

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Vitória Zanotto Farina

A aplicação da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda
Internacional de Mercadorias (CISG):
Quando o tribunal arbitral deve aplicar a Convenção?

Porto Alegre

2020

VITÓRIA ZANOTTO FARINA

**A aplicação da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda
Internacional de Mercadorias (CISG):**

Quando o tribunal arbitral deve aplicar a Convenção?

Monografia de conclusão de curso apresentada na
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody

Porto Alegre

2020

RESUMO

O presente estudo analisa o relacionamento entre a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e a arbitragem. O objetivo do trabalho é identificar se o árbitro está vinculado a aplicar a Convenção e por qual motivo, especialmente quando as partes escolhem o direito de um Estado Contratante como direito substantivo aplicável. O dever de aplicar a Convenção – se é que existe – deriva do próprio texto da Convenção ou em razão de uma escolha implícita da lei aplicável? Ademais, quais são as consequências da não aplicação da Convenção pelo árbitro? Este estudo demonstra que os árbitros, embora não estejam vinculados pelo Artigo 1 da Convenção, devem aplicá-la em algumas circunstâncias, por exemplo, se as partes a escolheram – expressa ou implicitamente – como direito aplicável aos aspectos materiais do conflito. Essa obrigação, contrariamente ao que é geralmente apontado, não deriva do Artigo 1(1)(b) da Convenção, mas da necessidade de observar a vontade das partes, conforme manifestada na cláusula arbitral, de onde os árbitros extraem todos os seus poderes. A não aplicação da Convenção quando as partes escolheram o direito de Estado Contratante como direito aplicável pode levar à recusa da execução da decisão arbitral por excesso de poderes.

Palavras-chave: CISG. Compra e Venda Internacional. Convenção de Viena. Arbitragem Internacional. Lei Aplicável.

ABSTRACT

This paper analyzes the relationship between the Vienna Convention on the International Sales of Goods and arbitration. It aims to identify whether the arbitrator is bound by the CISG and for what reason, especially when parties choose the law of a Contracting State as substantive law. The duty to apply the Convention – if there is one – arises out of the text of the Convention or due to an implicit choice of law? Moreover, what is the consequence of the disregard of the CISG by the arbitrator? This study demonstrates that arbitrators, while they are not bound by Article 1 of the CISG, must apply the Convention in some circumstances, if the parties have expressly or impliedly chosen the Convention to govern substantive issues of the dispute. This obligation, contrary to what is commonly believed, does not derive from Article 1(1)(b) of the CISG, but from the need to observe the party's autonomy, from which the arbitral tribunal derives all of its power. The failure to apply the Convention, when parties have chosen the law of a Contracting State, may lead to unenforceability of the award for excess of power.

Keywords: CISG. International Trade. Vienna Convention. International Arbitration. Applicable Law.

SUMÁRIO

Introdução.....	6
1. Aplicabilidade da Convenção de Viena no sistema da arbitragem internacional	8
1.1. Sistema de designação do direito aplicável pelo árbitro no direito comparado	8
1.1.1. Aplicação da Convenção de Viena em razão da autonomia privada.....	9
1.1.2. Aplicação da Convenção de Viena como resultado de regras de conflito de leis	12
1.1.3. Aplicabilidade do direito transnacional no direito comparado	17
1.2. Sistema de designação do direito aplicável pelo árbitro no direito brasileiro.....	20
1.2.1. Determinação do direito aplicável no direito brasileiro	20
1.2.2. Extensão da autonomia privada no sistema arbitral brasileiro.....	25
2. Aplicação da Convenção de Viena conforme seu próprio regime de aplicabilidade	28
2.1. Âmbito de aplicação da CISG: a vinculação do juiz estatal ao Art. 1 da Convenção .28	
2.1.1. Estrutura do Art. 1 da CISG	29
2.1.2. Aplicação da Convenção como obrigação internacional	32
2.2. Âmbito de aplicação da CISG: a não vinculação do árbitro ao Art. 1 da CISG	34
2.2.1. Na doutrina	34
2.2.2. Nas decisões arbitrais.....	39
2.2.2.1. Aplicação <i>ex officio</i> da Convenção.....	40
2.2.2.2. Abordagem Híbrida	41
2.2.2.3. Aplicação da CISG como Lei Especial	45
3. Consequências da não aplicação da Convenção.....	48
3.1. Sistema próprio da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.....	48
3.2. Sistema próprio da Lei de Arbitragem Brasileira	51
Considerações finais.....	53
REFERÊNCIAS	55
Jurisprudência consultada	59

Introdução

A importância das normas internacionais, como a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“Convenção” ou “CISG”), revela-se na adequação ao comércio internacional e capacidade de melhor responder às necessidades desse sistema. Tais normas são muito presentes na arbitragem internacional, quando o árbitro - e não um juiz estatal - irá manejar tais instrumentos normativos.

A compra e venda internacional de mercadorias não é mera compra e venda doméstica com elementos internacionais, de modo que possui particularidades, e demanda regulação específica. Nesse sentido, o direito doméstico não se mostra adequado para endereçar as questões que surgem no contexto da compra e venda internacional.

A Convenção de Viena traz um sistema de aplicabilidade logo no primeiro dispositivo¹. A aplicabilidade da Convenção pelo juiz estatal está bem assente, não gerando maiores dúvidas. Todavia, a Convenção adquiriu grande importância nas arbitragens internacionais, podendo-se tranquilamente afirmar que, pelo menos, metade dos casos envolvendo a Convenção são resolvidos por árbitro ou tribunal arbitral². Pesquisas indicam que mais de 70% dos casos que envolvem a Convenção são decididos em arbitragem³. E, tendo em vista a arbitragem ser sistema baseado principalmente na autonomia privada das partes, surge a dúvida de quando e em quais circunstâncias o árbitro *deve* aplicar a Convenção.

Ou seja, busca-se identificar se o árbitro está vinculado ao texto da Convenção e por qual fundamento, tendo em vista que o árbitro está primeiramente obrigado à vontade das partes. Objetiva-se saber se, quando as partes escolhem direito de Estado Contratante da Convenção, o árbitro está obrigado a aplicar a Convenção de Viena, em vez do direito doméstico não uniforme deste país, bem como o fundamento de tal dever. O dever de aplicar a Convenção – se existir – decorre do próprio texto do tratado ou da vontade implícita das partes

¹ *In verbis*: “(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State. (2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract. (3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.”

² MISTELIS, Loukas. CISG and Arbitration. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf. **CISG methodology**. Munich: Sellier, 2009. p. 388.

³ MISTELIS, Loukas. CISG and Arbitration. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf. **CISG methodology**. Munich: sellier, 2009. p. 388.

em aplicar a Convenção? E ainda: qual a consequência da não aplicação da Convenção pelo árbitro?

A Convenção de Viena é tratado internacional, que vincula o Poder Judiciário dos países signatários da Convenção a aplicá-la nas hipóteses estabelecidas pelo Art. 1 CISG. O juiz de um Estado Contratante não dispõe de poder para afastar a aplicação obrigatória da Convenção, pois o dever de aplicá-la configura obrigação internacional.

Ou seja, a Convenção é lei interna que regula relações jurídicas internacionais. Todavia, a Convenção vincula apenas o aplicador de direito das cortes estatais, que não é o protagonista da resolução de conflitos jurídicos internacionais. Este é o árbitro. E a aplicação da Convenção pelo árbitro ainda é uma questão cinzenta na doutrina e jurisprudência.

Assim, para responder tais perguntas, será primeiro analisado o sistema de designação de lei aplicável da arbitragem internacional (Capítulo 1). Far-se-á análise de diferentes ordenamentos jurídicos, utilizando-se o método comparativo, para fins de identificar como a questão da lei aplicável a contratos internacionais é regulada no direito comparado (1.1). Será exposto o papel da autonomia privada na arbitragem internacional (1.1.1.) bem como do método conflitual (1.1.2.). Ademais, analisar-se-á a extensão da autonomia privada conferida pelas diferentes legislações, considerando-se que nem todos os ordenamentos jurídicos autorizam às partes a escolha de direito não estatal (1.1.3.).

Em seguida, passa-se à análise do direito brasileiro (1.2.), em que será exposto o sistema de designação do direito aplicável no ordenamento jurídico brasileiro (1.2.1) bem como a extensão da autonomia privada no sistema arbitral brasileiro (1.2.2.).

Em segundo momento, será analisado o sistema de aplicabilidade próprio da CISG (Capítulo 2). Nessa parte, utilizar-se-á o método indutivo, com análise qualitativa de decisões arbitrais, tendo por baliza a teoria da arbitragem internacional, exposta, em parte, no Capítulo 1 (*supra*). Expor-se-á o âmbito de aplicação da Convenção, em que será analisada a diferença entre as figuras do juiz estatal e do árbitro (2.1), abordando-se a estrutura do Art. 1 da Convenção, que estabelece seu escopo de aplicabilidade (2.1.1), explicando o dever do juiz de aplicar a Convenção como uma obrigação internacional (2.1.2.).

Posteriormente, será explorada a aplicação da CISG pelo árbitro (2.2.), abordando-se os diferentes posicionamentos doutrinários sobre o tema (2.2.1.) bem como as soluções adotadas pelas decisões arbitrais (2.2.2.).

Finalmente, serão apresentadas as consequências da não aplicação da Convenção pelo árbitro (Capítulo 3), analisando-se o sistema da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (3.1.) bem como o sistema da Lei de Arbitragem Brasileira (3.2.).

1. Aplicabilidade da Convenção de Viena no sistema da arbitragem internacional

Se não existe contrato sem lei⁴, surgem duas hipóteses concretas: ou o contrato é omissivo quanto à indicação do direito aplicável ou as partes, com base na autonomia da vontade, escolhem a norma aplicável⁵. Os contratos sem cláusula indicativa da lei aplicável sujeitam-se a regras de conexão, que irão indicar o direito aplicável⁶.

Logo, a aplicação da Convenção de Viena poderá resultar da escolha das partes ou de regras de conflito de leis. Assim, serão analisadas as hipóteses pelas quais a Convenção de Viena pode resultar aplicável às questões substanciais de um litígio. Primeiramente será analisada a hipótese de escolha expressa da Convenção para, depois, serem analisadas as outras hipóteses em que a Convenção de Viena resulta aplicável.

Ressalta-se que toda a análise será feita sob a ótica do sistema arbitral – no direito comparado e no direito brasileiro –, elucidando-se suas particularidades.

1.1. Sistema de designação do direito aplicável pelo árbitro no direito comparado

O sistema de designação do direito aplicável em arbitragens varia conforme a jurisdição⁷. Alguns países autorizam o árbitro a diretamente escolher o direito aplicável, quando as partes se furtaram a realizar tal escolha; outros, exigem que o árbitro se valha de regras de conflito de leis para determinar o direito aplicável⁸. Além disso, alguns países impõem maiores

⁴ CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. São Paulo: Letz Total Media Creative Projects, 2016. p. 245.

⁵ Idem, p. 246.

⁶ Idem, p. 246.

⁷ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §677.

⁸ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §677.

restrições à autonomia das partes, permitindo às partes apenas escolherem direito estatal, ou seja, excluindo a possibilidade de escolha de instrumentos de *soft law*⁹.

1.1.1. Aplicação da Convenção de Viena em razão da autonomia privada

A Convenção de Viena poderá – e deverá – ser aplicada pelo árbitro quando as partes especificamente dispuserem nesse sentido. O árbitro deve aplicar a escolha de direito realizada pelas partes¹⁰.

O direito aplicável ao mérito da disputa é aquele escolhido pelas partes ou, na ausência de escolha, aquele designado pelos árbitros¹¹. As leis de arbitragem modernas reconhecem a autonomia privada como principal critério de conexão, estando os árbitros vinculados a aplicar o direito designado pelas partes¹².

A Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (“Convenção de Nova Iorque”) é o principal instrumento normativo para a arbitragem comercial internacional¹³. A Convenção de Nova Iorque aplica-se ao reconhecimento e à execução de decisões arbitrais estrangeiras, estabelecendo as condições nas quais os Estados signatários devem reconhecer e executar, no seu território, uma decisão arbitral proferida em outro país¹⁴.

De acordo com Emmanuel Gaillard, o papel da sede da arbitragem é diminuído na Convenção de Nova Iorque¹⁵. O direito da sede passa a ser secundário e pode ser superado pelo acordo das partes quanto à composição do tribunal arbitral ou à condução do procedimento arbitral, conforme o Art. V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque¹⁶. O mesmo raciocínio vale para o compromisso arbitral: o acordo das partes quanto à lei aplicável se sobrepõe ao direito

⁹ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §677.

¹⁰ DERAIS, Yves. The ICC Arbitral Process. PArt. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, v. 6, n. 1, §2, 1995.

¹¹ FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 1999. §1420.

¹² Idem, §1421. WAINCYMER, JM. The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure. In: ANDERSEN, Camilla B; SCHROETER, Ulrich G. (eds.). **Sharing International Commercial Law across National Boundaries**. London UK: Wildy, Simmonds and Hill, 2008. p. 595.

¹³ VAN DEN BERG, Albert. **The New York Arbitration Convention of 1958**. The Hague: Asses Institute, 1981. p. 01.

¹⁴ GAILLARD, Emmanuel. **Legal theory of international arbitration**. Brill Nijhoff, 2010. p. 29.

¹⁵ GAILLARD, Emmanuel. **Legal theory of international arbitration**. Brill Nijhoff, 2010. p. 29.

¹⁶ GAILLARD, Emmanuel. **Legal theory of international arbitration**. Brill Nijhoff, 2010. pp. 29-30.

da sede (Art. V(1)(c))¹⁷. Gaillard conclui: a Convenção claramente distancia-se da ideia de que a ordem jurídica da sede é a única força legal de uma decisão arbitral¹⁸.

O tribunal arbitral ou o árbitro têm o dever de aplicar a lei escolhida pelas partes para a resolução de um conflito, o que é evidenciado pelo Art. V (1)(d) da Convenção de Nova Iorque¹⁹, ao prever que a execução de um laudo arbitral pode ser recusada a requerimento da parte contra quem a decisão é invocada, se essa parte providenciar à autoridade competente do local onde a execução é pleiteada prova suficiente de que o procedimento arbitral não correspondia ao acordo das partes²⁰.

De acordo com Moses, a não aplicação pelos árbitros da lei escolhida pelas partes no contrato pode ser causa impeditiva da homologação da decisão arbitral e, conseqüentemente, de sua execução, baseando-se para tanto no excesso de autoridade do árbitro ou na irregularidade do procedimento arbitral, que não estava de acordo com a vontade das partes²¹.

Assim, para a arbitragem, a autonomia das partes constitui a “fonte de lei suprema”, e os estados signatários da Convenção de Nova Iorque devem respeitar a escolha de lei feita pelas partes²². Pode-se dizer que a autonomia das partes em nível internacional é praticamente imune à intervenção estatal, sendo limitada somente pela ordem pública e pelos bons costumes²³. Por isso, se as partes escolhem expressamente a CISG como lei aplicável, tal escolha deve ser respeitada²⁴.

Além da Convenção de Nova Iorque, há que se analisar a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985. A Lei Modelo tem como um de seus

¹⁷ GAILLARD, Emmanuel. **Legal theory of international arbitration**. Brill Nijhoff, 2010. p. 30.

¹⁸ GAILLARD, Emmanuel. **Legal theory of international arbitration**. Brill Nijhoff, 2010. p. 30.

¹⁹ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. §21-6.

²⁰ Art. V (1) “O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova: (d) De que a constituição do tribunal arbitral ou o processo de arbitragem não estava em conformidade com a convenção das Partes ou, na falta de tal convenção, de que não estava em conformidade com a lei do país onde teve lugar a arbitragem”;

²¹ MOSES, Margaret, L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 67.

²² NACIMIENTO, Patricia. Article V(1)(d). In: KRONKE, Herbert; NACIMIENTO, Patricia et al. (eds), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010. p. 283.

²³ DE FRADERA, Vera Jacob. The relationship between Constitution, International Treaties and Contracts. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 22, 2002. p. 80.

²⁴ WAINCYMER, JM. The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure. In: ANDERSEN, Camilla B; SCHROETER, Ulrich G. (eds.). **Sharing International Commercial Law across National Boundaries**. London UK: Wildy, Simmonds and Hill, 2008. p. 596.

principais objetivos dar efeito à cláusula arbitral²⁵. A Lei Modelo serve de sugestão aos parlamentares de cada país quando da redação da lei de arbitragem nacional, de modo que várias leis de arbitragem hoje em dia são cópias da Lei Modelo da UNCITRAL²⁶.

