionada.

12.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria:

- dispor que a escolha do Direito aplicável pode ser modificada a qualquer tempo e que tais modificações não prejudicam sua validade formal ou os direitos de terceiros, coerentemente com o disposto no Art. 8º da Convenção da Cidade do México e no Art. 2.3 dos Princípios da Haia.

- dispor que nenhuma conexão é necessária entre os Direito escolhido e os contratantes ou seu negócio, coerentemente com o disposto no Art. 2.4 dos Princípios da Haia.

- excluir o princípio do reenvio de modo a fornecer maior certeza quanto ao Direito aplicável, coerentemente com o disposto no Art. 17 da Convenção da Cidade do México e no Art. 8º dos Princípios da Haia.

- em relação à cessão de créditos, favorecer a autonomia da vontade em sua máxima extensão, coerentemente com o disposto no Art. 10 dos Princípios da Haia.

12.2 Os julgadores, quando lhes for concedida discricionariedade interpretativa, são encorajados a seguir a solução supra mencionada.

13.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, em relação à ausência de efetiva escolha de Direito, deveria incluir o critério flexível de "conexão mais estreita", coerentemente com o disposto no Art. 9º da Convenção da Cidade do México.

13.2 Os julgadores deveriam aplicar o critério flexível da "conexão mais estreita" em uma abordagem interpretativa liberal.

14.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria admitir o fracionamento do Direito aplicável (*dépeçage*), coerentemente com o disposto nos Arts. 7º e 9º da Convenção da Cidade do México e no Art. 2.2 dos Princípios da Haia.

14.2 Os julgadores, quando lhes for concedida discricionariedade interpretativa, são encorajados a admitir a *dépeçage*.

15.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria reconhecer a necessidade de interpretação flexível, coerentemente com o disposto no Art. 10 da Convenção da Cidade do México.

15.2 Os julgadores, quando as circunstâncias assim exigirem na solução de um determinado caso, se autorizados, deveriam aplicar as normas, os costumes e os princípios do Direito comercial internacional, assim como os usos e as práticas comerciais geralmente aceitos de

modo a atender as exigências de justiça e equidade, coerentemente com o disposto no Art. 10 da Convenção da Cidade do México.

16.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, em relação ao âmbito do Direito aplicável, deveria tratar da interpretação do contrato; dos direitos e obrigações que surjam do contrato; da execução e inexecução, incluindo a avaliação de danos, da prescrição e seus efeitos, das consequências da invalidade, do ônus probatório e das obrigações pré-contratuais, coerentemente com o disposto no Art. 14 da Convenção da Cidade do México e no Art. 9º dos Princípios da Haia. Para maior segurança, seria preferível que o fizesse por meio de disposições expressas.

16.2 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria dispor tanto que o Direito de um Estado em que um contrato comercial internacional deve ser registrado regerá todas as matérias relacionadas com a notificação e o arquivamento, coerentemente com o disposto no Art. 16 da Convenção da Cidade do México; como que as normas de outros acordos internacionais, que venham a ser especificamente aplicáveis a um contrato comercial internacional, deveriam prevalecer, coerentemente com o disposto no Art. 6º da Convenção da Cidade do México.

17.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria dispor que, nem a escolha do Direito, nem a determinação do Direito aplicável na ausência de efetiva escolha,

- deve impedir a aplicação de normas de aplicação imediata do foro ou aquelas de outras jurisdições, mas que tais normas imperativas prevalecerão apenas na extensão da inconsistência;

- deve levar a aplicação do Direito que seja manifestamente incompatível com a ordem pública do foro,

coerentemente com o disposto no Art. 18 da Convenção da Cidade do México e no Art. 11 dos Princípios da Haia.

17.2 Os julgadores e consultores devem levar em consideração qualquer disposição de aplicação imediata e de ordem pública conforme exigido ou autorizado a fazê-lo, coerentemente com o disposto no Art. 11 dos Princípios da Haia.

18.0 Os Estados com mais de um sistema jurídico ou diferentes unidades territoriais podem querer considerar o disposto no Art. 22 da Convenção da Cidade do México e no Art. 1.2 dos Princípios da Haia e dispor no regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais que, qualquer referência ao Direito de um Estado, deve ser interpretada como uma referência ao Direito aplicável na unidade territorial.

2.4 Abreviaturas

AAA: *American Arbitration Association* (Associação Americana de Arbitragem)

ABA: *American Bar Association* (Associação Americana de Advogados)

ALI*: American Law Institute* (Instituto de Direito Americano)

ASADIP: Associação Americana de Direito Internacional Privado

CCI: Câmara de Comércio Internacional

CCQ: Código Civil do Quebec

CENTRAL: *Center for Transnational Law* (Centro para o Direito Transnacional)

CIDIP: Conferência Interamericana especializada em Direito Internacional Privado

CISG: Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980)

CIJ: Corte Internacional de Justiça

CJI: Comitê Jurídico Interamericano

CIF: *Cost insurance freight* (Custo, Seguro e frete).

CLOUT: *Case Law on UNCITRAL Texts* (Precedentes sobre o Instrumentos UNCITRAL)

Comentários PH: Comentários aos Princípios da Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais

Contrato FIDIC: *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* (Condições contratuais para trabalhos de Engenharia de Construção Civil)

Convenção da Cidade do México: Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994

Convenção da Haia sobre Mediação: Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação de 1978.

Convenção da Haia sobre Vendas 1955: Convenção sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corpóreos de 1955.

Convenção da Haia sobre Vendas 1986: Convenção sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias de 1986.

Convenção de Montevidéu: Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros de 1979.

Convenção de Nova Iorque: Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958.

Convenção de Roma: Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais

Convenção do Panamá: Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975

Convenção Europeia: Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961

Convenção ICSID: Convenção sobre a Resolução de Disputas relativas a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados de 1965

Convenção sobre Normas Gerais de DIPRI: Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado de 1979.

Convenção sobre Vendas 1964: Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias de 1964.

DCFR: *Draft Common Frame of Reference*

DIPRI: Direito Internacional Privado

EGPIL/GEDIP: *European Law Institute, European Group of Private International Law* (Instituto de Direito Europeu/Grupo Europeu de Direito Internacional Privado).

FIDIC: Federação Internacional de Engenheiros Consultores

FOB: Free on board

GAFTA: *Grain and Feed Trade Association* (Associação de Comércio de Grãos e Alimentos)

Guia: Guia Relativo ao Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais nas Américas

HCCH: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

IBA: *International Bar Association* (Associação Internacional de Advogados)

ICSID: *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre investimentos).

IDI: *Institut de Droit international* (Instituto de Direito Internacional)

INCOTERMS: International Commercial Terms (Termos do Comércio Internacional)

Lei-modelo da UNCITRAL: Lei-modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional

LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro

MERCOSUL: Mercado Comum do Sul

Projeto de Tucson: Projeto da Convenção Interamericana de Direito Aplicável aos Contratos Internacionais

OEA: Organização dos Estados Americanos

OHADAC: Organização para a Harmonização do Direito Mercantil no Caribe

OMC: Organização Mundial do Comércio

PECL: Princípios do Direito Contratual Europeu

Princípios da Haia: Princípios relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais

Princípios UNIDROIT: Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais

Princípios Ruggie: *Guiding Principles on Business e Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect e Remedy' Framework*

Regulamento CIAC: Regulamento de procedimentos da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial

Regulamento UNCITRAL: Regulamento arbitral da UNCITRAL

Roma I: Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)

TFUE: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE: Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJE: Tribunal de Justiça Europeu

TJSP: Tribunal de Justiça de São Paulo

TJUE: Tribunal de Justiça da União Europeia

Transjus: Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça

Tratado de Assunção: Tratado estabelece o Mercado Comum entre a República da Argentina, a República Federativa do Brasil , República do Paraguai e República Oriental do Uruguai (Mercado Comum do Sul – MERCOSUL)

Tratado de Montevidéu 1889: Tratado de Direito Civil Internacional, Montevidéu 1889.

TST: Tribunal Superior do Trabalho

UCC: *US Uniform Commercial Code* (Código Comercial Uniforme norte-americano)

UCP: *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (Práticas e Costumes Uniformes para Créditos Documentários)

UE: União Europeia

UIA: *Union Internationale des Avocats* (União Internacional de Advogados)

UNCITRAL: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development

UNIDROIT: Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

UNILEX: banco de dados "inteligente" dos precedentes internacionais e bibliografia sobre os Princípios UNIDROIT e a CISG

2.5 Termos em latim e outras línguas

Animus

De facto

De jure

Dépeçage

Electio juris

Ex officio:

Favor negotii

Lex arbitri

Lex causae

Lex fori

Lex Mercatoria

Lingua franca

Lois de Police

Ius commune

Ordre public

Pactum de lege utenda

Renvoi

Voie directe

I. Fundamentação

1. Vários estudos conduzidos pelo Comitê Jurídico Interamericano (CIJ) da Organização dos Estados Americanos (OEA) e pelo Departamento de Direito Internacional da OEA indicaram a existência de disparidades e de uma importante lacuna no tratamento do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, ao redor dos países das Américas[24].

2. Em 1994, a OEA adotou a "Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais" (Convenção da Cidade do México)[25]. Ela foi ratificada por dois Estados, o México e a Venezuela, e suas soluções foram incorporadas no Direito doméstico da Venezuela e do Paraguai[26].

3. A Convenção da Cidade do México foi levada em consideração pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) na preparação dos *Princípios da Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais* (Princípios da Haia), adotados em 2015[27].

4. Já se passaram 20 anos desde a adoção da Convenção da Cidade do México e, considerando que os Princípios da Haia incorporaram desenvolvimentos subsequentes que pavimentaram o caminho para o esclarecimento de certas matérias e introdução de soluções inovadoras, a seguinte questão deve ser considerada: qual o próximo passo para as Américas? Deve-se realizar, apenas, convocações para ratificações adicionais da Convenção da Cidade do México? Deve-se emendar a Convenção à luz dos novos desenvolvimentos? Devem ser preparadas uma Lei-modelo ou diretrizes para sua redação?

5. O CIJ analisou todas estas opções e, o fez, em conjunto com as respostas a um questionário que havia circulado entre os Estados Membros da OEA[28] e entre reconhecidos especialistas em Direito internacional privado[29]. As respostas àquele questionário refletiram a percepção de que, evidentemente, os Princípios da Haia avançaram além da Convenção da Cidade do México e que suas disposições poderiam ser úteis para emendar o Instrumento Interamericano.

6. Mas o esforço de revisar a Convenção da Cidade do México valeria a pena? De um lado, um documento aprimorado poderia ser mais bem recebido pela comunidade americana e, adicionalmente, permitiria a correção das discrepâncias existentes entre as versões nas quatro línguas oficiais (inglês, francês, espanhol e português), que foram seriamente criticadas,

---

[24] *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas*. OEA/SG/DDI/doc. 3/16, 15 de março de 2016 ("2016 Contracts Paper").

[25] Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. Assinada em 17 de março de 1994 na Cidade do México na Quinta Conferência Interamericana especializada em Direito Internacional Privado, tendo entrado em vigor em 15 de dezembro de 1996. Texto disponível em: https://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html. **Nota do tradutor**: Texto em português disponível: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm.

[26] *Status* disponível em: http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html.

[27] Princípios da Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais. Aprovados em 19 de março de 2015. Texto disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=135. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: https://assets.hcch.net/docs/7d7bcb84-abda-4333-9949-8b7790224177.pdf.

[28] Para fins de consistência, os termos "Estados Membros" e "Estados" são redigidos com maiúsculas neste Guia.

[29] Um questionário circulou em 2015 com o pedido de resposta para Parte A pelos Estados Membros da OEA e para Parte B para os acadêmicos naqueles Estados. 2016 Contracts Paper, nota 1, Anexo A. As respostas serão discutidas adiante neste Guia.

particularmente pelos juristas anglófonos, na época de sua adoção. Por outro lado, as negociações e a adoção de uma Convenção são um processo altamente complexo e custoso, que requer vontade política e recursos consideráveis. Outros instrumentos, tais como Leis-modelo ou Guias legislativos demonstraram-se igualmente eficazes na promoção da harmonização do Direito internacional privado.

7. Por fim, ao invés de promover ratificações adicionais da Convenção da Cidade do México, ou de assumir os esforços para emendá-la, o CIJ concluiu que, a esta altura, seria mais efetivo, para os Estados americanos, adotar ou revisar os respectivos Direitos domésticos de acordo com diretrizes endossadas pela OEA, baseadas em normas internacionais e nas melhores práticas reconhecidas pela HCCH e outros organismos internacionais importantes.

II. Propósitos e objetivos do Guia

8. O propósito deste Guia relativo ao Direito Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais nas Américas (Guia) é destacar importantes aspectos do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais nas Américas, com vistas a promover harmonização regional sobre o tema e, assim, encorajar a integração, crescimento e desenvolvimento econômicos na região.

9. Em alcançando este propósito, este Guia tem vários objetivos, como segue:

a. propor uma declaração atual do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais para as Américas, baseada nos princípios fundamentais da Convenção da Cidade do México com os subsequentes desenvolvimentos, particularmente aqueles codificados nos Princípios da Haia;

b. promover maior entendimento da Convenção da Cidade do México e dos princípios sobre os quais é fundada, retificar a falta de informação e a desinformação sobre o instrumento e esclarecer as incertezas e inconsistências nas diferentes traduções;

c. auxiliar os Estados Membros da OEA que estejam considerando a ratificação da Convenção da Cidade do México;

d. apoiar os esforços dos Estados Membros da OEA para modernizar seus Direitos domésticos sobre contratos comerciais internacionais de acordo com padrões internacionais;

e. fornecer apoio aos contratantes, nas Américas, e aos seus consultores na redação e interpretação de contratos comerciais internacionais;

f. fornecer orientação aos juízes, nas Américas, que possam achar o Guia útil, tanto para interpretar como suplementar os Direitos domésticos, em particular nos temas de contratos comerciais internacionais não abordados naqueles Ordenamentos; e.

g. orientar árbitros no exercício de seu particular poder de aplicar, interpretar e suplementar o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais.

10. Uma explicação das normas atuais, internacionalmente aceitas, na matéria de contratos comerciais internacionais, tão relevantes para as Américas, não é assunto menor. Uma das razões pelas quais a Convenção da Cidade do México encontrou ferrenha resistência foi a falta de informação a respeito de seu conteúdo e implicações. O Guia pode contribuir para superar este obstáculo.

11. Este não é um guia para a Convenção da Cidade do México, mas *um guia para o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais nas Américas*. Contudo, dado o fato de que a Convenção da Cidade do México é um instrumento de alta qualidade promovido pela OEA, ela serve de ponto de partida e, em razão da estreita relação e relevância dos Princípios da Haia, ambos os instrumentos serão, consideravelmente, referenciados adiante.

12. Este guia é limitado a contratos comerciais internacionais; ele exclui contratos de consumo e de trabalho, que representam desafios específicos, além do escopo deste Guia. Exclusões adicionais são listadas e explicadas na Parte Cinco.

1.0 O propósito e objetivos deste Guia devem ser levados em consideração pelos Estados membros da OEA, em especial, pelos legisladores em qualquer revisão da legislação doméstica concernente ao Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, pelos órgãos julgadores em solução de disputas envolvendo tais contratos e pelos contratantes e seus consultores.

2.7 Parte Dois – Antecedentes contextuais

I. Introdução

13. A Parte Dois fornece os antecedentes contextuais que levaram a muitos dos temas jurídicos, em contratos internacionais, que este Guia busca abordar. Ela começa com uma visão geral do Direito internacional privado e das abordagens complementares do Direito conflitual e do Direito uniforme. Em seguida, analisa os importantes esforços históricos para codificar as normas conflituais, para os contratos comerciais internacionais, tanto na Europa como nas Américas, começando pelos Tratados de Montevidéu 1889 e concluindo com os instrumentos mais recentemente adotados. Um entendimento básico destes desenvolvimentos é importante por conta da mútua influência que, com o passar do tempo, tiveram aqueles instrumentos, como é demonstrado neste Guia. Além disso, estes instrumentos tiveram significativa influência no desenvolvimento da legislação doméstica, como evidenciam os exemplos na seção final da Parte Dois e em outras partes deste Guia. Assim como a jurisprudência em ambos os lados do Atlântico é também relevante para a interpretação de vários instrumentos internacionais e legislação doméstica, a referência a casos chave, na Europa e em outros lugares, será incluída nas discussões de julgamentos nas Américas.

II. Direito Internacional Privado: Conflito de Leis vs. Direito Uniforme

14. Os contratos internacionais trazem questões como qual Direito deveria reger o contrato quando os contratantes têm a liberdade (ou autonomia da vontade) de fazer esta escolha. Em uma abordagem tradicional de Direito internacional privado, conhecida como *Conflito de leis*, a técnica prevalente é fazer referência a normas conflituais (ou normas indiretas) para se determinar qual Direito deveria ser aplicado (i. e., uma escolha entre os Direitos domésticos de diferentes Estados). As normas conflituais diferenciam-se do Direito *material,* aplicável a uma dada situação jurídica.

15. A unificação do Direito privado, também conhecida como o *método de Direito uniforme*[30], tenta encontrar uma solução que harmonize os Direitos materiais (i. e., de forma que, pelo menos em teoria, a mesma norma fosse aplicada em cada Estado que tenha implementado aquele Direito uniforme), enquanto que o método conflitual é geralmente baseado na localização de um negócio jurídico internacional dentro de um quadro normativo doméstico específico. O Direito uniforme eliminaria a necessidade de normas conflituais, pelo menos para aqueles Estados e para aquelas disputas abrangidas pelo Direito uniforme.

16. Contudo, os problemas do *Conflito de leis* são inescapáveis em um mundo, juridicamente dividido, de Estados nações, e que vai permanecer assim por ainda algum tempo. Desta forma, as abordagens conflituais e do Direito uniforme não devem ser vistas como métodos antagônicos, mas como complementares. A necessidade de um Direito material universal que regule as relações internacionais ganhou importante reconhecimento, mas a História evidencia a dificuldade de se atingir este objetivo. As normas de Direito uniforme provavelmente não abrangeriam todos os potenciais problemas de um contrato internacional. Este Guia aborda, principalmente, temas conflituais em contratos comerciais internacionais, isto é, qual Direito, doméstico ou estrangeiro, deveria ser aplicado a tais contratos. Apesar de este Guia mencionar

[30] Neste Guia, "método de Direito uniforme" é utilizado como abreviação para este processo de unificação do Direito Privado. A principais organizações, conhecidas por este trabalho, serão mencionadas posteriormente nas discussões.

iniciativas de Direito uniforme, ele não se refere às soluções materiais lá contidas em relação à formação contratual, os direitos e a obrigações e a extinção, para indicar alguns exemplos.

III. Esforços históricos para se codificar o Direito conflitual em Contratos Comerciais Internacionais

17. Os movimentos nacionalistas na Europa e nas Américas colocaram um freio no desenvolvimento da ideia de um Direito civil e comercial uniforme ou universal (*ius commune* e *lex mercatoria*), que ganhou especial força durante a Idade Média. Os Estados-nação, de tradição do *civil law,* adotaram códigos civis e comerciais, enquanto aqueles de tradição anglo-saxã consolidaram seu Direito, baseado nos precedentes. Esta situação deu ímpeto especial ao uso das normas conflituais para resolver problemas de Direito internacional privado relacionados a qual Direito se aplicaria às relações privadas internacionais. Na segunda metade do século XIX, na Europa, discussões foram conduzidas sobre como implementar soluções unificadas por meio de um Tratado internacional. Contudo, as Américas assumiram a liderança.

A. Tratados de Montevidéu

18. Em 1889, nove Tratados de Direito internacional privado foram assinados em Montevidéu[31]. Um destes, especificamente o *Tratado de Direito Civil Internacional* (Tratado de Montevidéu 1889), aborda a determinação do Direito aplicável aos contratos internacionais. Contudo, suas disposições sobre o Direito aplicável geraram controvérsia e nada falam sobre a autonomia da vontade, que, atualmente, é amplamente aceita como princípio do Direito internacional privado.

19. Estes Tratados de Montevidéu iniciais permanecem em vigor na Argentina, Bolívia, Colômbia, Paraguai, Peru e Uruguai. Em 1940, novos Tratados foram assinados em Montevidéu, mas estes foram ratificados apenas pela Argentina, Paraguai e Uruguai[32]. Estes Tratados reafirmaram as soluções anteriores em relação ao Direito aplicável (Tratado de Montevidéu 1940). Eles também dispuseram que cada Estado deveria determinar se aceitaria o princípio da autonomia da vontade, matéria que, na ausência de clara disposição no Direito doméstico, permaneceu altamente controversa por décadas no Paraguai e no Uruguai.

[31] 1) Tratado de Direito Civil Internacional de 12 de fevereiro de 1889); 2) Tratado de Direito Comercial Internacional de 12 de fevereiro de 1889; 3) Tratado de Direito Penal Internacional de 23 de janeiro de 1889; 4) Tratado de Direito Processual Internacional de 11 de janeiro de 1889; 5) Convenção sobre o exercício de Profissões liberais de 4 de fevereiro de 1889; 6) Tratado de Proteção de Propriedade literária e artística de 11 de janeiro de 1889; 7) Convenção sobre Marcas comerciais e industriais de 16 de janeiro de 1889; 8) Convenção sobre cartas de patente de 16 de janeiro de 1889; 9) Protocolo adicional ao Tratado de Direito Internacional Privado de 13 de fevereiro de 1889. Informação disponível em: http://opil.ouplaw.com/page/Treaties-Montevideo.

[32] 1) Tratado sobre Asilo Político e Refúgio de 4 Agosto de 1939; 2) Tratado de Propriedade Intelectual de 4 de agosto de 1939; 3) Convenção sobre o exercício de profissões liberais de 4 de Agosto de 1939; 4) Tratado de Direito Internacional da Navegação Comercial de 19 de março de 1940; 5) Tratado de Direito Procedimental Internacional de 19 março de 1940; 6) Tratado de Direito Penal Internacional de 19 de março de 1940; 7) Tratado de Direito Comercial Internacional (outro além do marítimo) de 19 de março de 1940; 8) Tratado de Direito Civil Internacional de 19 de março de 1940; 9) Protocolo Adicional ao Tratado de Direito Internacional Privado de 19 de março de 1940. Informação disponível em: http://opil.ouplaw.com/page/Treaties-Montevideo.

B. Código Bustamante

20. Outros Estados americanos, incluindo o Brasil, o Chile e a Venezuela, não aderiram aos Tratados de Montevidéu. Ao invés, eles ratificaram a *Convenção de Direito Internacional Privado* com o anexo *Código de Direito Internacional Privado* em Havana em 1928[33]. Conhecido como "Código Bustamante", ele rege várias matérias de Direito internacional privado, incluindo o Direito aplicável aos contratos internacionais, e estabelece uma solução em relação ao Direito aplicável que difere daquela dos Tratados de Montevidéu. O instrumento também levantou muitas questões, como, por exemplo, se ele estabelece o princípio da autonomia da vontade. O Código Bustamante foi ratificado por diversos Estados americanos (ainda que com extensas reservas)[34].

C. Convenção de Roma e Roma I

21. Em 1980, quase um século após os Tratados de Montevidéu de 1889, um Tratado foi assinado na Europa para regular o conflito de leis nos contratos internacionais. A *Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*, conhecida como Convenção de Roma, acompanhada de um relatório oficial para auxiliar sua interpretação, entrou em vigor em 1991[35]. Em 2008, após a transferência de certas prerrogativas legislativas para a União Europeia, com algumas modificações e adições, a Convenção de Roma foi substituída pelo Regulamento, da União Europeia (UE), sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)[36]. Este Regulamento cobre a matéria do Direito aplicável aos contratos internacionais, esboça o princípio da autonomia da vontade e seus limites e também fornece os critérios para determinar o Direito aplicável quando os contratantes não o escolheram.

22. A importância destes dois instrumentos é devida, não apenas por sua adoção pela EU[37], mas também por sua influência nas Américas (na forma da Convenção de Roma) na redação da

---

[33] Convenção de Direito Internacional Privado com o anexo Código de Direito Internacional Privado. Adotado em 20 de fevereiro de 1928 no Sexto Congresso Pan-americano em Havana, Cuba e que entrou em vigor em 25 de novembro de 1928. 86 LNTS 111. Informações disponíveis em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamente_firmas.asp. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html.

[34] O Brasil ratificou este Código, contudo, de acordo com juristas brasileiros, ele é virtualmente ignorado e raramente mencionado em decisões judiciais. De acordo com o art. 2º do Tratado, ao qual o Código é anexo, apenas são admitidas reservas certas ou específicas. Assim, a interpretação geralmente aceita entre os juristas venezuelanos, baseada no Direito dos Tratados, é que o Código só se aplica àqueles Estados que o ratificaram sem reservas (Cuba, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá e Peru) e àqueles que o ratificaram com reservas certas e limitadas (Venezuela, Brasil, República Dominicana, Haiti e Bahamas). Desta forma, ele não se aplicaria a Bolívia, Chile, Costa Rica, Equador e El Salvador. Estes últimos Estados ratificaram o Código Bustamante com reservas genéricas (como "desde que não contradiga a legislação interna"), que equivaleriam a não ratificação (embora alguns Tribunais, por exemplo na Costa Rica, sejam conhecidos por aplicar o Código). Na Venezuela, o Código Bustamante não é aplicado em relação àqueles Estados. Nos anos seguintes, alguns Estados da região tentaram incluir, em sua legislação doméstica, o expresso reconhecimento do princípio da autonomia da vontade, como ocorreu, por exemplo, com as normas de Direito Internacional Privado do Código Civil peruano de 1984 (art. 2.095).

[35] Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. 19 de junho de 1980, Roma. 19 ILM 1492; [1980] OJ L266/1. **Nota do tradutor**: texto e português disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29.

[36] Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). (17 de junho de 2008) 593/2008/EC, [2008] OJ L177/6. Roma I é obrigatório para todos os Estados membros da União Europeia, salvo a Dinamarca, onde a Convenção de Roma permanece aplicável. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32008R0593.

[37] Id., veja a nota anterior em relação a Dinamarca.

Convenção da Cidade do México e, mais recentemente, na preparação de um instrumento global, os Princípios da Haia.

IV. Convenção da Cidade do México

23. Nas Américas, em meados do século XX, houve controvérsias sobre os Tratados de Montevidéu e o Código Bustamante. Estes instrumentos continham disposições que diferiam entre si e que também levantaram questionamentos sobre, por exemplo, a autonomia da vontade e a ausência de escolha de Direito aplicável. Além disso, alguns Estados americanos, incluindo aqueles de tradição anglo-saxã, não ratificaram nenhum dos Tratados.

24. O estabelecimento da OEA em 1948 trouxe grande expectativa de que esta situação fosse finalmente resolvida. Após cuidadosa avaliação, os Estados membros da OEA decidiram contra a ideia de se preparar uma codificação semelhante ao Código Bustamante e, em vez disso, escolheram trabalhar em prol da gradual e progressiva codificação de tópicos específicos dentro do Direito internacional privado.

25. A concretização deste objetivo se iniciou em 1975, quando os Estados membros da OEA adotaram os primeiros passos para harmonizar e codificar o Direito material e as normas de escolha do Direito aplicável a um certo número de temas de Direito internacional privado.

26. Este objetivo foi inicialmente atingido por meio da Conferência Interamericana especializada em Direito Internacional Privado (CIDIP), conferência diplomática organizada de acordo com o Art. 122 da *Carta da OEA*. Até o momento, sete CIDIPs foram realizadas, resultando na adoção de 26 instrumentos internacionais (incluindo Convenções, Protocolos, Documentos uniformes e uma Lei-modelo) em diversos temas. Estes instrumentos foram pensados para criar um quadro normativo efetivo para cooperação jurisdicional entre os Estados americanos e para assegurar segurança jurídica às transações transfronteiriças em matéria cível, familiar, comercial e procedimental. A mais recente dessas Conferências foi a CIDIP VII, que ocorreu em 2009.

27. Nos últimos anos, várias matérias do campo do Direito internacional privado foram analisadas pelo CJI que, por sua vez, encaminhou cada um dos instrumentos propostos para apreciação do Conselho Permanente e de seu Comitê para Assuntos Jurídicos e Políticos e para eventual apreciação e aprovação da Assembleia Geral da OEA. Por este método, que evita o custoso mecanismo de uma conferência diplomática na forma de uma CIDIP, o instrumento final receberia, mesmo assim, o endosso do Estado membro por meio do processo político[38].

28. A Convenção da Cidade do México foi formalmente adotada em 1994 durante a CIDIP-V em todas as quatro línguas oficiais da OEA (inglês, espanhol, francês e português), cujos textos são igualmente autênticos. Ela foi assinada pela Bolívia, Brasil, México, Uruguai e Venezuela, ratificada pela Venezuela e pelo México e entrou em vigor em 15 de dezembro de 1996[39]. Até a presente data, nenhuma reserva ou declaração tinha sido feita.

29. O tema dos contratos internacionais foi, inicialmente, analisado na CIDIP-II em 1979. Ele foi depois incluído na agenda para a CIDIP-IV, em 1989, e designado para o Comitê II, que apreciou

[38] Como exemplo, em 2011 o CJI incluiu em sua agenda o tema das sociedades por ação simplificadas, em 2012 adotou a Resolução por meio da qual um projeto de Lei-modelo sobre Sociedades por Ação Simplificadas foi aprovada e encaminhada ao Conselho Permanente. *Annual Report of the [CJI] to the 43rd Regular Session of the General Assembly*, OEA/Ser.G/CP/doc.4826/13, 20 de fevereiro de 2013. Por fim, em 2017, a Assembleia Geral da OEA adotou uma Resolução sobre a Lei-modelo sobre Sociedade por ação simplificadas (AG/RES. 2906 (XLVII-O/17)).

[39] *Status* na nota 3.

um estudo elaborado pelo jurista argentino Antonio Boggiano e um projeto de Convenção que foi preparado pela delegação mexicana[40]. Como o consenso sobre um instrumento formal não foi obtido, os delegados adotaram um conjunto de princípios para futura deliberação e recomendaram que a Assembleia Geral da OEA convocasse uma reunião de especialistas. Estes princípios serviram de base para a redação de um projeto de Convenção e relatório, preparado pelo jurista mexicano Jose Luis Siqueiros e aprovado pelo CJI em 1991[41].

30. O projeto de Convenção e relatório foram revisados durante a reunião de especialistas, ocorrida em Tucson, Arizona entre 11 e 14 de novembro de 1993[42]. Como resultado da reunião, adotou-se uma nova versão, revista, do projeto de Convenção Interamericana sobre Direito aplicável aos contratos internacionais ("Projeto de Tucson"), que foi a base para as discussões da CIDIP-V, ocorrida na Cidade do México, entre 14 e 18 de março de 1994. Os trabalhos preparatórios incluíram a circulação de um questionário entre os Estados membros da OEA, assim como de uma ampla revisão de outros instrumentos importantes sobre o assunto[43]. Como a CIDIP-V foi prestigiada por 17 Estados latino-americanos, além dos Estados Unidos da América e do Canadá, o texto resultante é tido como representativo do consenso de muitos países, tanto de tradição da *Civil Law*, como da *Common Law*.

31. A Convenção da Cidade do México foi aprovada contendo 30 artigos que abordam a autonomia da vontade na escolha do Direito aplicável e os seus limites, os critérios a serem usados quando nenhuma escolha fosse feita, a ordem pública, dentre outros temas. Tendo a Convenção de Roma de 1980 como fonte de inspiração, a Convenção da Cidade do México avançou em áreas como a aceitação de Direito não estatal e a abertura a Direito que não seja dos Estados-membros.

32. Apesar de o baixo número de ratificações (i. e., apenas México e Venezuela) não ser indicativo de suas conquistas, considerou-se útil analisar suas possíveis razões. Assim, quando a questão foi colocada para os Estados e acadêmicos, em uma pesquisa conduzida em CIJ em 2015, foram citadas as seguintes razões, dentre outras:

a. inconsistências linguísticas entre os textos oficiais, particularmente entre a versão em inglês e em espanhol são problemáticas;

b. novos e controversos princípios envolvendo a escolha do Direito apresentaram desafios na época. O primeiro deles, autonomia da vontade, pelo menos em 1994, representava uma mudança radical daquela abordagem tradicional conflitual, predominante em muitos dos países de tradição de *civil law*;

c. a "conexão mais estreita" ou o "princípio da proximidade" eram conceitos não familiares sem diretrizes claras de como seriam aplicados;

d. as referências aos "princípios gerais do Direito Comercial Internacional" e "*lex mercatoria*" eram problemáticas, já que a linguagem era excessivamente abrangente e sem objeto claro;

e. falta de defensores locais ou de vontade política; e,

---

[40] *Informe del Relator de la Comisión II Referente al Tema de Contratación Internacional*. CIDIP-IV, Volume I, Atas e Documentos CIDIP-IV. Secretaria Geral, OEA, Washington DC 1991, p. 447.

[41] *Tema 1: Contratación Internacional Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional* – Comitê Jurídico Interamericano. CIDIP-V, OEA/Ser. K/XXI.5 – CIDIP-V/12/93, 28 de dezembro de 1993.

[42] *Tema 1: Contratación Internacional. Informe de la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional*. CIDIP-V, OEA/Ser. K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93, 30 de dezembro de 1993 (Relatório da reunião de especialistas).

[43] *Informe del Relator de la Comisión II Referente al Tema de Contratación Internacional*, nota 17.

f. percebeu-se que, entre os Estados, existia uma falta geral de consciência sobre a Convenção da Cidade do México e seus potenciais benefícios[44].

Também se sugeriu que, talvez, a Convenção da Cidade do México representou uma tentativa forçada de síntese entre a *Civil* e a *Common Law*, que acabou não produzindo um resultado satisfatório.

33. Apesar das poucas ratificações, as respostas ao questionário, vindas dos Estados membros da OEA e dos acadêmicos, confirmaram que a Convenção da Cidade do México fez valiosas contribuições, no hemisfério, para o desenvolvimento do Direito Contratual. Nos vinte anos desde sua adoção, muitos de seus princípios, em particular o da autonomia da vontade, ganharam aceitação na região e foram consagrados nos Direitos domésticos de vários dos Estados membros da OEA. Isto foi alcançado de várias formas, razão pela qual será discutido no decorrer deste Guia de modo a auxiliar nas decisões em relação aos passos futuros.

V. Princípios da Haia

34. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) originou-se com uma primeira Conferência Diplomática em 1893. Pode-se dividir sua história, resumidamente, em duas etapas: inicialmente (de 1893 até a Segunda Guerra Mundial) a Conferência se reuniu em seis ocasiões. Na sétima reunião, em 1951, a HCCH foi estabelecida, por estatuto, como uma organização intergovernamental. Desde então, a Conferência tem se reunido, em geral a cada quatro anos, em sessões diplomáticas e, adicional e ocasionalmente, em sessões extraordinárias. Apesar de seu nome sugerir o contrário, a HCCH se tornou uma organização permanente. Seu propósito é "a progressiva unificação do Direito internacional privado", que alcança, principalmente, pela negociação, e manutenção, de tratados multilaterais em matérias de jurisdição de cortes e autoridades, de Direito aplicável, de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras e de cooperação judicial e administrativa transfronteiriças. Ela conta com 82 Estados membros, mais a União Europeia, o que inclui 14 países membros da OEA[45]. Além disso, vários outros Estados das Américas aderiram a uma ou mais das Convenções da Haia.

35. O Trabalho da HCCH difere daquele de outras organizações, tais como a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), ao invés de avançar na unificação substantiva, a HCCH prepara textos de Direito internacional privado mantendo o tradicional *approach* conflitual. Ela é considerada a organização global líder neste campo. A HCCH desenvolve trabalhos em variadas matérias, como a proteção internacional da criança, Direito de família, direitos de propriedade, cooperação jurídica internacional, processo civil internacional e Direito comercial e financeiro internacional.

36. A sugestão de um instrumento sobre o Direito aplicável a contratos internacionais foi primeiramente apresentada na HCCH pelo delegado dos Estados Unidos da América em 1972. A Convenção sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corpóreos de 1955, a Convenção sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias de 1986 ("Convenção da Haia sobre vendas")[46] e a Convenção da

[44] Ver 2016 Contracts Paper, nota 1.

[45] Argentina (1972), Brasil (2001), Canadá (1968), Chile (1986), Costa Rica (2011), Equador (2007), México (1986), Panamá (2002), Paraguai (2005), Peru (2001), Suriname (1977), Estados Unidos da América (1964), Uruguai (1983) e Venezuela (1979). O atual status das adesões a HCCH está disponível em: https://www.hcch.net/en/states/hcch-members.

[46] *Convenção sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corpóreos.* Adotada em 15 junho de 1955, entrou em vigor em 1º de setembro de 1964. 510 UNTS 147. **Nota do tradutor**: Texto em português disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=31). *Convenção sobre a lei aplicável*

Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação de 1978 ("Convenção da Haia sobre Agência")[47] tiveram limitado sucesso, baseado no número de ratificações. Contudo, o impacto destas Convenções em outros instrumentos – por exemplo, por meio da aceitação da liberdade de escolha do Direito pelos contratantes (autonomia da vontade) - foi significativo, como na Convenção de Roma e Roma I, como detalhado a seguir.

37. Os estudos de viabilidade realizados entre 2005 e 2009 indicaram que, talvez, um diferente tipo de instrumento poderia ser bem sucedido. Assim, decidiu-se preparar um instrumento não vinculante, i. e., um instrumento de *soft law*[48], cujo principal objetivo fosse promover a autonomia da vontade como critério para a escolha do Direito aplicável.

38. Para preparar tal instrumento, um grupo de trabalho foi criado em 2009, composto de 15 especialistas e observadores oriundos de instituições internacionais públicas e privadas, que incluíam a UNCITRAL, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado ("UNIDROIT") e a Câmara de Comércio Internacional ("CCI")[49]. Entre os membros do grupo de trabalho estavam seis juristas originários ou trabalhando nas Américas. Em 2012, o Conselho de Assuntos Gerais e Políticos criou uma Comissão para revisar as propostas do grupo de trabalho e fazer recomendações. Em novembro de 2012, uma Comissão Especial, conferência com mais de 100 especialistas nacionais, propôs um projeto dos Princípios da Haia e delegou ao grupo de trabalho a responsabilidade por elaboração dos comentários e exemplos.

39. Em março de 2015, a versão final dos *Princípios relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais* ("Princípios da Haia") foi formalmente adotada. Este é o primeiro instrumento global sobre a escolha do Direito aplicável a contratos internacionais. A particular importância dos Princípios da Haia está em consagrar amplamente o princípio da autonomia da vontade em um instrumento global e reconhecer o Direito não estatal em um texto de Direito internacional privado. Como destacado anteriormente, entre os membros da HCCH estão 14 Estados membros da OEA, muitos dos quais representados na reunião da Comissão Especial[50], além do grupo de trabalho incluir representantes da região. Pode-se dizer, então, que os Princípios da Haia incorporam a posição de muitos Estados das Américas. Os Princípios da Haia foram endossados pela UNCITRAL[51] e por organizações não governamentais, tais como a CCI[52].

40. Os Princípios da Haia aplicam-se apenas à escolha do Direito aplicável a contratos comerciais internacionais. Eles não cobrem casos em que tal escolha não tenha sido feita. O

---

aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Adotada em 22 de dezembro de 1986, ainda não entrou em vigor. (1985) 24 ILM 1575. **Nota do tradutor**: Texto em português disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=61.

[47] *Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação.* Adotada em 14 de março de 1978, entrou em vigor em 1º de maio de 1992. (1977) 16 ILM 775. **Nota do tradutor**: Texto em português disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=89.

[48] Para a discussão sobre *soft law*, veja o parágrafo 57 adiante.

[49] A CCI é uma rede global de mais de 6 milhões de membros em mais de 100 países. Entre seus membros estão muitas das maiores companhias globais, pequenas e médias empresas, associações empresariais, bancos, escritórios de advocacia e câmaras de comércio locais. Seu trabalho é "promover o comércio internacional, conduta comercial responsável e uma abordagem global para regulação." https://iccwbo.org/about-us/.

[50] A primeira reunião da Comissão Especial sobre a escolha de Direito aplicável a contratos internacionais ocorreu em 16 de novembro de 2012; o relatório está disponível em: https://assets.hcch.net/docs/735cb368-c681-4338-ae8c-8c911ba7ad0c.pdf.

[51] *Endorsement of texts of other organizations: Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts*, in Report of [UNCITRAL], 48a Sessão de 29 de junho – 16 de julho de 2015, A/70/17, página 45. Veja também: UNCITRAL Endorses the Hague Principles. https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=414.

[52] Ver: https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-appeals-to-authorities-to-strengthen-legal-certainty-for-international-contracts-by-implementing-the-newly-approved-hague-principles/.

preâmbulo descreve e explica o espírito do instrumento e é seguido por 12 princípios, ou "*black-letter rules*", cada um dos quais é acompanhado de comentários explicativos com exemplificações quando necessário. Estes 12 princípios abordam, dentre outros temas, o seu âmbito de aplicação, a autonomia da vontade na escolha (expressa ou tácita) do Direito aplicável (seja o Direito do Estado dos contratantes ou de terceiro Estado), a validade formal da escolha e as normas de aplicação imediata e ordem pública.

41. Em razão das dificuldades de redação de uma Convenção internacional, os Princípios da Haia seguiram a mesma abordagem de *soft law* e técnicas de redação que os *Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais* ("Princípios UNIDROIT")[53]. Assim como tal instrumento, os Princípios da Haia foram pensados para servir de modelo para os legisladores e aqueles que redigem contratos e como guia a ser utilizado na interpretação judicial e arbitral. Os dois instrumentos são, de fato, complementares: enquanto os Princípios UNIDROIT abordam temas de Direito Contratual material (tais como a formação do contrato, a interpretação, os efeitos e a extinção), os Princípios da Haia abordam temas relevantes para a escolha do Direito aplicável (tais como o Direito de um ou mais Estados ou a escolha de Direito não estatal).

VI. Legislação recente nas Américas sobre Conflito de Leis em Contratos Comerciais Internacionais

42. Este guia não aborda as diferentes formas pelas quais o Direito internacional é incorporado pelo regime jurídico doméstico, uma vez que elas variam significativamente de Estado para Estado. Além disso, alguns Estados, como a Venezuela, não incorporam (ou "implementam") Direito internacional dentro de seu regime jurídico doméstico. Em termos gerais, contudo, os Estados que buscam harmonizar seu Direito doméstico com a Convenção da Cidade do México e com os Princípios da Haia podem incorporam estas disposições seja em uma legislação geral sobre Direito internacional privado, seja em legislação que especificamente regule o Direito aplicável a contratos internacionais.

43. Uma opção é o recurso à "incorporação material", que implica na transcrição integral do Tratado em um texto jurídico doméstico, tal como feito pelo Paraguai. A Lei paraguaia n° 5393 de 2015, sobre o "Direito aplicável a Contratos Internacionais", tem 19 artigos. Os artigos 1º a 10 e os artigos 13 e 14, sobre a escolha do Direito aplicável, basicamente reproduzem os Princípios da Haia com pequenas modificações. Os artigos 11, 12, 15 e 16 abordam, principalmente, aquelas situações em que a escolha do Direito aplicável não foi realizada e reproduzem quase que textualmente as disposições correspondentes da Convenção da Cidade do México. Por fim, o artigo 17 sobre ordem pública está alinhado com a solução fornecida pelos Princípios da Haia e o artigo 18 aborda a legislação que foi revogada em razão desta lei.

44. Outra opção é recurso a "incorporação legislativa por referência". Esta foi a forma adotada pelo Uruguai quando adotou, em uma lei interna, as regras de interpretação de diferentes artigos do Tratado de Montevideo sobre o Direito Civil internacional[54].

---

[53] *Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2016*. Texto disponível em: https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016. Veja a discussão sobre o progressivo Desenvolvimento destes princípios, adiante, na Parte Três, Seção III.B. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/other-languages/portuguese-black-letter.

[54] Em relação a este Tratado em particular, houve consenso entre a doutrina e os legisladores dos benefícios destes dispositivos. Por contraste, em relação à Convenção da Cidade do México, a situação no Uruguai foi diferente. Como não existe consenso semelhante, a ratificação deste instrumento foi rejeitada duas vezes pelo Parlamento. Além disso, uma legislação geral sobre o Direito internacional privado também não obteve aprovação parlamentar,

45. Uma terceira opção foi adotada pela Venezuela que ratificou a Convenção da Cidade do México[55] e, em 1998, promulgou legislação sobre Direito internacional privado, que está em vigor deste 6 de fevereiro de 1999[56]. Esta lei inclui três artigos (29 a 31) que replicam o principal conteúdo da Convenção da Cidade do México e dispõe que possíveis lacunas sejam preenchidas por seus princípios.

46. O México ratificou a Convenção da Cidade do México, que é considerada parte do regime de Direito internacional privado interno que regula os contratos internacionais oriundos de Estados que não sejam parte daquela Convenção, apesar de não haver indicação legislativa e jurisprudencial específica neste sentido. A Venezuela adotou uma diferente abordagem ao incorporar o conteúdo da Convenção da Cidade do México diretamente em suas regras domésticas de Direito internacional privado.

47. A Argentina, a República Dominicana e o Panamá modificaram, muito recentemente, suas respetivas legislações regentes dos contratos internacionais. A Argentina substituiu o seu Código Civil e o seu Código Comercial por um novo Código Civil e Comercial unificado (CCC), que contém um capítulo inteiro sobre Direito internacional privado que inclui diversas disposições sobre contratos internacionais[57]. Em novembro de 2018, uma comissão criada pelo Governo submeteu ao Ministério da Justiça um projeto de proposta para a reforma do CCC. De modo significativo, a proposta pretender substituir a redação do atual artigo 2651(d) pela seguinte: "a escolha do Direito pode incluir a escolha de Direito não estatal geralmente aceito como um conjunto neutro e balanceado de regras"[58]. Na República Dominicana, a nova legislação de Direito internacional privado contém disposições sobre contratos comerciais[59]. No Panamá, o novo Código de Direito internacional privado também contém disposições sobre a matéria[60]. Dentre estes textos, o da República Dominicana parece ser aquele mais influenciado pela Convenção da Cidade do México, ainda que se afaste de aspectos fundamentais, tais como a determinação do Direito aplicável quando a escolha do Direito não tenha sido feita pelos contratantes.

2.0 Os Estados membros da OEA, independentemente do que tenham ou não ratificado ou se pretendem ou não ratificar a Convenção da Cidade do México, são encorajados a levar em consideração esta solução para os seus próprios Direitos domésticos, seja pela incorporação material, incorporação por referência ou por outro mecanismo previsto em seus respectivos sistemas jurídicos, atentando para os desenvolvimentos subsequentes no tema do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, tais como aqueles expressos nos Princípios da Haia e descritos neste Guia.

em razão, principalmente, da incorporação da autonomia da vontade nos termos da Convenção da Cidade do México.

[55] Publica no Diário Oficial especial n° 4.974 de 22 de setembro de 1995.

[56] Diário Oficial n° 36.511 de 6 de agosto de 1998.

[57] O CCC foi aprovado pela Lei n° 26.994 de 7 de outubro de 2014 e entrou em vigor em 1º de agosto de 2015.

[58] A proposta ainda está sob discussão O texto da proposta está disponível em: http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/11/Legislacion3875.pdf.

[59] Lei n° 544 de 2014.

[60] Lei n° 61 de 2015 (que substituiu a Lei n° 7 de 2014). Diário Oficial de 8 de outubro de 2015. N° 27885-A.

2.8 Parte Três – Avanços no método de Direito uniforme em décadas recentes

I. Novo cenário favorável ao Método de Direito Uniforme

48. Até recentemente, no campo do Direito contratual comercial internacional, os instrumentos conflituais eram, esmagadoramente, prevalentes. Atualmente, contudo, o método de Direito uniforme está ganhando espaço. Muitos fatores contribuíram para esta tendência. Por exemplo, a autonomia da vontade, ou a possibilidade de os contratantes escolherem o Direito que regerá eventual disputa, está sendo consolidada como um princípio do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais. Isto usualmente faz com que os contratantes busquem evitar os mecanismos conflituais por meio de disposições contratuais detalhadas ou por escolhas claras de Direito aplicável, mesmo quando este Direito não compõe o regime jurídico doméstico. Frequentemente, estas cláusulas fazem referência a instrumentos de Direito uniforme.

49. Atualmente, vários esforços (em nível global, regional e local), nas esferas públicas ou privadas, estão resultando em uma rede de instrumentos, sempre em expansão, todos com o objetivo compartilhado de desenvolver o Direito uniforme. Este fenômeno não está limitado a criação de normas, os esforços também são feitos para criar uniformidade entre as técnicas interpretativas e para reconciliar o entendimento da operação técnica dos diferentes sistemas jurídicos.

50. Adicionalmente, a arbitragem está se consolidando como um método aceito para solução de disputas comerciais que disponibiliza aos árbitros ferramentas adequadas para alcançar soluções apropriadas em litígios transfronteiriços, para além da mera aplicação mecânica do Direito doméstico de acordo com os mecanismos conflituais.

II. Ferramentas utilizadas para se alcançar a Unificação e Harmonização

51. Os termos unificação e harmonização são, usualmente, utilizados de forma intercambiável. Em termos estritos, a unificação significa a adoção de normas comuns de Direito, por mais de um Estado ou região, enquanto a harmonização denota maior flexibilidade, já que ela não necessariamente se refere a textos uniformes, mas antes ao alinhamento dos critérios jurídicos baseados em fundamentos comuns, leis-modelo ou princípios uniformes. Tanto as normas conflituais como as normas materiais podem ser objeto de unificação ou de harmonização.

52. O Tratado ou Convenção internacional é o instrumento tradicionalmente utilizado pelos Estados para adotar *standards* comuns, seja construindo sobre soluções já existentes ou criando novas, em um esforço de unificação[61]. De fato, existiram vários instrumentos de Tratados bem sucedidos, muitos dos quais são discutidos neste Guia. Contudo, um inconveniente da adoção do sistema de Tratados é a dificuldade em se assegurar sua ratificação. As complexas negociações entre Estados de diferentes tradições jurídicas ou com objetivos políticos divergentes exigem, usualmente, concessões e compromisso que redundam em um texto final menos adequado ou mesmo inoperável e que acaba tendo a sua ratificação recusada por partes não satisfeitas. No esforço de se obter ratificações, mecanismos como as reservas são frequentemente utilizados, o que promove a ilusão de unidade enquanto, em última análise, subvertem a unificação. Adicionalmente, os redatores usualmente excluem aqueles temas sobre

[61] Um exemplo é o termo "autonomia da vontade" que pode ser encontrado na Convenção da Haia de 1955 e que, depois, ganhou considerável utilização de modo que se tornou um termo comum para expressar o princípio em muitos instrumentos subsequentes.

os quais não há consenso. Apesar de o número de Tratados continuar a crescer, eles têm suas limitações.

53. O Tratado internacional pode impor limitações em razão da relativa inflexibilidade de sua forma frente as mudanças nas práticas comerciais que, frequentemente, ocorrem com relativa rapidez ou, ainda, quando o Tratado é redigido sem levar em consideração tais mudanças.

54. As Convenções em matéria de Direito Comercial frequentemente buscam codificar como norma certos usos, costumes e práticas comerciais. Contudo, quando as Convenções são redigidas por Governos e não pelos membros da comunidade cujas práticas supostamente devem ser estabelecidas, algumas vezes as Convenções falham em obter aceitação, justamente porque não refletem as práticas e percepções daquela comunidade. Ao mesmo tempo, no entanto, o papel do Estado é salvaguardar os interesses e direitos daqueles que não fazem parte da posição dominante na comunidade mercantil.

55. Ainda dentro do contexto dos Tratados internacionais, outro mecanismo – o das Leis uniformes - foi concebido, cujos exemplos incluem a *Convenção para adoção de uma Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias* (Genebra, 1930) e a *Convenção para adoção de uma Lei uniforme em matéria de cheques* (Genebra, 1931)[62]. Estas duas Convenções estabeleceram Direito uniforme que os Estados contratantes concordaram em introduzir em sua respectiva legislação. Atualmente este mecanismo foi, em geral, descartado; uma vez que o Direito uniforme é desenhado para ser incorporado de forma íntegra no Direito doméstico, entende-se que ele colide com a autoridade soberana do Estado de legislar.

56. Para remediar esta dificuldade, o conceito de Lei-modelo foi elaborado – um instrumento minutado por uma eminente organização que, subsequentemente, recomenda sua adoção. A Lei-modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional "("Lei-modelo UNCITRAL") é um exemplo[63]. Frequentemente, contudo, a unificação relevante também não é obtida por este método, uma vez que legisladores nacionais podem rever, adaptar ou mesmo desconsiderar as disposições da Lei-modelo. Quanto mais geral é a matéria tratada, maior a probabilidade que isso ocorra.

57. Outros métodos de *soft law,* com objetivo de harmonização, existem. *Soft law* é uma expressão utilizada para se referir a uma ampla gama de materiais que, ao contrário dos textos de *hard law*, não se espera sejam necessária e formalmente adotados pelos Estados por meio de ratificação de tratados ou legislação, mas que, de qualquer forma, podem ter grande influência na prática e no desenvolvimento do Direito. Um destes métodos pode ser explicado como um tipo de declaração de Direito, também chamado "princípios". A *soft law* também inclui guias legislativos que oferecem exemplos de texto redigido na forma de regras e regulações; também inclui outros tipos de guias e instrumentos similares.

58. Em resumo, o Direito contratual comercial internacional pode derivar de Direito estatal ou não e, dentro desta última categoria, a fonte pode incluir vários tipos de instrumentos de *soft law*. O Direito estatal (ou "doméstico"), de acordo com o regime interno de cada Estado para

---

[62] Convenção para adoção de uma Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias, 7 de junho de 1930, Genebra, 143 UNTS 257; e Convenção para adoção de uma Lei uniforme em matéria de cheques, 1º de janeiro de 1934, Genebra, 143 UNTS 355. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D57595.htm, respectivamente.

[63] Lei-modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional. Adotada em 21 de junho de 1985, com emendas adotadas em 2006. Texto disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf. **Nota do tradutor**: uma tradução, não oficial, para o português está disponível no site do Comitê Brasileiro de Arbitragem: http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf.

implementação e aplicação do Direito internacional, também pode incluir ou se referir a instrumentos de *soft law*.

III. Instrumentos globais relevantes de Direito uniforme para os Contratos Comerciais Internacionais

59. A seguinte seção vai rever dois dos principais instrumentos globais de uniformização do Direito contratual comercial internacional, a Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980) ("CISG")[64] e os Princípios UNIDROIT, assim como os esforços regionais para o desenvolvimento de Direito uniforme sobre o tema, iniciativas do setor privado e a influência dos instrumentos arbitrais.

A. Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e venda internacional de mercadorias

60. Conhecida amplamente pela sigla em inglês, a UNCITRAL foi criada em 1966 e tem por objeto "a promoção da progressiva harmonização e unificação do Direito Comercial internacional". Seu propósito geral é reduzir e eliminar as barreiras criadas pelas disparidades entre os Direitos domésticos que regem o comércio internacional.

61. Um de seus bem conhecidos produtos, a CISG, foi adotada em 1980 e entrou em vigor em 1988. A CISG unifica o Direito material das compras e vendas internacionais de mercadorias de seus Estados contratantes e abrange aspectos da formação desses contratos, os direitos materiais dos compradores e vendedores e as matérias relacionadas ao adimplemento e ao inadimplemento de suas obrigações. Muitos destes temas são comuns a contratos em geral. De fato, muitas das disposições aplicáveis a contratos regidos por códigos civis de muitos Estados foram redigidos a partir dos dispositivos da CISG.

62. A CISG é amplamente aceita, com adesão atual de 89 Estados do mundo todo. Ela está em vigor em muitos países da América Latina, com exceção da Bolívia, Belize, Guatemala, Nicarágua, Panamá, Suriname e Venezuela. No Caribe, está em vigor em Cuba e na República Dominicana[65].

63. Apesar da ampla aceitação da CISG, os contratantes podem excluir sua aplicação ou submetê-la a limitações, derrogações ou variação dos efeitos de suas disposições (Artigo 6º)[66].

