

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A NOVA LEI PARAGUAIA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS*

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES

*José Antonio Moreno Rodríguez***

Resumo: O Paraguai começa o ano de 2015 com uma nova lei de contratos internacionais, em consonância com as propostas vanguardistas avançadas por prestigiosas organizações codificadoras do mundo e das Américas. Nesta contribuição, se apresenta e explica a nova lei paraguaia no contexto, expondo suas potencialidades com respeito à arbitragem internacional.

Resumen: El Paraguay comienza el año 2015 con una nueva ley de contratos internacionales, en línea con las propuestas de vanguardia avanzadas por prestigiosas organizaciones codificadoras del mundo y las Américas. En esta contribución, se presenta y explica la nueva legislación paraguaya en su contexto dejando al descubierto su potencial con respecto al arbitraje internacional.

Palavras-chave: Direito internacional privado, Arbitragem internacional, Princípio da autonomia, Contratos internacionais, Aplicação da lei, Paraguai

Palabras clave: Derecho internacional privado, Arbitraje internacional, Principio de autonomía, Contratos internacionales, Aplicación de la ley, Paraguay

* O presente artigo foi publicado anteriormente em: *Temas Actuales de Derecho Bancario y Societario*. Asunción: Intercontinental Editora, 2015.

Versão em português de Maider Méndez e Renata Cenedesi.

** Redator da nova lei paraguaia de contratos internacionais. Membro do Tribunal de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Integrante da lista de árbitros do CIADI. Membro do Grupo de Trabalho sobre contratos internacionais da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Delegado por Paraguai ante a Comissão Especial sobre o tema contratual em 2012 e a sessão geral do Conselho em 2014, ambas de mencionado organismo. Membro do Conselho de Governo da UNIDROIT. Presidente da Associação Americana de Direito Internacional Privado. Membro do Comitê Jurídico Interamericano. Professor de graduação e pós-graduação em várias universidades, entre elas Paris II e Heidelberg, entre outras. E-mail: jmoreno@altra.com.py

1. INTRODUÇÃO

O Paraguai começa o ano de 2015 com uma nova lei de contratos internacionais, em consonância com as propostas vanguardistas avançadas por prestigiosas organizações codificadoras do mundo e das Américas. Nesta contribuição, o redator da nova lei paraguaia apresenta e explica a norma em apreço, expondo suas potencialidades com respeito à arbitragem internacional.

2. O PÊNDULO BALANÇA NOVAMENTE

A consolidação dos modernos Estados-Nação no século XIX deu impulso à disciplina do Direito internacional privado entendida em seu lado “*conflictualista*”, como destinada a resolver um “conflito de leis”. Recentemente, no entanto, têm-se visto notável dinâmica cosmopolita que tende a superar o *chauvinismo* ínsito à conflictualidade em matéria contratual¹. “*Inter alia*”, a autonomia da vontade vem se consolidando como um princípio em matéria de direito aplicável aos contratos internacionais, o que freqüentemente leva às partes a apontar a prevenir o inseguro mecanismo de “conflitos de leis” por meio de estipulações detalhadas em seus acordos ou seleções claras do regime jurídico que regerá os mesmos.

Além disso, a arbitragem foi se espalhando como meio normal de resolução de litígios comerciais, fornecendo aos juízes ferramentas poderosas para chegar a solução justa de problema transfronteiriço, mais além de mera obsessão pela aplicação automática de leis nacionais segundo algum mecanismo de conflito de leis.

No plano teórico, os fundamentos do fechado “*conflictualismo*” clássico padeceram de inúmeros ataques e, na prática, muitas vezes demonstrou-se que o sistema simplesmente não funcionava, por não dar a resposta adequada ou satisfatória às necessidades da atividade comercial internacional.

Organizações internacionais têm feito eco às necessidades de padronizarem-se as regras que regem a atividade comercial transfronteiriça, a fim de deixar para trás o *conflictualismo* ortodoxo; são notáveis, nesse sentido, os esforços globais como os da UNIDROIT, criada em 1926 sob os auspícios da Liga das Nações² e da UNCITRAL,

¹ Disso eu me ocupei em numerosos trabalhos; recentemente em: MORENO RODRÍGUEZ, José. “Los Contratos y La Haya: ¿Ancla al Pasado o Puente al Futuro?” [online]. En Contratación y Arbitraje, Contribuciones Recientes. Asunción: CEDEP, 2010, p. 5 e seguintes [acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <<http://jmoreno.info/v1/wp-content/uploads/2014/11/Los-Contratos-y-La-Haya1.pdf>>

² Vide <www.unidroit.org> [acesso 22 de maio de 2015]. Disso eu me ocupei em: MORENO RODRÍGUEZ, José. “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?” Revista Foro de Derecho Mercantil. 2005; reproduzido em: MORENO RODRÍGUEZ, José. Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje

originada dentro da própria Organização das Nações Unidas, em 1966³; além de organizações privadas, como a Câmara de Comércio Internacional (ICC)⁴, entre vários outros exemplos, que propõem regras uniformes para reger diferentes áreas de contratação internacional.

3. NÃO UM, MAS DOIS “CAVALOS DE TRÓIA” CONFLITUALISTAS

Nesse quadro, as duas últimas décadas têm assistido o surgimento de dois instrumentos conflitualistas com poderoso potencial para deixar atrás a ortodoxia do direito internacional privado do século XIX. Tais são os princípios da Convenção da Haia e da Convenção do México, dos quais me ocupo à continuação.

3.1. Princípios da Haia

Estabelecida na Haia, em 1893, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental desde 1955, e, sem dúvida, a organização de maior prestígio na matéria.

Composto por 78 Estados mais a União Europeia, a Conferência da Haia tem como objetivos a codificação parcial e gradual do direito internacional privado e o estabelecimento de mecanismos de cooperação judiciária internacional. Suas obras são distintas das outras organizações como a UNCITRAL, UNIDROIT. Em vez de avançar na unificação dos direitos de fundo, a Conferência da Haia tem sido caracterizada por produzir textos de direito internacional privado segundo o tradicional sistema conflitualista, em questões tão diversas quanto a proteção internacional das crianças, da família e direitos de propriedade, a cooperação jurídica, o litígio internacional, o direito comercial e o direito financeiro internacional⁵.

Em março de 2015, a Conferência da Haia concluiu o processo de aprovação de alguns “*Princípios*” de seleção do direito aplicável aos

[online]. Asunción: Catena Editores y CEDEP, 2006 [acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Los-principios-contractuales-de-unidroit.pdf>>

3 Vide <www.unidroit.org> [acesso 22 de maio de 2015]. MORENO RODRÍGUEZ, José. Op. cit., p. 5, e em MORENO RODRÍGUEZ, José. *Derecho Aplicable y Arbitraje*. Asunción: Intercontinental Editora, 2013, que conta também com edições publicadas em Peru, Colômbia, Espanha e Brasil.

4 A Câmara de Comércio Internacional, organização não governamental com sede em Paris— com más de 6,5 milhão de membros em 130 países <<http://www.iccwbo.org>> [último acesso: 22 de maio de 2015], propõe vários instrumentos normativos para que os particulares, fazendo uso da liberdade contratual, os incorporem em seus convênios, como acontece, por exemplo, com as regras relativas à INCOTERMS (alude a termos padronizados de intercâmbios utilizados no comércio internacional), a letras de crédito, como instrumentos de pagamento e de segurança, entre outros. Deste assunto eu me ocupei em outros trabalhos, como recentemente, nos trabalhos citados na nota anterior.

5 Vide <www.hcch.net> [acesso 22 de maio de 2015].

contratos internacionais, agora comumente chamados de “Princípios da Haia”⁶. Esse é o primeiro instrumento jurídico global responsável por regular a escolha do direito aplicável em relações transfronteiriças.

Os Princípios da Haia constam de um Preâmbulo, que acolhe e explicita o espírito do instrumento, e doze artigos, relativos ao seu âmbito de aplicação, à liberdade das partes para escolher o direito aplicável aos seus contratos, seja estatal ou não, à escolha expressa ou tácita do direito, à validade formal dessa escolha e à ordem pública como limite à autonomia da vontade, entre outras questões. Apenas são compreendidos nessa regulamentação os supostos em que as partes tenham escolhido o direito aplicável, salvo caso da ausência de escolha das partes⁷.

Os Princípios da Haia seguem a técnica de elaboração normativa dos Princípios UNIDROIT, de direito dos contratos. Assim, ambos os instrumentos têm um preâmbulo, regras ou “princípios”⁸, e comentários e ilustrações quando necessário. O sucesso da técnica de escrever os princípios UNIDROIT do direito dos contratos levou à Conferência da Haia a seguir tal mecanismo, depois de considerar as dificuldades de elaboração de um tratado internacional ou texto de “hard law”⁹.

Como os princípios UNIDROIT, espera-se que os da Haia guiem os legisladores e as partes em seus contratos, também a auxiliar na interpretação, tanto na esfera judicial quanto na esfera da arbitragem.

Estamos, porém, ante instrumentos complementares. Os Princípios da UNIDROIT ocupam-se de questões substantivas de direito dos contratos, como -entre outros temas- a formação, a interpretação, os efeitos e as formas de rescisão do contrato¹⁰. Embora os princípios da Haia versem problemas de que lei regerá o contrato, ou um ou vários direitos nacionais, ou, nesse caso, inclusive de um direito não estatal, como pode ser, por exemplo, os princípios UNIDROIT.

As origens dos princípios da Haia remontam os anos de 1980¹¹,

6 Vide <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135> [acesso 22 de maio de 2015].

7 Vide <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010pd06e.pdf>> [acesso: 22 de maio de 2015].

8 O termo “princípios” é utilizado em diferentes contextos e com diferentes conotações, sobre as quais não existe, em absoluto, consenso em doutrina. Às vezes se o utiliza como sinônimo de regras que não tem a força de lei, tal qual aparece nos Princípios UNIDROIT.

9 Lê-se no relatório da Oficina da Haia que isto se justifica por vários motivos. Por exemplo, resulta inviável obter um número importante de Estados que subscrevem um acordo de vontades sobre este assunto. Muitos de eles já encontram-se vinculados por um instrumento regional e não sentem a necessidade de investir esforços em um projeto de alcance internacional. Se esgrimem também outros argumentos para recorrer um instrumento não vinculante. Relatório de Oficina Permanente, reproduzido em BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (eds.). *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. Asunción: CEDEP y la Ley Paraguaya, 2010, p. 347.