A Lei Modelo é aplicável em uma arbitragem comercial internacional, quando a sede da arbitragem é localizada em algum dos países signatários²⁷. A análise da Lei Modelo é relevante, visto que é adotada em mais de 70 países, incluindo o Brasil²⁸.

O Art. 28 da Lei Modelo determina as regras aplicáveis ao mérito da disputa, prevendo que o tribunal arbitral deve decidir a disputa de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes²⁹. Assim, essa disposição confere às partes a liberdade de escolher a lei substantiva aplicável, o que é importante nos casos em que a lei nacional não reconhece claramente esse direito³⁰.

Além disso, ao referir-se à escolha das “regras de direito” em vez de “legislação”, a Lei Modelo amplia as opções das partes quanto à escolha da lei substantiva aplicável³¹. Assim, podem as partes escolher regras que ainda não foram incorporadas por qualquer sistema jurídico nacional, como os princípios UNIDROIT³²; podem também escolher diretamente a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG)

²⁵ MALBON, J.; BISHOP, B. **Australian Export: A Guide to Law and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 322.

²⁶ MALBON, J.; BISHOP, B. **Australian Export: A Guide to Law and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 322.

²⁷ MALBON, J.; BISHOP, B. **Australian Export: A Guide to Law and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 322.

²⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. Available at: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status. Acesso em: 07 maio 2020.

²⁹ *In verbis*: Article 28. Rules applicable to substance of dispute (1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable. (3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so. (4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

³⁰ UNCITRAL Model Law. Tradução não oficial realizada por: Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva, Rafael Vicente Soares. p. 38. Disponível em:

http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf

³¹ UNCITRAL Model Law. Tradução não oficial realizada por: Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva, Rafael Vicente Soares. p. 38.

³² MALBON, J.; BISHOP, B. **Australian Export: A Guide to Law and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 326.

“enquanto corpo de regras substantivas que governa a arbitragem, sem necessidade de fazer qualquer referência à legislação nacional de qualquer Estado parte da Convenção”³³.

Se as partes não escolheram as regras de direito aplicáveis ao mérito da disputa, o tribunal arbitral deverá lançar mão de regras de conflito de leis apropriadas para determinar o direito aplicável³⁴. E, de acordo com o Art. 28 da Lei Modelo, nessa situação, o tribunal arbitral aplica a lei indicada pelas normas de conflito de leis que aquele considerar aplicável³⁵.

Além da expressa determinação ao tribunal arbitral respeitar a escolha de lei feita pelas partes, conforme prevê o Art. 28 da Lei Modelo, as disposições acerca da execução e anulação da decisão arbitral (Arts. 34 e 36 da Lei Modelo) também demonstram o apreço à autonomia das partes. Todavia, os fundamentos de anulação da sentença arbitral são previstos na Lei Modelo em paralelo aos fundamentos de indeferimento do pedido de homologação de sentenças arbitrais, previstos no artigo V da Convenção de Nova Iorque³⁶, de modo que não convém aqui repetir os fundamentos.

Portanto, se as partes escolheram direito aplicável ao mérito, o árbitro deverá respeitar a escolha das partes. Desse modo, as partes podem escolher como lei aplicável às questões substanciais do litígio a Convenção de Viena, e os árbitros deverão aplicar a Convenção, independente das regras de conflito de leis da sede.

1.1.2. Aplicação da Convenção de Viena como resultado de regras de conflito de leis

A Convenção de Viena também poderá ser aplicável como resultado das regras de conflito de leis, quando estas resultarem na aplicação da Convenção. Na hipótese de as partes não terem escolhido uma lei aplicável, o árbitro deverá indicar o direito aplicável ao mérito do litígio e, ao fazê-lo, deverá respeitar os limites da *lex arbitrii*³⁷. Esta irá determinar o conteúdo da escolha da lei aplicável e o modo pelo qual o árbitro deve fazer tal escolha³⁸.

³³ UNCITRAL Model Law. Tradução não oficial realizada por: Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva, Rafael Vicente Soares. p. 38.

³⁴ MALBON, J.; BISHOP, B. **Australian Export: A Guide to Law and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 326.

³⁵ UNCITRAL Model Law. Tradução não oficial realizada por: Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva, Rafael Vicente Soares. p. 38.

³⁶ UNCITRAL Model Law. Tradução não oficial realizada por: Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva, Rafael Vicente Soares. p. 40.

³⁷ POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §685.

³⁸ POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §685.

O método para a determinação do direito aplicável na ausência de escolha das partes é diferente à corte estatal e ao tribunal arbitral. Enquanto o juiz estatal deve aplicar as regras de conflito de seu país, o árbitro usufrui de maior autonomia nesse sentido³⁹. Diferentemente de um juiz estatal, o árbitro não tem função de proteger as regras mandatórias de um país nem tem uma *lex fori*⁴⁰. Ademais, um tribunal arbitral não é órgão estatal nem de direito internacional público⁴¹. Assim, essas diferenças indicam que as regras sobre determinação do direito aplicável não são as mesmas para árbitros e cortes estatais⁴².

Embora o árbitro não seja “guardião” das normas mandatórias de um país, isso não significa que não deva se preocupar com o alinhamento de sua decisão arbitral com tais normas. Isso porque, de acordo com Moses, é geralmente uníssona a opinião doutrinária de que o árbitro tem obrigação de melhores esforços de proferir decisão “exequível”⁴³. Assim, a decisão arbitral deve estar conforme à *lex arbitrii* e outras normas mandatórias relevantes⁴⁴.

No passado, os árbitros geralmente aplicavam as regras de conflito de leis da sede da arbitragem. Atualmente, isso não é mais tão comum, pois se chegou ao entendimento de que árbitros, diferentemente de juízes, não têm dever de aplicar lei estatal. Árbitros podem escolher a regra de conflito mais próxima do procedimento, a regra do regulamento de arbitragem, bem como adotar o “cumulative approach”, por exemplo⁴⁵.

Não há um método de determinação do direito aplicável universal. As principais leis de arbitragem permitem ao árbitro escolher a regra de conflito de leis apropriada (a “via indireta”, adotada na Lei Modelo da UNCITRAL⁴⁶) ou permitem ao árbitro escolher diretamente o direito

³⁹ WAINCYMER, JM. The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure. In: ANDERSEN, Camilla B; SCHROETER, Ulrich G. (eds.). **Sharing International Commercial Law across National Boundaries**. London UK: Wildy, Simmonds and Hill, 2008. p. 595.

⁴⁰ INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations on ‘Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration’. **Arbitration International**, v. 26, n. 2, jun. 2010, p. 12.

⁴¹ INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations on ‘Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration’. **Arbitration International**, v. 26, n. 2, jun. 2010, p. 12.

⁴² INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations on ‘Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration’. **Arbitration International**, v. 26, n. 2, jun. 2010, p. 12.

⁴³ MOSES, Margaret, L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 83.

⁴⁴ MOSES, Margaret, L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 83.

⁴⁵ MOSES, Margaret, L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 81.

⁴⁶ In verbis: Article 28. (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

substantivo apropriado (via direta)⁴⁷. Assim, há dois modos pelos quais o árbitro poderá determinar o direito aplicável: escolhendo diretamente a lei aplicável (“via direta”) ou baseando-se em regras de conflito de leis (“via indireta”).

A via direta autoriza o árbitro a selecionar diretamente o direito aplicável ao mérito da disputa sem fazer referência a regras de conflito de leis⁴⁸. A lei francesa é exemplo: essa adota abordagem flexível, conferindo possibilidade ao árbitro de aplicar diretamente a lei que considerar mais adequada⁴⁹. Essa abordagem é seguida pelas leis dos Países Baixos e da Suíça⁵⁰ bem como pelo Regulamento de Arbitragem da CCI⁵¹ e da LCIA⁵².

Quanto à via indireta, os três principais métodos usados pelos árbitros são a utilização das regras de conflito de leis da sede (i), a aplicação cumulativa das regras de conflito domésticas (ii) e a aplicação de princípios gerais de direito sobre escolha de lei (iii)⁵³. Fouchard, Gaillard e Goldman acrescentam a aplicação da lei de arbitragem internacional da sede⁵⁴. Lew, Mistelis e Kröll mencionam a aplicação das regras de conflito que o tribunal arbitral entender mais adequada bem como as regras de conflito mais próximas daquele procedimento⁵⁵.

Deve-se ressaltar que, se as partes escolheram o regulamento de arbitragem de câmara arbitral, as regras de conflito de leis designadas por esta se sobrepõem aos critérios adotados pela lei de arbitragem internacional da sede⁵⁶. Ou seja, se as partes escolheram o Regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI), o método de determinação do direito aplicável

⁴⁷ WAINCYMER, JM. The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure. In: ANDERSEN, Camilla B; SCHROETER, Ulrich G. (eds.). **Sharing International Commercial Law across National Boundaries**. London UK: Wildy, Simmonds and Hill, 2008. p. 595.

⁴⁸ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 434.

⁴⁹ PETSCHKE, Markus A. **Choice of Law in International Commercial Arbitration**. Singapore: Springer Nature, 2017. p.29.

⁵⁰ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §685.

⁵¹ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §685.

⁵² LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 435.

⁵³ PETSCHKE, Markus A. **Choice of Law in International Commercial Arbitration**. Singapore: Springer Nature, 2017. p. 22.

⁵⁴ FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 1999. §1544.

⁵⁵ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 428.

⁵⁶ FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 1999, §1538.

previsto pelo Regulamento da CCI deverá prevalecer sobre aquele da lei de arbitragem da sede, havendo divergência. Isso se justifica em respeito à autonomia privada exercida pelas partes.

Quanto à aplicação cumulativa das regras de conflito de leis, tal método geralmente envolve as regras de conflito em vigor na sede da arbitragem, bem como as regras de conflito dos sistemas jurídicos das partes. Esse método somente é considerado adequado quando as regras de conflito de leis dos países envolvidos forem similares⁵⁷.

Optando-se pela aplicação das regras de conflito da sede, os tribunais arbitrais aplicariam as mesmas regras de conflito que as cortes estatais da sede normalmente estão vinculadas a aplicar⁵⁸. Ou seja, nesse método, resta reduzida a liberdade do árbitro na escolha do direito aplicável. Essa abordagem, embora antes frequentemente adotada na prática, hoje é considerada ultrapassada⁵⁹, pois a maioria das leis de arbitragem adota a visão de que árbitros não estão obrigados a aplicar regras de conflito de leis da sede da arbitragem⁶⁰. Uma das críticas tecidas a esse método se refere ao vício de que a vinculação do árbitro às regras de conflito de leis da sede necessariamente levaria à aplicação de um direito doméstico, enquanto uma abordagem mais flexível permite a aplicação de direito transnacional⁶¹. Nota-se que, atualmente, a Lei de Arbitragem de Zurique é a única que exige dos árbitros a aplicação das regras de conflito domésticas⁶².

O tribunal arbitral pode adotar tal método, ou seja, pode basear-se nas regras de conflito de leis previstas na lei de arbitragem internacional da sede para determinar o direito aplicável. Ressalta-se, todavia, que os critérios utilizados por tais regulamentos não são os mesmos em todos os países⁶³. Outro método – a aplicação de princípios gerais de direito – implica na análise comparativa de todas as regras de conflito com o objetivo de identificar princípios

⁵⁷ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 432.

⁵⁸ Idem, ibidem.

⁵⁹ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 429.

⁶⁰ PETSCHKE, Markus A. **Choice of Law in International Commercial Arbitration**. Singapore: Springer Nature, 2017. p. 27.

⁶¹ PETSCHKE, Markus A. **Choice of Law in International Commercial Arbitration**. Singapore: Springer Nature, 2017. p. 29.

⁶² LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 430.

⁶³ FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 1999. §1544.

universalmente reconhecidos⁶⁴. Sua utilização frequentemente conduz o árbitro a aplicar instrumentos de direito transnacional bem como da *lex mercatoria*.

A *lex mercatoria* é criada pelos membros participantes do comércio internacional e aplicado por árbitros na resolução de disputas internacionais. Essas regras são fundadas em usos e costumes do comércio internacional, em cláusulas modelo, em contrato, em leis uniformes (como a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias), em princípios gerais de direito internacional (como o UNIDROIT)⁶⁵.

A título exemplificativo, sem querer esgotar o tema, mencionam-se alguns sistemas jurídicos. Nota-se que a Inglaterra e a Alemanha optaram pelo método indireto, exigindo a aplicação de regras de conflito para a determinação do direito aplicável (geralmente aquelas que o árbitro entender como mais adequadas)⁶⁶. A Lei de Arbitragem Alemã adotou a estrutura e o conteúdo da Lei Modelo UNCITRAL, com poucas modificações⁶⁷.

A Lei Inglesa (Arbitration Act 1996) inspira-se na Lei Modelo UNCITRAL, de modo que vários de seus dispositivos têm conteúdo idêntico ao da Lei Modelo, variando apenas quanto à terminologia adotada⁶⁸. Quanto às modificações promovidas pelo novo estatuto, merecem destaque o maior prestígio dado à autonomia privada⁶⁹. A lei chilena n.º 19.971 tem por escopo regular a determinação do direito aplicável em arbitragem comercial internacional. O Art. 28 da lei 19.971⁷⁰ prevê a autonomia da vontade como fator de conexão principal;

⁶⁴ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 433.

⁶⁵ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 465.

⁶⁶ PETSCHKE, Markus A. **Choice of Law in International Commercial Arbitration**. Singapore: Springer Nature, 2017. p. 29.

⁶⁷ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §44.

⁶⁸ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §46.

⁶⁹ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §47.

⁷⁰ *In verbis*: “Artículo 28.- Normas aplicables al fondo del litigio. 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. 3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

subsidiariamente, não tendo as partes escolhido direito aplicável, o tribunal arbitral deverá aplicar as normas de conflito que entender mais adequadas⁷¹.

Assim, a Convenção de Viena poderá ser aplicada pelo árbitro, quando as regras de conflito de leis utilizadas indicarem o tratado como lei aplicável. Verifica-se que a aplicação da Convenção dependerá em grande parte do método de conflito de leis utilizado, visto que alguns métodos são mais tendentes à aplicação do direito doméstico não uniforme e outros, à aplicação de direito transnacional. Assim, a depender do método adotado pelo árbitro, a Convenção será aplicada com maior ou menor frequência.

1.1.3. Aplicabilidade do direito transnacional no direito comparado

Apresentados os principais métodos adotados no direito comparado para a determinação do direito aplicável na arbitragem, passa-se a analisar a possibilidade de escolha de direito transnacional em diferentes ordenamentos jurídicos. A análise é relevante, tendo em vista que a possibilidade de aplicar a Convenção de Viena depende do grau de liberdade conferido às partes pela *lex arbitrii*, pois o árbitro deve proferir uma decisão arbitral exequível⁷².

Alguns países restringem a liberdade das partes quanto à escolha de lei⁷³, devendo o tribunal arbitral atentar para tais restrições, visto que a aplicação de direito estrangeiro ou direito transnacional poderá enquadrar-se como violação da ordem pública e impedir a execução da decisão arbitral⁷⁴. Há sistemas que, por exemplo, limitam a escolha da lei aplicável a apenas aquelas que guardam vínculo inequívoco e direto com as partes, como o objeto do contrato ou com o local de execução⁷⁵.

Embora ainda persistam posicionamentos resistentes à aplicação de direito transnacional ao mérito do litígio – haja vista, por exemplo, o Tratado de Roma de 1980, que

⁷¹ AGUIRRE VELOSO, Patricio Andrés. La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional. Talca: **Ius et Praxis**, v.12, n.1, nov. 2019. p. 164. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30/01/2020.

⁷² MOSES, Margaret, L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 83.

⁷³ POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §677.

⁷⁴ MOSES, Margaret, L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 83.

⁷⁵ CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. São Paulo: Letz Total Media Creative Projects, 2016. p. 248.

permite apenas a escolha de direito nacional⁷⁶ –, as legislações mais modernas preveem essa possibilidade⁷⁷. A Convenção de Roma de 1980 é aplicável aos membros da União Europeia que a tenham incorporado em seus ordenamentos jurídicos internos⁷⁸. Ela permite às partes escolherem a lei aplicável aos contratos e traz regra supletiva, aplicável no caso de ausência de escolha de lei pelas partes contratantes: neste caso, o contrato é regido pela lei do país com o qual houver relação mais próxima (“most closely connected”)⁷⁹.