---

[64] Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias. Concluída em 11 de abril de 1980, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1988. 1489 UNTS 3. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm.

[65] O *status* das adesões a CISG está disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

[66] Alguns comentaristas declararam que os contratantes, usualmente, excluem a aplicação da CISG. O efetivo número de contratantes que excluem a aplicação da CISG foi objeto de muitas investigações, com diferentes resultados obtidos a partir de diversas metodologias. Amplo e recente estudo foi conduzido por Gustavo Moser (Ver: Moser, Luiz Gustavo Meira. Rethinking choice of law in cross border sales, international commerce and arbitration, Volume 27, Ingeborg Schwenzer (ed.), Eleven International Publishing, The Hague 2018, p. 25-32.). Moser declara: "Enquanto o número daqueles que optam pela não aplicação da CISG não possa ser ignorado, e no futuro deva ser discutido e investigado, a nota comum de todos estes estudos é que tal número parece estar ligado a 'falta de familiaridade' com a CISG e, talvez, ao 'medo do desconhecido'. Contudo, a alegação de que a CISG é 'amplamente excluída' não é amparada pela evidência empírica" (p. 31 – notas de rodapé omitidas). Evidências esparsas indicam que a opção pela exclusão da CISG está normalmente relacionada com padrões de dependência sem análise completa das razões subjacentes. A tendência geral atual aparenta ser a maior utilização da CISG e a menor opção por sua exclusão.

Como a CISG reconhece o princípio da autonomia da vontade, sua exclusão ou a variação sobre o que dispõe pode ser alcançada pela escolha de Direito de um Estado não contratante ou do Direito material doméstico de um Estado contratante (por exemplo, o Código Civil ou Comercial).

64. Por outro lado, mesmo que não tenha sido ratificada pelo Estado dos contratantes envolvidos na disputa, a CISG pode ser aplicada como expressão do Direito não estatal quando os julgadores estejam autorizados a aplicar Direito uniforme[67]. Este, contudo, é um tema ainda debatido.

65. Além de sua ampla adoção como Convenção internacional cogente e fonte de Direito não estatal, a CISG também inspirou várias iniciativas legislativas de desenvolvimento do Direito contratual doméstico. Nas Américas, o principal exemplo é a Argentina[68]. Adicionalmente, em alguns Estados como o Brasil[69] e El Salvador[70], a CISG tem sido usada como fonte de interpretação do Direito doméstico.

66. A interpretação judicial e arbitral da CISG também serviu para aumentar sua influência. Centenas de casos, incluindo decisões judiciais e laudos arbitrais, foram disponibilizados no site da UNCITRAL[71].

B. Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais

67. Conhecido como o "Instituto de Roma", o UNIDROIT foi criado em 1926 sob os auspícios da Liga das Nações. Seu propósito é modernizar e harmonizar o regime do Direito privado, com foco principal no Direito Comercial. O UNIDROIT, atualmente, conta com 63 Estados membros, sendo 13 deles membros da OEA[72].

68. Os esforços do UNIDROIT são dirigidos ao desenvolvimento de soluções materiais, i. e., a busca de Direito material uniforme e apenas excepcionalmente de regras conflituais. Durante sua existência de mais de 90 anos, o UNIDROIT gerou mais de 60 textos, nos quais se incluem convenções e minutas de leis-modelo ou guias que resultaram de "estudos", como são oficialmente conhecidos, em uma ampla gama de temas.

---

[67] A CISG pode ser aplicada como expressão dos "princípios gerais do comércio internacional" (ver, por exemplo, o caso *Steel Bars*, Caso arbitral CCI n° 6653, 26 de março 1993, texto disponível em: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html. Também pode ser aplicada como uma expressão das "regras e padrões gerais dos contratos internacionais" ver, por exemplo, o caso *Printed Banknotes*, Caso arbitral CCI n° 9474, fevereiro de 1999, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999474i1.html). Além disso, a CISG pode ser aplicada como expressão dos "usos comerciais" (ver, por exemplo, o caso *Cowhides*, Caso arbitral CCI n° 7331, 1994, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html; o Caso *Hotel Materials*, Caso arbitral CCI n° 7153, 1992, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927153i1.html). Originalmente citado em Emery, Cyril Robert and Salasky, Julia, Arbitration and UNCITRAL's Sales Conventions (March 1, 2013). Slovenska arbitražna praksa, Vol. 2, No. 1, pp. 28-34, 2013, https://ssrn.com/abstract=2394516.

[68] http://www.sbm.com.ar/assets/pdf/prensa/nuevo_codigo/final_the_new_CCiv_com_Argentina_and_the_cisg4.pdf.

[69] Ver Apelação Cível n°. 70072362940, 12ª Câmara, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 16 de fevereiro de 2017.

[70] Ver a decisão da Segunda Corte Civil e Comercial de San Salvador, 28 de fevereiro de 2013, Acórdão n° PC-29-12. http://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2013/08/ElSalvador28feb2013.pdf.

[71] Ver a discussão, adiante, na Parte Quatro, sobre Interpretação Uniforme, e o Anexo (Bancos de dados e fontes eletrônicas).

[72] Argentina (1972), Bolívia (1940), Brasil (1940), Canadá (1968), Chile (1951), Colômbia (1940), Cuba (1940), México (1940), Nicarágua (1940), Paraguai (1940), Estados Unidos da América (1964), Uruguai (1940), Venezuela (1940). Os membros atuais do UNIDROIT podem ser consultados em: https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership.

69. Dentre estes esforços, os Princípios UNIDROIT constituem uma das mais significativas realizações. Eles foram inicialmente publicados em 1994, embora o trabalho tenha se iniciado na década de 1970. A edição de 1994 contém um preâmbulo e regras (ou artigos) dispondo sobre o contrato em geral, a formação contratual, a validade, a interpretação, o conteúdo, a execução e a não execução. Estas regras, que são parte de um todo, são acompanhadas de um detalhado comentário, incluindo exemplificações. Uma vez que os mesmos 13 Estados membros da OEA eram membros do UNIDROIT no momento de adoção dos Princípios UNIDROIT em 1994, pode-se presumir que este trabalho reflita o consenso obtido com participação direta ou indireta destes Estados.

70. Em 2004, uma versão revista e ampliada foi publicada, com a adição de 5 capítulos sobre representantes, direitos de terceiros, perdas e danos, cessão de crédito, assunção de dívida, cessão de contratos e prazos de prescrição. A edição de 2010, por sua vez, abordou novos temas como a pluralidade de credores e devedores e a invalidade do contrato em razão da ilicitude do objeto. A mais recente edição, de 2016, aborda melhor os temas relacionados aos contratos de longa duração, o que pode ser relevante tanto para contratos comerciais internacionais como para contratos de investimento estrangeiro.

71. Para apoiar a utilização dos Princípios UNIDROIT, em 2013, o UNIDROIT aprovou as Cláusulas modelo para a utilização dos Princípios UNIDROIT. Elas são "principalmente baseadas na utilização, em contratos transnacionais e na prática de solução de conflitos, dos Princípios UNIDROIT, i. e., elas refletem as diferentes formas com que os Princípios UNIDROIT têm sido referidos pelas partes ou aplicados pelos juízes e árbitros" e são oferecidas como cláusulas modelo para contratantes que queiram fazer referência aos princípios UNIDROIT em diferentes contextos: como as normas de Direito que regem o contrato; como termos incorporados ao contrato; como ferramenta para interpretar e suplementar a CISG quando ela é escolhida pelos contratantes; como instrumento para interpretar e suplementar o Direito doméstico, incluindo qualquer instrumento internacional de Direito uniforme incorporado àquele Direito[73].

72. A interpretação judicial e arbitral dos Princípios UNIDROIT também serve para fomentar sua influência. Muitas destas decisões judiciais ou arbitrais foram compiladas no banco de dados da UNILEX[74].

73. Os Princípios UNIDROIT, em relação a sua técnica de redação, foram influenciados pelos "*Restatements*" preparados pelo *American Law Institute* ("ALI"), uma organização de eminentes juristas nos Estados Unidos da América ("Estados Unidos") que organiza, resume e "reafirma", nos diferentes campos do Direito doméstico, as tendências predominantes na jurisprudência. Apesar de parecerem similares às normas contidas nos Códigos Civis das jurisdições de *Civil Law*, estes "*Restatements"* não têm a mesma natureza jurídica nos Estados Unidos[75].

74. Assim, ao invés do vocábulo "*Restatement*", o termo "*Princípios*" foi escolhido para representar o caráter não Estatal do instrumento. Evidentemente, os redatores pretendiam imunizar os Princípios UNIDROIT de possíveis conotações semânticas sugestivas que o termo poderia ter nos sistemas mundialmente predominantes de *Civil* e *Common Law*. Daí porque não se referem a eles como um Código, que denotaria sancionamento legislativo, nem como um

[73] Cláusulas modelo para a utilização dos Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais. https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses.

[74] Ver a discussão, adiante, na Parte Quatro, sobre Interpretação Uniforme, e o Anexo (Bancos de dados e fontes eletrônicas).

[75] Contudo, apesar de o objetivo ser descrever as regras adotadas pelos tribunais, ocasionalmente eles também oferecem sugestões que importam mudanças no Direito.

"*Restatement*". Tomando vantagem da vagueza do termo, referem-se a eles como "Princípios". Tecnicamente, contudo, a maior parte das normas jurídicas são expressas como regras precisas e não princípios em um sentido mais amplo e geral.

75. Os Princípios UNIDROIT pretendem desempenhar um importante papel em vários contextos. Para os legisladores, eles podem ser fonte de inspiração para a reforma em áreas do Direito contratual. De fato, os Princípios UNIDROIT foram levados em consideração quando da revisão do Código Civil e Comercial da Argentina, da lei de obrigações da Alemanha, da lei contratual da República da China e em países africanos, entre outros[76].

76. Para os contratantes submetidos a diferentes sistemas jurídicos ou que falem diferentes línguas, os Princípios UNIDROIT podem servir como guia para a redação de seu contrato e como um conjunto jurídico neutro (assemelhado a uma "*lingua franca*"). Isto pode ser alcançado de diferentes formas. Por exemplo, os Princípios UNIDROIT podem servir de fonte terminológica. Em sistemas de *civil law*, os termos *debtor* e *creditor* são utilizados, enquanto na *common law*, os termos *obligor* e *obligee* são preferidos, sendo que os termos *debtor* e *creditor* são utilizados apenas quando obrigações pecuniárias estão envolvidas. Para preencher esta lacuna, os Princípios UNIDROIT utilizaram os termos *obligor* e *obligee* para "melhor identificar a parte que executa a prestação e a parte que recebe a prestação (...) independentemente de a obrigação ser pecuniária ou não" [77]. Os Princípios UNIDROIT podem, também, servir como um "*checklist*" para que os contratantes se assegurem de que incluíram, em seu contrato internacional, todas as disposições que pudessem vir a ser relevantes.

77. Além disso, em contratos internacionais, os contratantes podem se referir diretamente aos Princípios UNIDROIT como Direito aplicável. A escolha dos Princípios UNIDROIT pode ser combinada com a escolha de um Direito doméstico para cobrir temas adicionais, considerando que os Princípios, sozinhos, podem não ser suficientes para todas as necessidades e precisem ser complementados por um regime mais abrangente, tal como aquele usualmente fornecido pelo Direito nacional. Mas o inverso também é possível: os Princípios UNIDROIT podem servir como "meio de interpretação e complemento do Direito doméstico". Os julgadores, se autorizados a fazê-lo, podem aplicar os Princípios UNIDROIT em situações em que os contratantes não tenham feito escolha de Direito, ao invés de recorrer aos mecanismos conflituais.

78. Para alguns juristas, os Princípios UNIDROIT são considerados a peça central do debate em torno da *lex mercatoria*. Outros os consideram a codificação de princípios gerais e da *lex mercatoria*. De fato, esta era uma das formas de utilização contempladas por seus redatores, que anteciparam sua utilização por árbitros e juízes chamados a decidir com base no indefinido "usos e costumes internacionais" ou "princípios comerciais internacionais gerais"[78].

79. Para os tribunais judiciais e arbitrais, os Princípios UNIDROIT podem fornecer o critério necessário para interpretar e complementar os instrumentos internacionais existentes, tais como a CISG, assim como o Direito nacional, tanto em contexto internacional como doméstico.

---

[76] Ver Estrella Faria, J.A., The Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws. (2016) 21 Uniform L. Rev. 238.

[77] Princípios UNIDROIT Artigo 1.11, Comentário 4. **Nota do tradutor**: na tradução para o português dos Princípios UNIDROIT, adotou-se os termos "devedor" e "credor". Ver: https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/other-languages/portuguese-black-letter.

[78] *Lex mercatoria* e princípios gerais são discutidos adiante na Parte Seis sobre Direito não estatal.

C. Unificação do Direito Contratual nos processos de integração regional

80. Quase que simultaneamente, um grupo de acadêmicos, conhecido como a Comissão Europeia de Direito Contratual – muito dos quais também envolvidos na redação dos Princípios UNIDROIT – iniciaram o desenvolvimento de um instrumento de Direito uniforme. Ainda que não governamental, o grupo incluía representantes de diversos Estados membros da UE. Seus esforços redundaram em um trabalho conhecido como Princípios do Direito Contratual Europeu ("PECL")[79]. Vários dispositivos dos PECL são idênticos ou muito similares aqueles dos Princípios UNIDROIT. Além das regras, comentários e exemplificações, os PECL contêm notas valiosas sobre o Direito comparado europeu. Embora os PECL já tenham sido utilizados por muitos tribunais judiciais e arbitrais, ainda não receberam qualquer reconhecimento formal da UE[80].

81. Outra iniciativa acadêmica resultou no instrumento de *soft law* conhecido como *Draft Common Frame of Reference* ("DCFR"), cuja técnica de redação foi muito similar àquela utilizada pelos PECL[81]. O Parlamento Europeu elogiou a apresentação do DCFR em 2008 e, enquanto o reconhecia como "um documento meramente acadêmico" com os próximos passos sendo "um exercício altamente político", destacava que, no futuro, o documento poderia variar "de uma ferramenta legislativa não cogente para o fundamento para um instrumento opcional no Direito Contratual europeu"[82].

82. Estas duas iniciativas, os PECL e o DCFR, podem conduzir, no futuro, ao desenvolvimento de instrumentos adicionais que incluam a possibilidade de escolha dos PECL como Direito aplicável, o que Roma I atualmente não permite. Em seu preâmbulo, Roma I reconhece a possibilidade de incorporação por referência e, caso a UE adote normas de Direito material, a possibilidade de escolha de tais normas[83].

83. Por comparação, nas Américas, os esforços de integração regional não promoveram qualquer iniciativa de Direito uniforme, embora algumas tentativas tenham sido feitas[84]. Digno de nota é o Artigo 1º do Tratado de Assunção (que cria o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL), cujo texto declara objetivo neste sentido, ainda que não realizado até o momento[85].

---

[79] https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/; Cf. Ole Lando e Hugh Beale (eds.), Principles of European Contract Law Parts I and II. Kluwer Law International, 2000.

[80] Ver a discussão em Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, Brussels, 11.07.201. COM(2001) 398 Final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52001DC0398.

[81] Von Bar, Clive, Schulte-Nölke et al. (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2008.

[82] Resolução do Parlamento europeu de 3 de setembro de 2008 sobre o *Common Frame of Reference for European contract law*. Jornal Oficial da União Europeia, C 295 E/91. 4.12.2009.

[83] Parágrafos preambulares 13 14, respectivamente. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD). Texto disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52011PC0635.

[84] Exemplos incluem os Princípios Latino-americanos de Direito dos Contratos, uma iniciativa que envolve juristas da região; texto disponível em: http://pldc.uexternado.edu.co/. Uma recém chegada ao campo da codificação é a Organização para a Harmonização do Direito Mercantil no Caribe ("OHADAC"), cujo trabalho para preparar os Princípios OHADAC sobre os contratos comerciais internacionais pode contribuir para se angariar apoio dos países do Caribe; texto disponível em: http://www.ohadac.com/.

[85] O Tratado estabelece o Mercado Comum entre a República da Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Mercado Comum do Sul – MERCOSUL) 2140 UNTS 257. O Artigo 1° refere-se ao compromisso dos Estados membros "de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.". **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0350.htm.

D. Iniciativas de Harmonização do Setor Privado

84. A harmonização é promovida não apenas por organizações públicas, muitas iniciativas do setor privado também contribuem para este fim.

85. Um tipo de instrumento é referido como termos *standards*. A CCI promove, notadamente, vários instrumentos normativos que podem ser incorporados, por referência, em contratos[86]. Os exemplos disso incluem os *International Commercial Terms* ou "INCOTERMS"[87] e o *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* ou "UCP" [88]. Ainda que instrumentos tais como estes sejam, geralmente, suficiente e satisfatoriamente neutros na forma e conteúdo, eles fornecem, em razão de seu limitado escopo, apenas uma solução parcial. Além disso, eles presumem a existência de um abrangente quadro normativo que rege os contratos. Não obstante, tanto os INCOTERMS como a UCP são, por muitos, considerados altamente bem sucedidos, em parte, porque eles são especializados e bastante focados, e em parte, porque a organização que os promulga tem a habilidade de alterá-los em resposta às mudanças nas circunstâncias comerciais.

86. Outra ferramenta é o contrato *standard* aceito em setores econômicos específicos. Um exemplo disso são as *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* (1987), preparadas sob os auspícios da Federação Internacional de Engenheiros Consultores ("FIDIC"), comumente conhecido como "Contrato FIDIC". Outro exemplo inclui os formulários de contratação internacional *standard* da Associação de Comércio de Grãos e Alimentos ("GAFTA"), que são amplamente usados no comércio internacional de produtos agrícolas. Na área financeira, a utilização do *Global Master Repurchase Agreement* publicado pela Associação Internacional de Mercado de Capitais destaca-se internacionalmente, assim como o *ISDA Master Agreement for Derivative Contracts* publicado pela Associação Internacional de Swaps e Derivativos[89].

87. Contratos modelo também são desenvolvidos por organizações intergovernamentais e não governamentais; um exemplo é o *Model Contract for the International Commercial Sale of Goods*, elaborado pelo Centro de Comércio Internacional[90].

88. Estes contratos *standard* podem apresentar problemas dentro de um quadro geral do Direito Contratual. Como normalmente eles são preparados por ou para entidades empresariais operando nos principais centros comerciais globais, eles podem ter limitada utilidade para outras aplicações. Além disso, na maioria dos casos o conteúdo é formulado unilateralmente, ou em benefício unilateral e a redação é influenciada, inevitavelmente, pelos conceitos de seus países de origem.

89. Também estão disponíveis "códigos de conduta" preparados tanto por entidades privadas como por organizações intergovernamentais e que constituem compilações de regras de temas e indústrias específicos. Eles são caracterizados pela flexibilidade, cumprimento voluntário e autogovernança, ao invés de regulação estatal. Um exemplo é o *International Code of*

---

[86] Para informação sobre a CCI, ver a nota 26 e: https://iccwbo.org/about-us/.
[87] Para informação sobre os INCOTERMS, ver: https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/.
[88] Para informação sobre a UCP, ver: http://store.iccwbo.org/icc-uniform-customs-and-practice-for-documentary-credits.
[89] Ver http://fidic.org/; https://www.gafta.com; https://www.icmagroup.org; https://www.isda.org.
[90] International Trade Centre, Geneva 2010. Model Contracts for Small Firms: Legal Guidance to Doing International Business. Chapter 3. International Commercial Sale of Goods. http://www.intracen.org/itc/exporters/model-contracts/.

Advertising and Marketing Communication Practice desenvolvido pela CCI[91]. Um exemplo da Cadeia Internacional de Factors é o *Code of International Factoring Customs*[92].

90. Associações de Advogados, tais como a *International Bar Association* ("IBA"), a *American Bar Association* ("ABA"), e a *Union Internationale des Avocats* ("UIA"), também formulam "normas privadas de *soft law*". Um exemplo são as *IBA's Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, utilizadas mundialmente[93].

91.Outras organizações não governamentais como o ALI, o Instituto de Direito Europeu/Grupo Europeu de Direito Internacional Privado ("EGPIL/GEDIP") e a Associação Americana de Direito Internacional Privado ("ASADIP") em conjunto com a comunidade acadêmica, também colaboraram em vários esforços de codificação que foram realizados, no passar dos anos, pela UNCITRAL, pelo UNIDROIT, pela HCCH e pela OEA. Algumas delas até mesmo promoveram suas propostas de *soft law*, tais como os Princípios A SADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça ("Transjus")[94].

E. Textos Arbitrais e Direito Aplicável aos contratos comerciais internacionais.

92. A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 ("Convenção de Nova Iorque") foi celebrada dentro do quadro normativo das Nações Unidas e atualmente conta com 159 Estados contratantes de todos os continentes[95]. Ainda que o instrumento anteceda a criação da UNCITRAL, atualmente se encontra dentro do escopo de atuação do Grupo de Trabalho sobre arbitragem internacional da Comissão. A Convenção de Nova Iorque não aborda, diretamente, o tema do Direito aplicável a um contrato internacional submetido à arbitragem; contudo, ela reconhece a possibilidade de os contratantes escolherem o Direito aplicável à validade da cláusula arbitral, assim como aquele aplicável ao procedimento arbitral. Ela também determina que, na ausência de escolha dos contratantes, o Direito da sede da arbitragem será o "Direito da arbitragem".

93. Além disso, a UNCITRAL editou o Guia da Secretaria relativo à Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (2016) e uma Recomendação em relação à interpretação do Artigo 2º, parágrafo 2º e Artigo 7º, parágrafo 1º da Convenção[96]. Estes instrumentos de *soft law* são ferramentas úteis para interpretar e complementar a Convenção de Nova Iorque.

94. A Lei-modelo da UNCITRAL (1985) com os acréscimos adotados em 2006, foi inspirada na Convenção de Nova Iorque. Ela estabelece o regime dos vários estágios da arbitragem: da convenção, à composição, competência e âmbito de intervenção do tribunal arbitral; ao

---

[91] Advertising and Marketing Communication Practice (Consolidated ICC Code) 2011. Texto disponível em: https://iccwbo.org/publication/advertising-and-marketing-communication-practice-consolidated-icc-code.

[92] Sommer, H.J., Factoring, International Factoring Networks and the FCI Code of International Factoring, in (1998) 3 Uniform L. Rev 685-691. https://doi.org/10.1093/ulr/3.2-3.685; https://fci.nl/en/solutions/factoring/model-law-for-factoring.

[93] International Bar Association, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 2010 edition. https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_30June_2010_Enews_Taking_of_Evidence_new_rules.aspx.

[94] Texto aprovado pela Assembleia da ASADIP em Buenos Aires, 12 de novembro de 2016. http://www.asadip.org/v2/?page_id=231.

[95] Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Assinada em 10 de junho de 1958, entrou em vigor em 7 de junho de 1959. 330 UNTS 3. *Status* atual disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. **Nota do tradutor**: Texto em português disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm.

[96] Texto dos Documentos arbitrais da UNCITRAL disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration.html.

reconhecimento e execução da sentença arbitral. Emendas foram introduzidas em 2006 que relaxaram as formalidades exigidas da convenção arbitral para medidas provisórias e providências cautelares. A Nota Explicativa do Secretariado da UNCITRAL é uma ferramenta útil para interpretar e complementar a Lei-modelo da UNCITRAL.

95. Ao contrário da Convenção de Nova Iorque, a Lei-modelo da UNCITRAL aborda, especificamente, o Direito material aplicável aos contratos submetidos à arbitragem. O Artigo 28 endossa o princípio da autonomia da vontade ao mencionar "as normas de Direito escolhidas pelas partes" incluindo "qualquer designação do Direito ou do sistema jurídico de um determinado Estado". Ela também aborda as situações em que nenhuma escolha tenha sido feita e inclui uma declaração geral que se refere à necessidade de os árbitros aplicarem os termos contratuais e de levarem em consideração, em todos os casos, os usos relevantes.

96. A Convenção de Nova Iorque foi celebrada ou ratificada por quase todos os Estados das Américas[97] e a Lei-modelo da UNCITRAL promoveu a harmonização pela inspiração de reformas legislativas ao redor do continente[98]. Por meio da criação de um quadro normativo comum, a UNCITRAL encorajou vários Estados a incorporar este modelo aos seus Direitos domésticos, assim como a modernizar as suas práticas arbitrais de acordo com os padrões internacionais. Este esforço contribuiu significativamente para promover a aceitação do princípio da autonomia da vontade na região e o reconhecimento da utilidade de instrumentos globais de Direito uniforme para os contratos comerciais internacionais.

3.0 Os legisladores são encorajados, no curso de qualquer revisão do regime jurídico doméstico aplicável ao Direito que rege os contratos comerciais internacionais e das normas conflituais em geral, a levar em consideração os avanços que foram feitos no método de uniformização do Direito e a considerar a utilização de instrumentos de Direito uniforme, em conjunto com as normas conflituais, como suplementares e complementares na aplicação e interpretação do Direito internacional privado.

[97] As exceções são Belize, Granada, Saint Kitts e Nevis, Santa Lúcia e Suriname.

[98] Lei-modelo de Arbitragem da UNCITRAL. *Status* atual disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. De acordo com o site, uma legislação baseada na Lei-modelo foi adotada nos seguintes Estados membros da OEA: Canadá (Federação e todas as províncias e territórios), Chile, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Peru, Estados Unidos da América (apenas em alguns estados) e Venezuela. A Argentina também adotou uma nova legislação (Lei de Arbitragem, promulgada em 26 de julho de 2018). Aparentemente o Uruguai também aprovou uma legislação adotando a Lei-modelo. http://ciarglobal.com/uruguay-aprobado-por-el-senado-el-proyecto-de-ley-de-arbitraje-comercial-internacional/.

2.9 Parte Quatro – Interpretação uniforme

I. Direito conflitual e Textos Uniformes

97. São necessários muitos recursos e considerável esforço para se desenvolver textos harmonizados de Direito conflitual e de Direito uniforme. Contudo, não basta que os dispositivos internacionais e domésticos sejam similares. O objetivo pretendido de harmonização por meio de instrumentos internacionais pode falhar se os dispositivos forem interpretados apenas sob uma perspectiva doméstica e não comparada.

98. Para enfrentar este desafio, em anos recentes ocorreu o aumento na inclusão de instruções nos instrumentos de Direito uniforme para se encorajar os tribunais a levar em consideração a natureza internacional destes instrumentos e a necessidade de se promover sua execução uniforme. Um exemplo disso é o Artigo 7.1 da CISG que declara "na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional." Este dispositivo, por sua vez, inspirou o Artigo 1.6 dos Princípios UNIDROIT, que contém redação semelhante.

99. Vários instrumentos de Direito conflitual se referem à necessidade de se levar em consideração sua natureza internacional e o desejo de interpretações uniformes. Um exemplo é a Convenção de Roma (Artigo 18). Ainda que Roma I não contenha tal dispositivo, uma vez que é uma regulamentação, sua interpretação uniforme é obrigatória, com fundamento no Artigo 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ("TFUE"). Esta é uma importante diferença para a interpretação uniforme de outras regiões. A este respeito, a Corte de Justiça da UE contribui para a interpretação uniforme de Roma I por meio das chamadas "Decisões preliminares" tomadas a pedido de um tribunal de um dos Estados membros.

100. Na Convenção da Cidade do México, o preâmbulo expressa o desejo de "prosseguir o desenvolvimento e codificação do direito internacional privado" e a "conveniência de harmonizar as soluções para as questões relacionadas com o comércio internacional" e que, diante da necessidade de fomentar a interdependência econômica e integração regional, "é necessário facilitar a contratação internacional removendo as diferenças que seu contexto jurídico apresenta".

101. Os objetivos expressos nestas declarações preambulares podem ser concretizados naqueles Estados que decidem ratificar o instrumento ou, alternativamente, incorporar suas soluções em seus respectivos Direitos domésticos. Contudo, apenas tais atos formais não são suficientes; também deve existir interpretação uniforme dos dispositivos formalmente adotados. Como orientação neste sentido, o Artigo 4º da Convenção da Cidade do México declara: "Para os efeitos de interpretação e aplicação desta Convenção, levar-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação."

102. Apesar de os Princípios da Haia não conterem um dispositivo similar a este da Convenção da Cidade do México, em razão da natureza de *soft law* daquele instrumento, o objetivo de harmonização é evidente em todo o documento uma vez que ele contém dispositivos que podem ser adotados por contratantes ao redor do mundo, em exercício da autonomia da vontade. Além disso, os parágrafos 2º, 3º e 4º do preâmbulo declaram que "Os Princípios podem ser usados como modelo para instrumentos nacionais, regionais, supranacionais ou internacionais" e "podem ser usados para interpretar, suprir e desenvolver normas de Direito internacional privado" e "podem ser aplicados por tribunais judiciais e arbitrais". Acredita-se que o uso generalizado dos Princípios da Haia conduzirá a uniformidade de interpretação de acordo com

suas regras. Como o termo “desenvolver”, utilizado pelos Princípios da Haia, não é encontrado em outros textos como a CISG (Artigo 7(1)), Lei-modelo da UNCITRAL (Artigo 2(A)(1)) ou a Convenção da Cidade do México (Artigo 4º), sua utilização sugere o possível impacto dos Princípios da Haia em regras domésticas, arcaicas e imprevisíveis, de Direito internacional Privado. Uma declaração que pode ser considerada “revolucionária”.

103. A interpretação uniforme de textos internacionais é também facilitada por meio da coleção e disseminação de decisões judiciais e arbitrais[99].

II. Direitos domésticos

104. O tema da interpretação uniforme, usualmente, não é abordado de forma expressa no Direito Internacional privado doméstico. Contudo, na Venezuela, o Artigo 4º da Convenção da Cidade do México é reconhecido como um princípio de Direito internacional privado geralmente aceito, que também já foi replicado na legislação doméstica venezuelana sobre Direito internacional privado. Na Argentina, o Artigo 2595 do novo Código Civil e Comercial faz referência ao “diálogo de fontes”, que envolve um esforço de Direito comparado.

105. Os legisladores podem reconhecer e fomentar o objetivo da harmonização, seja por meio da inclusão de linguagem preambular, seja pela adoção de regras expressas neste sentido. Um exemplo do primeiro método seria a lei paraguaia, que, em sua “Declaração de Motivos”, expressamente declara que o texto final dos Princípios da Haia “foram reproduzidos quase que inteiramente por esta lei”. Um exemplo do segundo método seria a introdução de texto em linha com o Artigo 4º da Convenção da Cidade do México, como um dispositivo similar ao Artigo 2.A da Lei-modelo da UNCITRAL, tal como emendado em 2006, que prevê: “(1) Na interpretação da presente Lei, devem ser levadas em consideração sua origem internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e a observância da boa-fé. (2) Questões relativas a matérias reguladas por esta Lei, que não estejam expressamente nela referidas, devem ser resolvidas em conformidade com os princípios gerais em que esta Lei se baseia.”.

4.1 Os legisladores são encorajados, no curso de qualquer revisão do regime jurídico doméstico aplicável ao Direito que rege os contratos comerciais internacionais e das normas conflituais em geral, a levar em consideração o objetivo geral de unificação e harmonização do Direito dentro do processo de integração regional e global.

4.2 Os julgadores, tanto do âmbito público do Judiciário como no âmbito privado da arbitragem, são encorajados a levar em consideração as vantagens da interpretação uniforme dos instrumentos jurídicos internacionais que são usados para solucionar os conflitos relativos aos contratos comerciais internacionais e a considerar o desenvolvimento e disseminação, neste aspecto, da jurisprudência internacional.

4.3 Os contratantes e seus consultores devem levar em consideração que os instrumentos aplicáveis aos seus específicos casos podem fornecer soluções diferentes daquelas recomendadas neste Guia e que os julgadores, em algumas jurisdições, podem não seguir a recomendação literal recomendada.

[99] Para a discussão envolvendo banco de dados online, veja o Anexo, Banco de Dados e Fontes Eletrônicas.

2.10 Parte Cinco – Âmbito de aplicação do Guia

I. Direito aplicável[100]

106. Uma das principais questões no curso de qualquer negociação privada transfronteiriça é qual o Direito material a ela aplicável. O âmbito de aplicação deste Guia abrange os contratos comerciais internacionais nos quais os contratantes tenham feito a escolha do Direito aplicável e aqueles em que não a realizaram (ou a sua escolha é ineficaz). Isto é consistente com o âmbito de aplicação da Convenção da Cidade do México, que aborda ambas as situações, por comparação com os Princípios da Haia, cuja aplicação se limita às situações em que uma escolha tenha sido feita.

107. A escolha do foro (ou uma "cláusula de eleição de foro"), que é distinta da escolha do Direito aplicável ao contrato, não está no âmbito de aplicação deste Guia. No campo da arbitragem, a eleição da sede da arbitragem é abordada pela Convenção de Nova Iorque e, em caso de disputas perante tribunais, a Convenção da Haia sobre os acordos de eleição de foro[101] pode fornecer uma orientação.

II. "Contrato" no Direito Comparado

108. O conceito de "contrato" não é mundialmente homogêneo. Apesar das diferenças conceituais entre os vários Direito materiais, no contexto do Direito conflitual, o conceito de "contrato" (ou "obrigações contratuais") é universalmente utilizado e é, geralmente, entendido como se referindo ao arranjo voluntário entre duas ou mais partes, que é juridicamente executável como um negócio jurídico obrigatório (ou uma obrigação legal cogente).

109. Algumas relações que gerariam responsabilidade contratual nos termos de um determinado regime jurídico podem ser consideradas, em outros, fora da esfera contratual. Esta situação pode ser exemplificada pelo transporte gratuito de pessoas. Em alguns regimes jurídicos, a responsabilidade do motorista pela segurança do passageiro é um dever não contratual, enquanto em outros ela se constitui em uma obrigação contratual. Outro exemplo é aquele de um instrumento de comércio exterior comumente utilizado – como as promessas unilaterais e as letras de câmbio – que são consideradas contratuais em alguns Estados, incluindo os Estados Unidos da América, mas não em outros. Além disso, em alguns sistemas jurídicos, a responsabilidade em certas matérias pode ser, ao mesmo tempo, tanto contratual como não contratual.

110. O tema do conceito de "contrato", para além de ser meramente acadêmico, é eminentemente prático. Ele determina as situações que são, ou não, cobertas pelos dispositivos legais que regem os contratos internacionais. Este problema pode ser abordado de duas formas.

---

[100] A expressão "*derecho aplicable*" é usada na versão em espanhol da Convenção da Cidade do México ao invés de "*ley applicable*", que seria a tradução literal da expressão inglesa "applicable law". Em inglês, "*law*" é um termo com maior amplitude que a expressão espanhola "*ley*", uma vez que além da legislação, ele inclui também os precedentes judiciais, costumes e outras manifestações. Quando o Secretariado da HCCH discutiu este tópico e ofereceu uma tradução não oficial dos Princípios da Haia, concluiu que o termo "*ley aplicable*" era mais difundido na Espanha, enquanto em outros países hispanófonos a expressão "*derecho aplicable*" é mais comum. **Nota do tradutor**: nesta tradução optou-se pelo termo "*Direito aplicável*" que é mais amplo, pois abrange iniciativas não legislativas, embora se reconheça que entre a doutrina brasileira, é usual a expressão "lei aplicável".

[101] Convenção da Haia sobre os acordos de eleição de foro. (30 de junho de 2005). Texto disponível em: https://assets.hcch.net/docs/510bc238-7318-47ed-9ed5-e0972510d98b.pdf. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=98.

Utilizando-se a tradicional abordagem do Direito conflitual, a solução será encontrada no Direito doméstico aplicável. Contudo, esta abordagem apresenta desvantagens intransponíveis quando os resultados são incompatíveis.

111. A abordagem alternativa é buscar uma solução no Direito uniforme. Apesar de os Princípios UNIDROIT não fornecerem orientação neste tema, os PECL declaram no Artigo 1:107 que os Princípios são aplicáveis por analogia a acordos para emendar ou extinguir contratos, a promessas unilaterais e a todas as outras declarações ou ações que denotam vontade. A Convenção de Roma e Roma I também não são claras sobre este ponto[102].

112. Isto ocorre, em parte, porque as doações são consideradas contratos nos Estados de *civil law*, mas não o são nos sistemas de *common law*. Contudo, de acordo com o Direito dos Estados Unidos da América, uma promessa pode gerar obrigações se houve confiança na doação prometida, sob certas circunstâncias e com consequências excepcionais[103]. A Convenção de Roma inclui as doações não realizadas de acordo com o Direito de família, como declarado no comentário oficial.

113. Durante as negociações da Convenção da Cidade do México, concordou-se que o termo "contratos internacionais" incluíam o conceito de "declarações unilaterais de vontade"[104]. Contudo, de acordo com o Artigo 5º do texto final, atos unilaterais – tais como títulos de dívida, por exemplo – não estão incluídos. Os contratos não comerciais, tais como as doações, também estão excluídos, uma vez que o texto interamericano aborda apenas os empreendimentos comerciais[105].

III. Contrato "Comercial" Internacional

114. O âmbito de aplicação deste Guia é limitado aos contratos comerciais internacionais. Apesar de alguns sistemas jurídicos distinguirem os tipos de atividades em "civis" e "comerciais", esta não era a intenção deste instrumento. Ao invés disto, pretende-se excluir os "contratos de consumo", que frequentemente estão sujeitos a normas imperativas no âmbito da legislação

---

[102] Por exemplo, ambas excluem as letras de câmbio, os cheques e as notas promissórias. Elas também excluem instrumentos negociáveis, na medida em que as obrigações decorrentes destes instrumentos resultem de seu caráter negociável, o que é determinado pelo Direito do foro. Contudo, elas podem ser levadas em consideração na interpretação da vontade tácita ou implícita dos contratantes de modo a determinar o Direito aplicável (Artigo 1º, parágrafo 2.d de Roma I e Artigo 1º, parágrafo 2.c da Convenção de Roma). O comentário oficial também declara que a Convenção de Roma abrange as ofertas, aceitações, promessas de contratos, notificações de extinção do contrato, cancelamento de débito, denúncias e declarações de extinção. Não é abordado o compromisso unilateral que não esteja relacionado a um contrato, tal como o reconhecimento de dívida não contratual ou o ato unilateral de constituir, transferir ou extinguir um direito real. O TJUE declarou que "o conceito de ´matéria contratual´, que aparece no Artigo 5(1) da Convenção de Roma, não pode ser entendido como se referindo a uma situação na qual não exista compromisso que tenha sido livremente assumido por uma parte em relação a outra..." (em referência ao critério de jurisdição em matérias contratuais no Reg. 44/2001). Frahuil SA v Assitalia SpA, CJEU, 5 de fevereiro de 2004, Caso C-265/02. Também declarou que "... uma obrigação jurídica (é) livremente consentida por uma pessoa em respeito a outra..." Petra Engler v. Janus Versand GmbH, CJEU, 20 de janeiro de 2005, Caso C-27/02. Os textos dos casos estão disponíveis em: https://eur-lex.europa.eu. A relação subjacente a uma promessa em uma letra de câmbio pode ter origem contratual, mas, mesmo o Direito aplicável a instrumentos negociáveis não deveria ser confundido com o Direito aplicável ao contrato subjacente. A distinção entre os aspectos contratuais e negociáveis de uma relação jurídica é utilizado para exemplificar a exclusão feita pelo Artigo 1(2)(b) do instrumento de Roma I para diferenciar os aspectos negociáveis das obrigações evidenciadas pela letra de câmbio, cheque ou nota promissória (que não são regidos por Roma I) dos aspectos contratuais (que são regidos).

[103] A doutrina conhecida por "*promissory estoppel*", explicada na seção 90 do *Restatement* (*Second*) *of Contracts*.

[104] Relatório sobre a Reunião dos Especialistas, nota 19.

[105] Estas e outras exclusões são consideradas adiante, na Seção V.

protetiva do consumidor; e os "contratos de trabalho", que geralmente são sujeitos a tratamento especial dentro do Direito do trabalho.

IV. Contrato Comercial "Internacional"

A. Antecedentes

115. A determinação de quando um contrato é internacional apresenta desafios que foram abordados de diferentes formas. (1) Uma abordagem considera se os contratantes residem habitualmente ou se são domiciliados ou sediados em diferentes Estados[106], ou não. (2) Alternativamente se analisa a transferências das mercadorias de um Estado para outro ou se a oferta e aceitação ocorreram em dois diferentes Estados, ou se a formação do contrato ocorre em um Estado e a execução em outro. (3) Uma posição mais abrangente considera que a existência de qualquer elemento estrangeiro internacionaliza o contrato. Também existem critérios mistos, tais como os seguidos, por exemplo, pela Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias[107].

116. Instrumentos regulatórios recentes, tanto dos contratos comerciais internacionais como da arbitragem internacional, utilizam a expressão "internacional" em um sentido amplo. Em geral, é suficiente que os contratantes estejam estabelecidos ou tenham residência em diferentes jurisdições, ou que o lugar de execução ou de finalidade do contrato seja fora do Estado onde os contratantes estejam estabelecidos (ver adiante, contudo, a discussão concernente a "estabelecimento"). A classificação como internacional, geralmente, exclui apenas aqueles negócios nos quais todos os elementos relevantes estejam conectados a um único Estado. Uma abordagem similar é adotada pelos Princípios da Haia, conforme adiante se discutirá.

117. O tema não é abordado nem pelos Tratados de Montevidéu, nem pelo Código Bustamante. De forma similar, tanto a Convenção de Roma, como Roma I não abordam a matéria, pelos menos não de forma direta; ambos os instrumentos se referem, meramente, no Artigo 1.1, a obrigações contratuais em situações envolvendo Direito conflitual.

B. Convenção da Cidade do México

118. O instrumento interamericano expressamente declara "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." (Artigo 1º, parágrafo 2º). Assim, a Convenção da Cidade do México oferece duas abordagens alternativas: uma relacionada ao lugar de residência ou estabelecimento dos contratantes e, outra, focada no contrato, propriamente dito, e nas conexões objetivas com mais de um Estado. Uma vez que as duas possibilidades estão conectadas pela conjunção "ou", o contrato é considerado internacional se qualquer uma delas for preenchida. A definição inclui três termos que serão analisados nos parágrafos seguintes.

---

[106] Artigo 4º, Roma I, nota 13.

[107] Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Concluída em 1º de julho de 1964, entrando em vigor em 18 de agosto de 1972. 834 UNTS 107. Texto disponível em: https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964.

1. “Residência habitual”

119. A Convenção da Cidade do México utiliza o termo “residência habitual” ao invés de outros termos que criaram controvérsia na contratação internacional. Um destes termos problemáticos é o “domicílio”, que, em alguns sistemas jurídicos, exige o ânimo ou intenção de se estabelecer no lugar, adicionalmente à natureza habitual da residência.

120. A Convenção da Cidade do México não aborda situações particulares, como uma residência alternativa em um diferente Estado ou uma mudança de residência após a celebração do contrato[108]. Os Princípios da Haia expressamente abordam a questão. O Artigo 12 declara que o estabelecimento relevante é “aquele que tenha a relação mais estreita com o contrato, no momento de sua celebração”.

2. “Estabelecimento”

121. Para pessoas jurídicas, a Convenção da Cidade do México utiliza o termo “estabelecimento”, mas deixa de esclarecer se ele se refere ao principal estabelecimento. A tradução para o inglês do Artigo 1º foi criticada porque o termo “*establishment*” foi utilizado como uma tradução direta do termo espanhol “*establecimiento*” ao invés de “*principal place of business*”, que é o termo, em geral, conhecido nos sistemas jurídicos de língua inglesa e que foi utilizado no Artigo 12.

122. O desafio de encontrar o termo apropriado destaca as diferenças entre as tradições jurídicas. O debate está em curso há algum tempo em diferentes fóruns e durante a redação de vários instrumentos internacionais. Em alguns sistemas jurídicos, o lugar onde uma empresa é incorporada pode ser escolhido por razões específicas, como, por exemplo, para fins de planejamento tributário. Sob tais circunstâncias, apesar de o local de incorporação poder ser considerado o estabelecimento comercial, ele pode não corresponder, necessariamente, ao principal local de negócios.

123. De acordo com o relatório da reunião de Tucson que antecedeu a CIDIP-V e a adoção da Convenção da Cidade do México, solicitou-se que o texto abordasse aquelas situações nas quais um contratante tivesse estabelecimentos em mais de um Estado, casos nos quais a internacionalidade do contrato poderia ser determinada com base no estabelecimento com conexão mais estreita com as obrigações contratuais para as quais o Direito aplicável estivesse sendo determinado[109]. Contudo, a proposta acabou não sendo incluída no texto final.

124. Vinte anos depois, a sugestão foi expressamente endossada no Artigo 12 dos Princípios da Haia (ver discussão adiante). Isto pode servir como auxílio interpretativo ou como um modelo para os legisladores, à luz do silêncio do instrumento interamericano a este respeito.

3. “Vinculações objetivas/Conexões mais estreitas”

125. A Convenção da Cidade do México declara que um contrato é considerado internacional “quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte” (Artigo 1º, parágrafo

---

[108] Contudo, tais questões podem ser resolvidas por referência a outros instrumentos, por exemplo, Roma I, que utiliza a expressão “residência habitual” tanto para pessoas naturais como para pessoas jurídicas, declara que o ponto relevante é “o momento de celebração do contrato” (Artigo 19 (3)). Quanto à residência habitual de uma pessoa física atuando no curso de sua atividade comercial, o ponto relevante seria “o seu principal local de negócios” (Artigo 19(1)).

[109] Relatório sobre a Reunião dos especialistas, nota 19.

2º). Esta foi uma tradução direta do termo em espanhol "*contactos objetivos*", e aqui também há problemas de linguagem; como foi sugerido, a expressão "*closer/closest connection*" deveria ter sido utilizada para se manter a consistência com a terminologia inglesa de outros instrumentos internacionais (por exemplo, a Convenção de Roma). As vinculações objetivas existem quando um contrato é celebrado (assinado) em uma jurisdição e executado em outra ou quando as mercadorias estejam localizadas em diferentes jurisdições.

C. Princípios da Haia

126. O instrumento prevê que "um contrato é internacional, salvo quando os contratantes tiverem seus estabelecimentos no mesmo Estado e a relação entre os contratantes e todos os demais elementos relevantes, independentemente do Direito escolhido, apresentarem unicamente conexão com esse Estado." (Artigo 1.2).

127. Assim, os Princípios da Haia adotam uma abordagem oposta daquela da Convenção da Cidade do México. Aqui um contrato é considerado internacional salvo se forem preenchidas as condições previstas no dispositivo, enquanto na Convenção da Cidade do México, o contrato é considerado internacional se forem preenchidas as condições previstas no dispositivo. Ainda que as definições e abordagens sejam inversas, os resultados são (ou deveriam ser) os mesmos.

128. Ainda que os Princípios da Haia também utilizem o termo "estabelecimento", os comentários anexos ("Comentários PH") (12.3) esclarecem que ele se refere a qualquer lugar "no qual o contratante tem mais do que uma presença fugaz" e que o termo inclui "o centro de administração ou gestão, sede, centros principais e secundários de negócios, sucursal, agência e qualquer outro lugar de negócios permanente e contínuo. A presença física do contratante, com um grau mínimo de organização econômica e permanência no tempo, é exigida para se considerar que um estabelecimento está constituído. Destarte, a sede estatutária de uma empresa, por si só, não configura um estabelecimento." Os Comentários PH (12.3) esclarecem, ainda, que o contratante, que tenha o seu principal estabelecimento em um Estado e desenvolva suas atividades comerciais em outro Estado exclusivamente por meio da internet, não deve ser considerado estabelecido neste último lugar.

129. Como explicado pelos Comentários PH (12.4), os Princípios da Haia não utilizam o termo "residência habitual" para incluir as pessoas físicas que atuem no âmbito da sua esfera privada, especialmente consumidores e trabalhadores. Para a pessoa física envolvida em atividades comerciais ou profissionais, o critério para determinar o estabelecimento é o mesmo utilizado para as pessoas jurídicas.

130. Como já destacado anteriormente, os Princípios da Haia preveem que "caso o contratante tenha mais de um estabelecimento, entende-se como o estabelecimento relevante para o propósito dos presentes Princípios aquele que tenha a relação mais estreita com o contrato, no momento de sua celebração" (Artigo 12). Este dispositivo se aplica tanto para pessoas físicas como jurídicas e está de acordo com a solução oferecida pelo Artigo 10(a) da CISG.

131. Além disso, o estabelecimento de um negócio é determinado quando o contrato é celebrado. De acordo com os Comentários PH, esta disposição respeita as legítimas expectativas dos contratantes e fornece segurança jurídica.

D. Relevância da escolha dos contratantes para a Internacionalidade

132. A incerteza permanece em relação ao efeito que a escolha do Direito aplicável pelos contratantes tem sobre a determinação da internacionalidade do contrato. O trabalho preliminar para a Convenção da Cidade do México descartou a ideia de que tal escolha, sozinha, poderia determinar a "internacionalidade"[110]. Contudo, o texto final da Convenção da Cidade do México deu origem a dúvidas sobre este ponto. Alguns especialistas entendem que a escolha do Direito aplicável, sozinha, é suficiente para internacionalizar um contrato. Outros consideram que a referência no Artigo 1º, parágrafo 2º à "vinculação objetiva" a mais de um Estado membro foi feita para evitar que a escolha dos contratantes, sozinha, tornasse um contrato internacional.

133. Os Comentários PH explicam que a definição negativa do Artigo 1.2 exclui, apenas, situações puramente domésticas, de forma a conferir o mais amplo âmbito possível para a interpretação do termo "internacional". Contudo, eles também declaram que "a escolha do Direito pelos contratantes não é um elemento relevante para determinar a internacionalidade" e que "os contratantes não podem conferir caráter internacional ao contrato somente pela escolha de um Direito estrangeiro como aplicável". Em contraste, Roma I permite que a internacionalização de um contrato se dê, simplesmente, pela escolha dos contratantes. Entretanto, tal escolha não pode transgredir norma imperativa do Estado onde todos os elementos relevantes do contrato estejam localizados (Artigo 3.3). Esta solução faz sentido na medida em que respeita ambos os princípios - a autonomia da vontade e as normas imperativas – com ênfase no primeiro, mas também reconhecendo as restrições impostas pelo último.

134. Uma abordagem abrangente para se determinar se um contrato é considerado "internacional" seria adotar o critério estabelecido no Comentário 1 do Preâmbulo dos Princípios UNIDROIT. Ainda que o termo "internacional" não esteja definido, o comentário declara que "o conceito de 'contratos internacionais'" deve ser interpretado no sentido mais amplo possível. Além disso, esta interpretação deve ser feita de tal forma "a excluir apenas as situações em que nenhum elemento internacional esteja envolvido, i. e., quando todos os elementos relevantes do contrato em questão estejam conectados a apenas um país". Esta abordagem, consistente com aquela adotada pelos Princípios da Haia como já destacado, aparenta ser uma tendência emergente que se evidencia tanto no Direito doméstico como nas arbitragens comerciais, como a seguir se discutirá.

135. Quando nenhum elemento internacional estiver presente, a justificativa para a autonomia da vontade para os contratos domésticos não está presente (porque não há incerteza quanto a aplicação do Direito doméstico ou necessidade de um terceiro Direito neutro). A abordagem de Roma I (e no Quebec, por exemplo) é permitir a designação de um Direito estrangeiro apenas, essencialmente, para temas não cogentes.

E. Internacionalidade em Direitos domésticos

136. O novo Código Civil e Comercial da Argentina, que entrou em vigor em agosto de 2015, não define os "contratos internacionais" em seus dispositivos de Direito internacional privado. A interpretação judicial, em casos anteriores a nova codificação, considerou um contrato internacional "se sua função é colocar em contato dois ou mais mercados nacionais, ou se existe

[110] Relatório da Reunião dos Especialistas, nota 19. A proposta original seguiu a abordagem europeia de que qualquer contrato envolvendo Direito conflitual seria internacional, o que foi rejeitado na Reunião dos Especialistas em Tucson; a escolha do Direito aplicável não seria suficiente para internacionalizá-lo – ele teria que ter "vinculação objetiva" a mais de um Estado (Ver também CJI/SO/II/doc.6/91).

uma conexão real de celebração ou execução no exterior"[111] e que "um contrato é nacional quando todos os seus elementos estão em contato com um sistema jurídico específico, enquanto para nosso Direito internacional privado de origem doméstica, um contrato é internacional quando é celebrado ou executado em diferentes Estados"[112].

137. De forma similar, no Brasil, a legislação relevante não contém definição geral para os contratos internacionais, com exceção da CISG. A interpretação judicial sobre o assunto é vacilante.

138. A legislação chilena adota uma abordagem mais restritiva da internacionalidade. A interpretação literal do Artigo 16 do Código Civil chileno e do Artigo 113 de seu Código Comercial conduziria ao resultado de que um contrato [somente] seria considerado internacional se ele tivesse sido celebrado em outro Estado e, pelos seus termos, deveria ser executado no Chile. Por analogia, um contrato celebrado em um Estado para implementação em outro também seria internacional, mesmo na ausência de definição de internacionalidade no contrato. Contudo, o Judiciário, optou por uma interpretação mais ampla. De acordo com recentes julgados das Cortes chilenas, um contrato também seria internacional se fosse concluído entre contratantes domiciliados ou sediados em vários Estados[113], se as mercadorias ou propriedade objeto do contrato estivessem localizadas em outro Estado ou "naqueles em que os contratantes são de diferentes nacionalidades e as mercadorias transitariam entre dois Estados"[114].

139. O novo Código de Direito internacional privado panamenho (2015) inclui critérios econômicos para determinar o *status* internacional de um contrato.

140. O Paraguai adotou a abordagem inspirada pelos Princípios UNIDROIT. O Artigo 2º da Lei paraguaia sobre Direito aplicável aos contratos internacionais determina que "a aplicação desta lei aos contratos internacionais deve ser interpretada no sentido mais amplo possível, excluindo-se apenas aqueles contratos em que todos os elementos relevantes tenham vinculação a um único Estado.". Em razão da amplitude da linguagem, é necessário indagar se a escolha dos contratantes seria, sozinha, suficiente para internacionalizar o contrato. Apesar disso parece possível, de acordo com a legislação paraguaia, se não houver outros elementos internacionais, a ordem pública seria utilizada para avaliar potencial restrição nesta escolha, de modo que o contrato seria considerado doméstico.

141. A legislação venezuelana de Direito internacional privado estipula, em seu Artigo 1º, em conjunto com outras fontes, o âmbito de sua aplicação, que seria limitado a "situações fáticas relacionadas a dispositivos legais estrangeiros." A lei não qualifica o tipo de conexão que a situação deve ter com sistemas jurídicos estrangeiros, assim, alguns doutrinadores sugeriram

---

[111] A frase é uma citação, pela Corte, do autor Boggiano, Private International Law (1978), pp. 471 e 517, in Sagemüller, Francisco v. Sagemüller de Hinz, Liesse et al. Segunda Câmara Cível e Comercial de Paraná (Entre Ríos), 10 de Agosto de 1988, citado em Fallos DIPr, Jurisprudencia Argentina de Derecho Internacional Privado, 18 de maio de 2007. http://fallos.diprargentina.com/2007/05/sagemller-c-sagemller-de-hinz.html. O caso dizia respeito a uma venda de ações de uma Companhia estabelecida na Argentina, por um contrato de venda executado (assinado) na Alemanha, com pagamento realizado na Suíça.

[112] Terceira Câmara Comercial da Corte Nacional, 27 de outubro de 2006.

[113] Marlex v. European Industrial Engineering, Suprema Corte, 28 de julho de 2008, Decisão n° 2026-2007; Exequatur Cubix v. Markvision, Suprema Corte, 20 de agosto de 2014, Decisão n° 10890-2014.