10 Vide <www.unidroit.org> [acesso 22 de maio de 2015].

11 Vide PERTEGÁS, M.; RADIC, I. “Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?”. Em: BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (eds.). *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. Asunción: CEDEP y la Ley Paraguaya, 2010, p. 341 y ss.

quando depois de receber inúmeros encômios, elabora-se, na Europa, a Convenção Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, conhecido como “*Convenção de Roma*”, mas tarde se transformada em Regulamento Comunitário 593, de 2008, denominada “*Roma I*”, a vincular quase todos os países do velho continente¹².

No entanto, o projeto foi rejeitado na Haia¹³, por entender-se inviável uma convenção que regulamentasse esta questão, dado o quão difícil seria a sua possível negociação e especialmente a sua posterior ratificação por um grande número de países.

A ideia é retomada no âmbito da Conferência da Haia, em meados da última década. Decidiu-se abordar dois estudos preliminares, de 2006 e 2007, para analisar os instrumentos existentes e avaliar a viabilidade de um trabalho dessa natureza, no contexto dos contratos internacionais¹⁴. Isto levou a conclusões e recomendações feitas em 2008¹⁵ e 2009¹⁶.

Decidiu-se, como consequência, pela preparação de um instrumento não vinculante, ou seja, de “*soft law*”, que tivesse o fundamental propósito de promover a autonomia da vontade como critério para escolher do direito aplicável.

Para tal efeito, também em 2009, foi criado para sua elaboração, um Grupo de Trabalho composto de quinze especialistas¹⁷, bem como de

12 Roma I reproduz as disposições essenciais da convenção com algumas modificações e agregados. Comta com 29 artigos, precedida de 46 “*recitals*” ou “*considerandos*”, que contribui no trabalho interpretativo.

13 Ata N° 2 da Primeira Comissão, Oficina Permanente da Conferência (edit.). *Actas y Documentos de la Decimoquinta Sesión*, tomo I, A Haia, 1986, p. 199-200. Cita estos trabalhos M. PERTEGÁS, M.; Radic, I., em J. BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; MORENO RODRÍGUEZ, J.A. Op. cit.

14 Os estudos feitos foram: Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Report on Work Carried Out and Preliminary Conclusions, Note prepared by the Permanent Bureau, Preliminary Document N° 22 A of March 2007: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22a2007e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015]; Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Overview and Analysis of Existing Instruments – Note prepared by Thalia Kruger for the Permanent Bureau, Preliminary Document N° 22 B of March 2007: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22b2007e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015]; Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Special Focus on International Arbitration – Note prepared by Ivana Radic, Legal Officer, Preliminary Document N° 22 C of March 2007: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22c2007e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

15 Vide Conclusões e recomendações adotadas pelo Conselho <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl08s.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

16 Conclusões e recomendações: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_conc_109s.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015]. Precedeu esta decisão outro estudo de viabilidade sobre a escolha da lei aplicável em matéria de contratos internacionais <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07s.pdf>> [último acesso 22 de maio de 2015].

17 N. B. Cohen (Estados Unidos); The Hon. Justice Clyde CROFT (Austrália); S. E. Darankoum (Canadá); A. Dickinson, (Austrália); A. S. El Koshery (Egito); B. Fauvarque-Cosson (França); L. G. E. Souza Jr. (Brasil); F. J. Garcimartín Alférez (Espanha); D. Girsberger (Suíça); Y. Guo (China); M. E. Koppenol-Laforce (Países Baixos); D. Martiny (Alemanha); C. McLachlan (Nova Zelândia); J. A. Moreno Rodríguez (Paraguai); J. L. Neels (África do Sul); Y. Nishitani (Japão); R. F. Oppong (Reino Unido); G. Saumier (Canadá) e I. Zykin (Rússia). Como observadores foram nomeados os seguintes membros: M. J. Bonell (UNIDROIT); F. Bortolotti

observadores de instituições públicas e privadas, tais como UNCITRAL, UNIDROIT, a Câmara de Comércio Internacional dentre outras.

Em 2012, o Conselho de Assuntos Gerais da Conferência da Haia decidiu criar uma comissão para analisar as propostas do grupo de trabalho e fazer recomendações sobre os passos futuros a serem realizados. Reunida em novembro de 2012, a Comissão Especial, uma conferência diplomática composta por mais de centena de delegações nacionais e observadores apresentou proposta de regras para os princípios da Haia¹⁸, com diferenças pontuais à proposta do Grupo de Trabalho, mormente em relação à formulação de comentários e exemplos.

A reunião do Conselho de 2013 deu aval preliminar ao documento¹⁹, enquanto os comentários e exemplos elaborados pelo Grupo de Trabalho tiveram endosso provisório na reunião do Conselho de 2014²⁰.

Finalmente, em março de 2015, a versão final dos princípios da Haia, com comentários e exemplos²¹ foram formalmente aprovados, após decorrido o prazo para os países apresentarem objeções, o que acabou por não ocorrer.

O instrumento é extremamente importante, não só pelo que representa a organização promovida, como também pelo alcance global pretendido, consagrando a autonomia da vontade de forma ampla, da carta da cidadania, em um texto “*conflitualista*” em relação ao direito não estatal, em favor do cosmopolitismo que deveria prevalecer em relações transfronteiriças privadas. Por isso, pode-se qualificar o texto como um “*cavalo de Tróia*”, de fecundas consequências potenciais.

3.2. Convenção do México

Antecede aos Princípios da Haia outro “*cavalo de Tróia*” que, mesmo antes, no plano interamericano, tinha feito algo semelhante no que respeita ao direito não estatal. Tal é a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, também conhecida como a “*Convenção do México*” que, inspirada na Convenção de Roma, de 1980, relativa ao mesmo assunto, foi aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)²².

(Câmara de Comércio Internacional); T. Lemay (UNCITRAL); F. Mazza (Corte da Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional); K. Reichert (International Bar Association) e P. Werner (International Swaps and Derivatives Association). Mais adiante juntaram ao Grupo de Trabalho T. Kadner Graziano (Suíça) y S. Symeonides (Chipre), este último de dilatada trajetória no direito norteamericano.

18 <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt2012e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

19 <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013concl_e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

20 <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

21 <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135> [último acesso 22 de maio de 2015].

22 Dita organização vem organizando, desde 1975, suas Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIP) em sete edições até à data; e a Convenção do México foi aprovada na CIDIP V, realizada na cidade cujo nome se presta, em

O instrumento tem trinta artigos, que fornecem essencialmente – de forma igual que na fonte européia- seu âmbito de aplicação; autonomia para escolher o direito aplicável; os critérios a serem seguidos na ausência de seleção e, como novidade, indo além da Convenção de Roma, a possibilidade de que se aplique o direito não estatal. O efeito “*cavalo de Tróia*” dessa convenção surge, também, a partir de fórmula equitativa nela contidas, com a facultade ao juiz avaliar as relações transfronteiriças, com um critério universal de justiça, antes que haja impasse frente a alguns direitos nacionais.

No entanto, apesar de ser um instrumento muito aplaudido, cuja incorporação foi sugerida em importantes fóruns, esta Convenção só foi ratificada por México e Venezuela, talvez por causa da audácia no momento de suas soluções, em relação aos quais houve muita desinformação. Mas pode ser bem recepcionada por outros meios que não sejam a ratificação, como, por exemplo, pela incorporação de suas disposições em uma lei nacional²³, como aconteceu no Paraguai.

3.3. Voilà, a Lei paraguaia!

Em 15 de janeiro de 2015, o Poder Executivo do Paraguai promulgou a Lei 5393 “*Sobre a lei aplicável aos contratos internacionais*”, publicado em 20 de janeiro de 2015²⁴, e, conseqüentemente, em vigor a partir do dia seguinte a essa data.

O projeto original tinha sido apresentado no período anterior do Congresso, em 07 de maio de 2013, e em sua exposição de motivos reconhece a autoria ao Dr. José Antonio Moreno Rodríguez, afirmando que o advogado foi um membro do Grupo de Trabalho da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e, logo, um representante formalmente designado pelo Ministério das Relações Exteriores do Paraguai perante a Comissão Especial que, em sessão diplomática, aprovou o texto dos Princípios da Haia reproduzidos quase inteiramente pela nova proposta²⁵.

1994.

23 HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”. Em: *Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*. Asunción: CEDEP, 2008. (DeCITA 9), p. 170 e ss. De fato, más lá da ratificação do tratado, poderia ser utilizada à “incorporação por referência”, como o fez Uruguai quando em uma lei adotou as regras de interpretação de diversos artigos do Tratado de Direito Civil de Montevideo. O diretamente poderia apelar-se à “incorporação material”, que supõe a transcrição íntegra do tratado em um texto legislativo interno.

24 <<http://www.gacetaoficial.gov.py/gaceta.php?action=show&id=2670&num=13>> [último acesso 22 de maio de 2015]. A Lei paraguaia se encontra em destaque pela própria Conferência da Haia em seu site oficial, se encontra uma versão em inglês <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135> [último acesso 22 de maio de 2015].

25 Pode acessar à Exposição de Motivos em: <<http://sil2py.senado.gov.py/formulario/VerDetalleTramitacion.pmf?q=VerDetalleTramitacion%2F6372>> [último acesso 22 de maio

Conforme a exposição de motivos, esta reprodução principiopológica torna-se altamente aconselhável, com algumas ajustes que são convenientes, em consonância com a Convenção do México de 1994 sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, cujo texto foi inspiração para a elaboração dos Princípios da Haia acima referidos.

Conseqüentemente, segundo a Exposição de Motivos, em tal projeto de lei incorporam-se os benefícios da Convenção do México, enquanto que utilizados os avanços contidos no instrumento aprovado na Haia, tendo em conta que os princípios, entre outras aplicações, devem servir de inspiração a legisladores nacionais para a elaboração de leis padronizadoras da regulamentação da matéria. O que é altamente desejável para alcançar maior previsibilidade nas relações comerciais internacionais.

A exposição de motivos conclui que “tendo atualmente um dos regimes mais obsoletos do mundo em termos de contratos transfronteiriços... a legislação paraguaia vai passar, com este novo corpo normativo, a estar na vanguarda e até mesmo a lei pode inspirar outras legislações que eventualmente venham a ser elaboradas no mundo, uma vez que marca roteiro de como podem ser traduzidos em um texto legislativo os Princípios da Haia. É importante dizer que este projeto de lei, no caso de ser aprovado, terá grande impacto no mundo, ademais de passarmos a ser o país com a legislação mais moderna nesta matéria!”

