

## DESNACIONALIZANDO O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO – UM DIREITO COM MÚLTIPLOS JULGADORES E IMPLEMENTADORES\*

### DENATIONALISING PRIVATE INTERNATIONAL LAW – A LAW WITH MULTIPLE ADJUDICATORS AND ENFORCERS

Diego P. Fernández Arroyo\*\*

**RESUMO:** Este artigo propõe um debate sobre a desnacionalização do Direito Internacional Privado (DIPr), abordando o DIPr como um direito que possui múltiplos julgadores e implementadores. Evidentemente, e por mais poderoso que ainda seja, o Estado hoje não é mais o que costumava ser. No domínio do DIPr, o papel central outrora desempenhado pelo Estado foi progressivamente erodido. De fato, o Estado coexiste com outros atores, públicos e privados. Com base nisso, o estudo destaca que a produção e a implementação, e, em última análise, a eficácia do DIPr dependem consideravelmente de diferentes tipos de atores não-estatais. As propostas para abordar a evolução futura do DIPr como uma ferramenta para promover a governança global não devem ignorar o papel fundamental dos julgamentos privados e da implementação privadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Internacional Privado. Desnacionalização. Adjudicação privada. Implementação privada. Arbitragem.

**ABSTRACT:** This article proposes a discourse on the denationalization of Private International Law (PrIL), by approaching PrIL as a law with multiple adjudicators and enforcers. Quite evidently, and as powerful as it still may be, the State is nowadays no longer what it used to be. In the realm of PrIL, the central role once played by the State has progressively been eroded. Indeed, the State coexists with other – public and private – actors. Based on that, the study emphasizes that the fabrication and the enforcement, as well as, ultimately, the effectiveness of PrIL considerably depend on different kinds of non-State actors. The proposals to approach the future evolution of PrIL as a tool to foster global governance should not ignore the fundamental role of private adjudication and private enforcement.

**KEYWORDS:** Private International Law. Denationalization. Private Adjudication. Private Enforcement. Arbitration.

**SUMÁRIO:** I Erosão do Estado-centrismo no Direito Internacional Privado. II Sentido atual de adjudicação e implementação não-estatais. A Adjudicação no contexto público. 1 Tribunais internacionais. 2 Cortes de direitos humanos. 3 Tribunais regionais. B Adjudicação privada e implementação privada. 1 Arbitragem 2 Implementação Privada III Impacto da desnacionalização do poder adjudicatório. A Insuficiência da adjudicação do Estado. 1 Mudança da lógica jurisdicional no DIPr. 2 Tentativa de replicar adjudicação privada em tribunais dos Estados. B Dependência de tribunais heteronômicos. 1 Tribunais nacionais dentro de uma estrutura jurisdicional complexa. 2 Diferentes graus de dependência. C Julgadores do Estado como simples “controladores”. 1 Sobre decisões de tribunais estrangeiros e internacionais. 2 Sobre decisões arbitrais e convenções privadas. IV. Uma palavra em conclusão – conteúdo e ensino do DIPr. Referências.

## I EROÇÃO DO ESTADO-CENTRISMO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Por mais poderoso que ainda seja, é bastante evidente que o Estado hoje não é mais o que costumava ser. Esta descoberta pode ser confirmada a partir de múltiplas perspectivas. No domínio do Direito Internacional Privado (DIPr), o papel central uma vez desempenhado pelo

\* Artigo originalmente publicado na língua inglesa no *Yearbook of Private International Law*, v. 20 (2018/2019), p. 31-45, e especialmente revisto e atualizado pelo Professor Doutor Diego P. Fernández Arroyo para esta edição da *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Traduzido para o português pela doutoranda Nicole Rinaldi de Barcellos (PPGDir./UFRGS).

\*\* Professor na Faculdade de Direito da Sciences Po, em Paris, onde é diretor do LLM in Transnational Arbitration & Dispute Settlement. Doutor em Direito (*summa cum laude*), Universidad Complutense de Madrid. Mestre em Direito Comparado, Universidad Complutense de Madrid. Contato: diego.fernandezarroyo@sciencespo.fr

Estado tem sido progressivamente erodido. À primeira vista, o Estado-centrismo pode ainda parecer bastante sólido; repetidas manifestações de exacerbado nacionalismo continuam a reforçar a sua influência. Em primeiro lugar, o Estado permanece como “mestre do jogo”, à medida que ele estabelece o objetivo final do DIPr, através dos tomadores de decisões políticas. Por exemplo, o Estado decide se deve estabelecer uma ordem jurídica dualista ou monista, um sistema conservador ou avançado de DIPr, para adotar uma postura aberta ou fechada em relação ao direito e decisões estrangeiras, entre outros aspectos. Em segundo lugar, o Estado implementa seus objetivos políticos por meio da sua competência para elaboração de leis, incorporada nos legisladores. Por exemplo, ele cria as regras de DIPr, e então decide se deve compilar estas regras em um corpo abrangente (como o Código Civil) ou em um ato independente. Em terceiro lugar, o Estado aparece também como o “árbitro do jogo”, tendo em vista que ele adjudica os litígios de DIPr através dos seus tribunais, para garantir que as regras e políticas subjacentes sejam devidamente respeitadas. Em quarto lugar, funcionários do governo, normalmente vinculados aos departamentos de justiça ou de relações exteriores, desempenham o papel de autoridades centrais em uma miríade de convenções internacionais que organizam a cooperação em questões de DIPr, como questões processuais, familiares e relativas à proteção de crianças. A influência do Estado nesses âmbitos não pode ser negada. Os periódicos jurídicos publicam diversas notícias e comentários acerca de novas codificações dos Estados e decisões de tribunais nacionais sobre o tema do DIPr. Consequentemente, qualquer debate sobre o DIPr “além” ou “depois” do Estado não pode menosprezar essas manifestações. Mas também não pode ser construído exclusivamente em torno do Estado.

De fato, o Estado coexiste com outros atores – públicos ou privados – em todas as supracitadas atividades. Esta coexistência é bastante evidente, por exemplo, no âmbito de aplicação das regras do DIPr. Nas últimas décadas, tem havido um notável aumento na criação de regras não-nacionais ou codificação de *soft law* (que podem ser caracterizadas como “conjuntos de princípios” ou, resumidamente, “princípios”), que deram origem a um pluralismo normativo que, em alguns casos, assumiu a forma de ordens jurídicas não-nacionais verdadeiramente paralelas<sup>1</sup>. Uma densa rede de regras públicas e privadas não vinculantes está

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Trans-boundary Private Relationships. In: *Eppur si muove: the age of uniform law: essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), p. 272 e ss; BASEDOW, Jürgen. The Multiple Facets of Law Enforcement. In: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás;

progressivamente ganhando espaço<sup>2</sup>. Os Estados seguramente mantêm *seu* poder para legislar como uma expressão notável de soberania, e o utilizam diariamente. No entanto, igualmente notória é a rede de regras não-nacionais aplicáveis às relações jurídicas transfronteiriças, criada nas últimas décadas. Até agora, a experiência de criação de princípios tem sido positiva sob vários pontos de vista. Por um lado, os princípios confirmaram a desnacionalização do direito. Mais precisamente, eles enfatizam o fim do monopólio do Estado sobre a produção normativa (presumindo-se que esse monopólio em algum momento tenha existido). Superando a distinção injustificada entre direito estatal e direito não-estatal, os princípios permitem que o direito evolua de maneiras diferentes, especialmente em relação ao surgimento de um direito internacional privado pós-pós-moderno. Por outro lado, os princípios podem aproximar práticas judiciais e arbitrais, desde que os juízes sejam convencidos de que não existe razão para deixar o monopólio da aplicação da lei não-estatal aos árbitros.

