

PRINCÍPIOS RELATIVOS À ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS¹

Índice

Prefácio	4	
Elaboração dos Princípios relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais.....	6	
Lista de especialistas participantes	9	
Princípios relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais		
Preâmbulo	12	
Artigo 1.º Âmbito de aplicação dos Princípios	12	
Artigo 2.º Liberdade de escolha.....	12	
Artigo 3.º Normas de Direito	13	
Artigo 4.º Escolha expressa ou tácita	13	
Artigo 5.º Validade formal da escolha do Direito aplicável.....	13	
Artigo 6.º Acordo sobre a escolha do Direito e o conflito entre condições gerais de contratação (battle of forms)	13	
Artigo 7.º Autonomia da cláusula.....	14	
Artigo 8.º Exclusão do reenvio.....	14	
Artigo 9.º Âmbito de aplicação do Direito escolhido	14	
Artigo 10 Cessão	14	
Artigo 11 Normas de aplicação imediata e ordem pública.....	15	
Artigo 12 Estabelecimento.....	15	
Comentários sobre os Princípios relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais		16
Lista de fontes abreviadas.....	16	
Introdução.....	18	
Acordos de escolha do Direito.....	18	
Natureza dos Princípios.....	19	
Objetivo e âmbito dos Princípios	19	
Conteúdo dos Princípios.....	20	
Potenciais destinatários dos Princípios	21	
Preâmbulo	22	
Artigo 1.º Âmbito de aplicação dos Princípios	24	
Introdução	24	
Fundamentação	24	
Limitação aos contratos comerciais	24	
Exclusão dos contratos de consumo e de trabalho	25	

¹ Tradutor: Frederico Eduardo Zenedin Glitz, advogado, Professor de Direito Internacional Privado do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e do Programa de Mestrado da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Coordenador Geral da Pós-Graduação *Lato Sensu* do UNICURITIBA. Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP). frederico@fredericoglitz.adv.br.

Internacionalidade	26
Determinação da internacionalidade	26
Elementos irrelevantes	27
Artigo 2.º Liberdade de escolha	31
Introdução	31
Fundamentação	31
Liberdade de escolha	31
Escolha parcial ou múltipla de Direito.....	32
Momento e modificação da escolha do Direito.....	33
Não exigência de conexão	34
Artigo 3.º Normas de Direito	35
Introdução	35
Aceitação geral em nível internacional, supranacional ou regional	35
Um conjunto neutro e equilibrado de normas.....	36
Usos comerciais	36
Salvo disposição do Direito do foro em contrário	37
Preenchimento de lacunas	37
Artigo 4.º Escolha expressa ou tácita.....	38
Introdução	38
Escolha do Direito em geral	38
Escolha expressa de Direito.....	38
Escolha tácita de Direito.....	39
Escolha tácita de Direito que resulta claramente das disposições do contrato	39
Cláusula de eleição do foro e escolha tácita de Direito.....	40
Cláusula de arbitragem e escolha tácita de Direito	40
Circunstâncias indicadoras de uma escolha tácita de Direito.....	41
Nível de rigor do critério para a existência de uma escolha tácita de Direito	41
Modificação da escolha do Direito.....	41
Ausência de escolha do Direito	42
Artigo 5.º Validade formal da escolha do Direito aplicável.....	43
Introdução	43
Inexistência de requisitos relativos à forma da escolha do Direito	43
Norma material de Direito internacional privado.....	43
Relação com outras disposições relativas à validade formal	44
Acordo em contrário	45
Artigo 6.º Acordo sobre a escolha do Direito e o conflito entre condições gerais de contratação (<i>battle of forms</i>)	46
Introdução	46
A aplicação de Direito presumivelmente acordado	46
Escolha do Direito aplicável mediante cláusula padrão.....	47
Escolha do Direito aplicável no caso de conflito entre condições gerais de contratação (<i>battle of forms</i>)	47
a) Situações que configuram um falso conflito: artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b), 1.ª parte	48
b) Situações que configuram um verdadeiro conflito: artigo 6.º, parágrafo 1º, alínea b), 2.ª parte.....	48
Questões gerais	49
Os Princípios e a CISG	50
Cláusula de exceção limitada.....	51