O texto final da lei tem 19 artigos. Na primeira parte (artigos 1º a 10º e também 13 e 14), relativos à seleção do direito, basicamente se reproduzem os Princípios da Haia com pequenas modificações. Os seguintes artigos da Lei (11 e 12, 15 e 16) tratam principalmente de situações de ausência de seleção do direito, reproduzindo disposições quase literalmente análogas da Convenção do México de 1994. Finalmente o artigo 17, que se ocupa da ordem pública, e que está alinhado com a solução dos Princípios da Haia e no artigo 18, que trata das derrogações produzidas com esta lei.

4. ALGUNS ASPECTOS DE DESTAQUE DA NOVA LEI PARAGUAIA

Já tendo me referido à nova lei paraguaia, de forma mais abrangente, em recente e extenso artigo²⁶, a continuação passo a apontar algumas características marcantes, que podem ser particularmente úteis no campo da arbitragem internacional.

de 2015]. O projetista recebeu valiosos comentários incorporados ao texto feitos pelo professor Diego Fernández Arroyo, embora obviamente a responsabilidade final por o trabalho e qualquer imperfeição que pudesse ter, recai em seu autor.

26 A nova Ley Paraguuaia de Contratos Internacionais: *¿Regreso al Pasado?* Em <<http://www.asadip.org/v2/?p=5288>> [último acesso 22 de setembro de 2015].

4.1. Âmbito da aplicação

O artigo 1º da lei paraguaia, de acordo com o artigo 1.1 dos Princípios da Haia, estipula só tratar de contratos internacionais “quando cada uma das partes atua no exercício da sua atividade ou profissão”, esclarecendo que “suas disposições não se aplicam aos contratos de consumo, contratos de trabalho ou contratos de franquia, representação, agência e distribuição”.

Por sua parte, o artigo 3º, baseado no artigo 1.3 dos Princípios da Haia, também exclui do regulamento os acordos de arbitragem e acordos de eleição de foro, entre outras questões²⁷. Apesar dessa exclusão, a legislação paraguaia pode ser muito útil para questões que têm a ver com a lei aplicável à questão de fundo de contendas destinadas serem resolvidas por meio de arbitragem, que se trata matéria de outra natureza.

O artigo 13, que copia o artigo 9º dos Princípios da Haia, é responsável por precisar que “o direito aplicável segundo esta lei governa todos os aspectos do contrato entre as partes, particularmente: *a*) sua interpretação; *b*) os direitos e obrigações derivados do contrato; *c*) a execução do contrato e as consequências do descumprimento, incluindo a avaliação do dano e prejuízo; *d*) As diferentes causas de extinção das obrigações, a prescrição e a caducidade; *e*) a validade e as consequências da nulidade do contrato²⁸; *f*) o ônus da prova em presunções legais; e *g*) as obrigações pré-contratuais”.

4.2. Internacionalidade do contrato

A este respeito, o artigo 2º da lei paraguaia prevê que sua aplicabilidade será interpretada de forma tão ampla quanto possível e só serão excluídos aqueles em que todos os elementos relevantes estejam ligados a um único Estado. Essa fórmula está em linha com o comentário 1 ao Preâmbulo dos Princípios do UNIDROIT de direito dos contratos. Na verdade, a palavra “*internacional*” tende a conceber-se, de maneira bem ampla, em instrumentos normativos enquanto relativos aos contratos internacionais prevendo a utilização de arbitragem²⁹.

O texto da lei paraguaia, nesse sentido, desviou-se minimamente do texto dos Princípios da Haia³⁰, mas seu espírito é o mesmo, ou seja, o

27 Como as relativas à capacidade das pessoas físicas; as sociedades ou outras associações, os fideicomissos e os procedimentos de insolvência. Tampouco regula a lei a questão de saber se um representante legal pode obrigar, frente a terceiros, à pessoa em nome da qual pretende atuar.

28 Isto não exclui a aplicação de qualquer outro direito que confirme a validade formal do contrato.

29 Assim, por exemplo, no terceiro parágrafo, artigo primeiro, da Ley Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL.

30 Segundo os quais só se excluem de sua regulação os contratos em que cada parte tem seu estabelecimento no mesmo Estado e a relação das partes e os outros elementos relevantes,

de conferir ao termo “internacional” o máximo alcance possível³¹.

4.3. Concepção ampla da autonomia da vontade

A consagrar de maneira ampla o princípio da autonomia da vontade, a lei paraguaia reproduz o artigo 2º dos Princípios da Haia. No artigo 4º, prevê, em sua primeira parte que “um contrato é regido pela lei escolhida pelas partes...” (artigo 4.1).

A norma também aceita o “*dépeçage*” – divisão legislativa em espanhol - ao prever, no seu artigo 4.2 que “as partes podem escolher -: a) A lei aplicável à totalidade ou a uma parte do contrato; e b) Direitos diferentes para diferentes partes do contrato, na medida em que eles são claramente distinguíveis”³². O ponto não recebeu tratamento expresso nem na lei modelo nem no regulamento arbitral da UNCITRAL. Argumenta-se que pelo caminho interpretativo que lá se encontra de maneira ampla o “*dépeçage*”, decorre do princípio da autonomia que prevalece nessa área³³. Com a lei paraguaia, a questão fica fora de todo pacificado.

O artigo 4.3 da nova lei afasta ainda qualquer objeção que possa existir com respeito a que “a escolha pode ser realizada ou modificada em qualquer momento. Uma escolha ou modificação realizada com posterioridade ao aperfeiçoamento do contrato não deve afetar sua validade formal, nem os direitos de terceiros”.

Resulta importante previsão expressa neste sentido. Por exemplo, há algum tempo, na Itália, o Supremo Tribunal assentou que a “escolha das partes enquanto à lei aplicável não será admissível quando seja efetuado a posterior da celebração do contrato”. (Sentença de 1966, n.º. 1.680 no caso: *Assael Nissim contra Crespi*), vale ressaltar sentença não aprovada por toda a doutrina italiana³⁴.

Nem a lei modelo nem o novo regulamento da UNCITRAL ocupam-se do ponto, apesar de existirem precedentes em matéria de arbitragem nas quais as partes deveriam ser capazes de mudar a lei

independentemente ao direito escolhido, estão ligados so com esse Estado (artigo 1.2). Esta fórmula é inspirada no artigo 1(2) da Convenção da Haia sobre Seleção de Fórum- Art. 1(2).

31 Comentário oficial 1.14.

32 “Na medida em que eles são claramente distinguíveis” é um agregado que introduz o Senado paraguaio, que não altera o sentido da disposição tal qual fora concebida pela Conferência da Haia.

33 SILBERMAN, L.; FERRARI, F. “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong” [online]. Em: FERRARI e KROLL (eds.). *Conflict of Laws in Internation Commercial Arbitration*. Munich: European Law Publishers, s.d., p. 3. [último acesso: 24 de setembro de 2015]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1674605>>. WEBSTER, T. H. *Handbook of Uncitral Arbitration, Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL based Arbitration Rules*. Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2010, p. 513.

34 Relatório M. Giuliano e P. Lagarde, “Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”, DOCE C 327, de 11 de dezembro de 1992. O relatório encontra-se transcrito em ESPLUGUES, C. (ed.). *Contratación Internacional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1994, comentário ao artigo 3º.

originalmente escolhida para reger a disputa³⁵. A legislação paraguaia agora o esclarece.

Por outro lado, dentro da ampla concepção autonomista da nova lei paraguaia, seu artigo 4.4 prevê que “não é necessária nenhum vínculo entre o direito escolhido e as partes ou sua transação”.

No passado, a relação entre o direito escolhido e a operação comercial era frequentemente uma exigência, que ainda se aplicasse em alguns sistemas, como nos Estados Unidos (*Restatement Second of Conflict of Laws*, Art. 187 (2) (a). Este ponto não fica de todo liquidado nem na lei modelo nem nas regras da UNCITRAL, sobre tudo quando há questões imperativas como, por exemplo, as de defesa da concorrência. Conste que há conhecidas sentenças arbitrais alinhada à solução da lei paraguaia, como em pelo menos dois casos de arbitragem resolvidos por mecanismo de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC)³⁶.

O artigo 6º da nova lei paraguaia, alinhado com o artigo 4º dos Princípios da Haia, reza, na primeira parte, que “a escolha do direito, ou qualquer modificação na escolha do direito, deve ser feita de forma expressa ou desprender-se claramente das disposições do contrato ou das circunstâncias”. Essa solução dos Princípios da Haia foi aceita após descartar-se proposta que havia sido feita anteriormente, ao se estabelecer um standard de “intenções manifestamente claras” (“*manifestly clear intentions*”), entendendo-se que seria muito extremada, particularmente para alguns Estados, em relação a outros aspectos substanciais do contrato³⁷.

Nessas questões, a lei paraguaia pode ser muito útil também no contexto arbitral. A Lei Modelo da UNCITRAL apenas limita-se a dispor no seu artigo 28 (1) que “o tribunal arbitral deverá decidir o litígio em conformidade com as regras da lei escolhida pelas partes como aplicável nas questões de fundo”; enquanto que o Regulamento da UNCITRAL, de 2010, fala de normas de direito “que as partes indicaram” como aplicável nas questões de fundo.

Desses textos exsurge que não é necessária a designação expressa do direito aplicável. Segundo Webster, ao ser utilizado no novo regulamento a palavra “indicar”, propugna-se que os tribunais arbitrais verifiquem se há qualquer indicação indireta dos contratantes das regras que os regem³⁸. Na prática, em um laudo que se declarou que há uma escolha tácita do direito, quando o autor, em sua reclamação e o réu, em

35 Assim se há resolvido no caso *Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce* (Laudo do 23 de janeiro de 2008, disponível em: <<http://www.unilex.info>>. Outro precedente muito conhecido é o do Tribunal Arbitral Ad Hoc, laudo do 17 de dezembro de 1975, IV Yearbook Comm. Arb. (1979), 192 (193).

36 Caso CCI N° 4145 de 1984, XII Yearbook Comm. Arb. (1987), 97 (101). Caso CCI N° 4367 de 1984, XI Yearbook Comm. Arb. (1986), 134 (139).

37 Prel. Doc. N° 4 of 2012, Annex III, p. 7.

38 WEBSTER, T. Op. cit., p. 514-515.

sua defesa basearam-se, nas disposições da mesma lei³⁹. Por outro laudo, expressou-se que a escolha tácita deve resultar de maneira clara e não ambígua dos termos do contrato ou das circunstâncias⁴⁰. A propósito, a nova lei paraguaia dá diretriz clara nesse sentido.

Na segunda parte, o artigo 6º da lei paraguaia prevê que “um acordo entre as partes para conferir competência a um tribunal nacional ou arbitral para resolver conflitos relacionados com o contrato em si não é equivalente a escolha do direito aplicável”.

