

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

NAOMI SUGITA REIS

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE FRENTE AO INSTITUTO DA
ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**

**CURITIBA
2018**

NAOMI SUGITA REIS

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE FRENTE AO INSTITUTO DA
ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Prof. MSc. Rodrigo Cesar Nasser Vidal

**CURITIBA
2018**

NAOMI SUGITA REIS

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE FRENTE AO INSTITUTO DA
ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, a minha maior gratidão. Nada teria sido possível sem o apoio incondicional de vocês.

Aos meus queridos amigos Andresa Blanda, Ana Carolina Goes, Bruna Luiza Martins, Flávio Esteves Sodré, Henrique Brunelli, Jacqueline Glasmayer, Letícia Vargas, Luan Galindo, Marina Julião, Renata Serapião e Rodrigo Gehr pelo apoio, pelas conversas e trocas de ideias – a amizade de vocês foi determinante nesses últimos meses de estudo.

A Ricardo Ramos Rúbio pela sua paciência. Primeiramente, por ter me acompanhado nas pesquisas realizadas na cidade de Ferrara, em segundo lugar, por ter atravessado Paris comigo embaixo de chuva e frio para que eu pudesse procurar os livros que eu tanto precisava para a conclusão do meu trabalho e, principalmente, por ter me motivado, não apenas nesses meses de pesquisa, mas nos últimos anos.

A minha querida tia, Janet Reis, e a minha querida avó, Julieta Linero Reis, pelo incentivo, seja através das longas conversas sobre o meu tema nos sábados de manhã, seja pelas horas que passamos na Biblioteca Pública de Nova Iorque, no meio de nossa viagem, procurando no acervo e fazendo a carteirinha para empréstimo de livros.

*“En effet,
l’arbitrage est une procédure conventionnelle
de règlement des litiges.
L’accord des parties
y est à la fois nécessaire et légitime.
Tout ce qui peut venir marginaliser cet accord doit donc
être considéré avec suspicion.”*

(JEAN BILLEMONT)

RESUMO

O presente estudo versa sobre a intrínseca relação do princípio da autonomia da vontade das partes – também intitulado de “princípio da liberdade contratual” – com as normas que regem a Arbitragem Comercial Internacional. A partir de observações, foi possível constatar a dificuldade em estabelecer o real papel que a liberdade das partes exerce na construção desse meio de resolução de conflitos e, em decorrência disso, foi evidenciada a necessidade de se colocar, em um mesmo patamar, a autonomia das partes e as normas que, concomitantemente, as limitam e as legitimam. Para tanto, é proposto neste trabalho uma análise das principais fontes normativas do instituto da Arbitragem Comercial Internacional, das teorias relativas às normas provenientes dessas fontes e, por fim, uma análise da interferência que a autonomia das partes exerce nesse âmbito. Tudo isso com o escopo de demonstrar a sua efetiva necessidade frente às normas que regem o instituto em questão.

Palavras chave: Arbitragem Comercial Internacional; autonomia da vontade das partes; liberdade contratual; fontes normativas.

RÉSUMÉ

La présente étude traite d'une relation intrinsèque du principe de l'autonomie de la volonté des parties - également appelé « principe de la liberté contractuelle » - avec les règles qui régissent l'Arbitrage Commercial International. Sur la base d'observations, la difficulté d'établir le véritable rôle joué par la liberté des parties dans la construction de ce moyen de règlement des conflits a été vérifiée et, par conséquent, la nécessité de placer l'autonomie des parties au même niveau des normes qui, en même temps, les limitent et les légitiment a été démontrée. Pour ce faire, il est proposé une analyse des principales sources normatives de l'institut, des théories relatives aux normes de ces sources et, enfin, une analyse de l'interférence que l'autonomie des parties exerce dans ce domaine afin de démontrer leur nécessité effective avant les règles régissant cet institut.

Mots clés : Arbitrage Commercial International; autonomie de la volonté des parties; sources normatives.

SUMÁRIO

RESUMO	4
RÉSUMÉ.....	6
1 INTRODUÇÃO.....	9
2 AS NORMAS DE DIREITO E O INSTITUTO ARBITRAL.....	10
2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES FRENTE ÀS NORMAS ESTATAIS.....	12
2.1.1 A Arbitragem na Grécia Antiga.....	13
2.1.2 A Arbitragem na Roma Antiga.....	14
2.1.3 A Arbitragem na Idade Média.....	15
2.1.4 A Arbitragem na Fase Moderna	16
2.1.5 A Arbitragem contemporânea	18
2.2 TEORIAS DAS NORMAS DE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	20
2.2.1 A teoria jurisdicional	20
2.2.2 A teoria contratual	22
2.2.3 A teoria híbrida.....	24
2.2.4 A teoria autônoma.....	26
2.3 PONDERAÇÕES.....	28
3 FONTES PÚBLICAS DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	29
3.1 LEIS NACIONAIS	30
3.1.1 Leis nacionais e as cláusulas arbitrais	30
3.1.2 Leis nacionais no procedimento arbitral e no mérito da disputa arbitral....	31
3.2 PROTOCOLO DE GENEBRA SOBRE AS CLÁUSULAS ARBITRAIS DE 1923	32
3.3 TRATADO DE GENEBRA SOBRE A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS DE 1927	33
3.4 CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS DE 1958	34

3.5 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL)	37
3.5.1 Lei modelo da UNCITRAL, 1985	38
3.6 PRINCÍPIOS DE HAIA.....	45
3.7 PONDERAÇÕES	46
4 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES	47
4.1 POLÍTICAS PÚBLICAS E A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES	48
4.2 A ARBITRALIDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES.....	50
4.3 A INFLUÊNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES NA FORMAÇÃO DA ARBITRAGEM	53
4.4 A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES INSERIDA NO ÂMBITO DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL.....	54
4.4.1 O contrato de organização de arbitragem	56
4.5 PONDERAÇÕES	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

As Arbitragens Comerciais Internacionais passaram a ter grande importância no mundo globalizado. E, em virtude da sua popularidade, foram sendo criadas diversas formas de regulamentação a fim de garantir que as partes pudessem se sentir seguras ao optarem pela Arbitragem como meio de resolução de suas controvérsias contratuais.

Dentro desse cenário, os benefícios de uma Arbitragem Comercial Internacional não serão questionados, muito menos sua eficácia, posto já que estão apaziguados os ânimos em relação a esses dois aspectos. Contudo, o cerne da questão é propriamente o papel que a autonomia da vontade das partes exerce dentro do sistema jurídico que permeia o instituto cá estudado.

O presente trabalho, portanto, tem o escopo de realizar um estudo sobre as diversas fontes de regulamentação da Arbitragem Comercial Internacional, sejam elas públicas, sejam elas privadas, e analisar o vínculo que elas estabelecem com o princípio da autonomia da vontade das partes a fim de chegar a uma conclusão acerca da efetiva importância que a autonomia da vontade das partes possui no sistema jurídico arbitral.

É sabido que, em decorrência de sua íntima relação com os contratos internacionais, o instituto arbitral repousa sobre uma ampla autonomia de vontade das partes, implicando em uma grande quantidade de normas elaboradas pelas próprias partes.

A relevância da autonomia pode ser demonstrada, inclusive, pelas normas que os Estados elaboram no comércio internacional, na forma de tratados de uniformização de normas de natureza privada. Normas essas que possuem um caráter de supletividade em relação à vontade dos agentes do comércio internacional.

Nesse sentido, a realização da pesquisa mostra-se pertinente em função do evidente destaque que essa modalidade de resolução de conflitos passou a ter nos últimos tempos, sendo mister uma análise direcionada acerca de sua regulamentação e da interferência que a liberdade contratual exerce frente às normas predispostas.

2 AS NORMAS DE DIREITO E O INSTITUTO ARBITRAL

Na célebre concepção de Hans Kelsen, o Direito é constituído de uma ordem normativa que rege a conduta humana. Nesse sentido, o conteúdo das normas jurídicas seria a própria conduta humana. A partir do momento em que o comportamento é determinado e regulamentado por normas jurídicas, ele se torna uma representação normativa destes fatos de conduta¹. Chega-se, portanto, à ideia de que as normas jurídicas integram um sistema caracterizado pela bilateralidade, imperatividade, generalidade, abstração e coercibilidade das ações pertencentes ao homem².

Nesse sentido, vale salientar o pensamento do jurista brasileiro Miguel Reale³, o qual afirma que as fontes do Direito são “processos legitimadores das normas jurídicas”; ou seja, são os meios pelos quais as normas jurídicas se positivam com legítima força obrigatória — com vigência e eficácia na estrutura normativa. Portanto, o Direito, de acordo com o renomado jurista, resulta de diversos fatores sociais e filosóficos, mas se manifesta por intermédio de estruturas normativas, quais sejam o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial.

No âmbito do Direito Interno, as fontes normativas são intrinsecamente ligadas à Constituição do Estado o que nos leva, então, à notável “Teoria Piramidal” criada pelo jurista austríaco Hans Kelsen⁴, a qual estabelece uma hierarquia entre os diversos tipos de normas contidas em um mesmo ordenamento jurídico⁵, tendo em vista que a validade de cada ato legal é definida pelo seu lugar na pirâmide normativa. Nas palavras dele, a Legislação e o Costume são frequentemente designados como as duas “fontes públicas” de Direito. Entretanto, ressalta-se que as

¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. pág. 3; 51. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 1998.

² BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴ KELSEN, op. cit.

⁵ Ordenamento jurídico é o conjunto de normas de um estado expressas em lei. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/ordenamento-juridico/>> Acesso em: 18/02/2018.

normas individuais também compõem a seara jurídica, assim como as normas jurídicas gerais⁶.

No que tange as normas de Direito Internacional, elas são comumente consideradas como parte integrante da ordem jurídica interna dos Estados soberanos, o que resulta em uma submissão de sua vigência às Constituições respectivas. Contudo, existe um outro aspecto pelo qual elas podem ser analisadas: em uma única ordem jurídica soberana superior a todas as ordens jurídicas internas. Isso ocorre quando se parte do primado da ordem jurídica internacional.

Vale, então, mencionar o discurso pontual do Professor de Direito Internacional da Université Catholique de Louvain, Pierre D'Argent, o qual afirma que a lei tem uma função dúplice, de justificar e de limitar o poder dos Estados

A função da lei é de limitar o poder, mas simultaneamente permitir o seu exercício. A lei dá fundamento à ação, ela ajuda a justificar o que é feito e, ao mesmo tempo, ajuda a limitar o que pode ser feito e também a deslegitimar o que poderia ser feito em desacordo a ela.⁷

Salienta-se, entretanto, que o ramo privado do Direito Internacional segue suas próprias necessidades. Nesse sentido, resta pertinente a posição do jurista brasileiro Guido Fernando Silva Soares, o qual defende que a Arbitragem Comercial Internacional, em função da sua relação com o Comércio Internacional, embasa-se sobre a quase total autonomia das vontades dos agentes. Ele afirma, nessa lógica, que a prática contratual internacional, em decorrência da obrigatoriedade, constitui os usos e costumes do comércio internacional:

As normas escritas que os Estados elaboram no comércio internacional, na forma de tratados de uniformização de normas de natureza privada, tentam respeitar o caráter jurígeno das vontades dos agentes do comércio

⁶ KELSEN, op. cit.

⁷ *"One function of the law is to limit power, but simultaneously allow its exercise. The law gives foundation action, it helps to justify what is done and at the same time it helps to limit what can be done and also a delegitimize and what could be done at odds with it."* D'ARGENT, Pierre. Em aula ministrada na Université Catholique de Louvain, na Bélgica, em 2017. (tradução nossa).

internacional e assim devem ser interpretadas. Na sua maioria são normas supletivas à vontade das partes.⁸

O regime jurídico da Arbitragem Comercial Internacional é evidentemente diferenciado dos supramencionados. Isso se dá pelo fato de ela encontrar-se em um domínio de *expertise*, repousando, sobre determinados preceitos fundamentais, quais são amplamente seguidos e aplicados.

Nas palavras de Mathias Collot e de Laurent Debeaud⁹, a Arbitragem Internacional é um instituto de “*eficiência jurídica*”, exemplo disso é o fato de uma sentença arbitral ser mais facilmente executada do que uma sentença proveniente de um processo judicial.

Ademais, cumpre ressaltar a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, que incluiu magistralmente determinados princípios que vêm se mostrando primordiais ao exercício da Arbitragem Comercial Internacional, tais como o de respeito à ordem pública e o direito ao contraditório, além do princípio do *pacta sunt servanda*, assim como o da autonomia da vontade das partes.

Em decorrência desses diversos princípios é que o instituto cá estudado se apresenta como um candidato apto a resolver as controvérsias mercantis internacionais, visto que ele pode proporcionar um julgado de acordo com um direito nacional mas, mesmo assim seguindo os princípios gerais do comércio internacional como a *lex mercatoria*.

2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES FRENTE ÀS NORMAS ESTATAIS

Não podemos dizer com confiança qual foi o momento em que a Arbitragem Comercial Internacional passou a existir e a ser adotada, pois o momento em que o

⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. **Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da UNCITRAL (lei modelo)**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67092/69702>>. Acesso em: 02/09/2017.

⁹ COLLOT, Mathias; DEBEAUD Laurent. **L'arbitrage international**. Disponível em: <<http://www.annales.org/ri/2000/11-2000/03-09.pdf>>. Acesso em: 20/08/2017.

primeiro homem decidiu submeter ao seu chefe ou aos seus amigos alguma disputa em que tinha interesse para que pudesse chegar a um acordo com seu adversário sem que houvesse necessidade de violência ou autotutela é, por óbvio, desconhecido.

Cumpra, portanto, fazer menção às sábias palavras do professor Earl Wolaver, no sentido de que

A história da Arbitragem, ao contrário da história do Direito, não é uma análise do crescimento e do desenvolvimento de princípios e doutrinas que, em função de um longo uso, passaram a ter validade e força geral. Por mais que a Arbitragem provavelmente preceda todos os sistemas legais passados, ela não desenvolveu nenhum código de princípios, mas sim um método de decisão livre, sendo cada caso analisado sob a ótica prática e decidido de acordo com as normas éticas e econômicas de algum grupo específico.¹⁰

Os conflitos entre os homens não eram sempre resolvidos de maneira violenta ou com o uso de força. Historiadores alegam que, desde as desavenças havidas entre as tribos mais primitivas os procedimentos pacíficos como a mediação e a arbitragem já se mostravam presentes. A humanidade encontrou na Arbitragem um modelo pacífico de resolução de conflitos que se mostrou eficaz e célere. Diferindo-se, portanto, das guerras em casos de litígios entre Estados e dos processos judiciais, nas controvérsias particulares.

