

Document information

Publication

Revista Brasileira de Arbitragem

Bibliographic reference

Pierre Mayer, Clávio Valença Filho, et al., 'Clássicos da Arbitragem: O Mito da Ordem Jurídica de Base (ou Grundlegung). Autor: Pierre Mayer', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB 2009, Volume VI Issue 23) pp. 253 - 269

Clássicos da Arbitragem: O Mito da Ordem Jurídica de Base (ou Grundlegung). Autor: Pierre Mayer

Pierre Mayer; Clávio Valença Filho; Luiza Kharmandayan

(*)

Nota Introdutória

A prática de Estados capazes de modificar o próprio ordenamento com o fito de escapar ou de modificar obrigações contraídas indigna parceiros privados. Surge, em decorrência, a necessidade de os operadores do comércio internacional subtraírem as relações obrigacionais à regulação pelo ordenamento do Estado com quem contratam. Para tanto, buscam dissociar o ordenamento jurídico que atribui jurisdição ao *pacta* e o ordenamento do Estado-parte.

O leque de instrumentos jurídicos que permitem atingir tal desiderato é mais restrito em relação aos contratos cujas controvérsias devam ser levadas ao conhecimento do juiz estatal. Este tem as ações balizadas pelas prescrições e envios contidos nas regras de conflito do foro. Em raros casos, fogem ao método conflitualista para eleger de modo objetivo o ordenamento mais próximo; buscam a *proper Law*, falam em conflitos de sistemas. Maior liberdade é, contudo, assegurada às relações cujas lides devam ser levadas ao conhecimento de árbitros. Não significa, entretanto, que a obrigação jurídica repouse na pura vontade das partes; antes, é necessário saber que ordenamento permite às partes tal vontade. Assim, a determinação do direito aplicável ao mérito não esgota o debate; tal direito não se confunde com o ordenamento que lhe autoriza a aplicação. Alguns autores identificam tal ordenamento ao direito internacional, outros à *lex mercatoria*. Neste contexto, Pierre Mayer revela a sua originalidade ao colocar em cheque a utilidade de tal ordem jurídica de bases como meio de proteção contra abusos estatais. Mais do que isso, contesta-lhe a própria existência; entende que os vínculos jurisdicionais decorrem de todos e de cada ordenamento estatal disposto a emprestar efeitos jurídicos à obrigação contraída. Se, em outra ocasião, o autor negou natureza normativa às sentenças arbitrais (1), ● transparecem, aqui, ideias que remetem ao puro positivismo deslocalizado como representação da juridicidade das relações contratuais internacionais, inclusive da arbitragem. Prepare-se para uma aula de direito internacional privado aplicado à arbitragem e aos contratos envolvendo Estados.

▲ P 253

▼ P 254

Artigo

1. A distinção entre “ordem jurídica de base”, ou “grundlegung”, e “direito aplicável” é criação recente, obra da doutrina, veiculada durante os trabalhos do Instituto de Direito Internacional (Seção de Oslo, 1977) e por meio da sentença internacional *Texaco-Calasiatic c. Líbia* (2). Ela parece concernir, na concepção dos seus defensores, a apenas uma matéria: contratos internacionais, ou, de modo mais restrito, aos *state contracts* ou “contratos públicos” (3), isto é, os estipulados entre um Estado e uma pessoa jurídica de direito privado estrangeira.

Não indagaremos, aqui, se tal limitação resulta da própria contraposição entre *grundlegund* e “direito aplicável”. Limitaremos-nos a explicar a distinção conforme descrita por Prosper Weil, autor francês que maior importância deu ao tema:

A não ser que consideremos o acordo entre as partes como criador de ordem jurídica específica [...], não há como fugir à questão preliminar da identificação da ordem jurídica na qual o contrato se insere e se enraíza; de onde extrai validade. Somente após a identificação da ordem jurídica que fundamenta o contrato, surge à problemática da determinação do direito aplicável à matéria dos contratos, por remissão da ordem jurídica de base. (4)

Logo depois, Weil se esforça em demonstrar que a *grundlegung* dos “contratos públicos” é frequentemente o direito internacional público, em especial o ramo do direito internacional, que tem por objeto os *state contracts*, denominado “direito internacional dos contratos”.

2. Em direito internacional privado, não se costuma distinguir o direito que rege o contrato internacional (mais genericamente, a relação afetada por algum elemento de estraneidade), do ordenamento no qual ela se enraíza. Ao primeiro atribui-se função a ser definida pelo segundo. Assim, se o contrato é regido pelo direito inglês, deste provém a validade contratual; se a sucessão é regida pelo direito belga, neste os herdeiros fundamentam o direito a receber os bens do falecido etc. (5)

▲ P 254

▼ P 255

As regras do direito material inglesas ou belgas só se aplicam quando designadas por outro tipo de regras – as de conflito de leis do foro –, as quais, todavia, não pertencem necessariamente à ordem jurídica fundamental de determinada relação. Determiná-la implica aceitar as opções oferecidas pelo sistema do juiz estatal perante o qual o litígio é apresentado, essas, por seu turno sujeitas a contingências. Em geral, as regras de conflitos do foro recorrem a critérios objetivos que buscam designar ordenamento mais próximo em relação à situação normada, mais próximo do que o próprio ordenamento ao qual pertence a regra de conflito: “Se a regra de conflito existe, é precisamente porque a identidade do ordenamento fundamental é contingente”. Portanto, pode-se afirmar, de um lado, a regra de conflito é “mediadora” e, de outro – sob reserva de adiante temperarmos tal propósito (nº 13) –, é “declaratória” de uma relação de pertinência preexistente à própria aplicação e que lhe é exterior.

Assim, a regra de conflito do foro não fundamenta a situação regulamentada. Sua identificação à *grundlegung* – sugerida por alguns com a segunda intenção de criticar (6) – contradiz a própria noção de “ordem jurídica de base”. Aliás, há quem se contraponha a essa ideia afirmando que, na hipótese de ausência de litígio, a relação não teria raízes e as obrigações das partes estariam, de certa forma, suspensas (7).

3. A ideia de que a ordem jurídica na qual se enraízam os contratos pode ser distinta daquela indicada, sem fraude, pelas partes, apresenta uma diversidade de formulações capazes de explicar as ambiguidades.

Seidl-Hohenveldern procurou aproximar a *grundlegung* da noção kelseniana de *grundnorm* (8): enquanto *grundlegung* é a ordem jurídica a que se atribui um vínculo jurídico, *grundnorm* é a norma que fundamenta a validade das demais normas de determinada ordem jurídica. Ressalte-se, todavia, que a semelhança entre os vocábulos não é fortuita: procurar a *grundlegung* é, em si, abordagem kelseniana; a busca de fundamento sólido para um ordenamento jurídico hierarquizado. Na base da hierarquia, o contrato; logo acima, a ordem jurídica escolhida pelas partes (o “direito aplicável”). Resta, contudo, um pouco mais acima, a necessidade de identificar a ordem jurídica que outorga validade à escolha das partes quanto ao direito aplicável (9).