Tal esclarecimento é extremamente importante no contexto da arbitragem em que existem precedentes em conflito. Assim, em uma sentença, resolveu-se expressamente que a sede da arbitragem fixada não deve conduzir necessariamente à aplicação do direito daquele lugar⁴¹. Há, no entanto, precedentes contrários. No caso *China International Economic and Trade Arbitration Commission, Arbitral Award* (Caso 0291 de 2001), entendeu-se que ao ter-se optado por uma arbitragem administrada pela *China International Economic and Trade Arbitration Commission*, com sede na China, escolheu-se tacitamente o direito chinês⁴². Enquanto em *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* (caso de 1996), dizia-se que a seleção do direito alemão poderia ser inferida de acordo com as partes para diremir suas disputas no tribunal arbitral alemão⁴³.

A fórmula da Haia - seguido pela lei paraguaia - contraria uma posição utilizada no “*common law*”. De acordo Juenger, embora as regras digam o contrário, existe uma tendência caseira (“*homing trend*”) dos tribunais de aplicar o direito próprio⁴⁴. Obviamente, pode ser um elemento importante, mas, em definitiva, a solução da lei paraguaia é que a escolha de um juiz ou sede de um tribunal arbitral não deve ser decisiva para entender-se que direito deva ser aplicado.

Sobre outra questão, o artigo 7º da lei paraguaia, versada no artigo 5º dos Princípios da Haia, diz que “a escolha do direito não está sujeita a condição alguma enquanto à forma, a menos que as partes disponham expressamente ao contrário”. Então, isso pode ser feito eletrônica ou mesmo oralmente, salvo indicação em contrário.

Em relação ao “*pactum de lege utenda*”, a lei paraguaia em linha

39 Tribunal Arbitral Ad Hoc, Laudo de 17 de dezembro de 1975, IV Yearbook Comm. Arb. (1979), 192 (193).

40 Laudo preliminar CCI N° 5505 de 1987, XIII Yearbook Comm. Arb. (1988), 110 (118).

41 Vide CARON, D.; CAPLAN, L.; PELLONPÄÄ, Matti. *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*. s.n.: Oxford University Press, 2006, p. 126.

42 Vide <<http://www.unilex.info>>

43 Vide <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>> [último acesso 10 de maio de 2013].

44 JUENGER, F. K. “General Course on Private International Law (1983)”. Em *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985-IV, tomo 193 da coleção, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 133-134. A Expressão “homeward trend” é atribuída a Nussbaum (O. Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974, p. 280).

com o artigo 6º dos Princípios da Haia e, como regra aceita que “para determinar se as partes concordaram com uma escolha do direito, aplica-se o direito supostamente escolhido pelas partes”. No entanto, o artigo 8.3 da lei paraguaia prevê que “o direito do Estado em que uma parte tem o seu estabelecimento determina se essa parte consentiu na escolha do direito, levando-se em conta as circunstâncias, não é razoável determinar essa questão segundo o direito mencionado neste artigo”. O comentário oficial dos Princípios da Haia, para tal disposição, sublinha o carácter excepcional dessa última provisão.

Por outro lado, uma inovação dos Princípios da Haia- não contemplada em nenhum instrumento internacional até então- é a do seu artigo 6.2, correspondente ao artigo 8.2 da lei paraguaia, segundo o qual “... se as partes utilizaram cláusulas padronizadas ou de adesão que indicam diferentes direitos e sob ambos os direitos prevalecem as mesmas cláusulas padronizadas, aplica-se o direito indicado em tais cláusulas padronizadas; se conforme estes direitos prevalecem distintas cláusulas padronizadas, ou se não prevalece nenhuma das cláusulas padronizadas, então não haverá escolha de direito...”. Esses lineamentos podem resultar de suma valia no contexto arbitral.

Por sua parte, o artigo 9º da lei paraguaia, alinhado com o artigo 7º dos Princípios da Haia, estabelece que “a escolha do direito não pode ser impugnada apenas invocando-se que o contrato ao que se aplica não é válido”. Tal é o princípio da separabilidade que, em matéria de arbitragem, encontra-se contida no artigo 16 da lei modelo da UNCITRAL, amplamente aceita e utilizada.

Com respeito ao reenvio, o artigo 10º da lei paraguaia, nos termos do artigo 8º dos Princípios da Haia⁴⁵, estabelece que “a escolha do direito não inclui as regras de conflito de leis do direito escolhido pelas partes, a menos que as partes expressamente indiquem o contrário. É importante um esclarecimento a este respeito, porque aqui tem havido contradição em laudos que excluíram o reenvio⁴⁶ ou o aceitaram⁴⁷. Uma solução em linha com a lei paraguaia, no contexto da arbitragem, foi advogada, por exemplo, por Silberman e Ferrari, em estudo exaustivo⁴⁸.

Outra norma decantada dos Princípios da Haia é a do artigo 14, que tem como objetivo dar o máximo possível de virtualidade à vontade das

45 Consoante com as convenções da Haia que deixam fora o reenvio, PERMANENT BUREAU. *Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts*, p. 26. [último acesso 22 de maio de 2015] <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf>

46 Laudo preliminar CCI Nº 5505 de 1987, XIII Yearbook Comm. Arb. (1988), 110 (117-118).

47 Laudo CCI Nº 1704 de 1977. Em: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, supra n. 16,312, 313.

48 SILBERMAN, L.; FERRARI, F. Op. cit. Assim o há feito, por exemplo, o art. 46 da Lei inglesa de arbitragem de 1996; art. 36(1) da Lei japonesa de arbitragem de 25 de julho de 2003; art. 28(1) da lei dinamarquesa de arbitragem de 24 de junho de 2005; e o art. 34(2) da lei espanhola 60/2003 de arbitragem de 23 de dezembro de 2003.

partes quando expressa nas transferências de crédito⁴⁹. Isso pode ser útil na arbitragem.

4.4. Admissão do direito não estatal

A amplitude autonomista da lei paraguaia é evidente ao aceitar não só amplamente a liberdade para a seleção dos direitos nacionais, como também – indo mais longe – autorizando às partes escolherem um direito não estatal.

Aqui deve fazer-se uma precisão terminológica. Há uma grande disparidade quando, aludindo o mesmo fenômeno, fala-se de direito independentemente de direito transnacional, “*lex mercatoria*”, direito brando ou “*soft law*”, ademais de várias outras expressões⁵⁰.

Antes disso, optou-se no instrumento da Haia por acudir à expressão “*rules of law*” ou – em português, “regras de direito”, com o objetivo deliberado de beneficiar-se do grande desenvolvimento doutrinário, jurisprudencial e regulamentar que se produz a partir de sua adoção no mundo da arbitragem⁵¹.

A lei modelo da UNCITRAL de 1985, renovado em 2006, adotou a expressão em seu art. 28⁵², até então ela só tinha sido utilizada no artigo 42 da Convenção de Washington de 1965 sobre investimento e nas leis de arbitragem da França e Djibuti⁵³. A fórmula também tinha sido incluída no artigo 33 do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL de

49 Reza a norma: “No caso de uma cessão contratual de um crédito ostentado por um credor frente a um devedor em virtude de um contrato que os vincula: a) si as partes do contrato de cessão de crédito escolheram o direito que rige seu contrato, o direito escolhido rege os direitos e obrigações do credor e do cessionário derivados de seu contrato; b) si as partes do contrato entre o devedor e o credor há escolhido o direito que rige seu contrato, o direito escolhido rege (1) a questão de saber si a cessão de crédito é oponível ao deudor, (2) os direitos do cessionário contra o deudor, e (3) a questão de saber si o deudor se foi liberado de suas obrigações”.

50 Vide, inter alia, em meu artigo: *Debate sobre el Derecho No Estatal y la Lex Mercatoria*, número 1 del 2014 sobre Arbitraje Internacional de Forseti, acessível em: <<http://www.forseti.pe/revista/2014-numero-1>> [último acesso 22 de maio de 2015].

51 Isso consta para mim, pessoalmente por ter participado em seu momento nas deliberações sob o assunto.

52 O comentário Oficial de UNCITRAL ao artigo 28 da Lei modelo expressa que a fazer referência à escolha das “normas de direito” e não a “lei”, a lei modelo fornece as partes uma mais ampla gama de opções no concernente, à indicação da lei aplicável ao fundo do caso, por quanto àquelas podem, por exemplo, escolher de mútuo acordo normas de direito elaborada por um organismo internacional, mas ainda não incorporadas em nenhuma legislação nacional (vide também o Relatório do Grupo de Trabalho da UNCITRAL, 18ª sessão, março 1985 (A/CN.9/264, pp 60-63). Nesta linha, tanto o comentário oficial Inglês como e texto explicativo Holandês às leis de arbitragem desses países consignam o entendimento de que a *lex mercatoria* é coberta pela expressão “regras de direito” (O texto em Inglês pode ser encontrado no site: <http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm> [último acesso 22 de maio de 2015]; o relatório explicativo holandês (Documento N° 18464) encontra-se citado por DE LY, F. *International Business Law and Lex Mercatoria*. Netherlands: Elsevier Science Publishers B.V., 1992, p. 250.

53 Documento A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1.

1976 e mantida no atual artigo 35 do Regulamento de 2010⁵⁴, a manter a similaridade com regras de diversos regulamentos arbitrais⁵⁵.

A expressão “regras de direito” é entendida de forma mais ampla do que o termo “lei” e permite às partes designar como aplicável regras de mais de um sistema jurídico, incluindo aquelas que não tenham sido formalmente adotadas como “direito estatal”⁵⁶.

Nessa mesma linha, o artigo 5º da lei paraguaia, baseado no artigo 3º dos Princípios da Haia, estabelece que “nessa lei a referência a direito inclui normas de direito de origem não-estatal, geralmente aceitas como um conjunto de normas neutras e equilibradas”.

Como assinalam Pertegás e Marshall, uma norma assim tem o efeito de “nivelar o campo de jogo” (“*level the playing field*”) entre arbitragem e litígio⁵⁷. Antes urgia recorrer a uma cláusula de arbitragem para garantir que a escolha da lei não estatal fosse respeitada, pelo menos nos países em sintonia com a Lei Modelo da UNCITRAL. Com a solução da Haia, isso já não é mais necessário.