2.1.1 A Arbitragem na Grécia Antiga

Tanto a memorável mitologia grega quanto sua própria história são repletas de exemplos que demonstram a utilização da Arbitragem. Referências à Arbitragem podem ser encontradas ainda em obras de célebres gregos, como na Ilíada, de

¹⁰ *"The history of Arbitration, contrary to the history of Law, is not an analysis of the growth and development of principles and doctrines that, due to long usage, have become valid and general force. Although Arbitration probably precedes all past legal systems, it has not developed any code of principles, but rather a method of free decision, each case being analyzed from the practical point of view and decided according to the ethical and economic norms of some group specific"* (tradução nossa). WOLAVER, Earl S. ***The historical background of Commercial Arbitration***. UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW. [S.l.: s.n.], 1932.

Homero, referindo-se a um “juiz-árbitro” denominado Istor, que significa “o que sabe”; assim como na Retórica de Aristóteles, confirmando que “o árbitro visa à equidade, enquanto o juiz visa à lei”¹¹.

Naquele contexto, a Arbitragem era utilizada, primordialmente, para resolver as questões de limites entre as Cidades-estados pelos Conselhos dos anfitriões, os quais possuíam grande influência política – apesar de serem revestidos de fins religiosos – e se caracterizavam como os árbitros supremos das controvérsias entre as cidades.

Os gregos, como bons comerciantes que eram, passaram a se relacionar fortemente com povos de outros países. E, naturalmente, passaram a surgir conflitos e discórdias dessas relações. Dando ensejo ao nascimento do Direito Internacional Privado na Grécia e com ele a mediação, mas não a arbitragem. Este último instituto era, como supramencionado, usado quase exclusivamente entre as Cidades-Estado, ou seja, em um âmbito interno e político. Sendo assim, não teria sido na Grécia que a Arbitragem atingiu sua plenitude, mas em Roma.

2.1.2 A Arbitragem na Roma Antiga

A Arbitragem encontrou um meio para crescer na Roma Antiga apesar da mentalidade imperialista que pairava na época. Ela era, inicialmente, utilizada na resolução de conflitos entre Estados e, depois, passou a ser amplamente difundida entre os particulares na fase do “*jus peregrinus*”, com o “*praetor peregrinus*” solucionando as contendas dos estrangeiros¹².

Nessa fase, eram inseridas nos contratos cláusulas compromissórias, as quais transcreviam a promessa de respeitar a decisão arbitral que solucionasse um eventual litígio entre as partes. O “*compromissum*” se mostrava, como um pacto legítimo e, principalmente, válido perante os acordantes. E assim, quem assegurava

¹¹ CAPANEMA, Sylvio. **Arbitragem da mitologia aos nossos dias**. Câmara de Mediação e Arbitragem de Brusque. Disponível em: <<http://www.arbitragembrusque.com.br/arquivos/258>>. Acesso em: 02/09/2017.

¹² Id.

o respeito ao compromisso e à cláusula compromissória era o *pretor*, juiz nomeado *ad hoc* para realizar uma missão cívica¹³.

Cabe ressaltar que a arbitragem encontrou seu auge com o *Corpus Iures Civiles* de Justiniano, momento em que foi reconhecida a força executória da sentença arbitral quando acompanhada de convenção arbitral celebrada de maneira solene¹⁴.

Cumprido, por fim, frisar que no Direito Romano, a arbitragem facultativa sempre foi incentivada. E, no que tange a arbitragem obrigatória, ela foi a forma de resolução de litígios durante um período que compreendeu de 794 a.C. a 294 d.C.¹⁵.

2.1.3 A Arbitragem na Idade Média

A Arbitragem se desenvolveu durante a Idade Média em decorrência de inúmeros fatores. E Gianni Schizzerotto afirma que cinco deles se sobressaem em relação aos demais, quais sejam: “a ausência de leis, a falta de garantias jurisdicionais, a grande variedade de ordenamentos, a fraqueza dos Estados e conflitos entre Estado e Igreja¹⁶”.

No que tange o fator da fraqueza estatal, o professor francês David René¹⁷ faz uma ponderação em relação à sociedade feudal, a qual mostrava-se um ambiente propício ao fomento da Arbitragem e da Mediação

De uma maneira geral, podemos constatar que a arbitragem prospera nas épocas em que o Estado se mostra frágil, frequentemente incapaz de impor os recursos a seus tribunais ou o respeito de suas decisões: a jurisdição dos senhores feudais, aquela da Igreja repousa em uma grande medida sobre a convenção das partes que preferiram recorrer aos seus poderes em

¹³ LOYNES DE FUMICHON, Bruno. HUMBERT, Michel. *L'arbitrage à Rome*, p. 295. *Révue de l'arbitrage*, [S.l.: s.n.], 2003.

¹⁴ GABARDO, Rodrigo Araujo. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/7490916-Arbitragem-no-direito-romano-uma-analise-comparativa.html>> Acesso em: 08/09/2017.

¹⁵ SOUSA, Luiz Gustavo de Lacerda. **O instituto da arbitragem no processo civil romano**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 581, 8 fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6288>. Acesso em: 08/09/2017.

¹⁶ SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell'arbitrato*. Milão: Dott. A. Giuffrè. 1958.

¹⁷ Professor na Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris. 2000 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

detrimento a uma justiça real fora do Estado, de fazer executar seus julgamentos. A arbitragem foi utilizada ainda pelas minorias, étnicas ou religiosas, que não queriam ver o procedimento regulamentado pelos tribunais estabelecidos e de acordo com direito em que eles não reconheciam a fundamentação e a justiça: assim os primeiros cristãos se abstiveram de tomar a jurisdição do Estado.¹⁸ (tradução nossa)

Com o passar dos anos, o instituto da Arbitragem Comercial foi crescendo e ganhando mais adeptos em função da segurança que a cláusula compromissória proporcionava aos agentes dos contratos mercantis e marítimos. Logo, os contraentes somente recorriam aos tribunais judiciais devido a problemas com o árbitro do litígio ou então em casos de revelia¹⁹.

2.1.4 A Arbitragem na Fase Moderna

Apesar da próspera utilização da Arbitragem na Idade Média, alguns países, com o passar dos séculos, começaram a apresentar certos óbices a ela, deixando-a em segundo plano em relação à jurisdição estatal.

Isso se dá pelo fato de os Estados modernos começarem a considerar a Arbitragem como uma ameaça à soberania nacional, visto que a submissão ao julgamento por terceiros, ou seja, por árbitros que não fossem representantes do Estado, denotava uma fraqueza da nação²⁰.

Em contraponto, a França se mostrava (assim como nos dias atuais) uma grande adepta da técnica empregada na Arbitragem eis que, em 1566 acabou por estatizar o instituto através do *L'Édit de Moulins*²¹, o qual estabeleceu a Arbitragem como a única forma de resolução dos conflitos mercantis.

¹⁸ DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁹ CAPANEMA, Sylvio. **Arbitragem da mitologia aos nossos dias**. Câmara de Mediação e Arbitragem de Brusque. Disponível em: <<http://www.arbitragembrusque.com.br/arquivos/258>>. Acesso em: 02/09/2017.

²⁰ NOUSSIA, Kyriaki. **Confidentiality in International Commercial Arbitration**. Berlim: Springer-Verlag, 2010.

²¹ **L'Édit de Moulins promulgué en 1566 par Charles IX**. Disponível em: <<https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/histoire-et-philosophie-du-droit/fiche/edit-moulins-1566-charles-9-470030.html>>. Acesso em: 10/09/2017.

Nesse sentido, a *Loi 16 et 24 Août 1790 sur l'organisation judiciaire* estabeleceu que a Arbitragem seria o meio mais adequado a resolver conflitos não apenas mercantis, mas pessoais. Os cidadãos franceses, portanto, teriam a oportunidade de apresentar suas disputas pessoais à Arbitragem em detrimento das Cortes nacionais. O que lhes era evidentemente proveitoso.

Entretanto, a ascensão da Arbitragem e da liberdade que vinha com ela, sofreu um estancamento na era Napoleônica, visto que no ano de 1806 foi promulgada pelo líder político e militar uma nova lei arbitral que, por sua natureza excessivamente rigorosa e formal, acabou por desestimular o seu uso.

Bem assim, percebe-se uma onda de entraves ao livre e pleno exercício arbitral pelos países Europeus e, nesse sentido, disserta novamente o aclamado professor David René:

No século XIX, a arbitragem parecia ter feito seu tempo na Europa. Ele era então reservado a certos processos civis de natureza particular: processo entre membros de uma mesma família, entre proprietários vizinhos, membros de uma mesma sociedade comercial ou de uma associação. Fora desses casos, onde ela era frequentemente declarada obrigatória, a arbitragem ocupava apenas um local restrito dentro dos códigos de procedimento. Mal distinguida da conciliação, ela aparecia ser simplesmente tolerada pelo Estado com a condição de que o julgamento judicial efetivo das sentenças arbitrais continuasse a ser executado pelos tribunais.²²

Mesmo que a Arbitragem fosse reconhecida e aceita como um meio alternativo de resolução de conflitos, as Cortes nacionais acabavam por manter todas as decisões proferidas no âmbito da Arbitragem dentro de sua esfera nacional, por medo do crescimento de um novo sistema de direito.

Contudo, em virtude do auge da prática comercial e negocial no próprio século XIX, a Inglaterra, que se encontrava em um momento inoportuno à Arbitragem, acabou por incorporá-la em sua lei nacional, visto a impossibilidade de ignorá-la. As Arbitragens comerciais foram, portanto, sujeitas a uma codificação sistemática de leis por meio do Ato de Arbitragem de 1889, o qual consolidou todas as práticas utilizadas anteriormente.

²² DAVID, René, 2000.

Sendo assim, desde 1900 a posição majoritária tem sido de que um litígio comercial pode ser facilmente e rapidamente solucionado, tanto em uma Corte nacional, quanto em um Tribunal arbitral. Portanto, o sistema judicial e o arbitral devem ser vistos como institutos convergentes e harmônicos; inclusive, o professor Thomas Clay afirma que “as relações entre árbitro e juiz estatal oferecem os aspectos mais misteriosos, se não os mais mágicos do direito arbitral”²³.

2.1.5 A Arbitragem contemporânea

A Arbitragem Comercial Internacional, por ser um instrumento alternativo e privado de solução de conflitos que proporciona uma solução mais rápida e técnica em relação ao Judiciário, principalmente devido à matéria, apresenta-se como a maneira de resolução de conflitos mais favorável no mundo comercial globalizado. E, em função da eminência do princípio da autonomia da vontade das partes, a Arbitragem pode ser julgada por árbitros especialistas no assunto em questão, escolhidos justamente em função de sua expertise.

No que tange o princípio da autonomia da vontade das partes, nota-se que ele infere em uma ampla discricionariedade dos contraentes para escolher desde os árbitros, até a lei aplicável ao mérito – as partes decidem como se dará o procedimento que solucionará sua discórdia. E, realmente, a Arbitragem é algo feito pelas partes, para as partes, de acordo com o que for mais vantajoso para elas mesmas. Ademais, salienta-se que esse amplo poder de decisão é inerente de um procedimento privado, o qual, como supramencionado, é ramo no qual se encontra a Arbitragem.

Como resultado da grande discricionariedade introduzida pelo princípio da autonomia da vontade das partes, houve considerável aumento da popularidade da Arbitragem para a resolução de conflitos mercantis e, em decorrência dessa popularidade, foram sendo criadas diversas formas de regulamentação para que as

²³ CLAY, Thomas. *L'appui du juge à l'arbitrage*, p. 331. Les cahiers de l'Arbitrage n°2. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2011.

partes pudessem se sentir seguras ao optarem pela Arbitragem, como será analisado a seguir.

Os professores Jean-François Poudret e Sebastian Besson se declaram “convencidos de que o sucesso e a eficácia da arbitragem postulam regras e garantias imperativas estatais próprias a assegurar a previsibilidade e a segurança”²⁴.

Nas palavras de Emmanuel Gaillard, pode ser considerada a existência de uma “ordem jurídica arbitral”²⁵ fundada sobre princípios gerais genuinamente acolhidos pela comunidade internacional, tais como a liberdade das partes de escolher árbitros, a lei aplicável ou o princípio da “*compétence-compétence*”.

O professor Frédéric Bachand posiciona-se de maneira a convalidar o supracitado por alegar que:

[...] a eficiência da arbitragem internacional depende de sua internacionalização, que implica notadamente a emancipação da instância arbitral em face às particularidades jurídicas locais.²⁶ (tradução nossa)

Sendo assim, pode ser entendido pelos últimos juristas mencionados que a grande incompatibilidade entre o instituto da Arbitragem e as leis nacionais faz com que a consolidação de um mecanismo único de regulamento de conflitos arbitrais seja demasiadamente difícil, visto que a própria divergência entre o internacional e o nacional se mostra como um empecilho ao bom desenvolvimento de um sistema unitário e universal.

²⁴ “convaincus que le succès et l’efficacité de l’arbitrage postulent [de règles et garanties impératives étatiques propres à en assurer la prévisibilité et la sécurité”. POUDRET, Jean-François et al. **Droit compare de l’arbitrage international**. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2002.

²⁵ GAILLARD, Emmanuel. **Article L’ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité**. Revue de droit de McGill, 2010.

²⁶ “l’efficacité de l’arbitrage international dépend de son internationalisation, qui implique notamment l’affranchissement de l’instance arbitrale face aux particularismes juridiques locaux”. BACHAND, Frédéric. **Les rapports entre juridictions nationales et tribunaux arbitraux internationaux. Internationalisation du droit, internationalisation de la justice**. Cour Suprême du Canada Ottawa, p. 59, 2010.

2.2 TEORIAS DAS NORMAS DE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

A Arbitragem Comercial Internacional ocupa, nos dias atuais, um lugar proeminente na seara de resolução de conflitos, tornando-a objeto de inúmeros estudos e deliberações. Nesse sentido, a fim de conferir uma maior eficácia e embasamento a este instituto, os diversos tribunais nacionais adotam uma dentre quatro teorias acerca de sua natureza jurídica, quais sejam: a) teoria jurisdicional; b) teoria contratual; c) teoria mista e d) teoria autônoma²⁷.

2.2.1 A teoria jurisdicional

A primeira dessas teorias provém dos publicistas e tem como pressuposto o dever do Estado de regular todas as arbitragens que ocorrem em sua jurisdição, fazendo com que o local do procedimento tenha uma proeminência.