Enquanto os sistemas jurídicos da França, a Itália e os Países Baixos têm leis procedimentais que autorizam os árbitros a aplicar direito transnacional mesmo quando as partes não manifestaram essa intenção, outros sistemas jurídicos, como o Inglês e os países que seguem a Lei Modelo da UNCITRAL – como o Brasil –, exigem, para tanto, que as partes tenham manifestado tal intenção⁸⁰. Ou seja, em alguns sistemas jurídicos – mais restritivos – é necessária uma manifestação de vontade expressa das partes no sentido da aplicação de direito transnacional, não podendo tal aplicação resultar da via direta (opção feita pelo árbitro).

A título exemplificativo, a Corte de Apelação Inglesa entendeu que a escolha das regras de câmara arbitral que autorizam a aplicação de direito transnacional – no caso, as regras da CCI – vale como demonstração da intenção das partes em aplicar direito transnacional⁸¹. Ou seja, a intenção de aplicar direito transnacional não precisa constar expressamente da convenção de arbitragem.

De acordo com Poudret e Besson, se as partes silenciaram quanto ao direito aplicável, o árbitro deverá escolher um direito nacional, sendo esta a orientação seguida pela Lei Modelo da UNCITRAL, pela Inglaterra e pela Alemanha⁸². A precaução justifica-se na medida em que

⁷⁶ POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §677.

⁷⁷ POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §677.

⁷⁸ SICA, Lucia Carvalhal. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Estados não Signatários e a Situação do Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 31, ano 8, §2.2.1.2, jul. a set. 2007.

⁷⁹ SICA, Lucia Carvalhal. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Estados não Signatários e a Situação do Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 31, ano 8, §2.2.1.2, jul. a set. 2007.

⁸⁰ NOUSSIA, Kyriaki. **Confidentiality in international commercial arbitration: a comparative analysis of the position under English, US, German and French law**. Berlin: Springer Science & Business Media, 2010. p.148.

⁸¹ UNITED Kingdom. England and Wales Court of Appeal. Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbH v R'As al-Khaimah National Oil Co. 24 March 1987. Disponível em: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1474&opac_view=6.

⁸² POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §685.

protege as partes de uma escolha arbitrária⁸³. Por outro lado, as leis francesa, suíça e dos Países Baixos bem como o Regulamento de Arbitragem da CCI, por exemplo, autorizam o árbitro a escolher “regras de direito”, ampliando o leque de escolhas para além da legislação doméstica⁸⁴.

Assim, podem ser aplicadas regras resultantes de um corpo que não seja um órgão estatal⁸⁵, como os princípios gerais de direito, que abrangem os princípios UNIDROIT e, de acordo com alguns autores, a Convenção de Viena⁸⁶; também são regras de direito os usos comerciais internacionais, a *lex mercatoria*⁸⁷.

Desse modo, em alguns países em que a *lex arbitrii* restringe a aplicação de direito transnacional, cria-se obstáculo à aplicação da Convenção de Viena, pois esta não poderá resultar de mera opção do árbitro, devendo resultar de expressa ou implícita intenção das partes. Ressalta-se, porém, que a Convenção de Viena é direito doméstico em, pelo menos, 85 países hoje em dia⁸⁸, de modo que não configura direito transnacional nesses países. Assim, este óbice à aplicação da Convenção resta em grande parte afastado.

Para Lew, Mistelis e Kröll, sempre que o tribunal arbitral puder aplicar direito transnacional em vez de direito doméstico, deverá fazê-lo⁸⁹. Para Poudret e Besson, independentemente do método adotado para determinação do direito aplicável, os árbitros devem respeitar as regras de direito internacional privado estabelecidas pela *lex arbitrii*, pois aqueles não gozam de liberdade absoluta nesse respeito⁹⁰. Devem ser especialmente consideradas as regras mandatórias da *lex arbitrii* da sede da arbitragem cuja violação pode impedir a execução da decisão arbitral⁹¹.

⁸³ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §685.

⁸⁴ A doutrina diferencia os conceitos de “law” e “rules of law” para classificar os sistemas jurídicos como mais restritivos ou mais flexíveis em relação à possibilidade de escolha de direito transnacional pelo árbitro. Ver mais em: PETSCHKE, Markus A. **Choice of Law in International Commercial Arbitration**. Singapore: Springer Nature, 2017. p. 29.

⁸⁵ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §690.

⁸⁶ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §692.

⁸⁷ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §§694-695.

⁸⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG). Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status. Acesso em: 27 mar. 2020.

⁸⁹ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p.452.

⁹⁰ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §668.

⁹¹ Idem, §146.

Parte-se do pressuposto de que a ordem jurídica internacional ainda dá ênfase à *lex arbitrii* na análise da validade das decisões arbitrais estrangeiras, tendo em vista do disposto no Art. V, I, e da Convenção de Nova Iorque⁹², que permite à corte estatal do local em que se está solicitando a execução da decisão arbitral recusar o reconhecimento ou a execução de sentença que foi anulada no local onde fora proferida. Nesse sentido, a sede e, logo, a análise da *lex arbitrii*, permanecem relevantes na arbitragem internacional.

Assim, se a *lex arbitrii* da sede da arbitragem veda que o árbitro aplique direito transnacional aos aspectos substanciais do litígio quando as partes não manifestaram tal intenção, não podem os árbitros fazê-lo, pois tal decisão tem grandes chances de ser anulada pelas cortes estatais da sede.

Portanto, em linhas gerais, no direito comparado, a Convenção de Viena *deverá* ser aplicada pelo árbitro quando as partes escolherem a Convenção como lei aplicável. A Convenção *poderá* ser aplicada pelo árbitro, quando as partes não escolherem direito aplicável, e o método de determinação do direito aplicável utilizado indicar a aplicação da Convenção. Em ambos os casos, a aplicação da Convenção somente é possível, se a *lex arbitrii* da sede da arbitragem permitir a aplicação de direito transnacional ou se tratar de país signatário da Convenção, hipótese em que esta será considerada direito doméstico.

1.2. Sistema de designação do direito aplicável pelo árbitro no direito brasileiro

Para responder a pergunta de *como* a Convenção de Viena é aplicada pelo árbitro sob a ótica do direito brasileiro e, mais especificamente, se o árbitro tem dever de aplicar a Convenção – e por qual fundamento –, será necessário analisar o sistema brasileiro de designação do direito aplicável pelo árbitro.

1.2.1. Determinação do direito aplicável no direito brasileiro

⁹² *In verbis*: “Artigo V 1 — O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova: [...] e) De que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida.”

Em uma arbitragem internacional, o árbitro deverá identificar a lei aplicável, e, para tanto, geralmente se baseia na vontade das partes, conforme indicado na cláusula arbitral⁹³. Ausente escolha das partes sobre a lei aplicável às questões substanciais, os árbitros analisarão as regras de conflito de leis de um ordenamento jurídico ou adotarão abordagem mais flexível⁹⁴. São relevantes, nesse caso, as regras que regulam a jurisdição do tribunal arbitral, as regras que regulam o procedimento, as regras de conflito de leis, bem como as regras que regulam a execução da decisão arbitral⁹⁵.

Em matéria de determinação da lei aplicável em contratos internacionais, há dois dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro que devem ser analisados. São eles o Art. 9º Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB)⁹⁶ e o Art. 2º da Lei de Arbitragem brasileira (Lei 9.307/1996)⁹⁷.

A análise da Lei de Arbitragem Brasileira será relevante em uma arbitragem internacional, quando as partes escolhem o Brasil como sede (ou foro da arbitragem). Isso porque a lei de arbitragem (*lex arbitrii*) engloba todas as disposições que regulam arbitragem em um determinado país e confere base jurídica para o exercício da autonomia privada pela qual as partes escolhem submeter seu conflito à via arbitral⁹⁸.

É a *lex arbitrii* em vigor na sede da arbitragem que irá determinar o escopo da liberdade das partes e dos árbitros na escolha do direito aplicável ao mérito da disputa e que estabelece as regras de conflito peculiares às arbitragens lá conduzidas⁹⁹. No caso brasileiro, portanto, a Lei de Arbitragem brasileira (Lei 9.307/96) irá delimitar a liberdade do tribunal arbitral na determinação do direito aplicável à arbitragem doméstica e internacional.

⁹³ INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration'. **Arbitration International**, v. 26, n. 2, jun. 2010. p. 04.

⁹⁴ POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §685.

⁹⁵ Idem, pp. 03-04.

⁹⁶ *In verbis*: "Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente."

⁹⁷ *In verbis*: Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade."

⁹⁸ POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007. §112.

⁹⁹ POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, §678, 2007.

No entendimento majoritário, denominado “territorialista”, as partes não têm liberdade para escolher a *lex arbitrii*, senão indiretamente, quando escolhem o foro da arbitragem¹⁰⁰. Nas palavras de Poudret e Besson, a arbitragem necessariamente ocorre nos termos de um sistema jurídico e, na maioria dos casos, esses termos são definidos pela lei de arbitragem do país sede da arbitragem (*lex arbitrii*)¹⁰¹. A visão minoritária, denominada “deslocalização”, sustenta que as partes têm a faculdade de escolher a *lex arbitrii* aplicável, de modo que a escolha pelo foro da arbitragem não implicaria a escolha da *lex arbitrii*.

O presente trabalho irá trabalhar com a opinião majoritária¹⁰², de modo que a escolha do Brasil como sede da arbitragem tem por consequência que a Lei de Arbitragem Brasileira será a *lex arbitrii*.

O Art. 9º, caput da LINDB estabelece o princípio *locus regit actum* ou *lex loci celebrationis*, e o Art. 2º, o da autonomia da vontade. Em uma primeira análise, pode-se pensar que há conflito entre esses dispositivos; todavia, ver-se-á que tais princípios convivem harmonicamente, pois têm âmbitos de aplicação distintos¹⁰³.

Há dois regimes distintos para escolha de leis para reger relações contratuais. O destinatário do Art. 2º, §1º¹⁰⁴ da Lei de Arbitragem é o árbitro, enquanto o destinatário do Art. 9º da LINDB é o juiz estatal. O modo pelo qual uma corte estatal analisa a questão da lei aplicável em um contrato internacional é fundamentalmente diferente do modo pelo qual um árbitro analisa tal questão. Cortes estatais seguem regras que prescrevem o método para determinar a lei aplicável¹⁰⁵. Enquanto o Art. 2º da Lei de Arbitragem permite ampla possibilidade de escolha de lei pelas partes, o ordenamento jurídico brasileiro não confere a

¹⁰⁰ Idem, §113.

¹⁰¹ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, §41, 2007.

¹⁰² A deslocalização é vista por alguns autores como um exagero da transnacionalidade da arbitragem. Os defensores da deslocalização geralmente se baseiam na teoria contratual da arbitragem. O debate é, primeiramente, uma questão acadêmica e, de acordo com Paulsson, tende a desaparecer na medida em que os sistemas jurídicos nacionais cada vez mais reconhecem a importância do tratamento uniforme da arbitragem internacional, afastando a aplicação de normas locais que podem interferir na eficácia de decisões arbitrais. Ver mais em: PAULSSON, Jan. Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of origin. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 30, n. 2, p. 358-387, 1981; VAN HAERSOLTE-VAN HOF, Jacomijn J.; KOPPE, Erik V. International arbitration and the *lex arbitrii*. *Arbitration International*, v. 31, n. 1, p. 27-62, 2015.

¹⁰³ BASSO, Maristela. Homologação de sentença estrangeira - STJ. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 7, n. 26, p. 09, 2010.

¹⁰⁴ *In verbis*: “Art. 2, § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

¹⁰⁵ INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations on ‘Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration’. **Arbitration International**, v. 26, n. 2, p. 12, jun. 2010.

mesma faculdade às partes em aos contratos internacionais submetidos ao juiz estatal¹⁰⁶, haja vista o disposto no Art. 9º CISG¹⁰⁷.

A norma geral estabelecida no Art. 9º da LINDB resta afastada pela ampla autonomia concedida pelo Art. 2º da Lei de Arbitragem, eis que as partes podem perfeitamente ignorar a determinação da Lei de Introdução e escolher lei material diversa daquela apontada por esta¹⁰⁸.

Nota-se que o critério da autonomia privada é relevante tanto em arbitragens domésticas quanto em arbitragens internacionais. A Lei de Arbitragem brasileira (Lei 9.307/1996) é monista, pois que não faz distinção entre arbitragem interna – ou doméstica – e arbitragem internacional¹⁰⁹; assim, suas disposições se aplicam de modo uniforme a esses dois tipos de litígios¹¹⁰. A jurisprudência, no entanto, distingue arbitragem interna e internacional, de modo que esta deve envolver relação subjetivamente internacional ou conter algum elemento objetivo de estraneidade¹¹¹.

A consequência da adoção do sistema monista na Lei de Arbitragem brasileira é a disciplina comum entre arbitragem internacional e arbitragem doméstica¹¹². Ou seja, os parâmetros usados são idênticos.

Não obstante, a Lei de Arbitragem brasileira contempla o conceito de sentença arbitral estrangeira¹¹³. Segundo Thiago Marinho Nunes, a Lei n.º 9.307/1996 adotou a fórmula preconizada pelo art. 34, parágrafo único, segundo a qual "considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional"¹¹⁴. Assim, a sentença proferida em arbitragem internacional realizada no Brasil será uma sentença nacional (Art. 34 da Lei de

¹⁰⁶ Idem, p. 02.

¹⁰⁷ BASSO, Maristela. Homologação de sentença estrangeira - STJ. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 09, 2010.

¹⁰⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 67.

¹⁰⁹ LEMES, Selma. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. LEI APLICÁVEL. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 24, §5º, jan./mar. 2010.

¹¹⁰ DE AGUILAR VIEIRA, Iacyr. L'arbitrage au Brésil. **Centre de Droit de l'Entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC)**, n. 52, p.01, 2009.

¹¹¹ DE ARAUJO, Nadia. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 513.

¹¹² FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 102.

¹¹³ Idem, p. 101.

¹¹⁴ NUNES, Thiago M. Reflexões sobre a Internacionalidade da Arbitragem no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem**, nº 2, jul./dez. 2012. p. 253.

Arbitragem¹¹⁵), que independerá de homologação pelo STJ¹¹⁶. A sentença arbitral proferida fora do território nacional será considerada estrangeira, sujeitando-se à homologação pelo STJ para ter força executiva no Brasil¹¹⁷.

A autonomia privada funciona como elemento de conexão entre a relação jurídica e o direito aplicável, assim como o são o domicílio, a nacionalidade, o local da celebração do contrato, o local da execução do contrato, etc.¹¹⁸

Assim, visto que a autonomia privada é o principal critério de conexão no sistema arbitral brasileiro, a análise da escolha de lei feita pelas partes em uma arbitragem é baseada no Art. 2º da Lei de Arbitragem, que orienta todo o sistema de designação da lei aplicável pelo árbitro. Nesse sentido, em uma arbitragem comercial internacional, o árbitro deverá aplicar a lei designada pelas partes na cláusula arbitral¹¹⁹.

No caso de as partes terem se furtado de fazer tal escolha, o tribunal arbitral deverá determinar a lei aplicável¹²⁰. Assim, há que se decidir entre os diferentes métodos, podendo ser adotada a via direta ou a via indireta.

Para Maristela Basso, ausente qualquer estipulação de direito aplicável pelas partes, o árbitro recorrerá às regras de direito internacional privado da sede da arbitragem para determinar a lei aplicável¹²¹. Todavia, a doutrina hoje rejeita esse método, acusando-o de estar desatualizado¹²².

A maioria das leis de arbitragem não disciplina como o árbitro deveria identificar a lei aplicável às questões substanciais do litígio, apresentando regras de conflito de leis genéricas¹²³.

¹¹⁵ *In verbis*: “Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.”

¹¹⁶ DE ARAUJO, Nadia. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 513.

¹¹⁷ *Idem*, *ibidem*.

¹¹⁸ FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 206.

¹¹⁹ BASSO, Maristela. Homologação de sentença estrangeira - STJ. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 17, 2010.

¹²⁰ SCHWENZER, I.; JAEGER, F. Chapter 30: The CISG in International Arbitration. In P. Shaughnessy and S. Tung (eds.). **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A Karrer**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2017, p. 314.

¹²¹ BASSO, Maristela. Homologação de sentença estrangeira - STJ. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 17, 2010.

¹²² PETROCHILLOS, Georgios. Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. **Revue Hellenique de Droit International**, v. 52, p. 194, 1999.

¹²³ INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration'. **Arbitration International**, v. 26, n. 2, p. 13, jun. 2010.