[114] Cruz Barriga v. Integral Logistics Society, Suprema Corte, 25 de agosto de 2010, Decisão n° 1699-2009. Decreto-lei n° 2.349, que estabelece regras para os contratos internacionais do setor público, define a natureza internacional dos contratos em relação ao principal centro de negócios da contraparte contratante do Estado do Chile, sem exigir que o contrato tenha sido celebrado no exterior: o mencionado padrão se refere aos "... contratos internacionais relacionados com negócios e operações de caráter patrimonial que o Estado ou seus órgãos, instituições e companhias celebram com organismos, instituições ou companhias estrangeiras ou internacionais, cujo principal centro de negócios seja no exterior."

que qualquer elemento estrangeiro seria suficiente para o contrato ser considerado internacional, inclusive a nacionalidade dos contratantes. O critério econômico também foi considerado aceitável, Uma decisão da Câmara Política e Administrativa da Suprema Corte de Justiça, em 1997, declarou que "a natureza internacional do negócio deve ser estabelecida em seu sentido mais amplo. Desta forma, deve-se levar em consideração todos os possíveis fatores – tanto objetivos como subjetivos – relacionados aos contratantes e à relação em disputa, sejam eles jurídicos (nacionalidade, domicílio, lugar de celebração) ou econômicos (transferência de dinheiro para o exterior, deslocamento de mercadorias ou serviços)."[115] A maior parte da doutrina venezuelana descartou a possibilidade de se internacionalizar um contrato pela mera escolha de Direito estrangeiro, ao contrário, tem-se entendido que a internacionalidade é um requisito para o exercício da autonomia da vontade.

F. Internacionalidade na Arbitragem Comercial

142. O caráter internacional de uma arbitragem pode conduzir a internacionalização do contrato se forem considerados os amplos poderes dos árbitros em relação ao Direito aplicável ao mérito da disputa.

143. A Lei-modelo da UNCITRAL determina, em seu Artigo 1(3), que "Uma arbitragem é internacional se: a) as partes em uma convenção arbitral tiverem, no momento de sua conclusão, seus locais de negócios em diferentes Estados; ou b) um dos seguintes locais estiver situado fora do Estado no qual as partes tenham seus locais de negócios: (i) o local da arbitragem, se determinado na, ou de acordo com, convenção arbitral; (ii) qualquer local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto da disputa tenha vinculação mais estreita; ou c) as partes tiverem expressamente convencionado que o objeto da convenção arbitral se refere a mais de um país."

144. Este dispositivo combina o critério do *status* internacional do contrato com o *status* internacional das partes e adiciona um terceiro critério pelo qual as partes têm liberdade de decidir se o objeto abrangido pela convenção arbitral é "internacional". Desta forma, a Lei-modelo da UNCITRAL permite a internacionalização da arbitragem (e consequentemente da relação contratual subjacente) por decisão das partes. Contudo, esta matéria parece ser mais teórica que discutida na prática.

145. Um total de 82 Estados promulgou legislações baseadas na Lei-modelo da UNCITRAL, incluindo 13 Estados membros da OEA[116]. A maior parte destes Estados incluíram a definição contida no Artigo 1(3).

146. Alguns Estados têm o que pode ser definido como "legislação arbitral dupla"; um conjunto de regras que regem arbitragens domésticas que diferem daquelas aplicáveis a arbitragens internacionais. Deve-se ter cuidado ao revisar as normas arbitrais domésticas e internacionais para se verificar se as partes têm permissão para escolher as normas internacionais por contrato[117]. O Paraguai, o Chile, a Costa Rica[118] e a Colômbia são exemplos deste regime

[115] Embotelladoras Caracas et al. v. PepsiCola Panamericana, Câmara Política e Administrativa da Suprema Corte de Justiça, 9 de outubro de 1997.
[116] Ver nota 75.
[117] A Lei-modelo da UNCITRAL determina no Artigo 3(c) que uma arbitragem é internacional se as partes tiverem expressamente convencionado que o objeto da convenção arbitral se refere a mais de um país. Se o Estado em questão promulgou semelhante dispositivo é a primeira questão a ser analisada, mas, mesmo assim, tal declaração não contorna a ordem pública.
[118] Na recente jurisprudência arbitral da Costa Rica, surgiu a tendência de se aplicar, como fonte complementar à legislação doméstica sobre Soluções Alternativas de Conflitos e de Promoção da Paz Social (Lei n° 7727 de 1997),

dúplice. A Colômbia foi além do critério de internacionalidade da Lei-modelo da UNCITRAL e incluiu um critério econômico segundo o qual a arbitragem é internacional quando "a controvérsia submetida à arbitragem afeta os interesses do comércio internacional" (Artigo 62(c) da Lei n° 1.563 de 2012). Esta disposição não é mais baseada na Lei-modelo da UNCITRAL, mas no Código de Processo Civil francês (art. 1504). Outros Estados também, como o Peru, não excluíram a possibilidade de que a internacionalidade seja determinada, apenas, pela vontade das partes (Decreto n° 1.071 de 2008).

G. Tendência a favor de uma interpretação mais ampla de Internacionalidade

147. Tanto a Convenção da Cidade do México como os Princípios da Haia contêm critérios amplos para se determinar a internacionalidade. Este também é o caso dos Princípios UNIDROIT. Coerentemente com esta tendência, muitos Estados da região promulgaram legislação arbitral com um conceito similar abrangente de internacionalidade.

5.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, em relação ao seu âmbito de aplicação e determinação da internacionalidade, deveria incorporar soluções alinhadas com a Convenção da Cidade do México, com os Princípios da Haia e com os Princípios UNIDROIT, de forma a excluir os contratos de consumo e de trabalho enquanto adotem um amplo conceito de internacionalidade. Podem, adicionalmente, considerar que o mero acordo dos contratantes pode tornar internacional um contrato, mas que, se nenhum outro elemento de conexão estiver presente, a ordem pública interna vai prevalecer.

5.2 O Direito doméstico pode, também, replicar as disposições do PECL, artigo 1:107 e, portanto, torná-lo aplicável, por analogia, aos acordos para alteração e extinção de contratos e promessas unilaterais e a todas as outras declarações e ações que denotem o consentimento em um acordo comercial.

V. Exclusões

148. Os instrumentos internacionais do Direito contratual comercial internacional variam consideravelmente sobre as matérias excluídas de seus respectivos âmbitos de aplicação. A Convenção da Cidade do México e os Princípios da Haia excluem matérias similares, mas o fazem de diferentes formas. A Convenção da Cidade do México expressamente exclui de seu âmbito de aplicação as matérias listadas no Artigo 5º[119]. Em comparação, os Princípios da Haia, pela linguagem de seu título e preâmbulo, são limitados aos contratos comerciais internacionais e, de acordo com a limitação adicional do Artigo 1º, não se aplicam a relações de consumo ou a contratos de trabalho.

os princípios da Lei sobre Arbitragem Comercial Internacional (Lei n° 8.937 de 2011), que é baseada na Lei-modelo da UNCITRAL.

[119] Adicionalmente, o Artigo 6º da Convenção da Cidade do México expressamente prevê que suas provisões "não serão aplicáveis aos contratos que tenham regulamentação autônoma no direito convencional internacional vigente entre os Estados Partes nesta Convenção.".

A. Capacidade

149. Pela aplicação do Artigo 5(a), a Convenção da Cidade do México não determina o Direito aplicável a "questões derivadas do estado civil das pessoas físicas, capacidade das partes ou conseqüências da nulidade ou invalidado do contrato que decorram da incapacidade de uma das partes"[120].

150. Os termos "*status*" e "capacidade" são tratados de formas diferentes no Direito comparado. Alguns sistemas utilizam a palavra "*status*", enquanto outros utilizam o termo "*capacidade de facto*". A este respeito, o Direito internacional privado geralmente aplica o estatuto pessoal (com base no domicílio ou nacionalidade) ou o Direito do foro (*lex fori*).

151. Também existem diferenças em relação a "capacidade *de jure*". Esta terminologia, desconhecida em alguns sistemas, é relacionada a o que, em outros sistemas, é tratado como restrição ou proibição à alienação de bens. Este tema é objeto do estatuto pessoal (nacionalidade, domicílio e outros aplicáveis). Este regime estabelece restrições para razões arbitrárias, discriminatórias ou similares.

152.O Artigo 1.3(a) dos Princípios da Haia exclui as matérias relacionadas à "capacidade das pessoas físicas". Como os Comentários PH (1.25) explicam, esta exclusão significa que os dispositivos "não determinam nem o Direito que regulamenta a capacidade das pessoas físicas, nem os mecanismos legais ou judiciais de suprimento, nem os efeitos da falta de capacidade sobre a validade do acordo de escolha do Direito."

B. Relações familiares e sucessórias

153. O Artigo 5(b) da Convenção da Cidade do México exclui as "obrigações contratuais que tenham como objeto principal questões sucessórias, testamentárias, de regime matrimonial ou decorrentes de relações de família".

154. Os Princípios da Haia não contém semelhante exclusão, uma vez que o instrumento se aplica apenas a contratos comerciais internacionais. O âmbito de aplicação do instrumento é limitado, pela linguagem de seu título e preâmbulo, e pela aplicação delimitada, no Artigo 1º, "aos contratos internacionais em que cada contratante atua no exercício de sua atividade comercial ou profissional".

C. Títulos e ações

155. O Artigo 5º, parágrafos (c) e (d) da Convenção da Cidade do México exclui as obrigações derivadas de títulos de crédito e transações envolvendo valores mobiliários. Alguns, mas não todos, sistemas jurídicos consideram estas obrigações como sendo de natureza contratual[121]. Além disso, existem Convenções Interamericanas sobre títulos de crédito (letra de câmbio, notas promissórias e faturas)[122]. Os Princípios da Haia não contêm previsão semelhante[123].

---

[120] De forma similar, o Artigo 4(a) da CISG determina que a CISG não rege a validade do contrato ou de qualquer de suas disposições. Ela também não rege a validade de qualquer uso.

[121] O exame do tratamento deste tema em outros Sistemas jurídicos foge ao escopo deste Guia.

[122] Convenção Interamericana sobre conflito de leis em matéria de letra de câmbio, notas promissórias e faturas, adotada na CIDIP-I em 1975 (**Nota do tradutor:** texto em português disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-33.htm); Convenção Interamericana sobre conflito de leis em matéria de cheques, adotada na CIDIP-I em 1975 (**Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-34.htm); e outra adotada na CIDIP-II em 1979 (**Nota do tradutor**:

D. Cláusulas arbitrais e de escolha do foro

156. O Artigo 5(e) da Convenção da Cidade do México exclui "acordos sobre arbitragem ou eleição de foro". Além disso, existem Convenções Interamericanas sobre a arbitragem comercial internacional e a eficácia de sentenças arbitrais[124].

157. De forma semelhante, o Artigo 1.3(b) dos Princípios da Haia declaram que "Os presentes Princípios não se aplicam ao Direito que regula: b) as convenções de arbitragem e de eleição do foro". Os Comentários PH (1.26) explicam que esta exceção se refere, principalmente, à validade material de tais acordos, i.e., aos aspectos contratuais destas cláusulas de competência, e inclui questões como a fraude, o erro, dentre outras. Destaca, ainda, que "em alguns Estados, essas questões são consideradas procedimentais e, portanto, são regidas pela *lex fori* ou pela *lex arbitri* [enquanto] em outros Estados, essas questões são caracterizadas como questões materiais, sendo regidas pelo Direito aplicável à arbitragem ou ao acordo de eleição do foro em si."

E. Questões de Direito societário

158. O Artigo 5(f) da Convenção da Cidade do México exclui de seu âmbito de aplicação "questões de direito societário, incluindo existência, capacidade, funcionamento e dissolução das sociedades comerciais e das pessoas jurídicas em geral". Também existe uma Convenção Interamericana sobre este tema[125].

159. De mesma forma, o Artigo 1.3(c) dos Princípios da Haia prevê que eles não se aplicam ao Direito que rege "as sociedades ou outras entidades de interesse coletivo e trustes". Os Comentários PH (1.27) explicam que a expressão "entidades de interesse coletivo" é usada "em um sentido amplo de modo a abranger tanto as entidades com e sem personalidade jurídica, tais como parcerias e associações." Os Comentários PH (1.29) enfatizam que a exclusão é limitada aos assuntos internos (tais como organização interna, administração e dissolução), não abrangendo os contratos que estas entidades celebram com terceiros ou os acordos entre os sócios.

F. Insolvabilidade

160. A Convenção da Cidade do México não contém previsão sobre este tema. O Artigo 1.3(d) dos Princípios da Haia expressamente excluem de seu âmbito o Direito que rege a insolvência.

---

texto em português disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-39.htm). O texto e *status* destas Convenções está disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/private_international_law_conferences.asp.

[123] O Artigo 2(d) da CISG exclui de seu âmbito de aplicação os contratos de venda de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda.

[124] Convenção Interamericana sobre arbitragem Comercial Internacional, adotada na CIDIP-I em 1975 (**Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-35.htm); Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, adotada na CIDIP-II em 1979 (**Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-41.htm). O texto e *status* destas Convenções está disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/private_international_law_conferences.asp.

[125] Convenção Interamericana sobre conflito de leis em matéria de sociedades mercantis, adotada na CIDIP-II em 1979 (**Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-40.htm). O texto e *status* desta Convenção está disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/private_international_law_conferences.asp.

De acordo com os Comentários PH, o termo deve ser interpretado em sentido amplo, de modo a abranger os procedimentos de liquidação, a reorganização, a reestruturação ou a administração. A exclusão se refere aos efeitos que a abertura do procedimento de insolvência pode ter nos contratos, tais como previsões específicas para a invalidação de certos contratos ou a concessão de poderes específicos para o administrador do procedimento coletivo[126].

G. Efeitos reais

161. A Convenção da Cidade do México não contém previsão sobre este tema. O âmbito de aplicação dos Princípios da Haia exclui o Direito que rege os efeitos reais dos contratos. Como os Comentários PH explicam (1.31), os Princípios da Haia "apenas determinam o Direito que rege os direitos e obrigações mútuos dos contratantes, mas não o Direito que rege os direitos reais", i. e., eles não tratam de temas como se a transferência realmente transmite o direito de propriedade sem a necessidade de outras formalidades, ou se o comprador adquire a propriedade livre de direitos ou reivindicações de terceiros. Tais temas são, tipicamente, regidos por legislação doméstica específica sobre transferência de propriedade[127].

H. Representação

162. O Artigo 1.3(f) dos Princípios da Haia excluem "a questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa que representa". Como destacado nos Comentários PH (1.32) a exclusão "refere-se aos aspectos externos da relação da representação, i.e., a questões como se o representado está vinculado pelo exercício de poderes implícitos, aparentes ou exercidos negligentemente, ou se, e em que medida, o representado pode ratificar *ex post* um ato *ultra vires* do representante" [destaque adicionado]. Assim, os Princípios da Haia são aplicáveis aos aspectos internos da representação – em outros termos "a relação de representação ou mandato entre o representado e o representante, caso se trate de um contrato comercial".

163. A Convenção da Cidade do México deixa este tema aberto à interpretação. O Artigo 15 da Convenção declara que "Levar-se-á em conta o disposto no artigo 10 para decidir se um mandatário pode obrigar seu mandante, um órgão, uma sociedade ou uma pessoa jurídica." Como se verá na Parte Seis adiante, o Artigo 10 da Convenção da Cidade do México admite um elevado grau de flexibilidade interpretativa, na busca por soluções justas, em casos específicos, de acordo com usos, práticas e princípios internacionalmente aceitos.

5.3 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais pode, expressamente, excluir do seu âmbito de aplicação: - as relações familiares e sucessórias, as cláusulas arbitrais e de escolha do foro e as questões de Direito societário, de acordo com as disposições relevantes da Convenção da Cidade do México e dos Princípios da Haia;

[126] O tratamento deste tema, no âmbito da Convenção da Cidade do México, foge ao escopo deste Guia.

[127] De forma similar, o Artigo 4(b) da CISG prevê que a CISG não rege o efeito que o contrato pode vir a ter em relação à propriedade das mercadorias vendidas.

- os títulos e ações, de acordo com as disposições relevantes da Convenção da Cidade do México;

- a capacidade, a insolvabilidade, os efeitos reais e a representação, de acordo com as disposições relevantes dos Princípios da Haia.

2.11 Parte Seis – Direito não estatal nos contratos comerciais internacionais

I. Os termos "Direito não estatal" e "Normas de Direito"

164. O termo "Direito não estatal" é frequentemente utilizado em um sentido bastante amplo que abrange uma variedade de princípios e normas que variam dos princípios universais de direitos humanos e princípios gerais de Direito, até costumes, usos e práticas, definições *standards* e termos do comércio (por exemplo, INCOTERMS), codificações de Direito privado ou *restatement* (por exemplo os Princípios UNIDROIT) e *lex mercatoria* (seja como definida), todos com pouco, se alguma coisa, em comum exceto pelo fato de emanarem de fontes externas ao Estado para criarem Direito vinculante ou "positivo" em seus respectivos âmbitos.

165. Mais importante, a maior parte destes produtos é, por sua própria natureza (tal como o Direito costumeiro) ou por conta de seus objetos (tal como os direitos humanos) ou seu limitado âmbito de aplicação (tal como os usos e práticas), incapazes de servir como o Direito aplicável ao contrato (ou *lex contractus*). Em uma discussão sobre a possibilidade de se escolher, como Direito aplicável aos contratos internacionais, "*normas de Direito*"[128] não estatais no lugar de um determinado Direito doméstico, parece preferível recorrer-se ao termo menos abrangente "*normas de Direito*" que tem a vantagem de já ser utilizado no campo arbitral.

166. Um pioneiro exemplo da utilização do termo *normas de Direito* é a Convenção sobre a Resolução de Disputas relativas a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados de 1965 ("Convenção ICSID")[129]. Ela declara que o tribunal "deve decidir o litígio de acordo com as normas de Direito acordadas pelos contratantes" (Artigo 42). Muitos Estados da região são partes da Convenção ICSID e aceitam a jurisdição do Centro. Subsequentemente, o termo "*normas de Direito*" foi incorporado a outros instrumentos e regulamentos arbitrais, tais como o Regulamento arbitral da UNCITRAL (Artigo 33 na versão de 1976 e Artigo 35 na revisão de 2010)[130]. A expressão também foi usada no Artigo 28(1) da Lei-modelo da UNCITRAL, que foi adotada ou utilizada como base para a legislação arbitral de inúmeros países americanos. De acordo com os Comentários UNCITRAL sobre este Artigo, o termo "*normas de Direito*" é entendido de forma mais ampla que "*Direito*" e inclui normas "que foram elaboradas por um foro internacional, mas que ainda não tenham sido incorporadas a qualquer sistema jurídico nacional"[131].

II. Tipos de Direito Não estatal

A. Costumes, usos e práticas

[128] Normas de Direito não estatais, como utilizado doravante, podem ser consideradas um tipo de subconjunto de Direito não estatal.

[129] Convenção sobre a Resolução de Disputas relativas a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, 18 de março de 1965, Washington, 17 UST 1270, TIAS 6090, 575 UNTS 159.

[130] Regulamento arbitral da UNCITRAL (1976), adotado pelas Assembleia Geral das Nações Unidas em 15 de dezembro de 1976. UN Doc. A/RES/31/98; Regulamento arbitral da UNCITRAL (com revisão de 2010), adotado pelas Assembleia Geral das Nações Unidas em 6 de dezembro de 2010. UN Doc. A/RES/31/98; textos disponíveis em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration.

[131] Como declarado, ele não é um comentário oficial e foi preparado pelo Secretariado da UNCITRAL apenas para propósitos informativos.

167. O Direito comparado também utiliza outros termos para se referir ao Direito não estatal, tais como costumes, usos e práticas, princípios e *lex mercatoria*. Estes termos estão longe de ser homogêneos.

168. O termo "costume" é geralmente reservado, atualmente, para uso no Direito internacional público de modo a evitar confusão com o termo jurídico – "Direito internacional costumeiro", ainda que na Convenção da Cidade do México, "costume" tenha sido utilizado com e alternativamente a "uso" (Artigo 10). Em muitos sistemas jurídicos da América Latina, seguindo a abordagem francesa, italiana e espanhola, a distinção é feita entre costume (com força normativa e fonte de direitos, preenchendo lacunas onde o Direito positivo é silente) e usos (que servem para interpretar e clarificar a vontade das partes, com força normativa apenas em alguns casos). A diferença nesta nomenclatura é de que não é necessário provar a força normativa dos usos, como exigido para os costumes.

169. Os entendimentos comerciais que decorrem de práticas contratuais que, tradicionalmente, foram chamados "costumes" são, agora, em alguns instrumentos de Direito uniforme recentes, chamados de "usos". De acordo com esta nomenclatura emergente, "costumes" surgem da prática estatal enquanto "usos" derivam de ações privadas. Contudo, algumas jurisdições ainda se filiam à abordagem tradicional. O termo "usos" também é mais abrangente que "costumes", pois cobre não apenas as práticas que são geralmente aceitas em um determinado tipo ou setor do comércio, como também aquelas consideradas expectativas presumidas pelas partes[132].

170. Em muitas jurisdições, enquanto "usos" referem-se a conduta estabelecida por terceiros e outras partes do comércio internacional, o termo "práticas" é limitado à conduta passada dos próprios contratantes. Em algumas jurisdições, estes termos são definidos pela legislação[133].

171. "Uso" é utilizado em instrumentos de Direito uniforme, como a CISG (Artigo 8(3) e Artigo 9) e os Princípios UNIDROIT. Este também pode ser o caso com o termo "práticas". Assim, por exemplo, o Artigo 1.9 dos Princípios UNIDROIT declaram que "As partes estão vinculadas aos usos e costumes que hajam acordado e às práticas que hajam estabelecido entre elas". Esta linguagem é idêntica àquela da CISG (Artigo 9(1)) e de acordo com a abordagem subjetiva proposta pelo Artigo 8(3).

172. Ainda que os usos possam ser provados, a institucionalização por uma organização – governamental ou não – ajuda a estabelecer um entendimento comum das expressões que, frequentemente, são utilizadas nos contratos comerciais internacionais. Um exemplo bem conhecido emana da CCI, uma associação global que institucionalizou usos em vários de seus próprios instrumentos regulatórios, sendo o mais reconhecido deles os INCOTERMS, um conjunto de regras que cobre os termos *standard* utilizados no comércio internacional, tais como as abreviações FOB e CIF[134]. Muitos dos INCOTERMS se tornaram "parte da linguagem diária do comércio internacional" e são regularmente incorporados aos contratos internacionais.

---

[132] Como o elemento da obrigatoriedade exigido no Direito internacional público (conhecido por *opinio juris*) não é necessário, as expetativas presumidas dos contratantes são suficientes para o surgimento e observação dos "usos".

[133] Por exemplo, o Código Comercial Uniforme norte-americano, em sua Seção 1-303, distingue entre "*course of performance*" (um termo que não é facilmente traduzido para o espanhol/português, mas que está intimamente ligado ao contrato e que prevalece sobre os dois termos seguintes), "*course of dealing*" ou práticas anteriores mantidas pelos contratantes e a utilização de usos comerciais.

[134] FOB é a abreviação de "*Free on Board*", que se refere ao ponto a partir do qual o vendedor não é mais responsável pelas mercadorias (o risco de perda ou dano às mercadorias e a responsabilidade pelo custo de transporte é transferido quando a mercadoria estiver "a bordo da embarcação" INCOTERMS 2010). Já CIF é a sigla de "*Cost, Insurance, Freight*", o que significa que o vendedor deve pagar por estes custos (custos, seguro e frete) até o destino mencionado.

173. Algumas vezes, estes termos são referenciados por outros instrumentos internacionais. O Tratado de Assunção, que criou o MERCOSUL, por exemplo, utiliza os termos FOB e CIF (Anexo 2, Regime Geral de Origem, Artigo 1º e 2º). Ainda que o Tratado não defina estes termos, o seu significado é suficientemente claro como termos comuns que se tornaram institucionalizados pela CCI. Neste sentido, este Tratado oferece reconhecimento formal da fonte não legislativa.

174. Além disso, os INCOTERMS foram incorporados a vários Direitos domésticos[135].

B. Princípios

175. Os usos são específicos da atividade em análise, mas, uma vez que eles adquirem aceitação geral, eles se tornam um princípio geral ou princípio. Assim que os usos se tornam mais difundidos, eles terão maior afinidade com os princípios gerais, resultando na redução do ônus da prova geralmente exigido para os usos.

176. O conceito de *princípios gerais de Direito* aparece, incialmente, em textos como o Código Civil Austríaco de 1811 e outro textos legais que codificaram o Direito privado tanto na Europa como na América Latina. Inúmeros julgamentos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias "("TJCE") e agora do Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), também se referem aos "princípios gerais da *civil law*"[136].

177. Os princípios são, obviamente, reconhecidos pelo Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça ("CIJ") como uma fonte do Direito internacional público, usando a expressão "os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas". Mas a expressão também foi adaptada para a utilização nos contratos comerciais internacionais, tais como aqueles que regem os investimentos em petróleo e gás no Oriente Médio, alguns dos quais foram objeto de paradigmáticos precedentes arbitrais no curso do século passado[137].

---

[135] Por exemplo, o Artigo 51 da lei venezuelana de 1998 sobre Direito Internacional Privado; o Artigo 2.651 do Código Civil e Comercial argentino; o Artigo 51 do projeto de lei uruguaio sobre Direito Internacional Privado; o Artigo 852 e seguintes do Código Comercial boliviano (que se refere aos INCOTERMS) e o Artigo 1.408 (que se refere aos Créditos Documentários); e o Artigo 3º da Resolução n° 112/2007 da Direção Nacional de Impostos e Alfandega colombiana. **Nota do tradutor**: No Brasil, é o caso da Resolução da Câmara de Comércio Exterior n° 21 de 2011, texto disponível em: http://www.camex.gov.br/lista-de-resolucoes-camex-vigor/996-resolucao-n-21-de-07-de-abril-de-2011.

[136] Possíveis exemplos: Audiolux SA e.a. v Groupe Bruxelles Lambert SA, TJUE, 15 de outubro de 2009, Caso C-101/08; Federal Republic of Germany v Council of the European Union, TJUE, 5 de outubro de 1994, Caso C-280/93. Em outro caso, o Tribunal de Justiça Europeu ("TJE") utilizou "um princípio geral de *civil law*" de que "cada contratante está obrigado a honrar os termos do contrato e a executar as obrigações lá previstas" Société Thermale d´Eugénie-Les Bains, TJE, 18 de julho de 2007, Caso C-277/95. Em outro caso, o Tribunal mencionou "um dos princípios gerais de *civil law*", que o princípio da "completa execução do contrato resulta, como regra geral, na liberação das mútuas obrigações previstas no contrato ou na extinção daquele contrato." Annelore Hamilton v Volksbank Filder eG, TJE, 10 de abril de 2008, Caso C-412/06, no parágrafo 42. Em outro caso, a Corte invocou "os princípios da *civil law*, tal como aquele da boa-fé ou enriquecimento ilícito." Pia Messner v Firma Stefan Krüger, TJE, 3 de setembro de 2009, Caso C-489/07, no parágrafo 26. Textos dos casos disponíveis em: https://eur-lex.europa.eu.

[137] "Princípios gerais de Direito Internacional Privado" (Saudi Arabia v Arabian American Oil Co. (ARAMCO),1958); "princípios gerais de Direito" (Libya v Texaco and Liamco, 1977; Aminoil v Kuwait, 1982; Framatome v Iran, 1982); "princípios geralmente admitidos" (CCI Caso 2152/1972); "princípios gerais de Direito e Justiça" (CCI Caso 3380/1980); "princípios gerais de Direito que regem os negócios internacionais" (CCI Caso 2291/1975); "princípios gerais adotados pela jurisprudência arbitral internacional" (CCI Caso 3344/1981); "princípios gerais amplamente aceitos que regem o Direito Comercial Internacional" (CCI Caso 3267/1979); "princípios gerais de Direito aplicáveis a relações econômicas internacionais" (ICSID Caso, Asia v Republic of Indonesia, 1983); "princípios gerais compreendidos no Direito" (CCI Caso 3327/1981); "normas de Direito" (CCI Case 1641/1969). **Nota do tradutor**: o

178. Nestes e em outros casos resolvidos por meio da arbitragem, expressões similares foram utilizadas, incluindo as seguintes: princípios gerais de Direito internacional privado; princípios geralmente admitidos; princípios gerais de Direito e justiça; princípios gerais de Direito que deveriam reger transações internacionais; princípios gerais amplamente aceitos para reger o Direito comercial internacional; princípios gerais de Direito aplicável a relações econômicas internacionais; princípios gerais de Direito incluídos na *lex mercatoria* e normas de Direito. Da mesma forma, o *Institut de Droit international* ("IDI"), em sua reunião em Atenas em 1979 para avaliar o Direito adequado ao Contrato em negócios celebrados entre Estados e pessoas privadas estrangeiras, utilizou expressões tais como as seguintes: princípios gerais de Direito; princípios comuns de Direito doméstico; princípios aplicáveis aos negócios internacionais e Direito internacional, sem expressar qualquer preferência[138].

179. A expressão "*princípios gerais"*, neste sentido, é também utilizada por instrumentos de Direito uniforme. Como disposto no art. 7(2) da CISG, as questões devem ser resolvidas "segundo os princípios gerais que a inspiram". Algumas vezes é utilizada como sinônimo de "normas sem força de lei", como nos Princípios UNIDROIT.

180. O termo "*princípios*" pode se referir, em geral, ao Direito público, tanto ao Direito público como ao privado e, especificamente, ao Direito Civil ou privado. O termo "*princípios*" também é utilizado para se referir a conceitos de uma natureza mais geral (tais como a liberdade contratual ou boa-fé) e, em algumas ocasiões, é qualificado como "fundamental", o que sugere vinculações a valores básicos abstratos, tais como aqueles consagrados nas constituições nacionais de diferentes Estados. Apesar da divergência terminológica, atualmente o termo "*princípios*" é o mais utilizado em diferentes contextos e com diferentes conotações.

C. Lex Mercatoria

181. No comércio internacional, os princípios surgem da generalização, pelos comerciantes, dos usos, depois da qual os usos se tornam institucionalizados em normas preparadas por organizações internacionais pública ou privadas. Em seguida, estas normas tornam-se, enfim, reconhecidas pelas diferentes entidades, estatais e arbitrais, encarregadas de resolver litígios. O resultado disso é denominado de *lex mercatoria* ou de nova *lex mercatoria*, emulando o Direito dos mercadores, que surgiu na Idade Média.

182. Uma decisão paradigmática da Casa dos Lordes, no Reino Unido, entendeu que a *lex mercatoria* (ou "nova" *lex mercatoria* como lá invocada) constituía-se como princípios gerais de Direito[139]. Nas Américas, recentes e relevantes decisões incluem um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma corte estadual brasileira, que se refere ao Direito não estatal, tal como a *lex mercatoria*[140] e outra decisão, da Suprema Corte de Justiça da Venezuela[141]. As

---

texto do Estatuto da Corte Internacional de Justiça está disponível em português em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html.

[138] IIL, Sessão de Atenas, 1979, *The Proper Law of the Contract in Agreements between a State and a Foreign Private Person* (11 de setembro de 1979).

[139] Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH e outros v. Shell International Petroleum Company Limited (H. L.) (julho de 1988) 27 ILM 1032.

[140] Apelação Cível n° 70072362940, julgamento de fevereiro de 2017. Sobre o Direito aplicável ao contrato, o Tribunal de Justiça declarou que de acordo com o Art. 9, §2° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Direito dinamarquês seria o aplicável, como o Direito do local de celebração do contrato. Contudo, a Corte entendeu que, quando o contrato é plurilocalizado como no caso, a regra tradicional do *lex loci celebrationis* deveria ser desconsiderada em favor de uma abordagem mais flexível que conduzisse a aplicação da CISG e dos Princípios UNIDROIT como uma expressão da chamada "nova *lex mercatoria*". Texto disponível em:

discussões sobre a *lex mercatoria*, contudo, continuam com debates intensos a respeito da terminologia, suas fontes e se constitui ou não um regime jurídico autônomo, isto é, independente dos sistemas jurídicos domésticos.

III. Direito não estatal na Convenção da Cidade do México e nos Princípios da Haia

A. Antecedentes – a Convenção de Roma

183. Existem dúvidas se, sob a Convenção de Roma (Artigo 3º), de acordo com a autonomia da vontade, as opções disponíveis para os contratantes incluem ou não a escolha do Direito não estatal. Assim, no projeto de Roma I que foi apresentado pela Comissão Europeia, foi proposto que o Direito não estatal pudesse ser escolhido. Em particular, a linguagem proposta pretendia autorizar a escolha dos Princípios UNIDROIT, dos PECL ou de um futuro instrumento sobre o tema[142]. Contudo, a legislatura decidiu por rejeitar a redação proposta, talvez antevendo um futuro instrumento europeu a este respeito. Ao contrário, o parágrafo preambular 13 declara que Roma I "não impede as partes de incluírem, por referência, no seu contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional" (considere-se também o parágrafo 14). Isto significa que tal escolha deve ser incorporada, se permitida pelo Direito escolhido. De mesma forma, Roma I somente permite a incorporação por referência e não permite a escolha de Direito não estatal. Isto se aplica, pelo menos, perante procedimentos judiciais, uma vez que a arbitragem é objeto de suas próprias normas, que normalmente são abertas ao Direito não estatal.

184. A incorporação por referência permite que as normas escolhidas – neste caso, o Direito não estatal – sejam consideradas, mas sempre com o Direito doméstico como um pano de fundo, a ser determinado como aplicável, por meio das normas conflituais do Direito internacional privado. As disposições deste Direito doméstico, mesmo quando limitadas à ordem pública interna, devem prevalecer quando houver uma mera incorporação por referência.

B. Convenção da Cidade do México

185. A Convenção da Cidade do México foi além da Convenção de Roma. Ela demonstra abertura para o Direito não estatal que pode ser traçada até os trabalhos preparatórios[143]. Apesar de o instrumento não ser explícito a este ponto, Jose Luis Siqueiros, que preparou o primeiro projeto, escreveu em um artigo subsequente que o instrumento se refere a Direito aplicável ao invés de lei aplicável, não porque seja uma expressão melhor, mas essencialmente para deixar claro que a intenção era abranger os usos internacionais, os princípios do comércio

---

http://www.unilex.info. **Nota do tradutor**: inteiro teor da decisão disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70072362940&codEmenta=7706337&temIntTeor=true.

[141] Suprema Corte de Justiça sobre *lex mercatoria*. Texto disponível em: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML.

[142] Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) /* COM/2005/0650 final - COD 2005/0261.

[143] OEA/Ser. K/XXI.5, CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1, 18 de março de 1994, p. 3; OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/14/93, 30 de dezembro de 1993, pp. 28, 30.

internacional, a *lex mercatoria* e expressões similares[144]. A opinião de Siqueiros é sustentada por outros renomados juristas que participaram das negociações da Convenção da Cidade do México, incluindo Friedrich Juenger, o delegado norte-americano, e o mexicano Leonel Pereznieto Castro[145].

186. Contudo, o instrumento interamericano não está livre do caos terminológico que caracterizava a época durante a qual foi redigido. Seu artigo 9º, parágrafo 2º, se refere a "princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais". De forma similar, o Artigo 10 se refere a "as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral". O âmbito de aplicação destes artigos é explicado adiante neste Guia[146].

187. Muitos dos termos utilizados em tais artigos são problemáticos. Não está claro a quais "organizações internacionais" o Artigo 9º se refere e se o termo deve se restringir às organizações intergovernamentais, tais como a UNCITRAL e UNIDROIT, ou incluir entidades não governamentais como a CCI. Outras expressões utilizadas pelo Artigo 10, como costumes, usos e práticas, também não são definidas.

C. Princípios da Haia

1. Terminologia

188. O Artigo 3º dos Princípios da Haia utiliza a expressão "*normas de Direito*" para se referir ao Direito não estatal. Esta decisão, tomada pelo grupo de trabalho que redigiu o instrumento, teve o objetivo deliberado de capitalizar os extensivos desenvolvimentos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos que ocorreram, em conexão com a expressão, desde o início de sua utilização no campo arbitral, como anteriormente descrito.

189. Mas o texto do artigo 3º que foi finalmente adotado especifica que as *normas de Direito* escolhidas devem ser "geralmente aceitas regional, supranacional ou internacionalmente, como um conjunto neutro e equilibrado de normas".

190. Esta foi uma modificação da proposta do grupo de trabalho, que havia escolhido não restringir a abrangência da expressão *normas de Direito* e deixar isso para a escolha dos contratantes ou, se aplicável, para o intérprete. Também foi convencionado que os contratantes poderiam escolher, quando disponível, as regras de um setor específico que pudessem cobrir suas legítimas expectativas. A sugestão de que as normas escolhidas tivessem de passar por um "exame de legitimidade", para se avaliar sua natureza e características, havia sido rejeitada.

---

[144] José Luis Siqueiros, Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, in Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222.

[145] Lista de participantes. OEA/Ser.K/XXI.5/ CIDIP-V/doc.31/94 rev. 1, 16 de março de 1994. Veja: Friedrich K. Juenger, The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law, in: Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, in Contratación Internacional, id., na p. 235. Leonel Perenznieto Castro, Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos, in Contratación Internacional, id., nas pp. 210-212.

[146] Ver a discussão na Parte Treze.

2. Critérios para determinação da Legitimidade do Direito não estatal

191. Em uma decisão que não escapou de críticas, o Artigo 3º foi finalmente aprovado com mudanças em relação à proposta do grupo de trabalho e a introdução de critérios para se determinar a legitimidade do Direito não estatal. Os Comentários PH indicam que os critérios deveriam ser entendidos em conjunto, um em relação ao outro, como explicado adiante.

a. Conjunto neutro e balanceado de normas

192. O requisito de um conjunto neutro e balanceado de normas tenta abordar a preocupação de que os poderes de negociação desiguais pudessem conduzir à imposição de normas iníquas e injustas. Assim, os Comentários PH (3.11) declaram que a fonte deve ser "geralmente reconhecida como um corpo neutro e imparcial, isto é, que represente diversas perspectivas jurídicas, políticas e econômicas".

193. Os Comentários PH (3.10) destacam que o conjunto de normas "devem permitir a solução dos problemas comuns dos contratos no contexto internacional" e não serem meramente um pequeno número de provisões.

194. As normas de Direito não estatal escolhidas devem ser distintas de regras individualmente elaboradas pelos próprios contratantes. Os Comentários PH (3.4) explicam que os contratantes não podem fazer uma escolha conflitual apenas se referindo a um conjunto de regras contidas no próprio contrato, às condições gerais e aos termos *standard* de um dos contratantes ou a um conjunto de termos locais de uma indústria específica. Por exemplo, se um grupo de bancos acordam certas condições gerais para reger serviços específicos que os bancos fornecem, estas condições não podem ser escolhidas como normas de Direito aplicáveis. De acordo com aqueles atributos (que as normas de Direito sejam um conjunto de regras, que o conjunto seja neutro e balanceado), um instrumento tal como os Princípios UNIDROIT ou a CISG poderiam ser escolhidos como Direito não estatal[147]. Em contraste, as cláusulas ou as condições contratuais unilateralmente redigidas não se qualificariam como Direito não estatal que pudesse ser escolhido como Direito aplicável. Exemplos como o Contrato FIDIC ou as Regras GAFTA (explicadas anteriormente) constituem Direito não estatal que reúne usos e princípios de setores comerciais específicos, mas que apesar disso, não preenche os requisitos para constituir um conjunto de regras suficientemente completo e apropriado para ser escolhido, em exercício da autonomia da vontade, como Direito aplicável.

b. Conjunto de normas geralmente aceito

195. O requisito de que o conjunto de normas seja geralmente aceito pretende dissuadir os contratantes de escolher categorias vagas e obscuras como normas de Direito. Os exemplos de conjuntos de normas geralmente aceitos incluem os Princípios UNIDROIT e a CISG, quando não ratificada ou aplicável *per se*. Os exemplos de instrumentos regionais que preenchem os critérios para o conjunto de normas, tal como estabelecido pelos Princípios da Haia, incluem os PECL.

[147] Isto poderia conduzir a uma interessante situação: um possível conflito entre a CISG e a Convenção da Cidade do México poderia surgir se, enquanto a jurisdição relevante excluísse a aplicação da CISG em virtude das regras de Direito internacional privado nos termos dos artigos 1(1)(b) e 95 da CISG, a aplicação da Convenção da Cidade do México, notadamente de seu Artigo 9º, conduzisse a aplicação da CISG. A edição de 2016 do Digesto da CISG se refere a poucos possíveis casos relevantes com base no Artigo 95, ainda que uma clara tendência interpretativa ainda não tenha sido estabelecida. Ver http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf.

Nas Américas, existem interessantes iniciativas de acadêmicos que, se ganharem a aceitação generalizada, também poderão, eventualmente, se qualificar[148].

3. Escolha do Direito não estatal e preenchimento de lacunas

196. A necessidade de preenchimento de lacunas pode surgir quando os contratantes escolherem um Direito ou conjunto de normas que não aborde um assunto em específico. Os Comentários PH (3.15) claramente declaram que, enquanto outros instrumentos como os Princípios UNIDROIT e a CISG podem abordar o preenchimento de lacunas, os Princípios da Haia "não estabelecem regras sobre preenchimento de lacunas". Os Comentários PH advertem que os contratantes, ao designarem certas normas de Direito para reger seus contratos, "devem, portanto, estar conscientes da eventual necessidade de preencher lacunas e podem desejar abordar esta questão no âmbito de sua escolha do Direito." Por exemplo, os contratantes podem escolher os Princípios UNIDROIT e, para todas as matérias não previstas, a aplicação de um Direito doméstico.

IV. Direito não estatal nos Direitos domésticos americanos

197. No Brasil, com o passar dos anos, existiram diversas tentativas de introduzir reformas legislativas. A mais recente proposta de reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB") incluiria um novo Artigo 9º, cujo parágrafo primeiro reconheceria a autonomia da vontade (discutida adiante na Parte Sete) e no segundo parágrafo reconheceria o Direito não estatal. O Projeto de lei teve a tramitação encerrada no Congresso[149].

198. O Panamá reconhece o Direito não estatal e até mesmo se refere aos Princípios UNIDROIT como fonte complementar. O Código de Direito internacional privado prevê que "Em contratos ou empreendimentos de Direito comercial internacional, os contratantes podem usar os princípios relativos aos contratos comerciais internacionais regulados pelo [UNIDROIT] como provisões complementares ao Direito aplicável ou como ferramenta de interpretação judicial ou arbitral" (Artigo 86 da Lei n° 61/2015).

199. A Lei paraguaia sobre o Direito aplicável a contratos internacionais claramente permite a utilização de Direito não estatal. Seu Artigo 5 (intitulado "*normas de Direito*") é baseado no Artigo 3º dos Princípios da Haia e prevê "nesta legislação, as referências ao Direito incluem as normas de Direito de origem não estatal que sejam geralmente aceitas como um conjunto neutro e balanceado de normas". Ela não inclui o requisito, previsto nos Princípios da Haia, de que as normas de Direito sejam de aceitação geral em nível internacional, supranacional ou regional para evitar controvérsias sobre quais conjuntos de normas preencheriam tal exigência. Seu Artigo 12 ecoa o Artigo 10 da Convenção da Cidade do México e oferece ao tribunal, a este respeito, amplo poder de interpretação.

---

[148] Os exemplos incluem os Princípios Latino-americanos de Direito dos Contratos e os Princípios OHADAC relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, ver nota 61.

[149] "Art. 9°. O contrato internacional entre profissionais, empresários e comerciantes rege-se pela lei escolhida pelas partes, sendo que o acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso. § 1º A escolha deve referir-se à totalidade do contrato, mas nenhuma conexão precisa existir entre a lei escolhida e as partes ou a transação. § 2º Na escolha do caput, a referência a lei inclui também a indicação como aplicável ao contrato de um conjunto de regras jurídicas de caráter internacional, opcional ou uniforme, aceitas no plano internacional, supranacional ou regional como neutras e justas, inclusive da lex mercatoria, desde que não contrárias à ordem pública." **Nota do tradutor**: Trata-se do Projeto de Lei do Senado 281/2012 (https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4182463&disposition=inline).

200. No Uruguai, o projeto de lei sobre Direito internacional privado prevê a abertura para o Direito não estatal (Artigos 13 e 51)[150]. Estes dispositivos incorporariam uma abordagem aceita não apenas pela doutrina, mas também na prática. Por exemplo, os Princípios UNIDROIT são bem conhecidos, ensinados nas faculdades, utilizados em negociações de contratos internacionais e, ocasionalmente, mencionados pela jurisprudência.

201. A legislação venezuelana de Direito internacional privado inclui, em seus Artigos 30 e 31, normas similares aos Artigos 9º e 10 da Convenção da Cidade do México. Segundo a interpretação destes dispositivos, seria possível aplicar o Direito não estatal seja como Direito escolhido pelos contratantes, seja em caso de ausência de escolha. Contudo, isto só seria possível em litígios resolvidos judicialmente, uma vez que a lei não se aplica à arbitragem. Relevante para as decisões judiciais é o já mencionado precedente da Suprema Corte de Justiça da Venezuela que expressamente invocou a *lex mercatoria*[151]. De forma mais ampla, os Artigos 10 e 15 da Convenção da Cidade do México são aplicáveis na Venezuela como princípios de Direito internacional privado geralmente aceitos.

202. Adicionalmente, em vários outros Estados americanos, o Direito não estatal foi utilizado na interpretação ou reinterpretação de Direitos domésticos. Por exemplo, os Princípios UNIDROIT já foram citados, com este objetivo, em importantes decisões judiciais na Argentina, Brasil, Colômbia, Paraguai, Venezuela e outros[152].

V. Direito não estatal na Arbitragem

203. Na arbitragem, a expressão "normas de Direito" é utilizada pela Lei-modelo da UNCITRAL no Artigo 28(1), no Regulamento arbitral da UNCITRAL de 1976 (Artigo 33) e no atual Regulamento de 2010 (Artigo 35). Outras expressões semelhantes são utilizadas em outros conjuntos de normas arbitrais. O Direito arbitral doméstico de uma série de países latino-americanos também utiliza a expressão "normas de Direito"[153]. A consequência destes dispositivos, em termos gerais, é que se os contratantes escolherem a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos, eles podem escolher as "normas de Direito" como Direito de regência, o que inclui instrumentos de *soft law*, tais como os Princípios UNIDROIT. Por outro lado, com a exceção do Panamá, do Paraguai e da Venezuela, se os contratantes não escolherem a arbitragem e as disputas ocorrerem perante tribunais judiciais, a escolha do Direito

[150] O projeto de Lei geral de Direito internacional privado foi aprovado pela Câmara dos Deputados (956/ 2016) em 07 de outubro de 2016, mas não foi ainda aprovado pelo Senado.

[151] Suprema Corte de Justiça sobre a *lex mercatoria*. http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-RC.000738-21214-2014-14-257.HTML (também citada anteriormente).

[152] Ver o banco de dados UNILEX (www.unilex.info). O tema foi tratado, com abrangência mundial, pela Academia de Direito Comparado no Congresso de Fukuoka em 2018. Atuando como Relatores gerais estavam os Professores Alejandro Garro e José A. Moreno Rodríguez (*The UNIDROIT Principles as a common frame of reference for the uniform interpretation of national laws*, https://aidc-iacl.org/general-congress).

[153] Por exemplo, ver os seguintes: no Brasil, o Artigo 2º da Lei n° 9.307/1996 sobre arbitragem; na Colômbia, o Artigo 208.1 da Lei n° 1.818/1998 – Conciliação e Arbitragem (possivelmente revogada pela Lei n° 1.563/2012); na Costa Rica, o Artigo 22 da Lei n°7.727/1997 – Solução Alternativa de Conflitos e promoção da Paz Social – e o Artigo 28 da Lei n° 8.927/2011 – Arbitragem Comercial Internacional; no Chile, o Artigo 28.4 da Lei n° 19.971/2004 – Arbitragem Comercial Internacional; em El Salvador, os Artigos 59 e 78 do Decreto Legislativo n° 914/2002 – Mediação, conciliação e arbitragem; na Guatemala, o Artigo 36.3 da Lei n° 67/1995 – Lei de Arbitragem; na Nicarágua, o Artigo 54 da Lei n° 540/2005 – Mediação e Arbitragem; no Peru, o Artigo 57.2 da Lei n° 1.071/2008 – Lei de arbitragem; na República Dominicana, o Artigo 33.4 da Lei n° 489/2008 – Arbitragem Comercial; no Paraguai, o Artigo 32 da Lei n° 1.879/2002 – Mediação e Arbitragem; e na Venezuela, a última parte do Artigo 8º da Lei de Arbitragem Comercial de 1998.

aplicável só pode ser feita entre Direitos estatais e não pode incluir referência a "normas de Direito" ou Direito não estatal.

204. Entre os Direitos domésticos latino-americanos, aquele do Panamá merece menção especial: não apenas é aberto ao Direito não estatal, como também prevê que na arbitragem internacional, deve-se levar em conta "os Princípios UNIDROIT", legitimando assim um conjunto de normas não estatais[154].

205. Um aspecto único da legislação arbitral peruana é a previsão de que, no caso de lacunas, o tribunal arbitral pode recorrer, a sua discrição, aos princípios, aos usos e costumes do campo arbitral (Artigo 34(3)); mesmo em matéria procedimental, a lei prevê a possibilidade de aplicação de Direito não estatal.

206. A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional ("Convenção do Panamá"), adotada na CIDIP-I na Cidade do Panamá em 1975[155], estabelece, no Artigo 3º, que quando não houver acordo entre as partes, a referência ao Regulamento de procedimentos da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial ("Regulamento CIAC")[156]. Este Regulamento, por sua vez, no Artigo 33.3, prevê que nestes casos o tribunal arbitral deve levar em conta os "usos comerciais aplicáveis ao negócio". Assim, a aplicação deste Regulamento, relativo a aspectos procedimentais da arbitragem, influencia a aplicação de normas materiais tais como aquelas mencionadas anteriormente.

207. O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL de 1998, ratificado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, reconhece, em seu Artigo 10, a aplicabilidade do "direito internacional privado e seus princípios" e do "direito de comércio internacional"[157]. A última expressão tem sido entendida pela doutrina como uma aceitação do Direito não estatal.

208. Os casos arbitrais, em que Direito não estatal foi invocado nas Américas, podem ser encontrados no banco de dados da UNILEX[158].

6.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria reconhecer e esclarecer a escolha do Direito não estatal como aplicável.

6.2 Os legisladores, os julgadores e os contratantes são encorajados, em relação ao Direito não estatal, a interpretar a Convenção da Cidade do México à luz do critério oferecido pelos Princípios da Haia e seus Comentários, e a reconhecer, à luz deste instrumento, a distinção entre a escolha de Direito não estatal e a utilização do Direito não estatal como ferramenta de interpretação.

---

[154] Arbitragem nacional e internacional no Panamá, Lei n° 131/2013.

[155] Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, adotada na CIDIP-I na Cidade do Panamá, assinada em 1º de janeiro de 1975, entrando em vigor em16 de junho de 1976. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1902.htm.

[156] Regulamento de procedimentos da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial. Como revisto e em vigor, 1º de abril de 2002. Texto disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/Inter-American%20Commercial%20Arbitration%20Commission%20Rules-%20English.pdf. **Nota do tradutor**: tradução não oficial para o português, disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/03_Convencoes_Arbitrais_Internacionais/Regulamento__CIAC.pdf

[157] Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. Decisão do Conselho do Mercosul n°03/1998 de 23 de julho de 1998. Texto disponível em: http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec0398.asp. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm.

[158] Ver o banco de dados UNILEX (www.unilex.info).

2.12 Parte Sete – Autonomia da vontade na escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais

I. Considerações gerais

209. O princípio da autonomia da vontade concede aos contratantes, em contratos comerciais internacionais, a liberdade de escolher qual o Direito que regerá o contrato. Este Guia não trata do poder de os contratantes escolherem a jurisdição estatal ou arbitral que terá competência em caso de conflito, de acordo com outra aplicação do princípio da autonomia da vontade (em nível global, o tema é tratado pela Convenção de Nova Iorque e pela Convenção da Haia sobre escolha de foro). O foco deste Guia está nos problemas do Direito aplicável.

210. A autonomia da vontade é um dos pilares do Direito contratual moderno e goza de um elevado grau de aceitação no Direito internacional privado. A base deste princípio é que os contratantes estão em melhor posição para determinar qual Direito é o mais adequado para reger o seu negócio, ao invés de deixar esta determinação para o julgador, caso surja uma disputa. Ele fortalece a segurança jurídica que é necessária para encorajar transações comerciais e pretende reduzir o intervencionismo estatal em favor da iniciativa privada.

211. A autonomia da vontade inclui a escolha do Direito material aplicável (autonomia material) e a escolha das normas conflituais (autonomia conflitual). Em alguns sistemas a primeira depende do Direito escolhido. Em outros termos, a escolha do Direito determina se as partes podem (ou não) exercer a autonomia material.

212. Ainda que a autonomia da vontade seja, talvez, o mais amplamente aceito princípio no Direito internacional privado contemporâneo, divergência ainda existe em relação as suas modalidades, parâmetros e limitações. Isto inclui, por exemplo, qual o método de escolha – que poderia ser expresso ou tácito – se uma conexão entre o Direito escolhido e o Direito doméstico do Estado dos contratantes é exigida; se temas não contratuais podem ser incluídos na escolha do Direito; qual Estado, se algum, pode impor limitações à escolha; e se normas não estatais podem ser escolhidas. Estes temas estão tratados em diferentes pontos deste Guia.

II. Evolução do Princípio da autonomia da vontade

213. O princípio da autonomia da vontade não foi expressamente incluído nas normas de Direito internacional privado contidas nas codificações europeias do século XIX. Na América do Sul, o Código Civil chileno de 1857 e o Código Civil argentino de 1869 estiveram entre os primeiros do mundo a incluir normas para o Direito internacional privado; ambos, contudo, eram omissos sobre o tema da autonomia da vontade em contratos internacionais[159], o que é compreensível, já que na época o princípio não era amplamente aceito. Os Tratados de Montevidéu levantaram

[159] O Artigo 1.545 do Código Civil chileno aceita a autonomia da vontade em matéria contratual geral. Ele não especifica se a aceitação se refere a contratos internacionais. Em anos recentes, a interpretação prevalente é neste sentido. Por outro lado, ainda que o Artigo 1.462 preveja que uma promessa de se submeter, no Chile, a uma jurisdição não reconhecida pelo Direito chileno seja nula por vício de objeto ("*la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto*"), no passado, a jurisprudência decidiu que a lei se refere apenas a acordos de escolha do foro e não ao próprio Direito. De qualquer forma, ela excluiria apenas a jurisdição de Estados que não sejam reconhecidos como tais pelo Chile e não todos os Estados. Por exemplo: Exequatur State Street Bank e Trust Company, Suprema Corte, 14 de maio de 2007, Decisão n° 2349-05; ou Mauricio Hochschild S.A.C.I. v Ferrostaal A.G., Suprema Corte, 22 de janeiro de 2008, Decisão n° 3247-2006. O novo Código Civil e Comercial argentino expressamente reconhece a autonomia da vontade em contratos internacionais (Artigo 2.651).

múltiplas questões em relação à autonomia da vontade. O Tratado de 1889 é omisso quanto ao tema, o que levou alguns comentaristas a alegar – de forma altamente questionável – que a autonomia seria aceita. O princípio é expresso genericamente no Artigo 166, mas apenas se refere a "*derecho dispositivo*" (direito dispositivo) e não impede a aplicação de normas imperativas. O Código, contudo, não reconhece o princípio, como evidenciam os Artigos 185 e 186, que apenas se aplicam "na falta de vontade expressa ou tácita".

214. Nas negociações que precederam os Tratado de 1940, houve confronto entre as delegações da Argentina, que defendia a expressa admissão da autonomia da vontade, e a do Uruguai, que sustentava sua rejeição. O texto do Tratado de 1940 refle um compromisso. Ainda que a autonomia da vontade não tenha sido, finalmente, incluída, o Artigo 5º do protocolo adicional tem a seguinte redação: "A jurisdição e o Direito aplicável de acordo com os Tratados correspondentes não podem ser modificados pela vontade das partes, exceto na medida em que autorizada por aquele Direito." Assim, a solução do Tratado de 1940 foi permitir que cada Estado, em exercício de sua soberania, determinasse, de forma independente, a jurisdição e Direito aplicáveis aos contratos internacionais. Se o Estado cujo Direito fosse aplicado reconhecesse a autonomia da vontade, ela seria aceita. Desta forma, ao se outorgar aos contratantes o direito de selecionar a jurisdição onde o contrato seria executado, permitir-se-ia, indiretamente, que os contratantes escolhessem os Direito aplicável.

