



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Guilherme Moulin Simões Penalva Santos

**A autonomia da vontade nos contratos internacionais: a cláusula de eleição  
de lei no direito brasileiro**

Rio de Janeiro

2010

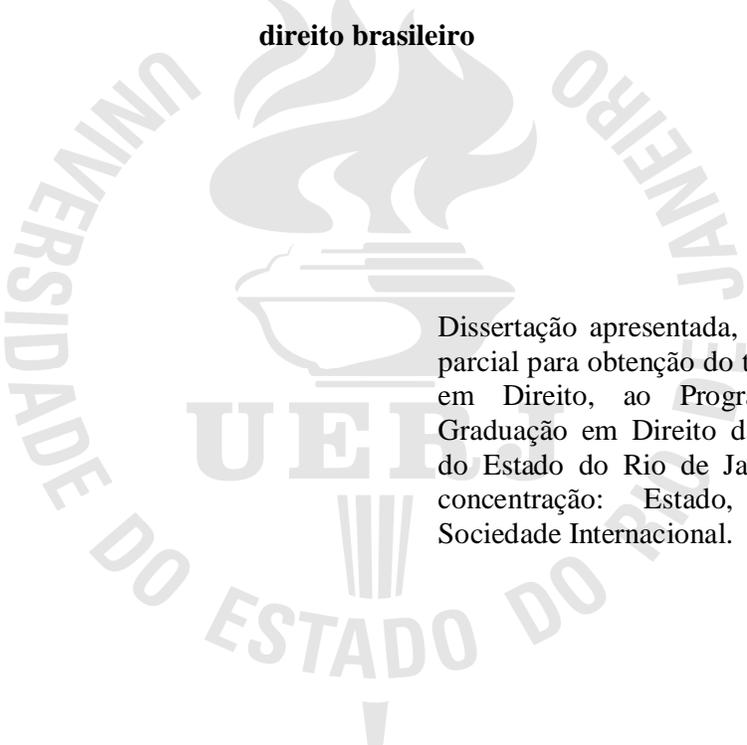
# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Guilherme Moulin Simões Penalva Santos

**A autonomia da vontade nos contratos internacionais: a cláusula de eleição de lei no direito brasileiro**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Carmen Beatriz de Lemos Tibúrcio Rodrigues

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S237a Santos, Guilherme Moulin Simões Penalva.

A autonomia da vontade nos contratos internacionais : a cláusula de eleição de lei no direito brasileiro / Guilherme Moulin Simões Penalva Santos - 2010.  
157 f.

Orientador: Carmen Beatriz de Lemos Tibúrcio Rodrigues.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Autonomia - Teses. 2. Vontade (Direito) - Teses. 3. Contratos – Teses.  
I. Tibúrcio, Carmen. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.1131

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Guilherme Moulin Simões Penalva Santos

**A autonomia da vontade nos contratos internacionais: a cláusula de eleição de lei no  
direito brasileiro**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Aprovado em: 07 de dezembro 2010.

Banca examinadora:

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Carmen Beatriz de Lemos Tibúrcio Rodrigues (Orientadora)  
Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marilda Rosado de Sá Ribeiro  
Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Lauro da Gama e Souza Jr.  
Faculdade de Direito da PUC-Rio

Rio de Janeiro  
2010

## DEDICATÓRIA

Ao meu irmão Eduardo, em memória,  
pelo amor fraterno. O tempo vai  
amenizando a dor da ausência, mas deixa  
a saudade pelos momentos alegres que  
vivemos.

## AGRADECIMENTOS

Muitos contribuíram para a realização deste trabalho. Alguns o fizeram mediante críticas e sugestões ao projeto e à dissertação, ao passo que outros colaboraram me dando paz de espírito e acalmando o meu coração para que eu pudesse escrever este trabalho. A todos, o meu muito obrigado. Gostaria de agradecer nominalmente a cada um, contudo isso não seria possível. Aos que ajudaram, mas que não foram explicitamente citados, peço a compreensão pela falta.

Aos meus pais, os quais sempre me apoiaram nas minhas escolhas e me deram todo o suporte, afetivo e material, que me permitiu progredir pessoal e profissionalmente.

À Priscila, minha namorada e companheira, que sempre esteve ao meu lado quando precisei. A ela agradeço também pelas trocas jurídicas e acadêmicas, que nos possibilitaram amadurecer juntos, profissionalmente e em nossos respectivos mestrados.

À minha família, em especial aos meus primos, com quem tanto estreitei laços nos últimos tempos.

À professora Carmen Tiburcio, minha orientadora neste trabalho, pelas críticas e sugestões. Agradeço, em especial, por ter me estimulado ao desafio de pesquisar outros aspectos da autonomia da vontade, como a extensão da escolha de lei.

À professora Marilda Rosado, que me permitiu participar do seu grupo de estudos de direito internacional junto aos seus alunos da graduação. Esta foi uma experiência muito valiosa que me deu ótima base para, posteriormente, iniciar meus estudos no mestrado.

À professora Nadia de Araujo pelos interessantes debates acerca da autonomia da vontade no DIPr e por todo material bibliográfico disponibilizado, tendo sido a maior parte essencial para esta dissertação.

Aos colegas da pós-graduação da UERJ pelo companheirismo ao longo do curso e pelos ricos debates durante as aulas.

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram com este trabalho.

## RESUMO

SANTOS, Guilherme Moulin Simões Penalva. *A autonomia da vontade nos contratos internacionais: a cláusula de eleição de lei no direito brasileiro*. 2010. 157f. Dissertação (Mestrado em Estado, Processo e Sociedade Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

O presente trabalho aborda, da perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, a cláusula de eleição de lei nos contratos internacionais. Para isso, dividimos este estudo em três partes. Na primeira, tratamos das premissas fundamentais do nosso objeto. Na segunda, abordamos especificamente a escolha de lei no Brasil. Na terceira, versamos sobre as propostas de reforma da legislação brasileira e tecemos alguns comentários a título de conclusão. Na primeira parte abordamos (i) aspectos gerais dos contratos internacionais, (ii) o princípio da autonomia da vontade, (iii) os limites à aplicação da lei estrangeira e (iv) como a escolha de lei é disciplinada na Europa e nos EUA. Na segunda parte deste trabalho, examinamos a cláusula de eleição de direito aplicável de acordo com o sistema jurídico pátrio. Em seguida, estudamos a extensão da autonomia da vontade dos contratantes. Na última parte, em vista das conclusões obtidas nos capítulos anteriores, verificamos a necessidade de reforma da legislação brasileira para adequá-la aos padrões internacionais.