A Lei de Arbitragem brasileira insere-se nesse contexto, pois não traz outros critérios além daquele positivado no seu Art. 2º. Nesse sentido, a Lei de Arbitragem Brasileira, inspirada na Lei Modelo da UNCITRAL, não replicou o Art. 28 desta, que fornece critérios para determinar a lei aplicável¹²⁴.

Se as partes elegem regulamento de arbitragem que contenha dispositivo sobre o regime de determinação da lei aplicável ao árbitro, este será o método seguido pelo tribunal arbitral. Por exemplo, o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (Regulamento da CCI) prevê em seu Art. 21 que o tribunal arbitral deverá aplicar as regras de direito escolhidas pelas partes e, na ausência destas, as regras de direito que o tribunal arbitral entender adequadas¹²⁵.

Nesse caso, se as partes escolheram o Regulamento da CCI, o tribunal arbitral deverá respeitar tal escolha – como manda a Lei de Arbitragem Brasileira – e, logo, o método prescrito no Art. 21 do Regulamento da CCI para determinar a escolha da lei aplicável. Todavia, não tendo as partes explicitado a lei aplicável às questões substanciais do litígio ou regulamento de arbitragem, os árbitros têm de decidir sobre a lei aplicável, sem nenhuma regra geral para guiá-los¹²⁶.

1.2.2. Extensão da autonomia privada no sistema arbitral brasileiro

A Lei de Arbitragem do Brasil consagrou o princípio da autonomia da vontade na determinação da lei aplicável¹²⁷, ressalvando apenas escolhas de lei que violem os bons costumes e à ordem pública¹²⁸.

¹²⁴ *In verbis*: “UNCITRAL, Art. 28. Article 28. Rules applicable to substance of dispute (1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable”.

¹²⁵ Tradução livre do Art. 21 das ICC Rules. “Article 21: Applicable Rules of Law 1) The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate”. Available at: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>.

¹²⁶ INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations on ‘Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration’. **Arbitration International**, v. 26, n. 2, p. 16, jun. 2010.

¹²⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 2, n. 2016, p. 1409, 2016.

¹²⁸ *In verbis*: “Art. 2º, § 1º: Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

O conceito de ordem pública é essencial, pois este limita a escolha do direito aplicável, e é causa de anulação da sentença arbitral, conforme os arts. 32 e 39 da Lei de Arbitragem¹²⁹. Além disso, serve de fundamento para a denegação da homologação de sentença arbitral estrangeira, conforme o Art. V, item 2, “b” da Convenção de Nova Iorque.

Alguns ordenamentos jurídicos, como já abordado, restringem a liberdade das partes em escolher direito estrangeiro, exigindo que se trate de direito estatal¹³⁰. A Lei de Arbitragem brasileira, diferentemente, prevê a possibilidade de eleição de princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio: “Art. 2º § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”¹³¹.

Nesse sentido, poderão as partes optar por aplicar, no âmbito dos negócios transnacionais, instrumentos normativos como a Convenção de Viena de 1980 - objeto deste estudo -, os Princípios UNIDROIT, que expressam “princípios gerais de direito relativos a relações internacionais, usos e práticas uniformes observados no comércio internacional, e regras consagradas na prática arbitral internacional”¹³², bem como a *lex mercatoria*, o direito criado por empresários, sem intervenção do Poder Legislativo¹³³, um “conjunto de princípios gerais e de regras costumeiras aplicadas espontaneamente, ou elaboradas para o comércio internacional, sem referir a um específico sistema de direito nacional”¹³⁴.

De acordo com Glitz, mesmo antes da ratificação da Convenção pelo Brasil, sua aplicação era possível através da submissão do litígio a um tribunal arbitral, escolhendo-a como lei substantiva aplicável¹³⁵. No mesmo sentido, Dolganova e Lorenzen afirmam que, uma vez que a Lei de Arbitragem brasileira consagra a autonomia privada, conferindo às partes a

¹²⁹ BRASIL. Lei 9.307/1996. Capítulo I - Disposições Gerais, Art. 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 12 de dezembro 2019.

¹³⁰ POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, §677, 2007.

¹³¹ BRASIL. Lei 9.307/1996. Capítulo I - Disposições Gerais, Art. 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 12 de dezembro 2019.

¹³² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 2, n. 2016, p. 1408, 2016.

¹³³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 2, n. 2016, p. 1408, 2016.

¹³⁴ SOMENSI, Mariana Furlanetto. As inovações introduzidas pela Lei n.º 9.307/96 relativamente à escolha da Lei do Contrato Internacional. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). **A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 99.

¹³⁵ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Globalization of Contractual Law: A Brazilian Perspective**. Frederico Glitz, 2014. p. 206. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2618066>. Acesso em: 03/02/2020.

possibilidade de escolher as regras de direito aplicáveis no procedimento arbitral, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública, o “contratante brasileiro poderá decidir pela aplicação da Convenção de Viena ao submeter eventual disputa à arbitragem”¹³⁶.

De acordo com Carvalho Sica, em casos a serem resolvidos por arbitragem, as partes podem optar pela aplicação da Convenção de Viena, conforme o Art. 2º da Lei de Arbitragem¹³⁷. Aguiar afirma que as partes podem expressamente escolher a Convenção como lei aplicável ao contrato; nesse caso, o tribunal arbitral brasileiro irá respeitar a vontade das partes¹³⁸.

Assim, poderão as partes, em uma arbitragem no Brasil, escolher a Convenção de Viena como lei aplicável às questões substanciais.

Ainda, alguns autores sustentam a possibilidade de escolha indireta da Convenção de Viena. Esta ocorreria quando as partes em uma arbitragem escolhem como direito aplicável o direito de Estado Contratante da Convenção. Ruy Rosado elenca as hipóteses em que a Convenção poderia ser aplicada, sendo uma delas: “na arbitragem, tendo as partes escolhido a lei aplicável em um outro país, sendo este signatário da Convenção, aplica-se a Convenção”¹³⁹.

No mesmo sentido afirma Sica, que menciona:

“[E]ssas diversas regras e critérios utilizados para a determinação da lei aplicável a determinado contrato, dependendo do foro, podem estabelecer a Convenção de Viena como a lei cabível ao caso. Isto é, se determinada, por qualquer dos critérios acima expostos que a lei de um país signatário é aplicável, a Convenção, como parte do Direito daquele país, será aplicável, desde que dentro do seu âmbito e escopo”¹⁴⁰.

Igualmente, afirma Aguiar:

¹³⁶ DOLGANOVA, Iulia; LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. **Revista Fórum Cesa**, Belo Horizonte, v. 10, n. 4, p. 09, mar. 2009.

¹³⁷ A autora afirma que tal possibilidade só seria conferida às partes em uma arbitragem internacional, e não doméstica. Todavia, discorda-se desse posicionamento, justamente pela Lei de Arbitragem brasileira ser monista, ou seja, suas disposições - inclusive o Art. 2º, que confere autonomia privada - ser aplicável tanto a arbitragem doméstica quanto internacional. Ver mais em: SICA, Lucia Carvalho. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Estados não Signatários e a Situação do Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 31, ano 8, § 3.1.1.2, jul. a set. 2007.

¹³⁸ AGUIAR, Anelize. **The Law Applicable to International Trade Transactions with Brazilian Parties: A Comparative Study of the Brazilian Law, the CISG, and the American Law About Contract Formation**. Toronto: University Of Toronto, 2011, p. 09. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1807/29626>.

¹³⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 2, n. 2016, p. 1410, 2016.

¹⁴⁰ SICA, Lucia Carvalho. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Estados não Signatários e a Situação do Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 31, ano 8, § 2.2.2, jul. a set. 2007.

“Aside from choosing a national domestic sales law to regulate their affairs, parties can opt for the CISG. They can choose this Convention in two ways: by selecting the CISG expressly in their contract, or indirectly, by choosing as the applicable law a law of a Contracting State. Since the CISG is an international convention, after its ratification by a Member State it is internalized in this state as a national law applicable to international commercial contracts. The domestic sales law remains in force, but its application is limited to domestic contracts for the sale of goods. The result is that there are two sales laws within a single legal system”¹⁴¹.

Desse modo, verifica-se que a Convenção de Viena poderá ser aplicada pelo árbitro em uma arbitragem no Brasil quando as partes expressamente escolherem a Convenção como lei aplicável ou quando escolherem direito de Estado Contratante da Convenção. Ademais, a Convenção poderá ser aplicada quando resultar da escolha do árbitro, seja esta direta ou indireta, visto que a Convenção e direito doméstico no país.

2. Aplicação da Convenção de Viena conforme seu próprio regime de aplicabilidade

Analisado o sistema de aplicabilidade da Convenção na ótica arbitral – tanto no direito comparado quanto no direito brasileiro –, passa-se à análise do sistema de aplicabilidade próprio da Convenção. Na primeira etapa, foram esclarecidos os modos pelos quais a Convenção pode ser aplicada pelo árbitro. A atual etapa busca identificar quando o árbitro *deve* aplicar a Convenção.

2.1. Âmbito de aplicação da CISG: a vinculação do juiz estatal ao Art. 1 da Convenção

Para bem compreender o modo pelo qual o árbitro lida com a Convenção de Viena, as seções seguintes diferenciam a relação do juiz estatal com a Convenção da relação do árbitro com a referida Convenção.

A Convenção de Viena é um tratado internacional, que vincula o Poder Judiciário dos países signatários da Convenção a aplicá-la nas hipóteses estabelecidas pelo Art. 1 CISG¹⁴². A

¹⁴¹ AGUIAR, Anelize. **The Law Applicable to International Trade Transactions with Brazilian Parties: A Comparative Study of the Brazilian Law, the CISG, and the American Law About Contract Formation**. Toronto: University Of Toronto, 2011, p. 09. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1807/29626>.

¹⁴² JANSSEN, André; SPILKER, Matthias. The CISG and International Arbitration. In L. DiMatteo (Ed.). **International Sales Law: A Global Challenge**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 136. No

obrigação do juiz estatal de aplicar a Convenção configura obrigação internacional¹⁴³. O mesmo não pode ser dito do árbitro, que é escolhido pelas partes para solucionar um conflito, no âmbito de uma arbitragem, com base nas leis escolhidas por aquelas¹⁴⁴.

Para elucidar tal questão, primeiro será abordada a estrutura do Art. 1 da Convenção de Viena, para compreender as hipóteses de incidências da Convenção; segundo, será analisado o Art. 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, usada para interpretar a CISG.

2.1.1. Estrutura do Art. 1 da CISG

A Convenção traz regras estabelecendo seu escopo de incidência, e o faz logo no início, nos dispositivos iniciais. Em síntese, tais dispositivos abordam os elementos que caracterizam a hipótese de incidência da CISG, quais sejam, os aspectos material, temporal, geográfico da incidência da Convenção¹⁴⁵. A estrutura do Art. 1 da Convenção será abordada resumidamente para, mais tarde, passar-se a análise do órgão aplicador da Convenção. Este é elemento determinante para a forma pela qual será aplicada a Convenção.

O âmbito de aplicação da Convenção, em comparação à Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) e à Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULF), sofreu modificações significativas na “Vienna Conference”¹⁴⁶. O objetivo era uniformizar as hipóteses de aplicação, visto que nas versões anteriores da Convenção, as partes contratantes fizeram diversas reservas, gerando um complexo sistema de aplicabilidade¹⁴⁷. Assim, a esfera de aplicação da Convenção foi restringida às hipóteses previstas no Art. 1 da Convenção¹⁴⁸.

mesmo sentido: PETROCHILOS, Georgios Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. *Revue Hellenique de Droit International*, v. 52, p. 193, 1999.

¹⁴³ Ibidem, p. 193

¹⁴⁴ Ibidem, p. 193.

¹⁴⁵ MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco. Campo de Aplicação e Disposições Gerais (arts. 1 a 13). In: MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco (Orgs). **Comentários à Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Visão Geral e Aspectos Pontuais**. São Paulo: Atlas, p. 05, 2015.

¹⁴⁶ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010. p. 18.

¹⁴⁷ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010. pp. 18-19.

¹⁴⁸ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010. p. 19.

A nacionalidade das partes não influencia na aplicabilidade da Convenção¹⁴⁹. Já o conceito de estabelecimento das partes é decisivo, de modo que, por exemplo, uma empresa neozelandesa que tenha seu principal estabelecimento na Austrália¹⁵⁰, quando estiver concluindo um contrato com uma empresa da Nova Zelândia, poderá ter seu contrato regido pela Convenção¹⁵¹. Além disso, o contrato deverá refletir uma “compra e venda de mercadorias”¹⁵².

O Art. 1(1)(a) da Convenção estabelece dois requisitos para a aplicação da Convenção¹⁵³. A CISG deve ser aplicada ao contrato de compra e venda de mercadorias, quando as partes tiverem seus estabelecimentos comerciais em países diferentes (elemento de “internacionalidade”), quando estes forem signatários da CISG¹⁵⁴ (“aplicação autônoma¹⁵⁵”).

Para Moser e Pignatta, o referido dispositivo impõe uma “dupla condição de internacionalidade do contrato”, exigindo que o vendedor e o comprador tenham seus estabelecimentos em Estados diferentes, e que estes Estados sejam signatários da Convenção¹⁵⁶.

¹⁴⁹ MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco. Campo de Aplicação e Disposições Gerais (arts. 1 a 13). In: MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco (Orgs). **Comentários à Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Visão Geral e Aspectos Pontuais**. São Paulo: Atlas, p. 05, 2015.

¹⁵⁰ A Convenção prevê a hipótese de as partes terem mais de um estabelecimento, prevendo que, se uma das partes tiver mais de um estabelecimento, aquele que deve ser tomado em consideração é o que tiver relação mais estreita com o contrato e a respectiva execução. Para Moser e Pignatta, a sede de uma empresa e o estabelecimento que devem ser considerados para fins de aplicação do Art. 1 da Convenção é o estabelecimento que tenha uma relação mais próxima com o contrato. Vide: MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco. Campo de Aplicação e Disposições Gerais (arts. 1 a 13). In: MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco (Orgs). **Comentários à Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Visão Geral e Aspectos Pontuais**. São Paulo: Atlas, p. 05, 2015.

¹⁵¹ SCHLECHTRIEM, Peter. Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG. *Wellington: Victoria University of Wellington Law Review*, p. 782, 2005. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem9.html>

¹⁵² SCHLECHTRIEM, Peter. **Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG. Wellington: Victoria University of Wellington Law Review**, p. 782, 2005. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem9.html>.

¹⁵³ HONNOLD, John. **Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention**. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 29.

¹⁵⁴ *In verbis*: “Article 1 CISG (1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State”. Sobre a aplicação da Convenção de Viena, ver: WOLFF, L. C. *The Law of Cross-Border Business Transactions: Principles, Concepts, Skills*. The Netherlands: **Kluwer Law International**, 2013. p. 113.

¹⁵⁵ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods**. United Nations Publications, 2008. p. 04.

¹⁵⁶ MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco. Campo de Aplicação e Disposições Gerais (arts. 1 a 13). In: MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco (Orgs). **Comentários à Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Visão Geral e Aspectos Pontuais**. São Paulo: Atlas, p. 04, 2015.

O Art. 1(1)(b) da Convenção estabelece que a CISG deve ser aplicada, quando as partes não tiverem seus estabelecimentos em Estados Contratantes, e as regras de conflito de leis resultarem na aplicação de direito de Estado Contratante da CISG¹⁵⁷ (“aplicação indireta¹⁵⁸” ou “abordagem clássica”¹⁵⁹). Na opinião de Petrochilos, esse mecanismo de aplicação indireta da Convenção fortalece a obrigação de aplicação da CISG pelas cortes estatais de Estados Contratantes¹⁶⁰, de modo a ampliar o escopo da Convenção¹⁶¹.

De acordo com o autor, embora alguns tribunais arbitrais tratem os dispositivos como complementares, se os requisitos para a aplicação do Art. 1(1)(a) estão preenchidos, a perquirição acerca do Art. 1(1)(b) é desnecessária, pois este deverá ser analisado, quando não for o caso de aplicar o Art. 1(1)(a)¹⁶².

Uma importante diferença entre os dispositivos é que, diferentemente do Art. 1(1)(a), o Art. 1(1)(b) não depende, para sua aplicação, do sujeito que o está aplicando. O Art.1(1)(b) torna a Convenção aplicável toda vez que regras de conflito aplicadas por qualquer tribunal, seja de Estado Contratante, de Estado não Contratante, ou de *tribunal arbitral*, apontar para direito de Estado Contratante¹⁶³.