215. Por comparação, a autonomia da vontade não parece ter sido incluída nos artigos do Código Bustamante, mesmo que seu redator tenha declarado, em trabalho acadêmico posterior, que o Código reconhecia tal princípio[160]. A discussão sobre o tema permanece em aberto.

216. Enquanto isso, o princípio da autonomia da vontade foi incluído em vários outros tratados de Direito internacional privado. Uma prova adicional de seu reconhecimento internacional, o IDI, em sua reunião de 1991 na Basiléia, adotou uma resolução favorecendo a autonomia da vontade em matéria de Direito internacional privado[161]. O Artigo 2.1 de tal resolução prevê que os contratantes são livres para contratar o Direito que se aplicará aos seus contratos, já o Artigo 3.1 declara que o Direito aplicável decorre da vontade dos contratantes. Na UE, a autonomia privada foi consagrada em diversos instrumentos, tais como a Convenção de Roma, quando substituída por Roma I (Artigo 3.1).

217. Alguns já entenderam que o princípio estaria abrangido pelos dispositivos de várias Cartas e Declarações de Direitos Humanos, tais como o Artigo 17 e Artigo 29.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Este entendimento, contudo, não é universalmente aceito.

III. Autonomia da vontade na Convenção da Cidade do México e nos Princípios da Haia

218. Apesar da resistência em relação ao princípio que existia na época em alguns Estados americanos, a autonomia da vontade foi amplamente endossada pela Convenção da Cidade do México. O Artigo 7º, parágrafo 1º declara expressamente que: "O contrato rege-se pelo direito

[160] Sánchez de Bustamante, Antonio, Derecho internacional privado, La Habana, Cultural, S.A., 3a. ed., 1947, Tomo II, pp. 188 e 196-197. O Código Bustamante reconhece a possibilidade de escolha do Direito em contratos de adesão e na interpretação do contrato. Na primeira, tal reconhecimento foi feita de forma "tímida e inexplicável". Ver, Romero, Fabiola, Derecho aplicable al contrato internacional, en: Liber amicorum, Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, Tomo I, pp. 203 e p. 243.

[161] *International Law Institute*, Sessão da Basiléia, 1991. The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities. Relator da Sétima Comissão, Eric Jayme. http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_02_en.pdf.

escolhido pelas partes" e o Artigo 2º que: "O direito designado por esta Convenção será aplicável mesmo que se trate do direito de um Estado não Parte."

219. Os Princípios da Haia também expressamente endossam a autonomia da vontade no Artigo 2.1, que declara: "O contrato rege-se pelo Direito escolhido pelos contratantes". Já durante os trabalhos preparatórios, a HCCH determinou que o principal objetivo do documento seria promover a disseminação mundial do princípio da autonomia da vontade, algo que foi identificado como uma "necessidade" por organizações como a UNCITRAL e o UNIDROIT. Como destacado nos Comentários PH (2.3), "O artigo 2.º reflete o propósito básico e fundamental dos Princípios que é estabelecer e definir a autonomia da vontade...". O reconhecimento geral do princípio ficou evidenciado nas respostas ao questionário que havia sido promovido pela HCCH em 2007, resultados que também registraram a existência de alguns anacronismos em regiões da África e América-latina[162].

A. Contrato principal, Escolha do Direito e Escolha do foro

220. Presumindo a aceitação da autonomia da vontade dos contratantes para realizar a escolha do Direito aplicável, a questão que surge é "onde" eles fazem tal escolha. Os contratantes podem fazer tal escolha tanto no "contrato principal" como podem celebrar acordos em separado com este propósito.

221. Os Comentários PH (1.6) utilizam o termo "contrato principal" para se referir ao principal acordo estabelecido entre os contratantes. Exemplos disso podem incluir um contrato de venda de mercadorias, de prestação de serviços, de mútuo. Como destacado pelos Comentários PH, o acordo de escolha do Direito aplicável deve ser distinguido do contrato principal.

222. O acordo de escolha do Direito aplicável também deve ser distinguido do acordo de escolha do foro. Como descrito nos Comentários PH (1.7), estes podem incluir cláusulas ou acordos sobre a jurisdição, eleição de foro, escolha de local ou escolha de tribunal, todos sendo considerados sinônimos para o acordo entre os contratantes sobre o local (geralmente um órgão jurisdicional estatal) que solucionaria qualquer conflito que surgisse do contrato principal.

223. O acordo de escolha do Direito e o acordo de escolha do foro também devem ser distinguidos das convenções arbitrais. Estas são acordos entre os contratantes para submeter eventuais conflitos a um tribunal arbitral. Como destacado nos Comentários PH (1.7) ainda que estas cláusulas e acordos (conhecidos coletivamente como "acordos de solução de conflitos") sejam geralmente, na prática, combinados com acordos de escolha do Direito aplicável, seus objetivos são distintos.

B. Escolha do Direito não estatal

224. Presumindo a aceitação da autonomia da vontade dos contratantes para realizar a escolha do Direito aplicável, a questão que surge é "o que" eles podem escolher e se isto inclui, ou não, o "Direito não estatal". A Convenção da Cidade do México expressamente permite a utilização do Direito não estatal se nenhuma escolha tiver sido feita. Na ausência de uma escolha ou se a escolha se provar ineficaz, nos termos do Artigo 9º, o tribunal pode levar em consideração "os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais". Isto incluiria, por exemplo, os Princípios UNIDROIT.

[162] Ver: https://www.hcch.net.

225. Contudo, a Convenção da Cidade do México não prevê que os contratantes possam escolher Direito não estatal. Diante da ausência de um dispositivo específico, uma linha teórica entende que tal escolha não seria viável. Esta posição é baseada no Artigo 17 que declara: "Para os fins desta Convenção, entender-se-á por 'direito' o vigente num Estado, com exclusão das suas normas relativas ao conflito de leis". De acordo com tal interpretação, o Direito escolhido deve ser estatal, mesmo que este Estado não seja parte da Convenção da Cidade do México, contanto que a escolha recaia sobre Direito de um Estado. Outra linha de pensamento, incluindo aqueles que aderem à opinião dos redatores Siqueiros e Juenger, é que, de acordo com o Artigo 7º, os contratantes podem escolher Direito não estatal, como base nos Artigos 9º e 10[163].

226. Em contraste, os Princípios da Haia preveem, no Artigo 3º, que os contratantes possam escolher o Direito não estatal, desde que ele preencha certos requisitos.

227. Nas discussões do Grupo de Trabalho que preparou o projeto dos Princípios da Haia, três opções para a escolha do Direito não estatal foram consideradas: (1) reservá-la para o foro arbitral; (2) permitir a escolha do Direito não estatal, independentemente do mecanismo de solução de controvérsias; (3) omitir toda referência ao Direito não estatal, deixando a interpretação em aberto para árbitros e juízes. A primeira opção equivaleria a manter o *status quo*. De fato, ainda que a maior parte dos atuais regulamentos arbitrais preveja a opção pela escolha de Direito não estatal como quadro normativo de um contrato internacional (por exemplo, ver a discussão anterior sobre Direito não estatal e arbitragem), em contraste, a maior parte dos tribunais judiciais não autorizam a escolha de Direito não estatal. Em outros termos, a menos que os contratantes escolham incluir uma cláusula arbitral no contrato, eles estarão sujeitos ao Direito de um Estado específico. A terceira opção permitiria que os tribunais arbitrais e judiciais de um Estado fizessem tal determinação. De um lado, poderia ser argumentado que esta opção é a mais consistente com o princípio da autonomia da vontade. Contudo, isto significaria que o tribunal judicial ou arbitral interpretaria os Princípios da Haia para determinar se a cláusula de escolha do Direito (ou de escolha das normas de Direito) estaria de acordo com o Artigo 3º, um procedimento interpretativo que não envolveria o recurso à autonomia da vontade. Por outro lado, a ausência de uma resposta concreta a tal problema daria ensejo a incertezas. Por fim, o Grupo de Trabalho escolheu a segunda opção. Em outras palavras, os Princípios da Haia permitem a escolha de Direito não estatal, independentemente do método de solução de conflitos.

C. Os Princípios da Haia como ferramenta para interpretação da Convenção da Cidade do México na escolha de Direito não estatal

228. Como descrito anteriormente, a Convenção da Cidade do México adota o princípio da autonomia da vontade de forma abrangente. Também se destacou que a Convenção da Cidade do México permite, claramente, que o tribunal leve em consideração o Direito não estatal na ausência de uma escolha eficaz de Direito, mas que não chega a permitir que os contratantes escolham o Direito não estatal. Como destacado anteriormente, uma escola de pensamento sustenta que, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, o Direito não estatal poderia ser escolhido como o Direito aplicável.

---

[163] Aqueles que aderem a primeira opinião questionam a veracidade desta interpretação e sustentam que os Artigos 9º e 10 não se aplicam aos casos em que uma escolha de Direito tenha sido feita, ao invés disso, eles serviriam para auxiliar o tribunal na determinação do Direito aplicável diante da ausência de uma efetiva escolha de Direito. Eles também sustentam que o Artigo 7º não inclui a escolha de Direito não estatal entre as possíveis opções porque, de acordo com o Art. 17, "Direito" é definido para "significar o Direito vigente em um Estado".

229. A este respeito, os Princípios da Haia fornecem importante auxílio interpretativo ao determinarem o que é entendido como Direito não estatal para que ele seja elegível para ser escolhido como o Direito aplicável. Como explicado anteriormente, o Direito escolhido deve ser um conjunto de normas. Este conjunto deve ser neutro e balanceado (e. g., os Princípios UNIDROIT ou a CISG). Em contraste, as cláusulas ou condições gerais unilateralmente redigidas claramente não são qualificáveis (e.g., o Contrato FIDIC ou as Regras GAFTA, como explicado anteriormente).

230. Isto não significa que os usos, as práticas e os princípios internacionais não possam ser levados em consideração na interpretação ou preenchimento de lacunas contratuais. Este é, contudo, um tópico distinto daquele do Direito aplicável que possa vir a ser escolhido em razão do princípio da autonomia da vontade. Em outros termos, um tema é a utilização do Direito não estatal como ferramenta interpretativa; outro, é a escolha do Direito não estatal como o Direito que deve reger o contrato. Neste último caso, os Princípio da Haia oferecem critérios úteis sobre a elegibilidade.

IV. Autonomia da vontade no Direito doméstico.

231. Esta próxima sessão inclui uma breve revisão da autonomia privada no Direito doméstico dos países da região que pretende relatar seu presente *status* e não o interpretar. Atualmente, parece que há apenas um Estado onde o princípio é rejeitado completamente (Uruguai, ainda que o tema não esteja livre de debates) e um onde sua admissibilidade ainda não esteja clara (Brasil). Ainda parece ser exceção a inclusão, na legislação doméstica, de previsão específica que permita aos contratantes a escolha do Direito não estatal. Até o presente momento apenas o México, o Panamá e o Paraguai deram este passo.

232. Na Argentina, o novo Código Civil e Comercial expressamente reconhece a autonomia da vontade em contratos internacionais (Artigo 2.651). O subparágrafo (d) do mencionado Artigo permite a incorporação de Direito não estatal por referência.

233. O Código Civil boliviano (artigo 454) consagra o princípio da liberdade de escolha. Este princípio é aceito na Bolívia como se confirmou em recente decisão da Corte Constitucional boliviana[164]. Ainda que o caso se referisse a um contrato doméstico, a decisão reconheceu a liberdade de os contratantes escolherem o Direito que melhor se ajustasse a sua relação jurídica, desde que isso não ofendesse à ordem pública[165]. A interpretação que parece seguir é de que tal direito também se aplica no caso de contratos internacionais, com algumas exceções tais como contratos com o governo boliviano ou contratos de investidores internacionais[166].

234. No Brasil, atualmente a LINDB não contém dispositivo sobre o tema. No passado houve esforços para introduzir alterações legislativas. A mais recente proposta de alteração da LINDB

[164] Julgamento constitucional n° 1834/2010-R, 25 de outubro de 2010.

[165] O Tribunal cita o artigo 454 do Código Civil e o comentário a este dispositivo de Carlos Morales Guillén (um renomado comentarista do Código Civil boliviano, que menciona outros autores). A doutrina do princípio básico da autonomia da vontade, que decorre do consentimento, pode ser resumida assim: "1) Indivíduos são livres para contratar e discutir, em bases iguais, as condições do contrato; terminar o seu conteúdo e objeto; combinar diferentes tipos contratuais fornecidos pelo Direito ou criar contratos novos; 2) eles podem escolher a legislação (o original em espanhol é "legislacion") mais conveniente para sua relação; ou eles podem descartar a aplicação de qualquer lei (original em espanhol é "ley") de natureza dispositiva; 3) as formas rituais não são reconhecidas e as formas solenes devem ser excepcionais; 4) os efeitos do contrato são aqueles que os contratantes pretenderam dar a ele e as regras de interpretação não dão ao juiz o poder de impor seu critério sobre a intenção dos contratantes (sic)" (Morales Guillén, Carlos, Código Civil, 1997, citando Planiol, Ripert e Pérez Vives).

[166] 2016 Contracts Paper, nota 1, resposta da Bolívia.

está atualmente em impasse no Congresso. Ela introduziria um novo Artigo 9º, cujo parágrafo primeiro reconheceria a autonomia[167]. É permitida na arbitragem ou quando a CISG – que foi ratificada e está em vigor no Brasil - é aplicada. As decisões judiciais são contraditórias, algumas a aceitando outras a rejeitando[168].

235. O Canadá reconhece a autonomia da vontade. Na província de Quebec (única jurisdição de *Civil law* no Canadá), o princípio está codificado no Artigo 3.111 do Código Civil do Quebec ("CCQ"). O princípio também é reconhecido nas jurisdições canadenses de *Common law*. Existem limitações no que concerne aos direitos dos consumidores e contratos de trabalho, tanto no Quebec como nas jurisdições de *common law*[169].

236. No Chile, há alguma incerteza sobre o reconhecimento da autonomia da vontade. Contudo, uma análise sistemática dos dispositivos do Código Civil e do Código Comercial[170] conduziu à interpretação doutrinária de aceitação do princípio, confirmada por decisões judiciais[171]. Por outro lado, ainda que o Artigo 1.462 diga que uma promessa de se submeter, no Chile, à jurisdição não reconhecida pelo Direito chileno seja inválida em razão de ilegalidade de objeto, o Judiciário tem entendido que esta norma se refere à jurisdição e não ao Direito aplicável[172]. A autonomia da vontade na escolha do Direito aplicável também foi validada nas normas que regem as contratações internacionais do setor público[173]. Esta validação legislativa da escolha do Direito para o setor público, por sua vez, reforçou o reconhecimento judicial em relação às entidades privadas, que são regidas pelo princípio da autonomia da vontade.

237. Na Colômbia, em matéria de arbitragem internacional, com a exceção dos contratos envolvendo o Estado (Artigo 13 da Lei n° 80/1993), os contratantes são livres para escolher o Direito aplicável ao mérito (Artigo 101 da Lei n° 1.563/2012). Para além deste objeto, em matérias regidas pelo Direito doméstico, os contratantes têm a liberdade de escolher o Direito estrangeiro para reger sua relação contratual na medida em que isso não ofenda a ordem pública doméstica. Em casos de *exequatur*, a interpretação judicial foi mais flexível e os tribunais entenderam que as normas conflituais não são "diretrizes obrigatórias vinculantes."[174]

238. Na República Dominicana, a recentemente aprovada Lei de Direito internacional privado reconhece a autonomia da vontade em seus Artigos 58 a 60 (Lei n° 544/2014).

239. Em El Salvador, o princípio da autonomia da vontade é reconhecido pelo Judiciário e foi confirmado pela Suprema Corte, em particular pela sua Câmara Constitucional, com fundamento no Artigo 23 da Constituição que garante a liberdade de contratar[175]. Os Tribunais também se baseiam no Código Civil que prevê que "Todo contrato legalmente celebrado é obrigatório para

---

[167] Nota 126.

[168] Ela foi aceita, por exemplo nas seguintes: TJSP, DJe 30 nov.2011, Apel. Cív. 9066155-90.2004.8.26.0000; TJSP, j. 06 jun.2008, Apel. Cív. 9202485-89.2007.8.26.0000; e foi rejeitada em outras, por exemplo: TJSP, j. 19 fev.2016, Apel. Cív. 2111792-03.2015.8.26.0000; TJSP, DJe 09 jan.2012, Apel. Cív. 0125708-85.2008.8.26.0000.

[169] Por exemplo, CCQ, Artigo 3.117-18; Lei de Práticas empresariais e de Proteção do Consumidor de Saskatchewan, SS 2014, c. C-30.2, seção 15 e 101(2); e A Lei de Padrões de Trabalho de Ontario, 2000, SO 2000, c. 41, s. 5.

[170] Tal como o Artigo 113 do Código Comercial e os Artigos 16 e 1.545 do Código Civil ("todo os contratos legalmente celebrados são lei entre as partes…").

[171] Por exemplo: Raimundo Serrano Mac Auliffe Corredores S.A, Suprema Corte, 30 de novembro de 2004, Decisão n° 868-2003; *Exequatur* Cubix v. Markvision, Suprema Corte, 20 de agosto de 2014, Decisão n° 10890-2014.

[172] Por exemplo: *Exequatur* State Street Bank and Trust Company; Mauricio Hochschild S.A.C.I. v Ferrostaal A.G., nota 136.

[173] Artigo 1° do Decreto lei n° 2.349/1978.

[174] Suprema Corte de Justiça, Câmara Cível, Julgamento de 5 de novembro de 1996, Exp. 6130, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

[175] Diário Oficial n° 50 Tomo 394, 13 de março de 2012. Disponível em http://www.jurisprudencia.gob.sv.

os contratantes, sendo que seus efeitos entre as partes apenas cessam por sua mútua vontade dos contratantes ou por razões legais" (Artigo 1.416).

240. Na Guatemala, o Artigo 31 da Lei judiciária prevê que: "Os empreendimentos legais e os negócios devem ser regidos pela lei a qual as partes tenham se submetido, exceto quando tal submissão é contrária à proibição legal expressa ou à ordem pública". Ainda que tal dispositivo não especifique se ele se aplica aos contratos domésticos ou internacionais, assim como em outros Estados latino-americanos, diante da ausência de norma especial para os contratos internacionais, em alguns casos, aplicam-se as normas para contratos domésticos. A utilização do termo "lei" (*ley*) sugere que não é permitida a escolha de Direito não estatal.

241. A Jamaica segue a *common law* herdada do Reino Unido. De acordo com os precedentes, os contratos internacionais são regidos pelo Direito escolhido pelos contratantes[176].

242. O México celebrou e ratificou a Convenção da Cidade do México; contudo, o princípio da autonomia da vontade já estava consagrado na legislação doméstica (Artigo 13, Seção V do Código Civil Federal).

243. No Panamá o novo Código de Direito internacional privado (Lei n° 61/2015) prevê, em seu Artigo 72, o que segue: "A autonomia de escolha do contratante regula e governa os contratos internacionais, com apenas as limitações da ordem pública e violações do Direito aplicável". Contudo, o Direito não estatal pode apenas ser incorporado por referência. Isto porque o Artigo 87 prevê que: "É válido que os contratantes consintam, em contratos internacionais, com os usos gerais e costumes de uma atividade comercial e com as práticas internacionais usuais conhecidas dos contratantes em suas relações internacionais como operadores comerciais e agentes econômicos. Os usos, costumes e práticas do comércio internacional são fonte do Direito e são obrigatórios a partir do momento da contratação ou da atividade natural de comércio." Da mesma forma, o Artigo 86 determina: "Os contratantes podem utilizar os Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais regulados pelo [UNIDROIT] como provisões complementares ao Direito aplicável ou como um instrumento de interpretação pelo juiz ou árbitro, em contratos ou empreendimentos de Direito Comercial internacional."

244. No Paraguai, dadas as deficiências dos textos do Código Civil e dos Tratados de Montevidéu - utilizado como sua fonte, existiam dúvidas sobre a admissibilidade do princípio da autonomia da vontade até 2013, quando a Suprema Corte de Justiça decidiu de forma favorável a ele[177]. Para assegurar maior certeza, contudo, foi necessário editar legislação que tratasse do tema de forma definitiva. Desta forma, a primeira parte do Artigo 4º da nova lei paraguaia sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais, que copia quase literalmente o Artigo 2º dos Princípios da Haia e ecoa o Artigo 7º da Convenção da Cidade do México, prevê que "o contrato é regido pelo Direito escolhido pelos contratantes..." (Artigo 4.1). Adicionalmente, o Artigo 5º, baseado no Artigo 3º dos Princípios da Haia, expressamente reconhece o Direito não estatal.

245. No Peru, a mais importante norma é, talvez, o Artigo 2.095 do Código Civil, que estabelece que as obrigações contratuais são regidas pelo Direito expressamente escolhido pelos contratantes. Assim, ainda que a autonomia da vontade seja reconhecida para que os contratantes escolham um Direito estrangeiro, eles não podem escolher um Direito não estatal (ver também o Artigo 2.047).

---

[176] Vita Foods Products Inc. v Unus Shipping Co. Ltd., [1939] 1 All E.R. 513; e DYC Fishing Limited v Perla Del Caribe Inc., [2014] JMCA Civ. 26, §§ 42-44, citando R v International Trustee for the Protection of Bondholders, [1937] 2 All E.R. 164 e Bonython v Commonwealth of Australia, [1951] AC 201.

[177] Acórdão e sentença n°82 de 21 de março de 2013, em Reconstitución del Expte. Hans Werner Bentz v. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato.

246. Nos Estados Unidos da América, o princípio da autonomia da vontade foi, inicialmente, rejeitado pelo Primeiro *Restatement* de Direito internacional privado de 1934 (como destacado anteriormente, ainda que o *Restatement* não seja um "código", ele é um texto acadêmico altamente persuasivo), apesar de decisões judiciais em contrário. Eventualmente ele foi incluído no Segundo *Restatement* de 1971 (seção 187(2)). Em torno da mesma época, a Suprema Corte dos Estados Unidos claramente reconheceu o princípio no caso Bremen v. Zapata, ainda que o caso tratasse da eleição de foro e não de Direito aplicável[178]. Contudo, o *status* do princípio nos Estados Unidos não é tão simples quanto possa aparecer. As normas do Primeiro *Restatement* continuam a ser aplicadas em vários estados norte-americanos. Mesmo nestes estados nos quais a normas do Segundo *Restatement* sobre autonomia da vontade tenham sido adotadas, sua aplicação precisa exige o entendimento dos métodos do Primeiro *Restatement*[179]. Além disso, deve-se destacar que um novo projeto de *Restatement* sobre Direito internacional privado está sendo elaborado[180]. Adicionalmente, para as compras e vendas de mercadorias regidas pela CISG, o Artigo 2º do *Uniform Commercial Code* ("UCC"), em conjunto com o Artigo 1º, se aplicará. Nos termos do UCC, os contratantes são livres para escolher os estados internos ou estrangeiros cujos Direitos regerão seu contrato, desde que o contrato tenha relação razoável com o estado ou país escolhido: "Salvo o disposto em contrário nesta seção, quando um contrato guarda relação razoável com este estado ou com outro Estado ou nação, os contratantes podem contratar que o Direito deste estado ou daquele Estado ou nação deva reger seus direitos e obrigações."[181]

---

[178] Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907 (1972). Como o caso teve "tratamento negative" por alguns, sua autoridade foi questionada.

[179] Análise mais detalhada é necessária, o que estaria, talvez, além dos objetivos deste Guia. Seria necessária uma descrição da Seção 187 e da Seção 188, uma vez que a aplicação da Seção 187, em muitos casos, envolve uma determinação prévia do Estado cujo Direito seria escolhido de acordo com a Seção 188. Isto porque a Seção 188 prevê que a jurisdição cujo Direito será escolhido é determinada com base na análise da jurisdição com a maior vinculação com o contrato e com os contratantes, levando em consideração os contatos de cada potencial jurisdição relevante (tais como o local de negociação, o local de contratação, o local de execução, localização do objeto do contrato, sede, domicílio, residência ou nacionalidade dos contratantes). Estes contatos devem ser avaliados em razão de um conjunto de fatores encontrados na Seção 6 do Segundo *Restatement*, que incluem interesses interestaduais ou internacionais, interesses governamentais individuais, expectativas justificadas dos contratantes, políticas comuns básicas do campo do Direito, e preocupações procedimentais e outras questões administrativas dos contratantes e do tribunal. Assim, a determinação da jurisdição com a conexão mais significativa desempenha um papel na avaliação dos acordos de escolha de Direito. Em particular, apenas interesses fundamentais do Estado cujo Direito seria, de outra forma, aplicável é capaz de invalidar a autonomia da vontade com base no que outras jurisdições veriam como normas de aplicação imediata. Adicionalmente, a seção 187 pretende limitar a autonomia da vontade quando o Estado do Direito escolhido não guarda relação substancial com os contratantes ou com o contrato. O Segundo *Restatement* reflete uma mudança na prática norte-americana durante as décadas de 1960-1980. As concepções territoriais baseadas onde "direitos adquiridos surgiam" dominavam o pensamento norte-americano sobre escolha de Direito antes dos anos 1960. Desde então, a maioria dos Estados adotou para ações transitórias (e.g., contratos e outros) metodologias multifatoriais focadas nos interesses dos Estados, políticas de ordem multilateral e expectativas individuais justificadas, dentre outras coisas. A complexidade deste novo sistema e seus resultados indeterminados, juntamente com a atenção direta que dá às expectativas justificadas dos contratantes, podem ter criado apoio para o reconhecimento da autonomia da vontade nos Estados Unidos da América. Para se compreender completamente o Direito e prática norte-americanas, é necessária uma explicação mais aprofundada da *common law*, os *Restatements* (como destacado anteriormente) e a trajetória histórica da chamada "revolução da escolha de Direito", nos Estados Unidos. Também deve ser destacado que para casos internacionais, os princípios do Terceiro *Restatement* do Direito das Relações Exteriores são importantes, ainda que a Seção 6 do Segundo *Restatement* sobre Direito internacional privado expressamente se refira às políticas de ordem "internacional" e, assim, cruze com o *Restatement* do Direito das Relações Exteriores. Desta forma, um advogado estrangeiro precisaria estar também ciente desta intersecção. Como ambos os *Restatements* estão em processo de revisão, os conceitos resumidos nestes antigos documentos não são definitivos.

[180] *American Law Institute*, Restatement of the Law Third Conflict of Laws (Preliminary Draft No. 3) October 3, 2017.

[181] UCC § 1-301(a).

247. No Uruguai, o Artigo 2.399 do Anexo ao Código Civil prevê: "Empreendimentos jurídicos são regidos, quanto a sua existência, natureza, validade e efeitos, pelo Direito do local onde forem executados e, adicionalmente, de acordo com as normas de interpretação previstas nos Artigos 34 a 38 do Tratado de Direito Civil de 1889." De acordo com tal Artigo, o respeito à autonomia da vontade será determinado de acordo com o Direito do local de execução do contrato internacional em questão. Adicionalmente, o Artigo 2.403 do mesmo Anexo prevê que: "as normas de competência judicial e legislativa contidas neste título não podem ser modificadas pela vontade dos contratantes. Ela só pode ser exercida dentro das margens do Direito aplicável."

248. Na Venezuela, o Direito internacional privado apenas declara que o contrato pode estar sujeito ao Direito escolhido pelos contratantes, sem indicar o tempo e método de tal escolha[182]. Esta lacuna é preenchida pelo disposto na Convenção da Cidade do México, segundo a qual, de acordo como o sistema venezuelano de Direito internacional privado, a autonomia da vontade encontra ampla aplicação.

V. Autonomia da vontade na Arbitragem.

249. Como destacado anteriormente, este Guia não trata do tema da faculdade de os contratantes escolherem a jurisdição estatal ou arbitral que teria competência em caso de conflito (eleição de foro). Contudo, este é assunto distinto e não exclui a questão de uma escolha pelos contratantes do Direito aplicável ao mérito de um contrato com uma cláusula arbitral.

250. O princípio da autonomia da vontade está subjacente à Convenção de Nova Iorque, à Convenção do Panamá e à Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros ("Convenção de Montevidéu")[183]. Dos 35 Estados membros da OEA, quase todos acederam ou ratificaram a Convenção de Nova Iorque[184], 19 ratificaram a Convenção do Panamá[185] e 10 ratificaram a Convenção de Montevidéu[186].

251. Ainda que nenhum destes instrumentos tenha abordado diretamente a questão do Direito aplicável, a autonomia da vontade é reconhecida tanto em relação à validade da cláusula arbitral, ao procedimento arbitral em si e ao reconhecimento do laudo, em especial dado que uma das bases para nulidade da arbitragem é que ela não tenha sido conduzida de acordo com a cláusula arbitral. Também se entende, ou pode ser inferido, que as cláusulas de escolha do Direito aplicável ao mérito devem ser respeitadas.

252. Em contraste, a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961 ("Convenção Europeia") prevê expressamente em seu Artigo VII que "os contratantes são livres para determinar, por contrato, o Direito que será aplicado pelos árbitros ao mérito da disputa."[187] De forma similar, o Acordo arbitral do MERCOSUL de 1998, ratificado pela Argentina, Brasil

[182] Lei venezuelana de Direito Internacional Privado (1998).
[183] Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, adotada em Montevidéu, na CIDIP-II, assinada em 8 de maio de 1979 e que entrou em vigor em 14 de junho de 1980.
[184] Ver nota 72.
[185] http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-35.html. **Nota do tradutor**: ver nota 132.
[186] http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-41.htm.
[187] Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional. Celebrada em 21de abril de 1961 e que entrou em vigor em 7 de janeiro de 1964. Disponível em: https://www.arbitrationindia.com/geneva_convention_1961.html.

Paraguai e Uruguai, expressamente prevê que "as partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia".[188]

253. Na arbitragem de investimentos, o princípio da autonomia da vontade foi consagrado pela Convenção ICSID, que foi ratificada por vários países da região. Pelo disposto no Artigo 42, os contratantes podem acordar sobre "as normas de Direito" que quiserem, mas na ausência de tal acordo, o tribunal deve aplicar o Direito do Estado e as normas de Direito internacional que entender aplicáveis.

254. Por sua vez, a Lei-modelo da UNCITRAL inclui o princípio da autonomia da vontade (Artigo 28(1)) e os comentários destacam que isso é relevante na medida em que vários Direitos domésticos não reconhecem clara ou completamente esta liberdade. Atualmente, de forma consistente com tal recomendação, em toda América latina, inúmeras legislações arbitrais preveem a autonomia da vontade, tanto para a escolha de se submeter a uma arbitragem internacional como para escolher o Direito que vai ser aplicado na solução de seu litígio por meio daquele mecanismo[189].

7.0 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria declarar clara adesão ao princípio, internacionalmente reconhecido, da autonomia da vontade, como expresso na Convenção da Cidade do México, nos Princípios da Haia e em outros instrumentos internacionais.

[188] Artigo 10, nota 134.

[189] Neste caso, por exemplo, no Chile (o Artigo 28 da Lei n° 19.971/2004 sobre arbitragem comercial internacional); na Colômbia (o Artigo 101 da Lei n° 1.563 sobre arbitragem doméstica e internacional); na Guatemala (o Artigo 36.1 da Lei de Arbitragem); no Panamá (o Artigo 3° do Decreto Lei n° 5/1999, que estabeleceu o regime geral da arbitragem conciliação e mediação, substituído pela Lei n° 131/2013); no Peru (o Artigo 57 do Decreto n° 1.071, que regula a arbitragem); no Peru para contratações como o Estado, a arbitragem é obrigatória (o Artigo 45.1 da Lei sobre contratações pública n° 30.225).); no Brasil (o Artigo 2º da Lei n° 9.307/1996); na Costa Rica (o Artigo 28 Lei n° 8.937 sobre arbitragem comercial internacional); no México (o Artigo 1.445 do Código Comercial); e no Paraguai (o Artigo 32 da Lei n° 1.879/2002, sobre mediação e arbitragem).

2.13 Parte Oito – Escolha do Direito: expressa ou tácita

I. Escolha expressa do Direito

255. Os contratantes podem escolher o Direito aplicável ao seu contrato de forma expressa ou tácita. A autonomia da vontade presume que os contratantes tenham efetivamente exercido sua vontade de fazer uma escolha.

256. A escolha expressa surge, claramente, do contrato e pode ser verbal ou escrita. Algumas vezes a escolha expressa é feita com referência a um fator externo, tal como a localização do estabelecimento de um dos contratantes. Os Comentários PH ao Artigo 4º dos Princípios da Haia fornecem o exemplo de contratantes acordando que o contrato "deve ser regido pelo Direito do Estado do estabelecimento do vendedor".

II. Escolha tácita do Direito

A. Fórmulas no Direito Comparado

257. Algumas vezes a escolha de Direito pode não ser tão clara. A intenção não é tentar verificar a vontade hipotética dos contratantes. Uma interpretação restritiva sugere que o julgador deve se limitar a verificar a escolha do Direito tal como refletida nos termos contratuais, excluindo a investigação de outras circunstâncias externas. Esta é a forma como o Artigo 2(2) da Convenção da Haia sobre vendas de 1955 é interpretada[190].

258. Em uma interpretação mais ampla, o juiz não só examinará os termos contratuais expressos, mas também levará em conta as circunstâncias do caso ou "a conduta dos contratantes". Este é o disposto na Convenção da Haia sobre Agência de 1978 (Art. 5(2)) e na Convenção da Haia sobre Vendas de 1986 (Art. 7(1))[191].

259. A Convenção de Roma seguiu quase que literalmente a Convenção da Haia sobre Agência ao prever, no Artigo 3(1), que a escolha "deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa". Em seus comentários sobre a Convenção de Roma, Giuliano e Lagarde declararam que a intenção tácita é certa, por exemplo, quando os contratantes escolhem um contrato-tipo regido por um sistema jurídico em particular, ou quando exista um prévio contrato especificando a escolha do Direito, ou quando exista referência à legislação ou disposições de um país específico, ou quando um contrato faz parte de uma série de negócios e um sistema jurídico é escolhido para o contrato no qual os demais se sustentam[192].

260. Roma I continua a permitir a escolha tácita (apesar de algumas propostas para eliminá-la), desde que ela seja "expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso" (Artigo 3.1). A mudança de terminologia daquela utilizada na Convenção de Roma tem a ver, acima de tudo, com o fortalecimento da versão em inglês (assim como a versão em alemão), com o requisito de que a escolha tácita deva ser "claramente demonstrada",

---

[190] Nota 23.
[191] Nota 24 e 23.
[192] Relatório sobre a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Convenção de Roma) por Mario Giuliano, Professor, Universidade de Milão, e Paul Lagarde, Professor, Universidade de Paris I, disponível em: http://aei.pitt.edu/1891/1/Obligations_report__Guiliano_OJ_C_282.pdf.

e não apenas "demonstrada com razoável certeza". Isto não tem por objetivo alterar o espírito da regra anterior, mas simplesmente faz as versões em inglês e alemão se alinharem com a versão em francês do texto da Convenção de Roma.

B. Escolha tácita na Convenção da Cidade do México

261. O Artigo 7º, parágrafo 1º, do instrumento interamericano declara que "O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto". Para este fim, todos os pontos de contato do contrato devem ser considerados, tais como o local de formação e execução, língua, moeda, foro e sede da arbitragem – para citar alguns exemplos.

262. O tema da escolha do Direito aplicável foi objeto de intenso debate nas discussões que antecederam a Convenção da Cidade do México. Fica claro da redação do Artigo que a conduta dos contratantes e as cláusulas do contrato são indícios que devem ser considerados em conjunto pelo tribunal e que eles devem permitir que o tribunal alcance uma conclusão que seja "evidente". De outra forma, o Artigo 9º será aplicado como se não tivesse sido feita uma escolha. Isto é, a Convenção da Cidade do México não aceita uma escolha hipotética; é exigida uma intenção clara e óbvia de escolher o Direito. Por exemplo, se os contratantes se referirem a normas específicas de um determinado Estado na cláusula de escolha do Direito e seu comportamento for consistente com o conteúdo desta cláusula, o tribunal deve considerar que a escolha do Direito daquele Estado é "evidente".

C. Escolha tácita nos Princípios da Haia

263. De acordo com o Artigo 4º dos Princípios da Haia, "A escolha do Direito [...] deve ser expressa ou resultar, de forma clara, das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso." Esta redação permite que a escolha de Direito seja expressa ou tácita, desde que clara.

264. Este tema também foi objeto de intenso escrutínio durante as discussões do Grupo de Trabalho da Haia[193]. Em razão da falta de consenso no Direito comparado, pensou-se que os contratantes deveriam ser encorajados a serem explícitos em sua escolha do Direito. Para maior certeza, decidiu-se pela adoção da fórmula de que a escolha do Direito "deve ser expressa ou resultar, de forma clara, das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso." A maioria dos especialistas expressaram preocupação que o padrão "intenções manifestamente claras" seria muito elevado, em particular para alguns Estados que exigem padrões mais baixos para outros aspectos materiais do contrato. Assim, se não houver expressa indicação, a escolha deve ser inferida se ela surgir "claramente das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso".

265. Os Comentários HP (4.13) explicam que as circunstâncias específicas do caso podem indicar a intenção dos contratantes a respeito da escolha do Direito aplicável. O comportamento dos contratantes e outros fatores relacionados à conclusão do contrato podem ser particularmente relevantes. Este princípio também pode ser aplicado em casos de contratos relacionados. Assim, se os contratantes tiverem, em negócios anteriores, sistemática e expressamente escolhido o Direito de um Estado em particular para reger o seu contrato e as circunstâncias não indicarem qualquer intensão de alterar esta prática, o julgador pode concluir

[193] Nota 27.

que os contratantes tinham a clara intenção de que o contrato em questão fosse regido pelo Direito do mesmo Estado, mesmo que uma escolha expressa não tivesse sido feita.

266. Os Comentários PH (4.14) também declaram que a escolha tácita deve resultar clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso, e, portanto, a escolha deve ser clara a partir da existência de prova conclusiva. Os Comentários PH (4.9) declaram que é amplamente aceito que o uso de um formulário geralmente utilizado no contexto de um sistema jurídico específico pode sinalizar a intenção dos contratantes de que o contrato seja regido por aquele sistema, ainda que não haja expressa declaração neste sentido. O exemplo fornecido é um contrato de seguro marítimo na forma de uma apólice da LLoyds. Uma vez que este modelo de contrato é baseado no Direito inglês, sua utilização pelos contratantes pode indicar sua intenção de submeter o contrato àquele sistema jurídico. O mesmo ocorre quando o contrato contém terminologia característica de um sistema jurídico específico ou referência a disposições domésticas evidenciando que os contratantes tivessem aquele sistema jurídico em mente e que pretendiam a ele submeter seu contrato (4.10).

III. Escolha do foro e escolha tácita do Direito

267. De acordo com o Artigo 7º, parágrafo 2º da Convenção da Cidade do México, "A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável." Nas deliberações que antecederam a Convenção da Cidade do México, a delegação norte-americana – cuja posição sobre este ponto não prevaleceu – advogou que a escolha do foro deveria ser considerada uma escolha tácita do Direito aplicável. Esta posição coincide com uma solução historicamente consagrada na *common law* e se pode argumentar que, mesmo que as normas estabeleçam o contrário, há uma tendência doméstica dos tribunais em adotar o seu próprio Direito. Obviamente que este poderia ser um elemento importante, mas, no fim, a escolha do foro não deveria ser um fator determinante na decisão de que o Direito do foro deva ser aplicado.

268. A solução do instrumento interamericano coincide com aquela da segunda parte do Artigo 4º dos Princípios da Haia. De acordo com os Comentários PH (4.11) sobre este dispositivo, "os contratantes podem ter escolhido um foro específico pela sua neutralidade ou experiência". A este respeito, um tribunal de Luxemburgo decidiu, ao aplicar o Artigo 3.1 da Convenção de Roma, que "A escolha dos tribunais de Luxemburgo, na ausência de qualquer outra conexão com este país, não é suficiente para inferir uma referência tácita ao Direito de Luxemburgo". Obviamente que o acordo de eleição de foro dos contratantes de modo a atribuir a jurisdição a um tribunal específico pode ser um dos fatores que deveria ser levado em consideração ao se determinar se os contratantes pretendiam que o contrato fosse regido pelo Direito daquele foro, especialmente quando foi dada, para aquele foro, jurisdição exclusiva. Em contraste, para as cláusulas de jurisdição não exclusivas deve ser dado menor peso na determinação do Direito que os contratantes "tacitamente" tenham escolhido para reger seu contrato, uma vez que promover o procedimento em um foro indicado em uma cláusula não exclusiva é meramente opcional. Ainda que a cláusula preambular 12 de Roma I se refira às cláusulas de jurisdição exclusiva, os Princípios da Haia não o fazem, deixando em aberta a possibilidade de que seja dado peso desproporcional às cláusulas não exclusivas quando da determinação da escolha do Direito.

IV. Escolha tácita do Direito e Direitos domésticos

269. Na Argentina, de acordo com o Artigo 2.651 do Código Civil e Comercial, a escolha do Direito deve ser expressa ou ser certa e evidente a partir dos termos do contrato ou das

circunstâncias do caso. Em outros termos, a escolha tácita exige razoável certeza ou "prova" de que a escolha é real, de acordo com as circunstâncias do caso. A alínea (g) daquele Artigo prevê que "A escolha de um certo foro nacional não implica necessariamente a escolha do Direito daquele país como aplicável", o que é consistente com as disposições da Convenção da Cidade do México (Artigo 7º) e com os Princípios da Haia (Artigo 4º), como destacado anteriormente.

270. No Canadá, na província do Quebec, o CCQ considera que os termos do contrato são o único indicador da escolha tácita. A certeza é exigida para que se possa determinar que a uma escolha tácita, mas verdadeira, tenho sido feita (Artigo 3.111).

271. No Chile, o Artigo 1.560 do Código Civil reconhece a escolha tácita na ausência de uma escolha expressa e exige que "a intenção dos contratantes deve ser provada ou estabelecida para além de palavras literais."

272. No Paraguai, o Artigo 6º (escolha expressa ou tácita) da Lei sobre o Direito aplicável a contratos internacionais transcreve, a este respeito, o Artigo 4º dos Princípios da Haia.

V. Escolha tácita do Direito e Arbitragem

273. O Artigo 28(1) da Lei-modelo da UNCITRAL prevê que "O tribunal arbitral decide a disputa de acordo com as regras de direito designadas pelas partes para serem aplicadas ao mérito da disputa." O Regulamento arbitral da UNCITRAL de 2010 se refere às normas de Direito "designadas pelos contratantes" como aplicáveis ao mérito da disputa.

274. Conclui-se destes textos que não é exigida a expressa designação do Direito aplicável. Mesmo assim, porque o novo Regulamento utiliza a palavra "designada", a expectativa é que seja uma escolha de Direito inequívoca.

275. A referência a "normas de Direito designadas pelos contratantes" anteriormente ao "acordo" sobre o Direito aplicável é um convite para que os tribunais arbitrais analisem se houve qualquer indicação indireta pelos contratantes das normas de regência. Por exemplo, mesmo que os contratantes não tenham expressamente acordado sobre o Direito aplicável ao seu contrato, podem existir referências a vários dispositivos de um sistema jurídico, o que poderia indicar que eles o escolheram como o Direito aplicável. No Peru, este tema foi esclarecido no Artigo 57 do Decreto legislativo n° 1.071 que explora o significado do termo "indicar" como segue: "(…) será entendido que qualquer indicação do Direito ou de ordem jurídica de um Estado em particular, salvo se expresso em contrário, se refere ao Direito material daquele Estado e não as suas normas conflituais." De acordo com este dispositivo, uma indicação no contrato, pelos contratantes, permite a interpretação de que houve um acordo tácito sobre a aplicação de Direito material do Estado mencionado. Em tal caso, o Direito daquele Estado será aplicado sem se fazer referência as suas normas conflituais. Adicionalmente, dependendo da redação da cláusula, pode ser que ele não regule pretensões extracontratuais, situação na qual o tribunal deverá determinar o Direito aplicável.

276. Os Princípios da Haia também abordam o tema no contexto da arbitragem. De acordo com a segunda parte do Artigo 4º, a eleição de um tribunal arbitral não é suficiente para indicar, por si, que os contratantes tenham escolhido tacitamente o Direito aplicável. Os Comentários PH (4.11) declaram que os contratantes podem ter escolhido o tribunal em razão de sua neutralidade ou especialização. De qualquer forma, uma cláusula arbitral que vincule disputas a um foro específico pode ser um fator na determinação da existência de uma escolha tácita de Direito aplicável.

8.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria declarar que a escolha de Direito, expressa ou tácita, deve evidenciar-se ou resultar clara das disposições do contrato ou de suas circunstâncias, coerentemente com o disposto no Art. 7º da Convenção da Cidade do México e no art. 4º dos Princípios da Haia.

8.2 Os julgadores, os contratantes e seus consultores também são encorajados a levar estas disposições em consideração na interpretação e na redação de contratos comerciais internacionais.

2.14 Parte Nove – Validade formal da escolha do Direito

277. A escolha do Direito aplicável pode ser feita pelos contratantes no contrato "principal" ou em um acordo em separado (ver Parte Sete, III.A.). De qualquer forma, de acordo com o Artigo 5º dos Princípios da Haia, "A escolha do Direito aplicável não se encontra sujeita a qualquer requisito de forma, salvo acordo dos contratantes em contrário." Assim, não é necessário que a escolha seja feita por escrito, perante testemunhas ou utilizando linguagem específica, a não ser que os contratantes tenham assim acordado, o que eles podem fazer, por exemplo, em um memorando de entendimentos.

278. Os Comentários PH (5.3) declaram que "o artigo 5.º não é uma norma de conflito de leis (que se refere a um sistema jurídico nacional), mas sim uma norma material de Direito internacional privado. Esta regra justifica-se por vários motivos. Em primeiro lugar, o princípio da autonomia da vontade indica que, com vista a facilitar o comércio internacional, a escolha do Direito aplicável pelos contratantes não deve ser restringida por requisitos formais. Em segundo lugar, a maioria dos sistemas jurídicos não prescreve nenhuma forma específica para a maioria dos contratos comerciais internacionais, incluindo as disposições sobre escolha do Direito (ver artigo 11 da CISG, e artigo 1.2, primeira frase, assim como artigo 3.1.2 dos Princípios UNIDROIT). Em terceiro lugar, muitas codificações de Direito internacional privado empregam elementos de conexão alternativos orientados para resultados no que se refere à validade formal de um contrato (incluindo as disposições sobre escolha do Direito), baseadas em uma política subjacente de favorecimento da validade dos contratos (*favor negotii*)."

279. Ainda que a Convenção da Cidade do México não contenha uma disposição específica similar àquela dos Princípios da Haia, o seu Artigo 13 reconhece o princípio do *favor negotii* (favorecendo a validade dos contratos). Da mesma forma, sobre este tema, pode-se concluir que o mesmo resultado se dá com o instrumento interamericano. A mesma interpretação é dada pelo Artigo 11(1) de Roma I que contém uma disposição semelhante àquela do Artigo 13 da Convenção da Cidade do México.

280. Os Comentários PH (5.4) também declaram que "O fato de os Princípios serem destinados apenas a contratos comerciais elimina a necessidade de sujeitar a escolha do Direito a quaisquer requisitos formais ou outras restrições semelhantes para a proteção de contratantes presumivelmente mais fracos, como consumidores ou trabalhadores." Contudo, um contratante mais fraco pode ser qualquer um que não tenha poder de barganha, o que também pode abranger comerciantes e pequenos empresários. Isto é especialmente verdadeiro no caso de contratos de adesão que incluam cláusulas de escolha do Direito predeterminadas. Esta situação é mais grave nos casos de ofertas monopolistas em que não há liberdade para consentir com uma cláusula de eleição de foro, incluída por escolha de um dos contratantes.

281. Os Comentários PH (5.5) deixam claro que o Artigo 5º dos Princípios da Haia "diz respeito apenas à validade formal da escolha do Direito. O restante do contrato (o contrato principal) deve obedecer às exigências formais de pelo menos um Direito, cuja aplicação seja autorizada pela norma de Direito internacional privado aplicável". Assim, se os contratantes concordarem que aquele contrato seja regido pelo Direito de um Estado sob o qual o contrato principal é válido, o contrato será válido se as disposições de Direito internacional privado aplicáveis reconhecerem o princípio da autonomia da vontade.

282. Os Princípios da Haia constituem-se em forte incentivo para mudança. Isto é especialmente verdadeiro na América Latina, em que a forma escrita é um requisito de muitos Direitos domésticos. Geralmente nenhuma distinção é feita entre um requisito formal para o contrato

principal e aquele para a cláusula de escolha do Direito aplicável. A lei paraguaia sobre o Direito aplicável a contratos internacionais é uma exceção, uma vez que seu Artigo 7º replica literalmente o Artigo 5º dos Princípios da Haia.

9.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, em relação à validade formal da escolha, deveria deixar de conter qualquer requisito formal, salvo aqueles acordados pelos contratantes, coerentemente com o disposto no Art. 5º dos Princípios da Haia.

9.2 Os julgadores, quando determinassem a validade formal da escolha de Direito aplicável, não deveriam impor qualquer requisito formal, salvo aqueles acordados pelos contratantes ou que sejam exigidos pelas normas imperativas aplicáveis.

9.3 Os contratantes e seus consultores deveriam levar em consideração qualquer norma imperativa, quanto à forma, que seja aplicável.

2.15 Parte Dez – Direito aplicável ao acordo de escolha do Direito

I. O problema

283. Um contrato internacional estabelece os direitos e obrigações dos contratantes. Uma escolha do Direito aplicável pode ou não ser feita pelos contratantes, seja em um contrato principal ou em um instrumento separado. Quando uma escolha de Direito aplicável é feita, o Direito que rege o contrato principal deriva da escolha dos contratantes, mas surge a questão de qual Direito servirá de base para avaliação da validade e das consequências do acordo de escolha do Direito.

II. Propostas existentes

284. Várias alternativas foram propostas para tratar deste tema. Uma opção seria aplicar a *lex fori* (Direito do local do litígio) para a cláusula de escolha do Direito, o que pode, no entanto, frustrar a intenção dos contratantes. Outra opção é aplicar o Direito que governaria o contrato na ausência de escolha. Isto, contudo, faz surgir as mesmas incertezas que os contratantes pretendiam evitar quando incluíram a cláusula de escolha do Direito no contrato. A terceira opção é aplicar o Direito escolhido na cláusula de eleição do Direito. Esta última é a opção proposta pelo Artigo 10(1) da Convenção da Haia sobre Vendas e pelo Artigo 116(2) da Lei suíça de Direito internacional privado[194], para citar dois exemplos. De qualquer forma, esta solução cria problemas para aqueles casos em que não houve acordo sobre a escolha de Direito.

285. O Artigo 3.5 de Roma I prevê que o consentimento é determinado pelo Direito que seria aplicável se o acordo existisse (terceira opção). Isto é consistente com o objetivo de dar o maior efeito possível à intenção dos contratantes. Pressupondo que o acordo exista, alinha-se com o respeito à autonomia da vontade. Ver também a Convenção da Cidade do México, Artigo 12, parágrafo 1º.

286. Uma abordagem semelhante é adotada pelo Artigo 6.1 dos Princípios da Haia, uma vez que, em regra, ele aceita que "O Direito presumivelmente escolhido pelos contratantes determina a existência de acordo para a escolha do Direito". De qualquer forma, o Artigo 6.2 prevê que "O Direito do Estado onde o contratante tem o seu estabelecimento determina se este deu o seu consentimento quanto à escolha do Direito aplicável se, em razão das circunstâncias, não for razoável determiná-lo segundo o Direito mencionado [neste Artigo]". Como destacado nos Comentários PH (6.4), isto é semelhante ao teor do Artigo 12, parágrafo 2º da Convenção da Cidade do México, que declara "a fim de estabelecer que uma parte não consentiu validamente, o juiz deverá determinar o direito aplicável levando em consideração a residência habitual ou o estabelecimento da referida parte." Esta abordagem corresponde ao Artigo 10.2 de Roma I.

287. Sobre este último dispositivo, os Comentários PH (6.7) destacam sua natureza excepcional. A coação, o dolo, o erro e outros vícios do consentimento estão entre os fundamentos que um contratante pode invocar para demonstrar a ausência de "acordo". Contudo, destaca-se (6.28) que para que isso se caracterize são necessárias duas condições concorrentes: em primeiro lugar, "se, em razão das circunstâncias, não for razoável determiná-lo segundo o Direito mencionado no [Artigo 6.1]"; e, em segundo lugar, "não puder ser estabelecida a existência de um acordo válido sobre escolha do Direito de acordo com o Direito do Estado em que o contratante, que o invoca, tenha o seu estabelecimento." Isto pode ocorrer em casos de coação

[194] Código Federal de Direito Internacional Privado da Suíça, 18 de dezembro de 1987.

ou de fraude, assim como em situações de silêncio na formação do contrato. Para ilustrar a última hipótese, o exemplo dado se refere a uma proposta estipulando a regência pelo Direito de um Estado específico. Se o silêncio equivale à aceitação, de acordo com o Direito daquele Estado, mas não sob o Direito do local de estabelecimento da parte que recebe a oferta, não seria razoável que esta parte estivesse vinculada pelo contrato.

III. O problema da batalha de formulários ("*Battle of Forms*")

288. Os Princípios da Haia constituem o primeiro instrumento internacional a abordar o tema da batalha de formulários ("*battle of forms*") no que concerne à escolha do Direito (os Artigos 2.1.19 a 2.1.22 dos Princípios UNIDROIT o fazem em relação ao Direito material). Para os contratantes em contratos internacionais é comum utilizar formulários padrão ou condições gerais de contratação. Os Princípios da Haia não contêm qualquer restrição a este respeito. Ao contrário, eles não exigem que o acordo de escolha do Direito preencha qualquer formalidade em particular (ver Parte Nove).

289.Se as condições gerais utilizadas por ambos os contratantes designam um Direito, ou se apenas um destes formulários inclui uma cláusula de eleição do Direito, o Artigo 6.1(a) pode ser usado para determinar se houve, de fato, um "acordo" sobre a matéria.

290. Como indicam os Comentários PH (6.10), frequentemente acontece que os formulários padrão utilizados por cada um dos contratantes são distintos entre si, podendo também diferir quanto à escolha do Direito. Esta situação é comumente conhecida como batalha de formulários ("*battle of forms*"). Em tais casos, os tribunais frequentemente evitam ou contornam o tema, ou simplesmente aplicam o Direito do foro (*lex fori*).

291. A questão é respondida pelo Artigo 6.1(b) dos Princípios da Haia que declaram: "Caso os contratantes tenham utilizado condições gerais de contratação das quais resulte a aplicação de dois diferentes Direitos que, por sua vez, admitam que o mesmo clausulado prevaleça, o Direito aplicável é aquele indicado nestas cláusulas padrão; se, por outro lado, segundo estes Direitos prevaleçam diferentes cláusulas padrão, ou se não prevaleça nenhuma, entende-se que não há escolha do Direito aplicável." Esta abordagem, conhecida como "*Knock-out rule*", também se encontra refletida nos Princípios UNIDROIT, enquanto a CISG deixa a interpretação de como melhor tratar um cenário de batalha de formulários a critério dos juízes e árbitros (o UCC faz o mesmo).

292. Em qualquer caso, a exceção estabelecida no Artigo 6.2 sempre se aplica. De acordo com este dispositivo, o Direito do Estado em que um dos contratantes tenha seu estabelecimento prevalece se, em razão das circunstâncias do caso, não fosse razoável identificar o consentimento de acordo com as regras anteriormente mencionadas.

IV. Direito Doméstico

293. O Artigo 8º da Lei paraguaia sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais replica o disposto nos Princípios da Haia. Em geral, o Direito doméstico de outros Estados não contém disposições especificamente dirigidas a este tema.

10.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria dispor que, para se saber se os contratantes concordaram com a escolha

do Direito, deve-se aplicar o Direito que supostamente foi escolhido pelos contratantes, coerentemente com o disposto no Art. 6º dos Princípios da Haia e no Art. 12, §2° da Convenção da Cidade do México.