## II SENTIDO ATUAL DE ADJUDICAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO NÃO-ESTATAIS<sup>3</sup>

41

No que diz respeito à adjudicação de litígios do DIPr, a erosão do poder do Estado é evidente. Mais precisamente, o que foi desgastado foi a “centralidade” do poder do Estado nesse

---

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds.). *Enforcement and Effectiveness of the Law: La mise en oeuvre et l'effectivité du droit*. Cham, Switzerland: Springer, 2018, p. 3 e ss.

<sup>2</sup> Ver: LOQUIN, Eric. Les règles matérielles internationales. *Recueil des cours*, v. 322. 2006, p. 9 e ss.; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. La codificación y la normatividad del soft law en el arbitraje internacional. In: BASEDOW, Jürgen; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P; MORENO RODRÍGUEZ, José A. *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Asunción, Londres: CEDEP, La Ley & Thomson Reuters, 2010, p. 107 e ss.

<sup>3</sup> No ponto, importante destacar as escolhas feitas na tradução quanto aos termos da língua inglesa *adjudication* e *enforcement*, muito recorrentes ao longo do artigo, e que podem apresentar múltiplos significados quando traduzidos para a língua portuguesa. *Adjudication* foi traduzido como adjudicação, e, em alguns casos, como julgamento, julgador ou variações, a depender da adequação dos termos ao texto. Ainda que o significado de adjudicação na língua portuguesa tradicionalmente se refira a um instituto do processo civil relativo ao ato de expropriação executiva, observaram-se publicações de DIPr com a utilização da sua tradução literal como adjudicação, no mesmo sentido da palavra em inglês, que é decidir sobre algo. Porém, ao serem mencionados os *adjudicators*, mostrou-se mais adequado ao português usar a tradução julgadores, inexistindo referências concretas de DIPr quanto ao uso do termo "adjudicadores". Em seu turno, *enforcement* foi traduzido como implementação, ou como execução, quando no contexto da execução de sentenças estrangeiras. A tradução de *enforcement* como implementação foi deduzida do significado do termo francês *mise en oeuvre*, utilizado pelo Professor Doutor Diego P. Fernández Arroyo em obra bilíngue por ele organizada (In: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds.). *Enforcement and Effectiveness of the Law: La mise en oeuvre et l'effectivité du droit*. Cham, Switzerland: Springer, 2018). Em português, *enforcement* pode ser traduzido também para aplicação ou cumprimento, mas estas palavras não pareceram se encaixar quando analisado o *private enforcement*. A tradução de *enforcement* como execução foi utilizada no contexto do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras por parte do Estado.

contexto. É óbvio que os tribunais nacionais não possuem exclusividade sobre a adjudicação de demandas sobre DIPr. No entanto, por bastante tempo, eles desempenharam um papel adjudicatório central. De fato, a implementação dos direitos substantivos em casos internacionais foi, durante muito tempo, entendida como inseparável da atividade dos tribunais dos Estados. Evidentemente, tal percepção não poderia ignorar o fato de que as cortes e tribunais internacionais vêm tratando de questões de DIPr desde sua instituição. Essa constatação óbvia não precisa de demonstração. No entanto, acredito que chamar a atenção para certos aspectos do julgamento e da implementação não-estatais pode ser útil para melhor compreensão da situação atual do DIPr, bem como para prever sua possível evolução.

## A ADJUDICAÇÃO NO CONTEXTO PÚBLICO

### 1 TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Sabe-se que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) – assim como o seu predecessor, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional<sup>4</sup> – tiveram que lidar com questões de DIPr em uma variedade de cenários, tipicamente relacionados ao Direito Internacional Público (DIP)<sup>5</sup>. Tem-se dito que a Corte foi provocada a examinar questões do DIPr para desempenhar adequadamente sua função DIP<sup>6</sup>. Em outras palavras, a Corte encontrou e ainda encontra questões de DIPr misturadas com as matérias habituais de DIP. Algo semelhante pode ser dito sobre a atividade de solução de controvérsias de DIPr em outras cortes internacionais de escopo

<sup>4</sup> Ambos mencionados a seguir tão somente como a “Corte”.

<sup>5</sup> A Corte sempre foi considerada uma instituição de DIP, basicamente de acordo com o Artigo 34 do Estatuto da CIJ, que determina que somente os Estados podem ser partes em processos perante a Corte. Ver *The Corfu Channel* [1949] ICJ Rep, p. 35: “But to ensure respect for international law, of which it is the organ, the Court must declare that the action of the British Navy constituted a violation of Albanian sovereignty”; *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v. Poland) (Merits) [1926] PCIJ Ser A No 7, p. 19; “[f]rom the standpoint of International Law and of the Court which is its organ...”; *LaGrand* (Germany v United States) [2010] ICJ Rep, p. 466, 486; *Nottebohm* (Liechtenstein v Guatemala) (Second Phase) [1955] ICJ Rep, p. 420 e ss. Ver, ainda, KOLB, Robert. *The International Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 57; ZIMMERMAN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian; TAMS, Christian J (Ed.). *The Statute of the International Court of Justice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 731.

<sup>6</sup> DE BOER, T. M. *Living Apart Together: the relationship between public and private international law*. *Netherlands International Law Review*, v. 57, n. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 83.

"universal". Os Estados não estão sozinhos como atores internacionais; os julgadores internacionais também são vistos como “meios para desenvolver o direito”<sup>7</sup>.

Concretamente, a Corte lidou com o DIPr nas seguintes situações<sup>8</sup>:

a) Existe uma lacuna no DIP, capaz de ser preenchida por referência ao DIPr. Nesses tipos de casos, a Corte toma emprestadas regras de DIPr para resolver questões análogas de DIP;

b) Como um pré-requisito para resolver uma questão de DIP, a corte deve interpretar um tratado ou um conceito de DIPr;

c) Direitos e obrigações de DIP decorrem diretamente das leis nacionais dos Estados no que tange às disputas internacional privadas;

d) A aplicação das leis nacionais do Estado em relação a disputas internacionais privadas é contestada por infringir o DIP.

Embora o poder de autoridade da Corte seja relevante, são consideravelmente limitados o seu significado prático e sua influência, dado o número reduzido de casos por ela decididos<sup>9</sup>. É claro, pode-se argumentar que a maioria desses casos não representa um exemplo de desnacionalização tendo em vista que, pela sua própria natureza, os problemas envolvidos não poderiam ser discutidos em tribunais nacionais. No entanto, essa afirmação confirma, precisamente, a existência de questões de DIPr que se encontram fora do escopo da jurisdição dos tribunais nacionais.

43

## 2 CORTES DE DIREITOS HUMANOS

A situação é notavelmente diferente a nível regional. As decisões de cortes especializadas em direitos humanos em matéria de DIPr se tornaram tanto frequentes, quanto

<sup>7</sup> SANDS, Phillippe. Reflections on International Judicialization. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 4. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 885-889 (citando H. LAUTERPATCHT).