Todavia, na aplicação indireta – prevista no Art. 1(1)(b) da Convenção –, visto que as regras de Direito Internacional Privado relevantes são as do foro, a possibilidade de aplicar a CISG como decorrência da escolha de direito de Estado Contratante dependerá das regras de conflito domésticas¹⁶⁴. Caso estas reconheçam a autonomia das partes como critério de conexão, a aplicação da CISG ocorrerá sem problemas. No caso do Brasil, como já foi

¹⁵⁷ In verbis: “Article 1 CISG (1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: [...] (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State”.

¹⁵⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods**. United Nations Publications, 2008. p. 04.

¹⁵⁹ FERRARI, Franco. Uniform Law of International Sales: Issues of Applicability and Private International Law. **Journal of Law and Commerce**, v. 15, p 168, 1995.

¹⁶⁰ Idem, p. 213.

¹⁶¹ PETROCHILOS, Georgios. Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. **Revue Hellenique de Droit International**, v. 52, p. 192, 1999.

¹⁶² PETROCHILOS, Georgios. Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. **Revue Hellenique de Droit International**, v. 52, p. 192, 1999.

¹⁶³ PETROCHILOS, Georgios. Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. **Revue Hellenique de Droit International**, v. 52, p. 192, 1999.

¹⁶⁴ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods**. United Nations Publications, 2008. p. 05.

mencionado, a possibilidade de escolher o direito aplicável ao litígio somente é viável em procedimento arbitral.

2.1.2. Aplicação da Convenção como obrigação internacional

O Art. 1 da Convenção, que estabelece seu âmbito de aplicação, conflita com as regras de direito internacional privado do *forum*¹⁶⁵. A presença de dois regramentos distintos para a compra e venda – por exemplo, o Código Civil brasileiro e a CISG – certamente gera um conflito de leis¹⁶⁶.

Os países identificados como dualistas exigem que o tratado internacional passe por processo de internalização, para que o texto passe a vincular as cortes estatais¹⁶⁷. É o caso do Brasil onde a CISG passou a ter força vinculante no país somente após a aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional, culminando no Decreto Legislativo n.º 538, o depósito do instrumento de ratificação na Secretaria Geral das Nações Unidas, a promulgação e a publicação do Decreto Executivo¹⁶⁸.

Para as cortes estatais de Estados Contratantes da Convenção, esta é direito interno, pois foi incorporada ao ordenamento jurídico de tais países¹⁶⁹. O Art. 1(1)(a) da Convenção estabelece a sua aplicação direta e automática, devendo o *juiz estatal* do Estado Contratante analisar este dispositivo *antes* das regras de direito internacional privado do foro¹⁷⁰.

De acordo com Schwenzer e Schlechtriem, a partir da entrada em vigor da Convenção, os Estados Contratantes estão obrigados pelo Direito Internacional Público a aplicar a CISG *ex*

¹⁶⁵ ZELLER, Bruno. **CISG and the unification of international trade law**. Oxfordshire: Routledge-Cavendish, 2008. p. 38.

¹⁶⁶ DIMATTEO, Larry A. et al. **The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence**. Chicago: Nw. J. Int'l L. & Bus., v. 24, 2003. p. 308.

¹⁶⁷ GAZZANEO, Nathalie. Accession of Brazil to the CISG: a first analysis on the application of the Convention by the Brazilian judge. **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**. v. 17, pp. 209-210, 2013.

¹⁶⁸ GAZZANEO, Nathalie. Accession of Brazil to the CISG: a first analysis on the application of the Convention by the Brazilian judge. **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**. v. 17, pp. 209-210, 2013.

¹⁶⁹ CISG-AC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo. Monash University. Australia, 2014. §5.5. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op16.html>. Acesso em: 27/03/2020.

¹⁷⁰ GAZZANEO, Nathalie. Accession of Brazil to the CISG: a first analysis on the application of the Convention by the Brazilian judge. **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, v. 17, p. 212, 2013.

officio, nas hipóteses previstas pela Convenção¹⁷¹. Assim, as cortes estatais dos Estados Contratantes aplicam a Convenção não como direito estrangeiro, mas como direito doméstico.

Assim, o juiz estatal dos Estados Contratantes está vinculado a aplicar a Convenção nas hipóteses de incidência previstas pelo Art. 1 CISG¹⁷², assim como devem aplicar o mecanismo de interpretação da CISG corretamente.

Portanto, cortes de países signatários da Convenção devem aplicá-la aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias de forma direta, automática, ou seja, antes de analisar as regras de direito internacional privado tradicionalmente aplicadas¹⁷³. Essa abordagem é justificada na medida em que a Convenção tem seu âmbito de aplicação restrito, e leva diretamente a um resultado substancial¹⁷⁴.

Já as cortes estatais de Estados não-Contratantes da Convenção não estão submetidas a tal obrigação¹⁷⁵. Todavia, quando as regras de conflito de leis desses estados levarem à aplicação de direito de Estado Contratante da Convenção, a corte estatal deverá aplicá-la da mesma forma que um Estado Contratante aplicaria¹⁷⁶ – trata-se do Art. 1(1)(b) da Convenção.

Para interpretar o âmbito de aplicação da CISG, recorre-se à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969, que, via de regra, regula a interpretação de tratados internacionais¹⁷⁷. De acordo com Magnus, essa Convenção vincula, ao menos, aqueles países que a ratificaram. Ela mostra-se adequada à interpretação da CISG, visto que seus dispositivos amplos e genéricos servem à interpretação de todo tipo de tratado¹⁷⁸.

De acordo com o Art. 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, os tratados obrigam as *partes*. Assim, somente Estados Contratantes e seus *órgãos* são vinculados pelo

¹⁷¹ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 19.

¹⁷² GAZZANEO, Nathalie. Accession of Brazil to the CISG: a first analysis on the application of the Convention by the Brazilian judge. **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, v. 17, p. 212, 2013.

¹⁷³ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods**. United Nations Publications, 2008. p. 04.

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁵ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 20.

¹⁷⁶ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 19.

¹⁷⁷ MAGNUS, Ulrich. Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf. **CISG Methodology**. Munich: Sellier, 2009, p. 46.

¹⁷⁸ Idem, *ibidem*.

tratado internacional¹⁷⁹, de modo que somente as *cortes estatais* de Estados Contratantes estão vinculadas a aplicar a CISG nas hipóteses do Art. 1º. Portanto, não sendo o árbitro um órgão estatal vinculado aos tratados internacionais assumidos por determinado país, não está este vinculado pela Convenção de Viena, se as partes não manifestaram tal intenção em primeiro lugar.

2.2. Âmbito de aplicação da CISG: a não vinculação do árbitro ao Art. 1 da CISG

Analisado o sistema de aplicabilidade da Convenção conforme o Art. 1 da CISG, interpretando-se tal dispositivo sob a luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, foi elucidada a diferença de tratamento da Convenção, que depende do sujeito que a está manuseando. Visto que o árbitro não está vinculado ao Art. 1 da Convenção, passa-se à análise qualitativa dos principais posicionamentos doutrinários sobre o tema, bem como o posicionamento jurisprudencial sobre o assunto, para identificar – se houver – outro(s) fundamento(s) que justifica(m) a vinculação do árbitro à Convenção.

2.2.1. Na doutrina

Embora a Convenção de Viena de 1980 seja frequentemente aplicada em arbitragens, ainda não está claro como o tribunal arbitral deve proceder quando tiver de decidir sobre a aplicabilidade da Convenção ao caso concreto¹⁸⁰. Essa dificuldade decorre do reconhecimento da autonomia privada como essencial à arbitragem¹⁸¹.

A arbitragem é *sistema* alternativo às tradicionais cortes estatais. Nesse sistema, prevalece a autonomia privada, que confere ampla possibilidade às partes para escolher a lei aplicável ao litígio. Assim, as partes podem escolher a lei aplicável ao procedimento, às questões substanciais do litígio, o foro e, inclusive, optar pelo *dépéçage*, situação em que as

¹⁷⁹ JANSSEN, André; SPILKER, Matthias. The CISG and International Arbitration. In L. DiMatteo (Ed.). **International Sales Law: A Global Challenge**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 136. No mesmo sentido: PETROCHILLOS, Georgios Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. *Revue Hellenique de Droit International*, v. 52, p. 193, 1999.

¹⁸⁰ HUBER, P. **The CISG. A new textbook for students and practitioners**. Munich: sellier, 2007. p.66.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 66.

partes adotam mais de uma lei aplicável, estipulando a aplicação do direito de diferentes países para questões contratuais diferentes, por exemplo¹⁸².

Além disso, conforme já foi exposto, o árbitro não está vinculado a aplicar a Convenção nos termos do Art. 1 da CISG, visto que não é órgão de Estado Contratante nem está vinculado a qualquer ordenamento jurídico¹⁸³, mas apenas aos instrumentos normativos indicados pelas partes. Assim, é tudo menos óbvia a resposta à questão a que este estudo se dedica, qual seja, se o árbitro tem *dever* de aplicar a Convenção e por qual fundamento.

Dentre os posicionamentos doutrinários sobre o tema, identificam-se duas principais correntes. A primeira, mais restritiva, sustentando a absoluta independência do árbitro em relação à Convenção. A segunda, mais flexível, vislumbrando a possibilidade de vinculação do árbitro ao Art. 1(1)(b) da Convenção.

Para Schwenzler, o árbitro não tem dever de aplicar a Convenção, pois não está vinculado por obrigações de direito internacional para tanto, visto que a arbitragem é sistema de resolução de conflitos privado¹⁸⁴. De acordo com Janssen e Spilker, em razão de sua natureza, os árbitros não estão vinculados pelo Art. 1 da Convenção, mesmo quando a arbitragem ocorrer em foro de Estado Contratante da Convenção, pois árbitros não têm ligação com o sistema jurídico de um país¹⁸⁵. Para estes autores, a arbitragem é instituto privado originada de um acordo entre particulares, enquanto cortes estatais encontram respaldo na constituição de Estados¹⁸⁶.

De acordo com Schwenzler e Schlechtriem, os tribunais arbitrais não são nem órgãos de um Estado nem estão obrigados a aplicar o direito estatal como *lex fori*¹⁸⁷. Logo, assim como as cortes estatais dos Estados não-Contratantes da Convenção, tribunais arbitrais não têm dever

¹⁸² WOLFF, L. C. **The Law of Cross-Border Business Transactions: Principles, Concepts, Skills**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013, p. 33.

¹⁸³ JANSSEN, André; SPILKER, Matthias. The CISG and International Arbitration. In L. DiMatteo (Ed.). **International Sales Law: A Global Challenge**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 136. No mesmo sentido: PETROCHILLOS, Georgios Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. **Revue Hellenique de Droit International**, v. 52, p. 193, 1999.

¹⁸⁴ SCHWENZER, I.; JAEGER, F. Chapter 30: The CISG in International Arbitration. In P. Shaughnessy and S. Tung (eds.). **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A Karrer**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2017, p. 313.

¹⁸⁵ JANSSEN, André; SPILKER, Matthias. The CISG and International Arbitration. In L. DiMatteo (Ed.). **International Sales Law: A Global Challenge**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 136.

¹⁸⁶ Idem, Ibidem.

¹⁸⁷ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 23.

de fazer uma análise prévia acerca da aplicabilidade da Convenção e, assim, aplicá-la nas hipóteses do Art. 1(1)¹⁸⁸.

Para Mourre, diferentemente das cortes estatais, o árbitro não tem foro, e, por isso, a questão da aplicação da CISG é tratada de forma diferente¹⁸⁹. O árbitro irá primeiramente considerar se as partes escolheram expressa ou implicitamente a Convenção, e aplicá-la com base nesse fundamento; em sentido negativo, o árbitro ainda poderá aplicar a Convenção, se entender ser a opção mais apropriada¹⁹⁰.

Nas palavras de Petrochilos, a Convenção, por ser tratado internacional, vincula somente órgãos dos Estados Contratantes, as cortes estatais. Árbitros, por sua vez, jamais poderiam ser equiparados a órgãos estatais, de modo que a CISG pode ser aplicada por estes, mas somente como uma faculdade¹⁹¹.

No mesmo sentido, Huber e Mullis afirmam que o tribunal arbitral não está sujeito ao direito doméstico como estão as cortes estatais, de modo que não precisam aplicar regras de Direito Internacional Privado do foro¹⁹². Na verdade, as diferentes regras de arbitragem indicam formas diversas para identificação da lei aplicável, de modo que, na opinião dos autores, não se deve tentar aproximar o árbitro do juiz estatal¹⁹³.

Para Huber e Mullis, o árbitro deve determinar a lei aplicável em conformidade às disposições relevantes da lei de arbitragem aplicável, a intenção das partes ou as disposições relevantes da *lex arbitrii*¹⁹⁴. Os autores entendem, portanto, que o árbitro não está vinculado a aplicar o Art. 1 CISG de forma direta; todavia, ressaltam que, se ambas as partes têm o estabelecimento comercial em (diferentes) Estados Contratantes, o resultado prático entre as diferentes abordagens para determinar a lei aplicável irão frequentemente resultar na lei de um desses países, de modo que a CISG teria de ser aplicada¹⁹⁵.

¹⁸⁸ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 23.

¹⁸⁹ MOURRE, A. Application of the Vienna international sales convention in arbitration, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, v. 17, n. 1, §1º, 2006.

¹⁹⁰ MOURRE, A. Application of the Vienna international sales convention in arbitration, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, v. 17, n. 1, §1º, 2006.

¹⁹¹ PETROCHILOS, Georgios Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. **Revue Hellenique de Droit International**, v. 52, p. 199, 1999.

¹⁹² HUBER, P. **The CISG. A new textbook for students and practitioners**. Munich: Sellier, 2007. p. 67.

¹⁹³ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁵ Idem, p. 68.

Por fim, a opinião do Advisory Council é de que a CISG não impõe obrigações aos árbitros de aplicar a Convenção, de modo que os árbitros não têm dever, *em princípio*, de aplicar a Convenção *ex officio*, se as partes não se manifestaram nesse sentido¹⁹⁶.

Diferentemente, podem ser citados alguns autores que têm opiniões mais flexíveis. Por exemplo, Gary Born menciona “não estar claro” se a Convenção é aplicada em arbitragens em razão do Art. 1(1)(a) ou (1)(1)(b). Assim, o autor ao menos não se opõe à ideia de o árbitro estar vinculado a aplicar a CISG em razão do Art. 1 da Convenção. Veja-se:

“It is unclear whether the Convention is applicable in arbitration pursuant to Article 1(1)(a) or Article 1(1)(b) of the Convention, but most authorities have concluded that the Convention’s terms are applicable in arbitral proceedings involving international sales of goods contracts that would be governed by the Convention in domestic court proceedings”¹⁹⁷.

Andre Janssen e Mathias Spilker entendem que o árbitro não está vinculado a aplicar a Convenção em decorrência do Art. 1(1)(a), porém a aplicação indireta da CISG – através do Art. 1(1)(b) – é apropriada e “discutivelmente” obrigatória¹⁹⁸.

Por sua vez, Schwenzler e Schlechtriem afirmam que o Art. 1(1)(b) claramente não obriga cortes de Estados não-Contratantes nem tribunais arbitrais; todavia, cortes estatais de Estados não-Contratantes e tribunais arbitrais podem ter de aplicar a Convenção como direito estrangeiro, se as regras de conflito de leis levarem à aplicação de direito de Estado Contratante¹⁹⁹. Em se tratando de Estado Contratante, a Convenção não é aplicada como direito estrangeiro, mas como direito doméstico²⁰⁰.

Schwenzler e Schlechtriem afirmam que a lei aplicável no procedimento arbitral é primeiramente a lei escolhida pelas partes. Assim, quando as partes fizerem referência ao direito de Estado Contratante sem outras especificações, a Convenção – como parte desse direito –

¹⁹⁶ CISG-AC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo. Monash University. Australia, 2014, §5.7. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op16.html>. Acesso em: 27/03/2020.

¹⁹⁷ BORN, Gary. **International commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2009. pp. 2628-2629.

¹⁹⁸ JANSSEN, André; SPILKER, Matthias. The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration, **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, n. H. 1, p. 157, 2013.

¹⁹⁹ SCHWENZLER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 40.

²⁰⁰ SCHWENZLER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 42.

geralmente será aplicável no procedimento arbitral²⁰¹. Já, quando as partes não escolheram direito aplicável, independentemente do método de conflito de leis escolhido pelo tribunal arbitral, quando este resultar no direito de Estado Contratante, a Convenção deverá ser aplicada²⁰².