No âmbito das relações internacionais, a busca do “ponto de ancoragem” – para variar as comparações – havia-se manifestado com a introdução da noção de “conflito de sistemas” (10). Para alguns, o caráter acidental da escolha do foro justificaria a eventual inaplicabilidade das regras de conflito do foro, às quais o juiz substituiria a regra de conflito do país onde está situada a situação regulamentada, localização informada “pela natureza das coisas” (11). Nessa linha, é célebre a decisão proferida pelo Tribunal de Rabat, no acórdão *Machet* (12). Na espécie, aplicou-se regra de conflito da França – local da celebração do casamento – à determinação da lei aplicável ao regime matrimonial de dois italianos. Observa-se, nessa abordagem, a tentativa de descobrir, de modo não conflitualista, as raízes naturais da relação jurídica para, em seguida, aplicar a regra de conflito da ordem jurídica de base e, finalmente, identificar o direito aplicável.

4. Ressalte-se, entretanto, que a consagração da autonomia da vontade como elemento de conexão no âmbito dos contratos internacionais (13) levou parte da doutrina a contrapor ao direito aplicável escolhido pelas partes o “ordenamento de base” que as autoriza escolher. Se a vontade das partes não serve de fundamento à própria eficácia, faz-se necessário identificar o ordenamento jurídico que a estabelece. Como a escolha das partes é, na essência, subjetiva, a ordem jurídica que lhe confere eficácia há de ser aquela em que, de modo objetivo, a relação se inscreve.

O autor suíço Adolf Schnitzer defendeu tal ponto de vista em curso ministrado na Academia de Haia, em 1968 (14). Para ele, a “ordem jurídica que habilita as partes a escolherem o direito aplicável é a que se identifica por intermédio de exame objetivo dos fatos”. Nessa linha, sugeriu, a redação dos textos que veiculem a escolha do direito aplicável aos contratos internacionais. Devem observar a seguinte fórmula:

O contrato será regido pelo direito do local onde a prestação [característica] deva ser executada (domicílio profissional ou, na falta deste, estadia habitual, estabelecimento principal ou sucursal), desde que o ordenamento designado habilite as partes a tal escolha, mediante convenção expressa ou que delas necessariamente decorram, o direito razoavelmente escolhido é aplicável. (15)

Assim, em matéria contratual, a distinção entre *grundlegung* e direito aplicável pode decorrer do desejo de contrabalançar, pela identificação dos vínculos objetivos do contrato, o subjetivismo inevitável e de difícil explicação teórica.

5. Na prática, contudo, a verdadeira consagração dessa distinção não resultaria da necessidade de identificar o ordenamento fundamental, mas, ao contrário, resultaria da necessidade de subtrair os contratos internacionais – mais particularmente, os *state contracts* – a todo direito estatal ou, pelo menos, ao direito do Estado-parte no contrato.

Nesse sentido, segundo Verdross (16), os contratos públicos se submetem “a uma nova ordem jurídica resultante de acordo entre as partes; a *lex contractus*” (17), que constituiria, no seu entender, um “sistema jurídico independente” (18). Na hipótese de existirem referências ao direito de uma das partes ou, ainda, ao direito internacional

público, referidos sistemas só se aplicariam caso a *lex contractus* os aceitasse, a qual determinaria, soberanamente, os direitos e deveres das partes (19). Nessa linha de análise – objeto de severas críticas de inúmeros autores –, o direito aplicável seria o direito estatal ou o direito internacional, e a *grundlegung* uma ordem jurídica autônoma, fruto da vontade das partes.

Recentemente, porém, Prosper Weil identificou, no direito internacional, a *grundlegung* de certos contratos públicos e reconheceu às partes o direito de submetê-los tanto à regulamentação de um ou mais direitos estatais como a regras do direito internacional (20).

Ora, quer se adote o ponto de vista da deslocalização – como na tese de Verdross e nas que se fundamentam na existência de uma “terceira ordem jurídica” (*lex mercatoria*, direito transnacional, etc.) –, quer se opte pela internacionalização – como na tese de Weil –, percebe-se, sempre, o fito de subtrair-se ao ordenamento exclusivo do Estado-parte no contrato e, assim, impedi-lo de modificar, unilateralmente, obrigações. A realidade, contudo, impõe preservar-se a possibilidade de o direito aplicável ser de origem estatal, pois é patente a insuficiência das normas que integram a *lex contractus* (vista como ordem jurídica independente), as do direito internacional dos contratos ou as de quaisquer “terceiras ordens”.

Ainda que não se tentasse subtrair o contrato público ao direito do Estado-parte, convém reconhecer que os *state contracts* naturalmente instam à identificação de sua ordem jurídica fundamental. Afinal, contratos públicos apresentam a particularidade de serem estipulados entre um sujeito de direito internacional e uma pessoa de direito interno. Daí a necessidade de saber se estão submetidos ao direito de um Estado, ao direito internacional ou a uma “terceira ordem jurídica”. A resposta reside na descoberta da *grundlegung* dessa espécie de contratos.

▲ P 257
— P 258 ▼
Por fim, a distinção entre *grundlegung* e direito aplicável permite praticar o *dépeçage* dos contratos públicos, a fim de submetê-los a regime jurídico composto ● de normas emprestadas a diversas ordens jurídicas. Sabe-se, por exemplo, que as concessões para a exploração de jazigos de petróleo outorgadas pela Líbia continham cláusulas assim redigidas:

A presente concessão será regida e interpretada conforme os princípios da lei Líbia naquilo que têm em comum com os princípios de direito internacional. Na ausência de pontos em comum entre os princípios da lei líbia e os do direito internacional, a concessão será regida e interpretada conforme os princípios gerais do Direito, inclusive os princípios gerais aplicados pelas jurisdições internacionais. (21)

Na concepção tradicional de direito indicado pela autonomia da vontade, tal coquetel dificilmente se assemelharia a uma ordem jurídica cuja aplicabilidade decorre da incidência de regra de conflito. Pode-se, porém, vislumbrar, na mistura, um conjunto de regras escolhidas pelas partes na forma permitida pela ordem jurídica de base do contrato. Resta, contudo, identificar a ordem jurídica de base e o seu conteúdo.

6. Por fim, outro fator viria a favorecer o surgimento da noção de *grundlegung*: o recurso à arbitragem nos contratos internacionais.

De fato, o árbitro não possui *lex fori*. Enquanto o juiz estatal pode e deve aplicar sua própria regra de conflito, o que lhe dispensa a confrontação do problema metafísico de identificar a origem da juridicidade do contrato, o árbitro se encontra, desde o início, no vazio. Se não tiver a sorte de pensar como Mann (22), para quem o árbitro está adstrito às regras de conflito do local da sede da arbitragem, restará refugiar-se na convergência entre as regras de conflito presentes ou, ainda, invocar os princípios gerais do direito do conflito de leis (23). Não obstante, será obrigado a buscar ancoradouro, vínculo objetivo entre o contrato e determinado ordenamento, constatá-lo e, em seguida, desenvolver o raciocínio (24). Tratando-se de *state contracts*, certos árbitros estimarão, como Dupuy na sentença Texaco, que a *grundlegung* é o direito internacional; outros a reconhecerão na *lex mercatoria* (25); outros, ainda, partirão obrigatoriamente do ordenamento do Estado contratante. Em qualquer caso, declarar-se-á a descoberta do vínculo objetivo com uma ordem jurídica que permita às partes a escolha das regras que lhes convenham.