<sup>8</sup> Sobre o tema, ver: VAN LOON, Hans; DE DYCKER, Stéphanie. The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law. *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, v. 140 (One Century Peace Palace, from Past to Present). The Hague: Asser Press, 2013, p. 73-119; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P; MBENGUE, Makane Moïse. Public and Private International Law in International Courts and Tribunals – Evidences of an Inescapable Interaction. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 56. New York: Columbia University, 2018, p. 797-854.

<sup>9</sup> A atividade de outros tribunais internacionais relativa às questões do DIPr também pode ser mencionada, por exemplo, o caso “ARA Libertad” (Argentina v. Gana), levado ao Tribunal Internacional do Direito do Mar. Disponível em: < <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-20/>>. Acesso em 15 jun. 2020.

significativas. Nesse sentido, a atividade do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem sido particularmente importante.

O papel assumido pelas cortes de direitos humanos no DIPr cresceu de forma impressionante nas últimas décadas. Isto se mostra particularmente visível no contexto europeu, embora claramente represente um fenômeno universal que afeta todos os aspectos do DIPr<sup>10</sup>. A jurisprudência do TEDH oferece uma variedade de discussões sobre questões de DIPr, que surgem especialmente com relação aos artigos 6º (direito a um julgamento justo) e 8º (direito ao respeito à vida privada e familiar) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ao avaliar uma possível violação desses artigos, o TEDH considerou uma vasta gama de questões e uma variedade de instrumentos relativos ao DIPr, dos quais se destaca a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças<sup>11</sup>.

O papel do TEDH na abordagem de matérias relacionadas com o DIPr tem sido, por vezes, controverso. O Tribunal já explicou diversas vezes que seu papel não é resolver casos de DIPr, mas tão somente avaliar a compatibilidade das decisões dos tribunais nacionais com os requisitos de direitos humanos. Nas palavras do próprio TEDH:

Não é tarefa do Tribunal substituir as autoridades competentes ao examinar se haveria um risco grave de que a criança fosse exposta a danos psicológicos, na acepção do artigo 13 da Convenção de Haia, caso retornasse a Israel. No entanto, o Tribunal é competente para verificar se os tribunais nacionais, ao aplicar e interpretar as disposições dessa Convenção, asseguraram as garantias estabelecidas no artigo 8 da Convenção, levando especialmente em consideração o melhor interesse da criança.<sup>12</sup>

A atividade referente às questões de DIPr desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) talvez não tenha sido tão impressionante, mas parece

<sup>10</sup> A leitura do Projeto de Resolução do Instituto de Direito Internacional (IDI) sobre Direitos Humanos e Direito Internacional Privado é conclusiva a esse respeito. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire IDI – Séssion de Hyderabad 2017*, vol. 78, p. 215 e ss. Disponível em < <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2018/12/8.-séances-plénières-Basedow.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

<sup>11</sup> Ver: BEAUMONT, Paul; WALKER, Lara. Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention. In: *A Commitment to private international law - Essays in honour of Hans van Loon*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 17-30.

<sup>12</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, 6 July 2010, App. No. 41615/07, para. 141. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/FRE?i=001-99817>>. Acesso em: 15 jun. 2020. Nota da tradutora: tradução livre do excerto extraído da decisão do TEDH, citado pelo autor em inglês. No original: “It is not the Court’s task to take the place of the competent authorities in examining whether there would be a grave risk that the child would be exposed to psychological harm, within the meaning of Article 13 of the Hague Convention, if he returned to Israel. However, the Court is competent to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of that Convention, secured the guarantees set forth in Article 8 of the Convention, particularly taking into account the child’s best interests”.

igualmente significativa. Para provar essa afirmação, basta citar a opinião consultiva sobre as obrigações dos Estados partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em relação à infraestrutura que cria risco de danos significativos ao meio ambiente marinho da Região das Grandes Caraíbas, na qual, entre muitas outras conclusões interessantes, a Corte IDH afirma que os Estados têm o dever de garantir o acesso não discriminatório à justiça a pessoas localizadas fora de seu território que são potencialmente afetadas por danos transfronteiriços originários de seu território<sup>13</sup>.

### 3 TRIBUNAIS REGIONAIS

Ainda mais evidente do que o impacto dos tribunais de direitos humanos no DIPr foi o resultado da europeização do DIPr, originada na transferência de competências dos Estados-membros para a estrutura regional na União Europeia (UE). Como consequência deste processo, o papel dos tribunais dos Estados-membros da UE é, no que diz respeito ao DIPr, amplamente “dependente”<sup>14</sup> do conteúdo das decisões do Tribunal de Justiça da UE (TJUE).

É verdade que, no sistema jurisdicional europeu, o mecanismo mais comumente utilizado é o pedido de reenvio prejudicial previsto no artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), segundo o qual um tribunal de um Estado-membro consulta o TJUE, a fim de obter uma interpretação autêntica de uma disposição do direito da UE. Sob este mecanismo, o tribunal nacional profere formalmente a decisão final concreta. No entanto, os tribunais dos Estados-membros (todos eles, de fato) são obrigados a seguir a decisão proferida pelo TJUE. As questões remanescentes para os tribunais dos Estados-membros são relativas aos fatos e, em determinados casos, à aplicação de critérios de proporcionalidade, que não parecem tão importantes quanto poder do tribunal regional.

Ademais, o TJUE é essencial para além do reenvio prejudicial, como é demonstrado pelo reforço da competência externa exclusiva da UE (e anteriormente da Comunidade Europeia – CE) nas matérias de DIPr<sup>15</sup>. De acordo com o TJUE, a competência exclusiva é

<sup>13</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC- 23/17, 15 Novembro 2017. Ver, especialmente, parágrafo 238 e ss. Disponível em espanhol em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2020.

<sup>14</sup> Sobre a precisa noção de “dependência nesse contexto”, ver infra 3.2.

<sup>15</sup> Ver o *Parecer do TJUE 1/03 de 7 de fevereiro de 2006* (sobre a competência da Comunidade para celebrar a nova Convenção de Lugano relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em

necessária para que seja evitado o risco de comprometimento da aplicação uniforme e consistente das regras da UE, assim como para o bom funcionamento do sistema que estas estabelecem<sup>16</sup>. Além disso, a UE agora é parte de várias convenções sobre questões de DIPr. Ao mesmo tempo, os Estados-membros da UE ratificaram várias convenções "no interesse da União"<sup>17</sup>.

## B ADJUDICAÇÃO PRIVADA E IMPLEMENTAÇÃO PRIVADA

### 1 ARBITRAGEM

Voltando ao domínio do que poderia ser rotulado como arena “universal”, os tribunais arbitrais são muito mais ativos em termos de adjudicação de casos de DIPr do que os tribunais internacionais “públicos”. A importância da arbitragem no DIPr não é diminuída pelo fato desta ser principalmente utilizada em litígios comerciais. O que realmente importa não é apenas que o escopo material da arbitragem tenha ido muito além do que pode ser estritamente considerado comercial, mas também que a arbitragem se tornou, na prática, a jurisdição exclusiva, quase exclusiva ou, pelo menos, preferida, em diversos tipos de litígios internacionais. Além disso, a implementação de convenções de arbitragem e sentenças arbitrais é amplamente feita sem a intervenção dos tribunais nacionais. Isto significa que houve uma mudança no poder adjudicatório e na maneira pela qual o produto final do exercício desse poder é implementado. Além disso, veremos que a arbitragem não é o único tipo de implementação privada do direito.