10.2 Os julgadores, ao determinarem se os contratantes concordaram com a escolha do Direito, deveriam levar em consideração o disposto no Art. 6º dos Princípios da Haia e no Art. 12, §2° da Convenção da Cidade do México.

2.16 Parte Onze – Autonomia da cláusula de escolha do Direito

294. O termo autonomia, no presente contexto, se refere ao conceito de que a invalidade de um contrato internacional não afeta necessariamente o acordo de escolha do Direito. Por exemplo, se um contrato de venda é inválido, a cláusula de escolha do Direito nele contida, ou em um acordo em separado, não é afetada. Além disso, a eficácia ou invalidade do contrato (independentemente se substancial ou formal) deve ser avaliada de acordo com o Direito escolhido no acordo de eleição de Direito. Deve-se destacar que a autonomia não é sinônimo de *dépeçage*, que é abordada a seguir na Parte Quatorze.

295. A autonomia pode ser interpretada como no Artigo 12, parágrafo 1º da Convenção da Cidade do México que prevê: "A existência e a validade do contrato ou de qualquer das suas disposições, bem como a validade substancial do consentimento das partes com referência à escolha do direito aplicável, serão regidas pela norma pertinente desta Convenção, nos termos do seu capítulo segundo." Este dispositivo claramente indica que a validade da escolha do Direito deve ser avaliada de acordo com as normas contidas no Capítulo 2º. Como a autonomia da vontade lá está consagrada, se a escolha do Direito foi feita, tal Direito regerá, no que concerne a tal escolha, todas as matérias relacionadas à validade do consentimento dos contratantes. Contudo, de acordo com o parágrafo 2º do Artigo 12, "...a fim de estabelecer que uma parte não consentiu validamente, o juiz deverá determinar o direito aplicável levando em consideração a residência habitual ou o estabelecimento da referida parte."

296. Os Princípios da Haia mencionam expressamente a autonomia. O Artigo 7º declara que "A escolha do Direito não pode ser contestada com base unicamente no fato de o contrato, ao qual ela se aplica, não ser válido." Assim, se o acordo de escolha de Direito não for afetado, a alegação de invalidade do contrato principal deve ser examinada de acordo com o Direito escolhido pelos contratantes.

297. Os Comentários PH (7.2) fornecem o exemplo de um contrato invalidado com base em erro, que não necessariamente invalida o acordo de escolha do Direito, salvo se ele também for afetado pelo mesmo defeito. Outro exemplo é aquele de uma corporação que celebra um contrato que, de acordo com o Direito societário de seu Estado de origem, deveria ter sido submetido à aprovação dos acionistas. Contudo, isso não invalidaria o acordo de escolha do Direito de forma automática, que deve ser considerado separadamente. Para a aplicação deste dispositivo, não importa se a cláusula estiver contida no contrato principal ou em um acordo em separado. Se for alegado que os contratantes não celebraram um contrato, o princípio da autonomia tem efeito apenas se demonstrado que houve acordo válido sobre o Direito aplicável.

298. Os Comentários PH (7.8) também indicam que a invalidade material ou formal do contrato principal não importa, automaticamente, que o acordo de escolha do Direito seja nulo e ineficaz. Ele só pode ser declarado nulo e ineficaz por razões que, especificamente, o afetem. A nulidade do contrato principal pode, ou não, afetar a escolha do Direito aplicável, mas isto depende de circunstâncias específicas. Por exemplo, os argumentos centrados na invalidade do consentimento dos contratantes no contrato principal não fazem presumir a mesma alegação em relação ao acordo de escolha de Direito, a menos que as circunstâncias demonstrem a ausência de consentimento em ambos os acordos.

299. É dado um exemplo (7.9) de um contrato que contém um acordo que é regido por um Direito, sob o qual, o contrato é considerado inválido por falta de consentimento. A falta de consentimento não pode ser estendida para o acordo de escolha do Direito. "Como resultado, o

Direito se aplica para determinar as consequências da invalidade, notadamente o direito à restituição, caso o contrato tenha sido executado no todo ou em parte."

300. A situação é diferente quando o defeito afeta tanto o contrato principal quanto o acordo de escolha do Direito. Os exemplos dados pelos Comentários PH (7.10) são a invalidade do contrato em razão de suborno ou porque um dos contratantes era incapaz. Isto invalidaria ambos os contratos.

301. O Artigo 9º da Lei paraguaia sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais, baseado no Artigo 7º dos Princípios da Haia, é um exemplo americano de disposição explícita acerca da autonomia.

302. A autonomia tem suas origens na arbitragem, onde é um princípio amplamente aceito que contribuiu para o desenvolvimento daquele mecanismo de solução de controvérsias. Ela está consagrada na Lei-modelo da UNCITRAL (Artigo 16(1)). Pela aplicação deste princípio, a invalidade do contrato principal não necessariamente invalida a cláusula arbitral. Ainda que esta solução tenha inspirado a regra de autonomia dos Princípios da Haia, deve-se destacar que a autonomia da cláusula arbitral tem efeitos distintos daqueles da autonomia da cláusula de escolha do Direito. O princípio da autonomia foi consagrado nos Direitos domésticos que regem a arbitragem comercial internacional de muitos Estados americanos[195].

11.1 O regime jurídico doméstico deveria confirmar que o Direito escolhido como aplicável aos contratos comerciais internacionais não pode ser contestado, exclusivamente, com base na invalidade do contrato ao qual se aplica, coerentemente com o disposto no Art. 7º dos Princípios da Haia.

11.2 Os julgadores, quando lhes for concedida discricionariedade interpretativa, são encorajados a seguir a solução supra mencionada.

[195] Entre eles: Peru (Artigo 41.2 do Decreto legislativo n° 1.071), Bolívia (Artigo 44.I da Lei n° 708), Brasil (Artigo 8º da Lei n° 9.307), Chile (Artigo 16.1 da Lei n° 19.971), Colômbia (Artigo 79.2 da Lei n° 1.563), Costa Rica (Artigo 16.1 da Lei n° 8.937), Cuba (Artigo 13 do Decreto lei n° 250), Equador (Artigo 5 da Lei n° 000.RO/145), El Salvador (Artigo 30 do Decreto n° 914), Guatemala (Artigo 21.1 do Decreto n° 67/1995), Honduras (Artigo 39 do Decreto n° 161/2000), México (Artigo 1.432 do Código Comercial), Nicarágua (Artigo 42 da Lei n° 540), Panamá (Artigo 30 do Decreto lei n° 5), Paraguai (Artigo 19 da Lei n° 1.879), República Dominicana (Artigo 11 da Lei n° 489/2008), Venezuela (Artigo 7º da Lei de Arbitragem Comercial).

2.17 Parte Doze – Outros problemas envolvendo a escolha de Direito em contratos comerciais internacionais

I. Modificação da escolha de Direito

303. O Artigo 8º, parágrafo 1º, da Convenção da Cidade do México prevê que: "As partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros."

304. Um dispositivo expresso como este é importante. Uma decisão anterior, tomada por uma Corte Europeia, entendeu que a escolha de Direito pelos contratantes não seria admissível se tivesse sido feita após a celebração do contrato[196]. O resultado desta decisão, altamente questionável, foi modificado pela Convenção de Roma e dispositivos similares foram incorporados a Roma I (Artigo 3.2), em termos aproximados àqueles do Artigo 8º do instrumento interamericano mencionado anteriormente.

305. De forma consistente com a Convenção da Cidade do México, o Artigo 2.3 dos Princípios da Haia indica que "A escolha do Direito aplicável pode ser efetuada ou modificada a qualquer tempo. A escolha ou a modificação posterior à formação do contrato não deve afetar sua validade formal nem os direitos de terceiros."

306. Como afirmado nos Comentários PH (2.10), o dispositivo é uma consequência do princípio da autonomia da vontade e os Comentário PH (2.12) esclarecem que os direitos de terceiros não podem ser afetados. No exemplo fornecido, se um terceiro garante o contrato e a escolha de Direito é posteriormente alterada de forma a ampliar a responsabilidade de um dos contratantes, ainda que a alteração seja eficaz entre os contratantes, tal mudança não poderá afetar a responsabilidade do garantidor. Para maior certeza, seria preferível que isto foi expresso no instrumento, ao invés de ser deixado para ser tratado no Direito doméstico.

307. Os Comentários PH (2.13) também deixam claro que, como os Princípios da Haia "geralmente não visam resolver o que é comumente considerado como questões procedimentais... se a escolha ou modificação da escolha do Direito ocorrer durante os procedimentos de solução do litígio, o efeito... pode depender da *lex fori* ou das regras que regem o procedimento arbitral."

308. Soluções similares àquelas fornecidas pela Convenção da Cidade do México, Roma I e Princípios da Haia, a respeito da modificação da escolha do Direito, podem ser encontradas em legislações domésticas recentes de vários Estado[197]. Na Argentina, o Artigo 2.651 do Código Civil e Comercial prevê que "... (a) Os contratantes podem, a qualquer tempo, acordar que o contrato esteja submetido a outro Direito, ao invés daquele a que estava anteriormente submetido, seja por uma escolha anterior ou pela aplicação de outro dispositivo deste Código. Contudo, esta modificação não afetará a validade do contrato original ou os direitos de terceiros." Este dispositivo é consistente com os critérios do Artigo 8º da Convenção da Cidade do México, ainda que o Código argentino preveja que a modificação não possa afetar "a validade do

[196] Assael Nissim v. Crespi. Suprema Corte (Itália). Julgamento em 28 de junho de 1966, N° 1680. Est julgamento foi questionado pela doutrina italiana, na época, como debatido no Comentário ao Artigo 3ºin Giuliano and Lagarde's Official Report on the Rome Convention, nota 169.

[197] Exemplos seriam: o Artigo 9º do Código de Direito internacional privado japonês de 2006 e o Artigo 1210(3) do Código Civil russo.

contrato original", enquanto a Convenção da Cidade do México e os Princípios da Haia se referem à "validade formal do contrato original". Ambos os instrumentos salvaguardam "os direitos de terceiros." Por sua vez, o Artigo 4.3 da lei paraguaia sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais reflete a solução estabelecida pelos Princípios da Haia.

II. Conexão do Direito escolhido com o Contrato

309. Historicamente, considerou-se que o Direito escolhido pelos contratantes deveria ter alguma conexão com os contratantes ou com o negócio. Este entendimento provavelmente se originou, no século XIX, da influência de teorias tais como as de localização. Mesmo atualmente, em alguns Direitos domésticos como se demonstrará adiante, o Direito escolhido deve ser substancialmente relacionado aos contratantes ou ao negócio, ou deve haver outra base razoável para a escolha do Direito pelo contratante.

310. A Convenção da Cidade do México não aborda, expressamente, este ponto, ainda que tenha sido interpretada no sentido de que, em razão da autonomia da vontade que ela consagra, a aplicação de um Direito "neutro" poderia ser livremente escolhida.

311. Por comparação, o tema foi abordado expressamente pelos Princípios da Haia. O Artigo 2.4 dos Princípios declara que: "Não é exigível qualquer conexão entre o Direito aplicável e os contratantes ou entre ele e o negócio." Os Comentários PH (2.14) declaram que "Esta disposição é coerente com a crescente deslocalização das transações comerciais. Os contratantes podem escolher um determinado Direito porque ele é neutro para os contratantes ou porque ele é particularmente bem desenvolvido para o tipo de transação em questão (e.g., um Direito estatal renomado por sua regulação do transporte marítimo ou das transações bancárias internacionais)."

312. Roma I é omissa em relação à exigência de conexão (Artigo 3º), exceto para dois tipos de contratos: contrato de transporte de passageiros (Artigo 5.2) e contratos de seguro para pequenos riscos (Artigo 7.3). O silêncio é interpretado como significando que a conexão não é, em geral, necessária, exceto para os dois mencionados contratos.

313. Os Direitos argentino (Artigo 2.651, Código Civil e Comercial), cubano (Artigo 17, Código Civil), mexicano (Artigo 13, Seção V, Código Civil Federal) e venezuelano (Artigo 29, Lei sobre Direito internacional privado) também são omissos quanto a este ponto. A interpretação, nestas jurisdições, tende a ser a de que nenhuma conexão é exigida.

314. A legislação chilena também é omissa quanto à necessidade de conexão com o Direito escolhido. Apesar de extensas discussões, a doutrina prevalente parece se inclinar no sentido da aceitação da plena autonomia conflitual e substancial, baseando-se na redação literal do Art. 1.545 do Código Civil, que não estabelece exigências de qualquer tipo, para a autonomia, pelo menos para os contratos celebrados no Chile. Os únicos requisitos reconhecidos são que a escolha seja feita de boa-fé, sem caracterizar fraude e sem violar as normas de ordem pública ou de política pública do Chile, ou as normas de aplicação exclusiva do Direito doméstico.

315. No Canadá, sob a ampla aplicação do princípio da autonomia da vontade, entende-se que nenhuma conexão é exigida. Esta é a atual posição do Direito canadense com base em uma decisão judicial chave[198] e, no Quebec, com base no Artigo 3.111 do Código Civil.

[198] Vita Food Products v. Unus Shipping, nota 153.

316. No Paraguai, o Artigo 4.4 da Lei sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais, que reflete os Princípios da Haia, é explícita em declarar que "nenhuma conexão, de qualquer tipo, entre o Direito escolhido e os contratantes ou seu negócio, é exigida".

317. No Panamá, uma versão anterior do Código de Direito internacional privado expressamente exigia a conexão entre o Direito escolhido e a economia do negócio (Artigo 75, *in fine*); mas, após a edição do novo Código de 2015, este dispositivo não existe mais (Artigo 69) (ver parágrafo 378, adiante).

318. Nos Estados Unidos da América, a exigência de uma conexão entre o Direito escolhido e os contratantes ou o contrato é determinada em nível estadual doméstico e varia de estado para estado. Naqueles estados que seguem o segundo *Restatement*, ainda existe a exigência de que o Direito escolhido seja substancialmente relacionado com os contratantes ou o negócio, ou que haja outra base razoável para a escolha de Direito[199]. Contudo, alguns estados relaxaram legislativamente esta exigência[200]. E, no contexto dos contratos comerciais internacionais, alguns tribunais reconheceram que uma abordagem diferente, que não exija uma conexão, pode ser apropriada[201].

319. Com respeito à arbitragem, o tema não foi esclarecido pelo Estatuto de Arbitragem da UNCITRAL, nem pela Lei-modelo. Decisões arbitrais permitiram que os contratantes escolhessem qualquer Direito para reger seu contrato, fundando-se em uma interpretação ampla do princípio da autonomia da vontade, mesmo que este Direito não fosse obviamente relacionado com a disputa[202]. Contudo, os árbitros devem agir com considerável cautela nesta área, uma vez que deixar de reconhecer temas de ordem pública conectados com o caso pode vir a ser a base para se negar eficácia ao laudo ou para se evitar sua execução, nos termos do Artigo V(2)(b) da Convenção de Nova Iorque. Esta exigência decorre do dever geral de os árbitros proferirem laudos que possam ser executados.

III. Reenvio

320. A teoria do reenvio ocupa-se das seguintes questões: a aplicação de um Direito doméstico também inclui as disposições de Direito internacional privado? Se sim, estas disposições podem indicar a matéria em outro Direito. Assim por diante.

321. O Artigo 17 da Convenção da Cidade do México prevê que: "Para os fins desta Convenção, entender-se-á por "direito" o vigente num Estado, com exclusão das suas normas relativas ao conflito de leis." Isto é consistente com o Artigo 20 de Roma I e poderia ser considerada como a posição absolutamente prevalente, na doutrina do Direito internacional privado, sobre o reenvio.

322. Com pequena variação, mas ainda na mesma linha, o Artigo 8º dos Princípios da Haia declara que "A escolha do Direito aplicável não inclui as suas normas de Direito internacional privado, salvo acordo expresso em contrário." Os Comentários PH (8.2) explicam que isto "evita a possibilidade de um reenvio não intencional e, por conseguinte, está em conformidade com as intenções prováveis dos contratantes." E prosseguem para destacar que, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, os contratantes estão autorizados – por meio de exceção –

---

[199] *Restatement* (*Segundo*) de Direito Internacional Privado, Artigo 187(2)(a). Note-se que um terceiro *Restatement* está sendo produzido, como mencionado anteriormente. Ver nota 157.
[200] Ver por exemplo, Direito das Obrigações de Nova Iorque § 5-1401(1).
[201] Ver por exemplo, Bremen v. Zapata, nota 155 (dando aplicação a uma cláusula de eleição de foro que escolhia jurisdição sem qualquer conexão (Inglaterra) e presumindo que a Corte inglesa aplicaria o Direito inglês).
[202] Ver por exemplo, Caso CCI n° 4145 de 1984.

a incluir “na sua escolha do Direito as normas de Direito internacional privado do Direito escolhido, desde que o façam expressamente.”

323. Na Argentina, o Artigo 2.651 do Código Civil e Comercial declara que “Quando a aplicação de um Direito nacional é escolhida, deve-se entender que o Direito doméstico de um país foi escolhido excluindo-se as normas conflituais, salvo convenção em contrário.” Desta forma, os contratantes podem acordar que sua referência a um Direito específico inclui as normas conflituais. Se os contratantes não contratarem neste sentido, entende-se que o Direito escolhido é o Direito doméstico daquele Estado[203].

324. No Brasil, a solução é similar àquela da Convenção da Cidade do México. O Artigo 16 da LINDB prevê que, na determinação do Direito aplicável, não se deve considerar “qualquer remissão por ela feita a outra lei”. Desta forma, o reenvio não é aceito, em geral, no Brasil em temas de Direito internacional privado.

325. No Canadá, especialmente no Quebec, o Código Civil proíbe o reenvio, declarando que “Quando, nos termos deste Código, um Direito estrangeiro é aplicado, o Direito em questão é o Direito interno daquele Estado, mas não suas normas que regem o Direito internacional privado” (Artigo 3.080).

326. No Chile, entendia-se até 1989 que a legislação sustentava o reenvio e que a teoria tinha sido aceita em uma decisão da Suprema Corte[204]. Ainda que a legislação tenha sido alterada, isso não resultou, inteiramente, na eliminação do reenvio.

327. No Paraguai, o Artigo 10 da Lei sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais espelha o Artigo 8º dos Princípios da Haia.

328. No Peru, a legislação inclui uma norma que evita o reenvio (Artigo 2.048, Código Civil de 1984).

329. Na Venezuela, a respeito do reenvio, o Artigo 4º da Lei venezuelana de Direito internacional privado declara que: “Quando o Direito estrangeiro relevante declara o Direito de um terceiro Estado aplicável, que, por sua vez, é declarado relevante, o Direito doméstico deste terceiro país deve ser aplicado. Quando o Direito estrangeiro relevante declara o Direito venezuelano aplicável, este deve ser aplicado. Em casos não abordados pelos dois parágrafos anteriores, o Direito doméstico do Estado, que o Direito internacional privado venezuelano declare relevante, deve ser aplicado.” Esta norma é considerada útil, de acordo com seu preâmbulo, “... em prol do princípio da segurança jurídica.” O preâmbulo declara que o Artigo 4º permite o reenvio “quando ele tende a unificar a solução nacional com a solução do Direito estrangeiro, ou quando, como frequentemente ocorre com o reenvio, ambas são inevitavelmente divergentes.”

330. Ainda que o Artigo 4º da lei venezuelana seja a regra geral e, aparentemente, não tenha exceções, a doutrina a interpretou de modo que, em matéria de contratos comerciais internacionais, a solução da Convenção da Cidade do México, de excluir o reenvio, é prevalente na Venezuela. As normas que regem o contrato, de acordo com o preâmbulo daquela lei, buscam incorporar a mais relevantes diretrizes da Convenção interamericana. Assim, considera-se que as disposições daquela lei estão sujeitas a interpretação coincidente com a Convenção da Cidade do México, de modo que o reenvio deveria ser entendido como excluído das

[203] Além disso, o Artigo 2.596, a respeito do reenvio, estabelece que “quando um Direito estrangeiro é aplicável a uma relação jurídica, o Direito internacional privado daquele país também é aplicável. Se o Direito estrangeiro aplicável indicar, novamente, o Direito argentino, as normas do Direito doméstico argentino são aplicáveis. Quando as partes de uma relação jurídica escolhem um Direito de um país em especial, o Direito doméstico daquele Estado é entendido como escolhido, salvo declaração expressa em contrário.”

[204] Caso Tschumi. Suprema Corte, Revista de Direito e Jurisprudência, XLII, parte 2, seção 1, página 331.

obrigações contratuais. Para justificar esta exclusão, o Artigo 2º da lei venezuelana (que é uma norma que determina a aplicação do Direito estrangeiro de acordo com os princípios do Direito venezuelano) também é utilizado, realizando, por sua vez, os propósitos das normas conflituais venezuelanas. Em matéria contratual, estes princípios representam o respeito pela autonomia da vontade e, na ausência de escolha, a aplicação do Direito mais estreitamente conectado com o contrato.

331. No campo arbitral, na Lei-modelo da UNCITRAL há, também, uma presunção contra o reenvio (Artigo 28.1).

IV. Cessão de crédito

332. A Convenção da Cidade do México não aborda os temas que possam surgir em relação à escolha de Direito no contexto de cessão de créditos.

333. Este tema é tratado nos Princípios da Haia, cujo Artigo 10 declara: "No caso de uma cessão contratual dos direitos que competem ao credor em relação ao seu devedor em virtude do contrato que os vincula: a) os direitos e as obrigações do credor e do cessionário derivados da cessão de crédito são regulados pelo Direito por eles escolhido como aplicável ao seu contrato; b) se os contratantes do contrato entre o credor e o devedor escolheram um Direito para reger seu contrato, este Direito rege: i. a oponibilidade da cessão ao devedor; ii. os direitos do cessionário frente ao devedor; e iii. se as obrigações do devedor foram cumpridas." Esta abordagem é consistente com a Convenção das Nações Unidas sobre a Cessão de Créditos no Comércio Internacional (Nova Iorque, 2001) (Artigos 28 e 29) e a Lei-modelo da UNCITRAL sobre Garantias Mobiliárias (2016) (Artigos 84 a 96)[205].

334. Como explicado nos Comentários PH, o objetivo dos dispositivos é dar, no que toca à escolha do Direito no contrato de cessão, o mais amplo efeito a vontade das partes. Contudo, dada a complexidade das situações que surgem nestes negócios, o dispositivo reflete a necessidade de esclarecer qual Direito é aplicado quando coexistem dois ou mais contratos (por exemplo, um contrato entre o credor e o devedor e outro entre o credor e o cessionário), em que os contratantes de cada um deles tenham escolhido diferentes Direitos aplicáveis.

335. Ainda que a cessão voluntária e a sub-rogação contratual tenham o mesmo efeito, isto é, a substituição, por acordo, do antigo pelo novo credor, os Princípios da Haia não abrangem outras situações tais como a sub-rogação (convencional e legal) e a compensação. Enquanto estes temas são abordados por Roma I (Artigos 14 e 15 e Artigo 17, respectivamente), os Princípios da Haia concentram-se na cessão de crédito, que é muito comum na prática comercial internacional.

336. Embora o tema não seja, geralmente, abordado no Direito doméstico, uma exceção é o Paraguai. O Artigo 14 da Lei paraguaia espelha o Artigo 10 dos Princípios da Haia.

12.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria:

[205] Convenção das Nações Unidas sobre a Cessão de Créditos no Comércio Internacional. Adotada em 12 de dezembro de 2001, ainda não entrou em vigor. Texto disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html; Lei-modelo da UNCITRAL sobre Garantias Mobiliárias. Texto disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html.

- dispor que a escolha do Direito aplicável pode ser modificada a qualquer tempo e que tais modificações não prejudicam sua validade formal ou os direitos de terceiros, coerentemente com o disposto no Art. 8º da Convenção da Cidade do México e no Art. 2.3 dos Princípios da Haia.

- dispor que nenhuma conexão é necessária entre os Direito escolhido e os contratantes ou seu negócio, coerentemente com o disposto no Art. 2.4 dos Princípios da Haia.

- excluir o princípio do reenvio de modo a fornecer maior certeza quanto ao Direito aplicável, coerentemente com o disposto no Art. 17 da Convenção da Cidade do México e no Art. 8º dos Princípios da Haia.

- em relação à cessão de créditos, favorecer a autonomia da vontade em sua máxima extensão, coerentemente com o disposto no Art. 10 dos Princípios da Haia.

12.2 Os julgadores, quando lhes for concedida discricionariedade interpretativa, são encorajados a seguir a solução supra mencionada.

2.18 Parte Treze – Ausência de escolha do Direito pelos contratantes

I. O problema

337. Pelo exercício da autonomia da vontade, os contratantes podem escolher o Direito aplicável ao seu contrato. Contudo, frequentemente, eles deixam de fazê-lo. As razões para isso podem ser desde a simples falha em conceber a escolha até o fato de os contratantes não a terem considerado necessária ou, embora a tenham discutido, não conseguirem alcançar um acordo sobre ela. Também pode ter acontecido de os contratantes terem, intencionalmente, evitado o assunto, uma vez que antecipassem que seria difícil obter consenso ou porque temessem que tal discussão pudesse evitar a celebração do contrato. Uma situação similar surge quando os contratantes exerceram sua autonomia e fizeram a escolha do Direito aplicável, mas tal escolha se mostrou ineficaz.

338. Na ausência de uma escolha eficaz do Direito pelos contratantes, surge o questionamento de qual Direito deveria ser aplicado – questionamento que pode surgir durante a execução do contrato ou no curso de um litígio. Neste aspecto, a clareza pode ajudar a evitar disputas e, no evento de uma demanda, pode ajudar a orientar os contratantes na afirmação de seus posicionamentos e fornecer, ao julgador, diretrizes para sua decisão.

339. Nas Américas assim como na Europa, se o contrato não contém uma cláusula de escolha do Direito, em procedimentos judiciais, o Direito aplicável será determinado de acordo com os critérios objetivos estabelecidos pelas normas conflituais. Nos próximos parágrafos se fornecerá uma visão geral dos diferentes elementos de conexão incluídos nos diferentes instrumentos internacionais e adotados pelos Estados.

II. As soluções dos Tratados de Montevidéu e do Código Bustamante

340. A revisão das soluções dadas por estes primeiros instrumentos fornece contexto para a abordagem atual da ausência de escolha do Direito. O Artigo 37 do Tratado de Montevidéu de 1940 utiliza o local de execução do contrato como elemento de conexão para reger os temas relacionados à formação, a caracterização, a validade, os efeitos, as consequências e a execução. O Artigo 33 do Tratado de Montevidéu de 1889 foi a fonte original deste dispositivo.

341. Esta abordagem cria problemas quando a execução ocorre em mais de um Estado. Além disso, o local de execução pode não ser conhecido ao tempo de celebração do contrato ou, ainda, pode ser alterado posteriormente. Estes e outros problemas deveriam ser resolvidos por meio das presunções, estabelecidas no Artigo 38 do Tratado de Montevidéu de 1940, relacionadas aos contratos "sobre coisas específicas e individualmente identificadas"; contratos "sobre certos tipos de coisas" e "referentes a coisas fungíveis" e contratos "para o fornecimento de serviços". Ao mesmo tempo, o Artigo 40 do Tratado de Montevidéu de 1940 prevê que o Direito do local de celebração do contrato será aplicável àqueles contratos para os quais o local de execução não possa ser determinado no momento da celebração.

342. Estas soluções, contudo, criaram desafios adicionais. Como um contrato internacional e as obrigações dele decorrentes, frequentemente, têm mais de um local de execução, torna-se impossível determinar qual Direito se aplica, a menos que se escolha um serviço ou "característica" e o seu respectivo local. Entretanto, esta solução também cria discrepâncias em sua aplicação prática. Por exemplo, ela se refere ao local físico de execução ou ao domicílio, residência habitual ou estabelecimento do devedor da prestação característica? Além disso, a

determinação da prestação característica (*characteristic performance*) pode se tornar incerta em casos de acordos de *swap*, de distribuição e em relações contratuais complexas em geral, uma vez que contratos internacionais tendem a ser complexos. Pior ainda, a solução tende a favorecer a aplicação do Direito dos contratantes que são dominantes nos negócios internacionais de fornecimento de mercadorias e serviços.

343. Consequentemente, a abordagem estabelecida pelos Tratados de Montevidéu nos casos de ausência de escolha é controvertida, ainda que tal abordagem ainda seja defendida por respeitados juristas da região. Os críticos dizem que não só não é dada ao julgador a flexibilidade para determinar se existem conexões mais estreitas além daquelas fornecidas antecipadamente pelo legislador, como as soluções oferecidas pelos tratados não são apresentadas de forma clara. Esta linha de críticas é considerada discutível por aqueles que entendem que tal flexibilidade decorreria dos Protocolos Adicionais aos Tratados de 1889 e 1940 e, subsequentemente, da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado ("Convenção de Normas Gerais de DIPRI") particularmente o Artigo 9º[206].

344. As soluções fornecidas pelo Código Bustamante em casos de ausência de escolha também são insatisfatórias. Ele prevê que os contratos devem ser regidos pelo Direito que, quando apropriado, fosse comum aos contratantes na determinação da capacidade e, em sua ausência, aquele do local de celebração (Art. 186). Contudo, é improvável que exista um Direito comum aos contratantes que lhes determine a capacidade, uma vez que, em contratos comerciais internacionais, o domicílio do contratante – um critério que na América latina às vezes prevalece sobre "nacionalidade" – quase sempre é diferente para cada um dos contratantes. Assim, como o critério de um Direito comum aos contratantes que lhes determine a capacidade será muito raramente preenchido, o critério do local de celebração é amplamente utilizado, o que traz os seus próprios desafios como destacado anteriormente. Em relação aos requisitos formais, o Direito do local de celebração do contrato e o Direito do local de execução do contrato (Artigo 180) aplicam-se cumulativamente, o que também é uma solução questionável.

III. A abordagem na Europa e nos Estados Unidos da América

345. A Convenção de Roma adotou a fórmula da conexão mais estreita na ausência de escolha do Direito. Posteriormente, um conjunto de diretrizes foi estabelecido para se chegar a um entendimento da prestação característica que coincida com aquela fórmula, o que gerou considerável crítica e disparidade.

346. As reformas que geraram Roma I resultaram em normas rígidas para identificação de qual o Direito aplicável a diferentes cenários de modo a se determinar a prestação característica (Artigo 4º). Contudo, as soluções são complicadas e, na tentativa de se resolver as questões interpretativas, deve-se atentar para as cláusulas preambulares de Roma I. Normas tão detalhadas diminuem o valor de fórmulas flexíveis e amplas. Dada a rica variedade da prática comercial, torna-se improvável que uma norma mecânica, adequada para um tipo de contrato, seja apropriada para outro. Por esta razão, o julgamento de contratos deveria ser caracterizado pela flexibilidade.

347. Tal flexibilidade existiu no Direito inglês até 1991 (quando a Convenção de Roma entrou em vigor na Inglaterra) com a utilização da fórmula da *proper law* do contrato, que é um conceito similar àquele do teste da conexão mais estreita, antes da busca da prestação característica. Na

[206] Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, adotada em Montevidéu na CIDIP-II, celebrada em 8 de maio de 1979 e entrou em vigor em 10 de junho de 1981. **Nota do tradutor**: Texto em português disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-45.htm.

mesma linha, nos Estados Unidos da América, apesar de ser necessária uma abordagem de estado para estado na análise conflitual, aqueles estados que seguem o Segundo *Restatement* adotaram, para os contratos que não sejam de venda de mercadorias, a fórmula mais flexível da conexão mais estreita ou da relação mais significativa[207].

348. Com isto por resumo, exemplos específicos desta abordagem, em diferentes Direitos domésticos, serão fornecidos a seguir.

IV. Ausência de escolha na Convenção da Cidade do México

A. Princípio da proximidade

349. A Convenção da Cidade do México objetiva, acima de tudo, reconhecer e promover o princípio da autonomia da vontade. Entretanto, diante da ausência ou ineficácia de tal escolha, deve existir uma forma para se determinar o Direito aplicável. A este respeito, o Artigo 9º, parágrafo 1º, prevê que "Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos [conexões] mais estreitos." Isto é conhecido como "Princípio da proximidade".

B. Elementos objetivos e subjetivos

350. Ao assim determinar, "O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos [conexões] mais estreitos..." (Artigo 9º, parágrafo 2º, primeira parte). Este dispositivo é consistente com o Artigo 11 quando ele se refere ao "...Estado com o qual o contrato mantiver vínculos [conexões] estreitos."

351. Outra interpretação sustentou que a determinação da "conexão mais estreita" deve avaliar, também, todas as possíveis circunstâncias, bem como as circunstâncias territoriais relacionadas à conclusão, à execução, ao domicílio ou estabelecimento, à cláusula de solução de conflitos, à moeda, às negociações prévias e outras. Estas são as conexões objetivas que devem ser consideradas em conjunto com as subjetivas, que possam surgir das diferentes cláusulas e circunstâncias anteriores, concomitantes e posteriores à celebração do contrato e que indiquem as expectativas legítimas dos contratantes.

C. Princípios de Organismos Internacionais

352. Ao se realizar esta determinação, o Tribunal pode também levar em consideração "os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais" (Artigo 9º, parágrafo 2º, segunda parte).

353. Durante o processo de redação do instrumento interamericano, a delegação dos Estados Unidos da América propôs a fórmula da conexão mais estreita, pretendendo que isso conduzisse

[207] Restatement (Segundo) de Direito Internacional Privado de 1971 (Seções 145, 188). Para compra e venda de mercadorias não regidas pela CISG, a Seção 1-301(b) do UCC prevê que quando os contratantes não tenham feito uma escolha eficaz, o UCC (como codificado naquele estado) "aplica-se para os negócios que guardem uma relação apropriada com este estado".

ao Direito transnacional, não estatal, ao invés do Direito doméstico[208]. Aproximadamente ao mesmo tempo, os Princípios UNIDROIT, duas décadas depois de sua concepção e redação, estavam sendo publicados. Na opinião de Friedrich Juenger, membro da delegação norte-americana, a referência aos "princípios gerais" deveria, claramente, conduzir aos Princípios UNIDROIT[209].

354. Após considerável discussão durante a CIDIP-V, um compromisso foi alcançado[210]. Sobre a norma finalmente adotada, uma interpretação é de que o papel da *lex mercatoria* ou Direito não estatal foi reduzido para o de um elemento auxiliar que, em conjunto com os elementos objetivos e subjetivos do contrato, ajuda o julgador a identificar o Direito do Estado com conexão mais estreita com o contrato. Outra interpretação, na mesma linha da defendida por Juenger, favorece a aplicação do Direito não estatal diante da ausência de escolha[211]. Juenger chegou mesmo a declarar literalmente: "… mesmo em países que não ratificaram a Convenção, suas disposições podem ser consideradas uma expressão da política interamericana que juízes devem consultar quando decidirem. Uma vez que juízes e árbitros comecem a confiar neles, os Princípios podem fornecer a infraestrutura jurídica necessária para a sempre crescente integração econômica e jurídica deste Continente"[212].

V. Ausência de escolha nos Princípios da Haia

355. Os Princípios da Haia aplicam-se apenas quando os contratantes fizeram uma escolha do Direito. A aplicação do Direito em casos de ausência ou ineficácia de escolha está fora do seu âmbito de aplicação. Destaque-se, contudo, a utilização do termo "conexão mais estreita" pelos Princípios da Haia quando determinam o estabelecimento relevante, no Artigo 12.

VI. Ausência de escolha nos Direitos domésticos

356. Como analisado anteriormente, a Convenção da Cidade do México prevê que se os contratantes deixarem de escolher um Direito aplicável (ou façam uma escolha ineficaz), o Direito que tiver a conexão mais estreita com o contrato será o aplicável. Na já mencionada pesquisa conduzida em 2015, os Estados membros da OEA foram indagados se os seus respectivos Direitos domésticos eram consistentes com esta previsão. Dos onze países que

---

[208] "Se os contratantes não escolheram o Direito aplicável, ou se esta escolha se provar ineficaz, os contratos devem ser regidos pelos princípios gerais do Direito comercial internacional aceitos por organizações internacionais." Juenger, Friedrich K., The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons. The American Journal of Comparative Law, Volume 42, Number 2, Spring 1994, 381 na página 391.

[209] Id. Ver também Juenger, Friedrich K., Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: The Lex Mercatoria and Private International Law, 60 La. L. Rev. 1133 (2000), p. 1148. A importância desta opinião é destacada por José Siqueiros, redator original da Convenção da Cidade do México, uma vez que Juenger foi quem propôs a solução de compromisso. Siquieros, J.L., Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, in Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 223.

[210] Juenger, nota 185.

[211] Também houve debate se o termo "organizações internacionais" incorporava todos os elementos da *lex mercatoria*, como provam os trabalhos preparatórios. Report of the Rapporteur of the Commission I on the Law Applicable to International Contractual Arrangements; OEA/Ser.K/XXI.5; CIDIP-V/doc.32/94 rev.1. Isto foi anteriormente ao desenvolvimento desta ideia, em épocas mais recentes.

[212] Juenger, nota 185, p. 236.

responderam, sete o fizeram de forma afirmativa[213]. Apesar de muitos Estados ainda aderirem à abordagem tradicional, como se demonstra na avaliação a seguir, mudanças estão ocorrendo e novas reformas, em conjunto com a recente jurisprudência, indicam uma nova direção para o Direito internacional privado americano. Isto é também coerente com uma tendência similar nas recentes decisões judiciais europeias[214].

357. Uma exceção é a Argentina, onde o novo Código Civil e Comercial, ao contrário da Convenção da Cidade do México, aderiu à fórmula do local de execução (Artigo 2.652). Se ele não puder ser determinado, o Direito aplicável será aquele do domicílio do devedor da prestação característica e, na sua ausência, do local de celebração. Estes são os mesmos critérios que os tribunais argentinos vinham utilizando anteriormente. Entretanto, porque a fórmula se inclina em direção ao "atual" domicílio, o dispositivo deixa aberta a possibilidade de que o Direito aplicável seja alterado unilateralmente. Uma solução análoga na Convenção de Roma criou tantos problemas que Roma I a relegou a um nível secundário, depois de estabelecer uma série de normas rígidas de Direito aplicável.

358. No Brasil, o Artigo 9º da LINDB prevê que para reger e qualificar as obrigações, o Direito do Estado em que elas se constituíram – em outros termos, o local em que o contrato é celebrado – se aplica. O parágrafo 2º do mesmo Artigo prevê que a obrigação que surgir de um contrato é considerada constituída no local em que o proponente for domiciliado. Contudo, em uma recente decisão judicial, os elementos de conexão tradicionais aparentemente foram rejeitados em favor de um mais flexível princípio da proximidade[215]. Como a jurisprudência trabalhista Brasileira utiliza diferentes critérios, a influência desta decisão é questionável. Entretanto, duas decisões mais recentes também invocaram o princípio da proximidade, rejeitando o elemento de conexão tradicional do local de celebração do contrato. Em ambas as instâncias, o Judiciário aplicou a CISG em conjunto com os Princípios UNIDROIT, como expressão da "nova *lex mercatoria*". As decisões consideraram inadequados os resultados da aplicação da tradicional norma conflitual do local de celebração e ser apropriado que normas de Direito uniforme rejam relações de múltiplas jurisdições[216].

359. No Canadá, na província de Quebec, que adota o *civil law*, o CCQ prevê que "se não houver escolha do Direito no ato ou se o Direito escolhido invalidar o ato jurídico, os tribunais aplicam o Direito do Estado com que o ato for mais estreitamente conectado em razão de sua natureza e em atenção às circunstâncias"[217]. De acordo com a jurisprudência das jurisdições canadenses de *common law*, na ausência de uma escolha expressa ou tácita do Direito pelos contratantes, os Tribunais aplicarão o Direito que tenha uma conexão mais estreita e substancial com o contrato[218].

---

[213] Argentina, Bolívia - com ressalvas -, Canadá, Jamaica, México, Panamá e Paraguai. O Artigo 804 do Código Comercial boliviano declara que os contratos celebrados em outro Estado e executados na Bolívia são regidos pelo Direito boliviano. Ver 2016 Contracts Report, Anexo A, nota 1.

[214] Ver a decisão da Corte de Cassação belga (2009) e as duas decisões francesas, da Corte de Apelação de Reims (2012) e da Corte de Cassação (2015), todas relatadas no banco de dados do UNILEX.

[215] Tribunal Superior do Trabalho, DEJT, 15 de outubro de 2010, Acórdão n°186000-18.2004.5.01.0034.

[216] Noridane Foods S.A. v. Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 14 de fevereiro de 2017, Acórdão n° 70072362940, e 30 de março de 2017. http:///www.unilex.info. Ver também outros casos mais casos recentes do Brasil mencionados anteriormente.

[217] CCQ, Artigo 3.112. Considere também o Artigo 3.113 que prevê que "um ato jurídico é presumido mais estritamente conectado com o Direito do Estado em que a parte, que deve executar uma prestação que seja característica do ato, tenha sua residência ou, se o ato for concluído no curso normal do negócio de uma empresa, onde for seu estabelecimento."

[218] Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares, [1967] S.C.R. 443.

360. No Chile, os Códigos Civil e Comercial não contêm dispositivos específicos sobre o tema. Baseando-se na abordagem territorial prevalente, diante da ausência de escolha pelos contratantes (e mesmo contra seu acordo expresso), os juízes aplicarão o Direito local se as mercadorias, objeto do contrato, estiverem localizadas no Chile. De outra forma (se as mercadorias objeto do contrato não estiverem no Chile), de acordo com o Artigo 16 do Código Civil, o contrato será regido pelo Direito do local de celebração (doutrina prevalente) ou por aquele do local de execução. Em matérias comerciais, o Artigo 113 do Código Comercial contém uma norma similar àquela do já mencionado Artigo 16 do Código Civil, mas estabelece uma exceção para os casos em que "os contratantes tenham acordado diferentemente", uma clara alusão ao princípio da autonomia da vontade, já que nenhum requisito adicional é mencionado.

361. Nos Estados Unidos da América, na ausência de uma escolha eficaz do Direito, o tribunal de um estado que siga o Segundo *Restatement* examinará a relação mais significativa para determinar o Direito aplicável. Pontos de contato específicos serão considerados, o que deve ser avaliado de acordo com suas importâncias relativas a um determinado assunto específico[219]. Para a compra e venda de mercadorias não regidas pela CISG, o tribunal aplicará o UCC como codificado em cada estado, se o negócio guardar uma relação apropriada com aquele estado.

362. A Guatemala segue o princípio da *lex loci executionis* (Artigo 31 da Lei judiciária). Desta forma, se um negócio ou ato jurídico precisa ser executado em um local distinto daquele da celebração, todas as matérias envolvendo sua execução serão regidas pelo Direito do local de execução.

363. No México, que aderiu à Convenção da Cidade do México, se os contratantes deixarem de escolher o Direito, ou se sua escolha for ineficaz, o Direito com a conexão mais estreita com o contrato será aplicado. Entretanto, em princípio, a Convenção se aplica apenas aos casos entre México e Venezuela. Para outros casos, o Código Civil federal prevê, no Artigo 13, Seção V que "exceto pelo previsto nas seções anteriores, os efeitos legais dos atos e dos contratos devem ser regidos pelo Direito do local onde executados, salvo se as partes designaram outro Direito aplicável."

364. No Panamá, o Código de Direito internacional privado estabelece que, na ausência de escolha do Direito, "o juiz deve aplicar o Direito do local de execução da obrigação e, quando isso não puder ser determinado, o juiz deve aplicar o Direito do Estado com a conexão mais estreita com o contrato internacional e, faltando isso, o Direito do foro" (Artigo 69 da Lei n° 61 de 2015, derrogando a Lei n° 7 de 2014). O Princípio da proximidade entra aqui como um dos componentes das normas conflituais que contêm elementos de conexão "em cascata"; e.g. em primeira instância, seria o local de cumprimento e apenas se este não pudesse ser determinado, então, em segunda instância, se aplicaria o Direito do Estado com conexões mais estreitas.

365. Na República Dominicana, diante da ausência de uma escolha, a nova Lei de Direito internacional privado prevê que o Direito aplicável é aquele com que o contrato tiver conexões mais estreitas, alinhando-se com a redação do Artigo 9º da Convenção da Cidade do México (Lei n° 544 de 2014, Artigo 60). Ao assim determinar, a nova legislação prevê que "...[o tribunal] deve considerar todos os elementos objetivos e subjetivos que surjam do contrato para determinar o Direito do Estado com o qual ele tem conexões mais estreitas; e os princípios gerais do Direito Comercial internacional reconhecidos pelas organizações internacionais" (Artigo 61).

366. No Paraguai, o Artigo 11.1 da Lei sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais replica o Artigo 9º da Convenção da Cidade do México, que adota a fórmula flexível da "conexão mais estreita ou significativa" e desconsidera outros métodos mais controvertidos e restritivos,

[219] Restatement (Segundo) de Direito Internacional Privado, seções 6, 187 e 188. Ver nota 156.

tais como local de execução da obrigação. Notavelmente, a lei paraguaia não replica as disposições da Convenção da Cidade do México pelas quais o tribunal deve levar em consideração "os princípios gerais do Direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais" (Artigo 9º, segundo parágrafo). Esta redação foi excluída porque já estaria claro (Artigo 3º) que a referência ao Direito poderia ser entendida para incluir, também, o Direito não estatal, o que significa que se o julgador entendesse que o caso estivesse mais intimamente ligado com o Direito transnacional que com o Direito doméstico, ele o aplicaria diretamente, venha ele ou não de um organismo internacional (como o UNIDROIT).

367. O Código Civil peruano prevê que, na ausência de escolha, o Direito aplicável às obrigações contratuais será o Direito do local de execução, e se as obrigações tiverem que ser executadas em diferentes Estados, será o Direito do local da obrigação principal; caso este não possa ser determinado, o Direito do local de celebração do contratos será o aplicado (Artigo 2.095).

368. Na Venezuela, a Lei de Direito internacional privado, em seu Artigo 30, adota o disposto no Artigo 9º da Convenção da Cidade do México, literalmente. Assim, na ausência da escolha ou se esta for ineficaz, o Direito com o qual o contrato é mais estreitamente conectado deve ser aplicado, levando-se em consideração os elementos objetivos e subjetivos, assim como os princípios gerais do Direito comercial internacional aceitos pelas organizações internacionais. A Suprema Corte entendeu que a fórmula da conexão mais estreita faz com que se leve em consideração a *lex mercatoria*, que compreende as práticas e os costumes comerciais[220].

VII. Ausência de escolha na Arbitragem

369. Os árbitros estão em diferente posição dos juízes, uma vez que, normalmente, a legislação arbitral confere aos árbitros maior poder discricionário.

A. Textos das Convenções de Arbitragem

370. A Convenção de Nova Iorque não aborda o tema do Direito aplicável na ausência de escolha do Direito.

371. Nas Américas, a Convenção do Panamá oferece uma solução. Ela se refere ao Regulamento CIAC, especialmente ao Artigo 30, que prevê: "Se os contratantes deixarem de fazer esta designação, o tribunal arbitral aplicará o Direito determinado pelas normas conflituais que considerar aplicáveis." Esta norma é idêntica àquela da Lei-modelo da UNCITRAL, debatida adiante, e é similar à abordagem adotada pela Convenção europeia.

372. O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL concede ao árbitro a mesma autoridade das partes. O Artigo 10 prevê que: "As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre

[220] Banque Artesia Nederland, N.V. v. Corp Banca, Banco Universal C.A., Câmara Cível da Suprema Corte de Justiça, 2 de dezembro de 2014, Acórdão n° 0738. A Suprema Corte entendeu que, de acordo com o Direito internacional privado venezuelano (Artigos 29, 30 e 31), se as partes de um contrato internacional não escolheram expressamente o Direito aplicável, os juízes devem aplicar o critério da "conexão mais estreita". Para este fim, os juízes devem levar em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos do contrato para determinar o Direito com o qual ele tenha as conexões mais estreitas, assim como os princípios gerais do Direito comercial internacional reconhecidos pelas organizações internacionais. Isto inclui, entendeu a Suprema Corte, a *lex mercatoria*, que é composta por práticas e costumes comerciais (ver www.unilex.info).

esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes."[221] O instrumento admite a escolha de Direito uniforme quando ele se refere a "direito de comércio internacional" e, em segundo lugar, porque a referência é a Direito internacional privado e "seus princípios", o que não se limita a normas conflituais, mas também inclui Direito uniforme.

B. Lei-modelo da UNCITRAL

373. Por comparação, a Lei-modelo da UNCITRAL não contém disposições que abordem o tema. Quando os contratantes não escolherem o Direito material, "...Não havendo qualquer designação pelas partes, o tribunal arbitral deve aplicar o Direito determinado pelas normas conflituais que considerar aplicáveis" (Artigo 28(2)).

374. Os Comentários não oficiais da UNCITRAL declaram que os poderes do tribunal arbitral se aderem às diretrizes tradicionais. Isto porque (pelo menos em princípio) os árbitros estão obrigados a aplicar as normas de Direito internacional privado[222]. Esta situação traz incertezas devido à falta de um foro nacional dos árbitros. O disposto no Artigo 28(1) da Lei-modelo da UNCITRAL não foi incluída por todos os Estados em suas respectivas legislações domésticas e, ao invés disso, foram incluídos dispositivos que dão aos árbitros a liberdade de escolher o Direito que eles entenderem apropriado (e.g., ver Artigo 57(2) da legislação arbitral peruana).

375. A Lei-modelo da UNCITRAL (e a legislação doméstica que a segue) adere a critérios mais tradicionais neste tema. Entretanto, estes instrumentos podem ser interpretados amplamente, tanto na teoria como na prática da arbitragem, de uma forma que não resulte em uma perspectiva "doméstica". A previsão do Artigo 28(2) parece limitar o árbitro, que não teria liberdade de escolher o Direito aplicável e, supostamente, o impediria de aplicar o Direito não estatal. Contudo, já se sustentou que um árbitro que desconsidere esta previsão não comprometeria seu laudo, em razão da ausência de previsões na Lei-modelo da UNCITRAL para a supervisão, por tribunais estatais, da fundamentação que conduziu à determinação do Direito aplicável. Ainda que seja verdade que não exista controle judicial desta matéria no recurso de anulação ou na Convenção de Nova Iorque, é necessário considerar este aspecto de acordo com as normas de ordem pública. Isto será discutido detalhadamente na Parte Dezessete, adiante.

C. Abordagens para a aplicação das Normas conflituais

376. Existem diferenças fundamentais no que se refere à abordagem que deveria ser utilizada para determinar o Direito aplicável, em matéria arbitral, diante da ausência de uma escolha eficaz dos contratantes. O disposto na Convenção da Cidade do México pode servir com um guia efetivo também para arbitragens internacionais sediadas em jurisdições nas Américas. Alguns Estados optaram pela rota direta e omitiram referência às normas conflituais. As normas arbitrais de muitas instituições fizeram o mesmo, o que serve de base para que os árbitros apliquem a Convenção da Cidade do México, em exercício efetivo destes poderes. Na ausência de tais disposições, o Direito comparado adotou as seguintes abordagens.

[221] Nota 134.
[222] Ver também a discussão sobre a *voie directe*.

1. Normas conflituais da sede da Arbitragem

377. Originalmente a tendência, tal como refletida pelos laudos arbitrais, era a de dar prioridade para as normas conflituais da sede da arbitragem. Na realidade, uma antiga resolução do IDI, adotada em 1959, declarava que "As normas conflituais do Estado da sede do tribunal arbitral devem ser seguidas para decidir qual o Direito aplicável ao mérito da disputa" [223]. Esta abordagem recebeu apoio tácito por um longo período, especialmente nos países de *common law*. O *Restatement* (Segundo) de Direito internacional privado dos Estados Unidos da América, de fato, destaca que a escolha da sede da arbitragem presume uma "demonstração de intenção quanto ao Direito local do país para reger o contrato em sua integralidade" (§ 218, comentário b).

378. Contudo, a determinação da sede é, frequentemente, fortuita, especialmente quando a decisão é feita por um tribunal arbitral ou por uma instituição arbitral ao invés das partes. Em outros tempos, as partes escolhiam a sede por outras razões além de suas normas conflituais, tais como a neutralidade política do país, sua proximidade ou a oferta de serviços logísticos. Assim, como os recentes laudos têm refletido, parece haver uma tendência emergente de que, quando da determinação do Direito aplicável ao mérito do caso, o árbitro deixará de lado as normas conflituais do foro.[224]

2. Normas conflituais de outra jurisdição

379. Uma posição defende a aplicação do Direito do Estado do árbitro, baseando-se no fato de o árbitro melhor conhecer seu próprio Direito. Contudo, este posicionamento não é convincente. Ele sugere que os árbitros seriam incapazes de aplicar normas conflituais além das suas próprias – um posicionamento que já foi há muito tempo rejeitado. Adicionalmente, o Estado do árbitro pode não ter conexão com a disputa (além de ser seu próprio país de origem), o que poderia criar uma conexão ainda mais tênue com a disputa que aquela da sede da arbitragem. Esta abordagem também traz o problema prático da determinação do país do árbitro – se o fator determinante seria a nacionalidade do árbitro, a cidadania, o domicílio ou a residência. Além disso, na prática, um tribunal arbitral tende a ser composto por árbitros de diferentes países.

380. Um diferente posicionamento seria o de dar efeito ao Direito do Estado cujos tribunais teriam jurisdição diante da ausência de um acordo arbitral. Esta abordagem não prevaleceu porque a arbitragem não é comparável com o mecanismo estatal de solução de disputas. Além disso, em alguns casos, podem surgir conflitos de jurisdição em razão da diferença de regulamentação estatal a este respeito.

381. Outra abordagem sugerida é a aplicação do Direito do Estado onde o laudo seria executado. Isto é impraticável porque é imprevisível, além do fato de que o laudo pode ser executado em mais de um Estado. De qualquer forma, os laudos frequentemente refletem soluções encontradas pelos árbitros com base nos argumentos apresentados pelas partes, de modo a não as surpreender excessivamente.

---

[223] Artigo 11.

[224] Tribunal Arbitral Ad Hoc, Laudo de 10 de outubro de 1973, V Yearbook Comm. Arb. (1980), 143 (148); CCI Laudo n °2637 de 1975, in: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 13 (15); CCI Laudo n °1422 of 1966, in: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 185 (186). Laudo em Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Company (1964), 13 ICLQ 1011. CCI Laudo n °3540 of 1980, VII Yearbook Comm. Arb. (1982), 124 (127). Centro Regional para Arbitragem Comercial Internacional do Cairo, Laudo parcial, 23 de junho de 2000, number 120/1998, in: Eldin (ed.), Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (2000), 25 (28). CCI Laudo n ° 3540 de 1980, VII Yearbook Comm. Arb. (1982), 124 (128). CCI Laudo n °4434 de 1983, in: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 458, 459; CCI Laudo n ° 2730 de 1982, in: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 490 (491).

3. Aplicação cumulativa das normas conflituais de todos os Estados com uma conexão

382. Sob esta abordagem, os árbitros deveriam realizar um exercício comparativo para determinar se existe qualquer conflito entres os sistemas jurídicos conectados com o caso. Ela tem a vantagem de ser consistente com a natureza transnacional da arbitragem comercial internacional, além de ser mais alinhada com as expectativas das partes. Ela também reduz a possibilidade de questionamento do laudo sob a alegação de que o Direito errado teria sido aplicado, naqueles raros casos em que tal questionamento fosse possível.

383. Contudo, este mecanismo – que é custoso – é frequentemente útil quando as normas são similares ou convergentes, ou, pelo menos, quando buscam o mesmo resultado, a menos, é claro, que se entenda suficiente "adotar o Direito que aparece, mais frequentemente, como o Direito aplicável". Isto significa que o valor persuasivo desta abordagem é inversamente proporcional ao número de Direitos aplicáveis que surjam da aplicação de vários conjuntos de normas conflituais. Adicionalmente, ela deixa, para a ampla discrição do árbitro, a decisão sobre quais normas conflituais estariam conectadas à disputa e que, portanto, deveriam ser levadas em consideração.