**Palavras-Chave:** Autonomia da vontade. Escolha de lei. Contratos internacionais. Limites da autonomia da vontade.

## ABSTRACT

SANTOS, Guilherme Moulin Simões Penalva. *A autonomia da vontade nos contratos internacionais: a cláusula de eleição de lei no direito brasileiro*. 2010. 157f. Dissertação (Mestrado em Estado, Processo e Sociedade Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

The purpose of this paper is to analyze, from the perspective of the Brazilian legal system, the choice of law clause in international contracts. We divide this work in three parts. In the first one, we examine some general important issues related to our subject. In the second one, we specifically discuss the choice of law according to the Brazilian law. In the last part, we examine some proposals to update the Brazilian legal system. In the first part, we discuss (i) general aspects of international contracts, (ii) the principle of party autonomy, (iii) limitations to apply a foreign law and (iv) how the choice of law is set forth in Europe and the USA. In the second part, we analyze the choice of law clause under Brazilian law. Afterwards, we investigate the extension of party autonomy. In the last part, due to the conclusions of the previous chapters, we verify the need for an update of the Brazilian legislation to meet international standards.

**Keywords:** party autonomy; choice of law; international contracts; limits to party autonomy.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
1.	<b>CONTRATOS INTERNACIONAIS</b> .....	13
1.1.	<b>Conceito de contratos internacionais</b> .....	13
1.2.	<b>Distinções básicas entre os contratos internacionais e os internos</b> .....	16
1.2.1.	Aspectos culturais .....	17
1.2.2.	Aplicação da lei ao contrato .....	18
1.2.3.	Soluções de conflitos .....	28
2.	<b>O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE</b> .....	33
2.1.	<b>Conceituação e breve histórico do princípio</b> .....	33
2.2.	<b>Fundamentos da autonomia da vontade</b> .....	38
2.3.	<b>Importância da escolha de foro para se garantir eficácia à escolha de lei</b> .....	41
3.	<b>OS LIMITES À APLICAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA</b> .....	45
3.1.	<b>Ordem pública</b> .....	45
3.2.	<b>Normas de aplicação imediata</b> .....	52
4.	<b>NOTAS SOBRE A ESCOLHA DE LEI NA EUROPA E NOS EUA</b> .....	57
4.1.	<b>A escolha de lei na Europa</b> .....	57
4.2.	<b>A escolha de lei nos EUA</b> .....	66
4.3.	<b>Comparação entre os sistemas europeu e estadunidense</b> .....	69
5	<b>O PANORAMA JURÍDICO NACIONAL E DIVERGÊNCIAS SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE NO BRASIL</b> .....	77
5.1.	<b>Cenário até 1942</b> .....	77
5.2.	<b>Cenário pós LICC de 1942</b> .....	79
6.	<b>A ELEIÇÃO DE LEI EM ARBITRAGEM</b> .....	93
6.1.	<b>Introdução</b> .....	93
6.2.	<b>Escolha do direito aplicável</b> .....	96

6.3.	<b>Aplicação da equidade e do direito não estatal.....</b>	98
6.4.	<b>Direito aplicável na ausência de escolha pelas partes.....</b>	101
6.5.	<b>Validade da eleição de lei em arbitragens internas .....</b>	103
6.6.	<b>Conclusão do capítulo.....</b>	107
7.	<b>A EXTENSÃO DA ESCOLHA DE LEI.....</b>	110
7.1.	<b>A escolha de lei no âmbito da LICC.....</b>	112
7.2.	<b>Particularidades sobre a extensão da lei em sede de arbitragem.....</b>	129
7.3.	<b>Considerações finais do capítulo .....</b>	130
8.	<b>PROPOSTAS DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....</b>	132
8.1.	<b>Anteprojeto de autoria de Haroldo Valladão .....</b>	132
8.2.	<b>Projeto de lei nº 4.905/1995.....</b>	134
8.3.	<b>Projeto de lei complementar nº 243/2002.....</b>	136
8.4.	<b>Projeto de lei complementar nº 269/2004.....</b>	137
8.5.	<b>Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais.....</b>	137
8.6.	<b>Sugestões de <i>lege ferenda</i> .....</b>	141
9.	<b>CONCLUSÃO .....</b>	144
	<b>REFERÊNCIA.....</b>	150

## INTRODUÇÃO

A cada ano a globalização se torna mais intensa e as fronteiras entre os países não representam mais limites à atuação das pessoas e das empresas. Assiste-se, com uma frequência cada vez maior, a procura de parceiros comerciais em diferentes países, obrigações prestadas fora dos limites dos Estados e a ampliação do comércio exterior. A globalização se mostra como um fenômeno irreversível e o crescente relacionamento entre os agentes de diferentes Estados traz como consequência a interação entre os ordenamentos jurídicos nacionais.

No plano internacional, para tornar tal processo cada vez mais harmônico, há décadas se aceita que as partes elejam o direito a reger o seu contrato. Desta forma, os Estados não impõem esta ou aquela norma como obrigatória para comandar o pacto firmado, mas sim outorgam às partes a liberdade de escolher o regramento aplicável. Naturalmente, mesmo nestes países, quando os contratantes nada optam, há regras de conexão que indicam o direito aplicável. Todavia, tratam-se de normas de aplicação subsidiária, ou seja, se aplicam na ausência de escolha pelas partes.

O Brasil, por outro lado, que tanto gosta de se inspirar do que vem de fora, neste caso não seguiu os modelos estrangeiros. Desde 1942 adotamos uma legislação extremamente simplista que em muito dificulta a autonomia das partes na determinação da legislação aplicável.

Assim, o presente trabalho visa abordar, da perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, a cláusula de eleição de lei nos contratos internacionais. Para isso,

dividimos este estudo em três partes: (i) na primeira, trataremos das premissas fundamentais do nosso objeto, (ii) na segunda, abordaremos especificamente a escolha de lei no Brasil e (iii) na terceira, versaremos sobre as propostas de reforma da legislação brasileira e teceremos alguns comentários a título de conclusão.

Entre os pressupostos básicos do nosso estudo, está a conceituação do que sejam contratos internacionais e a identificação dos elementos que distinguem os contratos internos dos internacionais, bem como a análise das repercussões práticas de tal distinção.

Em seguida, examinaremos o princípio da autonomia da vontade para a escolha de lei. Faremos um breve histórico do princípio, o conceituaremos e dissertaremos sobre os seus fundamentos. Ainda neste capítulo, trataremos da importante relação entre as cláusulas de foro e de lei, sendo esta última o meio pelo qual a autonomia é exercida, e de como conjugar estes dispositivos para se garantir maior eficácia à escolha do direito aplicável.

Após, examinaremos os limites à aplicação da lei estrangeira. Constataremos que nem sempre a lei escolhida pelas partes, ou aquela indicada pelas regras de conexão, será aplicada. As duas clássicas restrições são a exceção da ordem pública e as normas de aplicação imediata.

Como último ponto a ser tratado nesta parte inicial do trabalho, faremos algumas considerações sobre a escolha de lei na Europa e nos Estados Unidos e compararemos estes sistemas. Esta análise será importante para, posteriormente, demonstrar o descompasso do direito internacional privado brasileiro em relação àqueles ordenamentos vigentes nesses Estados.