O DIPr atingiu o pico na adjudicação privada por meio do uso da arbitragem como o principal método de resolução de controvérsias no comércio internacional. Grande parte do volume de litígios privados internacionais transferiu-se para o domínio dos tribunais arbitrais, onde a influência e o controle do Estado são consideravelmente fracos. Em uma vasta miríade de questões econômicas, a ascensão da arbitragem internacional confinou os tribunais nacionais

---

matéria civil e comercial) e o *Parecer de 14 de outubro de 2014* (sobre a competência externa exclusiva da União Europeia).

<sup>16</sup> FRANZINA, Pietro. *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*. Cambridge: Intersentia, 2017.

<sup>17</sup> Embora não sejam comparáveis ao processo da UE, vale a pena mencionar experiências em outros continentes. Dentro do MERCOSUL, ver a Opinião Consultiva 1/2007, de 3 de abril de 2007, sobre a aplicação do Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, de 2004. Disponível em espanhol em: <[http://www.tpmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon\\_01\\_2007\\_es.pdf](http://www.tpmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf)>. Acesso em 15 jun. 2020.



aos papéis de tribunais padrão. E, se acreditarmos em certas propostas audaciosas, mesmo esse papel não deve ser garantido no futuro<sup>18</sup>.

Quando um tribunal arbitral é constituído, sua jurisdição é decidida aplicando-se o universalmente reconhecido princípio competência-competência<sup>19</sup>. Se adequadamente aplicado, qualquer uma das partes poderá contestar a jurisdição e, em última análise, é um tribunal que decide sobre a jurisdição do tribunal arbitral. Mais precisamente, o tribunal tem a última palavra porque o princípio competência-competência se baseia na prioridade dada ao tribunal arbitral, a fim de evitar atrasos indevidos na arbitragem. Notavelmente, na imensa maioria dos casos, os tribunais não chegam a proferir última palavra. Portanto, a decisão do tribunal arbitral sobre sua própria jurisdição é final e vinculativa – isto é, não há impugnação, não existe nada para o tribunal decidir. Consequentemente, os tribunais dos Estados e o DIPr clássico talvez sejam relevantes, mas apenas marginalmente<sup>20</sup>.

No que tange à lei aplicável, os tribunais arbitrais podem ter a liberdade de determinar quais regras são mais apropriadas para um caso específico e podem, especialmente, aplicar diretamente regras não-estatais que são igualmente ou mais adequadas para resolver uma questão internacional. Ademais, a lei que o tribunal arbitral aplica ao litígio pode depender do acordo das partes. Na ausência de tal acordo, a atual tendência predominante nas regras e atos de arbitragem é permitir que o tribunal arbitral aplique as regras de direito [e não o direito (nacional)] que achar mais apropriado<sup>21</sup>. Isto evidencia um DIPr maduro, que criou um sistema para remover os resultados indesejáveis da roleta aleatória da lei aplicável.

<sup>18</sup> Ver: BORN, Gary. BITS, BATS and butts: reflections on international dispute resolution. Disponível em: <[www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared\\_Content/Editorial/News/Documents/BITS-BATS-and-Butts.pdf](http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/BITS-BATS-and-Butts.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2020; CUNIBERTI, Gilles. *Rethinking International Commercial Arbitration. Towards Default Arbitration*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

<sup>19</sup> UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*, article 16. Disponível em: <[https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration)>. Acesso em: 15 jun. 2020.

<sup>20</sup> Este parágrafo foi tirado – com algumas modificações – de um debate com G. CORDERO MOSS. Ver: CORDERO MOSS, Giuditta; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. Private International Law and International Commercial Arbitration – A Dialogue about the Usefulness and Awareness of the Former for the Latter. In: RUIZ ABOU-NIGM, Verónica; NOODT TAQUELA, Maria Blanca. *Diversity and Integration in Private International Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019, p. 310-324.

<sup>21</sup> Por exemplo, 2017 *ICC Arbitration Rules*, artigo 21 (1); Lei Argentina de Arbitragem Comercial Internacional de 2018, artigo 80.

## 2 IMPLEMENTAÇÃO PRIVADA

Paradoxalmente, as políticas e iniciativas proativas dos Estados têm sido fundamentais para alcançar o estágio atual da autonomia da arbitragem. A palavra “Estado” se refere aqui não somente a qualquer Estado independente que atue individualmente por meio de todos os seus ramos de poder, mas também, notadamente, à ação coletiva dos Estados no âmbito das organizações internacionais. Em verdade, é difícil de explicar o sucesso da arbitragem moderna sem considerar o impacto universal dos instrumentos das Nações Unidas, que são elaborados em estreita colaboração com instituições privadas<sup>22</sup>. Sem dúvida, isso ajudou as instituições privadas a florescerem em todos os cantos do globo, oferecendo todos os tipos de mecanismos de solução de controvérsias, frequentemente associados a conjuntos de regulamentos privados.

Da mesma forma, várias iniciativas foram desenvolvidas ou estão em andamento no âmbito público, lidando com diferentes formas de implementação privada do direito. Assim, com a adoção da Convenção (de Cingapura) e da Lei Modelo sobre acordos internacionais resultantes da mediação, a UNCITRAL está tentando promover a mediação internacional claramente inspirada em seu sucesso com a arbitragem internacional<sup>23</sup>. É verdade que tanto a Convenção de Nova York, quanto a Convenção de Cingapura estabelecem um mecanismo de implementação pública de acordos e decisões privadas. No entanto, parece claro que as partes conhecem a regra geral de aplicação da Convenção de Nova York, segundo a qual as convenções de arbitragem e as sentenças delas resultantes devem ser executadas. Isto impõe que as partes que obedeçam às obrigações decorrentes de tais convenções e sentenças. Os redatores da Convenção de Cingapura provavelmente estão esperando um resultado semelhante<sup>24</sup>.

Não menos interessante é o esforço da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado para estabelecer um quadro regulatório para promover a eficácia dos acordos

<sup>22</sup> Nomeadamente, com o Tribunal Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (em inglês, *International Commerce Chamber, ICC, International Court of Arbitration*). Ver: LEMERCIER, Claire; SGARD, Jérôme. *Arbitrage privé international et globalisation(s)*. [Rapport de recherche 11.11, Mission de Recherche Droit et Justice; CRNS; Sciences Po], Paris 2015.

<sup>23</sup> Ver: SCHNABEL, Timothy. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 19, n. 1. Malibu, CA: Pepperdine University School of Law, 2019, p. 1 e ss.

<sup>24</sup> SCHNABEL, Timothy. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 19, n. 1. Malibu, CA: Pepperdine University School of Law, 2019, p. 3.

familiares<sup>25</sup>. De fato, o direito da família é um campo ideal para o progresso do DIPr e da cooperação público-privada. Em suma, a implementação do direito fora do domínio público ou em cooperação com ele está se tornando cada vez mais importante em muitas áreas<sup>26</sup>.

### 3 IMPACTO DA DESNACIONALIZAÇÃO DO PODER ADJUDICATÓRIO

As consequências e os caminhos para a reflexão oferecidos pela descrição anterior são múltiplos. Alguns demonstram o impacto da desnacionalização do poder jurisdicional na configuração atual do DIPr. Focarei especialmente em três aspectos que certamente estão interligados: a insuficiência da adjudicação do Estado, a dependência de órgãos heteronômicos por parte dos tribunais dos Estados e o papel dos julgadores do Estado como simples "controladores".