Os publicistas entendem que a Arbitragem tem sua origem com a vontade das partes, entretanto, sustentam que a validade dos acordos que levam aos procedimentos arbitrais precisa ser regulada pelas leis nacionais. Ademais, sustentam que a validade da sentença arbitral deve ser decidida de acordo com as leis da sede e do local de sua execução.

Os defensores desta teoria alegam que os procedimentos arbitrais em si devem ser regulados não apenas pelas leis escolhidas pelas partes litigantes, mas também pelas leis vigentes na sede da Arbitragem.

Por conseguinte, mesmo que a vontade das partes no âmbito contratual seja reconhecida e aceita pelos publicistas como sendo elemento primordial da formação da Arbitragem, eles afirmam que todos os outros aspectos desse instituto seriam baseados na lei do lugar em que a Arbitragem se dá²⁸. Inclusive, é defendido nesta

²⁷ TIBURCIO, Carmen. **Reflexões sobre a arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima** / coordenadores Pedro A. Batista Martins, Jose Maria Rossani Garcez. p. 96. São Paulo: LTr, 2002.

²⁸TIBURCIO, loc. cit.

teoria que “sem uma delegação por parte de uma autoridade soberana a sentença arbitral não surtiria efeito”²⁹.

Seguindo esse ponto de vista, os publicistas assemelham os árbitros aos juízes dos tribunais nacionais e reforçam que, assim como os juízes, os árbitros se veem obrigados a aplicar as normas de um determinado país para resolver as controvérsias que lhes são submetidas.

As sentenças feitas pelos árbitros são consideradas, portanto, como tendo o mesmo valor e efeito que um julgamento proferido por magistrados em um órgão jurisdicional nacional. Nesse sentido, as sentenças arbitrais serão executadas pelo tribunal onde o reconhecimento ou a execução são solicitados da mesma forma que os julgamentos proferidos pelas cortes nacionais. Por conseguinte, tem claro que os defensores da teoria jurisdicional reforçam, em particular, o significado da sede da Arbitragem³⁰.

Constata-se, ainda, que a teoria jurisdicional fornece uma base sólida para os tribunais nacionais que exercem poderes de supervisão sobre a Arbitragem Comercial Internacional. Poderes esses que são confirmados por uma das fontes normativas de maior importância no campo da Arbitragem Comercial Internacional, a Convenção de Nova York de 1958.

A dita Convenção evidencia que, na ausência da escolha expressa de uma lei, a validade dos acordos de Arbitragem, sentenças arbitrais, a composição da autoridade arbitral e os procedimentos arbitrais devem ser decididos de acordo com a lei do país onde a Arbitragem ocorre, ou seja, do país sede. Ademais, os poderes de supervisão sobre a validade das sentenças arbitrais podem ser exercidos pelas cortes nacionais onde o reconhecimento ou a execução é solicitada, se o assunto da diferença não for arbitrário de acordo com a lei, ou a execução de tal prêmio seria contra sua política pública³¹.

²⁹ CHANG, Mann-Long. *Harmonization of Procedural Law in International Commercial Arbitration*, p 283. University of Stirling, 2009.

³⁰ YU, Hong-Lin. *A Theoretical overview of the foundations of International Commercial Arbitration. The Asian Center for WTO & International Health Law and Policy, National Taiwan University*, 2008.

³¹ TIBURCIO, 2002.

Mathias Collot e Laurent Debeaud³² afirmam que, com ou sem a Globalização, o direito aplicável aos contratos comerciais internacionais é, em sua essência e acima de tudo, um direito nacional. Dessa maneira, ele não derivaria levemente de consensos sobre regras jurídicas internacionais.

Logo, em casos concretos, quando um contrato é assinado, a empresa deve escolher um direito nacional aplicável e uma Corte que tratará de seus litígios eventuais. E ainda, tal escolha é crucial em caso de contenciosidade, posto que seria deveras difícil encontrar um terreno neutro entre partes de nacionalidades distintas.

2.2.2 A teoria contratual

Para os defensores desta teoria, a Arbitragem Comercial Internacional tem como base a vontade das partes por excelência, desde a sua contratualização até o seu procedimento³³ — o que a diferencia essencialmente da teoria jurisdicional.

Os proponentes da teoria contratual argumentam que a Arbitragem se baseia no acordo entre as partes e negam a existência de vínculos fortes entre os seus procedimentos e a lei do local onde a Arbitragem se dá. Eles afirmam que as partes têm a liberdade de decidir as questões relativas aos procedimentos de Arbitragem e alegam que essa liberdade não deve ser intercedida pelos poderes de qualquer Estado³⁴.

Contudo, por mais que os contratualistas admitam que os procedimentos e acordos arbitrais possam ser influenciados infimamente pelas leis nacionais, eles alegam que a Arbitragem possui uma característica contratual predominante que se origina na vontade das partes em fazer um acordo de Arbitragem em si.

Nesse diapasão, defende-se que a resolução de um conflito arbitral não deveria ser influenciada pelas leis de Estado algum e que o princípio do *pacta sunt servanda* deveria prevalecer sobre elas, vinculando as partes à cláusula arbitral feita

³²SOARES, Guido Fernando Silva. **Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da UNCITRAL (lei modelo)**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67092/69702>>. Acesso em: 02/09/2017.

³³ TIBURCIO, 2002, p. 97.

³⁴ TIBURCIO, loc. cit.

entre elas sem a interferência do Estado. Porque, afinal, se elas são livres para definir tal cláusula sem a ingerência do Estado, elas deveriam ser livres para prosseguir com toda uma Arbitragem sem tal ingerência.

As partes optam por uma câmara arbitral (Arbitragem Institucional) ou então por uma arbitragem *ad hoc*, assim como o lugar em que ela se dará e a maneira como o procedimento utilizado tomará forma³⁵. Logo, em decorrência dessa liberdade de escolha, as leis do lugar da sede da Arbitragem não teriam influência alguma no litígio – a menos que ela fosse escolhida pelas partes litigantes. Em outras palavras, o poder do árbitro não deriva de uma lei imposta previamente, mas sim da vontade das partes, sendo então, um poder derivado da força contratual entre as partes³⁶.

No que diz respeito à escolha da lei, os contratantes possuem autonomia ilimitada na escolha do direito procedimental para reger a arbitragem, assim como na escolha do direito que rege o contrato principal, a cláusula arbitral e a lei aplicável ao mérito. E, a partir do momento em que as partes escolhem as leis, os árbitros se verão obrigados a aplicar o que foi selecionado pelas partes.

Em relação à escolha da lei para preencher lacunas deixadas no contrato, a *lex fori* relativa aos procedimentos de arbitragem só pode ser cogitada em caso de ausência de qualquer escolha expressa de lei feita pelas partes. Sendo assim, os árbitros terão de analisar o contrato ou a convenção de arbitragem para encontrar a lei suplente de acordo com os desejos implícitos ou explícitos dos sujeitos do contrato.

Entretanto, cumpre notar que o entrave desta teoria é o fato de ela ignorar que a vontade das partes não é ilimitada no processo arbitral, pois ela não pode desprezar os impedimentos que são impostos pela lei. No âmbito das câmaras arbitrais, quando uma das partes viola a política pública ou uma regulamentação institucional interna, a sentença será considerada nula³⁷. Sendo assim, esta teoria falha em explicar os entraves legais que uma sentença arbitral normalmente teria para se fazer valer entre os litigantes de países distintos³⁸.

³⁵ TIBURCIO, 2002, p. 97.

³⁶ **Third Working Group Report**, A/ CN.9 [S.l.: s.n.], p 233 - 373.

³⁷ HERRMANN, Gerold. **The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**, p. 9. International Commercial Arbitration, Volume 93, [S.l.]: P. Sarcevic, 1989.

³⁸ Art. V(1)(e) da **Convenção de Nova Iorque**, 1958.

2.2.3 A teoria híbrida

Para alguns juristas como Fernand Surville e Frédéric Sauser-Hall, nem a teoria jurisdicional e nem a teoria contratual apresenta um modelo apto para estruturar a Arbitragem Comercial Internacional. E, nas palavras do Dr. Julian D. M. Lew “não é de se surpreender que uma teoria compromissória com um caráter misto ou híbrido se desenvolveu³⁹”.

Por conseguinte, de acordo com Sauser-Hall⁴⁰, a teoria híbrida reconhece a Arbitragem Comercial Internacional como um mecanismo de caráter dúplice formado pela junção do elemento contratual, procedente da subjetividade inerente aos contratos privados, nos quais as partes têm o poder de escolher os árbitros e os regulamentos da arbitragem, com o elemento jurisdicional, que prevê a necessidade de uma subordinação das regras de Arbitragem às normas jurídicas nacionais a fim de determinar os poderes das partes e a validade do acordo de arbitragem, assim como a exigibilidade da sentença arbitral.

O catedrático Pieter Sanders sustenta, nesse íterim, que uma ênfase baseada apenas no elemento contratual (teoria contratual) ou no elemento jurisdicional (teoria jurisdicional) seria insuficiente, porque

Por um lado, a arbitragem deve basear-se em um acordo das partes para arbitrar; nenhuma arbitragem pode ocorrer quando não existe uma concordância válida entre as partes para submeter sua diferença à arbitragem. Se a ênfase é colocada sobre este ponto de partida e a linha é desenhada ainda mais, cobrindo o procedimento arbitral e o prêmio, leva à teoria contratual sobre a natureza da arbitragem. Por outro lado, a ênfase pode ser colocada sobre o caráter quase judicial da arbitragem. A arbitragem é um processo judicial. Os árbitros, uma vez nomeados, atuam como juízes. Sua função é dar uma decisão final sobre as diferenças que lhes são submetidas. A sua decisão tem, em princípio, os mesmos efeitos que um julgamento de um tribunal. O caráter dualista da arbitragem levou à visão intermediária tomada por aqueles que aderem ao que pode ser chamado de teoria da arbitragem mista: o caráter do árbitro é influenciado tanto pela origem contratual quanto pelo processo judicial que envolve.⁴¹

³⁹ LEW, Julian D M, *Applicable law in international commercial arbitration: a study in commercial arbitration awards*, [S.l.: s.n.], 1978.

⁴⁰ Essa teoria foi desenvolvida pelo Professor Georges Sauser-Hall e está contida no livro “*L’arbitrage en Droit International Privé*”. [S.l.]: Inst. de Droit International, 1952.

⁴¹ “*on the one hand arbitration must be based on an agreement of the parties to arbitrate; no arbitration can take place when there is not valid agreement of the parties to submit their difference to arbitration. If emphasis is laid upon this starting point and the line is drawn further, covering as well*

Essa natureza dúplice é embasada por um entendimento de que uma ênfase apenas no elemento jurisdicional ou no elemento contratual seria inadequada, porque a Arbitragem deve ser baseada em um acordo entre as partes, mas ao mesmo tempo, deve ser submetida a um árbitro e a um processo arbitral.

Nesse sentido, cumpre notar a célebre colocação de Alan Redfern, que ressalta a íntima relação que a vontade das partes possui com a lei civil, ao afirmar que a Arbitragem

[...] começa como um acordo privado entre as partes. Ela continua mediante procedimentos privados, nos quais a vontade das partes é primordial. Entretanto, esse instituto termina com uma sentença que, cumpridas apropriadamente as condições exigidas, será reconhecida e exigida às partes pelas Cortes da maioria dos países. O processo privado possui um efeito público, implementado pelo apoio das autoridades públicas de cada Estado expresso por suas leis internas.⁴²

A teoria híbrida, portanto, ampara a ideia de que a Arbitragem Comercial Internacional é uma “instituição jurídica *sui generis*”⁴³, em virtude do vínculo incomum formado entre o princípio da vontade das partes, responsável pela sua criação, e o direito nacional, que lhe concede os seus efeitos jurisdicionais.

*arbitral procedure and the award, it leads to the contractual theory on the nature of arbitration. On the other hand emphasis may be put upon the quasi-judicial character of arbitration. Arbitration is a judicial process. The arbitrators, once appointed, act as judges. Their function is to give a final decision on the differences submitted to them. Their decision has, in principle, the same effects as a judgement of a court. The dualistic character of arbitration has lead to the intermediary view taken by those who adhere to what may be called the mixed arbitration theory: the character of arbitrator is influenced both by its contractual origin and by the judicial process it involves”. (tradução nossa). YU, Hong-Lin. **A Theoretical overview of the foundations of International Commercial Arbitration**. The Asian Center for WTO & International Health Law and Policy. National Taiwan University, 2008 opus SANDERS, Pieter. “**Trends in the Field of International Commercial Arbitration**”. [S.l.:s.n.], 1975.*

⁴² “*International commercial arbitration is a hybrid. It begins as a private agreement between the parties. It continues through private procedures, in which the will of the parties is paramount. In the meantime, this institute ends with a sentence that, when properly fulfilled, the conditions required will be recognized and demanded by the courts of most countries. The private process has a public effect, implemented by the support of the public authorities of each State expressed by its internal laws*”. (tradução nossa). REDFERN, Alan. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**. 2ª ed. [S.l.: s.n.], 1991.

⁴³ YU, op. cit.

2.2.4 A teoria autônoma

Por fim, cumpre mencionar a teoria autônoma, a qual preza pela ideia de que a Arbitragem Comercial Internacional, por ter um procedimento rápido e flexível, não teria vinculação alguma com um sistema jurídico estatal, o qual é conhecido pela sua morosidade e rigidez procedimental.

A francesa Jacqueline Rubellin-Devichi⁴⁴, com o escopo de desenvolver esta teoria, analisou os aspectos práticos da Arbitragem e passou a defender o pressuposto de que uma “atmosfera amigável” para a Arbitragem na comunidade internacional só seria possível se o seu caráter autônomo fosse reconhecido.

A ideia de uma Arbitragem ser permeada apenas por uma característica jurisdicional, ou contratual é profundamente criticada e desprezada na teoria autônoma. Ademais, os seus defensores refutam a possibilidade de a teoria mista ser aplicada, por ela não ter um “objetivo específico de aplicação”.

Desse modo, é mantida a concepção de que o caráter real da Arbitragem Comercial Internacional teria que ser decidido com base no seu uso e propósito e, em decorrência disso, concluir-se-ia que ela ocupa uma posição “supranacional”, ou seja, uma posição autônoma⁴⁵. Desse modo, afirma a jurista que

Para se permitir que a Arbitragem expanda como merece, enquanto é mantida dentro de limites apropriados, é necessário que seja aceita a ideia de que sua natureza não é nem contratual, nem jurisdicional, híbrida, mas autônoma.⁴⁶

Destaca-se, entretanto, que a teoria autônoma não refuta o caráter dualista da Arbitragem, mas critica a tentativa de diferenciação das características

⁴⁴ “RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *L’arbitrage: Nature Juridique: Droit Interne et Droit International Privé*. [S.l.:s.n.], 1965.