De modo semelhante, Petrochilos refere que o Art.1(1)(b) torna a Convenção aplicável toda vez que as regras de conflito aplicadas por *qualquer tribunal*, seja de Estado Contratante, de Estado não Contratante, ou *tribunal arbitral*, apontar para direito de Estado Contratante²⁰³. Assim, o autor admite, de certa forma, a vinculação do árbitro ao Art. 1(1)(b) da Convenção.

Schwenzer e Hachem referem que, “quando as partes fizerem referência à lei dos Estados Contratantes sem especificação adicional, a CISG, como parte da lei aplicável, normalmente se aplica ao procedimento arbitral”, se os requerimentos do artigo 1(1) estiverem presentes²⁰⁴. Ainda, afirmam que “se o foro é o de um Estado não- Contratante, a CISG pode ser aplicada por força do artigo 1(1)(b), se a lei referida pela corte estatal ou tribunal arbitral é a de um Estado Contratante”²⁰⁵.

Em suma, os autores que se identificam com a corrente mais flexível defendem que o árbitro deve aplicar a Convenção de Viena à determinada questão toda vez que o direito de Estado Contratante for o direito aplicável às questões substanciais do litígio. Todavia, tal opinião doutrinária carece de fundamentos quanto à origem do dever. Isso porque os autores sugerem que tal dever deriva do próprio texto Convenção, qual seja, do Art. 1(1)(b). No entanto, foi visto que o árbitro não está obrigado a analisar previamente a aplicabilidade da Convenção como faria um juiz estatal.

Schroeter explica que o árbitro não tem dever de aplicar tratados internacionais em razão do próprio texto do tratado. Primeiro, a redação da Convenção não identifica tribunais arbitrais como destinatários, de modo que não se pode extrair um dever de aplicar a Convenção a partir do próprio texto do tratado²⁰⁶. Segundo, as leis de arbitragem modernas não impõem ao árbitro

²⁰¹SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, p. 23.

²⁰²SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010, pp. 23-24

²⁰³PETROCHILLOS, Georgios Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. *Revue Hellenique de Droit International*, v. 52, p. 193, 1999.

²⁰⁴SCHWENZER, I.; HACHEM, P. Commentary on the CISG, nota de rodapé nº 13, introdução aos arts. 1–6, para 12, p. 23.

²⁰⁵SCHWENZER, I.; HACHEM, P. Commentary on the CISG, Art. 1, para 32. p. 42.

²⁰⁶SCHROETER, Ulrich G., Mandatory Private Treaty Application? On the Alleged Duty of Arbitrators to Apply International Conventions. in: Patricia Shaughnessy & Sherlin Tung (eds.). **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017. p. 298.

semelhante dever²⁰⁷. Terceiro, o direito dos tratados igualmente não identifica o árbitro como destinatário, visto que o Art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados menciona apenas as partes, não vinculando o árbitro ao princípio *pacta sunt servanda*²⁰⁸.

Em outro sentido, Mourre explica que, visto que o árbitro, diferentemente do juiz estatal, não tem foro, a aplicabilidade da CISG é analisada sob outro enfoque, qual seja, o da autonomia privada: o árbitro analisará se as partes fizeram escolha expressa ou implícita da Convenção²⁰⁹. E, no caso de as partes terem escolhido direito de Estado Contratante da CISG, tal escolha é interpretada como uma escolha implícita da CISG²¹⁰. Assim, a aplicação da CISG só poderia ser excluída, se restar provado, conforme o Art. 6 CISG, que as partes tinham intenção de afastar a Convenção²¹¹.

Assim, o autor propõe que o árbitro deveria aplicar a CISG na hipótese em que as partes escolhem direito de Estado Contratante como direito aplicável às questões substanciais do litígio²¹². Percebe-se que o autor não extrai tal dever do texto da Convenção, mas da autonomia privada exercida pelas partes, que escolheram a CISG como implicitamente ao indicar o direito de Estado Contratante como direito aplicável.

Com isso, passa-se a análise de decisões arbitrais que aplicaram a Convenção e a identificação dos fundamentos que levaram a essa aplicação.

2.2.2. Nas decisões arbitrais

A fundamentação das decisões arbitrais demonstra que a Convenção é aplicada por diferentes motivos pelos árbitros. Embora parte da doutrina afirme que o árbitro não está vinculado ao Art. 1 da Convenção²¹³, frequentemente tal dispositivo serve de fundamentação para a aplicação da Convenção em arbitragens, mesmo quando as partes sequer mencionaram a aplicação da Convenção ou de direito de Estado Contratante, o que se passa a demonstrar.

²⁰⁷ SCHROETER, Ulrich G., Mandatory Private Treaty Application? On the Alleged Duty of Arbitrators to Apply International Conventions. in: Patricia Shaughnessy & Sherlin Tung (eds.). **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017. p. 300.

²⁰⁸ SCHROETER, Ulrich G., Mandatory Private Treaty Application? On the Alleged Duty of Arbitrators to Apply International Conventions. in: Patricia Shaughnessy & Sherlin Tung (eds.). **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017. p. 301.

²⁰⁹ MOURRE, Alexis. Application of the Vienna international sales convention in arbitration. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, v. 17, n. 1, §1, 2006.

²¹⁰ Idem, §4.

²¹¹ Idem, §7.

²¹² Idem, §7.

²¹³ Conforme exposto no Item 2.2.1 *supra*.

2.2.2.1. Aplicação *ex officio* da Convenção

Neste primeiro grupo, verificou-se que a Convenção foi aplicada *ex officio* pelo tribunal arbitral, da mesma forma que cortes estatais fariam, através de uma aplicação automática do Art. 1 da CISG, verificado o preenchimento de seus requisitos.

Na arbitragem “ICC Arbitration Case No. 8128 of 1995 (Chemical fertilizer case)”²¹⁴ envolvendo partes suíça e austríaca, o tribunal arbitral aplicou a Convenção em decorrência do Art. 1(1)(a), pois as partes eram de Estados Contratantes da Convenção. O contrato de compra e venda internacional de mercadorias não continha escolha de direito aplicável, e o tribunal arbitral teve de decidir entre a aplicação do direito austríaco (sede do vendedor) e direito suíço (sede do comprador). O direito suíço também poderia ser aplicado, porque era a sede da arbitragem. Todavia, o tribunal arbitral entendeu pela aplicação da Convenção via Art. 1(1)(a).

“The contract signed by the parties satisfies the conditions of article 1(1)(a) of the Vienna Convention according to which the Convention applies to contracts of sale if the parties have their places of business in different States and these States are Contracting States. Accordingly, the Convention's provisions apply to the litigation subject to the present arbitral proceeding²¹⁵.”

No mesmo sentido, na arbitragem “China 1 April 1993 CIETAC Arbitration proceeding (Steel products case)”²¹⁶, entre partes chinesa e estado-unidense, o tribunal arbitral aplicou a Convenção com base no mesmo fundamento.

A Convenção também foi aplicada por tribunais arbitrais em decorrência do Art. 1(1)(b) da CISG. Foi o que ocorreu na arbitragem “ICC Arbitration Case No. 7197 of 1992 (Failure to open letter of credit and penalty clause case)”²¹⁷, que envolvia contrato de compra e venda internacional entre parte da Bulgária e parte da Áustria. Ausente escolha de lei substantiva, o

²¹⁴ ICC Arbitration. Chemical fertilizer case. ICC Case n. 8128. 1987. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

²¹⁵ ICC Arbitration. Chemical fertilizer case. ICC Case n. 8128. 1987. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020. Tradução livre: “O contrato assinado pelas partes satisfaz os requisitos do artigo 1(1)(a) da Convenção de Viena, de acordo com o qual a Convenção se aplica a contratos de compra e venda, se as partes têm seus estabelecimentos em diferentes Estados e estes Estados são Estados Contratantes. Assim, as disposições da Convenção aplicam-se ao litígio objeto do presente procedimento arbitral”.

²¹⁶ CHINA. CIETAC Arbitration proceeding. Steel products case. 1 apr. 1993. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930401c1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

²¹⁷ ICC Arbitration. Failure to open letter of credit and penalty clause case. ICC Case No. 7197. 1992. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927197i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

tribunal arbitral entendeu pela aplicação da Convenção através do Art. 1(1)(b). Foi aplicada regra de conflito de leis austríaca e búlgara, o que levou à aplicação do direito austríaco. Sendo a Áustria signatária da Convenção, esta foi aplicada ao contrato.

Nesses casos mencionados, identificados a partir daqui como “aplicação *ex officio* da CISG”, a Convenção foi aplicada por tribunais arbitrais da mesma forma que cortes estatais de Estados Contratantes a aplicariam. Verificou-se que os árbitros aplicaram o Art. 1 da Convenção, sem mencionar os motivos pelos quais estariam analisando tal dispositivo de forma prioritária.

2.2.2.2. Abordagem Híbrida

Nesta segunda categoria, denominada “abordagem híbrida”, encontram-se as decisões arbitrais em que o tribunal arbitral aplicou a Convenção reconhecendo uma escolha implícita pelas partes, mas, ao mesmo tempo, baseando-se no Art. 1 da CISG.

A Convenção é normalmente aplicada por tribunais arbitrais quando as partes escolhem a CISG como direito substantivo aplicável. Essa escolha pode ocorrer expressa ou implicitamente.

Na decisão arbitral “ICC Arbitration Case No. 11849 of 2003 (Fashion products case)²¹⁸”, o tribunal arbitral aplicou a Convenção, pois as partes – cujos estabelecimentos encontravam-se na Itália e nos Estados Unidos – haviam expressamente escolhido a Convenção como lei aplicável ao contrato de distribuição. A aplicação da CISG quando as partes a escolhem expressamente como lei aplicável não suscita maiores dúvidas, pois sabe-se que os árbitros devem respeitar a escolha de direito feita pelas partes.

Quando as partes escolhem o direito de Estado Contratante da Convenção como direito substantivo aplicável, surgem complicações, pois os árbitros terão de decidir entre aplicar o direito doméstico não uniforme desse país ou aplicar a Convenção de Viena. Esta dúvida surge, pois, conforme já mencionado, a Convenção de Viena, quando é internalizada na ordem jurídica de um país, compõe o sistema de direito doméstico desse país.

²¹⁸ ICC Arbitration. Fashion products case. ICC Case No. 11849. 2003. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031849i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

Quando as partes escolhem expressamente o direito de um Estado Contratante para reger as questões substantivas do contrato, os tribunais arbitrais adotam uma fundamentação ligeiramente diferente da anterior para justificar a aplicação da Convenção.

As decisões a seguir justificam a aplicação da Convenção de Viena em detrimento do direito doméstico não uniforme, ressaltando o fato de que, quando as partes escolhem direito de Estado Contratante como lei aplicável às questões substanciais do litígio, a Convenção é aplicável através do Art. 1(1)(b) da CISG, pois a autonomia das partes atuaria como regra de conexão, preenchendo os requisitos do referido dispositivo, quais sejam, que as regras de direito internacional privado levem à aplicação do direito de um Estado Contratante.

Na decisão arbitral “ICC Arbitration Case No. 11333 of 2002 (Machine case)²¹⁹”, o contrato entre partes italiana e canadense previa escolha do direito francês. O tribunal arbitral entendeu que a Convenção seria aplicável, pois fazia parte do direito contratual francês no que toca a contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. O Art. 1(1)(a) da Convenção não foi usado, porque o país de uma das partes – Canadá – não era signatário da Convenção naquele momento, entrando em vigor posteriormente. Assim, o tribunal arbitral entendeu que o Art. 1(1)(b) da Convenção seria aplicável; mencionou que as “regras de direito privado” referidas nesse dispositivo não poderiam ser as da sede, pois “árbitros não possuem foro”. A regra de direito internacional privado usada foi a autonomia privada.

“It is commonly acknowledged that 'the rules of private international law' referred to in Art. 1(1)(b) of the CISG are the conflict of law rules of the forum. However, an arbitrator, unlike a national judge, has no forum. It follows from this premise that arbitrators are not bound by the conflict of laws rules of a forum to choose the law applicable to the substance of the dispute”²²⁰.

Assim, o tribunal arbitral entendeu que a escolha pelo direito francês implicava na escolha da Convenção de Viena, por ser esta a lei de contratos internacionais de compra e venda de mercadorias no direito francês, a não ser que as partes tenham expressamente excluído a aplicação da Convenção. Além disso, o tribunal arbitral entendeu que a escolha expressa de

²¹⁹ ICC Arbitration. Machine case. ICC Case No. 11333. 2002. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

²²⁰ ICC Arbitration. Machine case. ICC Case No. 11333. 2002. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020. Tradução livre: “É geralmente aceito que as regras de direito internacional privado referidas no Art. 1(1)(b) da CISG são as regras de conflito de leis do foro. Todavia, um árbitro, diferentemente de um juiz estatal, não tem foro. Deriva-se dessa premissa que árbitros não estão vinculados pelas regras de conflito de leis do foro para escolher a lei aplicável às questões substanciais da disputa”.

uma lei aplicável não excluía a Convenção como um todo: “When a contractual clause governing a particular matter is in contradiction with the CISG, the presumption is that the parties intended to derogate from the CISG on that particular question. It does not affect the applicability of the CISG in general”²²¹.

Na arbitragem “ICC Arbitration Case No. 8324 of 1995 (Magnesium case)²²²”, o contrato de compra e venda de mercadorias continha escolha de direito francês, mas não especificava se a escolha era do direito doméstico ou do direito internacional francês, qual seja, a Convenção de Viena de 1980. Conforme o tribunal arbitral, o Art. 1(1)(b) traz a hipótese da aplicação da Convenção quando as “regras de direito internacional privado” resultarem na aplicação de Estado Contratante; sendo a autonomia das partes uma regra de conexão, a escolha do direito francês implicaria na escolha da Convenção.

De forma semelhante, na arbitragem “ICC Arbitration Case No. 10377 of 2002 (Textile product machines case)²²³” entre partes finlandesa e portuguesa, com sede em Amsterdam, o tribunal arbitral, em *obiter dictum*, referiu que a Convenção de Viena seria aplicável em razão do Art. 1(1)(b). A celeuma envolvia a compra e venda de maquinário, em que as máquinas apresentaram defeito e, em razão disso, o comprador pediu a terminação do contrato. A lei aplicável era Orgalime complementada pela Convenção. O árbitro entendeu que estas seriam as leis aplicáveis, porque as partes expressamente dispuseram nesse sentido, mas referiu que, mesmo que as partes não tivessem mencionado a Convenção, esta seria aplicável em razão do Art. 1(1)(b). De acordo com o tribunal arbitral, as regras de conflito de leis finlandesas permitiam cláusulas de escolha de lei estrangeira, e as partes haviam escolhido aplicar a lei finlandesa e, visto que a Finlândia era Estado Contratante da Convenção, esta seria aplicável, mesmo sem um acordo expreso das partes.

A arbitragem “Italy 22 February 2008 Milan Chamber of Arbitration Case No. 5706²²⁴” envolvia contrato de compra e venda internacional entre parte italiana e indiana. O contrato continha uma cláusula compromissória prevendo arbitragem em Milão (Itália), escolhendo o

²²¹ ICC Arbitration. Machine case. ICC Case No. 11333. 2002. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020. Tradução livre: “Quando uma cláusula contratual que governe um aspecto específico contradizer a CISG, presume-se que as partes tinham intenção de derogar da CISG naquela questão específica”.

²²² ICC Arbitration. Magnesium case. Case No. 8324. 1995. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

²²³ ICC Arbitration. Textile product machines case. ICC Case No. 10377. 2002. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020377i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

²²⁴ ITALY. Milan Chamber of Arbitration Case No. 5706. 22 feb. 2008. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080222i3.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

direito italiano e as regras da Câmara de Arbitragem Nacional e Internacional de Milão. O tribunal arbitral entendeu que a Convenção era a lei aplicável conforme o Art. 1(1)(b), pois era a parte do direito italiano que regulava compra e venda internacional. O direito italiano doméstico aplicar-se-ia subsidiariamente.

“[T]he arbitrator addressed the point of the law applicable to the contract, and considered that the agreement signed by the parties was an international sale contract, and consequently it was subject to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) ((According to CISG articles, Italian substantive law on the international sale of goods is the law applicable (Art. 1 par. 1 b CISG)). The arbitrator further stated that the agreement shall be subject to Italian substantive law where the CISG Convention is silent.²²⁵”

Na arbitragem “X v. Y, Award, CAM Case No. 13209, 1 December 2010²²⁶”, a Convenção foi aplicada a um contrato de compra e venda internacional de mercadorias, que continha escolha de direito italiano. O árbitro entendeu que ao escolher direito italiano, a CISG seria aplicável, por ser a parte do direito italiano referente à compra e venda internacional (Art. 1(1)(b) CISG).