Nas discussões do Grupo de Trabalho na Haia foi rejeitado que as regras escolhidas deveriam passar por um “exame de legitimidade” (“*test of legitimacy*”), que avaliasse sua natureza e características⁵⁸, posto que nas regras não estatais podem ser adotadas agora não só em casos com cláusula de arbitragem, mas, também, sem importar o mecanismo de solução de controvérsias⁵⁹. Ainda foi acordado nessas discussões que

54 Sobre os pequenos ajustes feitos ao atual regulamento, vide: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, a Report by J. Paulsson / G. Petrochilos, Commissioned by the UNCITRAL Secretariat, Draft for Comments, 31 March 2006. As discussões ao respeito estão refletidas nos documentos A/CN.9/614, paras. 122-124; A/CN.9/641, paras. 106-113 y A/CN.9/684, paras. 91-100. Sobre este assunto, podem ser utilizados em: MORENO RODRÍGUEZ, J. A. Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, Anotado y Comentado. Buenos Aires: Editorial, 2011.

55 BARCELO, J. J.; MEHREN, A. von; VARADY, T. *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*. 4ª ed. s.n.: Thomson Reuters, 2009, p. 70.

56 Já quando se estava debatendo o texto da lei modelo de arbitragem da UNCITRAL, Bonell nas deliberações disse: “... debe-se permitir as partes desnaturalizar a controvérsia, indicando como base para sua solução regras e princípios de natureza diferente, tomada, por exemplo, dos instrumentos internacionais, sejam ou não executável, observando as práticas comerciais e os princípios ou regras comuns aos sistemas jurídicos nacionais de ambas as partes...” (Yearbook of the United Nations Commission on International Trade, Volume XVI, 1985, p. 487, parágrafo 8).

57 PERTEGAS, M.; MARSHALL, B. A. “Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”. *Brooklyn Journal of International Law*. 2014, vol 39, n 3, p. 979.

58 Estimou-se adotar uma regra bem ampla (open-ended rule) que não limite às partes a opção de escolher o direito não estatal seria mais apropriado e acorde com o estabelecido pelo preâmbulo dos Princípios da Haia. GAMA, L.; SAUMIER, G. “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”. Em: *Jornadas de la ASADIP: El Derecho internacional privado en los procesos de integración regional* (San José 24-26 de novembro de 2011). San José: ASADIP e Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 56-62.

59 Nas deliberações anteriores do Grupo de Trabalho da Conferência de Haia tinha proposto três opções relativas à seleção de regras não estatais: 1) ser reservada para o campo de arbitragem; 2) permitir a designação de direito estatal, sem importar o mecanismo de resolução de litígios; 3) omitir referências ao direito não estatal nos princípios, de modo a

as regras escolhidas de direito não estatal devem ser diferenciadas das regras individuais feitas pelas partes e que, obviamente, existem limites. Em particular, as regras escolhidas devem ser de fato um conjunto de regras (“*a body of rules*”), como por exemplo os princípios UNIDROIT⁶⁰.

Isso se encontra reforçado pela fórmula acolhida pela Comissão Especial, conforme o texto dos Princípios, ao prever, em seu art. 3º: “Nestes Princípios, a referência a ‘direito’ inclui normas de direito geralmente aceitas no âmbito internacional, supranacional ou regional, como um conjunto de regras neutras e equilibradas, a menos que o direito do foro disponha ao contrário”. Essa formulação foi ligeiramente alterada pela lei paraguaia. No entanto, o espírito é o mesmo.

Petergás e Marshal explicam os requisitos introduzidos⁶¹. Com a exigência de “regras neutras e equilibradas” pretende-se responder a preocupações de que o poder negociador desigual leve à aplicação de regras injustas ou desiguais. Excluindo assim as normas concebidas para conferir vantagens a uma parte contratante, tal como as redigidas unilateralmente por certos círculos ou grêmios comerciais ou profissionais.

No que concerne à expressão “conjunto de regras geralmente aceitas” procura-se dissuadir às partes a escolher categorias vagas ou incertas como regras de direito. Conjunto de regras geralmente aceitas são, por exemplo, os princípios UNIDROIT do direito contratual e a Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias⁶².

Conta-se, pois, a partir da nova lei paraguaia com diretrizes nem definidas acerca do que deve ser entendido por “normas de direito”, o que pode resultar particularmente útil no contexto da arbitragem.

deixá-lo aberto à interpretação de juízes e árbitros. O grupo optou finalmente por permitir a nomeação de direito não estatais, independentemente do método de resolução de conflitos. Ela – segundo Gama e Saumier – é a mais inovadora e adaptável aos diferentes sistemas jurídicos. *Ibid.*, p. 62-63.

60 Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts - drawn up by the PERMANENT BUREAU: <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf>, versão consolidada – [último acesso 22 de maio de 2015], p. 14-15.

61 Sob isto vide: PERTEGAS, M.; MARSHALL, B. A. *Op. cit.*, p. 997-998.

62 No seio da União Europeia foram publicados também “Princípios” semelhantes nos anos 1995 (Parte I), 1999 (Partes I e II) e 2003 (Parte III), preparado por um grupo cuja cabeça visível foi o professor escandinavo Ole Landö (Comissão Landö). Tanto UNIDROIT como a “Comissão Lando”, de maneira imprecisa, tinham chamado “princípios” a seu produto, quando na realidade estamos diante de um corpo de regras que poderiam facilmente ser sancionadas por um legislador como “Código”. Mas a Europa foi mais longe, elaborando um documento análogo mascarado agora baixo termo “Quadro Comum de Referência” O primeiro esboço foi publicado em dezembro de 2007 enquanto uma nova versão apareceu em fevereiro e depois ao no final de 2009. O trabalho pode ser considerado o sucessor dos princípios da Comissão Landö, embora a cobertura agora seja mais ampla, desde que compreende ainda regras relativas aos contratos específicos, e obrigações em geral, além de propriedade de bens móveis. Como predizem renomados juristas germânicos, o debate agora será marcado pela existência de diferentes textos competindo uns com os outros. Vide: MORENO RODRÍGUEZ, J.A. “Contratos y La Haya”. Em: *Contratación y Arbitraje – Contribuciones Recientes*, CEDEP, Asunción, 2010, p. 26.

4.5. Ausência ou ineficácia da eleição

Dispõe o artigo 11.1 da lei paraguaia que “se as partes não tivessem escolhido o direito aplicável, ou se sua eleição resultasse ineficaz, o contrato seria regido pelo direito com o qual tenha os vínculos mais estreitos”. Esta norma reproduz o estabelecido no artigo 9º da Convenção do México, que adota a fórmula flexível de “conexão mais próxima ou significativa” e descarta outras noções controversas, como o lugar de cumprimento da obrigação.

O artigo 11.2 da lei paraguaia, também reproduzindo a solução do texto do México, prevê que “o tribunal terá em conta todos os elementos objetivos e subjetivos que se desprendam do contrato para determinar o direito com o qual tem vínculos mais estreito”. De maneira que para estabelecer a vinculação mais estreita, deve avaliarse todas as circunstâncias possíveis, tais como as territoriais relativas à celebração, execução, domicílio ou estabelecimento, cláusula de resolução de conflitos, moeda, os tratos prévios e outros. Tais são os elementos objetivos, a serem considerados conjuntamente com os subjetivos, que surgem das diversas cláusulas circunstâncias, anteriores, concomitantes e posteriores ao contrato.

Cabe destacar que a lei paraguaia não reproduz a última parte da Convenção do México, e que será tomado em consideração “os princípios gerais de direito comerciais internacionais aceitos por organizações internacionais” (Artigo 9º, segundo parágrafo). Esta solução da Convenção do México é o resultado de um compromisso entre os negociadores, frente à posição da delegação americana, para que fossem aplicados diretamente os Princípios do direito contratual da UNIDROIT, em ausência de uma decisão válida de direito aplicável. Para Juenger, fica claro que a referência a “princípios gerais” da Convenção do México nos conduz claramente a UNIDROIT⁶³.

O autor da Convenção do México, Siqueiros, destaca a relevância da opinião de Juenger a favor da aplicação dos Princípios do UNIDROIT, por certo porque sua delegação foi a proponente da fórmula de compromisso⁶⁴.

A exclusão dessa redação na lei paraguaia obedece a que a mesma já foi esclarecida anteriormente (em seu artigo 3º), visto que a alusão ao direito que lá se faz pode ser entendida como relacionada também ao direito não estatal. O que significa que se os mesmos julgadores entendem mais estreita a conexão do caso, o direito transnacional, antes

63 Vide JUENGER, F. K. “The Lex Mercatoria and Private International Law”. *Louisiana Law Review*. 2000, p. 1148.

64 SIQUEIROS, J. L. “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”. Em: *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 223.

que o direito nacional, o aplicará diretamente, venha de uma organização internacional (como UNIDROIT) ou não.

No fundo, Juenger - nas negociações da Convenção do México-pretendeu com a sua fórmula, que a conexão mais próxima não seja entendida como a de um direito nacional, mas sim de um direito transnacional ou não estatal⁶⁵.

Considere-se que a lei paraguaia pode resultar particularmente útil no âmbito arbitral, pois o artigo 28 (2) da lei modelo da UNCITRAL faz alusão à aplicabilidade de que “a lei determine as normas de conflito”⁶⁶, com uma interpretação fechada sustentando que somente se poderia recorrer tendo em vista o respeito às regras nacionais⁶⁷.

No entanto, a crescente casuística a partir deste comentário (emitido em 1987) indica o contrário⁶⁸. Blessing, por exemplo - respeitada autoridade na matéria-, advoga por uma interpretação extensiva a estes corpos normativos, como de resto também o fazem outras figuras mundiais da atual arbitragem⁶⁹. Foi decidido em um laudo que “a ausência de escolha expressa de uma lei nacional determinada não pode se transformar em uma escolha implícita da lei não estatal a título de “princípios gerais do direito” ou “*lex mercatoria*” (Sentença parcial 7319 de 1992, ICC)⁷⁰.

Em resposta, pode-se citar a Gaillard, quando diz que, contrariamente a ideia generalizada, baseada em visão muito abstrata do método das regras transnacionais (que leva à aplicação do direito não estatal), a previsibilidade do resultado está melhor assegurada utilizando tal método e não o método conflitualista clássico. As partes que não tomaram a precaução de escolher o direito aplicável ao seu contrato podem ser surpreendidas pela aplicação de regra que carece de aceitação geral no direito comparado, bem como pela aplicação de outra que corresponda a movimento legislativo amplamente adotado⁷¹.

Pois bem, a fórmula da “conexão mais estreita” é frequentemente

65 Vide JUENGER, F. K. Op. cit., p. 1148.

66 A disposição prevê: “... 2) Se as partes não indicam a lei aplicável, o tribunal arbitral aplicará a lei determinada pelas regras de conflito de leis que considera aplicável ...”.