Feito isso, iniciaremos a segunda parte deste trabalho, isto é, examinaremos a cláusula de eleição de direito aplicável de acordo com o sistema jurídico pátrio. Neste diapasão, abordaremos, da perspectiva do direito brasileiro, a possibilidade das partes designarem o direito para reger um contrato conectado com mais de um Estado. Para isso, será preciso tratar da evolução das regras de conexão brasileiras e perceberemos que se trata de antiga controvérsia no nosso sistema jurídico. O nosso estudo será feito tendo em vista não apenas a Lei de introdução ao Código Civil, mas também a regra especial presente na nossa Lei de Arbitragem. Verificaremos que hoje no Brasil convivem dois sistemas distintos quanto à matéria, um anacrônico previsto na lei introdutória de 1942 e outro moderno disposto na Lei nº 9.307/96.

Ainda nesta segunda parte do trabalho, investigaremos interesse questão ainda pouco explorada pela doutrina: a extensão da escolha de lei. Estudaremos os limites desta escolha e o alcance da autonomia da vontade das partes.

Após a análise das questões acima referidas, passaremos a última parte deste trabalho. Nesta, em vista das conclusões que obteremos nos capítulos anteriores, verificaremos a necessidade de reforma da legislação brasileira para adequá-la aos padrões internacionais. Para isso, analisaremos alguns projetos e nos posicionaremos acerca da melhor forma de se alterar a nossa legislação.

Por fim, teceremos alguns comentários finais a título de conclusão.

## 1. CONTRATOS INTERNACIONAIS

### 1.1. Conceito de contratos internacionais

Para iniciar este estudo, é preciso definir o que seja um contrato internacional. Esta, porém, não é uma tarefa fácil e, como veremos adiante, há divergências sobre o seu conceito. O tema foi pela primeira vez tratado pela Corte de Cassação de França em 1927, conforme relata Jacob Dolinger<sup>1</sup>. Aplicou-se um critério econômico para se verificar a “internacionalidade” do contrato, o que seria feito por meio da identificação da presença de um “fluxo e refluxo [de bens, direitos ou créditos] através das fronteiras”. Portanto, caso houvesse a importação ou a exportação de mercadoria ou valores, ficaria configurado o contrato como internacional. De acordo com a Corte de Cassação Francesa:

O contrato deve provocar um movimento de fluxo e refluxo sobre as fronteiras, com conseqüências recíprocas num país e noutro. É, por exemplo, objeto de um pagamento internacional o contrato de compra e venda comercial que envia mercadorias de um país a outro e, em seguida, o montante do preço, do segundo ao primeiro<sup>2</sup>.

Ainda na Corte de Cassação francesa surgiram mais duas concepções do que seriam estas modalidades contratuais especiais. A segunda formulação caracteriza o contrato internacional quando “põe em jogo os interesses do comércio internacional”. Esta, porém, foi considerada muito imprecisa e limitava por demais o conceito. A terceira formulação, por sua vez, entendia que contrato internacional seria todo aquele que ultrapassa a economia interna.

Diferentemente do conceito de contrato internacional obtido através de um prisma econômico, tal como acima mencionado, também é possível defini-lo por meio da ótica jurídica. Nesse sentido, sustenta Henri Batiffol:

---

<sup>1</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional*, vol. II - *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 224.

<sup>2</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional*, vol. II - *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 224.

Quando pelos atos relativos à sua contratação ou sua execução, ou à situação das partes quanto à sua nacionalidade ou seu domicílio, ou à localização de seu objeto, tem laços com mais de um sistema jurídico<sup>3</sup>.

Desta forma, na mesma linha de Batiffol, alguns doutrinadores começaram a sustentar que os contratos são classificados como internacionais quando há algum elemento de estraneidade na relação jurídica.

De acordo com Nadia de Araujo, o “que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento [de estraneidade] que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos”<sup>4</sup>. Entende-se como elemento de estraneidade, a título de exemplo, a nacionalidade estrangeira de um dos contratantes, a existência de contratante domiciliado no exterior, o pagamento em moeda estrangeira, o pagamento no exterior ou simplesmente o cumprimento da obrigação principal no exterior.

De maneira similar, Irineu Strenger defende que contratos internacionais são aqueles ligados a mais de um ordenamento jurídico, por meio da existência de elementos de estraneidade, tais como “o domicílio, a nacionalidade, a *lex voluntatis*, a localização da sede, o centro de principais atividade, e até a própria conceituação legal”<sup>5</sup>.

No plano do direito convencional, isto é, dos tratados e acordos internacionais, notamos uma situação inusitada. Muito embora diversas convenções abordem os contratos internacionais, poucas delas os definem. Não culpamos o legislador convencional, pois entendemos a dificuldade de se prever todas as situações de conexão que levariam à caracterização de um

---

<sup>3</sup> Apud DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional*, vol. II - *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 224.

<sup>4</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira* – 3ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pag. 346.

<sup>5</sup> STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*, 4ª ed. São Paulo, LTr, 2003, pag. 34.

contrato como internacional. Ademais, frise-se que podem surgir situações particulares que liguem duas ou mais ordens jurídicas. Portanto, ao não se conceituar o que sejam contratos internacionais, estas convenções não se tornarão obsoletas caso surjam outras situações em que fique configurado um contrato como internacional.

Por outro lado, há convenções internacionais que optaram por definir o termo. Neste sentido, a Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias de 1986 dispõe em seu artigo 1º:

Esta convenção determina a lei aplicável aos contratos de venda de mercadorias:

- (a) quando as partes têm seu estabelecimento em Estados distintos;
- (b) em todos os outros casos em que a situação enseja um conflito entre as leis de diferentes Estados.

Desta forma, percebemos que esta convenção adotou um sistema misto. Na letra “a” definiu de forma clara e precisa o conceito, mas na letra “b” estabeleceu uma cláusula geral. Vale ressaltar que a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais firmada em 1994 no México seguiu orientação muito similar. Transcrevemos o artigo 1º desta convenção:

Esta Convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais.

Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte.

Em relação à jurisprudência brasileira, não encontramos muitos julgados a respeito. Todavia, nas decisões examinadas percebemos que não há consenso no tocante à definição de contrato internacional. A esse respeito, vejamos o voto do Min. Cláudio Santos no REsp nº 616-RJ:

Não são apenas fatores geográficos ou relativos ao domicílio das partes que o caracterizam como contrato internacional, em oposição aos contratos internos, mas, sobretudo, a finalidade do contrato, ou seja, o transporte marítimo de país a país, portanto, transnacional, atividade econômica de apoio, principalmente, aos contratos de compra e venda entre pessoas de nacionalidade diversas, sujeitas a sistemas jurídicos diferentes, que acabam por vincular-se pela vontade das partes<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Resp 616-RJ, relator Min. Cláudio Santos e relator para o acórdão Min. Gueiros Leite, 3ª Turma, D.J. 24.04.1990.