⁴⁵ TIBURCIO, 2002.

⁴⁶ “*Afin de permettre à Arbitrage de se développer comme elle le mérite, tout en respectant les limites appropriées, il faut accepter l’idée que sa nature n’est ni contractuelle, ni juridictionnelle, hybride, mais autonome*”. (tradução nossa). RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *L’arbitrage: Nature Juridique: Droit Interne et Droit International Privé*. [S.l.:s.n.], 1965.

contratuais e jurisdicionais inerentes a ela, porque “as duas passaram a ser tão intrinsecamente conectadas que se tornou impossível de separá-las⁴⁷”.

Como o desenvolvimento do instituto arbitral tem estreita ligação com a vontade das partes em relação à maneira como se dão as relações comerciais, nada mais natural do que ela ser um meio de resolução de conflitos com regras próprias, elaboradas com base na vivência dos casos. Sendo assim, a plena autonomia das partes é fortemente defendida na teoria autônoma, seja na escolha do procedimento de arbitragem, seja na escolha da lei aplicável ao litígio.

Por conseguinte, cumpre ressaltar a pertinente constatação de Riccardo Luzzatto⁴⁸, em análise à Teoria Autônoma das normas de Arbitragem:

O desapego do procedimento arbitral de qualquer sistema jurídico municipal e sua organização de acordo com o livre arbítrio das partes na disputa exigem, portanto, que a operação da referida autonomia seja reconhecida por meio de uma convenção internacional, que também faz esse aspecto de Arbitragem comercial internacional relevante em relação às leis nacionais. Quando a autonomia das partes torna-se capaz de regulamentar todo o processo de arbitragem sem qualquer conexão com as leis municipais e quando os regulamentos internacionais fornecem às partes as máquinas e instalações que podem permitir que os procedimentos de arbitragem atinjam seus propósitos sem qualquer recurso aos tribunais municipais, então pode-se dizer que a arbitragem comercial internacional é reconhecida como tal, em seu caráter verdadeiramente internacional, pelos sistemas legais dos Estados que são partes na convenção.⁴⁹

Constata-se com a passagem acima que os autonomistas defendem a necessidade de a Arbitragem Comercial Internacional ser autônoma em relação à

⁴⁷ CAPANEMA, Sylvio. **Arbitragem da mitologia aos nossos dias**. Câmara de Mediação e Arbitragem de Brusque. Disponível em: <<http://www.arbitragembrusque.com.br/arquivos/258>>. Acesso em: 02/09/2017.

⁴⁸ YU, Hong-Lin. **A Theoretical overview of the foundations of International Commercial Arbitration**. The Asian Center for WTO & International Health Law and Policy, National Taiwan University, 2008 opus LUZZATTO, Riccardo. **International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States**. [S.l.:s.n.], 1977.

⁴⁹ *The detachment of the arbitral procedure from any municipal legal system and its organisation according to the free will of the parties to the dispute require therefore, that the operation of the said autonomy is recognised by means of an international convention, which also makes this aspect of international commercial arbitration relevant with regard to national laws. When the parties' autonomy becomes able to regulate the whole of the arbitration procedure without any connection with municipal laws, and when international regulations provide the parties with the machinery and facilities which may enable arbitration proceedings to fulfil their purposes without any resort to municipal courts, then it can be said that international commercial arbitration is recognised as such, in its truly international character, by the legal systems of the States which are parties to the convention.* (tradução nossa). YU, loc. cit.

lex fori, ou seja, à lei nacional vigente no local escolhido pelas partes para ser a sede arbitral.

Segundo a teoria autônoma, o instituto arbitral só atingirá a sua plenitude a partir do momento em que houver um conjunto consolidado de leis internacionais próprias para efetivamente regulamentá-lo. Somente com leis internacionais aptas é que será manifestada uma Arbitragem Comercial verdadeiramente internacional.

2.3 Ponderações

Ao decorrer deste capítulo, foi possível abordar a importância que as normas desempenham tanto na seara jurídica geral, como no âmbito da Arbitragem Comercial Internacional.

Por conseguinte, foi apreciada a relação do princípio da autonomia da vontade com o instituto da arbitragem ao longo de sua história, relação essa que se mostrou eminentemente de coexistência e atrelamento coeso.

Em decorrência disso, foram trazidas as quatro teorias formuladas justamente para delimitar e, de certo modo, explicar a relação entre a autonomia inerente às partes e as normas nacionais e internacionais que norteiam o Instituto. Sendo assim, foi apurada a íntima relação que o princípio da autonomia da vontade possui com o instituto arbitral, seja na sua criação, seja na sua condução procedimental.

3 FONTES PÚBLICAS DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

O termo “fonte” é utilizado no Direito Internacional para englobar o problema de aparecimento de normas legais em um sistema jurídico descentralizado. Nesse sentido, as fontes materiais são todas aquelas derivadas de um contexto específico, baseadas em razões políticas ou econômicas. Em contramão, as fontes formais são as normas em si. É evidente, entretanto, que ambas servem de base para obrigações internacionais.

Em análise à aplicação das normas aptas a reger as obrigações internacionais, nota-se a necessidade de determinar quais delas serão adotadas para a aplicação nos litígios de Arbitragem Comercial Internacional, o qual, apesar de ser um instituto privado de resolução de conflitos, se encontra envolto e permeado de fontes públicas para a efetivação de seu bom desenvolvimento.

Cumprido aludir ao entendimento de Philippe Fouchard⁵⁰, no sentido de que o crescimento da importância e do uso do instituto da Arbitragem Comercial Internacional levou a uma proliferação de convenções e de instrumentos intergovernamentais elaborados por organizações internacionais.

Por mais que exista certa conotação pública, não há que se falar de efetiva ingerência por parte das Cortes nacionais, tendo em vista a grande disparidade entre a Arbitragem e os Poderes Judiciários como mencionado no capítulo anterior. Ao invés disso, cumpre mencionar a interligação da Arbitragem com o direito nacional no que tange à lei aplicável na convenção de arbitragem, no procedimento em si, assim como no mérito da controvérsia.

Nesse sentido, constata-se um atrelamento entre as fontes e elementos nacionais e internacionais. E, em função disso, analisaremos neste capítulo, primeiramente a influência das leis nacionais na Arbitragem Comercial Internacional e, posteriormente as fontes internacionais que dão embasamento fático e teórico para a garantia da eficácia e eficiência do instituto aqui estudado.

⁵⁰ FOUCHARD, Philippe et. al. *International Commercial Arbitration*, p. 63. Haia: Kluwer Law International, 1999.

3.1 LEIS NACIONAIS

As leis nacionais são comumente utilizadas para regulamentar a convenção de arbitragem, o procedimento e o mérito da disputa arbitral e cada um desses aspectos pode ser regido por normas de Estados diferentes. Nesse ínterim, o princípio da autonomia da vontade das partes se mostra consagrado na definição de qual das inúmeras leis nacionais é que será aplicada ao caso concreto. Em consequência, faz-se mister ressaltar o entendimento do renomado jurista Philippe Fouchard

Apesar de a escolha da lei e da aplicação de qualquer lei nacional ter alguma relevância e arbitragem internacional, o princípio da autonomia das partes possui mais importância, tendo em vista a base contratual da arbitragem⁵¹.

Entende-se, portanto, que as leis nacionais terão, sim, importância. Visto que elas farão parte do conglomerado de normas que permeiarão o procedimento arbitral. Contudo, é manifesto que a liberdade contratual das partes é que possibilita a escolha da lei nacional mais favorável à aplicação na disputa.

3.1.1 Leis nacionais e as cláusulas arbitrais

Em primeiro plano cumpre analisar a influência das leis nacionais na elaboração das cláusulas arbitrais, que são autônomas em relação ao contrato e, portanto, podem seguir uma lei nacional diferente daquela aplicada a ele.

Um dos elementos que mais dão segurança e previsibilidade a um contrato comercial é uma cláusula arbitral bem elaborada, e isso inclui a escolha da lei

⁵¹ *"Although the choice of law and the application of any national law has some international relevance and arbitration, the principle of the autonomy of the parties is more important, given the contractual basis of arbitration"*. (tradução nossa). FOUCHARD, 1999, p. 31.

aplicável. Logo, os contratantes, seguindo o princípio da liberdade contratual, deliberam livremente sobre a melhor lei a ser utilizada na sua cláusula arbitral, tendo em vista que quanto mais amigável à Arbitragem essa lei nacional for, mais benefícios os contraentes terão e mais segurança o próprio instituto terá.

Entretanto, caso as partes não decidam expressamente a lei nacional de sua escolha e a lei do contrato coincida com a lei da sede arbitral, a lei aplicável a essa cláusula será logicamente a lei em comum.

Mas, caso a lei do contrato seja divergente da lei da sede, existem duas alternativas que podem ser seguidas. A primeira alternativa seria a prevista pela Convenção de Nova Iorque sobre as Sentenças Arbitrais de 1958, a qual prevê em seu artigo V que a lei aplicável a esses casos seria aquela da sede em função da facilidade de homologação nos países, tanto no que foi proferida a sentença quanto no que a sentença deverá ser executada. E, a segunda e menos aceita alternativa seria aplicar a ela a lei que rege o contrato. Como tem que ser atingida a pretensão das partes, a lei do contrato seria a mais logicamente aplicável. Mas, como a cláusula é essencialmente autônoma, não há motivos suficientes que justificariam a aplicação da lei que rege o contrato para reger a cláusula. Ou seja, essa segunda alternativa acaba caindo por terra ao confrontá-la com o princípio da autonomia da cláusula arbitral.

3.1.2 Leis nacionais no procedimento arbitral e no mérito da disputa arbitral

Nestes dois casos, a norma nacional aplicada seria, primeiramente, aquela deliberada e escolhida pelos contratantes, seguindo o princípio da autonomia da vontade das partes. E, de maneira subsidiária, caso não tenha sido escolhida expressamente uma lei nacional para regulamentar o procedimento arbitral, a aplicada seria a da sede da disputa, ou seja, a "*lex arbitr*".

3.2 PROTOCOLO DE GENEBRA SOBRE AS CLÁUSULAS ARBITRAIS DE 1923⁵²

Este protocolo foi concebido por muitos como sendo o início de uma instauração da Arbitragem Comercial efetivamente internacional, ou seja, uma Arbitragem globalizada para um mundo globalizado. Entretanto, este instrumento se mostrou amplamente ineficaz, principalmente, em função da falta de vontade dos Chefes de Estado em submeterem-se a um contrato multilateral em que sua soberania fosse mitigada.

Não obstante a inefetividade do protocolo em questão, a sua segunda disposição possui grande importância para a análise e estudo deste trabalho:

2. O processo da arbitragem, incluindo-se a constituição do tribunal arbitral, será regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar. Os Estados contratantes comprometem-se a facilitar os atos processuais, que seja necessário realizar nos seus territórios, de acordo com as disposições que regem, nas suas legislações respectivas, o processo de arbitragem por compromisso.⁵³

Nesse sentido, cabe salientar de maneira breve, mas pontual, que desde o começo da Arbitragem Comercial Internacional moderna, a autonomia da vontade das partes mostra-se presente não apenas como um dos elementos norteadores, mas efetivamente como um princípio permeador do instituto. Princípio este que será analisado de maneira aprofundada ao longo das exposições aqui despendidas.

⁵²NARIMAN, Fali. *International Arbitration in the Twenty-First Century: Concepts, Instruments and Techniques*. Trade, Law and Development. 2009. Disponível em: <<http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/1%282%29%20TL%26D%20308%20%282009%29/30#>>. Acesso em: 21/10/2017.

⁵³2. *La procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu. Les Etats contractants s'engagent à faciliter les actes de procédure qui doivent intervenir sur leur territoire, conformément aux dispositions réglant, d'après leur législation, la procédure d'arbitrage par compromis.* (tradução nossa). **Le Conseil fédéral. Protocole du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage.** Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19230024/index.html>>. Acesso em: 21/10/2017.

3.3 TRATADO DE GENEBRA SOBRE A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS DE 1927

Esta convenção foi o primeiro instrumento multilateral a tratar das sentenças arbitrais estrangeiras. Isso se dá em função de uma lacuna deixada por seu antecessor, o Protocolo de Genebra de 1923, ao versar, levemente, apenas sobre as sentenças arbitrais em âmbito nacional, sem menção alguma a execução no plano internacional.

Isso posto, o Tratado de 1927 sobre execução de sentenças arbitrais estrangeiras, como o próprio nome sugere, versou especificadamente sobre as sentenças arbitrais estrangeiras, no sentido de modificar o texto do Protocolo de 1923 a fim de autorizar o reconhecimento das sentenças provenientes de uma disputa arbitral não apenas em um plano nacional, mas internacional inclusive.

Por conseguinte, o Tratado de Genebra de 1927 é considerado como um marco na seara da Arbitragem Comercial Internacional por ter dado uma maior abrangência ao campo de aplicação do Protocolo de 1923, fazendo com que as sentenças arbitrais tivessem uma validade e uma aplicação internacional. Logo, pode-se conceber que os dois instrumentos legais se mostravam não apenas entrelaçados, mas complementares; visto que este Tratado foi criado com o escopo de suprir certas lacunas deixadas pelo seu antecessor – escopo esse que foi parcialmente bem-sucedido.

Com a junção de forças entre o Protocolo de 24 de setembro de 1923⁵⁴ e o Tratado de 26 de setembro de 1927⁵⁵, o mundo globalizado mostrava-se aberto efetivamente ao modelo alternativo de resolução de conflitos, de maneira a tornar-se eventualmente o palco das disputas arbitrais.

Nesse sentido, em meados dos anos 1930, o ambiente mostrava-se propício à utilização desse instituto, posto que já havia regulamentação, mesmo que breve, acerca do compromisso assumido pelos países signatários de aceitarem a arbitragem como meio de resolução de conflitos compatíveis com o instituto⁵⁶, da

⁵⁴ **Protocole relatif aux clauses d'arbitrage** Adopté à Genève le 24 septembre 1923.

⁵⁵ **Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères**. Conclue à Genève le 26 septembre 1927.

⁵⁶ Disposição 1 do Protocolo de Genebra sobre as Cláusulas Arbitrais de 1923.

a fundo, o que pode ser entendido como uma sentença arbitral estrangeira. Nesse seguimento, frisa-se que a Convenção de Nova Iorque sobre sentenças arbitrais foi a primeira a definir efetivamente o que se entende por uma sentença arbitral. E vai além, afirma que sempre quando houver uma sentença arbitral proferida fora dos limites nacionais de onde ela vai ser aplicada, vai ser então uma sentença estrangeira.