▲ P 258
— P 259 ▼
7. Tudo o que dissemos até aqui incita à distinção entre o direito aplicável ao contrato e a ordem jurídica que permite a escolha desse direito. Tal oposição ● se compreende de duas maneiras, de acordo os aspectos prioritários. Constata-se, contudo, a formação de infeliz amálgama entre as duas versões, em favor de uma má compreensão da noção de direito indicado pela autonomia da vontade (lei da autonomia). Essa ambiguidade foi denunciada por diversos comentaristas (26) à sentença Texaco-Calasiatic. Ela explica a reticência da maioria dos autores, entre os interrogados por Van Hecke – durante os trabalhos consagrados pelo Instituto de Direito Internacional aos *state contracts* (27) –, em relação à noção de *grundlegung*.

Antes de tentarmos demonstrar a origem de tal confusão, convém lembrarmos algumas noções sedimentadas no âmbito do direito internacional privado dos contratos:

a)

se descartarmos a pura análise subjetivista, todos os sistemas apresentados pela

doutrina ou adotados pelos diversos direitos positivos conduzirão à submissão do contrato a uma ordem jurídica. O princípio de *pacta sunt servanda*, fundamento de obrigatoriedade das cláusulas contratuais, está contido no direito aplicável. O contrato está submetido ao ordenamento, e não este incorporado ao contrato por vontade das partes;

- b) o postulado acima aplica-se, inclusive, a sistemas, como, por exemplo, o do direito internacional privado alemão, no qual o direito indicado para reger a formação do contrato pode ser distinto do que se aplicará às obrigações contraídas pelas partes. Contudo, por razões didáticas, suporemos que o direito indicado como aplicável ao contrato rege a totalidade de seus aspectos: formação e efeitos. Essa, aliás, a solução mais aceita em direito internacional privado;
- c) o direito aplicável é indicado por intermédio de uma regra de conflito, a qual, na maioria das vezes, atribui, sob certas condições, efeitos à autonomia da vontade das partes, se expressa ou aferível com segurança. Tal autonomia apresenta especificidades em relação às regras de conflito que adotam fatores objetivos como elemento de conexão, por exemplo, em sede contratual se exclui, em regra, a possibilidade de reenvio. Ressalte-se, contudo, que o caráter indireto típico do método conflitualista é inerente à utilização da autonomia da vontade na escolha do direito aplicável, do mesmo modo que a outras regras de conflito. Daí a impossibilidade de fundamentar a validade do contrato no ordenamento ao qual pertence a regra de conflito, cuja função é instrumental: indicar tal ordenamento ao juiz; na hipótese de ela atribuir efeitos à vontade das partes, serão restritos à vontade de escolher um direito, não à vontade de se obrigar;
- d) o direito aplicável – indicado pela vontade das partes ou por elemento de conexão objetivo – em geral permite às partes liberdade para elaborar as cláusulas que quiserem, respeitada a ordem pública.

▲
P 259
—
P 260
▼
Um recurso passível de utilização consiste em incorporar ao contrato, por transcrição ou simples referência, regras pertencentes à ordem jurídica distinta da ● que rege o contrato (28). Essas regras passam a ter valor estritamente contratual; só obrigam na medida em que o direito aplicável não proíba o recurso a tal expediente (isso nada tem de chocante). Ora, a validade do contrato não deriva de regras incorporadas cujo valor e obrigatoriedade são tributários da *lex contractus* e que, em geral, servem apenas para regulamentar o conteúdo das obrigações.

A incorporação, também designada *referência subsidiária*, é normalmente encontrada nos estatutos de corporações criadas por tratados (Eurofime, Eurochemic, Banque des règlements internationaux – BIS), como nos contratos estipulados pelo Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD). O fenômeno, contudo, não se vincula necessariamente às relações internacionais públicas ou privadas. As partes, em contrato interno francês, podem incorporar regras emprestadas a ordenamento estrangeiro, contanto que respeitem a ordem pública. Eis um instrumento hábil à recepção de instituições desconhecidas do nosso direito.

Do processo de incorporação resulta, em geral, a estabilização das regras inseridas no contrato. Subtraídas ao ordenamento no qual as partes as encontram, tornam-se imunes às subseqüentes modificações desse ordenamento. Teoricamente, contudo, nada impede às partes de acordarem o atrelamento do conteúdo de suas obrigações às modificações do direito ao qual se referiram subsidiariamente. Isso, porém, de modo expresso.

Em compensação, não se petrificam, no momento da estipulação do contrato, as regras do ordenamento designado pela regra de conflito: submete-se o contrato ao Direito, não o Direito ao contrato. Daí a impossibilidade de o contrato limitar os efeitos do ordenamento. A existência de uma cláusula de estabilização indica que as regras escolhidas e declaradas intangíveis são meramente incorporadas ao contrato cujo direito aplicável deve ser buscado em outro lugar.

8. Inicialmente, aplicou-se aos *state contracts*, de modo clássico e feliz, a distinção entre regras incorporadas e direito aplicável. Dessa forma, no sistema de Verdross e Bourquin, a ordem jurídica autônoma criada pela vontade das partes desempenha a função de *lex contractus*; já o direito designado “por reenvio” (29) é meramente incorporado ao contrato. Certo, a *lex contractus* comporta disposições substanciais, mas a incompletude a caracteriza; assim, para preencher tais lacunas, incorporam-se regras emprestadas ao ordenamento estatal ou internacional. Mas seu papel não se limita a autorizar as partes a designarem a ordem jurídica de “reenvio”. Para Weil, a *lex contractus* pode ser o direito internacional ou um direito estatal que, por meio de “reenvio”, abra a porta ao direito internacional (30). Embora os termos de objeção não apresentem a mesma *identidade*, têm *natureza* idêntica em todos esses autores.

No entanto, uma evolução aos poucos se tornaria evidente.

▲
P 260
—
P 261
▼

De início, surgiu a ideia de que a *lex contractus* não se designa necessariamente por

intermédio de regra de conflito, mas depreende-se, de maneira objetiva, da natureza do contrato (31). Adiante, diremos a respeito do enraizamento natural em um ordenamento jurídico. Em seguida, percebeu-se o fato de que, mesmo se aceita a ideia de localizar a fonte de validade do contrato no ordenamento que autoriza o “reenvio”, desencarna-se o contrato, quando se lhe destaca a função instrumental de designação. Essa tendência – já perceptível em artigo publicado por Weil nos Estudos em Homenagem a Rousseau (32) – explicitou-se no texto da sentença proferida no caso Texaco. A propósito, Joe Verhoeven escreveu: “Se ele [o árbitro] se apoia no direito das gentes [como ordem jurídica de base], nele identifica um preceito conflitualista sem haver tido a pretensão de explicitar as regras materiais que regeriam o contrato” (33). Por seu turno, ao comentarem a mesma sentença, Weil e Stern reafirmaram essa função de “agulhagem” ou de *dispatching que* só a ordem jurídica de base assegura, por intermédio do seu “corpo de regras de conflito” (34). Como se observa, a *lex contractus* enfrentou interessante processo de transformação: tornou-se independente da regra de conflito, assumindo, ela própria, tais funções; erigiu-se à categoria de *grundlegung*.