Diante deste quadro de indefinição, do qual o Brasil certamente não está isolado, vale citarmos a opção tomada pelos redatores dos Princípios do UNIDROIT, os quais tornaram o conceito de contrato internacional o mais amplo possível. Apenas estão excluídos do conceito de contratos internacionais aqueles em que todos os elementos relevantes do contrato estejam ligados a apenas um país. Neste sentido, citamos o comentário ao Preâmbulo dos Princípios do UNIDROIT:

A característica internacional de um contrato pode ser definida de várias formas. As soluções adotadas pelas legislações nacionais e internacionais variam da referência ao local dos negócios ou residência habitual das partes em diferentes países a adoção de um critério mais geral como o contrato tendo “relações significativas com mais de um Estado”, “envolvendo a escolha de leis de diferentes Estados”, ou “afetando os interesses do comércio internacional”.

Os Princípios não determinam expressamente nenhum desses critérios. A presunção, todavia, é que ao conceito de “contrato internacional” deve ser dada a interpretação mais ampla possível, para apenas excluir aquelas situações onde não há nenhum elemento internacional envolvido, isto é, quando todos os elementos importantes do contrato em questão estão conectados a apenas um país.<sup>7</sup>

Mesmo havendo divergência quanto o que faria um contrato extrapolar os limites da órbita jurídica doméstica e o configuraria como internacional, concordamos com o posicionamento de que basta a existência de um elemento de estraneidade que ligue o contrato a dois ordenamentos jurídicos diferentes para que este possa ser classificado como internacional. Adotamos este critério, pois julgamos que este é objetivo e, logo, garante maior segurança jurídica às partes contratantes.

## 1.2. Distinções básicas entre os contratos internacionais e os internos

---

<sup>7</sup> Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf>>. Visita em 26.06.2009. Tradução livre. Consta na versão em inglês: “The international character of a contract may be defined in a great variety of ways. The solutions adopted in both national and international legislation range from a reference to the place of business or habitual residence of the parties in different countries to the adoption of more general criteria such as the contract having “significant connections with more than one State”, “involving a choice between the laws of different States”, or “affecting the interests of international trade”.

The Principles do not expressly lay down any of these criteria. The assumption, however, is that the concept of “international” contracts should be given the broadest possible interpretation, so as ultimately to exclude only those situations where no international element at all is involved, i.e. where all the relevant elements of the contract in question are connected with one country only”.

Uma vez analisado o conceito de contrato internacional, cabe-nos justificar a relevância da distinção entre os contratos internacionais e os internos. Sem a menor margem de dúvida, podemos afirmar que diversas são as razões desta diferenciação e, para fins deste trabalho, podemos classificá-las como (i) culturais, (ii) da aplicação da lei ao contrato e (iii) relativas às soluções de conflitos.

### 1.2.1. Aspectos culturais

O aspecto cultural talvez seja o mais evidente e, assim, o mais fácil de explicarmos. Um contrato doméstico é celebrado dentro dos lindes de um determinado país e está, em regra, inserido dentro de um único contexto cultural. Logo, não há barreiras lingüísticas nem diferença de costumes que possam atrapalhar as partes e a unidade cultural facilita a negociação e a execução do contrato.

Os contratos internacionais, por outro turno, lidam com uma realidade bem mais complexa. Frequentemente, as partes são de diferentes países e pode haver grandes diferenças culturais entre elas. Para ilustrar e melhor explicar o problema, tomemos como exemplo um acordo celebrado entre um chinês e um brasileiro. A primeira e mais evidente dificuldade que se imporá será o idioma. Como poucos brasileiros dominam o mandarim e igualmente poucos chineses falam o português, o contrato terá que ser negociado e celebrado em um idioma comum às partes. Para este fim, normalmente o inglês é adotado. Todavia, cabe ressaltar que o inglês não é a língua materna de nenhuma das partes, o que pode causar sérios empecilhos e muitas vezes equívocos. Não é difícil admitir que muitos contratos deixem de ser assinados não porque não haja entre as partes um interesse comum na sua celebração, mas porque não se consegue revelar esse interesse comum em função das barreiras lingüísticas.

Da mesma forma, as diferentes práticas comerciais e empresariais podem representar um sério entrave. Para se assinar um contrato é preciso atingir um consenso, o que por vezes não é uma tarefa fácil. Desta forma, é importante investigar e explorar os reais interesses das partes envolvidas e, para isso, é fundamental conhecer e saber lidar com as particularidades da cultura da outra parte. Assim, deve-se buscar assistência junto a pessoas familiarizadas com as práticas comerciais do outro país, sob pena de se poder perder uma boa oportunidade de negócio.

### 1.2.2. Aplicação da lei ao contrato

Depois de termos passado pela análise do reflexo das questões culturais nos contratos internacionais, devemos partir para o estudo da lei aplicável a estes. Ressaltamos que esta é uma questão exclusiva dos contratos internacionais, uma vez que os contratos domésticos, por estarem ligados a apenas um único ordenamento jurídico, são regidos por uma única legislação.

Contudo, vale frisar que mesmo nos contratos domésticos por vezes encontramos um conflito de leis, isto é, dúvidas em saber qual delas aplicar. Este conflito é resolvido pelos critérios da especialidade, hierarquia e temporalidade. Este conflito, todavia, não se confunde com o conflito de leis de que trata o direito internacional privado (“DIPr”). Este último trata de um conflito que precede o conflito do direito interno, qual seja, saber o direito de qual país aplicar. Uma vez definido, conforme as regras do DIPr, qual direito<sup>8</sup> aplicar, é que eventualmente podemos chegar em um conflito de normas no plano interno.

---

<sup>8</sup> Vale destacar que nem sempre o direito aplicado é aquele de um determinado país. Em certas circunstâncias, as partes podem escolher um direito de fonte não-estatal, tal como os Princípios do UNIDROIT.

Em suma, não se deve confundir o conflito de leis no plano internacional com o conflito de leis no plano interno. Enquanto o primeiro é solucionado pelas normas de DIPr, o segundo é resolvido pelos critérios da especialidade, hierarquia e temporalidade.

Passemos, então, a tratar do conflito de leis no plano internacional.

Uma das primeiras providências a serem tomadas em um contrato internacional é conhecer as leis dos países aos quais o contrato está conectado. É preciso dominar bem as normas dos diferentes Estados, tanto porque os contratantes podem ter interesse em eleger determinada lei, quanto porque as normas de DIPr dos países podem determinar a aplicação de uma dessas leis.

Trataremos agora do papel das normas de DIPr e deixaremos para abordar mais adiante a questão sobre a possibilidade das partes elegerem o direito estrangeiro para reger o seu contrato.