D. Aplicação de Princípios gerais ou Direito não estatal

384. Uma alternativa à abordagem conflitual é a aplicação dos "princípios gerais" do Direito internacional privado, que também importa uma abordagem comparativa, mas com menor atenção às conexões entre aquelas normas e as relações contratuais em disputa. Neste sentido, existe uma tendência de se considerar convenções internacionais como diretrizes destes princípios gerais, especialmente a Convenção de Roma e, agora, Roma I, independentemente de os contratantes estarem ou não submetidos a tal regulamentação.

385. A utilização desta abordagem foi limitada em razão de ela aumentar a incerteza da análise conflitual ao exigir uma verificação de duas partes, sem produzir benefícios perceptíveis. Ela requer, primeiro, a identificação de qual Estado tem "conexão mais estreita" com a disputa. Em segundo lugar, é necessário identificar as normas conflituais daquele Estado. Por fim, tais normas conflituais devem ser aplicadas de forma a indicar um Direito material, o que, por sua vez, implica a realização de outra análise potencialmente complexa.

386. No entanto, ao se aplicar as disposições da Convenção da Cidade do México, por meio de uma interpretação liberal, a conexão mais estreita pode não conduzir necessariamente ao Direito doméstico, mas a *lex mercatoria* ou a outras formas de Direito não estatal. A aplicação de instrumentos de Direito uniforme, tais como os Princípios UNIDROIT, pode ser preferível à abordagem conflitual, cujas complexidades já foram destacadas anteriormente.

387. A aplicação de Direito não estatal ao invés de Direito doméstico pode ser útil em vários cenários. Por exemplo, é possível que o Direito local potencialmente aplicável não ofereça uma solução viável para resolver a questão. Exemplos seriam os juros devidos em um empréstimo, o que frequentemente não é tratado no Direito islâmico. Outro exemplo pode ser a ausência de um enquadramento jurídico para contratos celebrados online. Ou, algumas vezes, os Direitos dos contratantes fornecem soluções opostas e a utilização apenas das normas conflituais não determina um resultado. Em tais casos, a aplicação de Direito não estatal oferece um método neutro para a solução da disputa, sem ferir a sensibilidade do eventual "perdedor". De igual forma, se o Direito dos dois contratantes ou do Estado com o qual o contrato é conectado e o

Direito não estatal contiverem uma solução idêntica, o julgador pode recorrer, diretamente, ao Direito não estatal, sem ter que declarar um "vencedor". Ocasionalmente, uma abordagem que conduza a escolha do Direito doméstico poderia ser considerada insatisfatória por um tribunal arbitral porque importaria a aplicação de um Direito doméstico, concebido para o comércio doméstico, em um negócio internacional. Contudo, em qualquer procedimento desta natureza, antes de se decidir, é necessário ouvir o posicionamento das partes.

388.O tema foi abordado na legislação doméstica de alguns Estados. Por exemplo, na França, o novo Código de Processo Civil prevê que o tribunal arbitral pode resolver disputas de acordo com o Direito que as partes escolherem ou, em não havendo escolha, de acordo com aquele Direito que entender apropriado, levando-se em consideração, em todos os casos, as práticas comerciais[225]. Uma revisão do novo Código revela que os artigos relevantes estabelecem a existência de um sistema jurídico autônomo para a arbitragem internacional[226]. Outros Estados adotaram iniciativas similares[227]. No México, o Artigo 1.445 do Código Comercial prevê que se os contratantes não indicarem o Direito, o tribunal arbitral, levando em consideração as características e conexões do caso, determinará o Direito aplicável. No Peru, não apenas a legislação prevê a *voie directe*, como também autoriza, expressamente, que os árbitros apliquem as "normas jurídicas" que entenderem apropriadas (ver discussão sobre *voie directe*, adiante).

389. Contrariamente às preocupações generalizadas, mas equivocadas, de que o método de normas transnacionais, que envolve a aplicação ou consideração de Direito não estatal, induz maior incerteza, a previsibilidade do resultado é mais bem assegurada ao se utilizar este método, ao invés da abordagem conflitual clássica. Os contratantes que não tomaram a precaução de escolher o Direito aplicável ao seu contrato, podem ser surpreendidos mais pela aplicação de um Direito doméstico desconhecido, que pela aplicação de um conjunto de normas não estatais que refletem um amplo consenso.

390. Como foi descrito anteriormente, enquanto os árbitros tradicionalmente recorrem às normas conflituais da sede da arbitragem ou do Estado do árbitro, mais recentemente existe uma tendência de se aplicar as normas conflituais de todos os Estados com conexão com o caso ou, alternativamente, as normas conflituais que os próprios árbitros, em cada caso concreto, entendam relevantes e, até mesmo, permitir que os árbitros desconsiderem as normas conflituais e determinem o Direito material aplicável que considerem apropriado, "diretamente" ou "de modo direto" (*voie directe*), como descrito adiante.

E. Uso do *Voie Directe*

392. O termo "*voie directe*" ou "método direito" é bem conhecido na linguagem arbitral. Ele permite que o árbitro escolha o Direito sem fazer referência a qualquer norma conflitual. Na aplicação deste mecanismo, o árbitro provavelmente levará em consideração princípios de Direito internacional privado, pelo menos em seu raciocínio interno, mas sem a obrigação de fornecer uma explicação ou base legal. Isto apesar do fato de a maior parte dos Regulamentos arbitrais exigirem, na ausência de acordo entre as partes, que o laudo "contenha a fundamentação em que é baseado".

393. O método direto não deveria ser encarado como arbitrário e, de qualquer forma, os conceitos que fazem parte da abordagem conflitual, tais como "conexão mais estreita" ou "lugar

[225] Como alterada pelo Decreto n° 2011-48 de 2011, Artigo 1.511.
[226] Id.
[227] A autonomia do árbitro também é consagrada no Código de Processo Civil belga (Artigo 1.700); no Código de Processo Civil holandês (Artigo 1.054) e no Código de Processo Civil italiano (Artigo 834).

de execução", podem ser utilizados como referência. Em especial, quando o resultado do caso difere em razão do Direito que é aplicado, os árbitros não escolheriam o Direito aplicável à disputa de acordo com o resultado esperado. Além disso, o resultado esperado nem sempre levará os árbitros a escolher o mesmo método. Dependendo das circunstâncias de cada caso, o método que parece ser o mais solidamente fundado, pode variar.

394. O método direto que agora foi incorporado ao Regulamento Arbitral UNCITRAL 2010 (Artigo 35) é considerado, em relação às regras anteriores de 1976, um dos maiores avanços. Também representa avanço em relação à Lei-modelo da UNCITRAL, que não prevê esta abordagem no Artigo 28(2).

395. Quando as alterações do Regulamento Arbitral da UNCITRAL foram discutidas, diversas opiniões foram apresentadas sobre se o tribunal arbitral teria ou não discrição para designar "normas jurídicas" em caso de ausência de escolha eficaz de Direito pelas partes. Decidiu-se que as normas deveriam ser consistentes como o Artigo 28(2) da Lei-modelo da UNCITRAL, que se refere ao tribunal arbitral aplicando o "Direito" determinado como aplicável, ao invés de "normas jurídicas"[228].

396. É necessário, expressamente, abordar a questão da relação entre este último método "direto" e a aplicação do Direito não estatal como o Direito aplicável ao mérito da questão em disputa. Mesmo quando se utilizar o método "direto", normalmente o tribunal arbitral aplicará um determinado Direito material doméstico. Excepcionalmente, ele também pode – e frequentemente o faz – recorrer ao Direito não estatal. Isto ocorre, especialmente, nos casos da chamada "escolha negative implícita", i. e., quando pode-se inferir das circunstâncias que os contratantes pretendiam excluir a aplicação de qualquer Direito doméstico (e.g. quando um dos contratantes é um Estado ou uma agência governamental e ambas as partes, durante longas negociações, deixam claro que nenhum deles aceitaria a aplicação do Direito doméstico do outro ou de um terceiro Estado; ou quando os contratantes expressamente escolhem como o Direito aplicável, sem outra definição, "princípios gerais do Direito internacional comercial"; "princípios da justiça natural"; "a *lex mercatoria*" ou semelhantes; ou quando as partes se referem a Direitos inexistentes como "Direito Europeu", "Direito Latino-americano" ou "Princípios e Regras da CCI"; ou, finalmente, quando os contratantes escolhem, como Direito aplicável ao seu contrato, os INCOTERMS ou as UCPs, etc.). O mesmo resultado também é frequentemente alcançado nos casos multiconectados, i.e., quando o contrato é omisso quanto ao Direito aplicável, mas apresenta elementos de conexão com múltiplos Estados, nenhum dos quais sendo suficientemente predominante para justificar a aplicação do Direito doméstico daquele Estado, com exclusão dos demais. Como demonstrado por inúmeros laudos arbitrais relatados no banco de dados UNILEX, em casos como estes, os tribunais arbitrais, mundo a fora, frequentemente deixam de insistir na aplicação de um Direito doméstico específico como o Direito aplicável ao mérito da disputa, preferindo recorrer a um conjunto de normas equilibrado, abrangente e reconhecido internacionalmente, tal como os Princípios UNIDROIT.

397. É importante comparar a solução da Lei-modelo da UNCITRAL (*voie indirecte*) com a solução mais inovadora adotada pelo Regulamento arbitral UNCITRAL no Artigo 35(1) (*voie directe*). Enquanto aquela autoriza os árbitros a escolher as normas conflituais que entendam mais convenientes para determinar o Direito aplicável ao contrato, esta os autoriza a escolher, diretamente, o Direito aplicável ao contrato. Esta última solução foi adotada nos regulamentos da maioria das instituições arbitrais (tais como aquelas da CCI e da Associação Americana de Arbitragem ("AAA"), entre outras). Consequentemente, quando os contratantes decidem que a

[228] Ver página 33 da Nota Explicativa pelo Secretariado da UNCITRAL: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

arbitragem será conduzida de acordo com certo regulamento arbitral, eles adotam a segunda solução (*voie directe*) ao invés da primeira (*voie indirecte*). Dependendo se o Estado onde a arbitragem está sendo realizada adotou ou não a Lei-modelo da UNCITRAL ou alterou sua legislação interna de acordo, é previsível que a segunda solução (*voie directe*) possa ter maior aplicação prática.

398. O método da *voie directe* foi incorporado na legislação arbitral moderna de vários países[229], incluindo muitos nas Américas[230].

13.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, em relação à ausência de efetiva escolha de Direito, deveria incluir o critério flexível de "conexão mais estreita", coerentemente com o disposto no Art. 9º da Convenção da Cidade do México.

13.2 Os julgadores deveriam aplicar o critério flexível da "conexão mais estreita" em uma abordagem interpretativa liberal.

[229] Ele é reconhecido, por exemplo, nos Direitos da França (Artigo 1.511 do Código de Processo Civil, alterado em 2011); da Holanda (Artigo 1054(2) do Código de Processo Civil); da Espanha (Lei de arbitragem espanhola, Artigo 34(2)); da Áustria (Artigo 603(2) do Código de Processo Civil, RGBI. Nr. 113/1895 como alterado pela Emenda de 2013, Nr. 118/2013 e Eslovênia (Artigo 32(2) da lei de arbitragem de 28 de abril de 2008).

[230] Na América Latina, a *voie directe* é consagrada no Direito da Colômbia (Artigo 101 do Estatuto de Arbitragem nacional e Internacional de 2012); México (Artigo 1445 do Código Comercial e 628 do Código de Processo Civil da Cidade do México, Distrito Federal, *ad contrario*) e Peru (Artigo 57 do Decreto legislativo n° 1.071 de 2008). No Peru, não apenas a legislação prevê a *voie directe*, como também expressamente autoriza o árbitro a aplicar "normas jurídicas" que ele entenda apropriadas, sem fornecer justificativa ou aplicar as normas conflituais. Os principais centros de arbitragem do Peru também seguem esta abordagem. Ver o Artigo 21 do Regulamento Arbitral da Câmara de Comércio de Lima e o Artigo 7º do Regulamento Arbitral da Amcham Peru.

2.19 Parte Quatorze – *Dépeçage* ou "fracionamento" do Direito

I. Significado de *Dépeçage*

399. No Direito internacional privado, o termo francês *dépeçage*, ou "fracionamento" do Direito se refere à divisão do contrato de forma que diferentes partes dele possam ser regidas por Direitos distintos. Existem inúmeras razões pelas quais os contratantes possam querer fazer isso. Por exemplo, em um contrato de compra e venda internacional, a maior parte das obrigações contratuais pode ser regida pelo Direito de um único Estado, ainda assim pode ser preferível que as condições sob as quais o vendedor deve obter os certificados de inspeção sejam regidas pelo Direito do(s) Estado(s) de destinação final das mercadorias, ou que o prazo para que o comprador relate, qualquer vício nas mercadorias entregues, seja regido pelo Direito do local da entrega. Outro exemplo é de uma cláusula que preveja o pagamento do principal e dos juros em um ou mais Estados, na moeda daquele Estado específico, de acordo com a opção do credor. Neste caso, os contratantes, frequentemente, concordarão que o Direito do Estado em que o pagamento é realizado regerá todas as matérias relacionadas à soma a ser paga e à forma de pagamento.

400. A *dépeçage* é manifestação do princípio da autonomia da vontade. Ela não se enquadra nas doutrinas de localização do século XIX. De fato, Ronald Herbert, um dos negociadores uruguaios da Convenção da Cidade do México, afirmou que a previsão dela naquele instrumento estaria em profundo desacordo com os Tratados de Montevidéu[231].

401. As teorias que se opõem a *dépeçage* baseiam-se no argumento de sua vantagem mínima frente aos riscos que ela traz por conta dos problemas técnicos que podem surgir das discrepâncias no conhecimento e aplicação de diferentes Direitos escolhidos. Também é considerada uma arma nas mãos do contratante mais forte, em detrimento daquele mais fraco, porque os aspectos do Direito aplicável que possam favorecer o contratante mais forte podem ser manipulados.

402. Contudo, mesmo aqueles que se opõem a *dépeçage* devem admitir que certos temas, tais como aqueles relacionados à forma do contrato e à capacidade, podem ser regidos, de forma mais apropriada, por diferentes Direitos e normas imperativas do foro. Eles podem admitir que esta questão se relaciona com a abordagem de qualificar corretamente cada matéria (forma do contrato e capacidade) na única categoria que corresponde a ela.

403. Aqueles que argumentam a favor da *dépeçage* apontam que a autonomia da vontade permite que os contratantes aperfeiçoem a regulação de seus próprios interesses, se julgarem apropriado. Assim, o princípio serviria a intenção dos contratantes, cabendo as normas imperativas e de ordem pública prevenirem que fosse usado pelo contratante mais forte contra aquele mais fraco. As normas imperativas e de ordem pública internacional limitariam o abuso por meio da *dépeçage*, mas, é claro, o contratante mais forte ainda poderia utilizar a *dépeçage* em sua vantagem de modo a evitar a aplicação de normas imperativas e de ordem pública que, normalmente, seria aplicáveis como parte do Direito escolhido.

404. Existem duas possíveis situações para o uso da *dépeçage*. A primeira, quando a legislação especificamente prevê que os contratantes possam escolher mais de um Direito para reger o contrato, tal como acontece em algumas codificações domésticas (ver adiante, Seção III). Outra, quando ocorre uma escolha parcial do Direito aplicável e o restante das obrigações contratuais é

[231] Herbert, Ronald, La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, RUDIP, Ano 1 - Nº 1, p. 91.

deixado para ser determinado objetivamente. Roma I expressamente permite a escolha parcial, especificando que os contratantes podem escolher o Direito aplicável a somente parte do contrato (Artigo 3.1). A Convenção da Cidade do México segue a mesma linha. Uma terceira situação pode ocorrer se o Direito que os contratantes escolheram não abranger todos os problemas que surjam. Por exemplo, se um contrato é regido pela CISG, existem matérias que a própria CISG exclui (Artigo 4º), tais como a validade do contrato e os efeitos sobre a propriedade das mercadorias vendidas. De acordo com o Artigo 7(2) da CISG, "As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais ...", mas temas não abordados pela CISG deverão ser regidos por Direito complementar que os contratantes tenham escolhido e, diante da ausência de tal escolha, será necessário determinar o Direito aplicável, caso em que dois diferentes Direitos podem reger o contrato[232].

II. *Dépeçage* na Convenção da Cidade do México e nos Princípios da Haia

405. A Convenção da Cidade do México declara no Artigo 7º que a escolha do Direito "...poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo." Assim, ela consagra uma *dépeçage* voluntária. Uma *dépeçage* involuntária está prevista no Artigo 9º, parágrafo 3º da mesma Convenção que prevê: "Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a titulo excepcional, a lei desse outro Estado." Isto pode ocorrer, por exemplo, se um julgador decide aplicar normas imperativas ou de ordem pública ou as normas de um terceiro Estado conectado com o contrato.

406. Os Princípios da Haia preveem no Artigo 2.2 que "2. Os contratantes podem escolher: a) o Direito aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato; e b) diferentes Direitos para diferentes partes do contrato." Porque os Princípios da Haia incluem o Direito não estatal no significado de "Direito", como previsto no artigo 3º, fontes não estatais também podem ser escolhidas.

407. As razões para a multiplicidade de escolhas (por exemplo, que a cláusula que preveja a taxa de câmbio esteja submetida a outra ordem jurídica) e os riscos correspondentes (contradição e inconstância na determinação de direitos e obrigações dos contratantes) são debatidos nos Comentários PH (2.6). Se existir uma escolha parcial, e nenhuma indicação do Direito que rege o restante da relação contratual seja feita, "o Direito aplicável a parte remanescente do contrato será determinado pelo tribunal judicial ou arbitral de acordo com as normas aplicáveis em caso de ausência de escolha" (2.7). Os Comentários PH (2.9) também afirmam que, "Na prática, tais escolhas parciais ou múltiplas podem dizer respeito, por exemplo, à designação da moeda do contrato, a cláusulas especiais relacionadas com o adimplemento de certas obrigações, tais como a obtenção de autorizações governamentais, e cláusulas de indenização/responsabilidade."

III. *Dépeçage* nos Direitos domésticos

408. A Argentina permite a *dépeçage* voluntária total e parcial, seja expressa ou tática, ao declarar que a escolha do Direito "pode ser referir ao contrato inteiro ou a partes dele" (Código Civil e Comercial, Artigo 2.651, primeiro parágrafo *in fine*).

---

[232] O Código Bustamante utiliza a *dépeçage* para regular, separadamente, os diferentes temas da relação contratual (por exemplo, os Artigo 169-172, 176, 181 e 183).

409. No Brasil inexiste previsão da *dépeçage* no Artigo 9º, parágrafo 1º da LINDB.

410. No Canadá, na província de Quebec, o CCQ prevê especificamente que os contratantes podem escolher mais de um Direito para reger o contrato (Artigo 3.111(3)).

411. No Chile, a doutrina discute a aceitação da *dépeçage* no Código Civil baseando-se no teor do Artigo 16, parágrafo 3º, que estabelece que "os efeitos concedidos ao contrato em um país estrangeiro, a serem realizados no Chile, o serão com base na legislação chilena." Enquanto a posição tradicional defende a doutrina da *dépeçage*, outra interpretação sustenta que a correta interpretação do mencionado dispositivo é que, se o contrato deve ser cumprido no Chile, ele será regido pelo Direito chileno. Desta forma, se as consequências jurídicas (os "efeitos") são determinadas pelo Direito chileno, isto significa que os requisitos ou condições materiais que as ações devam preencher são reguladas pelo Direito chileno.

412. Na Colômbia, a legislação não proíbe a *dépeçage*, mas não expressamente a autoriza. Ela é aceita por interpretação em contextos específicos, como evidenciam o Artigo 13 da Lei n° 80 de 1993 sobre procuração pública e o Artigo 20 do Código Civil.

413. No Panamá, o Artigo 70 da Lei n° 61 de 2015 especificamente permite a *dépeçage* ao estabelecer que a relação contratual pode ser regida por "dois ou mais Direitos desde que a natureza do negócio jurídico internacional permita isso e a divisibilidade do Direito aplicável regule certas obrigações ou situações do negócio jurídico." Contudo, este mesmo artigo declara que a *dépeçage* não é permitida se "evitar a execução do objeto negocial ou conduzir à fraude ou causar dano a um dos contratantes".

414. No Paraguai, a nova lei sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais transcreve, no Artigo 4.2, o disposto no Artigo 2.2 dos Princípios da Haia.

415. Na República Dominicana, destaque pode ser dado ao Artigo 58, parágrafo 2º da Lei n° 544 de 2014, que prevê que "a escolha do Direito aplicável pode se referir ao contrato inteiro ou a parte dele".

416. Na Venezuela, os contratantes podem escolher um sistema jurídico para cada parte do contrato ou para apenas uma parte, uma vez que a *dépeçage* voluntária é permitida. Ainda que o Artigo 29 da Lei de Direito internacional privado não se referira, expressamente, à possibilidade de *dépeçage*, ela pode ser inferida das referências ao Direito aplicável às "obrigações convencionais" ao invés de simplesmente "aos contratos internacionais", assim seguindo a Convenção da Cidade do México, que foi ratificada pela Venezuela. Desta forma, uma vez que o contrato é fonte de "obrigações", cada uma das obrigações que surja de um contrato pode estar sujeita, a critério dos contratantes, a diferentes Direitos. Esta interpretação é reforçada pela aplicação dos princípios contidos na Convenção da Cidade do México na interpretação das normas jurídicas e no preenchimento de lacunas.

IV. *Dépeçage* e arbitragem

417. O foro arbitral tem suas particularidades e o tema da *dépeçage* não é abordado de forma expressa nem pela Lei-modelo da UNCITRAL, nem pelo Regulamento arbitral da UNCITRAL. De acordo com a doutrina, a *dépeçage* é amplamente aceita em razão da autonomia da vontade, que prevalece abertamente neste contexto.

418. A utilização da *dépeçage* poderia permitir que os contratantes evitassem normas de ordem pública, desde que eles não fossem afetados pelo Direito do Estado do potencial foro com

autoridade para negar ou dar eficácia ao laudo. Sobre a ordem pública, veja a discussão adiante, na Parte Dezessete.

419. Um tema diferente é o Direito aplicável à cláusula arbitral. Esta cláusula é considerada um contrato em si. Diferentes posicionamentos foram defendidos sobre o Direito que seria a ela aplicável, tal como o Direito da sede da arbitragem, o Direito do contrato principal ou o Direito que favorecesse a validade da cláusula arbitral.

14.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria admitir o fracionamento do Direito aplicável (*dépeçage*), coerentemente com o disposto nos Arts. 7º e 9º da Convenção da Cidade do México e no Art. 2.2 dos Princípios da Haia.

14.2 Os julgadores, quando lhes for concedida discricionariedade interpretativa, são encorajados a admitir a *dépeçage*.

2.20 Parte Quinze – Interpretação flexível nos contratos comerciais internacionais

I. Fundamentação

420. Dispositivos que prevejam soluções "flexíveis" concedem autoridade ao julgador para mitigar o rigor da estrita aplicação do Direito. Em matérias envolvendo contratos internacionais, tais disposições podem ser úteis para ajudar a encontrar uma solução apropriada para o caso. Isto é assim, em parte, porque muitos sistemas jurídicos domésticos não estão bem aparelhados para regular os negócios internacionais. Por exemplo, a recusa de um comprador de aceitar as mercadorias é, normalmente, mais onerosa em uma compra e venda internacional. Nestas circunstâncias, mesmo reconhecendo que o comprador tenha este direito, é desejável impor obrigações ao comprador, tais como a de conservar ou revender as mercadorias.

421. Os negócios internacionais comumente envolvem fatores complicadores adicionais. Entre outros, eles podem incluir a longa distância entre o comprador e o vendedor; os requisitos adicionais, tais como licenças de importação e exportação, cuja emissão depende de várias autoridades ou a proibição de transferência de moeda estrangeira. Nestes casos, o julgador não pode agir de forma automática e subserviente, na solução de uma disputa internacional, aplicando de forma cega disposições projetadas, principalmente, para situações domésticas.

422. Além disso, geralmente os juízes não estão bem preparados para aplicar o Direito doméstico estrangeiro. Não é realístico esperar que o Judiciário local esteja igualmente treinado na aplicação tanto do Direito nacional como do estrangeiro.

423. Como consequência, é muitas vezes impossível para os consultores jurídicos emitirem uma opinião quanto à interpretação e aplicação do Direito doméstico a uma questão complexa envolvendo tema transfronteiriço ou prever como um tribunal local a venha decidir. Alguns códigos ou legislações podem ser tão antigos ou podem ter passado por tantas mudanças, que é impossível saber se o texto com que se trabalha é acurado.

424. Os julgadores frequentemente recorrem a cláusulas de escape na busca de justiça em um caso específico e a conceitos de Direito internacional como qualificação, reenvio, ordem pública, entre outros. Eles podem até mesmo invocar direitos constitucionais ou humanos e o fazem de forma direta (ao invés de usar a via da exceção de ordem pública). Algumas decisões de tribunais europeus são exemplificativas disso[233].

425. Quando os contratantes escolhem o Direito de um terceiro Estado, eles o fazem principalmente com a intenção de encontrar uma solução neutra, apesar de raramente terem conhecimento aprofundado daquele Direito. As sutilezas das normas, tal como extraídas pela jurisprudência, podem surpreender um contratante estrangeiro. Este tema surgiu em uma bem conhecida decisão arbitral provisória em que o tribunal decidiu não aplicar uma interpretação jurisprudencial peculiar do texto de uma lei doméstica uma vez que os contratantes eram experientes empresários do comércio internacional e, entender o contrário, "seria inconsistente com a realidade comercial."[234]

---

[233] Por exemplo, a Câmara Constitucional alemã proferiu um julgamento histórico a este respeito em 1971, no qual direitos constitucionais foram invocados para reinterpretar o Direito internacional privado *Spanier Entscheidung, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, maio de 1971. Em várias ocasiões o Tribunal de Justiça Europeu baseou suas decisões na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ele decidiu que o âmbito da exceção de ordem pública, para o dever de reconhecimento de julgamentos civis de outros Estados membros, deveria ser interpretado de acordo com a Convenção (Krombach v. Bamberski, 2000, Caso C-7/98, ECR I-1935).

[234] Arbitragem CCI n° 10279, janeiro de 2001.

426. Este tema, é claro, exige exame cuidadoso. Uma análise caso-a-caso, com foco no legítimo interesse dos contratantes, é essencial. Se um dos contratantes deseja a estrita aplicação do Direito em um caso específico, deveria expressar isto e assim impedir a possibilidade de o julgador considerar outro Direitos ou o Direito não estatal. De outra forma, o julgador deve ter suficiente discrição para alcançar uma decisão apropriada à luz das circunstâncias do contrato e do ambiente internacional em que a relação se desenvolveu.

II. Autoridade para a interpretação flexível em negócios internacionais

427. Pelas razões acima delineadas, os Direitos domésticos deveriam, ser, preferencialmente, interpretados a partir de uma perspectiva ampla e flexível de modo a se alcançar uma solução apropriada para os casos envolvendo negócios transfronteiriços. A autoridade de fazer isso deriva de várias fontes.

428. Em primeiro lugar, deve ser levado em consideração o fato de um Direito doméstico já conter o que pode ser considerada uma previsão flexível. Isto pode decorrer dos princípios contidos, por exemplo, nas constituições nacionais ou em tratados de direitos humanos. Os tribunais nacionais têm tanto o dever como a autoridade para defender estes princípios.

429. Em segundo lugar, muitos sistemas jurídicos possuem em comum os mesmos princípios gerais que podem ser, ampla e consistentemente, interpretados pelos julgadores. Os exemplos incluem os princípios da boa-fé, da força maior e da *hardship*. A este respeito, o Direito comparado já se demonstrou muito efetivo como ferramenta interpretativa auxiliar. Os Direitos domésticos que incluem os princípios como a boa-fé podem ser interpretados, em primeiro lugar, à luz das soluções internacionais tais como aquelas fornecidas pelos Princípios UNIDROIT[235].

430. A construção comparativa se torna ainda mais valiosa no contexto internacional. Uma das razões é porque é impossível se dissociar o Direito da linguagem de sua expressão. Termos como *cure*, *consideration*, *misrepresentation* ou *frustation* exigem uma interpretação ampla, especialmente quando os contratantes não são originários da tradição da *common law*. O mesmo pode ser dito dos termos causa, conversão ou obrigações de meio e de resultado, que não foram desenvolvidas no sistema da *common law*.

431. A flexibilidade descrita nesta seção se relaciona à flexibilidade na aplicação dos princípios do Direito doméstico que não são adequados para os negócios internacionais. Ela não contempla o direito de o juiz ou árbitro desconsiderar os termos do próprio negócio. Enquanto uma abordagem flexível é frequentemente um fundamento dos Direitos dos Estados baseados em codificações e onde a flexibilidade e a boa-fé têm papel central, nas jurisdições de *common law*, ainda que o resultado não seja diferente, os princípios subjacentes são distintos[236].

III. Flexibilidade quando da aplicação de "costumes" ou "usos"

[235] A comparação entre a interpretação deles por outros tribunais pode ser vista, por exemplo, no banco de dados UNILEX que compila importantes casos a este respeito (www.unilex.info).

[236] Os Estados Unidos da América, por exemplo, têm o princípio da *stare decisis* e princípios "flexíveis", tais como a doutrina do *estoppel,* são frequentemente aplicados nos precedentes. Os tribunais norte-americanos também intuíram um dever de boa-fé na execução dos contratos não regidos pelo UCC, mas a boa-fé é limitada a obrigações contratuais específicas. A análise cuidadosa das diferenças entre as realidades codificadas e de *common law* deve ser feita, em especial, quando se lida com os Estados Unidos da América em que os princípios "flexíveis" têm um papel secundário na aplicação das normas de interpretação.

432. Em negócios regidos pelo Direito doméstico, os contratantes podem incluir os "costumes" ou "usos" (ver discussão anterior, Parte Seis, II.A). Eles podem fazê-lo expressamente, por meio da incorporação por referência, por exemplo, dos INCOTERMS CCI. Em muitos sistemas, eles podem fazê-lo, também, tacitamente. Este seria o caso de um costume que não seja específico aos contratantes, mas que é amplamente conhecido e aceito e que deveria ser entendido como incluído na intenção dos contratantes. A este respeito, as práticas comerciais podem ser consideradas internalizadas no contrato como uma expressão da vontade dos contratantes. Desta forma, os "costumes" prevalecem sobre disposições suplementares de Direito doméstico.

433. Isto também é desejável nos contratos comerciais internacionais. Os costumes que foram incluídos implicitamente deveriam prevalecer sobre uma disposição suplementar contrária, do Direito escolhido ou aplicada pelos julgadores, na medida da inconsistência com a prática efetiva. A CISG (Artigo 9(2)) e os Princípios UNIDROIT (Artigo 1.9) preveem que os costumes são aplicáveis mesmo quando os contratantes não estejam cientes de sua existência, desde que eles sejam amplamente conhecidos e regularmente observados no comércio específico e que os contratantes deveriam saber de sua existência.

IV. Flexibilidade quando da aplicação de "Princípios"

434. Frequentemente, as partes de contratos comerciais internacionais incluem uma referência aos princípios gerais, seja de forma complementar ao Direito doméstico escolhido, seja diretamente aplicável a eventual disputa. Adicionalmente, os princípios fornecem ferramentas interpretativas flexíveis tanto interna como internacionalmente. Muitos sistemas jurídicos domésticos aceitam princípios, tais como a boa-fé ou a equidade, na interpretação de dispositivos legais específicos, de forma a alcançar um resultado justo. O mesmo ocorre em contratos comerciais internacionais, quando os julgadores se valem destes princípios de forma a alcançar resultados apropriados.

V. O papel pioneiro da OEA a favor da Flexibilidade

435. Décadas atrás, o Artigo 9º da Convenção sobre Normas Gerais de DIPRI previu que: "As diversas leis que podem ser competentes para regular os diferentes aspectos de uma mesma relação jurídica serão aplicadas de maneira harmônica, procurando-se realizar os fins colimados por cada uma das referidas legislações. As dificuldades que forem causadas por sua aplicação simultânea serão resolvidas levando-se em conta as exigências impostas pela equidade no caso concreto."[237]

436. O dispositivo introduz a flexibilidade em relação a problemas que surjam das aplicações simultâneas de vários Direitos ao caso concreto. O Artigo 9º prevê dois critérios: concretizar as políticas legislativas subjacentes a cada uma das normas e alcançar a equidade no caso concreto. Ele deve ser interpretado de forma ampla. Se considerada apenas a literalidade de seus limitados termos, a norma se aplicaria somente em casos de *dépeçage*. Mas, se interpretada de forma mais ampla, a norma se torna relevante em virtualmente qualquer caso em que diferentes Direitos são aplicados a distintos aspectos, relações jurídicas e categorias.

437. A Convenção sobre Normas Gerais de DIPRI foi ratificada por vários Estados da região (Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala, Paraguai, Equador, México, Peru, Uruguai e Venezuela). Ela não foi ratificada por nenhum Estado de tradição da *common law*, apesar do fato

[237] Nota 183.

de que a solução oferecida por esta Convenção ter sido inspirada nas fórmulas que foram propostas por juristas da *common law*.

VI. Fórmula flexível da Convenção da Cidade do México

438. A Convenção da Cidade do México também contém uma fórmula flexível que pode ser aplicada na determinação do Direito aplicável. O Artigo 10 prevê que "Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto." Apesar de a redação, semelhante ao mencionado Artigo 9º, ter sido sugerida por juristas da *common law*, o Artigo 10 da Convenção da Cidade do México foi proposto por Gonzalo Parra Aranguren, Presidente da delegação venezuelana, originário da tradição da *civil law*[238].

439. Discutiu-se se o Artigo 10 teria apenas um papel suplementar, contudo, o texto claramente indica sua aplicabilidade quando a justiça assim exigir. Além disso, a Convenção da Cidade do México prevê que, para os fins de sua aplicação e interpretação, "levar-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação." Fornece-se sólida autoridade para que a interpretação se dê também de acordo com esta abordagem abrangente.

440. Nas deliberações anteriores à adoção da Convenção da Cidade do México, o entendimento era de que o Artigo 10 apontava para a *lex mercatoria*[239]. Contudo, até a presente data, permanecem dúvidas sobre a interpretação desta expressão (ver discussão anterior, Parte Seis, II. C). Esta questão é distinta daquela aqui tratada sobre o valor da fórmula flexível.

VII. Fórmula flexível nos Direitos domésticos

441. Apenas poucos Estados têm legislação com dispositivos similares àquele do Artigo 10 da Convenção da Cidade do México. Não existem disposições semelhantes no Canadá, Chile, Colômbia ou Guatemala, ainda que estes Estados tenham legislação que incluam normas flexíveis aplicáveis a matérias arbitrais.

442. Na Argentina, o novo Código Civil e Comercial incluiu dispositivos a este respeito. O Artigo 2.653 prevê que, excepcionalmente, a pedido de uma das partes e levando-se em consideração os elementos subjetivos e objetivos que surjam do contrato, o juiz está autorizado a aplicar o Direito do Estado com o qual a relação apresentar conexões mais estreitas. Este dispositivo não é aplicável quando as partes tiverem escolhido o Direito. Esta norma reitera, especificamente nos contratos, a previsão geral contida no Artigo 2.597.

443. No Paraguai, o Artigo 12 da lei sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais é cópia literal do Artigo 10 da Convenção da Cidade do México.

444. O Código Civil do Peru se refere à aplicação dos princípios e dos critérios estabelecidos na doutrina de Direito internacional privado (Artigo 2047).

---

[238] Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, Doc. OEA/Ser.K/XXI.5 (17 de Março de 1994). Ver também: "La Quinta conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), México, 1994)", Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, pp. 219-220.

[239] Relatório da Reunião de especialistas, nota 19.

445. Na República Dominicana, a nova lei de Direito internacional privado prevê que "adicionalmente ao previsto neste artigo, as diretrizes, costumes e princípios de Direito comercial internacional e os costumes e práticas comerciais geralmente aceitas, serão aplicados quando apropriado" (Lei n° 544 de 2014, Artigo 61, parágrafo 2º).

446. Na Venezuela, o Artigo 31 da Lei de Direito internacional privado reflete o Artigo 10 da Convenção da Cidade do México.

VIII. Fórmula flexível na Arbitragem

447. O Artigo28(4) da Lei-modelo da UNCITRAL declara que "em todos os casos o tribunal arbitral deve decidir de acordo com os termos do contrato e deve levar em consideração os usos do comércio aplicáveis ao negócio." Esta fórmula foi originariamente incluída na Convenção europeia (Artigo VII), no Regulamento arbitral da UNCITRAL de 1976 (Artigo 33) e permanece na atual versão de 2010 (Artigo 35(3)).

448. Nas deliberações do Grupo de trabalho que redigiu o Artigo 28 da Lei-modelo da UNCITRAL, ficou claro que o tribunal deveria levar em consideração em *todos os casos* (destaque acrescentado). Assim, ao tribunal arbitral foi dada ampla margem de discrição para a solução de casos concretos, "divorciando-os" de um sistema nacional específico[240].

449. Estes dispositivos retomam o espírito das origens históricas da arbitragem e visam colocá-la em contexto internacional no qual está se desenvolvendo. A aplicação de uma norma como esta conduz a uma abordagem cosmopolita. Isto foi reconhecido, por exemplo, por um tribunal arbitral com sede na Costa Rica[241]. Em uma arbitragem sediada na Argentina – apesar do fato de ambas as partes terem designado o Direito argentino como aplicável – o tribunal arbitral valeu-se dos Princípios UNIDROIT como usos e práticas comerciais internacionais que refletiriam a solução de diferentes sistemas jurídicos e práticas contratuais internacionais. Ele declarou que, como tal e de acordo com o Artigo 28(4) da Lei-modelo da UNCITRAL, tais Princípios deveriam prevalecer sobre qualquer Direito doméstico[242].

---

[240] UNCITRAL (1975). Relatório do Secretariado Geral do Regulamento arbitral da UNCITRAL. Volume VII. [online] Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1976-e/vol7-p157-166-e.pdf.

[241] Laudo arbitral *Ad hoc* da Costa Rica, 30.04.2001 / UNILEX, citando outros laudos CCI a este respeito. "Não apenas a legislação e jurisprudência nacionais são aplicáveis a este caso, mas também regras do comércio internacional que são essencialmente conformadas por princípios e usos geralmente admitidos no comércio com os quais os contratantes consentiram, na cláusula décima da carta de intenções, declarando que eles agiriam, entre si, com base na boa-fé e nos costumes próprios e de acordo com as práticas comerciais mais sólidas e termos amigáveis." Esta declaração permite o Tribunal usar tais normas como já havia sido feito pela Corte de Arbitragem Internacional da CCI em casos semelhantes (Cf. Laudos 8908 de 1996 e 8873 de 1997; International Court of Arbitration Bulletin, vol. 10/2-Outono-1999, p. 78 ss.)."

[242] Laudo arbitral *Ad hoc* de 10.12.1997 / UNILEX. A despeito do fato de que ambas as partes tenham baseado seus pedidos em provisões específicas do Direito argentino, o Tribunal arbitral decidiu aplicar os Princípios UNIDROIT. Ele sustentou que os Princípios UNIDROIT constituíam os usos do comércio internacional refletindo as soluções de diferentes sistemas jurídicos e da prática contratual internacional e, como tal, de acordo com o Art. 28(4) da Lei-modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, eles deveriam prevalecer sobre qualquer Direito doméstico. No mérito do caso, o tribunal arbitral rejeitou o argumento do comprador de que o contrato foi anulado (*avoid*) com base em erro e manteve que a comunicação do comprador enviada ao vendedor, informando a descoberta de passivo oculto, não poderia ser considerada uma notificação adequada para a anulação (*avoidance*) nos termos do Art. 3.14 dos Princípios UNIDROIT, não apenas porque não haveria indicação da intenção de anular o contrato, mas também porque seu conteúdo deu a entender ao vendedor que o comprador pretendia manter o contrato, ainda que de forma modificada. Além disso, o tribunal arbitral entendeu que a conduta subsequente do comprador (em especial a proposta de extinguir o contrato por acordo; o pagamento de outra parcela do preço; as

450. Estariam os árbitros, nestes casos, decidindo *contra legem*? A resposta é claramente não. Quando os contratantes escolhem o Direito material aplicável e uma jurisdição que adotou a Lei-modelo da UNCITRAL, estão também escolhendo o Artigo 28(4) com sua fórmula flexível. Adicionalmente, o Artigo 2º da alteração de 2006 enfatiza sua origem internacional e a necessidade de se promover a uniformidade de sua aplicação. Pode-se argumentar que um dispositivo como este impõe aos árbitros um dever de favorecer uma interpretação ampla.

451. Além disso, mesmo na arbitragem, as partes frequentemente escolhem o Direito doméstico no lugar de Direito não estatal de modo a minimizar o risco de questionamento no foro da demanda ou do eventual local de execução. Argumentou-se que os árbitros, ao se referirem ou recorrerem à fórmula flexível, podem mitigar as injustas consequências disso.

452. Entretanto, os árbitros devem ser extremamente cuidadosos quando as partes tiverem baseado seus argumentos apenas em um Direito que elas próprias escolheram, de modo a não prejudicar o devido processo. Um bom árbitro deveria assegurar que as partes tenham, quando apropriado, a oportunidade de discutir a potencial relevância e o âmbito de aplicação dos usos internacionais ou dos princípios que seriam aplicáveis ao caso em razão do que possa, expressa ou implicitamente, emergir do contrato.

453. Além disso, deve-se considerar qualquer requisito legal para que os árbitros baseiem suas decisões em Direito, de modo a evitar possíveis alegações de arbitrariedade. A desconsideração, pelos árbitros, da escolha de Direito das partes pode ser encarda como excesso de poderes.

454.A legislação arbitral de vários Estados latino-americanos contém linguagem semelhante àquela da Lei-modelo da UNCITRAL[243]. Adicionalmente ao Regulamento arbitral da UNCITRAL, existem outros regulamentos arbitrais que também preveem uma fórmula flexível. O Regulamento arbitral da CCI de 2012 prevê que "O tribunal arbitral deve levar em consideração as disposições contratuais entre as partes, se existirem, e os usos comerciais relevantes", redação que permanece na nova edição de 2017[244]. Dispositivo similar é encontrado no

tratativas para modificação do contrato) representava a confirmação do contrato, nos termos do Art. 3.12 dos Princípios UNIDROIT (para esta interpretação o tribunal arbitral expressamente se refere, também, ao comentário do Art. 3.12). Quanto à redução do preço, o tribunal arbitral concedeu uma redução de apenas 65% do passivo oculto. Uma razão para esta decisão foi de que este contrato foi redigido pelo comprador, então, seus dispositivos, incluindo aqueles contendo as garantias do vendedor em relação a passivos ocultos, de acordo com o Art. 4.6 dos Princípios UNIDROIT Princípios, deveriam ser interpretados de forma mais favorável ao vendedor.

[243] Um mandato para abordar, em todos os casos, as estipulações contratuais e os usos comerciais relevantes podem ser encontrados na Bolívia (Artigos 54 e 73 da Lei n° 1770); Costa Rica (Artigo 22 do Decreto lei n° 7727 de 1997); Chile (Artigo 28.4 da Lei n° 19.971 de 2004); Guatemala (Artigo 36.3 do Decreto lei n° 67 de 1995); México (Artigo 1445 do Código Comercial); Nicarágua (Artigo 54 da Lei n° 540 de 2005); Panamá (Decreto lei n° 5 de 8 de julho de 1999, parcialmente substituído pela Lei de arbitragem nacional e internacional, Lei n° 131 de 2013 ; Peru (Artigo 57.4 do Decreto n° 1071 de 2008); Paraguai (Artigo 32 da Lei n°1879 de 2002); República Dominicana (Artigo 33.4 da Lei n° 489 de 2008); e Venezuela (Artigo 8 da Lei de arbitragem comercial de 1998). No Brasil, a Lei de arbitragem prevê que as partes podem autorizar os árbitros a levar em consideração os princípios gerais de Direito, usos e costumes e normas do comércio internacional (Lei n° 9307 de 1996, Artigo 2). No Equador, a Lei de Mediação e Arbitragem de 1997 não se refere a "usos comerciais", mas prevê que em arbitragens de Direito, os árbitros devem considerar os princípios jurídicos universais, que podem, quando apropriado, abranger os princípios do Direito comercial internacional.

[244] Regulamento arbitral CCI 2012, Artigo 21; edição de 2017.

Regulamento arbitral da AAA de 2009[245]. Na América Latina, a mesma formula é consagrada nos regulamentos de vários centros arbitrais[246].

15.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria reconhecer a necessidade de interpretação flexível, coerentemente com o disposto no Art. 10 da Convenção da Cidade do México.

15.2 Os julgadores, quando as circunstâncias assim exigirem na solução de um determinado caso, se autorizados, deveriam aplicar as normas, os costumes e os princípios do Direito comercial internacional, assim como os usos e as práticas comerciais geralmente aceitos de modo a atender as exigências de justiça e equidade, coerentemente com o disposto no Art. 10 da Convenção da Cidade do México.

[245] *American Arbitration Association*, Regulamento de arbitragem internacional 2009, Artigo 28.2

[246] Por exemplo, o Regulamento do Centro de Arbitragem do México (2009); da Câmara de Comércio de Santiago (2012); da Câmara de Comércio de Caracas (2012); o Artigo 35 do Regulamento arbitral do Centro de Mediação e Arbitragem do Paraguai (2010) e o Artigo 21.2 do Regulamento arbitral da Câmara de Comércio de Lima (2017).

2.21 Parte Dezesseis – Âmbito de aplicação do Direito aplicável

I. Visão geral

455. O âmbito do Direito aplicável deve ser distinguido do âmbito do instrumento. Este foi discutido anteriormente, na Parte Cinco, em relação às matérias que estariam dentro do âmbito dos instrumentos da Convenção da Cidade do México e dos Princípios da Haia, por inclusão ou por exclusão. Em comparação, nesta Parte Dezesseis, foca-se o âmbito do Direito aplicável, se a decisão quanto ao Direito aplicável tenha sido feita por meio de escolha eficaz do Direito pelos contratantes ou de outra forma, além dos aspectos que serão regidos por tal Direito.

456. Todos estes instrumentos internacionais fazem expressa referência ao âmbito do Direito aplicável: a Convenção da Cidade do México, os Princípios da Haia e Roma I declaram, com pouca variação de redação, que o Direito aplicável ao contrato deve reger sua interpretação e elas delineiam os direito e obrigações dos contratantes (não incluído em Roma I), a execução do contrato e as consequências do inadimplemento e as consequências da nulidade ou invalidade. Os Princípios da Haia adicionam dois tópicos: o ônus da prova e as obrigações pré-contratuais.

457. A lista não é exaustiva, uma vez que o texto declara que o Direito aplicável "regerá *principalmente*" (Convenção da Cidade do México, Artigo 14, primeira sentença) ou "*nomeadamente*" (Roma I, Artigo 12.1) ou "rege *todos os aspectos* do contrato celebrado entre eles, incluindo, mas não limitado" (Princípios da Haia, Artigo 9.1) [destaque acrescido].

458. Como destacado nos Comentários PH (9.4), estes temas estão entre os mais importantes para qualquer contrato. O conceito compartilhado por estes três instrumentos é o de que o Direito escolhido deve reger os principais aspectos do contrato. Como apontado pelos Comentários PH (9.2) "Esta perspectiva garante segurança jurídica e uniformidade de soluções e, ao fazê-lo, reduz o incentivo ao *forum shopping*." O Direito aplicável a qualquer aspecto da relação contratual será aquele escolhido pelos contratantes, independentemente do tribunal judicial ou arbitral que julgue a disputa.

459. Em razão de sua inclusão nestas listas, estes aspectos deveriam ser considerados "contratuais", o que não é o caso, para todos eles, em todos os sistemas jurídicos. A especificação destes aspectos como aqueles que são regidos pelo Direito aplicável ao contrato, reduz a probabilidade de eles serem qualificados de outra forma (como não contratuais) e a uniformidade dos resultados é encorajada.

460. Isto não impede, é claro, que os contratantes escolham diferentes sistemas jurídicos para reger diferentes partes do contrato (*dépeçage*), ou mesmo que escolham o Direito aplicável apenas a uma ou mais matérias mencionadas no Artigo 9.1, por exemplo, a interpretação do contrato (para o debate sobre *dépeçage*, ver Parte Quatorze).

II. Aspectos específicos

A. Interpretação

461. A interpretação do contrato está incluída na lista de todos os três instrumentos (Convenção da Cidade do México, Artigo 14(a); Princípios da Haia, Artigo 9(1) e Roma I, Artigo 12.1(a)). O Direito escolhido ou apropriado, como explicado nos Comentários PH (9.5), "determina qual o

significado a ser atribuído às palavras e termos utilizados no contrato… determinado por meio dos critérios de interpretação do [daquele] Direito."

B. Direitos e obrigações dos contratantes

462. Enquanto na Convenção da Cidade do México o âmbito do Direito aplicável se estende para "os direitos e obrigações das partes" (Artigo 14(b)), nos Princípios da Haia ele se estende até "os direitos e as obrigações decorrentes do contrato" (Artigo 9(1)(b)). Como explicado nos Comentários PH (9.5), o âmbito deveria se estender apenas até os direitos e as obrigações contratuais. É possível que direitos e obrigações não contratuais adicionais também possam surgir entre os contratantes e que não sejam regidos pelo Direito escolhido para o contrato. Este aspecto não está incluído entre aqueles listados em Roma I.

C. Execução e consequências do inadimplemento

463. Nos termos da Convenção da Cidade do México, o âmbito do Direito aplicável se estende para "a execução das obrigações estabelecidas no contrato e as conseqüências do descumprimento contratual, compreendendo a avaliação das perdas e danos com vistas à determinação do pagamento de uma indenização compensatória" (Artigo 14(c)). Roma I inclui em sua lista do Artigo 12.1 "o cumprimento", alínea (b) enquanto que na seguinte (c) estende o âmbito de aplicação, "Nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo", até "as consequências do incumprimento total ou parcial dessas obrigações, incluindo a avaliação do dano, na medida em que esta avaliação seja regulada pela lei". Contudo, o Artigo 12.2 prevê que "Quanto aos modos de cumprimento e às medidas que o credor deve tomar no caso de cumprimento defeituoso, deve atender-se à lei do país onde é cumprida a obrigação."

464. De forma similar, os Princípios da Haia estipulam "o adimplemento e as consequências do inadimplemento, incluindo a avaliação do dano" (Artigo 9(1)(c)).

465. Na Convenção da Cidade do México, a tradução do termo "daño" em espanhol para o inglês seria melhor lido como "*loss*" ou "*damage*" ao invés de "*injury*" naquele contexto.

466. Os Comentários PH (9.6) explicam que isto significa que o Direito escolhido se estende para reger matérias como os padrões de diligência, o local e o tempo da execução ou a extensão em que a obrigação possa ser executada por outra pessoa além do devedor. O Direito escolhido pelos contratantes também rege matérias relacionadas com a não execução, tais como a compensação e a determinação do seu montante, a execução específica, a repetição, a redução por falha em mitigar o prejuízo ou a validade de cláusulas penais.

D. Satisfação das obrigações contratuais

467. Nos termos da Convenção da Cidade do México, o âmbito do Direito aplicável se estende para "os diferentes modos de extinção das obrigações, inclusive a prescrição e a decadência" (Artigo 14(d)). Redação similar de Roma I prevê "As diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade" (Artigo 12.1(d)) e os Princípios da Haia, "as diversas formas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a decadência" (Artigo 9(1)(d). Como já foi destacado várias vezes, a redação tanto da Convenção da Cidade do México como de Roma I é baseada na Convenção de Roma.

468. Na Convenção da Cidade do México, o termo espanhol "*extinción*" foi incorretamente traduzido para o inglês como "*performed*" (que em espanhol seria "*cumplido*"), quando a expressão correta seria "*satisfied*." Os relatórios preparatórios para o Instrumento interamericano contêm a observação de que a Comissão aprovou a alínea (d) "desde que as obrigações, na versão em inglês, deveriam ser "satisfeitas" ao invés de "executadas"[247].

469. Como explicado nos Comentários PH (9.8), "o Direito escolhido determina o início, o cálculo e a extensão da prescrição e da decadência, e os respetivos efeitos, i.e., se constituem um meio de defesa para o devedor ou se extinguem os direitos e pretensão do credor. Independentemente da sua caracterização legal sob a *lex fori*, o Direito escolhido pelos contratantes rege aquelas questões. Isto assegura a harmonia de soluções e a segurança jurídica".

E. Consequências da nulidade ou invalidade

470. Nos termos da Convenção da Cidade do México, o âmbito do Direito aplicável se estende para "as conseqüências da nulidade ou invalidado do contrato" (Artigo 14(e)). Enquanto a redação de Roma I se refere "as consequências da invalidade do contrato" (Artigo 12.1(e)), os Princípios da Haia se referem "a validade e as consequências da invalidade do contrato" (Artigo 9(1)(e)).

471. A validade do contrato é tratada, nos termos da Convenção da Cidade do México, nas disposições contidas nos Artigo 12 e 13 do Capítulo III. Elas foram debatidas anteriormente nas Partes Nove e Onze. Em contraste, nos Princípios da Haia, a matéria está incluída neste dispositivo, que estende a aplicação do Direito escolhido pelos contratantes também para a validade do contrato. Os Comentários PH (9.9) não fazem distinção entres os termos "nulidade", "anulabilidade" ou "invalidade". Nesta linha, mas apenas no que se refere às consequências, o âmbito de aplicação do Direito escolhido em todos os três instrumentos seria o mesmo.

472. Os Comentários PH também apontam que "pode suceder que a cláusula de escolha do Direito seja válida, não obstante o contrato principal, ao qual esta se aplica, não seja válido" e destaca que "neste caso, as consequências da nulidade do contrato continuam a ser regidas pelo Direito escolhido pelos contratantes" (9.10).

F. Registro de contratos

473. A Convenção da Cidade do México prevê que "O direito do Estado onde devam ser registrados ou publicados os contratos internacionais regerá todas as matérias concernentes à sua publicidade" (Artigo 16). Deve-se notar que a tradução do termo espanhol "*la publicidad*" para o inglês seria melhor lido como "*filing*" ou "*notice*" ao invés de "*publicity*", que em inglês tem outro significado muito diferente.

G. Outros aspectos

[247] Relatório do Relator da Comissão I sobre Direito aplicável a ajustes contratuais internacionais; OEA/Ser.K/XXI.5; CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1. Uma completa análise da importância da distinção entre estes dos termos no sistema jurídico anglo-saxão está fora do âmbito deste Guia. Em resumo, "*satisfied*" (satisfeito) é mais amplo que "*performed*" (executado) e pode incluir as obrigações pecuniárias previstas no contrato, enquanto o último termo pode ser limitado e se referir aos outros tipos obrigacionais.

474. Os Princípios da Haia também estendem o âmbito do Direito escolhido expressamente para "o ônus da prova e as presunções legais" (Artigo 9.1 (f)) e para "a responsabilidade pré-contratual" (g). Estas matérias são sensíveis em razão da divergência nos diferentes Direitos e se são consideradas procedimentais ou substantivas. Dada a dificuldade em se defender uma mudança de regime legal, ocasionalmente pode ser mais efetivo se identificarem as divergências entre Direitos procedimentais e substantivos e recomendar estratégias para tratar e mitigar tais divergências. Por exemplo, quando autorizado, os contratantes podem convencionar que certas presunções regem seu contrato e acordar em definir regras procedimentais para regular os direitos decorrentes do contrato, bem como qualquer disputa que dele surja.

475. Os Comentários PH (9.11) explicam que "As presunções legais e as regras respeitantes ao ônus da prova contribuem para esclarecer as obrigações dos contratantes e, portanto, estão intrinsicamente ligadas ao Direito que rege o contrato. Além disso, uma caracterização uniforme dessas questões garante a harmonia de soluções e a segurança jurídica." Elas são, portanto, diferentes de outras matérias procedimentais[248] que, usualmente, são excluídas do âmbito do Direito escolhido. A solução é consistente com o Artigo 12(g) da Convenção da Haia sobre Vendas 1986 e com o Artigo 18.1 de Roma I.