Atente-se, contudo, para o fato de que, concomitantemente, o direito material de “reenvio” também passava por transformações. Num primeiro momento – que se prolongou até depois do início do processo de transformação da *lex contractus* em ordem jurídica de designação –, mantiveram-se as características de regras incorporadas (35). Entretanto, à medida que o direito designador se desencarnava e se transformava em ordenamento de base, passou a aspirar ele próprio a condição, de maior relevância, de *lex contractus*. Somente na última formulação de seu pensamento Weil se referiu explicitamente à “lei do contrato” (36), à *lex contractus* (37), à “lei que rege o contrato” (38) e, ainda, à *proper law* (39), a qual caberia informar, por exemplo, a possibilidade de as partes modificarem estipulações contratuais (40). Assim, ela se tornou superior e externa ao próprio contrato, desencarnando-se para exercer o papel em geral atribuído pela atual corrente privatista à *lex contractus*.

▲
P 261

●
P 262

9. Dessa forma, se, no início, o normal era distinguir regras incorporadas de direito aplicável – esse designado pela regra de conflito que consagra a autonomia da vontade como elemento de conexão –, nova distinção se estabeleceu de modo progressivo, entre internacionalistas: a contraposição entre a ordem jurídica de base e a *proper law*. À ordem jurídica de base caberia, a exemplo das regras de conflito, identificar a *proper law* por intermédio de critérios objetivos tirados da natureza do contrato.

A atenção atribuída à descrição de tal evolução teria mero interesse histórico, se não fosse pelo fato de a nova contraposição (entre a *proper law* e ordem jurídica de base) não ter se substituído à primeira (entre regras incorporadas e direito aplicável) de modo claro e absoluto. Os feitos de autores publicistas empenhados em destacar a noção de *grundlegung* estariam reduzidos à retomada da distinção privatista entre direito aplicável e regra de conflito. Aliás, assim parece pensar o próprio Weil, quando escreve que a distinção entre *grundlegung* e *proper law* é “emprestada à teoria do direito internacional privado” (41).

Na realidade, porém, a *grundlegung* não é apenas, nem exatamente, a regra de conflito. Uma reminiscência do segundo termo da oposição inicial entre regra incorporada e direito aplicável depositou na ordem jurídica de base a fonte da força obrigatória do *State contract*. Esse, aliás, deve a própria natureza à *grundlegung*, de modo que os contratos enraizados no direito internacional constituem, junto com os tratados, “uma categoria específica de atos jurídicos internacionais” (42).

Assim, encontraremos, na ordem jurídica de base, a um tempo, o *pacta* do contrato e as regras de *dispatching*, que permitem às partes a escolha das regras materiais (43). Eis o cerne da ideia de *grundlegung*: a ordem jurídica de base é fundamental, em primeiro lugar, *para o contrato*, que nela encontra, de modo direto (e não indireto como resultaria de aplicação de regra de conflito ordinária), o princípio de sua força obrigatória; em segundo lugar, fundamental, em si, pois se localiza no topo da hierarquia, logo não depende (diferentemente da *lex contractus*) de indicação pela vontade das partes ou resultante de incidência de regra de conflito.

▲

P 262

●
P 263

É possível, desse modo, satisfazer a antigas ambições abstratas no sentido de se encontrar uma base para o ordenamento jurídico e, por aí mesmo, um ponto ● de partida para o raciocínio do árbitro, sem comprometer necessidades práticas de deslocalização ou de internacionalização (44).

10. Então, podemos dizer, a associação entre *lex contractus* e regra de conflito nos afigura uma quimera, um ser cuja natureza híbrida teria o condão de lhe atribuir poderes extraordinários, mas que pertenceria ao mundo mítico (45).

O *pacta sunt servanda*, que fundamenta a força obrigatória do contrato, deriva de uma única ordem jurídica: ou da *grundlegung*, ou da *proper law*. Se da *grundlegung*, as “regras materiais aplicáveis” não regerão o contrato, pois a fonte da força obrigatória delas se confunde com a do próprio contrato. Isso implica aceitar que elas estarão sempre incorporadas ao contrato. Porém os defensores do conceito de *grundlegung* lhe atribuem o papel de designar a lei que regerá o contrato. Ressalte-se que, para eles, cabe à *lex contractus* informar a existência ou não do poder de as partes modificarem

unilateralmente o contrato (46). Óbvio, cabe à mesma ordem jurídica atribuir às partes o poder de se obrigar e o de se desobrigar. Assim, por estar inserida na *proper law*, não pode a *pacta* ser encontrada, ao mesmo tempo, na *grundlegung*, que se apaga ao permitir às partes a designação da *lex contractus*.

A origem da opinião inversa, que insiste em encontrar na *grundlegung* o fundamento direto da força vinculante do contrato, hesita em admitir que tal força provenha integralmente do direito escolhido. Essa, aliás, é a posição de Schnitzer, cujo trabalho, no sentido de encontrar um sustentáculo objetivo para o contrato, já mencionamos. Com efeito, escreveu:

A validade da conclusão do contrato não pode depender do direito escolhido pelas partes. Pois, *se é a validade que está em questão, é precisamente a validade da escolha do direito que se deve, do mesmo modo, examinar*. Seria estranho e ilógico confiar tal exame à lei escolhida pela vontade das partes, vontade cuja validade deve ser minuciosamente controlada. (47)

O trecho de frase em itálico revela uma telescopia entre a fase de escolha do direito e aquela de apreciação da validade conforme as regras do direito escolhido. Pode-se, com certeza, hesitar em confiar à lei escolhida a tarefa de informar se foi bem escolhida (48). Contudo, a questão que realmente se submete ao direito indicado diz respeito à validade do contrato, e não à escolha do direito aplicável. Submete-se ao direito escolhido e esse, por sua vez, à regra de conflito.

11. Se se atribui a determinada ordem jurídica a função de *dispatching*, deve-se reduzir aquela a tal função (49). Cabe, desse modo, indagar se permaneceria merecedora da qualificação de ordem jurídica de base. A resposta é negativa, em parte, por causa dos limitados efeitos produzidos pelo pretensão enraizamento e, em parte, pelo caráter contingente da função.

▲
P 263
●
P 264
▼

O primeiro aspecto é particularmente perceptível diante de contratos com raízes fixadas na ordem jurídica internacional. Como tais contratos “deveriam ser considerados verdadeiros atos jurídicos internacionais” (50), espera-se que sejam regidos por regras de “direito internacional dos contratos”. Isso também se espera, tendo-se em conta que tal enraizamento decorre – é o que se diz – da própria natureza dos acordos de desenvolvimento econômico e do “ambiente político e econômico interestatal” (51). O correto não seria afirmar que as regras aplicáveis devem convir à natureza da relação normada? Ora, ao apresentar as consequências lógicas do papel indireto da *grundlegung*, Weil afirma ser o direito internacional dos contratos aplicável, se e somente se, as partes o escolheram como *proper law*, pouco importando a identidade da *grundlegung* (52). Estranho o ato jurídico internacional não estar sujeito às regras de direito internacional e só poder sê-lo em decorrência da vontade das partes! Estranho, da mesma forma, um direito internacional dos contratos ter aplicabilidade extensiva a contratos naturalmente vinculados a ordenamento estatal em decorrência da vontade das partes e não se aplicar inclusive em suas regras de ordem pública (53) – aos contratos, intrínseca e objetivamente, internacionais entre partes que não o tenham elegido.