A função desse documento é, basicamente, possibilitar a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, onde quer que as partes queiram, onde quer que seja colocada em efeito. Em outra perspectiva, ela traz ainda as hipóteses para a denegação de um processo de homologação das sentenças provenientes da arbitragem.

E, nesse seguimento, a regra estabelecida é de que: toda sentença estrangeira deverá passar por um crivo de um Tribunal Nacional para que a sentença “alienígena” possa ter efeito dentro do território respectivo.

Para que possa ser esclarecido o importante papel que tem na seara mundial esta Convenção, vale ressaltar o texto presente no site da Convention des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)⁶⁵:

A convenção busca estabelecer normas comuns para o reconhecimento de acordos internacionais de arbitragem. Arbitragem e reconhecimento e execução por tribunais estaduais de prêmios estrangeiros e não nacionais. Por "não-nacional" entende-se aquelas sentenças que, embora feitas no território do Estado onde a execução é solicitada, são consideradas "estrangeiras" pela lei do Estado em questão porque o processo envolve fator estrangeiro, como é o caso, por exemplo, quando as regras de procedimento de outro Estado são aplicadas. O principal objetivo da Convenção é evitar a discriminação de sentenças estrangeiras e não nacionais. Isso obriga os Estados Contratantes a garantir que esses prêmios sejam reconhecidos e geralmente executáveis no seu território da mesma forma que os prêmios nacionais. Um objetivo secundário da Convenção é obrigar os tribunais dos Estados Contratantes a dar pleno efeito aos acordos de arbitragem, referindo-se à arbitragem das partes que os encaminham a uma disputa em violação do seu contrato de arbitragem.⁶⁶

⁶⁵ Em inglês: *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*.

⁶⁶ *Prenant acte de l'importance grandissante de l'arbitrage international dans le règlement des différends commerciaux internationaux, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la Convention) vise à établir des normes législatives communes pour la reconnaissance des conventions d'arbitrage ainsi que la reconnaissance et l'exécution par les tribunaux étatiques des sentences étrangères et des sentences non nationales. Par "non nationales", il faudrait entendre les sentences qui, bien que rendues sur le territoire de l'État où leur exécution est demandée, sont considérées comme "étrangères" par la loi de l'État en question parce que la procédure comporte un facteur d'extranéité, comme c'est le cas, par exemple, lorsque les règles de*

Cada país costuma adotar suas próprias regras procedimentais para analisar a homologação ou não de sentenças estrangeiras. No Brasil, por exemplo, existe a portaria número 9 de 2005⁶⁷ que versa sobre sentenças estrangeiras no Supremo Tribunal de Justiça, ainda contendo as hipóteses negativas de reconhecimento. Como o Brasil ratificou a Convenção de 58, essas hipóteses negativas são as mesmas previstas nessa Convenção. E isso acaba por evitar certos problemas de homologação, porque os países podem fazer uma reserva alegando que só será aplicada a Convenção de Nova Iorque de 58 caso a sentença seja proveniente de países signatários da mesma. Mas no caso e questão, indefere se o país estrangeiro é signatário ou não, visto que a lei brasileira de arbitragem segue os ditames dessa Convenção.

Em virtude desta pequena explanação, resta evidente o papel que a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras exerce no plano da Arbitragem Comercial Internacional. Ela foi, sem sombra de dúvidas, um marco para a uniformização do entendimento acerca do conceito de “sentença arbitral” e de “sentença arbitral estrangeira”, além de mostrar a força de um instrumento supra estatal na influência das leis nacionais.

3.5 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL)

A Organização das Nações Unidas, ao perceber que a grande divergência entre as leis nacionais apresentava um “óbice ao desenvolvimento”⁶⁸ do comércio

procédure d'un autre État sont appliquées. La Convention a pour objectif principal d'empêcher toute discrimination envers les sentences étrangères et les sentences non nationales. Elle oblige les États contractants à s'assurer que ces sentences soient reconnues et généralement exécutoires sur leur territoire au même titre que les sentences nationales. Un objectif secondaire de la Convention est d'obliger les tribunaux des États contractants à donner pleinement effet aux conventions d'arbitrage en renvoyant à l'arbitrage les parties qui les saisissent d'un litige en violation de leur convention d'arbitrage. (tradução nossa). Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>. Acesso em: 23/10/2017.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESOLUÇÃO Nº 9, DE 4 DE MAIO DE 2005**. Disponível em http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/Resol/9_05.html. Acesso em: 28/10/2017.

⁶⁸ Disponível em: <<https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2192293/o-regulamento-de-arbitragem-da-uncitral-de-1976>>. Acesso em: 04/11/2017.

internacional, estabeleceu no ano de 1966 a United Nations Commission on International Trade Law⁶⁹, com o escopo de estabelecer uma maior harmonização e unificação do direito mercantil internacional por meio do uso de técnicas normativas, contratuais e explicativas.

Essas técnicas mostram o processo de desenvolvimento da harmonização e da modernização em diferentes etapas do comércio mundial. Mesmo que esse processo sirva, em grande parte, para aproximar as práticas já estáveis e consolidadas, cumpre ressaltar a figura da “harmonização preventiva”, a qual consiste em estabelecer princípios e práticas para reduzir os obstáculos ao bom desempenho do comércio internacional, quais são representados pelas disparidades entre as leis nacionais que versam sobre a Arbitragem Comercial Internacional elaboradas acerca de temas comerciais diversos.

A técnica legislativa da UNCITRAL é que será tratada no presente estudo, visto que é de extrema relevância o trabalho feito por esse órgão no âmbito dos litígios arbitrais internacionais, em função de seus diversos textos legislativos elaborados; tais como convenções, leis modelos, guias legislativos e disposições.

Mais especificadamente, a sua Lei modelo de 1985 é que será analisada mais a fundo, em virtude de seu grande impacto no âmbito nacional acerca da Arbitragem como um instituto.

3.5.1 Lei modelo da UNCITRAL, 1985

Uma lei modelo é classificada como “um texto legislativo que é recomendado aos Estados de incorporarem dentro de seu direito nacional”⁷⁰. Nesse diapasão, ela se mostra como um meio apto a modernizar e a harmonizar as leis nacionais, pois

⁶⁹ Atualmente integrada por 60 Estados membros eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas e sua composição é representativa das diversas regiões geográficas e dos principais sistemas econômicos e jurídicos.

⁷⁰ “*un texte législatif qu’il est recommandé aux États d’incorporer dans leur droit national*”. (tradução nossa). Guide de la CNUDCI: ***L’essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international***. Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne. Disponível em : <<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/12-57492-Guide-to-UNCITRAL-f.pdf>>. Acesso em: 04/11/2017.

se espera que os Estados adaptem tal texto “modelo” às condições locais, que variam de um sistema para outro.

Segundo o Guia da UNCITRAL, é justamente essa flexibilidade inerente à lei modelo que a torna mais atrativa para negociações do que um texto repleto de obrigações rígidas e, também, é o que as tornam mais aceitas em relação a uma convenção. Sendo assim, seus princípios seriam, de certa maneira, mais facilmente inseridos nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Portanto, com o desígnio de regular as etapas do procedimento arbitral até o reconhecimento e execução da sentença arbitral de maneira uníssona no âmbito do direito interno dos países, foi elaborada, no ano de 1985, uma Lei Modelo de Arbitragem com caráter facultativo, mas inspirada pela Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958.

O campo de aplicação da Lei modelo da UNCITRAL é um grande marco em relação a outras convenções e tratados anteriores. E isso se dá em virtude de ela ter uma estipulação e uma definição efetivamente expansiva dos termos fundamentais para a demarcação e configuração do instituto estudado, quais sejam os termos “internacional” e “comercial” em seu artigo primeiro.

Sendo assim, resta claro que a Lei Modelo da UNCITRAL foi formulada com a finalidade de se sobressair em relação a qualquer outra lei nacional que limite o escopo da Arbitragem Comercial Internacional, seja em relação ao termo “comercial”, seja em relação ao termo “internacional”⁷¹.

E essa nova abordagem trazida pela Lei Modelo da UNCITRAL se difere de abruptamente do artigo 1, (3) da já analisada Convenção de Nova Iorque, o qual limita a sua finalidade e aplicação apenas às disputas definidas pelos próprios Estados como sendo efetivamente comerciais⁷².

Seguindo a linha de inovação no campo da Arbitragem Comercial Internacional, cumpre notar a posição do jurista José Antonio Moreno Rodríguez:

⁷¹ Guide de la CNUDCI: *L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*. Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne. Disponível em : <<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/12-57492-Guide-to-UNCITRAL-f.pdf>>. Acesso em: 04/11/2017.

⁷² Guide de la CNUDCI, loc. cit.

Tal lei modelo foi apresentada como um instrumento destinado a encaminhar os processos de reforma e modernização das legislações nacionais sobre a matéria, na busca por instaurar um regime uniforme que reflita o consenso mundial sobre os aspectos mais importantes na prática desse meio de solução de disputas.⁷³

Nesse sentido, compete fazer menção ao artigo 25 dessa Lei,⁷⁴ o qual acrescentaria uma uniformidade considerável à Arbitragem, caso houvesse interesse dos países em adotá-lo e implantá-lo em suas normas nacionais como algo cogente, visto que essas leis nacionais preveem que partes podem escolher outros procedimentos a serem aplicados em caso de inadimplemento de uma delas⁷⁵

Artigo 25. Inadimplência de uma parte:

Salvo convenção contrária das partes, se, sem invocar um impedimento legítimo

- a) o demandante não apresenta a sua demanda conforme o artigo 23-1, o tribunal arbitral dará fim ao procedimento arbitral;
- b) o defendente não apresenta suas defesas conforme o artigo 23-1, o tribunal arbitral seguirá com o procedimento arbitral sem considerar esse defeito em si como uma aceitação das alegações do demandante;
- c) uma das partes se omite de comparecer à audiência ou de produzir os documentos, o tribunal poderá dar seguimento ao procedimento e se embasar nos elementos de prova dos quais ele já dispõe.⁷⁶

Como muitas leis nacionais não reconhecem atualmente as sentenças *ex parte*⁷⁷ que são tratadas no artigo acima, a uniformização nesse sentido acaba por ser prejudicada, eis que ela não conseguiria atingir grande expressão mundial⁷⁸.

⁷³ RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito Aplicável e arbitragem internacional**. Curitiba: Juruá, 2015.

⁷⁴ Lei Modelo da UNCITRAL. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf>. Acesso em: 30/10/2017.

⁷⁵ Guide de la CNUDCI: **L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international**. Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/12-57492-Guide-to-UNCITRAL-f.pdf>>. Acesso em: 04/11/2017.

⁷⁶ Article 25. *Défaut d'une partie Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime, a) Le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23 1, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale; b) Le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur; c) L'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.* (tradução nossa). Lei Modelo da UNCITRAL. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf>. Acesso em: 30/10/2017.

Entretanto, a Lei modelo da UNCITRAL, no seu artigo 28, triunfou em unificar o entendimento internacional no âmbito interno acerca da escolha e da definição das já mencionadas leis nacionais como fontes públicas da Arbitragem Comercial Internacional, fornecendo um amplo embasamento teórico, como pode ser analisado a seguir:

Artigo 28. Regras aplicáveis ao mérito do litígio:

(1) O tribunal arbitral decidirá a disputa de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes como aplicáveis ao mérito da disputa. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado será considerada, salvo indicação expressa em contrário, como se referindo diretamente ao direito substantivo desse Estado e não às suas regras de conflitos de leis.

(2) Na ausência de tal designação pelas partes, o tribunal arbitral deve aplicar a lei designada pelo conflito de leis a norma que considerar aplicável a esse caso.

(3) O tribunal arbitral deverá decidir *ex aequo et bono* ou como um compositor amigável apenas se as partes o tiverem autorizado expressamente. (4) Em todos os casos, o tribunal arbitral decidirá de acordo com as estipulações do contrato e levará em consideração as práticas comerciais aplicáveis à transação.⁷⁹

Esse artigo legitima – novamente – o princípio da autonomia da vontade das partes, já que resta explícita a previsão da liberdade de escolha do direito aplicável ao procedimento arbitral, as condições para a aplicação de um direito específico quando não é feita uma escolha desse direito aplicável, assim como prediz a possibilidade de ser escolhida uma norma não estatal para regulamentar o instituto arbitral.

⁷⁷ Uma sentença *ex parte* é aquela proferida sem que ambas as partes estejam presentes, ou seja, é uma sentença proferida sem o envolvimento de uma das partes.

⁷⁸ Guide de la CNUDCI: ***L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international***, loc. cit.

⁷⁹ Article 28. Règles applicables au fond du différend 1) Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois. 2) À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce. 3) Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé. 4) Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction. (tradução nossa). Lei Modelo da UNCITRAL. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf. Acesso em: 31/10/2017.

Verifica-se, portanto, uma convalidação da livre escolha das leis aplicáveis ao procedimento por parte dos litigantes como primeira opção e uma previsão de outros meios que não sejam essa livre escolha apenas caso ela não seja feita.

Com efeito, em seu parágrafo 1, pode ser vislumbrada a previsão de plena autonomia das partes para a escolha de não apenas leis, mas do próprio “*systeme juridique*”⁸⁰ ou, em inglês, “*rules of law*”⁸¹, termo este que é brilhantemente definido pelo Relatório do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas como:

[...]um princípio de governança em que todas as pessoas [...] são responsáveis perante leis promulgadas publicamente, igualmente aplicadas e adjudicadas [...]. Exige, também, medidas para garantir a adesão aos princípios da supremacia do direito, a igualdade perante a lei, a prestação de contas à lei, a justiça na aplicação da lei, a separação de poderes, a participação na tomada de decisões, a segurança jurídica, a evasão de arbitrariedade e transparência processual e legal.⁸²

Em decorrência da utilização do termo “*systeme juridique*” a Lei Modelo da UNCITRAL oportunizou às partes disputantes um leque de opções que antes não era possível. Isto é, ela possibilitou que as partes pudessem eleger normas provenientes de mais de um sistema legal para que fossem aplicados em diferentes aspectos da relação jurídica instaurada entre elas. Com isso, tal aproximação progressiva foi elaborada com o fito de proporcionar aos atores de transações internacionais a flexibilidade para aplicar as leis mais adequadas ao seu caso específico⁸³.

⁸⁰ Ordenamento jurídico.

⁸¹ Guide de la CNUDCI: *L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*. Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne. Disponível em : <<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/12-57492-Guide-to-UNCITRAL-f.pdf>>. Acesso em: 04/11/2017.

⁸² “a principle of governance in which all persons [...] are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated [...] It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.” (tradução nossa). Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/616>. Acesso em: 03/11/2017.