“The arbitrator reasoned that by choosing the Italian law as the law applicable to the case, the parties have included the uniform substantive law Conventions incorporated by it. Since Italy is a party to the CISG, and since the grounds for its application were met in the case at hand (as per Arts. 2 and 3 CISG), the Convention should apply under Art. 1.1(b) CISG.²²⁷”

A arbitragem “ICC Arbitration Case No. 6653 of 1993²²⁸” envolvia contrato de compra e venda internacional de mercadorias. Nesse caso, o tribunal arbitral aplicou a CISG, porque as partes haviam escolhido como lei aplicável o direito francês, e a Convenção estaria em vigor

²²⁵ ITALY. Milan Chamber of Arbitration Case No. 5706. 22 feb. 2008. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080222i3.html>. Acesso em: 27 mar. 2020. Tradução livre: “O árbitro endereçou a questão da lei aplicável ao contrato, e considerou que o acordo assinado pelas partes era um contrato de compra e venda internacional e, conseqüentemente, estava sujeito à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). De acordo com os artigos da CISG, o direito substantivo italiano sobre compra e venda internacional de mercadorias é a lei aplicável (Artigo 1(1)(b) da CISG). O árbitro mencionou, ainda, que o contrato deveria ser sujeito ao direito italiano onde a CISG era silente”.

²²⁶ Camera Arbitrale Milano (CAM) Arbitration. CAM 13209. 01 Dec. 2010. Disponível em: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2573>. Acesso em: 27 mar. 2020.

²²⁷ Camera Arbitrale Milano (CAM) Arbitration. CAM 13209. 01 Dec. 2010. Disponível em: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2573>. Acesso em: 27 mar. 2020.

²²⁸ ICC Arbitration. Steel bars case. ICC Case No. 6653. 26 mar. 1993. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

na França no momento em que o contrato foi concluído. O tribunal arbitral ainda ressaltou que as partes tinham suas sedes em Estados Contratantes da Convenção.

Verifica-se que as decisões referidas aplicaram a CISG através do Art. 1(1)(b), nas hipóteses em que as partes escolheram direito de Estado Contratante como lei aplicável às questões substanciais do litígio. Todavia, as decisões não explicaram por que o árbitro estaria vinculado pelo Art. 1(1)(b) da Convenção.

2.2.2.3. Aplicação da CISG como Lei Especial

Outras decisões arbitrais utilizaram fundamentação diferente para justificar por que a CISG deveria ser aplicada pelo tribunal arbitral quando as partes escolheram como direito substantivo o direito de Estado Contratante da CISG.

A decisão arbitral “Russia 27 May 2005 Arbitration proceeding 95/2004²²⁹” trouxe, para justificar a sobreposição da Convenção sobre o direito doméstico, elemento novo: o Art. 7(2) da Convenção²³⁰. A arbitragem envolvia contrato de compra e venda de mercadorias entre parte russa e turca, que não escolheram o direito substantivo aplicável. O tribunal arbitral entendeu ser aplicável o direito russo, visto que a foro da arbitragem era Moscou, e a Convenção aplicar-se-ia com prioridade, porque compunha o sistema russo. O direito russo doméstico, por sua vez, em razão do Art. 7(2) da Convenção, aplicar-se-ia subsidiariamente.

A arbitragem “Final Award in Case 9187, June 1999, 1988 ICC Rules of Arbitration²³¹” envolvia um contrato de compra e venda internacional de mercadorias com escolha de direito suíço. O tribunal arbitral referiu que o “direito suíço” abrangia todos os tratados dos quais a Suíça era parte, inclusive a Convenção de Viena de 1980. Assim, de acordo com o tribunal arbitral, se as partes quisessem ter excluído a aplicação da Convenção, elas *deviam ter* expressamente previsto tal exclusão. Veja-se: “Therefore, should contracting parties wish to exclude the application of CISG to a contract, the parties **must [grifou-se]** explicitly state that

²²⁹ RUSSIA. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry. Arbitration proceeding 95/2004. 27 may 2005. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050527r1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

²³⁰ *In verbis*: “Art. 7º 1. Na interpretação da presente Convenção ter-se-á em conta o seu caráter internacional bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional. 2. As questões respeitantes às matérias reguladas pela presente Convenção e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional privado”.

²³¹ ICC Arbitration. ICC Case 9187. 1999. Disponível em: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/705.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

CISG does not apply to the contract, or alternatively, that only Swiss domestic law is applicable to the Contract”²³².

Nessa decisão arbitral, percebe-se que a linguagem utilizada pelo tribunal arbitral foi bastante incisiva. Os árbitros usaram o vocábulo “must”, indicando dever.

Em sentido semelhante, na arbitragem “ICC Arbitration Case No. 7660 of 23 August 1994 (Battery machinery case)²³³”, que envolvia contrato de compra e venda de mercadorias com escolha de direito austríaco, o tribunal arbitral entendeu que “não havia dúvidas sobre o direito aplicável”, pois a escolha do direito austríaco incluía a escolha da Convenção de Viena.

Ressalta-se que, nessas decisões arbitrais, a aplicação da Convenção não se deu em razão do Art. 1(1)(b) da CISG, mas em razão prevalência da CISG sobre o direito não uniforme doméstico.

Assim, podem-se dividir os casos em três principais grupos: o primeiro, em que o tribunal arbitral aplicou a Convenção com base em seu próprio texto (“Aplicação *ex officio* da Convenção”); o segundo, uma abordagem híbrida, em que o tribunal arbitral aplicou a Convenção em razão da escolha das partes, mas também se baseando no Art. 1(1)(b) da CISG (“Abordagem híbrida”); o terceiro, em que os tribunais arbitrais justificaram a aplicação da Convenção por razões outras que o Art. 1 da CISG (“Aplicação da CISG como Lei Especial”).

No primeiro grupo de casos – “Aplicação *ex officio* da Convenção” – os tribunais arbitrais aplicaram a Convenção ora em função do Art. 1(1)(a) ora em função do Art. 1(1)(b). No segundo grupo de casos – “Abordagem Híbrida” – os tribunais arbitrais basearam-se no artigo 1(1)(b) da CISG. No terceiro grupo de casos – “Aplicação da CISG como Lei Especial” – os tribunais arbitrais basearam a aplicação da CISG na sua prevalência sobre o direito doméstico não uniforme.

Merecem atenção o segundo e o terceiro grupo. Verifica-se que, no segundo grupo de casos, as decisões que justificaram a aplicação da CISG através do Art. 1(1)(b) entenderam que a escolha de direito de Estado Contratante tinha por consequência a aplicação da CISG. Todavia, a origem de tal dever foi extraída do próprio texto da Convenção Art. 1(1)(b).

²³² ICC Arbitration. ICC Case 9187. 1999. Disponível em: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/705.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020. Tradução livre: “Portanto, desejando as partes contratantes excluir a aplicação da CISG de um contrato, devem as partes explicitamente mencionar que a CISG não é aplicável ao contrato ou, alternativamente, que apenas o direito suíço doméstico é aplicável ao contrato”.

²³³ ICC Arbitration. Battery machinery case. ICC Case No. 7660. 23 aug. 1994. Disponível em: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/947660i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

Já, no terceiro grupo de casos, as decisões justificaram a aplicação da CISG em razão da prevalência da Convenção sobre o direito doméstico não uniforme, sem tecer maiores argumentos quanto à origem do dever do árbitro de aplicar a Convenção em detrimento do direito doméstico não uniforme. Não foi mencionado, por exemplo, o respeito à escolha implícita das partes.

Na verdade, em sintonia com a fundamentação do segundo grupo de casos, a escolha do direito de um Estado Contratante pelas partes consiste na escolha implícita da CISG. No entanto, o dever do árbitro de aplicar a CISG nesses casos não deriva do Art. 1(1)(b) da CISG, como tais tribunais arbitrais sustentaram.

Não é necessário recorrer ao Art. 1 da CISG para vincular o árbitro à aplicação da CISG. O árbitro está vinculado pela escolha de direito feita pelas partes, seja esta expressa ou implícita. Tendo as partes escolhido implicitamente a CISG para reger os aspectos substanciais do contrato – através da escolha do direito de Estado Contratante – configurada está a escolha implícita da Convenção.

Isso porque a CISG consiste no segmento do direito escolhido pelas partes, qual seja, o direito de Estado Contratante, destinado a regular a compra e venda internacional. Logo, a CISG seria aplicável ao contrato de compra e venda em questão, e com prioridade em relação ao direito doméstico, que se aplicaria de forma subsidiária, pois a Convenção é lei especial, e a escolha de direito de Estado Contratante funciona como escolha implícita da Convenção.

Esta é a fundamentação mais correta para a aplicação da Convenção, pois extrai o dever de aplicar a Convenção da autonomia privada, e não do Art. 1(1)(b) da Convenção. A mera subsunção ao Art. 1(1)(b) da CISG não explica o motivo por que o árbitro estaria vinculado a analisar tal dispositivo em primeiro lugar.

O árbitro não está vinculado, diferentemente de um órgão jurisdicional de um Estado Contratante, a analisar prioritariamente a aplicação da Convenção. Por outro lado, o árbitro deve sempre respeitar a escolha de lei feita pelas partes. Assim, se as partes escolheram o direito de Estado Contratante, os árbitros estão vinculados a aplicar a Convenção em razão da escolha implícita das partes de aplicar a Convenção, e tal se dá somente porque a Convenção é direito especial, devendo ser aplicado com prioridade sobre o direito doméstico não uniforme.

3. Consequências da não aplicação da Convenção

Enquanto a não aplicação da Convenção de Viena, quando preenchidos os requisitos para sua aplicabilidade, poderá resultar na reforma da decisão, em se tratando de uma corte estatal, que têm obrigação de direito internacional de aplicar a Convenção, o mesmo não necessariamente ocorrerá, se for decisão arbitral²³⁴. Os tribunais arbitrais, como já foi referido, não estão obrigados a aplicar a Convenção conforme prescreve seu Art. 1, estando vinculados apenas à autonomia privada das partes (i)²³⁵; além disso, a decisão arbitral não pode ser desafiada com base em um “erro de direito” (ii)²³⁶.

Portanto, os tribunais arbitrais não incorrem em responsabilidade civil internacional ao não aplicar a Convenção nos termos do Art. 1 da CISG, porque qualquer dever de aplicar o tratado deriva tão somente da vontade das partes e da prioridade do direito especial, e não do próprio texto da Convenção.

Assim, analisa-se a consequência da não aplicação da Convenção de Viena, na hipótese de as partes terem implicitamente escolhido a Convenção, quando escolhem direito de Estado Contratante para regular as questões substanciais do litígio. Primeiramente, a análise dirá respeito ao sistema prescrito pela Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (ou Convenção de Nova Iorque) para, depois, analisarmos o sistema brasileiro de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

3.1. Sistema próprio da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

A análise da validade de uma decisão arbitral deverá ser feita de acordo com a lei de arbitragem doméstica do local onde a decisão foi proferida, de modo que a regulação varia de país para país²³⁷. Cordero-Moss refere que a execução de um laudo arbitral, na maioria dos

²³⁴ JANSSEN, André; SPILKER, Matthias. The CISG and International Arbitration. In L. DiMatteo (Ed.). **International Sales Law: A Global Challenge**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 136. No mesmo sentido: PETROCHILOS, Georgios Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. **Revue Hellenique de Droit International**, v. 52, p. 193, 1999.

²³⁵ Ibidem, p. 193.

²³⁶ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 06, 2005.

²³⁷ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 03, 2005.

países, é regulada pela Convenção de Nova Iorque²³⁸. As hipóteses previstas nesse instrumento estão dispostas exaustivamente e devem ser interpretadas de forma restritiva²³⁹.

De acordo com um Relatório da International Law Association, o erro de direito não é causa para anulação de laudo arbitral para a Convenção de Nova Iorque²⁴⁰. Isso se dá em razão da impossibilidade de revisar o mérito da decisão arbitral²⁴¹.

No entanto, a extrapolação do termo de arbitragem é um dos fundamentos previstos na Convenção de Nova Iorque para anular a decisão arbitral ou torná-la inexecutável. Assim, o Relatório refere que, porque árbitros não podem exceder sua competência, a aplicação de direito não invocado pelas partes pode, em alguns casos, levar à anulação do laudo arbitral²⁴².

Para Moses, a não aplicação pelos árbitros da lei escolhida pelas partes no contrato pode impedir a homologação da decisão arbitral com base em dois diferentes fundamentos: o tribunal arbitral agiu com excesso de poderes (i) ou o procedimento arbitral não ocorreu conforme o acordo das partes (ii)²⁴³. Ambos os fundamentos estão previstos na Convenção de Nova Iorque, Art. V(1)(c-d)²⁴⁴.

De acordo com Cordero-Moss, todos os poderes do tribunal arbitral derivam da cláusula de arbitragem, de modo que os árbitros estão vinculados à vontade das partes e devem seguir suas instruções²⁴⁵. O tribunal arbitral deve sua existência à vontade das partes e, por isso, está circunscrito às suas instruções²⁴⁶. Assim sendo, a atuação com excesso de poderes pelo tribunal arbitral é um dos fundamentos para a anulação e não execução de uma decisão arbitral²⁴⁷.

²³⁸ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 04, 2005.

²³⁹ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 04, 2005.

²⁴⁰ INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration'. **Arbitration International**, Volume 26, Issue 2, p. 16, 2010.

²⁴¹ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 16, 2005.

²⁴² INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration'. **Arbitration International**, Volume 26, Issue 2, p. 19, 2010.

²⁴³ MOSES, Margaret, L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 67.

²⁴⁴ MOSES, Margaret. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 67.

²⁴⁵ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 01, 2005.

²⁴⁶ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 04, 2005.

²⁴⁷ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 05, 2005

Cordero-Moss distingue duas situações: a revisão do mérito da decisão arbitral (aplicação “correta” do direito) e a decisão sobre se o tribunal arbitral tinha poderes para aplicar determinada lei²⁴⁸. Enquanto a primeira situação está fora do escopo da jurisdição de uma corte, a segunda situação pode ser enquadrada como um excesso de poderes do tribunal arbitral e, portanto, está dentro da jurisdição de uma corte²⁴⁹.

Para a autora, embora raro, é teoricamente possível anular uma decisão arbitral com base no excesso de poderes pelo tribunal arbitral em aplicar determinado direito²⁵⁰, porque o desfecho das questões submetidas à arbitragem depende em grande parte dos critérios que serão usados como parâmetros na análise de tais questões²⁵¹. Ou seja, o conflito deverá ser resolvido com base nos parâmetros escolhidos pelas partes – ou por regras definidas pelo direito internacional privado aplicável²⁵².

De acordo com Cordero-Moss, se o tribunal arbitral aplicou de forma errada o direito internacional privado – por exemplo, entendeu que determinada regra seria contrária à ordem pública de determinado país, quando, na verdade, não seria – está na esfera da aplicação do direito e, portanto, não se pode anular tal decisão²⁵³.

Assim, a não aplicação da Convenção de Viena quando as partes escolhem como direito substantivo o direito de um Estado Contratante pode levar à anulação ou à inexecutabilidade da decisão arbitral, pois tal escolha equivale a uma escolha implícita da Convenção de Viena.

Situação distinta ocorre quando o tribunal arbitral deixa de aplicar a Convenção de Viena quando, na ausência de escolha de direito pelas partes, aplica regra de conflito de leis, resultando na aplicação de direito de Estado Contratante. Nesse caso, não houve escolha expressa ou implícita das partes para a aplicação da CISG, de modo que o tribunal arbitral não estaria desviando do acordo das partes ao não aplicar a Convenção. A reforma dessa decisão implicaria na análise do mérito, o que é vedado pela Convenção de Nova Iorque.

²⁴⁸ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 06, 2005.

²⁴⁹ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 06, 2005.

²⁵⁰ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, pp. 06-07, 2005.

²⁵¹ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 07, 2005.

²⁵² MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 07, 2005.

²⁵³ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 13, 2005.

O segundo fundamento previsto na Convenção de Nova Iorque apto a afastar a execução da decisão arbitral em caso de não aplicação do direito escolhido pelas partes é a irregularidade do procedimento. É igualmente vedado a uma corte estatal revisar a interpretação do contrato realizada pelo tribunal arbitral e a aplicação do direito (inclusive do direito internacional privado)²⁵⁴.