Daí o absurdo de se pretender fundamentar vínculos ou raízes em ordem jurídica cujas regras se limitam a designar. O contrato remetido ao direito inglês por regra de conflito francesa (aplicada pelo juiz francês) não é “contrato francês”; trata-se de contrato inglês, e o objetivo da regra de conflito é revelar seu enraizamento (os privatistas, seguindo Batiffol, preferem o termo “localização”), tendo em conta o conjunto de elementos objetivos e subjetivos. A função da regra de conflito é apenas mediata, declarativa (54).

Também curiosa é a dicotomia praticada entre fatores objetivos e subjetivos. Os primeiros – logicamente só eles (55) – designam a *grundlegung*, que, por sua vez, assegura efeitos aos elementos subjetivos (quando a vontade das partes elege o direito aplicável (56)). Como o princípio de autonomia da vontade das partes parece ser – com variações – universalmente reconhecido (os fundadores do direito internacional dos contratos afirmam a consagração), os elementos objetivos revelam-se sem importância: designam uma *grundlegung* cuja função constitui mero apoio e que funcionará mais ou menos do mesmo modo, na totalidade dos ● casos (57). Enfim, importa a vontade das partes, reconhecida como a “toda poderosa”. Isso gera um paradoxo em relação à própria noção de *grundlegung*, cujo objeto é fundamentar a localização objetiva do poder das partes. Se, ao invés de empregar sucessivamente elementos objetivos e subjetivos, os consultássemos simultaneamente, como ensina o direito internacional privado, os primeiros poderiam corrigir os segundos. A atenção dada pelos defensores da *grundlegung* à problemática filosófica do fundamento do poder da vontade das partes os desviou de se dedicarem ao problema prático da existência de limites a tal poder.

▲
P 264
●
P 265
▼

12. Ademais, diante de um conflito de leis, esvai-se a tentativa de identificar a ordem jurídica “primeira”, que se apresente de imediato e permita a resolução do conflito. As particularidades dos *state contracts* permitiram suscitar dúvidas a respeito, contexto no qual se desenvolveu a noção de *grundlegung*.

A escolha fundamental que se oferece em relação a esses contratos contrapõe o direito internacional, a “terceira ordem jurídica” – para os que a admitem – e os direitos estatais (58). Não se trata, aqui, de escolher, entre ordens jurídicas concorrentes e, a *priori*, com

igual legitimidade para reger a situação. Cabe à natureza do contrato revelar a ordem jurídica à qual pertence. Os autores podem, em certos casos, hesitar, divergir, afinal, estamos diante de uma realidade desconhecida. Todos acatam a submissão dos tratados entre Estados soberanos ao direito internacional, sem a necessidade de prévio certame contra os direitos estatais. Pode-se dizer o mesmo a respeito da submissão de um *state contract* ao direito internacional; se conflitos existem, são estritamente doutrinários, ocorrem na concepção dos observadores, não na realidade observada.

Em um primeiro momento, ocorre a tentação de se admitir a existência de uma *grundlegung* para esse tipo de contratos; depois, porém, cabe distinguir o modo de identificação do ordenamento. Senão vejamos:

- 1º) Caso se aceite que o *state contract* se submeta, por natureza, ao direito internacional, não há dúvidas de que neste se enraizará. Não cabe, todavia, “buscar em seu seio... regra de conexão indicadora do direito material aplicável; regra esta que desempenha, aqui, a função de regra de conflito do direito internacional privado” (59). Ora, regras de conflito intervêm para dirimir conflitos. Aqui, todavia, o contrato vincula-se hipoteticamente ao direito internacional, e as razões que levam à admissão de existência desse vínculo – uma delas é a constatação de que o contrato “adere com toda a força” à ordem jurídica internacional e, assim, não há risco de se “isolar artificialmente as relações contratuais de seu ambiente político e econômico interestatal” (60) – excluem, correlativamente, a possibilidade de o contrato enraizar-se em outra ordem jurídica. Pode o direito internacional dos contratos autorizar as partes a incorporar ao contrato regras provenientes de outras ordens jurídicas. Isso, porém, não implica escolher entre ordens concorrentes ou aceitar a função *dispatching*, que caracterizaria a *grundlegung*.
- 2º) Análise semelhante se aplica, *mutatis mutandis*, à possibilidade de enraizamento do contrato em uma terceira ordem jurídica.
- 3º) Se o contrato não se enraiza no direito internacional, nem em uma “terceira ordem jurídica”, a noção de *grundlegung* revela toda sua inutilidade. De fato, não basta afirmar a localização do contrato em uma ordem jurídica estatal, quando a situação implica a apresentação de, pelo menos, dois Estados: o Estado-parte e o Estado nacional do particular contratante. Isso porque surge o problema da escolha, a determinação da *grundlegung*. Para resolvê-lo, faz-se necessária uma regra de escolha: subimos um degrau acima da *grundlegung* a ser identificado. Mas a regra para selecionar a *grundlegung* pode pertencer a qualquer uma das ordens jurídicas presentes, a saber: as duas outras ordens jurídicas estatais, a ordem internacional, ou mesmo a “terceira ordem jurídica”. Necessário, portanto, subir um segundo degrau. Revela-se, então, a chamada *regressio in infinitum*, cuja interrupção deve ser realizada logo no começo, para admitir que juiz e árbitro possam designar a *lex contractus*: o primeiro por intermédio da regra de conflito que o obriga; e o segundo por intermédio da que julgar conveniente. Nega-se, pois, a ordem jurídica de base.

13. Por fim, equivoca-se quem afirma que um conflito entre ordens jurídicas se resolve com fundamento na ideia de enraizamento. Isso porque ou a relação pertence, por natureza, a determinada ordem jurídica – especialmente a ordem jurídica internacional, e, assim, a identificação das regras aplicáveis ou do enraizamento não será problema –, ou encontra-se em contato com uma pluralidade de ordens jurídicas concorrentes, hipótese que nos dedicaremos a demonstrar. Nesse caso, o juiz ou o árbitro não está necessariamente obrigado a escolher, mas as partes podem conferir-lhes o poder de decidir na condição de *amiable compositeur* (61), ou *ex aequo et bono* (62), ou, ainda, conforme regras escolhidas sem recorrer ao procedimento de conflito de leis (63). Em geral, porém, um e outro devem decidir com base no direito, determinando o aplicável. Aqui cabe uma indagação: como direito aplicável não autoindica, necessita-se de regra que o designe e, essa, pertence necessariamente a determinada ordem jurídica – uma *grundlegung* – na qual a relação se enraíza? A resposta é negativa: se houvesse raízes fixadas, elas excluiriam o conflito, que exclui enraizamento. Poder-se-ia defender uma localização em segundo grau – como no acórdão *Machet* – e, por consequência, uma de terceiro, de quarto, de enésimo grau. Aqui, ainda, estar-se-ia apenas escolhendo entre opções igualmente possíveis, o que requer justificativa.

Necessário, então, se resignar à constatação de que juiz e árbitro têm poderes para escolher o direito aplicável. Em princípio, devem respeitar a localização real da situação jurídica, o que não constitui obrigação precisa e sancionável. Suscetível de apreciação distinta pelo observador, na maioria das vezes, a localização deixa margem a dúvidas. Nesse sentido, o Estado pode aplicar seu próprio direito por intermédio de seus juízes, sem se indagar a respeito da localização da situação – tal conduta, salvo alguns casos excepcionais, não viola o direito internacional (64). Quando dissemos que a regra de conflito é declarativa, foi para ressaltar-lhe a capacidade de revelar a localização real (objetiva) da situação; não significa a impossibilidade de designarem como aplicável um direito cuja vocação não seria, de outro modo, irrefutável.