476. Com respeito às negociações prévias, os Comentários PH (9.12) declaram que "uma vez celebrado o contrato entre os contratantes, as obrigações que surgiram das negociações, antes da conclusão do contrato, estão sujeitas, também, ao Direito aplicável ao contrato. Contudo, mesmo antes da celebração do contrato, os contratantes podem escolher o Direito aplicável às negociações contratuais e, por conseguinte, à responsabilidade pré-contratual com base, por exemplo, em uma quebra inesperada de tais negociações." Destacou-se que este é um caso eminentemente teórico.

16.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, em relação ao âmbito do Direito aplicável, deveria tratar da interpretação do contrato; dos direitos e obrigações que surjam do contrato; da execução e inexecução, incluindo a avaliação de danos, prescrição e seus efeitos, consequências da invalidade, ônus probatório e obrigações pré-contratuais, coerentemente com o disposto no Art. 14 da Convenção da Cidade do México e no Art. 9º dos Princípios da Haia. Para maior segurança, seria preferível que o fizesse por meio de disposições expressas.

16.2 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria dispor tanto que o Direito de um Estado em que um contrato comercial internacional deve ser registrado governará todas as matérias relacionadas com notificação e arquivamento, coerentemente com o disposto no Art. 16 da Convenção da Cidade do México; como que as normas de outros acordos internacionais, que venham a ser especificamente aplicáveis a um contrato comercial internacional, deveriam prevalecer, coerentemente com o disposto no Art. 6º da Convenção da Cidade do México.

[248] Alguns juristas não consideram temas como o ônus da prova estritamente "procedimentais". Por exemplo, na Venezuela, o ônus da prova está submetido a *lex causae* (Artigo 38 da Lei de Direito internacional privado).

2.22 Parte Dezessete – Ordem pública

I. O conceito de Ordem Pública (*Ordre Public*)

477. O conceito de ordem pública, também referida como "*ordre public*", é um dos mais controvertidos no Direito comparado. A confusão surge, em parte, das discrepâncias terminológicas entre os sistemas jurídicos de *civil* e *common law*, cada um do quais com suas próprias nomenclaturas. O desacordo também se dá na definição do princípio e dos critérios de sua aplicação em casos específicos.

478. A ordem pública serve como mecanismo para evitar a possibilidade de contratos entrarem em conflito com os valores básicos de uma comunidade. A ordem pública busca salvaguardar os interesses fundamentais do Estado, tais como aqueles relacionados com as instituições políticas ou as regulações monetárias. Ela também busca proteger o bem estar dos habitantes e o funcionamento adequado da economia, por exemplo, por meio de legislação que assegure a liberdade de competição. Também pode proteger os contratantes que, ocasionalmente, se encontrem em uma posição enfraquecida nas relações contratuais, tais como trabalhadores e consumidores. Os valores fundamentais que a ordem pública busca proteger podem não derivar apenas do Direito doméstico, mas também de Direito internacional aplicável no foro, tais como disposições de direitos humanos de tratados globais ou regionais. Ao mesmo tempo, se levada ao extremo, a ordem pública pode potencialmente enfraquecer a autonomia da vontade e a escolha do Direito, com o risco associado de incerteza e instabilidade em relação às transações internacionais. Assim, equilíbrio é necessário.

479. No Direito internacional privado, a ordem pública tem duas facetas. Uma compreende as normas de aplicação imediata do foro que devem ser aplicadas independentemente do Direito indicado pelas normas conflituais. A outra evita a aplicação do Direito indicado pelas normas conflituais se o resultado for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro. Na sua primeira faceta, a ordem pública manifesta-se por meio de normas imperativas aplicadas diretamente ao caso internacional, sem qualquer consideração das normas conflituais que eventualmente indicariam outra solução. Muitos Estados têm este tipo de previsão que, funcionando como uma espada, são aplicadas diretamente aos temas transfronteiriços, sem análise da intenção dos contratantes ou de qualquer norma conflitual. Em sua segunda faceta, a ordem pública serve como barreira ou escudo que impede a aplicação do Direito que seria, de outra forma, aplicável nos termos das normas conflituais.

480. Ambas as facetas da ordem pública são aplicáveis, tenha havido ou não uma escolha eficaz do Direito pelos contratantes. Apesar de as normas conflituais eventualmente autorizarem a autonomia da vontade, a escolha do Direito pelos contratantes não pode contrariar a ordem pública do foro. Da mesma forma, na ausência de escolha, se as normas conflituais indicarem, ao julgador, um Direito que contrarie a ordem pública, esta prevalecerá. A utilização de ambas as facetas da ordem pública e sua previsão pelos instrumentos de Direito internacional privado serão discutidas nos parágrafos a seguir.

II. Normas de aplicação imediata (*Lois de Police*)

A. Interpretação

481. As normas imperativas domésticas ou internacionais são aplicadas diretamente a casos internacionais, independentemente do Direito que seria aplicável em razão de sua escolha pelos contratantes ou das normas conflituais. Estas são normas que limitam a autonomia da vontade. Em outros termos, os contratantes não podem contorná-las por meio de ajustes contratuais.

482. As normas imperativas não adotam, necessariamente, uma forma específica e podem ser encontradas em diversos instrumentos. Essas normas podem ser estabelecidas em políticas econômicas ou de Direito público, ou em instrumentos destinados a proteger os contratantes mais fracos nas relações contratuais.

483. Pode ser útil, para facilitar o comércio internacional e aprimorar a certeza nos contratos comerciais internacionais, que normas imperativas sejam codificadas ou previstas em lei. Isto ajudaria a evitar surpreender os contratantes internacionais com normas imperativas que não fossem escritas ou bem conhecidas. As normas imperativas são aplicadas diretamente, enquanto a utilização de exceções de ordem pública, para negar a aplicação do Direito escolhido pelos contratantes ou determinado pelas normas conflituais, geralmente é defensiva. A ordem pública usualmente tem uma função corretiva.

484. Vários instrumentos modernos de Direito internacional privado, incluídas todas as Convenções da HCCH das últimas décadas (sobre escolha de Direito), contêm esta distinção entre a ordem pública e as normas imperativas (por exemplo, os Artigos 16-17 da Convenção da Haia sobre mediação de 1978; os Artigos 16-17 da Convenção da Haia sobre Vendas de 1986 e o Artigo 11 da Convenção sobre Lei Aplicável a certos direitos sobre os títulos possuídos por meio de um intermediário[249]).

485. Também existe uma diferença de terminologia em relação às normas imperativas. Por exemplo, o Direito francês se refere a elas como *lois de police* ou *règles de droit impératives*. O conceito de "normas de aplicação imediata" é próximo daquele de normas imperativas, no sentido de que se referem a normas materiais ou substantivas destinadas, principalmente, a serem aplicadas diretamente a negócios internacionais. A distinção entre elas seria que "normas de aplicação imediata" não se originam como normas locais que exigem aplicação extraterritorial a certos casos, mas são normas concebidas para regência direta de casos internacionais. Existem, também, no Direito comparado, outros termos relacionados às normas imperativas, tais como "cláusulas legislativas de autolimitação" (*norme autolimitate*), "normas internas limitadas territorialmente", "normas localizadas" e "*norme di applicazione necesaria*", todas elas dizem respeito ao aspecto positivo da ordem pública, equivalente às normas imperativas.

486. Na tradição da *common law*, o termo "*mandatory rule*" foi introduzido de forma relativamente recente na Inglaterra com a promulgação da lei de termos contratuais injustos de 1977 e da lei de venda de mercadorias de 1979, após séculos de referência à ilegalidade ou à ordem pública. O termo "*mandatory rules*" inclui tanto as normas imperativas domésticas como aquelas de segurança pública que são absolutamente vinculantes internacionalmente.

487. A Convenção de Roma utiliza a expressão "disposições imperativas" (Artigo 7º), enquanto Roma I se refere a "disposições não derrogáveis por acordo" (Artigo 8.1). Contudo, este último dispositivo de Roma I se refere a contratos individuais de trabalho, enquanto a expressão da Convenção de Roma se refere a *lois de police*. A cláusula preambular 37 de Roma I distingue "normas de aplicação imediata" de "disposições não derrogáveis por acordo" e sugere que a primeira deve ser interpretada de forma mais restritiva.

---

[249] Convenção sobre Lei Aplicável a certos direitos sobre os títulos possuídos por meio de um intermediário. Adotada em 5 de julho de 2006, entrando em vigor em 1º de abril de 2017. Texto disponível em: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=72. **Nota do tradutor:** texto em português disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=72.

B. Normas imperativas na Convenção da Cidade do México, nos Princípios da Haia e em Roma I

488. A Convenção da Cidade do México se refere expressamente a este tema no Artigo 11, parágrafo 1º, indicando que "aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito do foro quanto revestirem caráter imperativo".

489. Os Princípios da Haia incluem a terminologia similar de normas de aplicação imediata. O Artigo 11.1 prevê: "Os presentes Princípios não impedem a aplicação, por um tribunal judicial, de normas de aplicação imediata do Direito do foro que se apliquem independentemente do Direito escolhido pelos contratantes."

490. Este tema foi objeto de intenso debate nas reuniões do Grupo de Trabalho da HCCH, seus membros expressaram preocupação em relação a definição detalhada de normas imperativas (ou termos equivalentes) adotada pelos instrumentos internacionais pré-existentes. Consequentemente, a proposta de incluir uma definição foi rejeitada.

491. Como explicado pelos Comentários PH (11.17), uma norma imperativa não necessita de forma específica, não precisa estar prevista em um instrumento ou norma constitucional e não precisa se declarar como imperativa ou de aplicação imediata. Contudo, os Comentários PH (11.16) descrevem dois requisitos característicos que servem para "enfatizar a importância deste preceito no âmbito do sistema jurídico relevante e para restringir a categoria". O primeiro é sua natureza imperativa no sentido de que não são suscetíveis de derrogação. O segundo é que elas são de aplicação imediata no sentido de que um tribunal deve aplicá-las.

492. Os Comentários PH (11.18) deixam claro que o impacto de normas de aplicação imediata é limitado. A aplicação do Direito, que de outra forma incidiria, é restringida apenas na medida de sua incompatibilidade. A norma não invalida o restante do Direito aplicável, que "deve ser aplicado, tanto quanto possível, de forma coerente com a norma de aplicação imediata."

C. Aplicação de normas imperativas de um Estado estrangeiro

493. Alguns corpos normativos modernos autorizam o julgador a levar em consideração as normas imperativas de outros sistemas jurídicos não indicados pelas normas conflituais. Esta autoridade é conferida pela Convenção da Haia sobre mediação de 1978 (Artigo 16), que inspirou a Convenção de Roma e Roma I, cujo Artigo 9.2 prevê: "Pode ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal. Para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação."

494. Este dispositivo pode ter suas raízes na jurisprudência. Em uma decisão holandesa de 1966, declarou-se que "ainda que o Direito aplicável aos contratos de caráter internacional possa, por uma questão de princípio, ser apenas aquele que os próprios contratantes escolheram, ´pode ser que, para um Estado estrangeiro, a observância de certas normas suas, mesmo fora de seu próprio território, seja de tal importância que os tribunais devam levá-las em conta, e assim aplicá-las em preferência àquelas de outro Estado que possam ter sido

escolhidas pelos contratantes para reger o seu contrato"[250]. Mesmo assim, os precedentes europeus sobre isso são limitados. Mais recentemente, em 2016, o Tribunal de Justiça Europeu ("TJE") entendeu que o Artigo 9(3) de Roma I não impede que um tribunal de Estado membro leve em consideração as normas de aplicação imediata do Direito de outro Estado membro (que não do local de execução) como matéria de fato (isto é, indiretamente)[251]. No campo da arbitragem, em um caso bem conhecido, foi decidido que a ordem pública de um terceiro Estado e a localização da sede ou do estabelecimento de uma pessoa jurídica devem ser considerados para a determinação da incapacidade ou da legitimação para contratar. Isto porque a falta de capacidade é fundamento para se negar a execução de um laudo[252].

495. A Convenção da Cidade do México também deixa para discrição do foro "quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos [conexões] estreito" (Artigo 11).

496. De mesma forma, os Princípios da Haia (Artigo 11.2) preveem que: "O Direito do foro determina quando o tribunal pode ou deve aplicar, ou levar em consideração, normas de aplicação imediata de outro Direito." Esta abordagem flexível e aberta deixa para o foro determinar se é possível aplicar as normas de aplicação imediata de um terceiro Estado. A prática atual e a opinião dos Estados a respeito da utilidade de dispositivos deste tipo variam muito. Como declarados pelos Comentários PH (11.19), os Princípios da Haia visam acomodar esta diversidade ao deixarem a matéria para o Direito internacional privado do foro.

III. Incompatibilidade manifesta

A. Interpretação

497. Enquanto as normas de ordem pública são aplicadas diretamente, dentro de um Estado, aos negócios domésticos, a doutrina da "ordem pública" no Direito internacional privado impede a aplicação de Direito estrangeiro em um negócio internacional, se o resultado for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro.

498. Desta forma, a ordem pública no contexto das relações contratuais internacionais é um mecanismo de defesa tal que o julgador não seja obrigado a aplicar o Direito estrangeiro que, de outra forma, seria aplicável de acordo com as normas conflituais. Da mesma forma, o julgador não é obrigado a fazer cumprir uma decisão estrangeira quando ela ofender a ordem pública. Assim, o mecanismo da ordem pública tem uma função corretiva. Contudo, nem todas as disposições imperativas do Direito do foro, que os contratantes devem respeitar em um contexto puramente doméstico, são necessariamente aplicáveis em um contexto internacional.

499. Esta é a razão pela qual alguns sistemas jurídicos a chamam, no Direito internacional privado, de ordem pública internacional[253].

---

[250] Alnati. Suprema Corte da Holanda. 13 de maio de 1966, (1967) 56 Rev. cri. dr. internat. priv. 522 (Annot. A.V.M. Struycken).

[251] República Helênica v Nikiforidis, TJE, 19 de outubro de 2016, Caso C-135/15.

[252] Videocon Power Limited, Rep. v. Tamil Nadu Electricity Board. Alta Corte de Madras, dezembro de 2004. 2005 (3) ARBLR 399 Madras, 2004 (5) CTC 668.

[253] Por exemplo, o Peru (Artigo 2049 do Código Civil e Artigos 63(1)(f) e 75(3)(b) da Lei de arbitragem); o Panamá, Artigo 7° da Lei n°61 de 2015; a República Dominicana, Artigo 7° da Lei n°544 de 2014; a França (Artigos 1514 e 1520 (5) do Código de Processo Civil (alterado pelo Artigo 2º do Decreto 2011-48 de 2011); Portugal (Artigo 1096 (f) do Código de Processo Civil de 1986); assim como as legislações arbitrais do Paraguai (Artigos 40(b) e 46(b)), da

500. Por sua vez, todas as Convenções da HCCH depois da Segunda Guerra Mundial incluíram a ordem pública como um óbice à aplicação do Direito indicado pelas normas conflituais da respectiva Convenção. Enquanto a Convenção da Haia sobre Vendas de 1955 refere-se apenas a "ordem pública" (Artigo 6º), as Convenções da Haia posteriores incorporaram o termo "manifesta" (em relação à infração à ordem pública), desta forma adotando implicitamente a terminologia de "ordem pública internacional". O termo "manifesta" também foi incorporado nas Convenções interamericanas, incluindo aquelas sobre a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros (Artigo2.h), sobre as cartas rogatórias (Artigo 17), sobre as Normas Gerais de Direito Internacional Privado (Artigo 5º) e a Convenção da Cidade do México (Artigo 18). No MERCOSUL, o termo foi incorporado no Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa (Artigo 20(f)) e no Protocolo de medidas cautelares (Artigo 17)[254].

501. É preferível utilizar a terminologia consagrada de "manifesta" incompatibilidade em vez de outras que sejam ampla e insuficientemente descritivas, tais como "ordem pública internacional" ou "verdadeira ordem pública internacional" como proposto por alguns trabalhos acadêmicos. Esta abordagem também seria consistente com a Convenção da Haia e com os instrumentos interamericanos.

502. A ordem pública internacional também pode refletir a obrigação corporativa de respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, como aqueles previstos, por exemplo, nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas[255]. As normas domésticas podem também refletir princípios de direitos humanos, contudo os tribunais judiciais e arbitrais deveriam levar em consideração as normas de direitos humanos reconhecidas internacionalmente que possam informar a ordem pública ou as normas imperativas.

B. Incompatibilidade manifesta na Convenção da Cidade do México e nos Princípios da Haia

503. A Convenção da Cidade do México prevê que "O direito designado por esta Convenção só poderá ser excluído quando for manifestamente contrário à ordem pública do foro" (Artigo 18). Este dispositivo foi baseado na Convenção de Roma, de acordo com a qual o Estado membro da UE pode recusar a aplicação de Direito estrangeiro "manifestamente incompatível" com a ordem pública do foro. Roma I mantém esta redação da Convenção de Roma em seu Artigo 21.

Argélia e do Líbano. As legislações romena e tunisiana se referem a "ordem pública tal como entendida no Direito internacional privado", enquanto no Canadá, o CCQ, prevê a "ordem pública tal como entendida nas relações internacionais" (Artigo 3081).

[254] Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL, 27 de maio de 1992, Las Leñas, disponível em: https://iberred.org/sites/default/files/mercosurprotocololasleas3_0.pdf e Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL, 1º de dezembro de 1994, Ouro Preto, disponível em: https://iberred.org/sites/default/files/mercosurprotolomedcaut_0.pdf. **Nota do tradutor**: textos em português disponíveis, respectivamente, em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2067-12-novembro-1996-444964-publicacaooriginal-1-pe.html e https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1998/decreto-2626-15-junho-1998-400727-publicacaooriginal-1-pe.html.

[255] CDH. Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: implementando os parâmetros das Nações Unidas de ´Proteger, respeitar e remediar'. A/HRC/17/31, endossado pela CDH, Resolução 17/4 de 16 de junho de 2011. **Nota do tradutor:** texto disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf e em tradução não oficial para o português em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principiosorientadoresruggie_mar20121.pdf.

504. Da mesma forma, os Princípios da Haia preveem que "Um tribunal pode afastar a aplicação de disposição do Direito escolhido pelos contratantes apenas se, e na medida em que, o resultado de tal aplicação seja manifestamente incompatível com noções fundamentais de política pública do foro (ordem pública)." (Artigo 11.3).

505. Os Comentários PH (11.23) descrevem três requisitos para aplicação deste dispositivo. Em primeiro lugar, a política do foro deve ser "suficientemente importante, para justificar a sua aplicação *ao caso em questão*" (destaque acrescido). Em segundo lugar, "o Direito escolhido deve ser, obviamente, incoerente com essa política". Em terceiro lugar, "a manifesta incompatibilidade deve resultar da aplicação do Direito escolhido ao conflito submetido ao tribunal." Os Comentários PH explicam adiante (11.25) que "qualquer dúvida sobre se a aplicação do Direito escolhido seria incompatível com as políticas fundamentais da ordem pública do foro deve ser resolvida a favor da aplicação do primeiro."

506. Como destacado nos Comentários PH (11.26 e frase destacada acima), "é o resultado da aplicação do Direito escolhido ao caso concreto que deve ser avaliado, e não sua aplicação em abstrato, para se determinar o respeito à ordem pública." A avaliação se houve a manifesta infração deve ser realizada em cada situação específica. Contudo, os Comentários PH (11.26) também esclarecem que o tribunal não deve se restringir ao desenlace da disputa entre os contratantes, "mas pode atender a considerações de interesse público mais amplas". A este respeito, eles fornecem o seguinte exemplo: "um tribunal pode recusar, por motivos de ordem pública, a execução de um contrato, válido nos termos do Direito escolhido pelos contratantes, com base na conclusão de que a escolha foi efetuada para escapar às sanções impostas por uma Resolução do Conselho de Segurança da ONU, mesmo que a não execução beneficiasse financeiramente uma pessoa visada por tais sanções e mesmo que o outro contratante não participasse do conluio."

IV. Ordem pública em nível Regional

507. A ordem pública em nível regional reflete os valores fundamentais compartilhados pelos Estados em uma área de integração. Se a autoridade legislativa não é mantida, exclusivamente, pelos Estados-nação, mas, ao contrário, é distribuída em diversos níveis – tanto nacionais como regionais – a questão que surge é se as normas conflituais deveriam se referir, sempre, ao Direito privado de um Estado e se as noções fundamentais de ordem pública deveriam ser extraídas, apenas, dos Direitos dos Estados-nação.

508. Na UE, os juízes são obrigados a levar em consideração a Convenção Europeia de Direitos Humanos[256] que serve como uma das bases da ordem pública dentro da UE. O TJUE assim afirmou no muito citado caso Krombach de 2000[257].

509. Adicionalmente, a UE é uma organização supranacional cujo Direito é diretamente vinculante para seus Estados-membros. Em cada um destes Estados, o Direito europeu se aplica diretamente dentro do sistema jurídico doméstico. Em caso de conflito, o Direito europeu prevalece sobre o Direito doméstico. Os princípios básicos do Direito europeu, tais como a liberdade de circulação de pessoas e mercadorias, ou a liberdade de competição, tornaram-se parte da ordem pública dos Estados membros da UE. Desta forma, em um julgamento paradigmático, o TJUE afirmou que a "defesa da concorrência" consagrada no Tratado de Roma

[256] Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. (Conselho Europeu) 213 UNTS 222, ETS No 5, UN Reg No I-2889. **Nota do tradutor**: texto em português disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.
[257] Krombach v. Bamberski, nota 210.

é uma provisão fundamental para o funcionamento do mercado livre na UE. O TJUE declarou que "Quando normas procedimentais domésticas exigirem que um tribunal nacional conceda a anulação de um laudo arbitral fundamentada na falha em se observar normas nacionais de ordem pública, ele também deve conceder a anulação quando o fundamento for a falha no atendimento da proibição prevista no [Artigo 85] do Tratado."[258]

510. Em outro caso, o TJUE entendeu que provisões específicas do Direito europeu também podem ser imperativas. Consequentemente, as provisões de proteção mínima, estabelecidas em uma Diretiva do Conselho, devem ser consideradas ordem pública europeia e, assim, prevalecem sobre um resultado contrário derivado das normas conflituais. A UE continua a ampliar o âmbito de suas normas imperativa com vista a harmonizar o sistema jurídico e, especialmente, o mercado interno[259].

511. Roma I aborda o tema expressamente em seu Artigo 3.4 que dispõe: "Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num ou em vários Estados-Membros, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado-Membro não prejudica a aplicação, se for caso disso, das disposições de direito comunitário não derrogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro."

512. Não existe disposição análoga que aborde a ordem pública na Convenção da Cidade do México, nos Princípios da Haia, ou em qualquer texto regulatório nas Américas. Isso talvez porque não existe Direito supranacional similar aquele da UE. O Direito intergovernamental emanado de órgãos do MERCOSUL deve ser incorporado aos sistemas jurídicos domésticos de seus membros, tal qual qualquer outro tratado. Isto levanta a questão se o tema é essencialmente uma matéria de ordem pública "nacional". Em 1998, a Suprema Corte austríaca entendeu em dois casos que o Direito europeu diretamente aplicável aos Estados-membros é, em razão de sua supremacia, automaticamente parte da ordem pública nacional austríaca (ainda que se possa considerar esta uma visão minoritária)[260].

513. Isto é consistente com a visão expressa pela maioria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL. Ele entendeu que normas imperativas correspondem a dois tipos de interesses sujeitos à proteção: primeiro, a chamada ordem pública de direção – isto é, a autoridade do Estado de intervir em matérias que afetem a soberania ou a atividade econômica, tais como regulação monetária ou defesa da concorrência, por exemplo; segundo, existe a chamada ordem pública de proteção, que cada Estado normalmente estabelece e regula de modo a salvaguardar os direitos de partes mais fracas, em relações contratuais, tais como os consumidores. Esta proteção é estabelecida considerando que existem cenários nos quais a relação contratual não resulta do exercício livre da vontade, mas de outros fatores. Assim, o âmbito da ordem pública de direção ou de proteção, como limites excepcionais à autonomia da vontade, depende de cada Estado. O tribunal, por fim, considerou que, quando apropriado, casos específicos de abuso ou violação de normas imperativas ou princípios seriam julgados pelo juiz nacional interveniente[261].

[258] Eco Swiss China Time Limited v. Benetton International NV. CJEU, 1º de junho de 1999 (julgamento, referência para uma decisão preliminar) Caso C-126/97, [1999] ECR I-3055, [1999] 2 All ER (Comm) 44, [2000] 5 CMLR 816, (1999) XXIV YB Com Arb 629, EuZW 1999, 565.

[259] Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc., TJEU, 2000, Caso C-381/98, 2000 ECR I-9305.

[260] International Law Association, Relatório provisório sobre Ordem Pública como óbice à execução de Laudos arbitrais internacionais (2000), casos citados na p. 20.

[261] Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, Opinião Consultiva n°1 de 2007.

V. Normas imperativas e Ordem Pública nos Direitos domésticos

514. Na Argentina, o novo Código Civil e Comercial reflete a distinção entre a ordem pública como barreira e como norma internacionalmente imperativa. O Artigo 2651 prevê que: "Os princípios de ordem pública e as normas imperativas do Direito argentino aplicam-se à relação jurídica, independentemente do Direito que rege o contrato; o contrato é também regido, em princípio, pelas normas internacionalmente imperativa daqueles Estados que tenham vínculos econômicos significativos com o caso". O primeiro limite é estabelecido pelos princípios de ordem pública que informam o sistema jurídico argentino, aos quais os contratantes estão vinculados quando o caso contratual é decidido em um tribunal nacional. O segundo limite consiste na *lois de police* ou nas normas internacionalmente imperativas do Direito argentino, pois elas excluem qualquer outra norma de interpretação restritiva (uma vez que elas não se aplicam em caso de dúvida). Desta forma, "as normas internacionalmente imperativas do Direito argentino" são aplicadas a relações jurídicas, independentemente do Direito que rege o contrato. Adicionalmente, as normas internacionalmente imperativas do Direito escolhido também agem como limite à autonomia da vontade.

515. No Brasil, a legislação prevê que leis, atos e decisões estrangeiras, assim como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, se ofenderem a soberania, a ordem pública e os bons costumes (LINDB, Artigo 17).

516. No Canadá, a supremacia das normas de aplicação imediata do foro (*lex fori*) é, geralmente, aceita. Na província de *civil law* do Quebec, o Artigo 3081 do CCQ declara que "As disposições do Direito de um Estado estrangeiro não incidem se sua aplicação for manifestamente inconsistente com a ordem pública como entendida nas relações internacionais." Nas províncias de *common law*, a ordem pública pode ser invocada para limitar o efeito do Direito escolhido pelos contratantes ou que seja aplicável em razão da incidência das normas conflituais. Os tribunais canadenses construíram a exceção de ordem pública de forma estreita, sendo raramente invocada com sucesso[262].

517. O Chile não tem disposição expressa para a matéria, ainda que a inclinação natural dos tribunais seja a de aplicar as normas chilenas, mesmo quando muitas delas não sejam imperativas, *stricto sensu*. No Chile, em razão da interpretação territorial, a contrariedade não precisa ser "manifesta" para se afastar o Direito estrangeiro, dado o peso que os tribunais dão ao Artigo 16 do Código Civil, que favorece esta abordagem. Em princípio, qualquer contrariedade (mesmo se aparente) conduz os julgadores chilenos a dar prioridade ao Direito doméstico. Contudo, decisões judiciais recentes indicam alguma evolução neste tema.

518. Na Costa Rica, o novo Código de Processo Civil, Lei n° 9342, prevê, no Artigo 3.1, que as normas procedimentais são de ordem pública e de aplicação imperativa e, no Artigo 3.5, que tais normas são indisponíveis[263].

519. Na Colômbia, existem importantes precedentes judiciais que fornecem diretrizes para a determinação da ordem pública e que deixam clara a diferença entre sua aplicação em contextos domésticos e internacionais[264].

---

[262] Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard, [1981] B.C.J. No. 4, 122 D.L.R. (3d) 323 (C.A.); Canadian Acceptance Corporation Ltd. v. Matte and Matte, [1957] S.J. No. 41 (Sask. C.A.).

[263] Código de Processo Civil, Lei n° 9342. Artigo 3.1: "*Orden público y aplicación en el tiempo. Las normas procesales son de orden público y de aplicación inmediata*." Article 3.5 ibidem: "*las normas procesales son indisponibles e irrenunciables*."

[264] Veja, por exemplo, (i) García Fernandes Internacional Importação e Exportação AS v. Prodeco - Productos de Colombia, Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Câmara Civil, 6 de agosto de 2004, Decisão n° 77 (pedido de execução de decisão portuguesa); (ii) Corte Constitucional da Colômbia, 26 de maio de 2005, Decisão n° T-557; (iii)

520. Na Guatemala, adicionalmente à rejeição da aplicação do Direito incompatível com a ordem pública do foro, o Artigo 31 da Lei judiciária contém previsão incidente quando o acordo for contrário à legislação proibitiva expressa. O Artigo 4º desta lei, embora não seja uma norma de Direito internacional privado, contém disposição geral aplicável a todos os contratos. Este artigo estabelece que "Atos contrários à normas imperativas e legislação proibitiva expressa são plenamente nulos e ineficazes, salvo se eles indicarem um efeito diferente em caso de descumprimento."

521. No Paraguai, o Artigo 17 da Lei sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais adapta o Artigo 11 dos Princípios da Haia. A redação deste dispositivo é: "As normas de aplicação imediata e de ordem pública 1. A escolha do Direito pelos contratantes não impede o juiz de aplicar as normas de aplicação imediata do Direito paraguaio que, de acordo com este Direito, devam prevalecer mesmo quando um Direito estrangeiro tenha sido escolhido pelos contratantes. 2. O juiz pode considerar normas de aplicação imediata de outros Estados estreitamente conectados com o caso, levando em consideração as consequências de sua aplicação ou não. 3. O juiz pode excluir a aplicação de uma disposição do Direito escolhido pelos contratantes apenas se, e na medida em que, o resultado de tal aplicação seja manifestamente incompatível com noções fundamentais de ordem pública."

522. No Panamá, referência deve ser feita à Lei n° 61 de 2015, Artigo 7º.

523. Na República Dominicana, referência deve ser feita à Lei n° 544 de 2014, Artigo 7º.

524. No Peru, o Código Civil prevê que o Direito aplicável aos contratos internacionais determinará as normas imperativas e os limites da autonomia da vontade. O Artigo 2049 do Código Civil peruano estabelece que as disposições do Direito estrangeiro pertinente, de acordo com as normas de Direito internacional privado, serão excluídas se a sua aplicação for incompatível com a ordem pública ou com a ética e moral.

525. No Uruguai o Artigo 2404 da Lei n° 16.603 de 1994 é consistente com a declaração do Uruguai de 1979 sobre o Artigo 5° da Convenção sobre Normas Gerais que afirma: "…os preceitos do Direito estrangeiro são inaplicáveis sempre que concretamente e de maneira séria e aberta ofenderem os *standards* e princípios essenciais para a ordem pública internacional em que, cada Estado específico, baseia sua individualidade jurídica."[265]

526. Na Venezuela, a legislação promulgada é omissa quanto ao tema, apesar de o Projeto de lei de Direito internacional privado (1963-1965) ter exigido a consideração às normas imperativas de terceiros Estados ao ordenar que o juiz, em matéria contratual, aplicasse "...em todos os casos, as disposições do Direito do local de execução reguladas por razões econômicas e sociais de interesse geral" (Artigo 32). Tal omissão levanta, necessariamente, a questão de saber se as normas imperativas de terceiros Estados podem vir a ser consideradas quando a matéria fugir ao âmbito de aplicação da Convenção da Cidade do México. Neste ponto, o juiz pode recorrer, pela aplicação do Artigo 1º da Lei de Direito internacional privado, ao princípio de Direito internacional privado geralmente aceito, contido na Convenção, uma vez que é inegavelmente importante aplicar tais normas de modo a decidir um caso específico (ver Artigo 10 da Lei venezuelana). Assim como no Peru, o Direito venezuelano contempla a ordem pública

---

Industria y Distribuidora Indistri SA v. SAP Andina y Del Caribe CA, Tribunal Superior do Distrito de Bogotá, D.C., Câmara Civil, 10 de março de 2010, Decisão n°20100015000. Os casos mais recentes são: Corte Suprema de Justiça da Colômbia, 24 de junho de 2016, Decisão n° SC8453-2016, e 8 de fevereiro de 2017, Decisão n° SC5207-2017.

[265] Declaração do Uruguai feita no momento de assinatura. Texto disponível em: http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-45.html.

sem considerar a possibilidade de proteger, dentro desta instituição, os princípios essenciais do sistema jurídico de terceiros Estados.

527. Nos Estados Unidos da América, existem certos pontos de interseção com a abordagem adotada nos Princípios da Haia e na Convenção da Cidade do México. Nos termos do Primeiro *Restatement*, havia uma tradicional exceção de ordem pública baseada no conceito de que se o Direito estrangeiro fosse ofensivo à moralidade básica do foro, sua aplicação seria considerada injusta. Esta ainda é a abordagem adotada por algumas das jurisdições estaduais dentro dos Estados Unidos. Nos termos do Segundo *Restatement*, uma versão desta abordagem sobrevive, mas com exceções derrogatórias tal como delineado nas seções 6, 187 e 188.[266]

VI. Ordem Pública e Arbitragem

528. A controvérsia sobre as normas imperativas e o Direito aplicável é um dos temas mais difíceis na arbitragem. Por conta do caráter erradio da arbitragem e porque os árbitros não são juízes ou oficiais do Estado, não se pode falar de Direito nacional do foro (ou *lex fori*). A *lex fori* contém as disposições de Direito internacional privado relativas à qualificação, aos elementos de conexão e à ordem pública.

529. Na ausência da *lex fori*, existem duas consequências fundamentais. De um lado, não há Direito nacional competente ou Direito que o árbitro deveria aplicar por princípio – salvo se os contratantes tiverem escolhido o Direito da sede da arbitragem, mas isso resulta da aplicação de um direito relativo à arbitragem internacional, e não de uma determinada *lex fori*. De outro lado, não existe Direito estrangeiro na arbitragem internacional. Todos os Direitos domésticos têm o mesmo valor e nenhum recebe *status* privilegiado. Consequentemente, o árbitro não precisa se certificar que conceitos puramente nacionais sejam respeitados. A questão chave não é se um árbitro deveria levar em consideração as normas imperativas, mas como o árbitro determina o que se constitui como uma norma imperativa para os fins da disputa específica. Como exemplificação, a legislação arbitral peruana expressamente reconhece a "ordem pública internacional" como fundamento para anulação do laudo arbitral (Artigo 63(1)(f)) bem como causa de não reconhecimento de um laudo estrangeiro (Artigo 75(3)(b)), o que fornece critérios interessantes para interpretar a fonte da ordem pública na Convenção de Nova Iorque quando ela é aplicada no Peru.

530. Quando os árbitros consideram que eles não estão vinculados por regras específicas do foro, ou de Direitos nacionais, eles optam, ocasionalmente, por aplicar o Direito não-estatal (ou princípios internacionalmente reconhecidos ou *lex mercatoria*), que em uma de suas facetas, consiste em uma ordem pública independente dos Direitos nacionais. Esta ordem pública permite que árbitros penalizem o suborno, o tráfico de armas, de drogas ou de seres humanos, independentemente de disposições dos Direitos locais. O caso CCI n° 1110/1963, em que o árbitro único, Juiz Lagergren, se recusou a conhecer o caso porque o objeto do contrato envolvia suborno de servidores públicos, é paradigmático a este respeito.

531. A ordem pública como fundamento para a recusa em se reconhecer ou executar sentenças e laudos estrangeiros é prevista no Artigo V(2) da Convenção de Nova Iorque e no Artigo 36 da Lei-modelo da UNCITRAL. Neste ponto, a interpretação tende a ser bastante restritiva, assim como a ordem pública internacional. Em muitos Estados, a política judiciária é dar, na medida do possível, amplo efeito ao laudo arbitral ao invés de incentivar a lide perante os tribunais. Em uma recente decisão peruana, a respeito do reconhecimento de um laudo arbitral estrangeiro, o

[266] Ver nota 156.

tribunal definiu a ordem pública internacional de forma restritiva como "um conjunto de princípios e instituições que são consideradas fundamentais na organização social de um Estado e que inspiram seu sistema jurídico."[267]

532. Existem relativamente poucos casos em que esta previsão de ordem pública da Convenção de Nova Iorque tenha sido utilizada para negar a execução de um laudo. Em muitos desses casos, isto resultou de legislações arbitrais anacrônicas, tais como a antiquada legislação inglesa de 1950, e de sérias violações que, realmente, justificaram a negativa da execução. Em resumo, esta tendência de não se negar efeito ao laudo arbitral com base em um argumento meramente local, sob pretexto da alegada "ordem pública" decorrente de normas nacionais, obviamente contribui para a válida circulação das decisões arbitrais.

533. Dada a dificuldade desta matéria, não surpreende que o tema da ordem pública na arbitragem seja um dos "mais sensíveis" abordados na redação dos Princípios da Haia. O Artigo 11.5 dos Princípios afirmam que "Os presentes Princípios não impedem que um tribunal arbitral aplique ou leve em consideração a ordem pública ou aplique ou leve em consideração as normas de aplicação imediata previstas em Direito diverso daquele escolhido pelos contratantes, caso o tribunal arbitral tenha a obrigação ou esteja autorizado a fazê-lo." Os Princípios, assim, adotam uma posição "neutra", refletindo a situação peculiar dos tribunais arbitrais que, diferentemente dos tribunais nacionais, têm a obrigação de proferir um julgamento capaz de ser executado e que, para este fim, podem ser levados analisar o Direito das jurisdições em que a execução seja buscada.

534. Os Comentários PH (11.31) declaram que o Artigo 11(5) "não confere poderes adicionais aos tribunais arbitrais e não pretende dar a esses tribunais um poder ilimitado e irrestrito para afastar o Direito escolhido pelos contratantes", que é aplicável em princípio. Ao contrário, os tribunais arbitrais podem ser obrigados a levar em conta a ordem pública e as normas imperativas e, quando apropriado, certificarem-se da necessidade de as fazerem prevalecer no caso específico. Algumas disposições, como o Artigo 34(2) do Regulamento arbitral da UNCITRAL ou o Artigo 41 do Regulamento da CCI, são interpretados de modo a obrigar o árbitro a se esforçar para proferir um "laudo exequível". Os Comentários PH (11.32) declaram que "se um dever deste tipo requer que o tribunal tenha levado em consideração as normas de aplicação imediata e a ordem pública da sede da arbitragem, ainda que identificada, ou os locais onde a execução da sentença arbitral provavelmente ocorreria" é uma controvérsia sobre a qual o Artigo 11.5 dos Princípios da Haia não expressam qualquer posicionamento. É enfatizado que o tribunal deve ter cuidado em sua análise do tema.

535. De fato, a "obrigação" dos tribunais arbitrais é assegurar, na máxima extensão possível – embora não com uma imposição geral – a eficácia de seus laudos. Uma questão que também surge é a análise das ordens públicas que possam entrar em jogo. Seria, principalmente, responsabilidade das partes levantá-las? Este é um tema sensível porque pode ser discutível se os árbitros podem introduzir, *ex officio*, questões controversas que não tenham sido levantadas pelas partes durante o desenrolar do caso, tais como a aplicação de normas de ordem pública de um Direito diferente da *lex contractus*. Obviamente, em tal caso, um laudo não pode ser proferido sem antes ser submetido às partes para discussão.

[267] Stemcor UK Limited v. Guiceve S.A.C., Corte Superior de Justiça de Lima, Primeira Câmara Civil com especialização Comercial, 28 de abril de 2011.

17.1 O regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais deveria dispor que, nem a escolha do Direito, nem a determinação do Direito aplicável na ausência de efetiva escolha,

- deve impedir a aplicação de normas de aplicação imediata do foro ou aquelas de outras jurisdições, mas que tais normas imperativas prevalecerão apenas na extensão da inconsistência;

- deve levar a aplicação do Direito que seja manifestamente incompatível com a ordem pública do foro,

coerentemente com o disposto no Art. 18 da Convenção da Cidade do México e no Art. 11 dos Princípios da Haia.

17.2 Os julgadores e consultores devem levar em consideração qualquer disposição de aplicação imediata e de ordem pública conforme exigido ou autorizado a fazê-lo, coerentemente com o disposto no Art. 11 dos Princípios da Haia.

2.23 Parte Dezoito – Outras disposições

I. Prevalência de outros Acordos Internacionais

536. A Convenção da Cidade do México declara no Artigo 6º que "As normas desta Convenção não serão aplicáveis aos contratos que tenham regulamentação autônoma no direito convencional internacional vigente entre os Estados Partes nesta Convenção." Durante o processo de tradução do espanhol para o inglês, o significado pretendido acabou perdido. Ele deve ser melhor lido da seguinte forma: "As normas desta Convenção não são aplicáveis aos contratos especificamente regidos por outras convenções internacionais vigentes entre os Estados Partes nesta Convenção." Roma I, no Artigo 23, contém uma disposição um pouco assemelhada. Ela estipula, com algumas exceções específicas, que "[Roma I] não prejudica a aplicação das disposições do direito comunitário que, em matérias específicas, regulem os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais."

537. A Convenção da Cidade do México também aborda a relação entre ela e outros acordos internacionais de mesmo assunto. Ela declara que: "Esta Convenção não afetará a aplicação de outros convênios internacionais, dos quais constem normas sobre o mesmo objeto, relacionados com processos de integração, em que um Estado Parte nesta Convenção seja ou venha a ser parte" (Artigo 20). Mais uma vez, durante o processo de tradução do texto espanhol para o inglês, algumas palavras foram omitidas e o significado pretendido acabou perdido. A disposição pode ser melhor lida da seguinte forma: "Esta Convenção não afetará a aplicação de outras convenções internacionais que contenham normas sobre o mesmo objeto às quais um Estado Parte nesta Convenção seja ou venha a ser parte, se elas forem celebradas no contexto do processo de integração." Roma I contém previsão similar no Artigo 25(1).

II. Estados com mais de um sistema legal ou diferentes unidades territoriais

A. Convenções Internacionais

538. A Convenção da Cidade do México expressamente prevê que "Com relação a um Estado que dispuser, em matérias a que se refere esta Convenção, de dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis a unidades territoriais diferentes: a) qualquer referência ao direito do Estado se relacionará com o direito da unidade territorial respectiva; e b) qualquer referência à residência habitual ou ao estabelecimento no Estado será entendida como referente à residência habitual ou ao estabelecimento numa unidade territorial do Estado" (Artigo 22).

539. Como destacado nos trabalhos preparatórios do instrumento, o Artigo 22 estabelece que cada unidade territorial deveria ser considerada como um Estado para se determinar o Direito aplicável de acordo com a Convenção da Cidade do México. Em outros termos, a referência ao Direito do Estado será considerada uma referência ao Direito em vigor na respectiva unidade territorial[268]. Roma I utiliza linguagem similar a do relatório anteriormente citado, prevendo que "Sempre que um Estado englobe várias unidades territoriais, tendo cada uma normas próprias em matéria de obrigações contratuais, cada unidade territorial é considerada como um país para fins de determinação da lei aplicável por força do presente regulamento" (Artigo 22.1). A

[268] Relatório do Relator da Comissão I sobre Direito aplicável a ajustes contratuais internacionais; OEA/Ser.K/XXI.5; CIDIP-V/doc.32/94 rev.1.

Convenção de Roma contém uma previsão similar (Artigo 19), assim como a Convenção da Haia sobre vendas de 1986 (Artigo 19).

540. A Convenção da Cidade do México também prevê que "Um Estado que dispuser, em matérias a que se refere esta Convenção, de dois ou mais sistemas jurídicos a plicáveis a unidades territoriais diferentes, não estará obrigado a aplicar as normas desta Convenção aos conflitos que surgirem entre o direito vigente em tais unidades territoriais." (Artigo 23). A mesma solução é encontrada em Roma I (Artigo 22.2), Convenção de Roma (Artigo 19) e Convenção da Haia sobre vendas de 1986 (Artigo 20).

541. Por fim, a Convenção da Cidade do México expressamente prevê a possibilidade de os Estados com duas ou mais unidades territoriais com diferentes sistemas jurídicos declarem, ao tempo de assinatura, ratificação ou adesão, se a Convenção se aplicará a todas as unidades territoriais ou a apenas uma ou mais delas (Artigo 24). O instrumento foi ratificado apenas pelo México e Venezuela, nenhum dos quais fez qualquer declaração ao tempo da assinatura ou ratificação.

542. Os Comentários PH (1.22) indicam que os Princípios da Haia "não abordam conflitos de leis entre diferentes unidades territoriais dentro de um mesmo Estado", mas que isso não impede que "ampliem o escopo de aplicação dos Princípios aos conflitos de leis intraestatais". Além disso, "o fato de um dos elementos relevantes estar localizado em uma unidade territorial diferente dentro de um Estado não caracteriza um contrato como internacional".

B. Direitos domésticos

543. No Canadá, na província de Quebec, o CCQ prevê que "Quando um Estado compreende várias unidades territoriais com diferentes jurisdições legislativas, cada unidade territorial é entendida como um Estado. Quando o Estado compreende vários sistemas jurídicos aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, qualquer referência ao Direito daquele Estado é uma referência ao sistema jurídico prescrito pelas normas em vigor naquele Estado; na ausência de tais normas, qualquer referência é uma referência ao sistema jurídico mais estreitamente conectado com a situação" (Artigo 3077).

18.0 Os Estados com mais de um sistema jurídico ou diferentes unidades territoriais podem querer considerar o disposto no Art. 22 da Convenção da Cidade do México e no Art. 1.2 dos Princípios da Haia e dispor no regime jurídico doméstico que rege o Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais que, qualquer referência ao Direito de um Estado, deve ser interpretada como uma referência ao Direito aplicável na unidade territorial.

2.24 Anexos

A. Convenção da Cidade do México e Princípios da Haia: Tabela de comparação

Convenção da Cidade do México	Princípios da Haia
Propósitos e objetivos	
Preâmbulo REAFIRMANDO sua vontade de prosseguir o desenvolvimento e codificação do direito internacional privado entre Estados membros da Organização dos Estados Americanos; REITERANDO a conveniência de harmonizar as soluções para as questões relacionadas com o comércio internacional; CONSIDERANDO que a interdependência econômica dos Estados tem propiciado a integração regional e continental e que, para estimular esse processo, é necessário facilitar a contratação internacional removendo as diferenças que seu contexto jurídico apresenta, **Art. 1º, par. 1º** - Esta Convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais. **Art. 4º -** Para os efeitos de interpretação e aplicação desta Convenção, levar-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação.	**Preâmbulo** 1. O presente instrumento estabelece Princípios gerais relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais. Eles afirmam o princípio da autonomia da vontade, com limitado número de exceções. 2. Os Princípios podem ser usados como modelo para instrumentos nacionais, regionais, supranacionais ou internacionais. 3. Os Princípios podem ser usados para interpretar, suprir e desenvolver normas de Direito internacional privado. 4. Os Princípios podem ser aplicados por tribunais judiciais e arbitrais.
Âmbito de aplicação do Instrumento	
Art. 1º, par. 3º - Esta Convenção aplicar-se-á a contratos celebrados entre Estados ou em que forem partes Estados, entidades ou organismos estatais, a menos que as partes no contrato a excluam expressamente. Entretanto, qualquer Estado Parte poderá declarar, no momento de assinar ou ratificar esta Convenção, ou a ela aderir, que ela não se aplicará a todos os contratos ou a alguma	**Art. 1.1 -** Os presentes Princípios aplicam-se à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais em que cada contratante atua no exercício de sua atividade comercial ou profissional. Os presentes Princípios não são aplicáveis a contratos de trabalho ou a contratos de consumo.

categoria de contrato em que o Estado, as entidades ou organismos estatais forem partes. **Art. 3º -** As normas desta Convenção serão aplicáveis, com as adaptações necessárias e possíveis, às novas modalidades de contratação utilizadas em conseqüência do desenvolvimento comercial internacional.	
Definições I: "Contrato internacional"	
Art. 1º, par. 2º - 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.	**Art. 1.2 -** Para efeito dos presentes Princípios, um contrato é internacional, salvo quando os contratantes tiverem seus estabelecimentos no mesmo Estado e a relação entre os contratantes e todos os demais elementos relevantes, independentemente do Direito escolhido, apresentarem unicamente conexão com esse Estado.
Definições II: "Estabelecimento"	
Art. 1º, par. 2º - 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.	**Art. 1.2 -** Para efeito dos presentes Princípios, um contrato é internacional, salvo quando os contratantes tiverem seus estabelecimentos no mesmo Estado e a relação entre os contratantes e todos os demais elementos relevantes, independentemente do Direito escolhido, apresentarem unicamente conexão com esse Estado. **Art. 12 -** Caso o contratante tenha mais de um estabelecimento, entende-se como o estabelecimento relevante para o propósito dos presentes Princípios aquele que tenha a relação mais estreita com o contrato, no momento de sua celebração.
Definições III: "Princípios de Direito Internacional"	
Art. 9, par. 2º - O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios	**Art. 3º -** Os contratantes podem escolher normas de Direito geralmente aceitas regional, supranacional ou internacionalmente, como um conjunto neutro e equilibrado de normas, salvo disposição do Direito do foro em contrário.

gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. **Art. 10 -** Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.	
Temas não abrangidos pelo Instrumento	
Art. 1º, par. 2º e 4º - 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. Qualquer Estado Parte, no momento de assinar ou ratificar esta Convenção, ou a ela aderir, poderá declarar a que espécie de contrato não se aplicará a mesma. **Art. 5º -** Esta Convenção não determina o direito aplicável a: a) questões derivadas do estado civil das pessoas físicas, capacidade das partes ou conseqüências da nulidade ou invalidado do contrato que decorram da incapacidade de uma das partes; b) obrigações contratuais que tenham como objeto principal questões sucessórias, testamentárias, de regime matrimonial ou decorrentes de relações de família; c) obrigações provenientes de títulos de crédito; d) obrigações provenientes de transações de valores mobiliários; e) acordos sobre arbitragem ou eleição de foro; f) questões de direito societário, incluindo existência, capacidade, funcionamento e	**Art. 1.1 –** Os presentes Princípios aplicam-se à escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais em que cada contratante atua no exercício de sua atividade comercial ou profissional. Os presentes Princípios não são aplicáveis a contratos de trabalho ou a contratos de consumo. **Art. 1.3 -** Os presentes Princípios não se aplicam ao Direito que regula: a) a capacidade das pessoas físicas; b) as convenções de arbitragem e de eleição do foro; c) as sociedades ou outras entidades de interesse coletivo22 e trustes; d) a insolvência; e) os efeitos reais dos contratos; f) a questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa que representa.

dissolução das sociedades comerciais e das pessoas jurídicas em geral.	
Normas para se determinar o Direito aplicável: escolha do Direito pelos contratantes	
Art. 7º, par. 1º - O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.	**Preâmbulo, par. 1º -** O presente instrumento estabelece Princípios gerais relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais. Eles afirmam o princípio da autonomia da vontade, com limitado número de exceções. **Art. 2.1 -** O contrato rege-se pelo Direito escolhido pelos contratantes.
Normas para se determinar o Direito aplicável: escolha de Direito expressa ou tácita	
Art. 7º - O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.	**Art. 4º -** A escolha do Direito ou a sua modificação deve ser expressa ou resultar, de forma clara, das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso. Um acordo entre os contratantes que outorgue competência para que um tribunal arbitral ou judicial resolva os conflitos decorrentes do contrato, não é, por si só, equivalente à escolha do Direito aplicável.
Normas para se determinar o Direito aplicável: Direito que pode ser escolhido pelos Contratantes	
Art. 2º - O direito designado por esta Convenção será aplicável mesmo que se trate do direito de um Estado não Parte. **Art. 4º -** Para os efeitos de interpretação e aplicação desta Convenção, levar-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação. **Art. 7º, par. 1º -** O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente	**Art. 2.1** – O contrato rege-se pelo Direito escolhido pelos contratantes. **Art. 2.4 –** Não é exigível qualquer conexão entre o Direito aplicável e os contratantes ou entre ele e o negócio. **Art. 3º -** Os contratantes podem escolher normas de Direito geralmente aceitas regional, supranacional ou internacionalmente, como um conjunto neutro e equilibrado de normas, salvo disposição do Direito do foro em contrário.

da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. **Art. 9º, par. 2º -** O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. **Art. 10 –** Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto. **Art. 17 -** Para os fins desta Convenção, entender-se-á por "direito" o vigente num Estado, com exclusão das suas normas relativas ao conflito de leis.	
Normas para se determinar o Direito aplicável: validade formal (e substancial) da cláusula de escolha do Direito	
Art. 12 - A existência e a validade do contrato ou de qualquer das suas disposições, bem como a validade substancial do consentimento das partes com referência à escolha do direito aplicável, serão regidas pela norma pertinente desta Convenção, nos termos do seu capítulo segundo. Entretanto, a fim de estabelecer que uma parte não consentiu validamente, o juiz deverá determinar o direito aplicável levando em consideração a residência habitual ou o estabelecimento da referida parte.	**Art. 5º -** A escolha do Direito aplicável não se encontra sujeita a qualquer requisito de forma, salvo acordo dos contratantes em contrário.
Normas para se determinar o Direito aplicável: autonomia da cláusula de escolha do Direito	

Art. 12 - A existência e a validade do contrato ou de qualquer das suas disposições, bem como a validade substancial do consentimento das partes com referência à escolha do direito aplicável, serão regidas pela norma pertinente desta Convenção, nos termos do seu capítulo segundo. Entretanto, a fim de estabelecer que uma parte não consentiu validamente, o juiz deverá determinar o direito aplicável levando em consideração a residência habitual ou o estabelecimento da referida parte.	**Art. 7º -** A escolha do Direito não pode ser contestada com base unicamente no fato de o contrato, ao qual ela se aplica, não ser válido.
Normas para se determinar o Direito aplicável: aplicabilidade ao contrato inteiro ou parte	
Art. 7º, par. 1º - O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.	**Art. 2.2 -** Os contratantes podem escolher: a) o Direito aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato; e b) diferentes Direitos para diferentes partes do contrato.
Normas para se determinar o Direito aplicável: alterações	
Art. 8º - As partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.	**Art. 2.3 -** A escolha do Direito aplicável pode ser efetuada ou modificada a qualquer tempo. A escolha ou a modificação posterior à formação do contrato não deve afetar sua validade formal nem os direitos de terceiros.
Normas para se determinar o Direito aplicável (ausência ou escolha de Direito ineficaz): conexão mais estreita e Princípios gerais de Direito comercial internacional	
Art. 9º - Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os	

vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado. **Art. 10 -** Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.	
Normas para se determinar o Direito aplicável: normas imperativas, políticas públicas e ordem pública	
Art. 11 – Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito do foro quanto revestirem caráter imperativo. Ficará à discrição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos estreitos. **Art. 18 -** O direito designado por esta Convenção só poderá ser excluído quando for manifestamente contrario à ordem pública do foro.	**Art. 11** 1. Os presentes Princípios não impedem a aplicação, por um tribunal judicial, de normas de aplicação imediata do Direito do foro que se apliquem independentemente do Direito escolhido pelos contratantes. 2. O Direito do foro determina quando o tribunal pode ou deve aplicar, ou levar em consideração, normas de aplicação imediata de outro Direito. 3. Um tribunal pode afastar a aplicação de disposição do Direito escolhido pelos contratantes apenas se, e na medida em que, o resultado de tal aplicação seja manifestamente incompatível com noções fundamentais de política pública do foro (ordem pública). 4. O Direito do foro determina quando o tribunal pode ou deve aplicar, ou levar em consideração, a ordem pública de um Estado cujo Direito seria aplicável na falta de escolha do Direito. 5. Os presentes Princípios não impedem que

	um tribunal arbitral aplique ou leve em consideração a ordem pública ou aplique ou leve em consideração as normas de aplicação imediata previstas em Direito diverso daquele escolhido pelos contratantes, caso o tribunal arbitral tenha a obrigação ou esteja autorizado a fazê-lo.
Existência e validade do contrato: validade do mérito	
Art. 12, par. 1º - A existência e a validade do contrato ou de qualquer das suas disposições, bem como a validade substancial do consentimento das partes com referência à escolha do direito aplicável, serão regidas pela norma pertinente desta Convenção, nos termos do seu capítulo segundo.	**Art. 9.1 -** O Direito designado pelos contratantes rege todos os aspectos do contrato celebrado entre eles, incluindo, mas não limitado: e) a validade e as consequências da invalidade do contrato;
Existência e validade do contrato: validade da forma	
Art. 13 - Um contrato celebrado entre partes que se encontrem no mesmo Estado será válido, quanto à forma, se atender aos requisitos estabelecidos no direito que rege tal contrato, segundo esta Convenção, ou aos estabelecidos no direito do Estado em que for celebrado ou no direito do lugar de sua execução. Se, no momento da sua celebração, as partes se encontrarem em diferentes Estados, o contrato será válido quanto à forma, se atender aos requisitos estabelecidos no direito que o rege, segundo esta Convenção, ou aos estabelecidos no direito de um dos Estados em que for celebrado, ou no direito do lugar de sua execução.	**Art. 9.1 -** O Direito designado pelos contratantes rege todos os aspectos do contrato celebrado entre eles, incluindo, mas não limitado: e) a validade e as consequências da invalidade do contrato; **Art. 9.2 -** O disposto na alínea e) do parágrafo 1º não exclui a aplicação de qualquer outro Direito aplicável que confirme a validade formal do contrato.
Âmbito do Direito aplicável	
Art. 14 - O direito aplicável ao contrato de acordo com o Capítulo Segundo desta Convenção regerá principalmente: a) sua interpretação; b) os direitos e obrigações das partes; c) a execução das obrigações estabelecidas no contrato e as conseqüências do descumprimento contratual, compreendendo	**Art. 9.1 -** O Direito designado pelos contratantes rege todos os aspectos do contrato celebrado entre eles, incluindo, mas não limitado: a) a interpretação; b) os direitos e as obrigações decorrentes do contrato; c) o adimplemento e as consequências do

a avaliação das perdas e danos com vistas à determinação do pagamento de uma indenização compensatória; d) os diferentes modos de extinção das obrigações, inclusive a prescrição e a decadência; e) as conseqüências da nulidade ou invalidado do contrato.	inadimplemento, incluindo a avaliação do dano; d) as diversas formas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a decadência; e) a validade e as consequências da invalidade do contrato; f) o ônus da prova e as presunções legais; g) a responsabilidade pré-contratual.
Âmbito do Direito aplicável: considerações concernentes a intermediação	
Art. 15 - Levar-se-á em conta o disposto no artigo 10 para decidir se um mandatário pode obrigar seu mandante, um órgão, uma sociedade ou uma pessoa jurídica.	**Art. 1.3 -** Os presentes Princípios não se aplicam ao Direito que regula: f) a questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa que representa.
Âmbito do Direito aplicável: considerações concernentes à publicidade	
Art. 16 - O direito do Estado onde devam ser registrados ou publicados os contratos internacionais regerá todas as matérias concernentes à sua publicidade.	
Disposições gerais e outras considerações: normas de Direito internacional privado	
Art. 17 - Para os fins desta Convenção, entender-se-á por "direito" o vigente num Estado, com exclusão das suas normas relativas ao conflito de leis.	**Preâmbulo, par. 3º -** Os Princípios podem ser usados para interpretar, suprir e desenvolver normas de Direito internacional privado. **Art. 8º -** A escolha do Direito aplicável não inclui as suas normas de Direito internacional privado, salvo acordo expresso em contrário.
Disposições gerais e outras considerações: outros Acordos Internacionais	
Art. 6º - As normas desta Convenção não serão aplicáveis aos contratos que tenham regulamentação autônoma no direito convencional internacional vigente entre os Estados Partes nesta Convenção. **Art. 20 -** Esta Convenção não afetará a aplicação de outros convênios internacionais, dos quais constem normas sobre o mesmo objeto, relacionados com processos de integração, em que um Estado Parte nesta Convenção seja ou venha a ser parte.	
Disposições gerais e outras considerações: Estados com dois ou mais unidades	

territoriais ou sistemas jurídicos	
Art. 22 - Com relação a um Estado que dispuser, em matérias a que se refere esta Convenção, de dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis a unidades territoriais diferentes: a) qualquer referência ao direito do Estado se relacionará com o direito da unidade territorial respectiva; e b) qualquer referência à residência habitual ou ao estabelecimento no Estado será entendida como referente à residência habitual ou ao estabelecimento numa unidade territorial do Estado. **Art. 23 -** Um Estado que dispuser, em matérias a que se refere esta Convenção, de dois ou mais sistemas jurídicos a plicáveis a unidades territoriais diferentes, não estará obrigado a aplicar as normas desta Convenção aos conflitos que surgirem entre o direito vigente em tais unidades territoriais.	