#### A INSUFICIÊNCIA DA ADJUDICAÇÃO DO ESTADO

49

##### 1 MUDANÇA DA LÓGICA JURISDICIONAL NO DIPr

Historicamente, na era da centralidade do Estado, o DIPr era uma expressão de soberania; era uma prerrogativa dos Estados regulamentar situações relacionadas ao seu território ou a seus nacionais. Isso foi particularmente notável em questões de jurisdição<sup>27</sup>. Hoje, a abordagem é (ou, melhor, deveria ser) diferente; a jurisdição não é (exclusivamente) vista como uma prerrogativa do Estado, mas como uma função para garantir um acesso efetivo à justiça. Uma parte dessa suposição é quase nova: já o antigo instituto do *forum non conveniens* e – mais claramente – o não tão antigo instituto do *forum necessitatis* são (ou, novamente,

<sup>25</sup> Ver: HCCH. *Revised draft Practical Guide: Cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*, 4 January 2019. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/97681b48-86bb-4af4-9ced-a42f58380f82.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

<sup>26</sup> Ver as contribuições de J. BASEDOW sobre *Multiple Facets of Law Enforcement* e de G.A. BERMAN sobre *Enforcement of Legal Norms Through Private Means*, em: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds). *Enforcement and Effectiveness of the Law*. Springer: Cham, 2018, p. 3 e ss. e p. 33 e ss, respectivamente.

<sup>27</sup> Nesse sentido, a expressão “princípio de soberania” foi utilizada. PATAUT, Etienne. *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1999. Mas, ver: MILLS, Alex. Rethinking jurisdiction in international law. *The British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 1 e ss.

deveriam ser) igualmente baseados nessa lógica. Construções sobre jurisdição universal civil também tendem a seguir essa direção<sup>28</sup>. Assim, o caráter *fundamental* do direito de acesso à justiça se torna a principal base jurisdicional<sup>29</sup>, com uma extensão óbvia ao direito à implementação<sup>30</sup>. Como resultado dessa lógica, torna-se evidente que os tribunais dos Estados não podem resolver *todas* as disputas de DIPr *completamente*. Mesmo nos litígios em que, de uma maneira geral, a jurisdição de um tribunal nacional esteja disponível, apenas um tribunal diferente, com uma autoridade supranacional reconhecida, pode decidir adequadamente se um Estado violou os direitos humanos ao adjudicar disputas de DIPr.

Pode-se argumentar que, em certos casos, até a jurisdição principal deve ser alocada aos tribunais internacionais. De fato, sempre que as disputas em uma determinada matéria produzem respostas insatisfatórias nos tribunais nacionais (e, em alguns casos, também na arbitragem internacional), surgem propostas com o objetivo de criar tribunais internacionais<sup>31</sup>.

Não menos importantes são as matérias nas quais os tribunais dos Estados pareceram – de um ponto de vista geral – mal equipados em comparação com os julgadores privados. Tal afirmação não deve ser interpretada para confirmar a visão errônea segundo a qual a importância da arbitragem internacional se deve principalmente às falhas da jurisdição do Estado. O sucesso da arbitragem ocorre, simplesmente, em razão dos atores do comércio internacional a perceberem, por sua própria natureza, como mais adequada a resolver suas disputas de maneira eficiente. Entretanto, isto não é uma inferência sobre as qualidades dos tribunais nacionais. De fato, uma observação da prática dos últimos quarenta anos oferece evidência de que a arbitragem funciona melhor nos Estados cujos tribunais são considerados – de modo geral – confiáveis. As pesquisas e a impressão geral parecem demonstrar que a

50

<sup>28</sup> Entre muitos outros exemplos, veja-se a multiplicidade de comentários sobre *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, nº 10-1491 (17 de abril de 2013), da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Ver, também: BUCHER, Andreas. *La compétence universelle civile. Recueil des cours*, v. 372. 2014, p. 9 e ss.

<sup>29</sup> Esta é a lógica subjacente, por exemplo, dos Princípios sobre o Acesso Transnacional à Justiça, da Associação Americana de Direito Internacional Privado. Disponível em: <<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-PT-FINAL18.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

<sup>30</sup> Ver infra 3.3.1.

<sup>31</sup> Veja-se, por exemplo, a procura do “fórum ausente” (do inglês, “missing fórum”) em questões relacionadas à responsabilidade social das empresas. STEINITZ, Maya. *The Case for an International Court of Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. O interesse nesta questão dispensa questionamentos. O Projeto de Convenção Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos, adotado no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da ONU, está entre muitas outras iniciativas complementares. Ver, também: VAN LOON, Hans. Principles and building blocks for a global legal framework for transnational civil litigation in environmental matters. *Uniform Law Review*, v. 23, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 298-318 (propondo desenvolver o componente DIPr na Agenda 2030 das Nações Unidas: Transformando nosso mundo).

arbitragem se tornou o verdadeiro foro natural para uma vasta gama de litígios, nomeadamente de natureza comercial. Isto é confirmado pela criação de instituições arbitrais especializadas em diversos campos, como esportes, finanças, direito marítimo, arte, etc.

Mesmo em relação ao muito criticado sistema de arbitragem de litígios investidor-Estado (no inglês, *investor-state dispute settlement* – ISDS), um retorno à jurisdição “original” dos tribunais do Estado não parece ser uma opção real. De fato, tomando como ponto de partida a institucionalização desse mecanismo no âmbito do Banco Mundial, há mais de meio século, é difícil sustentar que os tribunais dos Estados continuariam sendo os melhores foros para resolver litígios de investimento envolvendo os Estados. Agora, após a assim chamada reação contra o ISDS, as propostas para superar suas detectadas falhas incluem: a criação de (um ou vários) tribunais multilaterais, uma mistura entre arbitragem e um órgão de apelação e a correção e melhoria do atual sistema de arbitragem<sup>32</sup>.

Existem muitos caminhos atraentes para a pesquisa sobre arbitragem como um mecanismo para resolver litígios de DIPr. Mesmo os bastante trilhados tópicos das relações entre tribunais arbitrais e tribunais nacionais ainda oferecem muitos pontos de interesse<sup>33</sup>. Talvez mais útil em termos de contribuição para a melhoria da solução de controvérsias do DIPr seja a pesquisa sobre a viabilidade e os limites da promoção de alguns aspectos da arbitragem nos procedimentos de adjudicação do Estado (por exemplo, flexibilidade processual e *abertura* substancial) e vice-versa (por exemplo, desenvolvimento da jurisprudência arbitral).

## 2 TENTATIVA DE REPLICAR AJDUCIDAÇÃO PRIVADA NOS TRIBUNAIS DOS ESTADOS

A tendência atual – talvez seja exagerado chamá-la de “proliferação” – de criar tribunais nos Estados com competências específicas em questões comerciais internacionais, confirma as afirmações anteriores. Os Estados perceberam que sem tribunais específicos operando sob regras e mecanismos semelhantes a arbitragens internacionais, é muito difícil submeter os casos

<sup>32</sup> Vejam-se os documentos da UNCITRAL. *Working Group III*. Disponível em: <[https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)>. Acesso em: 15 jun. 2020.

<sup>33</sup> Ver: RAU, Alan Scott. The Allocation of Power Between Arbitral Tribunals and State Courts. *Recueil des cours*, v. 390. 2010, p. 9 e ss.

aos tribunais nacionais. As experiências nacionais apresentam muitas diferenças, embora algumas características comuns possam ser identificadas<sup>34</sup>.