Pelo exposto, fica evidente que a posição do juiz e a do árbitro não são idênticas.

- a) O juiz aplica as regras de conflito de leis impostas pelo ordenamento do Estado que o investiu (65). A obediência o dispensa de procurar, fora do próprio ordenamento, o ponto de partida para o raciocínio conflitualista. De outro modo, aos olhos do observador externo ao ordenamento do juiz, permanece inteira a questão de identificar a fonte do poder do Estado para decidir, por meio de regras elaboradas por ele próprio, qual o direito aplicável a determinada relação jurídica. Vislumbramos uma única resposta, que, aliás, substitui a *grundlegung*: trata-se de um poder correlato à competência para julgar (a palavra “competência” é empregada aqui no sentido de direito internacional público), o qual, portanto, pode pertencer, mesmo a partir de uma visão restritiva das coisas, cumulativamente a diversos Estados (66).
- b) Árbitro não é órgão de Estado, portanto, não possui *lex fori*. Isso, contudo, não impede que, às vezes, tenha aguçada a vontade de encontrar a ordem jurídica de enraizamento. Assim, no caso B.P. contra Líbia, foi quase sem justificar que o árbitro aplicou a regra de conflito dinamarquesa e, de pronto, indicou o direito dinamarquês como “o sistema jurídico que rege o acordo” (67). Ora, é insustentável o árbitro poder eleger determinada ordem jurídica pela simples razão de “oferecer amplo espaço à autonomia da vontade” (68) e, assim, nela identificar a ordem jurídica em que o contrato se enraíza.

Qual seria, então, no contexto arbitral, o fundamento do poder de as partes escolherem a *lex contractus* e, de modo mais amplo, o fundamento de aplicabilidade de determinado direito pelo árbitro?

▲
P 267
●
P 268
▼

A resposta a tal questão requer abordagens sucessivas em dois planos: (i) no independente ou (ii) no contexto da inserção da arbitragem em um sistema de constrição estatal (69).

- (i) No primeiro plano – cuja importância se revela sobretudo quando a constrição do ordenamento estatal esbarra na imunidade de execução do Estado réu –, não cabem ao árbitro indagações a respeito do poder de as partes determinarem o direito aplicável. Enquanto o juiz estatal se situa acima do contrato, ao qual ele pode dar vida por intermédio de regras de direito ou por ato de vontade, quando decide na condição de *amiable compositeur* (70), o árbitro está no interior de um sistema criado pelo contrato e não detém heteronomia em relação às partes. Desse modo, as partes não requerem do árbitro a indicação – pela aplicação de regras de direito ou *ex aequo et bono* – da natureza vinculante das obrigações que as reúnem, mas apenas a declaração de seus conteúdos. Isso em função de regras contidas ou às quais se refira o contrato ou, ainda, de regras que as partes indiquem no momento do surgimento da lide; mas também em função das circunstâncias de fato que as partes levem ao conhecimento do árbitro. Este, para tanto, não necessita de ponto de partida jurídico. A última *ratio* da escolha de regras que aplicará está na vontade das partes e, subsidiariamente, em sua própria vontade.

Se as partes elegeram o direito aplicável, é inútil ao árbitro a indagação a respeito da origem de tais poderes: basta constatar a escolha. A propósito, na sentença Texaco, os árbitros poderiam ter dispensado a apresentação de justificativa que assumiu contornos de um círculo vicioso e que não escaparia a tal inconveniente sem incorrer em outro, assumindo a forma de *regressio in infinitum* ou, ainda, parando a meio caminho. A Convenção de Genebra de 1961 (art. 7º), o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (art. 13, 3), o Regulamento da C.N.U.D.C.I. (art. 33-1) e a Convenção BIRD de 1965 (art. 42) consagraram, corretamente, a submissão do árbitro à vontade das partes quanto à escolha da lei aplicável.

Quando as partes não houverem especificado as regras em conformidade com as que gostariam de solucionar a lide, o árbitro poderá aplicar o direito estatal de sua livre escolha, por estar em posição de fazê-lo e por não estar adstrito a qualquer solução apriorística. Caso não escolha diretamente, pode fazê-lo por intermédio de regra de conflito estatal ou recorrer aos princípios gerais do conflito de leis. Ressalte-se, contudo, que tais opções funcionam apenas como modelos que lhe servirão para evitar censuras por arbitrariedade.

- (ii) Se nos colocarmos, agora, sob a ótica do direito estatal – diferente, mas não incompatível com a precedente, o que explica o cuidado do árbitro ao conciliar a vontade das partes e a dos Estados onde a sentença será invocada (71) –, a sentença ● arbitral desponta como ato jurisdicional privado, cuja força obrigatória só existe se conferida por um Estado (72). Contudo, todo Estado cujo Tribunal for chamado a executar uma sentença arbitral é competente para se pronunciar sobre sua eficácia, aplicando suas próprias regras de procedimento. Suponhamos que uma parte – condenada por sentença proferida na Dinamarca, resultante da aplicação de regra

▲
P 268
●
P 269
▼

de conflito alemã – possua bens na França. Suponhamos, ainda, que a outra parte intente executar a sentença na França. Em virtude do art. 1.502 do novo Código de Processo Civil, não são oponíveis à execução os argumentos fundamentados na escolha do direito aplicável, desde que o árbitro se tenha conformado à missão atribuída pelas partes (art. 1.502, § 3º, do referido Código). Pode-se dizer que o Direito francês – cuja aplicação decorre apenas da existência de bens do devedor na França – habilitou o árbitro a escolher livremente o direito aplicável, seja diretamente, seja por intermédio da regra de conflito que escolher, contanto que respeite a vontade das partes.

Talvez em outro país, onde se vise a executar a mesma sentença, o ordenamento estatal permita ao árbitro a aplicabilidade de regras de conflito diferentes das que vigoram no Estado que serve de sede à arbitragem, sob pena de a sentença não apresentar executividade.

Pelo exposto, concluímos que a fonte remota de juridicidade de uma relação internacional reside, simultaneamente, em todos os Estados cujos tribunais podem ser chamados a proferir uma decisão a seu respeito, seja diretamente, seja por ocasião do *exequatur* de uma sentença arbitral. Assim, nenhuma ordem jurídica é, em si, essencial à relação obrigacional; a *grundlegung* é, pois, inexistente.

Por outro lado, as relações – em particular os *state contracts* – que, na prática, escapam às restrições estatais, não impõem ao árbitro a busca de norma superior à vontade localizadora das partes. Nesse caso, a *grundlegung*, se existir, será inútil.