A única hipótese em que poderá ser negada a execução da decisão arbitral com base nesse fundamento ocorre quando o tribunal arbitral deixar de aplicar o direito escolhido pelas partes – expressa ou implicitamente – para aplicar noções de justiça ou princípios gerais de direito (decisão por equidade)²⁵⁵. A decisão por equidade (*ex aequo et bono*), quando não autorizada pelas partes, poderá ensejar a anulação da decisão arbitral.

Nem sempre irá configurar decisão por equidade quando o tribunal arbitral deixa de aplicar a Convenção, quando as partes implicitamente escolheram-na. Apenas quando o tribunal arbitral afastar a escolha das partes para aplicar critérios gerais de justiça e princípios gerais de direito.

Assim, tem-se que pode ser recusada a homologação e execução da decisão arbitral que deixa de aplicar a Convenção de Viena, quando as partes escolheram direito de Estado Contratante para regular as questões substanciais do litígio.

3.2. Sistema próprio da Lei de Arbitragem Brasileira

Os países signatários da Convenção de Nova Iorque deverão aplicá-la ao analisar pedidos de reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras²⁵⁶. Nisso incluem-se a cortes estatais brasileiras, visto que o Brasil é signatário da referida convenção²⁵⁷. Assim, os parâmetros aplicados pelo juiz brasileiro para reconhecimento e execução de decisão arbitral serão padrões internacionais, já mencionados.

O Artigo I da Convenção de Nova Iorque refere que a “Convenção aplica-se ao reconhecimento e à execução das sentenças arbitrais proferidas no território de um Estado que

²⁵⁴ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 15, 2005.

²⁵⁵ MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p.15, 2005.

²⁵⁶ GAILLARD, Emmanuel. **Legal theory of international arbitration**. Brill Nijhoff, 2010. p. 29.

²⁵⁷ COELHO, Eleonora; STETNER, Renato. A Convenção de Nova Iorque: Ratificação pelo Brasil. In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). “**Novos Rumos da Arbitragem no Brasil**”. São Paulo: Ed. Fiúza, 2004, p. 307.

não aquele em que são pedidos o reconhecimento e a execução das sentenças”. Para a Convenção de Nova Iorque, uma decisão arbitral estrangeira é aquela que é produzida no território de país estrangeiro e, para Van den Berg, é nisso que consiste o escopo de aplicação da Convenção de Nova Iorque ²⁵⁸.

A Convenção é limitada ao reconhecimento e execução de uma decisão arbitral estrangeira, conceito que não se confunde com decisão arbitral internacional²⁵⁹. Assim, o juiz brasileiro não aplicará a Convenção em um processo de execução de decisão arbitral envolvendo parte suíça e brasileira, que tenha sido proferida no Brasil.

Outros tratados bem como direito doméstico podem formar o regime jurídico de execução de uma decisão arbitral, visto que a Convenção possui uma regra de aplicação da lei mais favorável à arbitragem no Artigo VII (1)²⁶⁰. Esta regra decorre do propósito da Convenção de facilitar a execução e o reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras²⁶¹.

Disso, extrai-se que a lei brasileira poderá ser aplicada no processo de reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras, se for mais benéfica para a execução da decisão. Ou seja, não deverá ser aplicada a lei brasileira para dificultar a execução da decisão arbitral, impondo requisitos mais rigorosos para o reconhecimento da sentença. Portanto, tem-se que os parâmetros aplicados em cortes brasileiras para reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras são aqueles previstos na Convenção de Nova Iorque.

Situação diferente ocorre quando as partes tentam anular a decisão arbitral, que deve ser intentada nas cortes do foro da arbitragem. Nesse caso, a corte estatal irá aplicar a lei de arbitragem doméstica para avaliar a validade do laudo arbitral. No caso do Brasil, a corte aplicará a Lei de Arbitragem Brasileira. A matéria está regulada no Art. 32 da Lei de Arbitragem:

“Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
I - for nulo o compromisso;
I - for nula a convenção de arbitragem;
II - emanou de quem não podia ser árbitro;
III - não contiver os requisitos do Art. 26 desta Lei;
IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

²⁵⁸ VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation**. Kluwer law and taxation, 1981. p. 11.

²⁵⁹ Idem. p. 17.

²⁶⁰ Idem. p. 11.

²⁶¹ Idem. p. 82.

- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no Art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o Art. 21, § 2º, desta Lei”.

O Art. 32, IV da referida lei assemelha-se ao Art. V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque, que pode servir de fundamento, conforme anteriormente referido, para recusar a homologação da sentença arbitral que não aplicou o direito escolhido pelas partes.

Considerações finais

A Convenção de Viena, embora frequentemente aplicada em procedimentos arbitrais, não vincula o tribunal arbitral ou o árbitro que, diferentemente do juiz estatal de Estado Contratante, não tem dever de analisar *ex officio* a aplicação da CISG, conforme o Art. 1 da Convenção. No entanto, embora o árbitro não esteja vinculado a aplicar a Convenção de forma *ex officio*, a CISG é frequentemente aplicada em arbitragens, quando o conflito envolve a compra e venda internacional de mercadorias.

Presente tal contradição, buscou-se analisar os fundamentos para a aplicação da Convenção pelo árbitro tanto na doutrina quanto em decisões arbitrais. Na doutrina, os autores divergiram quanto à existência de um dever de aplicar a Convenção: parte da doutrina entende que não há qualquer vinculação entre o árbitro e a Convenção de Viena; outra parte da doutrina entende que pode haver dever de aplicar a Convenção como decorrência do Art. 1(1)(b) da CISG.

As decisões arbitrais demonstraram que tribunais arbitrais aplicaram a Convenção de forma direta, o que foi denominado de “Aplicação *ex officio* da Convenção”, bem como aplicaram a Convenção em razão da escolha das partes, o que foi chamado de “Abordagem Híbrida”. Por fim, no terceiro grupo de casos, encontram-se as decisões arbitrais que aplicaram a Convenção por motivo diverso (“Aplicação da CISG como Lei Especial”).

Verificou-se que nenhum dos três grupos de fundamentações explica satisfatoriamente por que o árbitro estaria vinculado a aplicar a Convenção com prioridade em relação ao direito doméstico não uniforme. O segundo grupo de casos, denominado “Abordagem Híbrida”, embora reconheça que a escolha do direito de um Estado Contratante equivale a uma escolha implícita da CISG, ainda atrela a aplicação da Convenção ao preenchimento dos requisitos do

Art. 1 da Convenção. O terceiro grupo de casos justificou a aplicação da Convenção pelo seu caráter de direito especial, sem fazer grandes digressões sobre o tema.

Assim, tanto a doutrina quanto as decisões arbitrais demonstram falta de uniformidade no tratamento da questão sobre a existência ou não de um dever de aplicar a Convenção por tribunais arbitrais.

A arbitragem é instituto regido mormente pela autonomia privada, e os árbitros estão vinculados primeiramente pela escolha de direito aplicável realizada pelas partes na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral. Verificou-se que tanto a legislação brasileira quanto a estrangeira reconhecem a autonomia privada como elemento fundamental à arbitragem, de modo que os árbitros e tribunais arbitrais devem aplicar o direito escolhido pelas partes na resolução do litígio, seja uma escolha expressa ou implícita.

Assim, tem-se que o árbitro ou tribunal arbitral deve aplicar a CISG quando as partes expressamente a escolhem como direito aplicável ou quando escolhem direito de Estado Contratante, que equivale a uma escolha implícita da Convenção. Esse dever decorre não do texto da CISG, como sugerem alguns autores e decisões arbitrais, mas da necessidade de ater-se à vontade das partes, conforme manifestada na cláusula arbitral, de onde os árbitros extraem todos os seus poderes.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Anelize. **The Law Applicable to International Trade Transactions with Brazilian Parties: A Comparative Study of the Brazilian Law, the CISG, and the American Law About Contract Formation.** 2011. 84 f. Tese (Mestrado) - Curso de Master Of Laws, University Of Toronto, Toronto, 2011.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 2, n. 2016, p.1407-1437, 2016.
- AGUIRRE VELOSO, Patricio Andrés. **La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional.** Talca: Ius et Praxis, v.12, n.1, nov. 2019. pp.155-179. Disponível em:
<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30/01/2020.
- BASSO, Maristela. Homologação de sentença estrangeira- STJ. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 7, n. 26, p. 179-238, 2010.
- BRASIL. Lei 9.307/1996. Capítulo I - Disposições Gerais, Art. 2º. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 12 de dezembro 2019.
- BORN, Gary. **International commercial arbitration.** The Hague: Kluwer Law International, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.** rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CISG-AC Opinion No. 16, **Exclusion of the CISG under Article 6**, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo. Monash University. Australia, 2014. §5.5. Disponível em:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op16.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.
- COELHO, Eleonora; STETNER, Renato. A Convenção de Nova Iorque: Ratificação pelo Brasil. In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). **“Novos Rumos da Arbitragem no Brasil”**. São Paulo: Ed. Fiúza, 2004.
- CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio.** São Paulo: Letz Total Media Creative Projects, 2016.
- DE AGUILAR VIEIRA, Iacyr. **L'arbitrage au Brésil.** Centre de Droit de l'Entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC), n. 52, p. 01-07, décembre 2009.
- DE ARAUJO, Nadia. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- DE FRADERA, Vera Jacob. The relationship between Constitution, International Treaties and Contracs. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 22, 2002.

DERAINS, Yves. The ICC Arbitral Process. PArt. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, v. 6, n. 1, 1995.

DiMATTEO, Larry A. et al. **The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence**. Chicago: Nw. J. Int'l L. & Bus., v. 24, 2003.

DOLGANOVA, Iulia; LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. **Revista Fórum Cesa**, Belo Horizonte, v. 10, n. 4, p.46-51, mar. 2009.

FERRARI, Franco. Uniform Law of International Sales: Issues of Applicability and Private International Law. **Journal of Law and Commerce**, v. 15, p. 159-174, 1995.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. **Legal theory of international arbitration**. Lieden: Brill Nijhoff, 2010.

GAZZANEO, Nathalie. Accession of Brazil to the CISG: a first analysis on the application of the Convention by the Brazilian judge. **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, v. 17, p. 209-232, 2013.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Globalization of Contractual Law: A Brazilian Perspective**. Frederico Gritz, 2014. p. 206. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2618066>. Acesso em: 03/02/2020.

HONNOLD, John. **Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

HUBER, P. **The CISG**. A new textbook for students and practitioners. Munich: Sellier, 2007. INTERNATIONAL Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration'. **Arbitration International**, v. 26, n. 2, jun. 2010, pp. 193-220.

JANSSEN, André; SPILKER, Matthias. The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration. **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, n. H. 1, p. 131-157, 2013.

KULESZA, Gustavo; BITTENCOURT, Rafael; MOREIRA, Rodrigo (Orgs.). **A CISG e o Judiciário Brasileiro**. 1ª Edição da Pesquisa de Jurisprudência do Grupo de Estudos sobre a Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias e Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar) e CISG-BRASIL.NET, 2016. Disponível em: http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/03/Relatorio-Pesquisa-Juris-CISG-2016-versao-consolidada-e-revisada_FINAL.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

LEMES, Selma. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. LEI APLICÁVEL. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 24, p. 155 – 196, jan./mar. 2010.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

MAGNUS, Ulrich. The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law-Best of all Worlds. **J. Civ. L. Stud.**, v. 3, 2010.

MISTELIS, Loukas. CISG and Arbitration. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf. **CISG methodology**. Munich: Sellier, 2009.

MALBON, J.; BISHOP, B. Australian Export: **A Guide to Law and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

MOSES, Margaret, L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco. Campo de Aplicação e Disposições Gerais (arts. 1 a 13). In: MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco (Orgs). **Comentários à Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Visão Geral e Aspectos Pontuais**. São Paulo: Atlas, 2015.

MOSS, Giuditta Cordero. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties. **Stockholm international arbitration review**, p. 03, 2005.

MOURRE, A. Application of the Vienna international sales convention in arbitration. **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, v. 17, n. 1, §1º, 2006.

NACIMIENTO, Patricia. Article V(1)(d). In: KRONKE, Herbert; NACIMIENTO, Patricia et al. (eds). **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

NOUSSIA, Kyriaki. **Confidentiality in international commercial arbitration: a comparative analysis of the position under English, US, German and French law**. Berlin: Springer Science & Business Media, 2010.

NUNES, Thiago M. Reflexões sobre a Internacionalidade da Arbitragem no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem**, nº 2, jul./dez. 2012.

PAULSSON, Jan. Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of origin. **International & Comparative Law Quarterly**, v. 30, n. 2, p. 358-387, 1981.

PETROCHILOS, Georgios Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention. **Revue Hellenique de Droit International**, v. 52, p. 191-218, 1999.

PETSCHKE, Markus A. **Choice of Law in International Commercial Arbitration**. Singapore: Springer Nature, 2017.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative law of international arbitration**. London: Sweet & Maxwell, 2007.

SCHLECHTRIEM, Peter. **Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG**. Wellington: Victoria University of Wellington Law Review, 2005. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem9.html>

SCHROETER, Ulrich G. Mandatory Private Treaty Application? On the Alleged Duty of Arbitrators to Apply International Conventions. in: Patricia Shaughnessy & Sherlin Tung (eds.). **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017. pp. 295–310.

SCHWENZER, I.; HACHEM, P. **Commentary on the CISG**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 23.

_____; JAEGER, F. Chapter 30: The CISG in International Arbitration. In P. Shaughnessy and S. Tung (eds.). **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2017.

_____; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press Inc., 2010.
SICA, Lucia Carvalhal. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Estados não Signatários e a Situação do Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 31, ano 8, jul. a set. 2007, Rio de Janeiro: Padma, p. 3-39.

SOMENSI, Mariana Furlanetto. As inovações introduzidas pela Lei n.º 9.307/96 relativamente à escolha da Lei do Contrato Internacional. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). **A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Atlas, 2011.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods**. United Nations Publications, 2008.

UNCITRAL Model Law. Tradução não oficial realizada por: Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva, Rafael Vicente Soares. Disponível em:

http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_vers_ao_final.pdf. Acesso em 27 mar. 2020.

UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Nov 2010. Disponível em: uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf. Acesso em 03 mai. 2020.

VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation**. The Hague: Asses Institute, 1981.

VAN HAERSOLTE-VAN HOF, Jacomijn J.; KOPPE, Erik V. International arbitration and the lex arbitri. **Arbitration International**, v. 31, n. 1, p. 27-62, 2015.

WAINCYMER, JM. The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure. In: ANDERSEN, Camilla B; SCHROETER, Ulrich G. (eds.). **Sharing International Commercial Law across National Boundaries**. London UK: Wildy, Simmonds and Hill, 2008. pp. 582 – 599.

WOLFF, L. C. **The Law of Cross-Border Business Transactions: Principles, Concepts, Skills**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2013.

ZELLER, Bruno. **CISG and the unification of international trade law**. Oxfordshire: Routledge-Cavendish, 2008.

Jurisprudência consultada

Camera Arbitrale Milano (CAM) Arbitration. CAM 13209. 01 Dec. 2010. Disponível em: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2573>. Acesso em: 27 mar. 2020.

CHINA. CIETAC Arbitration proceeding. Steel products case. 1 apr. 1993. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930401c1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ICC Arbitration. Chemical fertilizer case. ICC Case n. 8128. 1987. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ICC Arbitration. Fashion products case. ICC Case No. 11849. 2003. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031849i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ICC Arbitration. Machine case. ICC Case No. 11333. 2002. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ICC Arbitration. Magnesium case. Case No. 8324. 1995. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ICC Arbitration. Textile product machines case. ICC Case No. 10377. 2002. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020377i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ICC Arbitration. Failure to open letter of credit and penalty clause case. ICC Case No. 7197. 1992. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927197i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ICC Arbitration. ICC Case 9187. 1999. Disponível em: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/705.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ICC Arbitration. Battery machinery case. ICC Case No. 7660. 23 aug. 1994. Disponível em: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/947660i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ICC Arbitration. Steel bars case. ICC Case No. 6653. 26 mar. 1993. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ITALY. Milan Chamber of Arbitration Case No. 5706. 22 feb. 2008. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080222i3.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

RUSSIA. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry. Arbitration proceeding 95/2004. 27 may 2005. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050527r1.html>. Acesso em: 27 mar. 2020.

UNITED Kingdom. England and Wales Court of Appeal. Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbH v R'As al-Khaimah National Oil Co. 24 March 1987. Disponível em: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1474&opac_view=6. Acesso em: 27 mar. 2020.