É improvável que esses tribunais dos Estados eliminem a opção de arbitragem<sup>35</sup>. Na melhor das hipóteses, os tribunais comerciais atuarão como foros concorrentes que, dependendo das características específicas estabelecidas pela regulamentação local, podem ser especialmente apropriados para alguns litígios. Por exemplo, eles podem ser atraentes para a solução de controvérsias com base em pequenos montantes, para as quais a arbitragem pode parecer muito custosa. Obviamente, o desafio para esses tribunais é tornar-se atraente para partes em disputa potenciais ou reais, não em comparação com a arbitragem, mas em termos gerais<sup>36</sup>.

A atividade dos tribunais comerciais internacionais ainda é incipiente. É necessário mais desenvolvimento para tirar conclusões firmes em relação à sua eficácia. Mais pesquisas podem ser realizadas sobre o fenômeno. Nesse sentido, diferentes perspectivas foram sugeridas: histórica, sociológica e geopolítica, em um intento transdisciplinar e, de caráter jurídico mais específico, questões relacionadas à “cultura processual” e ao potencial incentivo ao *forum shopping*<sup>37</sup>. Talvez também seja interessante pesquisar as condições, os prós e os contras, da proposição de tribunais nacionais sobre outras matérias (não comerciais) internacionais.

52

## B DEPENDÊNCIA DE TRIBUNAIS HETERONÔMICOS

### 1 TRIBUNAIS NACIONAIS DENTRO DE UMA ESTRUTURA JURISDICIONAL COMPLEXA

Em muitas ocasiões, as decisões tomadas pelos tribunais dos Estados nada mais são do que a aplicação dos princípios adjudicatórios estabelecidos pelos tribunais internacionais. Eu

<sup>34</sup> BOOKMAN, Pamela. The Adjudication Business. Temple University Legal Studies Research Paper, n. 2019-08, 19 February 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3338152>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>35</sup> WALKER, Janet. Specialised international courts: keeping arbitration on top of its game. *Arbitration*, v. 85, n. 1, London, 2019, p. 2 e ss. Na verdade, considerando as experiências de Londres e Nova York como precedentes da tendência atual, nenhum risco de arbitragem pôde ser encontrado.

<sup>36</sup> O paradigmático *Singapore International Commercial Court* (em português, Tribunal Comercial Internacional de Cingapura) já ouviu vários casos (disponíveis em <<https://www.sicc.gov.sg/hearings-judgments/judgments>>), mas a maioria deles foi transferida do Supremo Tribunal.

<sup>37</sup> BOOKMAN, Pamela. The Adjudication Business. Temple University Legal Studies Research Paper, n. 2019-08, 19 February 2019, p. 53-54. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3338152>>. Acesso em: 15 jul. 2020.



me referi a essa situação como uma "dependência", embora, em alguns casos, tecnicamente não exista tal coisa. Talvez seja mais apropriado rotular esse fenômeno: a integração do tribunal do Estado em uma estrutura jurisdicional supranacional. É o caso típico da UE, em que os tribunais dos Estados-membros são tribunais da UE ou, em outras palavras, os primeiros tribunais do direito da UE.

Além de qualquer tecnicidade, na verdade, vale ressaltar que em vários Estados, os tribunais nacionais não podem julgar casos de DIPr sem aplicar as noções jurídicas interpretadas pelos tribunais supranacionais. Da perspectiva oposta, pode-se dizer que há muitas decisões destes últimos que são vinculativas para os primeiros. As justificativas para essa situação variam.

Dessa forma, os tribunais de direitos humanos podem ser vistos como a resposta ao enigma de um Estado agindo simultaneamente como juiz e parte. A fim de garantir o respeito pelos direitos humanos em processos civis e, nomeadamente, conceder acesso internacional à justiça, um olhar complementar de fora é frequentemente necessário. Da mesma forma, os tribunais supranacionais são mais adequados para garantir a aplicação dos princípios da comunidade dos Estados, dadas as óbvias - e muitas vezes compreensíveis - contradições entre Estados membros. Os tribunais regionais também estão em melhor posição para interpretar uniformemente a lei aplicável, o que é uma meta essencial para o adequado funcionamento do sistema de integração.

Do ponto de vista prospectivo, vale a pena recordar a proposta de confiar à CIJ um papel ativo na interpretação de instrumentos internacionais sobre questões de DIPr. Uma ideia concreta é incluir uma cláusula opcional nas convenções do DIPr, com base no artigo 36 do Estatuto da CIJ, “desde que qualquer Estado parte da convenção reconheça como obrigatório, em relação a qualquer outro Estado parte que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da CIJ em relação à interpretação e aplicação da convenção”<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Ver: VAN LOON, Hans; DE DYCKER, Stéphanie. The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law. *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, v. 140 (One Century Peace Palace, from Past to Present). The Hague: Asser Press, 2013, capítulo III. Nota da tradutora: Esta citação foi originalmente transcrita pelo autor no inglês, e foi livremente traduzida para esta versão em português. No original: “providing that any State party to the convention recognises as compulsory, in relation to any other State party accepting the same obligation, the jurisdiction of the ICJ regarding the interpretation and application of the convention”.

## 2 DIFERENTES GRAUS DE DEPENDÊNCIA

Por mais clara que a dependência dos tribunais nacionais em relação aos internacionais seja, esta se materializa de diferentes maneiras e graus. Assim, em alguns casos, a dependência aparece como um requisito *de jure*, obrigatório. Os tribunais nacionais nada podem, senão submeterem-se ao “mandato” do tribunal “superior”. No quadro do DIPr da UE, essa dependência foi enfatizada em relação a certas ferramentas processuais inglesas<sup>39</sup>, às vezes amargamente<sup>40</sup>. No entanto, o impacto das decisões dos tribunais “superiores” nos seus correspondentes nacionais às vezes é moderado por uma reconhecida margem de apreciação para este e o incrementalismo desenvolvido por aquele (como é o caso do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos)<sup>41</sup>; de maneira mais geral, o equilíbrio entre mandatos gerais e decisões concretas é buscado pela admissão do uso de alguns critérios proporcionais<sup>42</sup>. Em outras palavras, o “mandato” pode ser um mandato de princípio, que obrigue aos tribunais do Estado a se adaptar aos fatos específicos de cada caso concreto.

Em outras situações, a dependência pode afetar a conduta das partes em litígios jurídicos pelo fato de algo que foi dado como certo seja derradeiramente excluído por causa de uma mudança repentina nos critérios até o momento seguidos pelo tribunal “superior”. A infame decisão *Achmea* do TJUE<sup>43</sup> é ilustrativa a esse respeito: embora a conclusão dos tribunais diga respeito à incompatibilidade entre o direito da UE e o ISDS no contexto particular dos tratados de investimento intra-UE, a decisão levantou algumas preocupações sérias sobre o futuro da arbitragem comercial.

As diferentes maneiras pelas quais essa dependência se manifesta com relação às questões de DIPr, o impacto concreto da dependência (que pode incluir a necessidade de reforma legislativa), e os meios para moderar esse impacto, estão entre os tópicos de pesquisa

<sup>39</sup> TJUE. C-281/02, Andrew Owusu v. N. B. Jackson, 1º de março de 2005, ECLI:EU:C:2005:120, sobre *forum non conveniens* e TJUE, C-185/07, Allianz SpA et Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc., 10 de fevereiro de 2009 ECLI:EU:C:2009:69, sobre *anti-suit injunction*, foram particularmente importantes nesse respeito.