▲
P 269 ●

References

- *) Originalmente publicado em “Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman”, Paris: Litec, 1982, p. 199. Versão em língua portuguesa elaborada por Cláudio Valença Filho, sócio de Valença Advogados, e Luiza Kharmandayan, acadêmica de Direito da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
- 1) MAYER, Pierre. *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*. Paris: Dalloz, 1973. p. 12.
- 2) O texto da sentença, emitida em 19 de janeiro de 1977 por René-Jean Dupuy, está reproduzido parcialmente em *Clunet*, 1977, p. 350 e ss., e integralmente em I.L.M. 1978, p. 1 e ss., bem como em I.L.R., v. 53, p. 389 e ss. Ele foi objeto de diversos comentários citados por P. Weil, *Droit international et contrats d'État*, Mélanges Reuter, p. 555, note 16.
- 3) NT. No original, “Contrats d'Etat”.
- 4) NT. As regras de direito internacional privado da ordem jurídica de base indicam o direito aplicável ao mérito dos contratos. *Droit international et contrats d'État*, supra, spéc. p. 559. Os autores que cunharam o conceito de *grundlegung* são citados adiante, no texto e em suas notas. Add BOCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt, 1971; BERLIM, *Le régime juridique international des accords entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, tese, Paris, 1981, multigr., p. 314 e ss.
- 5) Nesse sentido, JACQUET, *Principe d'autonomie et applicable aux contrats internationaux*, tese, Strasbourg, 1981, multigr., p. 233.
- 6) MANN, intervenção no Colóquio de Louvain sobre *Contrats entre Etat et personnes privées étrangères*: *Rev. Belge dr. int.* 1975, p. 562, spéc. p. 582; VAN HECKE, od. loc. De fato, M. Mann considera que a distinção entre *grundlegung* e do direito aplicável “é um problema superado” (obsoleto) (A.I.D.I., v. 57, t. II, p. 228).
- 7) DE VERKEUL. Op. cit., p. 582.
- 8) *Rev. Belge dr. int.*, 1975, p. 586.
- 9) A terminologia kelseniana tem como consequência o posicionamento da norma “fundamental” no topo da hierarquia das normas, o que não é nada satisfatório sob o ponto de vista da estabilidade: a pirâmide normativa repousa sobre sua ponta.
- 10) V. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et et les conflits des systèmes em droit international privé*, Sirey, 1958.
- 11) V. GABBA, *Introduzione al diritto civile internazionale italiano: Memorie della R. Accademia dei Lincei*, v. XII (1906), 3 e 583, e v. XIV (1909), 359; para crítica desta teoria, v. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Liège, 1978, p. 132 e ss.
- 12) Rabat 24 out. 1950: *Clunet*, 1951, p. 894 nota de Goldman; *Rev. crit. dir. int.*, 1952, p. 89, nota de Francescakis.

- 13) NT. O ordenamento brasileiro não autoriza às partes a determinação do direito aplicável às relações contratuais submetidos à apreciação judicial. O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil contém regra de conflito cujo elemento de conexão é o local da estipulação das obrigações. Ressalte-se, porém, o fato de os aspectos contratuais da arbitragem constituírem categoria autônoma, subtraída ao âmbito de aplicabilidade do referido art. 9º e inserida no art. 2º da Lei nº 9.307/1996, cujo texto adota a autonomia da vontade como elemento de conexão. Erram os autores que afirmam ser essa a origem da permissão de árbitro aplicar o direito indicado pelas partes; como se o árbitro estivesse, de algum modo, adstrito às regras de conflito do foro do juiz ou da sede da arbitragem.
- 14) *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, Cours de I Haye, t. 123, p. 586.
- 15) Op. cit., p. 595.
- 16) *Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklausen: Z. für aus. Öff. Recht u. Völkerrechte*, 1958, p. 653. Ver, também, BOURQUIN, *Arbitration and Economic Development Agreements: The Business Lawyer*, 1960, p. 860.
- 17) Op. cit., p. 638.
- 18) Op. cit., p. 641.
- 19) Op. e loc. cit.
- 20) *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, Mélanges Rousseau, p. 301 e ss.; *Droit international et contrats d'Etat*, nota citada (1).
- 21) Cláusula citada, em particular, pela sentença *Texaco* n. 36: *Clunet*, 1977, p. 357.
- 22) *Lex Facit Arbitrum*, in *Liber Amicorum for Martin Domke*. Ver, nesse sentido, no domínio dos *State Contracts*, a sentença *Société Alsing Trading Co.* contra *Grécia*, de 22 de dezembro de 1954, analisado por SCHWEBEL *I.C.L.Q.*, 1959, p. 320 e, especialmente, p. 326.
- 23) Sobre esses diversos métodos, ver LALIVE, *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse: Rev. arb.*, 1976, p. 155.
- 24) Comp. VERHOEVEN, *Droit international des contrats et droit des gens: Rev. Belge dr. Int.*, 1978-79, p. 209, spéc. p. 214: "A distinção [entre *Grundlegung* e o direito aplicável] traduz exatamente a dificuldade teórica enfrentada de um árbitro em identificar a regra que valida as estipulações convencionais, uma vez que, diferentemente de um Tribunal nacional, não dispõe de um corpo de regras de conflito obrigatoriamente aplicáveis".
- 25) Isso parece corresponder à opinião de Goldman, pois estima existir um sistema autônomo de regras de direito internacional privado, próprio à arbitragem internacional (*Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit prive, Cours La Haye*, t. 109 (1963.II), p. 351 e ss.).
- 26) F. RIGAUX. *Des Dieux et des Héros: Rev. crit. Dr. Int. pr.*, 1978, p. 435; J. VERHOEVEN, *Droit international des contrats et droit des gens*, citado acima; B. STERN, *Trois arbitrages, um même problème, trois solutions: Rev. arb.*, 1980, p. 3.
- 27) Se Batiffol e Lalive não parecem ser hostis à distinção entre *grundlegung* e *lex contractus*; Mann, Mônaco, Seidl-Hohenveldern e Wortley a rejeitam firmemente. Wengler a aceita, mas lhe confere um sentido bastante particular, que modifica sua natureza (ver *Annuaire*, p. 234). Apenas Feliciano declara que ela tem grande importância.
- 28) Sobre a incorporação, ver as obras citadas por JACQUET, tese citada acima, p. 16, nota (1) e, principalmente, TROUSSET, *L'incorporation dans le contrat de la loi étrangère choisie par les parties*, tese, Paris, 1961, dactyl.
- 29) O termo "reenvio" não é, obviamente, empregado em seu sentido ordinário da teoria do conflito de leis. Ele significa aqui incorporação por referência das partes autorizadas pela *lex contractus*.
- 30) Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, Cours La Haye, t. 128 (1969.III), p. 95 e ss., especialmente, p. 173 a 188.
- 31) Já em seu curso, em La Haye (p. 176), acima citado, Weil considera tal possibilidade.
- 32) Op. cit., p. 316: A ordem jurídica de base "autoriza as partes a determinar as regras que regerão suas relações".
- 33) Op. cit., p. 215. Verhoeven estima que o árbitro se distancia, assim, do pensamento de Weil, para aproximar-se do de Mann. Nós divergimos dele nesse último ponto. A regra de conflito, segundo Mann, constitui a *grundlegung* e designa, eventualmente, o direito internacional como direito aplicável. Para Dupuy, por outro lado, o direito internacional constitui a *grundlegung* dos acordos de desenvolvimento econômico e comporta uma regra de conflito capaz de designar como direito aplicável uma ordem jurídica qualquer. As posições desses dois autores são, portanto, diametralmente, opostas.
- 34) WEIL, artigo citado no Mélanges Reuter, p. 561; B. STERN, op. cit., p. 14.
- 35) WEIL, artigo citado no Mélanges Reuter, p. 320 e 321: "Tudo ocorre como se os contratantes houvessem, no âmbito da autonomia da vontade, incorporado em sua convenção um certo número de regras emprestadas [do direito por elas designado]" (grifo nosso).
- 36) Mélanges Reuter, p. 561 e 563.
- 37) Mélanges Reuter, p. 566, nota 36.