B. Convenção da Cidade do México: Reconciliação entre os textos em português, espanhol e inglês

Comentários:

O artigo 30 declara que os textos em inglês, francês, português e espanhol são igualmente autênticos.

Legibilidade – nível 1: Recomenda-se a leitura para esclarecer o significado e/ou melhorar a consistência entre os textos.

Legibilidade – nível 2: Ainda que não necessária, leitura sugerida para esclarecimento.

Diferenças de significado: Nos três casos o significado é claro, mas existem diferenças entre as versões linguísticas ou são pouco claras em mais de um idioma.

Nota: As pequenas diferenças de linguagem que não comprometem o entendimento não foram destacadas. Não foram realizadas anotações. Pensou-se que as redações sugeridas poderiam ser úteis para promover a utilização dos textos para promover o desenvolvimento do Direito aplicável aos contratos internacionais nas Américas.

ORIGINAL EM PORTUGUÊS	ORIGINAL EM ESPANHOL	ORIGINAL EM INGLÊS	LEITURA RECOMENDADA PELO DDI
CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS	CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES	INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS	INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS
Celebrada no México, D. F., México 17 de março de 1994, na Quinta Conferência Especializada Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP-V)	Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)	Signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994, at the Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-V)	Signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994, at the Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-V)
Os Estados Partes nesta Convenção, REAFIRMANDO sua vontade de prosseguir o desenvolvimento e	Estados Parte de esta Convención, REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la	The States Parties to this Convention, REAFFIRMING their desire to continue the progressive development and	The States Parties to this Convention, REAFFIRMING their desire to continue the progressive development and

codificação do direito internacional privado entre Estados membros da Organização dos Estados Americanos; REITERANDO a conveniência de harmonizar as soluções para as questões relacionadas com o comércio internacional; CONSIDERANDO que a interdependência econômica dos Estados tem propiciado a integração regional e continental e que, para estimular esse processo, é necessário facilitar a contratação internacional removendo as diferenças que seu contexto jurídico apresenta, CONVIERAM em aprovar a seguinte Convenção:	codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos; REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional; CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico, HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:	codification of private international law among member States of the Organization of American States; REASSERTING the advisability of harmonizing solutions to international trade issues; BEARING in mind that the economic interdependence of States has fostered regional integration and that in order to stimulate the process it is necessary to facilitate international contracts by removing differences in the legal framework for them, HAVE AGREED to approve the following Convention:	codification of private international law among member States of the Organization of American States; REASSERTING the advisability of harmonizing solutions to international trade issues; BEARING in mind that the economic interdependence of States has fostered regional integration and that in order to stimulate the process it is necessary to facilitate international contracts by removing differences in the legal framework for them, HAVE AGREED to approve the following Convention:
CAPÍTULO PRIMEIRO Âmbito de aplicação	CAPITULO PRIMERO Ámbito de aplicación	CHAPTER I Scope of Application	CHAPTER I Scope of Application
Artigo 1 Esta Convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais. Entende-se que um	Artículo 1 Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Se entenderá que un	Article 1 This Convention shall determine the law applicable to international contracts. It shall be understood	Article 1 This Convention shall determine the law applicable to international contracts. It shall be understood

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. Esta Convenção aplicar-se-á a contratos celebrados entre Estados ou em que forem partes Estados, entidades ou organismos estatais, a menos que as partes no contrato a excluam expressamente. Entretanto, qualquer Estado Parte poderá declarar, no momento de assinar ou ratificar esta Convenção, ou a ela aderir, que ela não se aplicará a todos os contratos ou a alguma categoria de contrato em que o Estado, as entidades ou organismos estatais forem partes. Qualquer Estado Parte, no momento de assinar ou ratificar esta Convenção, ou a ela aderir, poderá declarar a que	contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se	that a contract is international if the parties thereto have their habitual residence or establishments in different States Parties or if the contract has objective ties with more than one State Party. This Convention shall apply to contracts entered into or contracts to which States or State agencies or entities are party, unless the parties to the contract expressly exclude it. However, any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare that the latter shall not apply to all or certain categories of contracts to which the State or State agencies and entities are party. Any State Party may, at the time it ratifies or accedes to this Convention, declare the categories of contract to which this Convention will not apply.	that a contract is international if the parties thereto have their habitual residence or ~~establishments~~ **principal place of business** in different States Parties or if the contract has objective ~~ties~~ **connections** with more than one State Party. This Convention shall apply to contracts entered into **by States or State agencies or entities** or contracts to which ~~States or State agencies or entities~~ **they** are party, unless the parties to the contract expressly exclude it. However, any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare that the latter shall not apply to all or certain categories of contracts to which the State or State agencies and entities are party. Any State Party may, at the time it **signs**, ratifies or accedes to this Convention, declare the categories of contract to which this Convention will not apply.

espécie de contrato não se aplicará a mesma.	aplicará la misma.		
Artigo 2 O direito designado por esta Convenção será aplicável mesmo que se trate do direito de um Estado não Parte.	Artículo 2 El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.	Article 2 The law designated by the Convention shall be applied even if said law is that of a State that is not a party.	Article 2 The law designated by the Convention shall be applied even if said law is that of a State that is not a party.
Artigo 3 As normas desta Convenção serão aplicáveis, com as adaptações necessárias e possíveis, às novas modalidades de contratação utilizadas em conseqüência do desenvolvimento comercial internacional.	Artículo 3 Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.	Article 3 The provisions of this Convention shall be applied, with necessary and possible adaptations, to the new modalities of contracts used as a consequence of the development of international trade.	Article 3 The ~~provisions~~ rules of this Convention shall be applied, with necessary and possible adaptations, to the new modalities of ~~contracts~~ contracting used as a consequence of the development of international trade.
Artigo 4 Para os efeitos de interpretação e aplicação desta Convenção, levar-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação.	Artículo 4 Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.	Article 4 For purposes of interpretation and application of this Convention, its international nature and the need to promote uniformity in its application shall be taken into account.	Article 4 For purposes of interpretation and application of this Convention, **regard shall be had to** its international nature and the need to promote uniformity in its application. ~~shall be taken into account.~~
Artigo 5 Esta Convenção não determina o direito aplicável a: a) questões derivadas do estado civil das pessoas físicas, capacidade das partes ou	Artículo 5 Esta Convención no determina el derecho aplicable a: a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las	Article 5 This Convention does not determine the law applicable to: a) questions arising from the marital status of natural persons, the capacity of the parties, or the	Article 5 This Convention does not determine the law applicable to: a) ~~questions~~ **issues** arising from the ~~marital~~ **civil** status of natural persons, the capacity of the parties, or the

conseqüências da nulidade ou invalidado do contrato que decorram da incapacidade de uma das partes; b) obrigações contratuais que tenham como objeto principal questões sucessórias, testamentárias, de regime matrimonial ou decorrentes de relações de família; c) obrigações provenientes de títulos de crédito; d) obrigações provenientes de transações de valores mobiliários; e) acordos sobre arbitragem ou eleição de foro; f) questões de direito societário, incluindo existência, capacidade, funcionamento e dissolução das sociedades comerciais e das pessoas jurídicas em geral.	consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.	consequences of nullity or invalidity of the contract as a result of the lack of capacity of one of the parties; b) contractual obligations intended for successional questions, testamentary questions, marital arrangements or those deriving from family relationships; c) obligations deriving from securities; d) obligations deriving from securities transactions; e) the agreements of the parties concerning arbitration or selection of forum; f) questions of company law, including the existence, capacity, function and dissolution of commercial companies and juridical persons in general.	consequences of nullity or invalidity of the contract as a result of the lack of capacity of one of the parties; b) contractual obligations ~~intended for~~ **essentially related to** successional and ~~questions~~ testamentary **matters**, marital arrangements or those deriving from family relationships; c) obligations deriving from ~~securities~~ **negotiable instruments**; d) obligations deriving from ~~securities transactions~~ **the sale, transfer or marketing of securities in securities markets**; e) the agreements of the parties concerning arbitration or selection of forum; f) ~~questions~~ **issues** of company law, including the existence, capacity, function and dissolution of commercial companies and juridical persons in general.
Artigo 6 As normas desta Convenção não	Artículo 6 Las normas de esta Convención no se	Article 6 The provisions of this Convention shall not	Article 6 The ~~provisions~~ **rules** of this Convention shall not be

serão aplicáveis aos contratos que tenham regulamentação autônoma no direito convencional internacional vigente entre os Estados Partes nesta Convenção.	aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.	be applicable to contracts which have autonomous regulations in international conventional law in force among the States Parties to this Convention.	applicable to contracts ~~which have autonomous regulations~~ **specifically regulated** in international conventional law in force among the States Parties to this Convention.
CAPÍTULO SEGUNDO Determinação do direito aplicável	CAPITULO SEGUNDO Determinación del derecho aplicable	CHAPTER II Determination of applicable law	CHAPTER II Determination of applicable law
Artigo 7 O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.	Artículo 7 El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.	Article 7 The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same. Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.	Article 7 The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same. Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.
Artigo 8	Artículo 8	Article 8	Article 8

As partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.	En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.	The parties may at any time agree that the contract shall, in whole or in part, be subject to a law other than that to which it was previously subject, whether or not that law was chosen by the parties. Nevertheless, that modification shall not affect the formal validity of the original contract nor the rights of third parties.	The parties may at any time agree that the contract shall, in whole or in part, be subject to a law other than that to which it was previously subject, whether or not that law was chosen by the parties. Nevertheless, that modification shall not affect the formal validity of the original contract nor the rights of third parties.
Artigo 9 Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos	Artículo 9 Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional	Article 9 If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties. The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations.	Article 9 If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ~~ties~~ **connections**. The Court ~~will~~ **shall** ~~take into account~~ **have regard to** all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ~~ties~~ **connections**. It shall also ~~take into account~~ **have regard to** the general principles of international commercial law recognized by international organizations.

internacionais. Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a titulo excepcional, a lei desse outro Estado.	aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.	Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract.	Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer ~~tie~~ **connection** with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract.
Artigo 10 Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.	Artículo 10 Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.	Article 10 In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.	Article 10 In addition to the provisions in the foregoing articles, the ~~guidelines~~ **rules**, customs, and principles of international commercial law as well as generally accepted commercial usage and practices shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the resolution of a particular case.
Artigo 11 Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito do foro quanto revestirem caráter	Artículo 11 No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro	Article 11 Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of the forum shall necessarily be applied when they	Article 11 Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of the forum shall necessarily be applied when they are mandatory

imperativo. Ficará à discrição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos estreitos.	cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.	are mandatory requirements. It shall be up to the forum to decide when it applies the mandatory provisions of the law of another State with which the contract has close ties.	requirements. ~~It shall be up to t~~The forum **has the discretion when it considers it relevant** ~~to decide when it applies~~ **to apply** the mandatory provisions of the law of another State with which the contract has close ~~ties~~ **connections**.
CAPÍTULO TERCEIRO Existência e validade do contrato	CAPITULO TERCERO Existencia y validez del contrato	CHAPTER III Existence and Validity of the Contract	CHAPTER III Existence and Validity of the Contract
Artigo 12 A existência e a validade do contrato ou de qualquer das suas disposições, bem como a validade substancial do consentimento das partes com referência à escolha do direito aplicável, serão regidas pela norma pertinente desta Convenção, nos termos do seu capítulo segundo. Entretanto, a fim de estabelecer que uma parte não consentiu validamente, o juiz deverá determinar o direito aplicável levando em consideração a residência habitual ou o estabelecimento da referida parte.	Artículo 12 La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la	Article 12 The existence and the validity of the contract or of any of its provisions, and the substantive validity of the consent of the parties concerning the selection of the applicable law, shall be governed by the appropriate rules in accordance with Chapter 2 of this Convention. Nevertheless, to establish that one of the parties has not duly consented, the judge shall determine the applicable law, taking into account the habitual residence or principal place of business.	Article 12 The existence and the validity of the contract or of any of its provisions, and the substantive validity of the consent of the parties concerning the selection of the applicable law, shall be governed by the appropriate rules in accordance with Chapter 2 of this Convention. Nevertheless, to establish that one of the parties has not duly consented, the judge shall determine the applicable law, taking into account the habitual residence or principal place of business **of that party**.

	residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.		
Artigo 13 Um contrato celebrado entre partes que se encontrem no mesmo Estado será válido, quanto à forma, se atender aos requisitos estabelecidos no direito que rege tal contrato, segundo esta Convenção, ou aos estabelecidos no direito do Estado em que for celebrado ou no direito do lugar de sua execução. Se, no momento da sua celebração, as partes se encontrarem em diferentes Estados, o contrato será válido quanto à forma, se atender aos requisitos estabelecidos no direito que o rege, segundo esta Convenção, ou aos estabelecidos no direito de um dos Estados em que for celebrado, ou no direito do lugar de sua execução.	Artículo 13 Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será valido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución. Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.	Article 13 A contract between parties in the same State shall be valid as to form if it meets the requirements laid down in the law governing said contract pursuant to this Convention or with those of the law of the State in which the contract is valid or with the law of the place where the contract is performed. If the persons concerned are in different States at the time of its conclusion, the contract shall be valid as to form if it meets the requirements of the law governing it as to substance, or those of the law of one of the States in which it is concluded or with the law of the place where the contract is performed.	Article 13 A contract between parties in the same State shall be valid as to form if it meets the requirements laid down in the law governing said contract pursuant to this Convention or ~~with~~ those of the law of the State in which the contract is ~~valid~~ **concluded** or ~~with~~ the law of the place where the contract is performed. If the persons concerned are in different States at the time of its conclusion, the contract shall be valid as to form if it meets the requirements of the ~~law governing it~~ **which, in accordance with this Convention, governs** as to substance, or those of the law of one of the States in which it is concluded or ~~with~~ the law of the place where the contract is performed.
CAPÍTULO QUARTO Âmbito do direito	CAPITULO CUARTO Ámbito del derecho	CHAPTER IV Scope of the applicable law	CHAPTER IV Scope of the applicable law

aplicável	aplicable		
Artigo 14 O direito aplicável ao contrato de acordo com o Capítulo Segundo desta Convenção regerá principalmente: a) sua interpretação; b) os direitos e obrigações das partes; c) a execução das obrigações estabelecidas no contrato e as conseqüências do descumprimento contratual, compreendendo a avaliação das perdas e danos com vistas à determinação do pagamento de uma indenização compensatória; d) os diferentes modos de extinção das obrigações, inclusive a prescrição e a decadência; e) as conseqüências da nulidade ou invalidado do contrato.	Artículo 14 El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente: a) su interpretación; b) los derechos y las obligaciones de las partes; c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.	Article 14 The law applicable to the contract in virtue of Chapter 2 of this Convention shall govern principally: a) its interpretation; b) the rights and obligations of the parties; c) the performance of the obligations established by the contract and the consequences of nonperformance of the contract, including assessment of injury to the extent that this may determine payment of compensation; d) the various ways in which the obligations can be performed, and prescription and lapsing of actions; e) the consequences of nullity or invalidity of the contract.	Article 14 The law applicable to the contract ~~in~~ by virtue of Chapter 2 of this Convention shall govern principally: a) its interpretation; b) the rights and obligations of the parties; c) the performance of the obligations established by the contract and the consequences of nonperformance of the contract, including assessment of ~~injury~~ loss to the extent that this may determine payment of compensation; d) the various ways in which the obligations ~~can be performed~~ **are extinguished, including** ~~and~~ prescription and lapsing of actions; e) the consequences of nullity or invalidity of the contract.
Artigo 15 Levar-se-á em conta o disposto no artigo 10 para decidir se um mandatário pode obrigar seu mandante, um órgão, uma sociedade ou	Artículo 15 Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su	Article 15 The provisions of Article 10 shall be taken into account when deciding whether an agent can obligate its principal or an agency, a	Article 15 The provisions of Article 10 shall be taken into account when deciding whether an agent can obligate its principal or an agency, a

uma pessoa jurídica.	mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.	company or a juridical person.	company or a juridical person.
Artigo 16 O direito do Estado onde devam ser registrados ou publicados os contratos internacionais regerá todas as matérias concernentes à sua publicidade.	Artículo 16 El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.	Article 16 The law of the State where international contracts are to be registered or published shall govern all matters concerning publicity.	Article 16 The law of the State where international contracts are to be registered or published shall govern all matters concerning ~~publicity~~ **filing or notice**.
Artigo 17 Para os fins desta Convenção, entender-se-á por "direito" o vigente num Estado, com exclusão das suas normas relativas ao conflito de leis.	Artículo 17 Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.	Article 17 For the purposes of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws.	Article 17 For the purposes of this Convention, "law" shall be understood to mean the law ~~current~~ **in force** in a State, excluding rules concerning conflict of laws.
Artigo 18 O direito designado por esta Convenção só poderá ser excluído quando for manifestamente contrario à ordem pública do foro.	Artículo 18 El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.	Article 18 Application of the law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order of the forum.	Article 18 ~~Application of~~ The law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order of the forum.
CAPÍTULO QUINTO Disposições gerais	CAPITULO QUINTO Disposiciones generales	CHAPTER V General Provisions	CHAPTER V General Provisions
Artigo 19 As disposições desta Convenção aplicar-se-ão, num Estado Parte, aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor	Artículo 19 Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su	Article 19 In a State Party, the provisions of this Convention shall apply to contracts concluded subsequent to its	Article 19 In a State Party, the provisions of this Convention shall apply to contracts concluded subsequent to its

nesse Estado Parte.	entrada en vigor en ese Estado Parte.	entry into force in that State.	entry into force in that State.
Artigo 20 Esta Convenção não afetará a aplicação de outros convênios internacionais, dos quais constem normas sobre o mesmo objeto, relacionados com processos de integração, em que um Estado Parte nesta Convenção seja ou venha a ser parte.	Artículo 20 Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.	Article 20 This Convention shall not affect the application of other international conventions to which a State Party to this Convention is or becomes a party, insofar as they are pertinent, or those within the context of integration movements.	Article 20 This Convention shall not affect the application of other international conventions **containing rules on the same subject** to which a State Party to this Convention is or becomes a party, ~~insofar as they are pertinent, or those within the context of~~ **if they are concluded within the framework** of integration ~~movements~~ **processes**.
Artigo 21 Ao assinarem ou ratificarem esta Convenção, ou a ela aderirem, os Estados poderão formular reservas quanto a uma ou mais disposições específicas que não forem incompatíveis com o objeto e o fim desta Convenção. Um Estado Parte pode retirar, a qualquer momento, a reserva que houver formulado. O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês	Artículo 21 En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención. Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario	Article 21 When signing, ratifying or acceding to this Convention, States may formulate reservations that apply to one or more specific provisions and which are not incompatible with the effect and purpose of this Convention. A State Party may at any time withdraw a reservation it has formulated. The effect of such reservation shall cease on the first day of the third calendar month following the	Article 21 When signing, ratifying or acceding to this Convention, States may formulate reservations that apply to one or more specific provisions and which are not incompatible with the ~~effect~~ **object** and purpose of this Convention. A State Party may at any time withdraw a reservation it has formulated. The effect of such reservation shall cease on the first day of the third calendar month following the

subsequente à data de notificação da retirada.	siguiente a la fecha de notificación del retiro.	date of notification of withdrawal.	date of notification of withdrawal.
Artigo 22 Com relação a um Estado que dispuser, em matérias a que se refere esta Convenção, de dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis a unidades territoriais diferentes: a) qualquer referência ao direito do Estado se relacionará com o direito da unidade territorial respectiva; e b) qualquer referência à residência habitual ou ao estabelecimento no Estado será entendida como referente à residência habitual ou ao estabelecimento numa unidade territorial do Estado.	Artículo 22 Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.	Article 22 In the case of a State which has two or more systems of law applicable in different territorial units with respect to matters covered by the Convention: a) any reference to the laws of the State shall be construed as a reference to the laws in the territorial unit in question; b) any reference to habitual residence or place of business in that State shall be construed as a reference to habitual residence or place of business in a territorial unit of that State.	Article 22 In the case of a State which has two or more systems of law applicable in different territorial units with respect to matters covered by the Convention: a) any reference to the laws of the State shall be construed as a reference to the laws in the territorial unit in question; b) any reference to habitual residence or place of business in that State shall be construed as a reference to habitual residence or place of business in a territorial unit of that State.
Artigo 23 Um Estado que dispuser, em matérias a que se refere esta Convenção, de dois ou mais sistemas jurídicos a plicáveis a unidades territoriais diferentes, não estará obrigado a aplicar as normas desta Convenção aos conflitos que	Artículo 23 Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que	Article 23 A State within which different territorial units have their own systems of law in regard to matters covered by this Convention shall not be obliged to apply this Convention to conflicts between the legal systems in force in such units.	Article 23 A State within which different territorial units have their own systems of law in regard to matters covered by this Convention shall not be obliged to apply this Convention to conflicts between the legal systems in force in such units.

surgirem entre o direito vigente em tais unidades territoriais.	surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.		
Artigo 24 Um Estado constituído por duas ou mais unidades territoriais em que forem aplicáveis diferentes sistemas jurídicos em matérias a que se refere esta Convenção poderá, ao assinar ou ratificar esta Convenção, ou a ela aderir, declarar que a mesma será aplicável a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas. Tais declarações poderão ser modificadas mediante declarações ulteriores que especifiquem a unidade ou as unidades territoriais às quais se aplicará esta Convenção. Estas declarações ulteriores serão enviadas à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos e surtirão efeito noventa dias após o seu recebimento.	Artículo 24 Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas. Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días	Article 24 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all its territorial units or to only one or more of them. Such declaration may be modified by subsequent declarations, which shall expressly indicate the territorial unit or units to which the Convention applies. Such subsequent declarations shall be transmitted to the General Secretariat of the Organization of American States, and shall take effect ninety days after the date of their receipt.	Article 24 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all its territorial units or to only one or more of them. Such declaration may be modified by subsequent declarations, which shall expressly indicate the territorial unit or units to which the Convention applies. Such subsequent declarations shall be transmitted to the General Secretariat of the Organization of American States, and shall take effect ninety days after the date of their receipt.

	después de recibidas.		
CAPITULO SEXTO Disposições finais	CAPITULO SEXTO Cláusulas finales	CHAPTER VI Final Clauses	CHAPTER VI Final Clauses
Artigo 25 Esta Convenção ficará aberta à assinatura dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos.	Artículo 25 Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.	Article 25 This Convention shall be open to signature by the member States of the Organization of American States.	Article 25 This Convention shall be open to signature by the member States of the Organization of American States.
Artigo 26 Esta Convenção está sujeita a ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.	Artículo 26 Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.	Article 26 This Convention shall be subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.	Article 26 This Convention shall be subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.
Artigo 27 Após entrar em vigor, esta Convenção permanecerá aberta à adesão de qualquer outro Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.	Artículo 27 Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.	Article 27 This Convention shall remain open for accession by any other State after it has entered into force. The instruments of accession shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.	Article 27 This Convention shall remain open for accession by any other State after it has entered into force. The instruments of accession shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.
Artigo 28 Para os Estados ratificantes, esta Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que haja sido	Artículo 28 Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que	Article 28 This Convention shall enter into force for the ratifying States on the thirtieth day following the date of deposit of the second	Article 28 This Convention shall enter into force for the ratifying States on the thirtieth day following the date of deposit of the second

depositado o segundo instrumento de ratificação. Para cada Estado que ratificar esta Convenção ou a ela aderir depois de haver sido depositado o segundo instrumento de ratificação, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que tal Estado haja depositado seu instrumento de ratificação ou de adesão.	haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.	instrument of ratification. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the second instrument of ratification, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.	instrument of ratification. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the second instrument of ratification, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.
Artigo 29 Esta Convenção vigorará por prazo indefinido, mas qualquer dos Estados partes poderá denunciá-la. O instrumento de denúncia será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Transcorrido um ano da data do depósito do instrumento de denúncia, os efeitos da Convenção cessarão para o Estado denunciante.	Artículo 29 Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.	Article 29 This Convention shall remain in force indefinitely, but any of the States Parties may denounce it. The instrument of denunciation shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States. After one year from the date of deposit of the instrument of denunciation, the Convention shall no longer be in force for the denouncing State.	Article 29 This Convention shall remain in force indefinitely, but any of the States Parties may denounce it. The instrument of denunciation shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States. After one year from the date of deposit of the instrument of denunciation, the Convention shall no longer be in force for the denouncing State.

Artigo 30 O instrumento original desta Convenção, cujos textos em português, espanhol, francês e inglês são igualmente autênticos, será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, que enviará cópia autenticada do seu texto à Secretaria das Nações Unidas para seu registro e publicação, de conformidade com o artigo 102 da sua Carta constitutiva. A Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos notificará aos Estados membros da referida Organização e aos Estados que houverem aderido à Convenção, as assinaturas e os depósitos de instrumentos de ratificação, adesão e denúncia, bem como as reservas existentes e a retirada destas.	Artículo 30 El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.	Article 30 The original instrument of this Convention, the English, French, Portuguese and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States, which shall forward an authenticated copy of its text to the Secretariat of the United Nations for registration and publication in accordance with Article 102 of its Charter. The General Secretariat of the Organization of American States shall notify the Member States of the Organization and the States that have acceded to the Convention of the signatures, deposits of instruments of ratification, accession and denunciation, as well as of reservations, if any, and of their withdrawal.	Article 30 The original instrument of this Convention, the English, French, Portuguese and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States, which shall forward an authenticated copy of its text to the Secretariat of the United Nations for registration and publication in accordance with Article 102 of its Charter. The General Secretariat of the Organization of American States shall notify the Member States of the Organization and the States that have acceded to the Convention of the signatures, deposits of instruments of ratification, accession and denunciation, as well as of reservations, if any, and of their withdrawal.
EM FÉ DO QUE os plenipotenciários infra-assinados, devidamente	EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente	IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries,	IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries,

autorizados por seus respectivos Governos, assinam esta Convenção. EXPEDIDA NA CIDADE DO MÉXICO, D.F., MÉXICO, no dia dezassete de março de mil novecentos e noventa e quatro.	autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención. HECHO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, D.F., MÉXICO, el día diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.	being duly authorized thereto by their respective Governments, do hereby sign the present Convention. DONE AT MEXICO, D.F., MEXICO, this seventeenth day of March, one thousand nine hundred and ninety-four.	being duly authorized thereto by their respective Governments, do hereby sign the present Convention. DONE AT MEXICO, D.F., MEXICO, this seventeenth day of March, one thousand nine hundred and ninety-four.

C. Tabela de legislação[269]

- **Tratados e Convenções Interamericanas**
  - Tratado de Direito Civil Internacional, 12 de fevereiro de 1889, Montevidéu
    - Artigos 33, 38, e 40
  - Tratado de Direito Civil Internacional, 19 de março de 1940, Montevidéu
    - Artigo 37
  - Convenção de Direito Internacional Privado, 20 de fevereiro de 1928, Havana, Cuba ("Código Bustamante")
    - Artigos 169-172, 176, 180-181, 183-184 e 186
  - Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, 15 de março de 1994 ("Convenção da Cidade do México")
    - Artigos 1(2), 3(1), 4, 5, 5(b), 5(c), 5(d), 5(e), 5(f), 6, 7, 7(1)(2), 8(1), 9(1), 9(2), 10, 11, 11(1), 12, 12(1)(2), 13, 14, 14(a),14 (b),14(c), 15, 16, 17, 18, 20, 22, 22(1), 23, 24
  - Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, 30 de janeiro de 1975, Panamá
  - Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, 8 de maio de 1979, Montevidéu
  - Regulamento de procedimentos da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (como alterada e em vigor, 1º de abril de 2002)
    - Artigo 30
  - Convenção Interamericana sobre conflito de leis em matéria de letra de câmbio, notas promissórias e faturas, 30 de janeiro de 1975, Panamá
  - Convenção Interamericana sobre conflito de leis em matéria de cheques, 30 de janeiro de 1975 e 8 de maio de 1979, Montevidéu
  - Convenção Interamericana sobre conflito de leis em matéria de sociedades mercantis, 8 de maio de 1979, Montevidéu
  - Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, 8 de maio de 1979, Montevidéu
    - Artigos 3, 5, 9, 33.3
  - Tratado estabelecendo o Mercado Comum entre a República da Argentina, a República Federativa do Brasil , República do Paraguai e República Oriental do Uruguai (Mercado Comum do Sul – MERCOSUL), 26 de março de 1991 ("Tratado de Assunção")
    - Artigo 1
  - Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL
    - Artigo 10
  - Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL, 27 de maio de 1992
  - Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL, 1o de dezembro de 1994
  - Carta da OEA
    - Artigo 122

- **Outras referências Interamericanas**
  - Princípios de Direito Contratual Latino-americano

[269] Restrições de recursos não permitiam citações mais precisas.

- Princípios OHADAC sobre os contratos comerciais internacionais
- Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça

- **Tratados internacionais, Convenções, Leis-modelo e Princípios**
  - Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, 19 de junho de 1980, Roma ("Convenção de Roma")
    - Artigos 3, 3(1), 7, 18, 19
  - Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, 17 de junho de 2008, Roma ("Roma I")
    - Artigos 1(2)(b), 3(1),3(2), 3(3), 3(4), 4, 5(2), 7(3), 8(1), 9(3), 10(1)(2), 11(1), 12(1),12(1)(a)(b)(c), 14, 15, 17, 18(1), 20, 21, 22 (2), 23, 25(1)
  - Princípios relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais, 19 de março de 2015 ("Princípios da Haia")
    - Artigos 1, 1.2, 1.3(a)(b)(c)(d)(f), 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3, 4, 4.2, 5, 6.1, 6.2, 7, 7.1, 8, 9.1, 9.1(a)(b)(f)(g), 10, 11.1, 11.2,11.3, 11.5, 12
  - Comentários PH
    - 1.6, 1.7, 1.25, 1.26, 1.27, 1.29,1.31, 1.32, 2.3, 2.6, 2.7, 2.9, 2.10, 2.12, 2.13, 2.14, 3.4, 3.10, 3.11,3.15, 4.11, 5.3, 5.4, 5.5, 6.1, 6.4, 6.7, 6.10, 6.28, 7.2, 7.8, 7.9, 7.10, 8.2, 9.2, 9.4, 9.5, 9.6, 9.8, 9.9, 9.11, 9.12, 11.16, 11.17, 11.18, 11.19, 11.22, 11.23, 11.25, 11.26, 11.31, 11.32, 12.3, 12.4
  - Convenção sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corpóreos, 15 de junho de 1955. ("Convenção da Haia sobre vendas 1955")
    - Artigos 2.2, 6
  - Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias, 1º de julho de 1964 ("Convenção sobre vendas 1964")
  - Convenção sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, 22 de dezembro de 1986 ("Convenção da Haia sobre Vendas 1986")
    - Artigos 10(1), 12 (g), 17, 18, 19, 20
  - Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação, 14 de março de 1978 ("Convenção da Haia sobre Mediação")
    - Artigos 16, 17
  - Convenção da Haia sobre os acordos de eleição de foro, 30 de junho de 2005
  - Convenção sobre Lei Aplicável a certos direitos sobre os títulos possuídos por meio de um intermediário, 5 de julho de 2006
  - Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (revisão de 2016 e anteriores)
  - Cláusulas modelo UNIDROIT para utilização dos Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais
  - Convenção para adoção de uma Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias, 7 de junho de 1930, Genebra
  - Convenção para adoção de uma Lei uniforme em matéria de cheques, 1º de janeiro de 1934, Genebra
  - Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias ("CISG")
    - Artigos 1(2), 4, 6, 7(1), 7(2), 8(3), 9, 9(1), 9(2), 10(a)

- Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, 10 de junho de 1958 ("Convenção de Nova Iorque")
  - Artigo V(2)(b)
- Convenção das Nações Unidas sobre a Cessão de Créditos no Comércio Internacional, 12 de dezembro de, 2001
- Lei-modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (1985)
  - Artigos 1(3), 2(A)(1), 16.1, 28, 28.1, 28.2, 28.4, 36
- Regulamento arbitral da UNCITRAL (1976) e como revisto em 2010
  - 1976: Artigo 33
  - 2010: Artigos 34(2), 35
- Lei-modelo da UNCITRAL sobre Garantias Mobiliárias (2016)
- Convenção sobre a Resolução de Disputas relativas a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, 18 de março de 1965 ("Convenção ICSID")
  - Artigo 42
- UNHRC. *Guiding Principles on Business e Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect e Remedy' Framework*, 16 de junho de 2011 ("*Ruggie Principles*")
- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948
  - Artigos 17 e 29.1
- Estatuto da Corte Internacional de Justiça
  - Artigo 38
- Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 21 de abril de 1964
- Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, 4 de novembro de, 1950
- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 13 de dezembro de 2007 ("TFUE")
  - Artigos 85, 288
- Princípios de Direito Contratual Europeu, (Partes I & 11, 1999), (Parte III, 2003) ("PECL")
  - Artigo 1:107
- *Draft Common Frame of Reference*, 2008 ("DCFR")

- **Outras referências internacionais**
  - AAA, Regulamento de arbitragens internacionais (2009)
    - Artigo 28.2
  - FCI, Code of International Factoring
  - FIDIC, Condições contratuais para trabalhos de Engenharia de Construção Civil (1987)
  - IBA, Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration
  - CCI, Termos do Comércio Internacional "INCOTERMS"
  - CCI, Regulamento arbitral (2012 e 2017)
    - Artigos 21, 41
  - CCI, Práticas e Costumes Uniformes para Créditos Documentários ou "UCP".
  - CCI, Advertising e Marketing Communication Practice
  - IDI, The Proper Law of the Contract in Agreements between a State e a Foreign Private Person, September 11, 1979

- IDI, The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities, 1991
- ITC, Model Contract for the International Commercial Sale of Perishable Goods

- Argentina
  - Código Civil e Comercial de 2014
    - Artigos 255, 2561, 2595, 2596, 2651 e 2652
  - Código Civil de 1869
- Bolívia
  - Constituição da República da Bolívia
    - Artigo 320.II
  - Código Comercial
    - Artigos 852 e seg.
  - Código Civil
    - Artigo 454
  - Lei n° 1770 de 1997
    - Artigos 54 e 73
  - Lei n° 708 of 2015
    - Artigo 44.I
- Brasil
  - Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro ("LINDB")
    - Artigos 9, 9(2), 16 e 17
  - Código Civil de 1916
    - Artigo 13
  - Lei n° 9307 de 1996
    - Artigo 2
- Canadá
  - Código Civil do Quebec ("CCQ")
    - Artigos 3076, 3077, 3080-3081, 3109, 3111-3112, 3117-3118
  - Lei de Práticas empresariais e de Proteção do Consumidor de Saskatchewan, SS 2014, c. C-30.2, seções 15 e 101(2)
  - Lei de Padrões de Trabalho de Ontario, 2000, SO 2000, c. 41, s. 5
- Chile
  - Código Civil de 1857
    - Artigo 135
  - Código Civil
    - Artigos 16, 1462 e 1545
  - Código Comercial
    - Artigos 113 e 141
  - Decreto lei 2.349 de 1978
    - Artigo 1
  - Lei n° 18.802 de 1989
  - Lei n° 19.971 de 2004
    - Artigos 16.1, 28 e 28.45
- Colômbia
  - Código Civil
    - Artigo 20
  - Código Comercial
    - Artigos 1328 e 1408

    - Lei n° 1818 de 1998
        - Artigo 208.1
    - Lei n° 80 de 1993
        - Artigo 13
    - Lei n° 1563 de 2012
        - Artigos 62, 79.2 e 101
    - Resolução n° 112 de 2007 da Direção Nacional de Impostos e Alfandega colombiana
        - Artigo 3
- Costa Rica
    - Lei n° 7727 de 1997 – Solução alternativa de conflitos e promoção da paz social
    - Lei n° 8937 de 2011 – Lei de arbitragem comercial internacional
    - Lei n° 9342 de 2016 – Código de Processo Civil
- Cuba
    - Código Civil
        - Artigo 17
    - Decreto Lei n° 250 de 2007
        - Artigo 13
- El Salvador
    - Constituição da República de El Salvador
        - Artigo 23
    - Código Civil
        - Artigo 1416
    - Decreto n° 914 de 2002 – Lei sobre mediação, conciliação e arbitragem
        - Artigos 30, 59 e 78
- Equador
    - Lei 000.RO/145 de 1997 sobre mediação e arbitragem
        - Artigo 5
- Estados Unidos da América
    - ALI, Primeiro *Restatement* de Direito Internacional Privado de 1934
    - ALI, Segundo *Restatement* de Direito Internacional Privado de 1971
        - Seções 6, 145,187(2), 188, 288 (Comentário b)
    - ALI, Terceiro *Restatement* de Direito Internacional Privado (projeto preliminar de 2017)
    - US Uniform Commercial Code ("UCC")
        - Seção I-301.
    - NY Gen. Oblig. Law § 5-1401(1)
- Guatemala
    - Decreto n°2 de 1989 – Lei judiciária
        - Artigo 4 e 31
    - Decreto n°67 de 1995 – Lei de arbitragem
        - Artigos 21.1, 36.1 e 36.3
- Honduras
    - Decreto n° 161 de 2000
        - Artigo 39
- México
    - Regulamento geral sobre Contratos Internacionais
    - Código Civil Federal
        - Artigo 13, Seção V
    - Código Comercial

        - Artigo 1423,1432 e 1445
    - Código de Processo Civil da Cidade do México, Distrito Federal
        - Artigo 628
    - Regulamento do Centro de Arbitragem do México (2009)
- Nicarágua
    - Lei n° 540 de 2005
        - Artigo 42 e 54
- Panamá
    - Lei n° 7 de 2014 – Código de Direto internacional privado
    - Lei n° 61 de 2015 - Código de Direto internacional privado
        - Artigos 7, 26, 27, 43, 69, 70, 72, 86 e 87
    - Lei n° 5 de 1999 – Arbitragem, conciliação e mediação
        - Artigo 3 e 30
    - Lei n° 131 de 2013 – Arbitragem nacional e internacional
- Paraguai
    - Lei n° 5393 de 2015 – Lei sobre contratos internacionais
        - Artigos 1, 2, 3, 4, 4.2, 4.3, 4.4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.1, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e18
    - Lei n° 1879 de 2002
        - Artigos 3, 19, 32, 40(b) e 46(b))
    - Lei de Arbitragem
        - Artigos 40(b) e 46(b)
    - Regulamento arbitral do Centro de Mediação e Arbitragem do Paraguai (2010)
- Peru
    - Decreto n° 1071 de 2008
        - Artigo 34(3), 41(2), 57(2), 57(4), 63(1)(f) e 75(3)(b)
    - Código Civil
        - Artigo 2047, 2048, 2049 e 2095
    - Regulamento arbitral da Câmara de Comércio de Lima (2017)
    - Regulamento arbitral da Amcham Peru
- República Dominicana
    - Lei n° 489 de 2008
        - Artigos 11 e 33.4
    - Lei n° 544 de 2014 sobre Direito internacional privado
        - Artigos 7, 58, 58(2), 59, 60 e 61(2)
- Uruguai
    - Projeto de lei de DIPRI
        - Artigo 13 e 51
    - Código Civil
        - Artigo 2399 e 2403 do Apêndice
    - Lei n° 16.603 de 1994
        - Artigo 2404
- Venezuela
    - Lei de Direito internacional privado (Gazeta oficial n° 36.511, 6 de agosto de 1998)
        - Artigos 1, 2, 4, 8, 10, 29, 30 e 31
    - Lei de arbitragem comercial (Gazeta Oficial n° 36.430, 7 e abril de 1998)
        - Artigos 7 e 8

- **Outros**
  - Alemanha – Código de Processo Civil
    - Artigo 9
  - Áustria – Código Civil de 1811
  - Áustria – Código de Processo Civil, como alterado pela Lei de Arbitragem de 13 de janeiro de 2006
    - Artigo 603(2)
  - Bélgica – Código de Processo Civil
    - Artigo 1700
  - Eslovênia – Lei de arbitragem de 28 de abril de 2008
    - Artigo 33(2)
  - Espanha – Lei de arbitragem
    - Artigo 34(2))
  - França – Código de Processo Civil (como alterado pelo Decreto 2011-48 de 2011
    - Artigo 1496, 1504, 1514, 1520(5), 1511
  - Holanda – Código de Processo Civil
    - Artigo 1054, 1054(2)
  - Itália – Código de Processo Civil
    - Artigo 834
  - Japão - Código de Direito internacional privado de 2006
    - Artigo 1096(f)
  - Portugal – Código de Processo Civil de 1986
    - Artigo 1096(f)
  - Rússia – Código Civil
    - Artigo 1210(3) e 1210(4)
  - Suíça – Lei de Direito Internacional Privado
    - Artigo 116(2), 187(1)
  - Reino Unido
    - Lei de termos contratuais injustos de 1977
    - Lei de venda de mercadorias de 1979

D. Tabela de Casos[270]

- Internacional
  - Audiolux SA e.a. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, TJUE, 15 de outubro de 2009, Caso C-101/08
  - Federal Republic of Germany v. Council of the European Union, TJUE, 5 de outubro de 1994, Caso C-280/93
  - Société Thermale d´Eugénie-Les Bains, TJE, 18 de julho de 2007, Caso C-277/95
  - Annelore Hamilton v. Volksbank Filder eG, TJE, 10 de abril de 2008, Caso C-412/06
  - Pia Messner v. Firma Stefan Krüger, TJE, 3 de setembro de 2009, Caso C-489/07
  - Channel Tunnel Group Ltd. e France Manche SA v. Balfour Beatty
  - República Helênica v. Nikiforidis. TJE, 19 de outubro de 2016, Caso C-135/15
  - Krombach v. Bamberski, 2000, Caso C-7/98
  - Eco Swiss China Time Limited v. Benetton International NV, TJUE, 1 de junho de 1999, Caso C-126/97
  - Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc., TJUE, 2000, Caso C-381/98
  - Frahuil SA v. Assitalia SpA, TJUE, 5 de fevereiro de 2004, Caso C-265/02
  - Petra Engler v. Janus Versand GmbH, TJUE, 20 de janeiro de 2005, Caso C-27/02
  - Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, Opinião Consultiva No. 1, 2007
  - Conselho do Mercado Comum, MERCOSURL Decisão No. 3, 1998
  - Sapphire International Petroleum Ltd. V. The National Iranian Oil Company (1964), 13 ICLQ 1011
  - Asia v. Republic of Indonesia, Caso ICSID, 1983
  - Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO), 1958
  - Libya v. Texaco e Liamco, 1977
  - Aminoil v. Kuwait, 1982
  - Framatome v. Iran, 1982
  - Caso Hotel Materials, CCI Caso arbitral n° 7153, 1992
  - Caso Steel Bars, CCI Caso arbitral n° 6653, 26 de março 1993
  - Caso Cowhides, CCI Caso arbitral n° 7331, 1994
  - Caso Printed Banknotes, CCI Caso arbitral n° 9474, fevereiro de 1999
  - Casos Adicionais CCI: 1110/1963; 1422/1966; 1641/1969; 2152/1972; 2291/1975; 2637/1975; 3267/1979; 3380/1980; 3540/1980; 3327/1981; 3344/1981; 2730/1982; 4145/1984; 4434/1983; 10279/2001
  - Laudo arbitral *ad hoc* na Costa Rica, 30.04.2001 / UNILEX
  - Laudo arbitral *ad hoc*, 10.12.1997 / UNILEX
- Argentina

[270] Apenas alguns poucos casos-chave foram citados neste Guia para ilustrar pontos específicos. Restrições de recursos não permitiam citações mais precisas.

- Sagemüller, Francisco v. Sagemüller de Hinz, Liesse et al., Segunda Câmara Cível e Comercial de Paraná (Entre Ríos), 10 de agosto de 1988.
- Terceira Câmara Comercial da Corte Nacional, 27 de outubro de 2006.

- Bolívia
  - Julgamento constitucional 1834/2010-R, Tribunal Constitucional da Bolívia, 25 de outubro de 2010
- Brasil
  - Tribunal Superior do Trabalho ("TST"), DEJT, 15 de outubro de 2010, Acórdão n°. 186000-18.2004.5.01.0034
  - Noridane Foods S.A. v. Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 14 de fevereiro de 2017, Acórdão n°. 70072362940
  - Voges Metalurgia Ltda. v. Inversiones Metalmecanicas I.C.A. – IMETAL I.C.A, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 30 de março de 2017, Acórdão n°. 4-25.2016.8.21.7004192500
  - Tribunal de Justiça de São Paulo ("TJSP"), DJE, 30 de novembro de2011, Acórdão n°. 9066155-90.2004.8.26.0000
  - Tribunal de Justiça de São Paulo, 06 de junho de 2008, Acórdão n°. 9202485-89.2007.8.26.0000
  - Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de fevereiro de 2016, Acórdão n°. 2111792-03.2015.8.26.0000
  - Tribunal de Justiça de São Paulo, DJE, 09 de janeiro de 2012, Acórdão n°. 0125708-85.2008.8.26.0000
  - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 12ª Câmara Cível, 16 de fevereiro de 2017, Acórdão n°. 70072362940
- Canadá
  - Vita Foods Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd., Comitê Judicial do Conselho Privado, [1939] 1 All E.R. 513
  - Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares, Suprema Corte do Canadá, [1967] SCR 443
  - Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard, [1981] B.C.J. No. 4, 122 D.L.R. (3d) 323 (C.A.)
  - Canadian Acceptance Corporation Ltd. v. Matte and Matte, [1957] S.J. No. 41. (Sask. C.A.)
- Chile
  - Tschumi Caso, Suprema Corte, Revista de Direito e Jurisprudência, XLII, parte 2, seção 1, p. 331
  - Exequatur State Street Bank e Trust Company, Suprema Corte, 14 de maio de 2007, Decisão n° 2349-05
  - Mauricio Hochschild S.A.C.I. v. Ferrostaal A.G., Suprema Corte, 22 de janeiro de 2008. Decisão n° 3247-2006
  - Raimundo Serrano Mac Auliffe Corredores S.A, Suprema Corte, 30 de novembro de 2004, Decisão n° 868-2003
  - Exequatur Cubix v. Markvision, Suprema Corte, 20 de agosto de 2014, Decisão n° 10890-2014

- Marlex v. European Industrial Engineering, Suprema Corte, 28 de julho de 2008, Decisão n° 026-2007
- Cruz Barriga v. Integral Logistics Society, Suprema Corte, 25 de agosto de 2010, Decisão n° 1699-2009

- Colômbia
  - Suprema Corte de Justiça, Câmara Cível, Julgamento de 5 de novembro de 1996, Exp. 6130, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss
  - García Fernandes Internacional Importação e Exportação AS v. Prodeco - Productos de Colombia, Suprema Corte de Justiça, Câmara Cível, 6 de agosto de 2004, Decisão n° 77
  - Corte Constitucional, May 26, 2005, Decisão n° T-557
  - Industria y Distribuidora Indistri SA v. SAP Andina y Del Caribe CA, Tribunal Superior do Distrito de Bogotá, D.C., Câmara Cível, 10 de março de 2010, Decisão n° 20100015000
  - Suprema Corte de Justiça, 24 de junho de 2016, Decisão n° SC8453-2016
  - Suprema Corte de Justiça, 8 de fevereiro de 2017, Decisão n° SC5207-2017
- El Salvador
  - Suprema Corte, Câmara Constitucional, 13 de março de 2012
  - Segunda Corte Civil e Comercial de San Salvador, 8 de fevereiro de 28, 2013, Decisão n° PC-29-12
- Estados Unidos da América
  - The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907 (1972)
- Jamaica
  - Vita Foods Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd., Comitê Judicial do Conselho Privado, [1939] 1 All E.R. 513
  - DYC Fishing Limited v. Perla Del Caribe Inc., Suprema Corte de Apelação Cível da Jamaica, [2014] JMCA Civ. 26, §§ 42-44, citando R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders, [1937] 2 All E.R. 164
  - Bonython v. Commonwealth of Australia, Alta Corte da Austrália, [1951] AC 201
- Paraguai
  - Hans Werner Bentz v. Cartones Yaguareté S.A., Suprema Corte de Justiça do Paraguai, 21 de março de 2013, Decisão n° 82
- Peru
  - Stemcor UK Limited v. Guiceve S.A.C., Superior Tribunal de Justiça de Lima, 1ª Câmara com especialização Cível e Comercial, 28 de abril de 2011
- Venezuela
  - Falência Canal Once, Câmara Cível da Suprema Corte de Justiça, Decisão n° 252-71, 27 de abril de 1971
  - Embotelladoras Caracas et al. v. PepsiCola Panamericana, Political e Câmara Administrativa da Suprema Corte de Justiça, 9 de outubro de 1997
  - Rafael Alfonzo, Câmara Cível da Suprema Corte de Justiça, Decisão n° 0176
  - Sotillo vs. Instituto de Clínicas y Urología Tamanaco, C.A. et al., 20 de maio de 2010
  - Banque Artesia Nederland, N.V. v. Corp Banca, Banco Universal C.A., Câmara Cível da Suprema Corte de Justiça, (SCJ/CC), Decisão n° 0738, 2 de dezembro de 2014

- Outros
    - Alemanha - Spanier Entscheidung, Câmara Constitucional, maio de 1971
    - França - Bisbal 1959
    - Holanda - Alnati, Suprema Corte da Holanda, 13 de maio de 1966
    - Índia - Videocon Power Limited, Rep. v. Tamil Nadu Electricity Board. Alta Corte de Madras, dezembro de 2004. 2005 (3) ARBLR 399 Madras, 2004 (5) CTC 668
    - Itália - Assael Nissim v. Crespi, Suprema Corte, Julgamento de 28 de junho de 1966, n°1680
    - Luxemburgo – Corte Distrital de Luxemburgo, Julgamentos de 07 de julho de 1988 e 17 de março de 1990
    - Reino Unido - Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbH e outros v. Shell

E. Bancos de dados e fontes eletrônicas

Para auxiliar na interpretação uniforme dos textos internacionais, duas das três organizações internacionais dedicadas precipuamente ao desenvolvimento do Direito internacional privado mantêm banco de dados online que contém decisões judiciais e arbitrais. Como já destacado anteriormente, a UNCITRAL criou um Sistema para coletar precedentes sobre os seus textos (- *Case Law on UNCITRAL Texts* - "CLOUT"), que está disponível de forma impressa ou por meio da internet (www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html). Um sistema similar existe no UNIDROIT – o banco de dados "inteligente" dos precedentes internacionais e bibliografia sobre os Princípios UNIDROIT e a CISG – e o banco de dados relacionado conhecido como UNILEX (www.unilex.info). A HCCH também disponibiliza bibliografia que está disponível no site da HCCH.

Existem outros bancos de dados que contém informação relevante para uma interpretação uniforme de Direito comparado. Uma é o banco de dados da Pace Law Albert H. Kritzer CISG, mantido pela Universidade Pace nos Estados Unidos da América (www.iicl.law.pace.edu/cisg/cisg). Outro banco de dados, mantido pelo *Center for Transnational Law* ("CENTRAL") na Universidade de Colônia na Alemanha, tem um método para a progressiva codificação do novo Direito Comercial transfronteiriço. Para este fim, uma lista aberta de princípios concernentes ao Direito Comercial foi preparada, mantida facilmente acessível na internet e constantemente atualizada com a adição de jurisprudência judicial e arbitral, doutrina e outras informações relevantes (www.trans-lex.org). Também existem alguns bancos de dados regionais sobre a CISG. Um exemplo é o seguinte: diprargentina.com, banco de dados da Universidade Carlos III - Pilar Perales.

Os textos oficiais e o status atual dos instrumentos interamericanos de Direito Internacional privado estão disponíveis no site da OEA: http://www.oas.org/pt/default.asp.