⁸³ Guide de la CNUDCI: *L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*. Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne. Disponível em : <<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/12-57492-Guide-to-UNCITRAL-f.pdf>>. Acesso em: 04/11/2017.

Por conseguinte, atenta-se, ao artigo 19 da Lei modelo, o qual foi apelidado de "Carta Magna do Procedimento Arbitral" por Herrmann⁸⁴, tendo em vista o seu papel garantidor da completa autonomia da vontade das partes para a determinação das regras pertinentes a serem utilizadas na Arbitragem:

Artigo 19. Determinação do regulamento interno

(1) Sob reserva das disposições desta Lei, as partes são livres de concordar com o procedimento a seguir pelo tribunal arbitral.

(2) Na ausência de tal acordo, o tribunal arbitral pode, sujeito às disposições desta Lei, proceder à arbitragem conforme julgar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral incluem o poder de se pronunciar sobre a admissibilidade, relevância e importância de qualquer evidência produzida.⁸⁵

Segundo esse preceito legal, as partes podem optar por: a) desenvolver suas próprias regras para o procedimento arbitral; b) utilizar as regras de uma instituição de Arbitragem; c) ir de acordo com a prática de Arbitragem padronizada de uma associação comercial específica ou; d) se referir à lei de procedimento civil de um sistema legal específico.

E, no caso de as partes não concordarem ou não se atentarem em relação à aplicação de certas regras processuais específicas, o artigo 19 (2) habilita o tribunal arbitral a conduzir os procedimentos da maneira que julgar apropriada como prevê o artigo 28 da mesma Lei. "Isso inclui o poder de determinar a admissibilidade, relevância, materialidade e peso de qualquer evidência"⁸⁶.

Com efeito, apesar de toda a liberdade inerente a um procedimento que siga os preceitos da Lei modelo da UNCITRAL, ressalva-se que nela foram dispostos preceitos obrigatórios com a finalidade única de proteção ao devido procedimento.

⁸⁴ HERRMANN, Gerold, *The UNCITRAL Model Law-Its Background, Salient Features, and Purposes*. [S.l.:s.n.], 1985.

⁸⁵ "Article 19. Détermination des règles de procédure 1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral. 2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite". (tradução nossa). Lei Modelo da UNCITRAL. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf. Acesso em: 30/10/2017.

⁸⁶ Guide de la CNUDCI: *L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*. Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/12-57492-Guide-to-UNCITRAL-f.pdf>. Acesso em: 04/11/2017.

Retomando o princípio da autonomia da vontade das partes, cumpre mencionar entendimento dos juristas Mary McNerney e Carlos Esplugues

[...]A abordagem da lei modelo da UNCITRAL, enfatiza a vontade das partes como um princípio governante ao invés de examinar a legislação nacional, que geralmente é orientada para a arbitragem doméstica e para questões de arbitragem internacional. A lei modelo deixa as partes determinarem a composição do tribunal arbitral, selecionarem as regras para governar os procedimentos de nomeação e contestação, e escolherem as normas aplicáveis ao conteúdo da disputa. Essa liberdade, no entanto, é limitada por certas previsões cogentes a fim de que devido processo seja garantido. Essa liberdade também é limitada pela conexão da lei modelo com as normas de direito nacional, particularmente na fase pós-adjudicação, mas também quando o tribunal pode prestar assistência em pontos específicos do processo.⁸⁷

Mediante o exposto, resta evidente que um procedimento arbitral poderá ser conduzido de inúmeras maneiras, eis que não existem previsões legais em um modelo fechado de como ele efetivamente deve ser⁸⁸. O que realmente é levado em consideração em todos os procedimentos arbitrais internacionais, independentemente de sua sede ou da lei nacional aplicada, é o princípio que vem sendo difundido e enraizado há anos na seara da Arbitragem Comercial Internacional – a autonomia da vontade das partes. Como afirma o jurista Alan Redfern, “a determinação do procedimento a ser seguido na arbitragem internacional é governada por um princípio diretor que é aquele da autonomia da vontade”⁸⁹.

⁸⁷ “the UNCITRAL model law approach, rather than looking to national law, which is generally geared toward domestic arbitration as opposed to international arbitration issues, emphasizes the will of the parties as the governing principle. The model law leaves the parties free to determine the composition of the arbitral tribunal, to select the rules to govern appointment and challenge procedures, and to choose the rules of law applicable to the substance of the dispute. This freedom, however is limited by certain mandatory provisions guaranteeing due process. It is also limited by the model's link with national law, particularly at the post-award stage, though also where the court may render assistance at specific points in the proceedings” (tradução nossa). McNERNEY, Mary E., ESPLUGUES, Carlos A. **International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law**. [S.l, s.n.], 1986. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1395&context=iclr>>. Acesso em: 30/10/2017.

⁸⁸ Guide de la CNUDCI: **L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international**.

⁸⁹ AMARIYAGWE, Nadége, opus REDFERN, Alan. Disponível em: <https://www.memoireonline.com/07/12/6022/m_Portee-d-une-sentence-arbitrale-en-Droit-international-19.html>. Acesso em: 03/11/2017.

3.6 PRINCÍPIOS DE HAIA

No ano de 1980, um conjunto de juristas propôs, na “Conferência de Haia”, a elaboração de um documento que tivesse como finalidade a regulamentação das contratações internacionais. Entretanto, a proposta feita não foi acolhida, pois à época foi entendido que haveria uma inviabilidade de tal convenção regulamentar esse tema, em decorrência da grande dificuldade para que houvessem negociações acerca do assunto, além da dificuldade de ratificações pelos países.

Apesar das críticas feitas na década de 1980, a Conferência de Haia, nos anos de 2008 e 2009, acabou por estabelecer um conjunto de princípios em matéria de direito aplicável à contratação internacional intitulado “Princípios de Haia”. E, em função de seu campo de aplicação ser interligado com o instituto arbitral, a sua utilização neste mostrou-se e ainda se mostra bastante promissora⁹⁰.

Frisa-se, destarte, que esse instrumento teve como “objetivo fundamental promover a autonomia de vontade das partes como critério para a escolha do direito aplicável”⁹¹ através de princípios que nascem com uma natureza de direito “brando”. Essa natureza branda foi utilizada nos “Princípios de Haia” em função da inviabilidade de ratificação por parte dos países, como já mencionado.

E esse é um assunto importante a ser considerado, tendo em vista o elucidado pelo jurista José Antonio Moreno Rodríguez, com base no Relatório da Secretaria Permanente

Resultara inviável obter um número significativo de Estados que subscrevam um acordo de vontades sobre esta matéria. Muitos deles já se encontram vinculados por um instrumento regional, e não sentem a necessidade de investir esforços em um projeto de alcance internacional. Certas vezes se entende que algumas convenções de direito material são suficientemente adequadas para resolver os problemas neste âmbito, em uma alusão específica à Convenção de Viena de 11 de abril de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias.⁹²

⁹⁰ RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito Aplicável e arbitragem internacional**, p. 81. Curitiba: Juruá, 2015.

⁹¹ Ibid.

⁹² RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito Aplicável e arbitragem internacional**, p. 81. Curitiba: Juruá, 2015 Opus Relatório da Secretaria Permanente, p. 347.

Os instrumentos não vinculantes são utilizados em detrimento dos vinculantes em função de uma maior objetividade empregada na elaboração destes, ensejando em uma maior qualidade técnica; assim como a possibilidade de as partes poderem eleger regras não estatais, como é o caso dos Princípios do UNIDROIT e ainda, cumpre salientar que algo que tenha a característica de “*soft law*” não entraria em conflito com uma norma cogente, de “*hard law*”⁹³.

Por fim, constata-se que a autonomia da vontade das partes foi consagrada nos “Princípios de Haia” para que pudesse haver grande liberdade de escolha no que tange o direito aplicável aos contratos de maneira expressa ou tácita e, no mesmo sentido, a ordem pública foi admitida como limite a essa autonomia concedida⁹⁴.

3.7 Ponderações

A partir da análise das diferentes fontes normativas da Arbitragem Comercial Internacional, constata-se que as normas efetivamente precisam nortear o instituto. Nesse sentido, nota-se que nem tudo é contratual nesta seara. Entretanto, por mais que sejam adequadas todas essas fontes normativas, percebe-se que o princípio da autonomia da vontade das partes é expressamente legitimado não apenas como um elemento inerente à Arbitragem Comercial Internacional, mas como um elemento essencial na sua construção e elaboração.

⁹³ “*Hard law*”: *Hard law refers to binding laws. In the context of international law, hard law includes treaties or international agreements, as well as customary laws. These documents create enforceable obligations and rights for countries (states) and other international entities.* Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/s/soft-law>. Acesso em: 19/10/2017.

⁹⁴ RODRÍGUEZ, loc. cit. p. 87.

4 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

A Arbitragem é uma justiça organizada pela convenção entre as partes e, por consequência, deve se diferenciar da justiça estatal. A liberdade contratual que abre portas à composição do contrato e da convenção tem a incumbência de habilitar as regras de direito estatais, incumbência essa descrita por Hans Kelsen como a de “conferir poder a um indivíduo de colocar e aplicar normas⁹⁵”.

O jurista francês Jean Billemont levanta, nesse sentido, que o direito objetivo pode oferecer certo apoio à autonomia de vontade das partes ao adicionar ao ato resultante do acordo certas disposições sobre o que elas não tratam especificadamente. Portanto, a finalidade de tais regras propiciadas pelo Estado permite a realização do objetivo principal de tal acordo a fim de que ele possa ser levado à Arbitragem, concedendo-lhe, então, uma arbitralidade plausível através de regras que possuem uma função supletiva, como afirma Cécile Perès-Dourdou:

A regra supletiva da vontade não é outra senão a substituição da vontade individual pela regra de direito. A este título, ela forma um remédio objetivo que a ordem jurídica consciente do entendimento circunscrito da previsão humana, prevista e aplicada quando os indivíduos, visto que eles se dispõem de uma liberdade de princípio a esse efeito, não manifestaram sua vontade de definir eles mesmos o conteúdo de um ato jurídico.⁹⁶

Dessa forma, cumpre entender que a liberdade contratual, proveniente do princípio da vontade das partes, pode sofrer uma interferência, ou melhor dizendo, pode ser complementada com as regras supletivas do direito arbitral a fim de seja estabelecida uma “estrutura eficaz à convenção da arbitragem⁹⁷”.

⁹⁵ BILLEMONT, Jean. *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, p. 152. Bibliothèque de Droit Privé. Tome 549. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Lextenso Éditions, 2013.

⁹⁶ “*La règle supplémentaire du testament n'est autre que la substitution de la volonté individuelle par la règle de droit. En ce sens, il constitue un remède objectif que l'ordre juridique conscient de la compréhension circonscrite de la prédiction humaine, prédit et appliqué lorsque les individus, puisqu'ils ont une liberté de principe à cet effet, n'ont pas exprimé leur volonté de définir eux-mêmes le contenu d'un acte juridique.*” PERÈS-DOURDOU, Cécile. *La règle supplétive*, p. 394. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004.

⁹⁷ BILLEMONT, op. cit., p. 152.

4.1 POLÍTICAS PÚBLICAS E A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

A Arbitragem Comercial Internacional se mostra como uma justiça privada feita pelas partes para elas mesmas. Contudo, nota-se que esse Instituto possui uma natureza mista entre o aspecto contratual e o aspecto jurisdicional – como referido anteriormente neste estudo ao analisarmos a Teoria Autônoma defendida e representada por Rubellin-Devichi⁹⁸.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a relação entre esses dois aspectos se apresenta em duas fases distintas, tendo como ponto de comutação entre o contratual e o jurisdicional o proferimento da sentença arbitral, visto que o aspecto contratual, regido pela autonomia da vontade das partes dará lugar ao jurisdicional, regido pela lei estatal escolhida pelas partes. Com efeito, Jean Billemont reforça a necessidade de uma política pública favorável à Arbitragem para poder embasar a autonomia das partes contratantes

Justiça privada, a arbitragem não é, portanto, um negócio entre as partes. A regulamentação caracterizada por uma política favorável a ela tem um papel determinante: nem tudo é contratual na arbitragem. Essa política de promoção poderá, por vezes, favorecer a liberdade das partes em detrimento de outros objetivos e por vezes favorecer a Arbitragem e si em detrimento da liberdade das partes.⁹⁹

No que tange as políticas públicas, deve ser analisado, em primeiro plano, a eficácia do Instituto aqui estudado, eficácia essa que tem como escopo combater as estratégias dilatórias feitas por um dos litigantes a fim de que seja estabelecido um equilíbrio entre a segurança de “*bonne justice*” e a repressão de sua utilização mal-

⁹⁸BILLEMONT, 2013, p. 10.

⁹⁹ “*Justice privée, l’arbitrage n’est pas l’affaire des seules parties. La réglementation, caractérisée par une politique de faveur pour l’arbitrage, y joue un rôle déterminant : tout n’est pas sans doute pas contractuel dans l’arbitrage. Cette politique de promotion pourra tantôt favoriser la liberté des parties au préjudice d’autres objectifs, tantôt favoriser l’arbitrage lui-même au détriment de la liberté des parties.*” (tradução nossa). BILLEMONT, Jean. **La liberté contractuelle à l’épreuve de l’arbitrage**, p. 152. Bibliothèque de Droit Privé. Tome 549. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Lextenso Éditions, 2013.

intencionada¹⁰⁰, garantindo assim o caráter obrigatório e vinculativo da convenção de arbitragem e da sentença arbitral.

A eficiência, por outro lado, deriva de um conceito das ciências econômicas, no sentido de ser “a aptidão de um sistema para fazer acontecer os fenômenos que lhe são benéficos [...] ao bem estar geral¹⁰¹”, em outras palavras, a eficiência da Arbitragem preza pelo máximo de lucro com o máximo de segurança para as partes contratantes.

Por último, cumpre fazer menção ao conceito de efetividade, a qual se mostra como “a qualidade de uma regra a ser verdadeiramente aplicada, seja porque ela é seguida espontaneamente pelas pessoas, seja porque essas sofrem um chamado à ordem quando elas a ignoram¹⁰²”.

Segundo Jean Billemont, o positivismo jurídico – o qual acompanha as políticas públicas –, é visto com maus olhos nos dias atuais, a ponto de existir um verdadeiro “medo do normativo” em função de o positivismo muitas vezes estar relacionado aos “piores regimes políticos”. E, em adição, essa crítica se mostra plausível inclusive no âmbito da Arbitragem, visto que “a Arbitragem não tem lugar no horizonte do positivista¹⁰³”.