67 Deste assunto eu me ocupei no capítulo 3 do livro Derecho Aplicable y Arbitraje. MORENO RODRÍGUEZ, J. Op. cit.

68 Communication on European Contract Law: Joint Response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code <www.sgecc.net>, p. 17.

69 O feito que a lei Modelo siga impondo aos árbitros, a diferença de certas legislações nacionais, o rodeio de uma regra de conflito não constitui uma verdadeira obrigação, já que os árbitros gozam de total discricção na escolha desta regra de conflito. Portanto, não existe na prática nenhuma diferença significativa entre o reconhecimento da liberdade total de os árbitros para escolher o direito aplicável, e o de sua liberdade para escolher uma regra de conflito a sua discricção. GAILLARD, E. E. *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*. Tradução ao espanhol de María Esmeralda Moreno R. Asunción: Ed. La Ley Paraguaya, CEDEP, Thomson Reuters, 2010. A. Supervisores da edição em espanhol: Diego P. Fernández Arroyo y Ximena Herrera-Bernal. p. 124. Vide também em V. RÚÍZ ABOU-NIGM, p. 117.

70 XXIV Yearbook Comm. Arb. (1999), 141 (145).

71 E. GAILLARD, E. Op. cit., p. 126.

utilizada em arbitragens⁷², pelo que adotá-la em combinação com o disposto pela lei paraguaia, poderia -ou deveria- direcionar-se aos juízes na aplicação do direito não estatal, ou, pelo menos, facilitar o caminho para assim o decidirem se considerassem melhor.

4.6. Fórmula equitativa

Sinaliza Bortolotti que regras contidas nos direitos nacionais podem levar a contradizer as necessidades do comércio internacional. Isso quando a norma foi formulada para questões internas e não considera uma possível aplicação em uma transação internacional, ou porque a regra é tão particular a um sistema específico que é imprevisível para as partes que não são desse país⁷³.

Enquanto expressa Brunner que, em matéria de contratações internacionais, deveria assumir-se que as partes esperam a aplicação do direito interno a partir de uma ótica mais ampla, de acordo com os usos e princípios internacionais estabelecidos⁷⁴, tendo presente à necessidade de acomodar fatores específicos peculiares a transações em que se apresentam elementos estrangeiros. Assim como os tribunais nacionais estão autorizados a interpretar e suplementar o direito nacional por princípios gerais⁷⁵, deveriam igualmente estar autorizados a fazê-lo em contratos internacionais⁷⁶.

Deve também considerar-se que é impossível dissociar o direito da linguagem no qual se encontra expressado. Derains indaga se, por exemplo, conceitos ingleses como “*consideration*”, “*implied terms*”, “*misrepresentation*” o “*frustration*” podem ser propriamente explicados ou compreendidos em francês ou espanhol⁷⁷. Obviamente um critério interpretativo mais amplo se impõem com respeito a tais termos,

72 Vide laudos citados por SILBERMAN e FERRARI. Op. cit., p. 19.

73 BORTOLOTTI, F. *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, International Chamber of Commerce (ICC). DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, Paris, 2014, p. 7-8.

74 Diz textualmente em Inglês “with a broader-brush and with an eye to established international usage. C. Brunner, p. 29. GOODE fala do “broader-brush” (que significa literalmente “pincel mais amplo”) em seu artigo com título significativo: “The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration”. *Arbitration International* 8, 1992”. É verdade que GOODE refere-se ao contexto da arbitragem, mas os princípios de Haia – é visto-decidem dar um passo também na equiparação de isso ao judicial; GOODE, R. “Reflections on the Harmonization of Commercial Law”. Em: CRANSTON, R.; GOODE, R. (eds.), *Commercial and Consumer Law, comercial e Direito do Consumidor*.

75 Paulson observa que os direitos nacionais em si mesmo contêm regras corretivas, e elas são formidáveis. Um tribunal internacional ou um tribunal que deve aplicar um direito nacional tem tanto o dever como autoridade para aplicar como um todo. PAULSON, J. *The Idea of Arbitration*. London:Oxford University Press, 2013, p. 232.

76 Em apoio cita Brunner a Redfern y Hunter, C. Brunner, p. 29.

77 DERAINS, Y. “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration”. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1995, vol 6, n° 1, p. 6.

mormente em uma transação transfronteiriça na qual as partes não provêm exclusivamente do sistema do “*Common Law*”.

Bruner assinala que ao avaliar o tema da aplicação dos direitos nacionais para transações internacionais devem tomar-se em conta as expectativas legítimas das partes⁷⁸, o que deve-se sopesar em cada caso. Se uma parte escolheu um direito nacional pela razão de querer solução rígida para uma questão específica, pode-se fazer menção dele, excluindo qualquer recurso a considerações de outros direitos ou do direito transnacional⁷⁹. Pelo demais, o próprio direito nacional pode dar lugar a uma construção comparativa⁸⁰, como ocorre de maneira recorrente no direito comparado. Deve ser considerado também que os diferentes sistemas contêm fórmulas abertas que dão amplos poderes ao juiz, como as de força maior e improvidência. É aqui que os princípios gerais de direito comparado adquirem uma particular força⁸¹.

Em matéria da arbitragem, já a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961 previa no artigo VII que em todos os casos, os árbitros devem ter em consideração os “termos do contrato e os usos comerciais”. Isto foi avaliado por Blessing como um dos eventos mais significantes do século XX, ao liberar a arbitragem de percepções locais⁸².

Isso reflete-se também nas deliberações do grupo de trabalho que elaborou o art. 28 da Lei Modelo da UNCITRAL, nas que ficou claro que *em todos os casos* o tribunal arbitral terá em conta as estipulações do contrato e os usos comerciais aplicáveis ao caso⁸³; é concedida assim ampla margem de decisão ao tribunal arbitral, na resolução de casos “divorciados” de um sistema nacional específico⁸⁴.

78 Como bem assinala Derains que a escolha expressa ou implícita não exclui a possibilidade de que, em certos casos, seja legítimo esperar que o juiz considere a operação de uma regra que as partes não especificam como aplicável ao contrato.

79 BRUNNER, C. Op. cit.; p. 30-31.

80 Idem.

81 Idem.

82 BLESSING, M. “Choice of Substantive Law in International Arbitration”. *Journal of International Commercial Arbitration*. 1997, vol 14, n° 2, p. 12.

83 Notas explicativas do secretário-geral da CNUDMI na Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, em JENKINS, J.; STEBBINGS, J. “International Construction Arbitration Law”. *Kluwer Law International*. 2006, p. 390 - 404.

84 Relatório do Secretário-Geral sobre as Regras de Arbitragem da CNUDMI A / CN.9 / 97 de Avri de 1973. Esa fórmula da lei modelo por sua vez foi baseado no artigo 33 (3) do Regulamento de UNCITRAL de 1976. A este respeito, Sanders, quem havia trabalhado com proeminência na elaboração dessas regras diz: “El artículo 33 en su párrafo (3) es muy claro y establece que “en todos los casos” el tribunal decidirá, de acuerdo con los términos del contrato y tendrá en cuenta los usos del comercio: “... El párrafo 3 establece una distinción: la decisión debe ser “con arreglo” a las estipulaciones del contrato, mientras que los usos comerciales deben “tenerse en cuenta”. Esta distinción, después de largas discusiones, se hizo a propósito. Subraya la importancia del contrato y de las disposiciones estipuladas en el mismo. Si el contrato es claro, los usos comerciales no pueden justificarse una desviación de él. El contrato ocupa el primer lugar. Esto, en mi experiencia, corresponde con la práctica del arbitraje...”. SANDERS, P. “Commentary On Uncitral Arbitration Rules”. *Yearbook Commercial Arbitration*. 1977, vol

Nessa solução foram adotados também vários regulamentos de arbitragem como ocorre, por exemplo, com o artigo 35 do Regulamento UNCITRAL 2010 (que replica fórmula idêntica do Regulamento de 1976)⁸⁵; ou com o artigo 21 do regulamento da Câmara de Comércio Internacional de 2012, segundo o qual “em todos os casos, o Tribunal Arbitral deve ter em conta a previsão contratuais e todos os usos relevante de comércio”⁸⁶. Quando tal regra foi originalmente formulada em 1975, o então vice-presidente do Tribunal, Jean Robert, disse: “É legítimo pensar aqui que essa fórmula abre caminho a uma forma de arbitragem mais ou menos livre, no futuro, de restrições legalistas”⁸⁷.

Em matéria de doutrina, assinala Blessing, que temos escutado críticas de muitos autores a argumentaram que essa fórmula corretiva na arbitragem só complicaria e forneceria incerteza, devendo-se, em vez disso, dar-se clara preferência a um sistema jurídico nacional. Os doutrinadores - expressa Blessing- talvez nunca participaram em uma arbitragem na qual tiveram que resolver questões relacionadas a esses assuntos, ou não perceberam que as legislações nacionais e as leis locais podem resultar estreitas ou inapropriadas⁸⁸.

A suíça Kaufmann-Kohler, outra jurista de prestígio, com vasta experiência no mundo da arbitragem, lembrando os casos em que participou como árbitra, em litígios submetidos aos direitos alemão, francês, inglês, polonês, húngaro, português, grego, turco, libanês, egípcio, tunisiano, marroquino, sudanês, liberiano, coreano, tailandês, argentino, colombiano, venezuelano, suíço, de Illinois e Nova York, auto questionou-se se é possível conhecer todos esses sistemas. Ela mesmo agregou que, exceto o direito de Nova York, que aprendeu há muitos anos e não pretende conhecer agora, e o suíço, que utiliza ativamente, a resposta é claramente não. E então, a autora se indaga: “o que deve ser feito com um direito desconhecido? Como fazer para conhecê-lo? Irão ensinar-me ao os advogados das partes? Devo ignorar-lo? Devo

II, p. 210-211.

85 É anterior à Lei Modelo da UNCITRAL e mesmo foi tomada em consideração em sua preparação. Assim, lê no documento do grupo de trabalho da UNCITRAL A / CN.9 / 263, Ad.1: Representação da Jugoslávia declarou que o artigo 28 deve ser complementada com o artigo 33 (3) do Regulamento da Arbitragem da UNCITRAL, para poder requerer do tribunal arbitral também a ter em conta “*los usos mercantiles aplicables a la transacción*”.

86 Vide <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_19> [último acesso 22 de maio de 2015].

87 Vide CRAIG, L.; PARK, W.; PAULSSON, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3º ed. s.n.: Oceana Publications, 2000. p. 331.