Primeiramente, cumpre destacar que, diferente do que possa parecer, o DIPr não é um ramo do direito privado, tampouco do internacional. A doutrina majoritária considera o DIPr um ramo do direito interno de cada país, haja vista que a sua principal fonte é a lei interna. Esta afirmação nos parece correta, uma vez que a nossa principal norma sobre o assunto é a Lei de Introdução ao Código Civil (“LICC”) de 1942. O DIPr também não é propriamente um ramo do direito privado, pois versa igualmente de questões de direito processual, administrativo e penal. Em verdade, embora haja um tendência em classificar o DIPr como um ramo do direito público, ele não se encaixa nem como um ramo do direito privado nem como um ramo do

direito público<sup>9</sup>. Trata-se, mais propriamente, de um sobredireito, isto é, um conjunto de normas que indica qual direito aplicar.

Convém comentar que há muita controvérsia acerca do objeto do DIPr, tal como adverte Cláudia Lima Marques<sup>10</sup>. Além do conflito [internacional] de leis, campo mais amplo da matéria, muitos autores incluem no objeto do DIPr o estudo da nacionalidade, dos direitos do estrangeiro, o conflito [internacional] de jurisdições e o reconhecimento de decisões e sentenças estrangeiras. Todavia, não pretendemos adentrar nesta controvérsia, apenas apresentá-la para ressaltar o vasto campo de atuação do DIPr, de acordo com a visão de maior parte da doutrina.

Pertinente ao estudo deste trabalho, cabe-nos tratar do DIPr no que concerne ao conflito de leis. Como já referimos anteriormente, o DIPr, na sua qualidade de sobredireito, indica a lei aplicável à hipótese. Há diferentes métodos adotados pelos sistemas de DIPr para se determinar a lei aplicável. Dentre estes, figuram como os métodos mais comuns o unilateral (utilizado pelos EUA) e o multilateral ou conflitual (utilizado pelos países de tradição jurídica romano-germânica).

O método unilateral foca diretamente sobre o conteúdo das leis e tenta resolver a questão delineando seus respectivos raios de ação com base nos seus objetivos. Já o método conflitual classifica as relações jurídicas em categorias preestabelecidas e com base nessas categorias é possível verificar o direito aplicável. O enfoque é na relação jurídica e não no desejo do

---

<sup>9</sup> Cabe frisar que cada vez mais a distinção entre direito público e direito privado está ficando nebulosa. Andreas Lowenfeld identifica nos investimentos internacionais um claro exemplo de convergência entre o direito público e o privado. A esse respeito, conferir LOWENFELD, Andreas F. Public Law in the international arena: conflict of laws, international Law, and some suggestions for their interaction. *Recueil des Cours*, 1979, pags 315 a 345.

<sup>10</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado*, in *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello* / Carlos Alberto Menezes Direito, Antonio Augusto Cançado Trindade, Antonio Celso Alves Pereira (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pag. 339.

Estado de aplicar a sua lei. Este método procura o “centro de gravidade” ou a “sede” da relação jurídica, de acordo com o princípio da proximidade, conforme defendido por Savigny<sup>11</sup>. A respeito da origem do método conflitual, esclarece Nadia de Araujo:

O método conflitual surgiu na Idade Média, por obra dos professores de Bolonha, ao resolverem conflitos surgidos da colisão de regras oriundas dos estatutos das cidades-estado italianas, na sua maioria relacionados aos contatos dos mercadores locais com os provenientes de outras cidades – escola estatutária italiana. Posteriormente, desenvolveu-se a escola francesa – com Dumoulin, formulador do princípio da autonomia da vontade, e D’Argentré, precursor do territorialismo depois seguida pela escola holandesa. Esta última teve Huber como um de seus maiores expoentes, desenvolvendo o territorialismo, mas assegurando à lei um efeito extraterritorial, por conta da *comitas gentium (cortesia)* que deveria reger as relações entre soberanos, desde que sem prejuízo para os soberanos ou terceiros. A doutrina holandesa teve grande sucesso na Inglaterra e nos Estados Unidos, pela obra de Joseph Story<sup>12</sup>.

O Brasil, seguindo a sua tradição jurídica, adota o método conflitual. Convencionou-se denominar de “regras de conexão” as normas de DIPr que apontam o direito aplicável às várias situações jurídicas conectadas a mais de um ordenamento jurídico. As regras de conexão objetivam atingir o centro de gravidade das relações jurídicas. Porém, deve-se frisar que não há critério objetivo para se definir o centro de gravidade de uma dada relação jurídica. Portanto, a escolha da regra de conexão é uma decisão política do legislador.

Para ilustrar esta afirmação, vejamos alguns exemplos em relação às regras de conexão relativas à (i) capacidade da pessoa (estatuto pessoal), (ii) situação jurídica do bem e (iii) obrigação contratual.

Em relação à capacidade da pessoa, dentre os mais diversos sistemas jurídicos no mundo, encontramos três principais regras de conexão: (a) territorialidade, (b) nacionalidade e (c) domicílio. Os países que adotam a territorialidade simplesmente negam o DIPr, ou seja, aplicam a lei vigente no seu território, mesmo se o indivíduo não for nacional daquele país ou

---

<sup>11</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira* – 3ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pag. 35.

<sup>12</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira* – 3ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pags. 34 e 35.

lá não mantiver seu domicílio. As regras de conexão que adotam a nacionalidade determinam a regência da lei do país do qual a pessoa for nacional. E, por fim, alguns países adotam o critério do domicílio como determinador do direito aplicável, como é o caso do Brasil.

Dispõe o art. 7º do Decreto-Lei nº 4.657/42: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. Desta forma, tendo em vista o princípio da proximidade, o legislador brasileiro entendeu que as pessoas deveriam ser regidas, no tocante à sua capacidade, pelas normas de seu domicílio. Portanto, a título de exemplo, a um japonês que tem domicílio na Espanha e que celebra um contrato no Brasil será aplicada a lei espanhola no que concerne à sua capacidade de contratar.

No tocante à situação de um bem, devemos separar os bens móveis dos imóveis. Em relação aos bens imóveis, os países costumam adotar a regra do *lex rei sitae*, ou seja, aplicar a lei de onde o bem estiver situado. Já os bens móveis, por sua vez, normalmente são regidos pelas regras do estatuto pessoal do seu proprietário.

Por último, para obrigação contratual usualmente adotava-se como critérios de conexão o lugar onde se constituiu a obrigação ou o local onde ela será cumprida. Atualmente, percebe-se uma evolução metodológica do DIPr, a qual não se restringe somente ao campo das obrigações contratuais, no sentido de adotar soluções substanciais e flexíveis aos conflitos.