Artigo 7.º Autonomia da cláusula	53
Introdução	53
A escolha do Direito tratada de forma autônoma do contrato ao qual se aplica.....	53
Âmbito de aplicação da norma	53
A autonomia como norma amplamente reconhecida	54
A escolha do Direito aplicável não podendo ser impugnada "apenas com base no fato de o contrato, ao qual se aplica, não ser válido"	54
A existência de vício que afeta tanto o acordo de escolha do Direito aplicável como o contrato principal	55
Artigo 8.º Exclusão do reenvio	56
Introdução	56
Exclusão do reenvio	56
Inclusão expressa das normas de Direito internacional privado.....	57
Artigo 9.º Âmbito de aplicação do Direito escolhido.....	58
Introdução	58
Áreas específicas.....	58
Validade formal	60
Artigo 10 Cessão.....	61
Introdução	61
Identificação e aplicação dos Princípios para solucionar as questões surgidas da cessão.....	62
Precedentes internacionais	63
Questões conexas.....	64
Artigo 11 Normas de aplicação imediata e ordem pública	65
Introdução	65
A relação do artigo 11 com o princípio da autonomia da vontade.....	66
A relação entre as normas de aplicação imediata e a ordem pública	66
Normas de aplicação imediata do Direito do foro.....	67
Disposições de aplicação imediata de outro Direito	69
Ordem pública do foro.....	70
Ordem pública de um Estado cujo Direito seria aplicável na ausência de escolha do Direito.....	72
Tribunais arbitrais: ordem pública e normas de aplicação imediata	72
Artigo 12 Estabelecimento.....	74
Introdução	74
Fundamentação	74
Conceito de estabelecimento	74
Momento relevante para a determinação do "estabelecimento" de uma empresa..	74

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.

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

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 instrumento².

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 internacionais³.

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 existentes⁴ — **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 internacionais⁶.

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 de se redigir

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.

um instrumento não vinculante sobre a matéria, assim como, em especial, a forma específica que tal instrumento poderia assumir⁷.

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 internacionais⁸.

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 trabalho⁹.

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 instrumento¹⁰.

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 vinculante¹¹.

Novembro de 2010

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.

O Grupo de Trabalho realizou uma segunda reunião na Haia. Os especialistas participantes estabeleceram, provisoriamente, o texto de algumas disposições do projeto de instrumento¹².

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 Especial¹³.

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 Comentários¹⁴.

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 finalizados¹⁵.

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 instrumento¹⁶.

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

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.

Princípios e dos Comentários, ou, caso fosse necessário, submeter o conjunto à Comissão Especial¹⁷.

Junho de 2013

Pela quarta vez, o Grupo de Trabalho encontrou-se na Haia, concentrando-se na redação do projeto dos Comentários¹⁸.

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 Comentários¹⁹.

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 objeção²⁰.

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.

¹⁷ Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho sobre Assuntos Gerais e Política da Conferência (9-11 de abril de 2013).

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.

LISTA DE ESPECIALISTAS PARTICIPANTES

Membros do Grupo de Trabalho²¹

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 Comitê 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 Comitê 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 Comité 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 Comité 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

PRINCÍPIOS 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 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.

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.

COMENTÁRIOS SOBRE OS PRINCÍPIOS 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

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

Regulamento Roma I	Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)
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, inexistente, 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.º, 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 respectivas 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.º, 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.º, 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.º, 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.º, 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 pelo 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.º, 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 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.º - inexistência de requisitos formais para a escolha do Direito - é coerente com o artigo 7.º 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.º, parágrafo 3º, 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.º, parágrafo 1º, 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 Estado 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, conseqüentemente, 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 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 que 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, parágrafo 1º (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.º 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 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, excepcionalmente, 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, conseqüentemente, 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.º, 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.º, parágrafo 1º, 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 intrinsecamente 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.º, parágrafo 1º, 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.º, parágrafo 2º, dispõe que o artigo 9.º, parágrafo 1º, 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 respectivos 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 1º e 2º 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 4º 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 sobrepôr ao Direito escolhido pelos contratantes (ver artigo 11, parágrafos 1º e 3º 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 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 derogar 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 excepcional, 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 “estritamente 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 excepcional 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 inexecutáveis. 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 Conseqüentemente, 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.