Nesse sentido, Fouchard remete ao positivismo e ao utilitarismo que embasam o direito das relações econômicas para retirar desse direito os valores fundamentais em benefício dos interesses do próprio comércio internacional que remetem à liberdade e a segurança de seus operadores.

Todavia, cumpre ressaltar que o positivismo abre espaço, principalmente, a uma crítica técnica da regulamentação que viabiliza a coerência na aplicação das leis e o acesso à segurança jurídica¹⁰⁴.

¹⁰⁰ GAILLARD, Emmanuel. *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, p. 759. [S.l.: s.n.], 1990.

¹⁰¹ BILLEMONT, Jean. *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*. Bibliothèque de Droit Privé. Tome 549. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Lextenso Éditions, 2013. Opus FRISON-ROCHE, Marie Anne. *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit*, p. 15 opus *Droit, économie, justice. Cour de Cassation*. 2005.

¹⁰² BILLEMONT, 2013, p 10.

¹⁰³ BILLEMONT, Jean. *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*. Bibliothèque de Droit Privé. Tome 549. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Lextenso Éditions, 2013. Opus OPPETIT, Bruno. *Philosophie de l'arbitrage commercial international*, p 181. [S.l.: s.n.], 1993.

¹⁰⁴ MAGNON, Xavier. *En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique?*. Disponível em: <www.droitconstitutionnel.org>. Acesso em: 08/01/2018.

O jurista Jean Billemont faz uma contraposição ao alegar que a liberdade contratual é um princípio que não pode ser visto como uma “ausência de regras”, mas como uma “representação da iniciativa privada dentro de um sistema liberal e democrático”. Afirma ainda que “ela não é um sinônimo de ausência de regras que podem ter por objeto encorajar ou facilitar a iniciativa privada”, mas que pode ser colocada em perspectiva com outros interesses

O direito da Arbitragem constitui, portanto, apenas um quadro preexistente à intervenção das partes e em consideração a ele, em princípio, as partes vão acordar entre si [...] O direito da Arbitragem acontecerá no confronto da vontade do legislador com a vontade das partes.¹⁰⁵ (tradução nossa)

Como o direito da Arbitragem é ofertado ao acordo entre as partes, ele poderá favorecer sua liberdade contratual ampliando a eficácia consistente no acordo a fim de aumentar o poder e as potencialidades da iniciativa privada.

4.2 A ARBITRALIDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

A arbitralidade é um termo já muito conhecido, eis que remete à possibilidade de um determinado pleito ser levado para o âmbito arbitral, ou seja, para fora da seara jurisdicional do Estado. E o que aqui se analisa é a relação do conceito de arbitralidade com as supramencionadas políticas públicas e autonomia da vontade das partes.

Como visto anteriormente, existe uma ordem pública jurisdicional que tem o escopo de “saber quando é permitido se dirigir aos juízes privados em detrimento das jurisdições públicas instituídas pelo Estado¹⁰⁶”. E, conforme Jean Billemont, a arbitralidade está sujeita à ordem pública, visto que ela é uma “noção abstrata, um

¹⁰⁵“*Le droit d'arbitrage n'est donc qu'un cadre préexistant à l'intervention des parties et compte tenu de cela, en principe, les parties s'entendront entre elles [...] Le droit d'arbitrage se produira dans la confrontation de la volonté du législateur avec la volonté des parties*” (tradução nossa). BILLEMONT, 2013, p 22.

¹⁰⁶ BILLEMONT, 2013, p 27.

conceito no qual o regime somente pode ser apreendido pela mediação da ordem pública jurisdicional¹⁰⁷”.

Em função de o princípio da liberdade contratual das partes ser amplamente consagrado no sistema jurídico da Arbitragem Comercial Internacional, tem-se o entendimento de que a arbitralidade é “o aspecto de uma aplicação da liberdade contratual para tratamento da controvérsia¹⁰⁸”.

Segundo Emmanuel Fouchard¹⁰⁹, a questão da “arbitralidade” é levantada em dois momentos distintos. Com a arbitralidade subjetiva sendo o momento em que os indivíduos ou, em virtude de seus *status* ou funções, são considerados como “incapazes” de submeter as suas disputas à arbitragem; e com a arbitralidade objetiva, a qual embarca a questão de uma disputa que não pode ser levada aos tribunais arbitrais em função da matéria a ser discutida.

Para se ter noção de como a autonomia da vontade das partes possui uma relação intrínseca com a arbitralidade, atenta-se à aceção de Voipel-Cordonnier, ao afirmar que a arbitralidade em si “concerne mais o efeito da convenção de arbitragem do que a própria convenção¹¹⁰”, eis que a função da arbitralidade é, em linhas gerais, determinar “a quais condições a ordem estatal aceitará reconhecer sua incompetência¹¹¹”. Nesse diapasão, cumpre ressaltar as palavras de Jean Poudret

Em virtude do princípio da autonomia da vontade consagrada por todas as leis [...], as partes são livres de submeter suas relações ao direito de sua escolha mesmo que não haja nenhum lugar com a causa e ainda de sustentá-la ao direito que contém as leis mais condizentes com elas. Uma liberdade sem limite permitirá, entretanto, às partes de aludir a aplicação das regras não apenas imperativas, mas de ordem pública. Sendo assim, para pegar como exemplo a prática das partes a um acordo, elas podem se convencionar a uma arbitragem na Suíça e eleger a lei suíça para escapar da legislação mais restritiva em relação àquela que normalmente seriam submetidas [...]¹¹²

¹⁰⁷ BILLEMONT, 2013, p 58.

¹⁰⁸ BILLEMONT, Jean. *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*. Bibliothèque de Droit Privé. Tome 549. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Lextenso Éditions, 2013 opus LEVEL, Patrice. *L'arbitralité*. P. 213. 1992.

¹⁰⁹ FOUCHARD, Emmanuel. loc. cit., p. 312, 313.

¹¹⁰ COIPEL-CORDONNIER, Nathalie. *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for em doit international-privé*, p. 228. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

¹¹¹ COIPEL-CORDONNIER, 1999, p. 228.

¹¹² *En vertu du principe d'autonomie de la volonté consacré par toutes les lois ici étudiées, les parties sont libres de soumettre leurs relations au droit de leur choix même s'il n'a aucun lien avec la cause et, par la-même, de soustraire celle-ci au droit qui aurait les liens les plus étroits avec elle.*

Cumpra, ainda, fazer referência à noção da livre disponibilidade do direito, o qual se mostra como o critério principal da arbitralidade conforme o entendimento de Patrice Level

Um direito é disponível quando ele está sobre o total controle de seu titular, de tal forma que podemos fazer tudo a seu respeito e notadamente aliená-lo, vê-lo e renunciá-lo.¹¹³

Tendo em foco tal disponibilidade, cumpre salientar que é evidenciada a necessidade de diferenciar a chamada “autonomia universal” das autonomias conflituais e materiais, a fim de delimitar qual seria a autonomia aplicável ao instituto da Arbitragem Comercial Internacional.

Nesse sentido, o termo “autonomia universal” remete à escolha do direito aplicável “com absoluta independência de qualquer direito positivo ou direito internacional público ¹¹⁴”. E, segundo José Antonio Moreno Rodríguez, tal possibilidade não foi aceita no âmbito doutrinário nem no âmbito jurisprudencial, pois “as partes podem regular livremente seus interesses, mas não deixar de lado disposições imperativas ou de ordem pública que resultarem aplicáveis”.

Já as autonomias conflituais e materiais são sim utilizadas e aceitas no mundo jurídico, tanto na seara internacional como na doméstica. A autonomia conflitual versa sobre “a faculdade de escolher o direito aplicável ao contrato internacional” enquanto a autonomia material versa sobre os contratos domésticos, sendo aquela autonomia referida para a elaboração de um contrato cível ou comercial interno. Por conseguinte, cumpre salientar o que afirma o jurista José Antonio Moreno Rodríguez, no sentido de que

Une liberté sans limite permettra toutefois aux parties d'éviter l'application des règles non seulement impératives, mais d'ordre public. Ainsi, pour reprendre des exemples tirés de la pratique les parties à un accord cartellaire peuvent-elles convenir d'un arbitrage en Suisse et élire le droit suisse pour échapper à la législation sur la concurrence beaucoup plus restrictive à laquelle elles sont normalement soumises. (tradução nossa) POUDRET, Jean François. **Droit comparé l'arbitrage international**. Zurique: Schulthess Médias Juridiques SA, 2002.

¹¹³ “Un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'on peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voir e y renoncer”. (tradução nossa). BILLEMONT, Jean. **La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage**. Bibliothèque de Droit Privé. Tome 549. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Lextenso Éditions, 2013 *opus* LEVEL, Patrice. **L'arbitralité**. p. 213, 1992.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito Aplicável e arbitragem internacional**, p. 112. Opus BOGGIANO. **Curso de Derecho Internacional Privado**, p. 597. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1993 Curitiba: Juruá, 2015.

A distinção entre autonomia conflitual e material, no entanto, não é apenas teórica. Ela permite diferenciar a escolha do direito da “incorporação por referência”, que forma parte do contrato como fruto do princípio autonomista, mas sujeito a o que disponha o direito aplicável ao contrato.¹¹⁵

Desse modo, verificamos, que “a arbitralidade mostra-se como uma condição de validade da convenção de arbitragem¹¹⁶” e que tal convenção de arbitragem é um ato de disposição, eis que versa sobre direitos disponíveis – sendo esse direito, no caso em questão, o litigioso. Em contrapartida, cumpre ressaltar que “em definitivo, a livre disposição dos direitos é apenas um modo de exprimir a liberdade contratual¹¹⁷”.

Conclui-se, portanto, que a política pública, ao abraçar a existência e a importância da autonomia contratual das partes na construção de uma arbitragem para resolução de conflitos, por conseguinte, afirma e sustenta a essência dos direitos disponíveis, os quais serão tratados nos contratos passíveis de serem levados ao âmbito do instituto arbitral.

4.3 A INFLUÊNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES NA FORMAÇÃO DA ARBITRAGEM

Seguindo a pontual e assertiva redação do artigo 1.134 do Código Civil francês, “as convenções legalmente formadas têm lugar de lei para as partes que as fizeram”. E é com esse conceito que deve ser levado em conta o presente estudo e, mais precisamente, o presente tópico, eis que a força obrigatória dos contratos firmados entre os indivíduos cria obrigações vinculativas para elas, em função de o princípio da autonomia da vontade das partes possuir grande conexão com o princípio do *pacta sunt servanda*.

Um acordo arbitral, para ser firmado, deve levar em conta não apenas os princípios, mas também as regras que os norteiam. Desse modo, cumpre ressaltar o

¹¹⁵ RODRÍGUEZ, 2015.

¹¹⁶ BILLEMONT, 2013, p. 61.

¹¹⁷ BILLEMONT, 2013., p. 61.

entendimento de Billemont no sentido de que “essas regras representam de certo modo a oferta da Arbitragem formulada pelo legislador¹¹⁸” e, mais precisamente, no que afirma a seguir

Em efeito, a Arbitragem é um procedimento convencional de regulação de litígios. O acordo das partes é, por vezes, necessário e legítimo. Tudo que pode vir a marginalizar esse acordo deve, portanto, ser considerado com suspeição.¹¹⁹

Em adição, cumpre trazer o posicionamento do autor Ancel Pascal¹²⁰, o qual defende que “o contrato (a fonte) [não] se refere inteiramente às obrigações que o fazem nascer”, no sentido que não são criadas meras obrigações, mas sim novas normas jurídicas aplicadas somente às partes contratantes. Isso posto, o fato de as normas serem obrigatórias às partes faz com que essas sirvam de referência para organizar as relações entre estas.

Em suma, o acordo se mostra como algo necessário para que a Arbitragem tome forma, pois é com a vontade das partes contratantes que surge a legitimidade para que esse método de resolução de conflitos possa ser efetivamente colocado em prática a fim de cumprir seus objetivos, os quais são traçados justamente por essas partes que lhe deram vida.

4.4 A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES INSERIDA NO ÂMBITO DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL

O que deve ser atentado em relação à liberdade das partes contratantes no âmbito das Instituições Arbitrais, é que elas podem fazer uso da liberdade que lhes é

¹¹⁸ BILLEMONT, 2013, p. 259.

¹¹⁹ *En effet, l'arbitrage est une procédure conventionnelle de règlement des litiges. L'accord des parties y est à la fois nécessaire et légitime. Tout ce qui peut venir marginaliser cet accord doit donc être considéré avec suspicion.* (tradução nossa). BILLEMONT, 2013, p. 260.

¹²⁰ ANCEL, Pascal. **Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat**, p. 771. [S.l.]: RTD, 1990.

inerente a fim de submeterem-se à Instituição Arbitral que for mais conveniente aos seus interesses.

Nesse sentido, lhes são abertos dois caminhos: ou fazem uso de sua liberdade extensivamente, ao escolherem “à la carte” como se dará todo e cada detalhe do procedimento arbitral ao qual recorreram ou então; decidem pelo “menu” conferindo, portanto, à Instituição eleita o poder de organização desse procedimento¹²¹.

Em relação à segunda opção, na qual as partes se sujeitam ao procedimento regulamentado pela Instituição de sua escolha, cumpre ressaltar o alegado pelo jurista Jean Billemont:

Ao transferir o cuidado da garantia de um bom desenvolvimento do procedimento a um terceiro, as partes se restringem a aderir a um sistema preexistente [...] elas se beneficiarão das soluções comprovadas pelas práticas dos centros organizadores. Não obstante, ao delegar a organização de arbitragem a um terceiro, as partes transferem bloqueando os poderes que normalmente elas exerceriam.¹²² (tradução nossa)

Nota-se, portanto, que a liberdade das partes litigantes, por mais que seja inicialmente ampla, acaba por se mostrar como algo relativizado e comprimido pela própria regulamentação institucional, fazendo com que os sujeitos possam deliberar de acordo com sua vontade apenas sobre um “regime supletivo¹²³”, gerando uma simplificação do procedimento que resolverá a controvérsia posta e, ainda de acordo com o Sr. Billemont, “a utilização aqui feita da liberdade contratual das partes consiste em abdicá-la em proveito da Instituição¹²⁴”.

Nesse diapasão, cumpre fazer menção ao entendimento de Emmanuel Fouchard:

É cada vez mais raro que as partes escolham seus árbitros e organizem seu procedimento diretamente. Em vez disso, as instituições arbitrais

¹²¹ BILLEMONT, 2013, p. 427.

¹²² “*En transférant à un tiers le soin de veiller au bon déroulement de la procédure, les parties se bornent à adhérer à un système préexistant*”. BILLEMONT, 2013, p. 427.