As soluções substanciais não são normas de conexão, isto é, não indicam qual lei aplicar diante de uma situação jurídica ligada a mais de um sistema jurídico. Estas, por seu turno,

resolvem diretamente a questão ser remeter a nenhuma lei. Portanto, tratam-se de normas especiais para solucionar questões que contenham elementos de estraneidade.

No tocante à flexibilidade, é comum os países adotarem o princípio da proximidade e permitirem a autonomia da vontade das partes. Esta última viabiliza que as partes escolham certo direito para reger o seu contrato. Assim, em muitos países, tais como os signatários da Convenção de Roma de 1980<sup>13</sup>, hoje substituída pelo Regulamento nº 593/2008, as partes podem escolher o direito aplicável aos contratos internacionais. No capítulo referente à eleição de lei em contratos internacionais, aprofundaremos a análise sobre a autonomia da vontade no campo do DIPr.

O princípio da proximidade, por sua vez, estabelece que as relações jurídicas devem ser regidas pela lei do país com o qual haja a mais íntima, próxima, direta, conexão<sup>14</sup>. Este é um critério flexível, adaptável conforme o caso concreto, representando um claro abandono às regras de conexão estanques e rígidas que governavam o conflito de leis. Para Dolinger, lei mais próxima é aquela mais adequada, ou seja, a mais pertinente para a situação em tela<sup>15</sup>.

É possível que um determinado contrato esteja mais ligado com o país onde ele foi constituído, ao passo que outro esteja mais conectado com o país onde a obrigação será cumprida. Pode-se verificar, ainda, que o contrato guarda maior ligação com um terceiro país, distinto de onde a obrigação foi contraída ou será cumprida. Nestes exemplos, o princípio da proximidade permitirá aplicar leis distintas para cada caso, trazendo soluções mais justas.

---

<sup>13</sup> ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009, pags. 65 e 66.

<sup>14</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional, vol. II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 241.

<sup>15</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional, vol. II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 241.

Diversos diplomas internacionais e Estados nas suas legislações internas já adotaram o princípio da proximidade. A esse respeito, podemos citar a Convenção de Roma de 1980, a qual dispõe que, na ausência de escolha de lei aplicável, o contrato será regido pela lei do país que estiver mais conectado.

Embora a proximidade esteja prevista em vários diplomas legais, Dolinger alerta que ela pode exercer diversas funções e trata de algumas aplicações deste princípio no plano do direito convencional e do direito interno. Em relação a este último, afirma Dolinger :

Nas legislações internas, melhor do que nas convenções internacionais, detectamos claramente quatro utilizações diferentes da idéia da proximidade: 1) como princípio no sentido pleno da palavra – uma norma primeira básica; 2) como exceção à regra normal; 3) como norma subsidiária; 4) como complemento de outra norma<sup>16</sup>.

Uma das maiores críticas que é feita ao princípio da proximidade é a incerteza que ele gera. Se por um lado ele supera a velha dicotomia entre aplicar a lei do lugar da constituição ou da execução da obrigação, as partes não têm certeza sobre qual lei regerá a sua avença. A essa crítica, Dolinger afirma que este é o preço a ser pago para que a solução trazida seja justa. Certo grau de incerteza seria um aspecto inerente a maioria das relações jurídicas e afirma que o “princípio da proximidade consiste em uma abordagem aberta, que permite uma solução ajustável às realidades de toda e qualquer situação, corrigindo os efeitos das alterações e surpresas que derivam das incertezas comerciais<sup>17</sup>”.

Ainda em relação ao direito que rege a substância do contrato, vale a pena ser ressaltada a existência de práticas genuinamente internacionais nos contratos que são ligados a mais de um

---

<sup>16</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional*, vol. II - *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 275.

<sup>17</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional*, vol. II - *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 247.

país, tais como a adoção dos Termos Internacionais de Comércio, mais conhecidos como Incoterms, e os Princípios do UNIDROIT.

Os Incoterms são normas de natureza não-estatal e de aplicação facultativa<sup>18</sup>. Tratam-se de cláusulas-padrão que podem ser adotadas em um contrato de compra e venda internacional, como o local da entrega da mercadoria ou quem vai arcar com o custo da contratação do seguro. Os Incoterms têm por objetivo oferecer às partes normas imparciais e uniformizar as cláusulas de tais contratos. Logo, haverá maior segurança jurídica, o que estimulará o incremento das relações comerciais internacionais.

Paralelamente aos Incoterms, há também os Princípios do UNIDROIT que têm função semelhante. Transcrevemos abaixo o propósito dos Princípios, tal como consta no seu preâmbulo:

Os Princípios estabelecem regras gerais para os contratos comerciais internacionais. Eles devem ser aplicados quando as partes tiverem acordado que o seu contrato será regido por eles. Eles podem ser aplicados quando as partes tiverem acordado que o seu contrato será regido pelos princípios gerais de direito, a *lex mercatoria* ou expressão similar. Eles podem ser aplicados quando as partes não tiverem escolhido nenhuma lei para reger o seu contrato. Eles podem ser utilizados para interpretar ou complementar leis internacionais uniformes. Eles podem ser usados para interpretar ou complementar a lei interna. Eles podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais.<sup>19</sup>

A partir do trecho acima referido, podemos retirar algumas conclusões. A primeira delas é a sua finalidade específica, ou seja, os Princípios do UNIDROIT não se aplicam a qualquer tipo

<sup>18</sup> Ministério da Economia e da Inovação de Portugal. Verificar em <[http://www.portugalglobal.pt/PT/Internacionalizar/GuidoExportador/Paginas/2Incoterms\(TermosdeCom%C3%A9rcioInternacional\).aspx](http://www.portugalglobal.pt/PT/Internacionalizar/GuidoExportador/Paginas/2Incoterms(TermosdeCom%C3%A9rcioInternacional).aspx)>. Visita realizada em 26.06.2008.

<sup>19</sup> Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf>>. Visita em 26.06.2009. Tradução livre. Consta na versão em inglês: “These Principles set forth general rules for international commercial contracts.

They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.

They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like.

They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract.

They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.

They may be used to interpret or supplement domestic law.

They may serve as a model for national and international legislators.”

de contrato internacional, mas apenas aos contratos internacionais de natureza comercial. Em segundo lugar, estes têm natureza de *soft-law*, isto é, só são aplicáveis caso as partes os tenham eleito ou ainda tenham escolhido aplicar os princípios gerais de direito ou a *lex mercatoria*. Os Princípios têm também um carácter suplementar na legislação interna e internacional, bem como servem de base interpretativa. Por fim, os países podem utilizar os Princípios como modelo para as suas legislações internas<sup>20</sup>.