88 BLESSING, M. Op. cit., p. 3. Além disso, Blessing assinala a existência de uma enorme quantidade de novas leis que foram criadas em diversas áreas do direito, levando a uma densa de regulamentos que não têm precedentes. As empresas que ingressam ao mercado internacional podem escolher ser sujeito às leis locais, mas no caso de surgir uma controvérsia, é necessário que o tribunal arbitral decida segundo as noções fundamentais e os princípios gerais reconhecidos segundo as expectativas legítimas das partes. O árbitro não pode ser um mero escravo ou uma espécie de mecânico que cegamente usa ferramentas locais para encontrar uma solução ao conflito.

enfocar-me nos fatos e na equidade?⁸⁹”.

Em uma enquete recente entre experientes árbitros norte-americanos, mais de um quarto dos que responderam, disseram que se sentem livres de seguir seu próprio senso de equidade e justiça ao proferir um laudo, mesmo que isso resultasse contrário ao direito aplicável⁹⁰.

Em definitiva, é sabia a fórmula dual da lei modelo de arbitragem, que permite, se for o caso, empregar usos, princípios e normas transnacionais, de maneira corretiva. Em seu momento, quando se estudava a lei modelo de arbitragem da UNCITRAL, a pressão de representantes de chamados países em desenvolvimento levou a excluir-se do pré-projeto as referências aos usos de comércio com efeito corretivo. Finalmente, no entanto, foi reinserida⁹¹.

Na esfera judicial, paradoxalmente, são vários os países em desenvolvimento que América Latina que aceitam a fórmula corretiva, a partir da ratificação das convenções interamericanas que permitem sua aplicação nesse âmbito.

Com efeito, faz um bom tempo que a OEA abertamente aceitou que juízes podem recorrer ao mecanismo de escape para “fazer as exigências impostas pela equidade no caso específico”, além da aplicação de “direitos estatais”, segundo a fórmula da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado (CIDIP II, Montevideu, 1979)⁹², instrumento que goza de numerosas ratificações na região⁹³.

A Convenção do México de 1994, sobre o direito aplicável à contratação, volta a replicar o espírito desta regra em seu artigo 10º, que

89 International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations in 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration', *Arbitration International*, vol 26, issue 2, p. 198.

90 STIPANOWICH, T. J. A Recent Survey of Experienced U.S. Arbitrators Highlights Areas for Further International Study and Discussion [online]. [último acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-and-discussion/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29>

91 Vide antecedentes em DE LY, Op. cit., p. 119.

92 Artigo 9º da presente convenção dispõe: “Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. A norma se inspira em noções norte-americanas das doutrinas de CURRIE (políticas legislativas) e Cavers de (equidade), contrárias ao caráter abstrato e automático do sistema clássico prevalecente em América Latina; vide FRESNEDO DE AGUIRRE, C.; HERBERT, R. “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”. Em: *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 57. También HERBERT, R. “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”. *RUDIP*. año 1, n° 1, p. 89-90.

93 Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala, Paraguai, Equador, México, Perú, Uruguai y Venezuela. Vide <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>> [último acesso: 22 de maio de 2015].

é idêntico ao artigo 12 da lei paraguaia. Sob o título de “harmonização equitativa dos interesses”, esta prevê que, “além do disposto nos artigos anteriores se aplicarão, quando corresponda, as normas, os usos de comércio e os princípios da contratação preponderantes no direito comparado, com a finalidade de fazer as exigências impostas pela equidade no caso específico”.

Deve-se notar que palavras frequentemente alusivas a tais fórmulas amplas, como a equidade, usos, práticas e costumes, têm não poucas disparidades dentro do direito comparado referente à terminologia⁹⁴.

Berman e Dasser ressaltam que, na contratação internacional, antes geralmente designavam-se “costumes” aos entendimentos comerciais (“*comercial understandings*”) segundo as práticas contratuais. Enquanto que agora é utilizado principalmente a palavra “usos”⁹⁵.

Os usos podem ser expressamente incorporados ao contrato - como ao fazer-se referência aos INCOTERMS-, mas podem ser referidos de maneira implícita, quando eles ficam subentendidos no acordo. Nesse sentido, os usos do comércio podem ser considerados internalizados ao contrato como expressão do que as partes quiseram ou se entende que queriam⁹⁶. Adquirem então valor corretivo de mediar uma disposição extra em contrário ao direito escolhido.

O uso é particular à atividade concernida, uma vez que há adquirido aceitação geral - refere Goode - passando já a constituir m “princípio geral”⁹⁷. Esta equiparação, que assim se dá entre usos e princípios, já foi efetuada por um tribunal arbitral operando sob regras da ICC, presidido por Pierre Lalive⁹⁸.

Os princípios, usos e costumes do direito comercial internacional são denominados também “*lex mercatoria*” ou “*nova lex mercatoria*”, conforme utilizado, por exemplo, em célebre caso inglês⁹⁹.

94 Tal qual o destaca o comentário ao artigo 1º: 105 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PECL).

95 BERMAN, H. J. e DASSER, F. J. “The ‘new’ law merchant and the ‘old’: sources, content, and legitimacy”. Em: CARBONNEAU, T. E. (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*. Revised Edition. s.l. Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 56. Vide também AKEHURST, M. *Custom as a Source of International Law, 1974-1975*, 47 BYIL 1, p. 11.

96 O artigo 9º da Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias (CISG), do artigo 1º (8) dos Princípios UNIDROIT relativo “Usos e práticas”, assim como do artigo 1º: 105 dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL) surgem duas categorias de usos. A primeira está composta por aqueles derivados da própria negociação. E a segunda das práticas conhecidas pelas partes do contrato e que observam no campo de seus negócios.

97 GOODE, R. *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*. 1997, 46 ICLQ 1, p. 16-17. Os usos podem expressar um amplo princípio de conduta ou um muito específico. O muito amplo podem, si estende-se a um tipo de atividade internacional contratual, ser elevada a princípios gerais do direito ou ser incluídos em uma convenção internacional e perdem seu *status* distintivo como uso de comércio (por exemplo, *pacta sunt servanda*). GOODE, R. Op. cit., p. 12.

98 Caso CCI 3380/1980, citado por CRAIG, L.; PARK, W.; PAULSSON, J. Op. cit., p. 102.

99 *Deutsche Schaubau-und Tiefbohrergesellschaft mbH*, Cámara de Apelaciones inglesa, 1998, GOODE, R. Op. cit., p. 29.

Todo isso deve ser levado particularmente em conta quando se interpreta o alcance da fórmula corretiva, concebida em amplos termos na lei paraguaia, em solução copiada da Convenção do México, em sintonia também com a solução contida no artigo 28(4) da Lei Modelo da UNCITRAL em matéria arbitral.

4.7. Ordem pública

O Artigo 17 da lei paraguaia adota o artigo 11 dos Princípios da Haia, pois se dirige diretamente ao juiz paraguaio¹⁰⁰, a diferença destes que - por seu peculiar caráter- encontra-se dirigido aos tribunais judiciais e arbitrais em abstrato.

Em geral, a regra fica em sintonia também com a Convenção do México que, sem cair no labirinto terminológico, distingue três hipóteses: 1) o resguardo de “regras imperativas do direito paraguaio que , segundo este direito, devem prevalecer ainda em presença da escolha de um direito estrangeiro” (artigo 17.1); 2) a possibilidade de tomar em consideração disposições imperativas atendíveis de outras jurisdições (artigo 17.2); e 3) a alternativa de que o juiz possa “excluir a aplicação de uma disposição do direito escolhido pelas partes se e somente na medida em que o resultado de sua aplicação seja manifestamente incompatível com a ordem pública”¹⁰¹.

O Grupo de Trabalho da Conferência da Haia que elaborou o projeto considera a formulação deste anexo e a utilização da noção de “manifestamente incompatível” como “*leitmotiv*” do empreendimento, vale dizer, promover ao máximo a autonomia da vontade, evitando toda a possível interferência dos Estados. Na opinião do Grupo de Trabalho, é praticamente impossível incluir directrizes precisas nesse assunto, exceto no relativo ao caráter restritivo da exceção da autonomia da vontade que o recurso à ordem pública implica¹⁰². Dito caráter restritivo é, pois, o que deveria prevalecer como norte.

Essa ordem pública encontra-se reconhecida em diversos instrumentos que regulamentam vinculações internacionais, às vezes utilizando a expressão “ordem pública internacional”¹⁰³ ou “ordem pública” simplesmente¹⁰⁴. Por sua parte, todas as convenções

100 Dada à dificuldade do assunto, não é de estranhar que a questão da ordem pública na arbitragem tem sido um dos “mais delicados” tratados na elaboração dos Princípios da Haia. Ver versão consolidada <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf> [último acesso: 22 de maio de 2015].

101 Na Convenção do México estes assuntos estão regulamentados nos artigos 11 e 18.

102 <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf> [último acesso: 22 de maio de 2015].

103 Por exemplo, nos artigos 1514 e 1520 (5) Código Francês de Processo Civil (renovado pelo artigo 2º do Decreto 2011-48, de 13 de janeiro de 2011.); O artigo 1096 (f) do Código de Processo Civil Português de 1986; como assim na legislação da Argélia, Líbano e Paraguai.

104 Assim, como o modelo da Arbitragem de UNCITRAL (art. 34 (2) (b) (ii) e vários outros

da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado depois de 1955, incorporam a palavra “manifesta”¹⁰⁵ para referir à contravenção da ordem pública, sublinhando assim seu caráter restritivo no plano internacional¹⁰⁶.

5. UM PASSO INICIAL GIGANTE PARA UM CAMINHO DE MIL LÉGUAS

No tema de seleção do direito não estatal encontramos-nos muitas vezes ante a suposição de que só haveria virtualidade no contexto arbitral, não havendo efetividade no plano judicial.

Ora, mesmo no plano arbitral tal seleção não encontra-se plenamente ampliada¹⁰⁷. Talvez em parte porque – como diz Bortolotti-

ditadas em consequência, assim como regulamentos arbitrais, além da Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (artigo V, 2 b).

105 Tal qual o ressalta JAYME, E. “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”. *Cours général de droit international privé, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 229.

106 Vide RUBINO-SAMMARTANO, M. e MORSE, C.G.J. (eds). *Public Policy in Transnational Relationships*. Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991 p. 19-20. A palavra “manifesta” tem sido incorporada também em instrumentos convencionais interamericanos. Assim o faz a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Extranjeros (artigo 2.h), a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (artigo 17), a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, a Convenção de México de 1994 sobre o direito aplicável à contratação internacional e, no âmbito mercosulino, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (artigo 20, inciso f) e o Protocolo de Medidas de Cautelares (artigo 17).