¹²³ BILLEMONT, 2013, p. 427.

¹²⁴ “*On peut en ce sens considérer que l’usage ici fait par les parties de leur liberté contractuelle consiste à l’abdiquer au profit de l’institution*” BILLEMONT, 2013, p. 427.

permanentes foram criadas em todo o mundo e agora lidam com a grande maioria das arbitragens comerciais internacionais¹²⁵.

Segundo o renomado jurista, tanto a Convenção de Nova Iorque de 1958, como a Convenção Europeia de 1961 endossaram a Arbitragem Institucional e, em decorrência, suas funções essenciais, tais como a indicação do tribunal arbitral como a administração do procedimento, portanto, chega-se à conclusão que “não pode existir dúvida de que uma arbitragem institucional é a verdadeira arbitragem¹²⁶”.

De acordo com Emmanuel Gounot, autor do livro “*Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*” a instituição do direito privado caracteriza-se pela sua “destinação natural” em função de seu ordenamento que a direciona a um “fim superior às vontades privadas e aos interesses individuais” – fim esse que não pode ser confundido com o de serviço público. Nesse sentido, os efeitos resultantes da vontade de se submeter a uma arbitragem institucional para a resolução do conflito não podem estar ligados à vontade que lhes deu causa. Isso se dá pelo fato de que a vontade em questão é de aderir a um estatuto, resultando na atribuição de um poder regulamentador ao órgão institucional¹²⁷.

4.4.1 O contrato de organização de arbitragem

O contrato ao qual as partes recorrem para se submeterem a uma arbitragem institucional é, em sua essência, um contrato de adesão; o qual define como a própria arbitragem se dará em seu procedimento e “permite não apenas a recusa à

¹²⁵ *It is becoming increasingly rare for the parties to choose their arbitrators and organize their procedure directly. Instead, permanent arbitral institutions have been set up throughout the world and now handle the vast majority of international commercial arbitrations.* (tradução nossa). FOUCHARD, Philippe et. al., 1999, p. 33.

¹²⁶ FOUCHARD, 1999, p. 33.

¹²⁷ GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, p. 253 a 289. [S.l.]: Rousseau, 1912.

Arbitragem se as partes haviam previsto alguma exceção ao seu regulamento, mas também a oposição a toda a regulamentação posterior¹²⁸”.

Nesse contrato de organização, ocorre uma transferência de poderes, visto que as partes renunciam seus próprios domínios a fim de concedê-los à instituição arbitral de sua escolha. E essa transferência é vista como o fato que concede eficácia ao procedimento arbitral¹²⁹.

A submissão de um litígio a uma arbitragem administrada por uma instituição resulta em uma restrição que as próprias partes escolheram dar aos seus direitos e prerrogativas ao recorrer à arbitragem institucional – dando espaço para que a câmara arbitral possa administrar a controvérsia. Resta claro, portanto, que o escopo de tal contrato é a transferência dos poderes de organização das partes para a instituição arbitral, a qual ficará encarregada de prosseguir com o procedimento.

4.5 Ponderações

Ao longo do presente capítulo, foi possível vislumbrar a influência direta e efetiva que o princípio da autonomia da vontade das partes exerce dentro do instituto da Arbitragem Comercial Internacional. Influência essa que se mostra evidente e indispensável para que esse método de resolução de conflitos possa ser o mais eficaz possível, visto que da decisão proferida pelos árbitros emanará o julgamento mais apropriado à controvérsia das partes, justamente porque elas mesmas elaboram o arcabouço necessário para que o resultado seja o mais eficaz possível.

¹²⁸ BILLEMONT, 2013, p. 434.

¹²⁹ BILLEMONT, 2013, p. 451.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo proporcionou uma análise, em primeiro plano, da influência efetiva que a autonomia da vontade das partes vem exercendo ao longo dos séculos sobre o Instituto da Arbitragem.

Por conseguinte, ao examinar os meios utilizados para fazer a regulamentação do Instituto estudado, foi possível determinar que realmente a Arbitragem deve ser guiada por normas predispostas. Não obstante, cumpre ressaltar que foi intensamente evidenciada a quantidade de vezes que as fontes normativas se referiram ao princípio da autonomia da vontade das partes ao tratarem de diversos momentos e atributos distintos relativos à Arbitragem Comercial Internacional.

Por fim, foi atingido o cerne do estudo aqui feito, qual seja, a relação do princípio autonomia da vontade das partes com o instituto da Arbitragem Comercial Internacional e conseqüentemente, foi vislumbrado que esse princípio possui ampla influência sobre múltiplos aspectos desse método de resolução de conflitos.

Cumpre salientar que o presente trabalho foi iniciado através de uma breve menção acerca das normas. Primeiramente, foi realizada uma análise o que se concebe como norma em si, aludindo aos preceitos dos renomados juristas Hans Kelsen e Miguel Reale; em seguida foi analisada a importância das normas no Direito Interno, assim como no Direito Internacional no seu âmbito Público e no Privado, a fim de iniciar o presente estudo delimitando de maneira clara que o campo de aplicação seria apenas em relação às normas relativas ao Direito Internacional Público em sua relação com a Arbitragem Comercial Internacional.

Em continuação, realizou-se uma análise histórica do instituto da Arbitragem e, com isso, foi possível demonstrar não apenas a efetiva importância desse método alternativo de resolução de conflitos, mas foi possível também evidenciar que a autonomia da vontade das partes esteve presente de maneira incisiva desde o nascimento da Arbitragem.

Por consequência, é feita menção às quatro teorias das normas criadas para serem aplicadas ao instituto cá estudado, quais sejam: a teoria jurisdicional, a teoria contratual, a teoria mista e a teoria autônoma; a fim de demonstrar a necessidade de

separação ou coexistência entre as fontes normativas da Arbitragem Comercial Internacional e o princípio da autonomia da vontade das partes.

Mais adiante, são analisadas todas as fontes da Arbitragem Comercial Internacional, tais como as leis nacionais, o Protocolo de Genebra de 1923, o Tratado de Genebra sobre execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 1927, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, os preceitos vindos da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) e, por fim, os princípios de Haia. Ao apreciar o que é fornecido e proposto por essas fontes, foi possível constatar que a autonomia da vontade das partes – agora na qualidade de princípio – é defendida e prevista pelos próprios meios de normatização da Arbitragem Comercial Internacional, o que lhe confere validação.

Com o objetivo de finalizar os estudos pertinentes à elaboração do presente trabalho, foi realizada uma análise direta acerca do princípio da autonomia da vontade das partes em sua relação com as políticas públicas, com a arbitralidade, com a formação da Arbitragem e com as instituições arbitrais. Essa última análise serviu para que ficasse explícita a influência que a liberdade das partes exerce no instituto da Arbitragem Comercial Internacional.

Cumprе salientar que os recursos empregados para a realização do presente estudo foram abrangentes, porém insatisfatórios. Foram feitas pesquisas em sites de pesquisas renomados, na biblioteca do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), na biblioteca da *Università Degli Studi di Ferrara* (UNIFE), na Biblioteca Pública de Nova Iorque (*The New York Public Library - NYPL*) e, ademais, foram adquiridos livros disponíveis na *Librarie Juridique Dalloz* (Paris). Entretanto, em consequência do tempo restrito, não foi possível o pleno aproveitamento dos recursos acima elencados.

Por fim, afirmo que pretendo, futuramente, realizar estudos mais aprofundados acerca do tema aqui tratado com o intuito de examinar detalhadamente a questão da liberdade na elaboração dos contratos e, em decorrência, a liberdade na elaboração do procedimento arbitral, pois conclui através deste estudo que a autonomia da vontade das partes efetivamente possui grande relevância quando o assunto é a Arbitragem Comercial Internacional.

BILLEMONT, Jean. ***La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage***. *Bibliothèque de Droit Privé*. Tome 549. Paris: *Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence* - Lextenso Éditions, 2013 Opus OPPETIT, Bruno. ***Philosophie de l'arbitrage commercial international***, p 181. [S.l.: s.n.], 1993.

CAPANEMA, Sylvio. ***Arbitragem da mitologia aos nossos dias***. Câmara de Mediação e Arbitragem de Brusque.

CHANG, Mann-Long. ***Harmonization of Procedural Law in International Commercial Arbitration***. University of Stirling. 2009.

CLAY, Thomas. ***L'appui du juge à l'arbitrage***, p. 331. *Les cahiers de l'Arbitrage* n°2. Paris: *Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 2011.

COIPEL-CORDONNIER, Nathalie. ***Les conventions d'arbitrage et d'élection de for em doit international-privé***, p. 228. Paris: *Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1999.

COUTO, Jeanlise Velloso. ***Árbitro e Estado – Interesses divergentes?*** Coleção Atlas de Arbitragem. Coord. Carlos Alberto Carmona. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

DAVID, René. ***O direito inglês***. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCHARD, Philippe et. al. ***International Commercial Arbitration***. Haia: Kluwer Law International, 1999.

FRISON-ROCHE, Marie Anne. ***L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit***, p. 15 opus *Droit, économie, justice. Cour de Cassation*. 2005. opus BILLEMONT, Jean. ***La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage***, p. 15. 2013. Paris.

GAILLARD, Emmanuel. ***Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international***, p. 759. [S.l.: s.n.], 1990.

GOUNOT, Emmanuel. **Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique**, p. 253 a 289. [S.I.]: Rousseau, 1912.

Guide de la CNUDCI: L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne. Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/12-57492-Guide-to-UNCITRAL-f.pdf>. Acesso em: 04/11/2017.

Guide du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_text/arbitration/NYConvention.html. Acesso em: 23/10/2017.

HERRMANN, Gerold, **The UNCITRAL Model Law-Its Background, Salient Features, and Purposes**. [S.I.:s.n.], 1985.

Hard law: Hard law refers to binding laws. In the context of international law, hard law includes treaties or international agreements, as well as customary laws. These documents create enforceable obligations and rights for countries (states) and other international entities. Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/s/soft-law>. Acesso em: 19/10/2017.

HERRMANN, Gerold. **The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**, p. 9. *International Commercial Arbitration*, Volume 93, [S.I.]: P. Sarcevic, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 1998.

L'Edit de Moulins promulgué en 1566 par Charles IX. Disponível em: <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/histoire-et-philosophie-du-droit/fiche/edit-moulins-1566-charles-9-470030.html> . Acesso em: 10/09/2017

Le Conseil fédéral. Protocole du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19230024/index.html>. Acesso em: 21/10/2017.

Lei Modelo da UNCITRAL. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf.

LEW, Julian D M, **Applicable law in international commercial arbitration: a study in commercial arbitration awards**, [S.l.: s.n.], 1978

LOYNES DE FUMICHON, Bruno. HUMBERT, Michel. **L'arbitrage à Rome. Revue de l'Arbitrage**, [S.l.: s.n.], 2003

MAGNON, Xavier. **En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ?**. Disponível em: www.droitconstitutionnel.org . Acesso em: 08/01/2018.

McNERNEY, Mary E., ESPLUGUES, Carlos A. **International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Modell Law**. [S.l, s.n.], 1986. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1395&context=iclr>. Acesso em: 30/10/2017

NARIMAN, Fali. **International Arbitration in the Twenty-First Century: Concepts, Instruments and Techniques. Trade, Law and Development**. 2009. Disponível em: <http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/1%282%29%20TL%26D%20308%20%282009%29/30#>. Acesso em: 21/10/2017

NOUSSIA, Kyriaki. **Confidentiality in International Commercial Arbitration**. Berlim: Springer-Verlag, 2010.

PERÈS-DOURDOU, Cécile. **La règle supplétive**, p. 394. Paris: *Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 2004.

PORTO, Catarina Mota de Figueiredo. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/arbitragem-internacional-alguns-aspectos-sobre-o-reconhecimento-da-sentença-arbitral-estran>>. Acesso em: 22/10/2017

POUDRET, Jean-François et Besson, Sebastien. ***Droit compare de l'arbitrage international***. LGDJ, Schulthess, 2002, p. VI.

Professor da Universidade de Louvain, Bélgica. Em MOOC ministrado acerca do Direito Internacional. LouvainX - Louv5x. 2017.

Professor na *Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris*. 2000 ***Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.***

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REDFERN, Alan, ***Law and Practice of International Commercial Arbitration***. 2^a ed. [S.l.: s.n.], 1991.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito Aplicável e arbitragem internacional**, p. 81. Curitiba: Juruá, 2015.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito Aplicável e arbitragem internacional**, p. 112. Opus BOGGIANO. **Curso de Derecho Internacional Privado**, p. 597. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1993 Curitiba: Juruá, 2015.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito Aplicável e arbitragem internacional**, p. 81. Curitiba: Juruá, 2015 Opus Relatório da Secretaria Permanente, p. 347.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. ***L'arbitrage: Nature Juridique: Droit Interne et Droit International Privé***. [S.l.:s.n.], 1965.

SAUSER-HALL, Georges. ***Annuaire de L'institut de Droit International***, págs. 571-2. [S.l. : s.n.], 1952.

SAUSER-HALL, Georges. *L'arbitrage en Droit International Privé*. [S.l.]: Inst. de Droit International, 1952.

SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell'arbitrato*. Milão: Dott. A. Giuffrè. 1958.

SERAGLINI, Christophe. *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Dalloz. 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da UNCITRAL (lei modelo)**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67092/69702>>. Acesso em: 02/09/2017.

Superior Tribunal de Justiça. **RESOLUÇÃO Nº 9, DE 4 DE MAIO DE 2005**. *Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/Resol/9_05.html. Acesso em: 28/10/2017

TIBURCIO, Carmen. **Reflexões sobre a arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima** / coordenadores Pedro A. Batista Martins, Jose Maria Rossani Garcez. São Paulo. LTr. 2002.

Third Working Group Report, A/ CN.9 [S.l.: s.n.], p 373.

WOLAVER, Earl S. *The historical background of Commercial Arbitration*. UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW. [S.l.: s.n.], 1932.

YU, Hong-Lin. *A Theoretical overview of the foundations of International Commercial Arbitration*. The Asian Center for WTO & International Health Law and Policy, National Taiwan University. 2008.

YU, Hong-Lin. *A Theoretical overview of the foundations of International Commercial Arbitration*. The Asian Center for WTO & International Health Law and

Policy. National Taiwan University, 2008 opus SANDERS, Pieter. ***Trends in the Field of International Commercial Arbitration***. [S.l.:s.n.],1975.

YU, Hong-Lin. ***A Theoretical overview of the foundations of International Commercial Arbitration***. *The Asian Center for WTO & International Health Law and Policy*, National Taiwan University, 2008 opus LUZZATTO, Riccardo. ***International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States***. [S.l.:s.n.], 1977.