Em relação à lei aplicável ao contrato internacional, devemos tratar, também do *dépeçage*. O *dépeçage* significa o fracionamento da legislação que rege o contrato. Nas palavras de Nadia de Araujo:

*Dépeçage* ou fracionamento é um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo sistema de DIPr, pois a substância pode ser regida por uma lei, enquanto a capacidade das partes será regida por outra. No segundo, as partes têm a faculdade de determinar que o contrato será regido por mais de uma lei.<sup>21</sup>

Nadia de Araujo exemplifica que o fracionamento quanto à lei aplicável pode ocorrer em diversas esferas, tais como: (a) quanto à capacidade das partes, isto é, a lei pessoal das partes; (b) quanto à lei que rege a substância e efeitos; (c) quanto à lei que rege a forma do ato jurídico, tais como os requisitos extrínsecos indispensáveis; (d) quanto à lei que rege a execução, onde serão adimplidas as obrigações contratuais e; (e) quanto à escolha do foro.

Portanto, outra diferença fundamental entre os contratos domésticos e os internacionais é que estes últimos estão conectados a mais de um ordenamento jurídico e, conseqüentemente, pode ocorrer de mais de uma lei reger o contrato. O *dépeçage* pode se revelar de duas formas, a

---

<sup>20</sup> Para maior detalhamento acerca da utilização dos Princípios do UNIDROIT, conferir GAMA, Lauro. *Os Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais*, in; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pags.363 e ss.

<sup>21</sup> ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. pag. 95.

primeira por meio da aplicação das regras de DIPr e a segunda por meio da autonomia da vontade dos contratantes.

Quando o *dépeçage* ocorre mediante a aplicação das regras de DIPr, podemos considerar este fracionamento como “legal”. Explico: o legislador do país em questão entendeu que determinadas relações jurídicas daquele contrato deveriam ser regidas pela lei de um país, ao passo que outras relações jurídicas deveriam ser regidas pela lei de outro Estado. Repetimos: esse fracionamento ocorre tão somente pela aplicação das normas de conexão, independentemente da vontade das partes, razão pela qual denominamos esse fracionamento de legal.

A título de exemplo, se um canadense, domiciliado na França celebra um contrato no Brasil, haverá o fenômeno do *dépeçage*. De acordo com as nossas normas de DIPr, em regra, este contrato será regido pela lei brasileira, mas se aplicará ao contratante a lei francesa no que se refere à sua capacidade.

Por outro lado, o *dépeçage* também pode decorrer da vontade das partes. As partes podem acordar que a substância do contrato será regida pela lei do país X e a execução do contrato será regida pela lei do país Y.

Não obstante, deve-se alertar que nem sempre o *dépeçage* decorrente da vontade das partes é aceito pelos países. Alguns Estados entendem que as suas normas de DIPr são imperativas e, desta forma, não podem ser derogadas pela vontade das partes. Porém, mesmo nesses países pode ocorrer o *dépeçage* legal.

Ainda no tocante ao *dépeçage*, cumpre ressaltar que também se pode entender este instituto como limitado ao *dépeçage* decorrente da vontade das partes. O fracionamento legal redundaria na questão da qualificação, que é tema um clássico no DIPr. No que concerne a este ramo do direito, a qualificação constituiria basicamente na conceituação de um ato ou fato jurídico para que ele seja classificado conforme as regras de conexão, como ensina Jacob Dolinger:

Se isto é importante no direito em geral, torna-se ainda mais necessário no Direito Internacional Privado, onde se procura ligar o ato ou fato a um determinado sistema jurídico, e para esta operação é preciso qualificar a hipótese submetida à apreciação, eis que, dependendo de sua classificação, saber-se-á se a mesma constitui uma situação inerente ao estatuto pessoal do agente de direito, se se trata de uma questão de natureza contratual substancial, se versa sobre uma questão de forma do ato, se estamos diante de um problema sucessório e assim por diante. Uma vez efetuado a qualificação em um ou outra destas categorias, recorrer-se-á à regra de conexão correspondente e aplicar-se-á o direito de um ou outro sistema jurídico<sup>22</sup>.

Logo, sob essa ótica, nem todo o fracionamento da aplicação da lei configuraria uma hipótese de *dépeçage*, mas somente aquele em que o fracionamento decorresse da vontade das partes.

### 1.2.3. Soluções de conflitos

Ainda em relação à distinção entre os contratos internacionais e os internos, devemos comentar alguns aspectos relacionados à solução de conflitos advindos desses contratos.

Atualmente, a via mais comum de resolução de conflitos em contratos internacionais é a arbitragem. Apesar dos questionamentos iniciais feitos acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, notadamente em relação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o STF declarou constitucionais os dispositivos da referida lei.

---

<sup>22</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pag. 364.

Outra via de resolução de conflitos bastante utilizada é o Poder Judiciário. A parte interessada provoca o Estado para que este resolva a lide e, no âmbito dos contratos domésticos, isto é, aqueles ligados a apenas um país, praticamente todas as disputas advindas dele serão solucionadas perante o judiciário nacional. Como analisaremos melhor adiante, dificilmente uma jurisdição estrangeira julgará um caso se o contrato não tiver nenhum elemento que o conecte com aquela jurisdição.

Quando tratamos do judiciário de um único Estado, há apenas uma jurisdição, a jurisdição daquele Estado. Naturalmente o judiciário dispõe de diversos órgãos e juízes, cada um deles com a competência de julgar determinadas matérias ou pessoas. Todavia, frise-se que a jurisdição é una, ou seja, não há concurso de jurisdições dentro de um mesmo país. Quando muito, entre juízes de uma mesma jurisdição podem surgir conflitos de competência, isto é, dúvida em relação a quem detém a atribuição de julgar determinada ação. Nesses casos o ordenamento jurídico do país prevê regras para sanar estes conflitos de competência interna.

Por outro lado, há dificuldades adicionais quando há uma multiplicidade de jurisdições dispostas a julgar o caso. Nestas hipóteses não há como resolver o conflito, pois não há um órgão superior aos países que determine quem deve julgar a causa, pois cada país, soberanamente, decide se vai ou não conhecer do litígio. Conseqüentemente, pode ocorrer de dois processos iguais tramitarem em jurisdições diferentes, sem que haja litispendência entre elas (ou, em sentido mais técnico, sem que haja a possibilidade de se argüir a exceção de litispendência). Logo, a parte interessada pode propor o litígio no Estado em que preferir. Este fenômeno é denominado pela doutrina de *forum shopping*.

Não obstante, como afirmamos acima, os países não têm a obrigação de julgar todas as demandas propostas perante o seu Poder Judiciário. Cada Estado adota critérios próprios para aceitar ou recusar causas.

Alguns países, tal como o Brasil, de tradição romano-germânica, possuem nas suas leis dispositivos que determinam quando o país vai exercer a sua jurisdição para julgar determinadas causas. No caso brasileiro, os artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil (“CPC”) estabelecem a competência internacional do nosso Estado. Esta, por sua vez, se divide em competência concorrente e exclusiva. Assim, o Brasil admite que outras jurisdições julguem determinadas causas, mas reserva para si a competência exclusiva para julgar certas ações.