<sup>40</sup> HARTLEY, Trevor. The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. IV. Cambridge: Cambridge University Presse, 2005, p. 813-828.

<sup>41</sup> Ver: GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 2018, v. 18, n. 3. Oxford: Oxford University Press, p. 495-515.

<sup>42</sup> Para uma abordagem crítica geral, ver: MARZAL YETANO, Antonio. La dynamique du principe de proportionnalité. Paris: IUUV, 2014.

<sup>43</sup> TJUE. C-284/16, Slowakische Republik v. Achmea BV, 6 de março de 2018, ECLI: EU:C:2018:158.



que poderiam ser desenvolvidos no diz respeito à intervenção de tribunais heteronômicos no âmbito da adjudicação em DIPr. Os tópicos relacionados a diferentes aspectos do papel potencial dos tribunais internacionais (e, principalmente, a Corte) na interpretação "autêntica" da noção contida nas convenções do PrIL, poderiam ser ainda mais considerados.

## C JULGADORES DO ESTADO COMO SIMPLES “CONTROLADORES”

### 1 SOBRE DECISÕES DE TRIBUNAIS ESTRANGEIROS E INTERNACIONAIS

Se o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras fossem entendidos como a culminação do exercício do direito humano de acesso à justiça, e não como uma mera cortesia do Estado de execução, o poder dos tribunais deste Estado “de controlar” essas decisões seria de alguma forma diminuído<sup>44</sup>. Essa situação não implica uma “automação” da execução das decisões estrangeiras, mas um escrutínio menos rigoroso destas. Nem é preciso mencionar que me refiro a situações em que nenhum instrumento internacional em matéria de reconhecimento se aplica. Por outro lado, vários instrumentos relevantes permitem diferentes tipos de reconhecimento “automático”, o que torna o controle da decisão estrangeira uma atividade superficial.

O longo caminho percorrido pela Conferência da Haia sobre o DIPr, a fim de projetar um instrumento geral que regule o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras em questões civis e comerciais, bem como o próprio conteúdo da Convenção<sup>45</sup>, mostra o quanto ainda hoje é forte a visão tradicional sobre esse assunto. Da mesma forma, em alguns países ainda é difícil, se não impossível, executar uma sentença estrangeira<sup>46</sup>. Em outros, a porta para a implementação de uma sentença estrangeira só pode ser aberta graças a um instrumento

<sup>44</sup> Ver os Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS), Artigo 7(1) “A eficácia extraterritorial das decisões é um direito fundamental, estreitamente vinculado ao direito de acesso à justiça e aos direitos fundamentais do devido processo. Portanto, os juízes e demais autoridades estatais procurarão favorecer sempre a eficácia das decisões estrangeiras ao interpretar e aplicar os requisitos que elas devem cumprir”. Veja, de maneira semelhante, embora dentro do contexto europeu, KINSCH, Patrick. Enforcement as a Fundamental Right. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, afl. 4. The Hague: TMC Asser, 2014, p. 540-544.

<sup>45</sup> HCCH. *2019 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. Disponível em: < <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

<sup>46</sup> CUNIBERTI, Gilles. Le fondement de l’effet des jugements étrangers. *Recueil des cours*, v. 394, 2018, p. 87 e ss.

internacional. Todos esses recursos são bem conhecidos. No entanto, argumento que, por mais resistente que seja a visão tradicional, ela é incompatível com uma noção de jurisdição baseada no direito fundamental a um acesso efetivo à justiça.

Além disso, a implementação das decisões dos tribunais internacionais afeta ainda mais o papel dos tribunais do Estado implementador. Como mencionado acima, em alguns casos, o “mandato” do tribunal “superior” não é suscetível a nenhum controle por tribunais estaduais “dependentes”.

## 2 SOBRE DECISÕES ARBITRAIS E CONVENÇÕES PRIVADAS

Em primeiro lugar, é cristalino que a Convenção de Nova York transformou a arbitragem internacional de uma mera opção à solução de controvérsias internacionais, na opção predominante. Mais do que isso: a mera existência da Convenção – em vigor em 164 Estados – é suficiente para garantir o cumprimento voluntário da imensa maioria dos julgamentos arbitrais existentes em todo o mundo; isto é, sem necessidade de intervenção judicial. Em segundo lugar, sempre que uma parte busca a execução perante um tribunal nacional, a sentença é cumprida na grande maioria dos casos. Ou seja, temos, de fato, um número reduzido de casos em que as partes vão aos tribunais para solicitar a execução de uma sentença. E o número de casos em que questões “clássicas” de direito internacional privado surgirão é ainda menor. Em terceiro lugar, deve-se mencionar os motivos da recusa de execução ou de impugnação de uma sentença, que estão bastante padronizados devido ao forte impacto da Convenção de Nova York e la Lei Modelo da UNCITRAL. Por fim, as referências da Convenção ao DIPr tradicional são explicadas pelo contexto histórico em que a Convenção foi adotada. De fato, há sessenta anos atrás o paradigma conflitual Estado-cêntrico ainda prevalecia em relação à arbitragem internacional (que ainda não havia entrado em sua era moderna).

Embora os requisitos específicos sejam diferentes, a própria estrutura adotada pelo Artigo V da Convenção de Nova York é replicada no Artigo 5 da Convenção de Cingapura de 2019 sobre a Execução de Acordos de Mediação. Concretamente, um pedido de reparação só pode ser recusado pela autoridade competente se a parte contrária demonstrar que um dos motivos incluídos no artigo 5º, nº 1 está presente. Do mesmo modo, a autoridade competente pode recusar-se a conceder reparação por motivos de ordem pública ou quando o objeto da controvérsia não puder ser resolvido por mediação.

No que diz respeito às sentenças de ISDS, proferidas no âmbito do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (no inglês, *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* – ICSID), sabe-se que o artigo 54 (1) da Convenção do ICSID determina a execução direta das obrigações pecuniárias impostas pela sentença no território de cada Estado parte "como se fosse uma sentença final de um tribunal naquele Estado". Esta disposição pode parecer irrelevante ao discurso sobre a desnacionalização do DIPr, mas não é. Em primeiro lugar, muitas sentenças do ICSID envolvem aspectos do DIPr. Em segundo lugar, existe de fato uma jurisdição arbitral exclusiva sobre esse assunto. Em terceiro lugar, a arbitragem do ICSID representa aproximadamente mais de 60% da solução de controvérsias entre investidores e Estados. E, em quarto lugar, a Convenção do ICSID foi assinada por 163 Estados e está em vigor em 155 deles<sup>47</sup>. Ademais, deixando de lado algumas iniciativas para eliminar qualquer tipo de mecanismo de solução de controvérsias entre investidores e Estados, observa-se que as propostas para a reforma do ISDS, assim como a maioria dos instrumentos concluídos recentemente – mesmo aqueles que se baseiam na criação de tribunais internacionais – incluem a execução direta das decisões internacionais nos Estados partes<sup>48</sup>.

57

Tudo isso mostra que o caráter nacional da implementação do direito, quando considerada a arbitragem, é bastante formal. Na realidade, os implementadores são principalmente as partes envolvidas na arbitragem. Nesse contexto, um tópico para análise mais aprofundada seria a consideração sobre em que medida os agentes privados devem cumprir os requisitos públicos, como a conformidade com a ordem pública internacional.