- 38) Mélanges Reuter, p. 559 e 567.
- 39) Mélanges Reuter, p. 559 e 564.
- 40) Mélanges Reuter, p. 564. Nesse sentido, sentença Texaco nº 22, *contra* P. WEIL, Mélanges Reuter, p. 321: “É na vontade das partes que a aplicação de tais regras encontram seu fundamento direto”.
- 41) Mélanges Reuter, p. 559.
- 42) Mélanges Reuter, p. 562.
- 43) No que diz respeito ao caráter misto (substancial ou conflituoso) da *grundlegung*, constatamos uma ambiguidade na natureza “das regras chamadas a reger materialmente o contrato”. Decerto predomina o aspecto de “lei que rege o contrato” (v. *supra*, n. 8, *in fine*). Mas a ideia de incorporação não parece estar totalmente abandonada. É somente ela que pode explicar como se reconhece às partes a possibilidade de não apenas realizar um desmembramento, mas também de escolher uma “combinação complexa de regras de direito interno, regras de direito internacional e princípios gerais do direito” (P. WEIL, Mélanges Reuter, p. 562). A sentença Texaco concretizou essa possibilidade ao dar efeito à combinação de normas contidas nos contratos de concessão líbios. Sem consagrar a noção de *grundlegung*, a resolução do Instituto de Direito internacional, dedicada aos contratos entre um Estado e uma pessoa estrangeira de direito privado, apresenta o mesmo equívoco: ela admite também que a “lei do contrato” possa constituir-se numa “combinação de fontes de direito” (sobretudo direitos estatais e o direito internacional) (ver o texto da resolução na *Rev. crit. Dir. int. pr.*, 1980, p. 427). No entanto, tal combinação pode ser concebida no âmbito de uma incorporação (sobre a qual falta explicar qual ordem jurídica a torna possível), mas não no âmbito de uma *lex contractus* em sentido estrito: a vontade das partes, pode-se manipular suas regras, não pode estar submetida a duas ordens jurídicas (nesse sentido, JACQUET, tese citada, p. 226).
- 44) Sobre a importância de tais considerações, ver *supra*, nºs 3 e 6.
- 45) VERHOEVEN (op. cit., p. 229) recorreu à mesma comparação para caracterizar o direito internacional dos contratos.
- 46) V. *supra*, nº 43 *in fine*.
- 47) Op. cit., p. 584, crp. a passagem citada nº 1, de WEIL ao Mélanges Reuter.
- 48) A impossibilidade ainda é mais aparente do que real: v. os arts. 3º, 4º e 8º citados da Convenção de Roma de 19 de junho de 1980.
- 49) Nesse sentido, JACQUET, tese citada, p. 251. A não ser que ele próprio se designe como *lex contractus*.
- 50) P. WEIL, Mélanges Reuter, p. 562.
- 51) Op. cit., p. 580.
- 52) Op. cit., p. 566.
- 53) De fato, Weil não faz reserva quanto *ao jus cogens*.
- 54) V. *supra*, nº 2, *in fine*.
- 55) P. WEIL (op. cit., p. 563) admite, por sua vez, que a escolha pelas partes de uma lei do contrato pode constituir “um dos elementos *objetivos* que convém levar em consideração para determinar a ordem jurídica dentro da qual o contrato está enraizado”. Não basta qualificar a vontade das partes como elemento objetivo – o que também é feito pela teoria de Batiffol – para justificar que ela possa desempenhar um papel, mesmo que acessório, na designação da *grundlegung*. Estando esta última – para aqueles que nela acreditam – destinada a justificar o poder da vontade de eleger uma ordem jurídica, seria singular admitir que ela é designada por esta mesma vontade.
- 56) P. WEIL, op. cit., p. 561.
- 57) P. WEIL (op. cit., p. 563) atribui, por sua vez, um papel subsidiário aos elementos objetivos, qual seja, o de presunção da vontade das partes na designação da *lex contractus*. Mas a vontade permanece como única mestre da designação.
- 58) Parece-nos inexistente opor, em relação a isso, como faz Stern (op. cit., p. 13 e 14), uma “ótica de direito internacional” que se (pré)ocuparia de tal escolha e “procedimento de direito internacional” cujo primeiro passo consistiria na aplicação de uma regra de conflito de lei. Diante de problema único, há apenas um procedimento apropriado. Se se sustenta que o direito internacional tem vocação para reger diretamente (sem passar por uma regra de conflito de leis que Mann julga, ao mesmo tempo, indispensável e impossível) um *state contract*, mesmo o privatista deve manifestar-se sobre esse ponto, que é, por natureza, anterior. Mann, cuja abordagem é chamada de privatista, tem, por sua vez, uma resposta negativa motivada.
- 59) Ao contrário do que indica, principalmente, Brigitte Stern (op. cit., p. 14).
- 60) WEIL, P. Op. cit., p. 580. Especificamos – ainda que não resida aqui nosso propósito – que tais razões não nos parecem nada convincentes.
- 61) Para o juiz, v. art. 12, al. 5 (novo Código de Processo Civil) e, para o árbitro, v. art. 1.497 (novo Código de Processo Civil).
- 62) Sobre essa distinção, v. GOLDMAN, *Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D., Investissements étrangers et l'arbitrage entre Etat et personnes privées*, Pédone, 1969, p. 140.
- 63) V. novo Código de Processo Civil, art. 1.496.
- 64) V. P. MAYER, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de la compétence*: *Rev. crit. dr. Int. pr.*, 1979, p. 553 a 559.
- 65) Mesmo na remissão, a regra de conflito estrangeira desempenha papel secundário.

- 66) Para nós, ele pertence cumulativamente a todos os Estados: v. *Droit international public et droit international privé...*, citado, p. 547 a 552. A substituição da competência jurisdicional pela *grundlegung*, que propomos, nos parece próxima da ideia de Wortley (Ann. I.D.I., v. 57, t. II, p. 244), para quem é necessário distinguir “*the substance of the contract and the question of jurisdiction to enforce it*”. Van Hecke, em seu relatório preliminar, considerou que havia ali “uma contribuição real à clarificação do problema” (Annuaire, p. 193).
- 67) Ver o texto da sentença nos *I.L.R.*, v. 53, p. 297 e ss., e na *Rev. arb.*, 1980, p. 117 e ss.
- 68) Sentença B.P. contra Líbia, p. 122.
- 69) Comp. W. GOLDSCHMIDT, *Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms*, *Cours La Haye*, t. 136 (1972-II), p. 277 e ss.
- 70) V. VIATTE, *L'amiable compositeur par les jurisdiction judiciaires*: *Rec. gén. lois.*, 1976, p. 565.
- 71) Sobre levar em consideração as leis de polícia, v. Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, p. 541 e ss.
- 72) Comp. PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*: *I.C.L.Q.*, 1981, p. 358.

© 2019 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at sales@kluwerlaw.com or call +31 (0)172 64 1562.