107 Uma importante investigação de 2010 para que – o refere MISTELIS- se utilizaram 136 questionários extensos e dados qualitativos baseados em 67 entrevistas a profundidade, destaca foram utilizadas entrevistas, indica que o uso do direito transnacional é razoavelmente comum na prática da arbitragem (aproximadamente o 50% dos respondentes usaram pelo menos “a vezes”). (2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, Queen Mary, University of London, School of International Arbitration (SIA) y White & Case, pp. 11 y ss). Mais recentemente, entre fevereiro e março 2014 a enquete sobre o uso de instrumentos de “soft law” na arbitragem comercial internacional se abriu a respostas no Kluwer Arbitration Blog. Os usuários foram convocados a relatar seus encontros da vida real com vários instrumentos com os da International Bar Association relacionados a provas, conflitos de interesses, a representação de partes, assim como os princípios UNIDROIT de direito dos contratos, *lex mercatoria* e expressões semelhantes, etc. A pergunta foi se os reus tinham invocado ou aplicado um desses conceitos ou instrumentos quando atuaram como advogados ou árbitros em processos internacionais. A pesquisa recebeu 63 respostas. Os entrevistados que responderam definiram sua área de influência da seguinte forma: África - 6,6%, Médio Oriente - 11,5%, Ásia - 21,3%, -23% Europa Oriental, América do Norte (EUA e Canadá) - 26,2%, América Latina - 36,1 %, e na Europa Ocidental - 44,3%. A maioria dos entrevistados (71,5%) tinha menos de 40 anos. 17,4% entre 41 e 60 anos e 11,1% mais de 60. Dos diferentes instrumentos, especificamente os princípios UNIDROIT e *lex mercatoria* deram resultados semelhantes, o que pode sugerir que são usados de maneira intercambiável. As respostas aos princípios UNIDROIT são: 6,3% sempre usam, 12,7% regularmente, 46% ocasionalmente, e 34,9% nem os han usado. As respostas a *lex mercatoria* e noções semelhantes estavam pertas: 3,2% sempre as usou, 15,9% regularmente, 49,2% ocasionalmente e 31,7%, nem. Para adicionar, em torno de 50% dos respondentes usam ambos os instrumentos ocasionalmente,

muitas vezes as partes escolhem direitos internos para minimizar o risco de reversão do ditado pelos tribunais perante os quais se postula por uma eventual impugnação¹⁰⁸.

Em definitiva, a nova lei paraguaia cria as condições para ir-se superando o medo no campo da arbitragem e para que também apele-se à escolha do direito não estatal no plano judicial.

Obviamente, demandará tempo a assimilação das fecundíssimas potencialidades dessa lei e o uso eficaz das ferramentas que ela confere às partes contratantes, assim como a juízes e árbitros. Por exemplo, deve ficar claro a um juiz que, na ausência de escolha, não necessariamente deve-se buscar uma legislação nacional que seja aplicável. Além disso, é desejável que isso só ocorra em casos excepcionais, segundo o já dito, e que o juiz tenha a primeira opção de apelar ao direito não estatal.

CONCLUSÕES

Os paraguaios já não têm porque envergonhar-se. Tendo antes um dos regimes mais anacrônicos no mundo em matéria de contratos internacionais, dispõem hoje uma lei mais apropriada para reger obrigações transfronteiriças.

Esta lei reconhece amplamente a autonomia da vontade, a especificar diversas vicissitudes que possam surgir a respeito de questões relacionadas a esse princípio, que por sua vez delimita o alcance da liberdade dentro de um contexto equilibrado de ordem pública, que atende tanto ao resguardo de regras e princípios essenciais do país, como aos requisitos de que o tema seja tratado com ótica cosmopolita.

Por certo o real “*cavalo de Tróia*” da lei paraguaia está na admissão do direito não estatal. Os Princípios da Haia considerados no debate abertamente admitem sua aplicabilidade. Ao fazê-lo, vão mais além do que o Regulamento Roma I, que rejeita esta solução, e também, por outro lado, da Convenção do México, pois o fazem com contundência.

Roma e México tinham elaborado o caminho para várias das soluções contidas nos Princípios da Haia, que têm o mérito de estabelecer em termos claros muitos dos termos e discussões sobre várias questões que afetam a lei aplicável aos contratos internacionais, oferece-se ao mundo formidável modelo a partir do qual pode-se elaborar legislação na matéria. O Paraguai soube fazer proveito disso com sua nova lei. É de se esperar que outros países possam seguir esses passos.

No que diz respeito à arbitragem internacional, muitos dos

em torno de 20% sempre ou regularmente e perto a 30% nem (Elina Mereminskaya, Bofill Mir & Alvarez Jana Abogados, for ITA, Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration, 6 June 2014, em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration>> [último acesso 22 de maio de 2015].

108 BORTOLOTTI, F. Op. cit., p. 7.

assuntos abordados pela nova lei paraguaia – como foi visto- são objeto de controvérsia ou ao menos não estão totalmente esclarecidos. Pelo que tal corpo normativo pode erigir-se em ferramenta formidável de ajuda interpretativa, com disposições de acentuado matiz cosmopolita, inspiradas em instrumentos de vanguarda, como os diplomas da Haia e do México. Diplomas que claramente abrem portas ao futuro, com seus benéficos resultados já podendo ser verificados nos países que os incorporaram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEHURST, M. *Custom as a Source of International Law*, 1974-1975, 47 BYIL 1, p. 11.

BARCELO, J. J.; MEHREN, A. von; VARADY, T. *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, 4ª ed. s.n.: Thomson Reuters, 2009, p. 70.

BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (eds.). *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. Asunción: CEDEP y la Ley Paraguaya, 2010.

BERMAN, H. J. e DASSER, F. J. “The ‘new’ law merchant and the ‘old’: sources, content, and legitimacy”. Em: CARBONNEAU, T. E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*. Revised Edition. s.l. Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998.

BLESSING, M. “Choice of Substantive Law in International Arbitration”. *Journal of International Commercial Arbitration*. 1997, vol 14, nº 2, p. 12.

BORTOLOTTI, F. *The Application of Substantive Law by International Arbitrators, International Chamber of Commerce (ICC)*. DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, Paris, 2014, p. 7-8.

CARON, D.; CAPLAN, L.; PELLONPÄÄ, Matti. *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*. s.n.: Oxford University Press, 2006.

CRAIG, L.; PARK, W.; PAULSSON, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed. s.n.: Oceana Publications, 2000, p. 331.

DE LY, F. *International Business Law and Lex Mercatoria*. Netherlands: Elsevier Science Publishers B.V., 1992, p. 250.

DERAINS, Y. “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration”. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1995, vol 6, nº 1, p. 6.

ESPLUGUES, C. (ed.). *Contratación Internacional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1994.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C.; HERBERT, R. “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”. Em:

Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

GAILLARD, E. E. *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*. Traducción ao espanhol de María Esmeralda Moreno R. Asunción: Ed. La Ley Paraguaya, CEDEP, Thomson Reuters, 2010.

GAMA, L.; SAUMIER, G. “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”. Em: *Jornadas de la ASADIP: El Derecho internacional privado en los procesos de integración regional* (San José 24-26 de noviembre de 2011). San José: ASADIP e Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 56-62.

GOODE, R. “Reflections on the Harmonization of Commercial Law”. Em: CRANSTON, R.; GOODE, R. (eds.). *Commercial and Consumer Law comercial e Direito do Consumidor*.

GOODE, R. *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*. 1997, 46 ICLQ 1, p. 16-17.

HERBERT, R. “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”. *RUDIP*. año 1, n° 1, p. 89-90.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”. Em: *Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*. Asunción: CEDEP, 2008. (DeCITA 9).

JAYME, E. “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”. *Cours général de droit international privé, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 229.

JENKINS, J.; STEBBINGS, J. “International Construction Arbitration Law”. *Kluwer Law International*. 2006, p. 390 - 404.

JUENGER, F. K. “General Course on Private International Law (1983)”. Em *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985-IV, tomo 193.

JUENGER, F. K. “The Lex Mercatoria and Private International Law”. *Louisiana Law Review*. 2000, p. 1148.

MORENO RODRÍGUEZ, J. A. *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, Anotado y Comentado*. Buenos Aires: Editorial, 2011.

MORENO RODRÍGUEZ, J.A. “Contratos y La Haya”. Em: *Contratación y Arbitraje – Contribuciones Recientes*, CEDEP, Asunción, 2010, p. 26.

MORENO RODRÍGUEZ, José. “Los Contratos y La Haya: ¿Ancla al Pasado o Puente al Futuro?” [online]. En *Contratación y Arbitraje, Contribuciones Recientes*. Asunción: CEDEP, 2010 [acceso 22 de

maio de 2015]. Disponível em: <<http://jmoreno.info/v1/wp-content/uploads/2014/11/Los-Contratos-y-La-Haya1.pdf>>

MORENO RODRÍGUEZ, José. “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?”. *Revista Foro de Derecho Mercantil*. 2005.

MORENO RODRÍGUEZ, José. *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje* [online]. Asunción: Catena Editores y CEDEP, 2006 [acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Los-principios-contractuales-de-unidroit.pdf>>

PAULSON, J. *The Idea of Arbitration*. London:Oxford University Press, 2013.

PERMANENT BUREAU. *Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts*, p. 26. [último acesso 22 de maio de 2015] <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf>

PERTEGAS, M.; MARSHALL, B. A. “Harmonization Trough the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”. *Brooklyn Journal of International Law*. 2014, vol 39, n 3, p. 979.

RUBINO-SAMMARTANO, M. e MORSE, C.G.J. (eds). *Public Policy in Transnational Relationships*. Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991 p. 19-20.

SANDERS, P. “Commentary On Uncitral Arbitration Rules”. *Yearbook Commercial Arbitration*. 1977, vol II, p. 210-211.

SILBERMAN, L.; FERRARI, F. “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong” [online]. Em: FERRARI e KROLL (eds.). *Conflict of Laws in Internation Commercial Arbitration*. Munich: European Law Publishers, s.d., p. 3. [último acesso: 24 de setembro de 2015]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1674605>>

SIQUEIROS, J. L. “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”. Em: *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 223.

STIPANOWICH, T. J. *A Recent Survey of Experienced U.S. Arbitrators Highlights Areas for Further International Study and Discussion* [online]. [último acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-anddiscussion/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFuIl+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29>

WEBSTER, T. H. *Handbook of Uncitral Arbitration, Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL based Arbitration Rules*. Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2010, p. 513.