#### IV UMA PALAVRA EM CONCLUSÃO – CONTEÚDO E ENSINO DO DIPr

A era de um DIPr construído sob o fundamento *exclusivo* do Estado terminou. Mais do que isso: dificilmente pode-se argumentar que o Estado é sempre o *centro* de toda a estrutura do DIPr. Este pode ser o caso em algumas específicas questões, mas, em outras, o papel do Estado é no máximo periférico. A produção e a implementação, assim como, em última análise, a eficácia do DIPr, dependem consideravelmente de atores não estatais. Nomeadamente, ainda

<sup>47</sup> ICSID. *Database of Member States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Member-States.aspx>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

<sup>48</sup> UNCTAD. *Investment Policy Hub - Most Recent Treaties*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>>. Acesso em: 13 jun. 2020.



que sejam feitas duras críticas à arbitragem e à sua legitimidade, é provável que esta mantenha seu papel de destaque no DIPr por muito tempo.

Por mais óbvio que seja o impacto do exposto neste estudo, o conhecimento acadêmico em DIPr – tanto em livros, quanto em cursos universitários – permanece em grande parte ligado ao paradigma do Estado-centrismo. Dessa forma, uma parte considerável do verdadeiro DIPr é mantida fora das discussões de especialistas e longe do acesso dos recém-chegados. Esta é uma fonte lamentável de mal-entendidos.

A aplicação da *soft law* às relações privadas internacionais e a adjudicação não-estatal são partes do DIPr com crescente relevância. Não há justificativa válida para negligenciar este fato, e considerá-lo mero elemento externo, com eventual impacto no DIPr. Conseqüentemente, as propostas para abordar a evolução futura do DIPr como uma ferramenta para promover a governança global (como os esforços para vincular o DIPr à Agenda 2030 da ONU) não devem ignorar o papel fundamental da adjudicação privada e da implementação privada do direito.

## REFERÊNCIAS

BASEDOW, Jürgen. The Multiple Facets of Law Enforcement. In: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds.). *Enforcement and Effectiveness of the Law: La mise en oeuvre et l'effectivité du droit*. Cham, Switzerland: Springer, 2018. p. 3-32.

BEAUMONT, Paul; WALKER, Lara. Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention. In: *A Commitment to private international law - Essays in honour of Hans van Loon*. Cambridge: Intersentia, 2013. p. 17-30.

BERMANN, George A. *Enforcement of Legal Norms Through Private Means*. In: ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Eds). *Enforcement and Effectiveness of the Law*. Springer: Cham, 2018. p. 33-41.

BOOKMAN, Pamela. The Adjudication Business. Temple University Legal Studies Research Paper, n. 2019-08, 19 February 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3338152>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BORN, Gary. BITS, BATS and butts: reflections on international dispute resolution. Disponível em: <[www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared\\_Content/Editorial/News/Documents/BITS-BATs-and-Buts.pdf](http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/BITS-BATs-and-Buts.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BUCHER, Andreas. La compétence universelle civile. *Recueil des cours*, v. 372. 2014. 127 p.

CORDERO MOSS, Giuditta; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. Private International Law and International Commercial Arbitration – A Dialogue about the Usefulness and Awareness of the Former for the Latter. In: RUIZ ABOU-NIGM, Verónica; NOODT TAQUELA, Maria Blanca. *Diversity and Integration in Private International Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019. p. 310-324.

CUNIBERTI, Gilles. Le fondement de l'effet des jugements étrangers. *Recueil des cours*, v. 394. 2018. 197 p.

CUNIBERTI, Gilles. *Rethinking International Commercial Arbitration. Towards Default Arbitration*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. 246 p.

DE BOER, T. M. Living Apart Together: the relationship between public and private international law. *Netherlands International Law Review*, v. 57, n. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 183-207.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Trans-boundary Private Relationships. In: *Eppur si muove: the age of uniform law : essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). p. 251–272.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P; MBENGUE, Makane Moïse. Public and Private International Law in International Courts and Tribunals – Evidences of an Inescapable Interaction. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 56. New York: Columbia University, 2018. p. 797-854.

FRANZINA, Pietro. *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion I/13*. Cambridge: Intersentia, 2017. 226 p.

GERARDS, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 2018, v. 18, n. 3. Oxford: Oxford University Press. p. 495- 515.

HARTLEY, Trevor. The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. IV. Cambridge: Cambridge University Presse, 2005. p. 813-828.

HCCH. *2019 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. Disponível em: < <https://www.hcch.net/em/instruments/conventions/full-text/?cid=137>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

HCCH. *Revised Draft Practical Guide: Cross-border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*, 4 January 2019. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/97681b48-86bb-4af4-9ced-a42f58380f82.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ICSID. *Database of Member States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Member-States.aspx>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire IDI – Séssion de Hyderabad 2017*, vol. 78, p. 215 e ss. Disponível em < <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2018/12/8.-séances-plénières-Basedow.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. La codificación y la normatividad del soft law en el arbitraje internacional. In: BASEDOW, Jürgen; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P; MORENO RODRÍGUEZ, José A. *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Asunción, Londres: CEDEP, La Ley & Thomson Reuters, 2010. p. 107-127.

KINSCH, Patrick. Enforcement as a Fundamental Right. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, afl. 4. The Hague: TMC Asser, 2014. p. 540-544.

KOLB, Robert. *The International Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013. 1307 p.

LOQUIN, Eric. Les règles matérielles internationales. *Recueil des cours*, v. 322. 2006. 238 p.

MARZAL YETANO, Antonio. *La dynamique du principe de proportionnalité*. Paris: IUV, 2014. 560 p.

MILLS, Alex. Rethinking jurisdiction in international law. *The British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 183-239.

MERCOSUL. Opinião Consultiva 1/2007, de 3 de abril de 2007, sobre a aplicação do Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, de 2004. Disponível em: <[http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon\\_01\\_2007\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf)>. Acesso em 15 jun. 2020.

PATAUT, Etienne. *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1999. 517 p.

RAU, Alan Scott. The Allocation of Power Between Arbitral Tribunals and State Courts. *Recueil des Cours*, v. 390. 2010. 400 p.

SANDS, Phillipe. Reflections on International Judicialization. *European Journal of International Law*, v. 27, n. 4. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 885-900.

SCHNABEL, Timothy. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 19, n. 1. Malibu, CA: Pepperdine University School of Law, 2019. p. 1-60.

STEINITZ, Maya. *The Case for an International Court of Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. 242 p.



TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland, 6 July 2010, App. No. 41615/07, para. 141. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/FRE?i=001-99817>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*. Disponível em: <[https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration)>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNCITRAL. *Working Group III*. Disponível em: <[https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNCTAD. *Investment Policy Hub - Most Recent Treaties*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

VAN LOON, Hans. Principles and building blocks for a global legal framework for transnational civil litigation in environmental matters. *Uniform Law Review*, v. 23, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 298-318.

VAN LOON, Hans; DE DYCKER, Stéphanie. The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law. *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, v. 140 (One Century Peace Palace, from Past to Present). The Hague: Asser Press, 2013. p. 73-119.

WALKER, Janet. Specialised international courts: keeping arbitration on top of its game. *Arbitration*, v. 85, n. 1. London, 2019. p. 2-23

ZIMMERMAN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian; TAMS, Christian J (Ed.). *The Statute of the International Court of Justice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 1808 p.

Submissão: 15/06/2020

Aceito para Publicação: 15/06/2020