Outros países adotam um critério mais flexível para decidir estas questões. Analisam se o foro, no qual está sendo proposta a ação, é o mais conveniente para conhecê-la. Porém, caso o juiz conclua que a demanda não tem razão de ser proposta naquele foro e há outro mais adequado para que isto seja feito, ele pode recusar a ação com base no *forum non conveniens*.

Outro aspecto relevante da solução de conflitos em matéria de contratos internacionais que deve ser mencionado é que, em regra, é possível executar em um país uma questão decidida perante o judiciário de outro Estado. Isto ocorre mediante a cooperação jurídica internacional, ou seja, os Estados cooperam entre si para garantir uma prestação jurisdicional mais eficiente.

É interessante notar que esta característica é exclusiva dos contratos internacionais, em que nem todos os atos do processo, da citação até a execução da sentença, são feitos em um único Estado. Quando o processo é decidido no estrangeiro e se deseja executá-lo no Brasil, é preciso

que o nosso judiciário homologue a sentença estrangeira. Somente a partir da homologação da sentença estrangeira é que esta poderá ser cumprida em território nacional<sup>23</sup>.

Ainda no tocante à cooperação jurídica internacional, é comum que um processo seja instaurado no exterior, mas que seja necessário praticar algum ato em território nacional. O juiz estrangeiro pode precisar, por exemplo, citar alguém no Brasil para responder a um processo. Naturalmente, o juiz estrangeiro não tem jurisdição no Brasil e, por esta razão, precisa pedir ao judiciário brasileiro, através de uma carta rogatória, que cite a pessoa.

Terminamos, assim, a primeira parte deste trabalho. Examinamos o conceito de contrato internacional e verificamos que há divergências em relação ao seu conteúdo, mas, pelas razões expostas acima, nos filiamos à corrente que entende que contrato internacional é aquele que contém um elemento de estraneidade, ou seja, possui pontos de contato com mais de um ordenamento jurídico.

Analisamos, outrossim, algumas das principais repercussões práticas desta distinção. Constatamos que, diferentemente dos contratos domésticos, os internacionais estão inseridos em um contexto envolvendo deferentes culturas e, conseqüentemente, diferentes práticas comerciais e empresariais. Adicionalmente, por estarem conectados a mais de um Estado, surge a questão sobre qual lei aplicar e para resolver esta questão, cada país tem as suas próprias regras de conexão. Por fim, estudamos algumas questões relativas à resolução de conflitos e analisamos as conseqüências dos contratos (e os litígios dele decorrentes) estarem ligados a mais de uma jurisdição.

---

<sup>23</sup> Dispõe o art. 483 do CPC: “Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal”. Todavia, após a Emenda Constitucional nº 45/04, a competência para homologar sentenças estrangeiras passou para a ser do Superior Tribunal de Justiça.

Feita esta explanação preliminar sobre os contratos internacionais, passemos agora ao estudo de outro tópico que também constitui premissa fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, o princípio da autonomia da vontade.

## 2. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

### 2.1. Conceituação e breve histórico do princípio

A investigação sobre a possibilidade de eleição de lei em contratos internacionais está intimamente ligada ao princípio da autonomia da vontade das partes<sup>24</sup>. Em termos gerais, podemos entender a autonomia da vontade como a possibilidade dos contratantes disporem sobre o seu acordo, ou seja, o poder das partes de transigir sobre a matéria objeto do contrato.

A autonomia da vontade é um dos pilares do direito privado. Aliás, talvez a maior distinção entre os ramos do direito público e os ramos do direito privado, seja a forte presença da autonomia da vontade neste último. Orlando Gomes comenta acerca do princípio da autonomia da vontade:

*O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados na ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante contrato, ganha grande extensão. Outros conceituam a autonomia da vontade como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei.*

*O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.*<sup>25</sup>

No que concerne especificamente ao estudo para o presente trabalho, é preciso distinguir o princípio da autonomia da vontade no direito interno em relação aos seus reflexos no direito internacional. Enquanto que, como vimos, no direito interno a autonomia da vontade significa

---

<sup>24</sup> Muito embora alguns autores entendam ultrapassado o termo “autonomia da vontade” e prefiram empregar a expressão “autonomia privada”, não seguiremos esta linha. Não obstante serem razoáveis os argumentos apresentados, por uma questão de tradição, adotaremos o termo clássico, ou seja, “autonomia da vontade”. Ademais, os que advogam a denominação “autonomia privada” o fazem no âmbito do direito interno. No presente trabalho, todavia, abordaremos a autonomia no plano do DIPr, a qual ganha outros contornos. Portanto, também para evitar confusão com a autonomia no plano interno, adotaremos o termo “autonomia da vontade”.

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 2007, pags 25 e 26. Grifos do original.

a prerrogativa das partes de disporem sobre o contrato, no direito internacional a autonomia da vontade ganha outros contornos, como ensina Nadia de Araujo:

Na ordem interna, *autonomia* significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública. É o poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas. Por outro lado, na ordem internacional, a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato. **Isto quer dizer que a autonomia das partes, no DIPr, tem por objeto a designação de uma lei aplicável ao contrato.** Essas noções são importantes para este trabalho porque a autonomia da vontade no DIPr transita pelo mesmo terreno no qual se encontra no direito privado, ou seja, na esfera contratual. Aliás, ultimamente a autonomia da vontade como regra de conexão do DIPr está migrando da área contratual para outras áreas, especificamente em matéria de família e sucessões.<sup>26</sup>

No mesmo sentido, explica Antonio Boggiano:

As partes podem, exercendo a autonomia conflitual própria do DIPr, eleger o direito aplicável ao contrato. Seguem, assim, o método de eleição, elaborando a norma de conflito individual que selecionará o direito aplicável. Mediante tal eleição, excluem a aplicação do direito que as normas de conflito do juiz indicam como aplicável ao contrato. As normas legais de conflito, susceptíveis de exclusão pelas partes, são dispositivas e subsidiam a determinação do direito competente quando as partes deixam de convencional tal eleição.<sup>27</sup>

Portanto, no DIPr, a autonomia da vontade ganha maior relevância, pois é o fundamento que permite às partes eleger a lei para reger o seu acordo. Contudo, nem todos os sistemas jurídicos autorizam os contratantes a escolherem o direito aplicável. Todos os Estados têm as suas próprias regras de conexão, mas apenas alguns admitem que as suas normas de DIPr sejam derogadas pela vontade das partes.

As primeiras normas de conexão para indicar a lei regedora dos contratos internacionais foram a *lex loci contractus* e a *lex loci obligationis*. A *lex loci contractus* foi desenvolvida por Bartolo e utilizava a lei do local em que o contrato foi celebrado para qualificar as suas

<sup>26</sup> ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. pags 51 e 52. Grifos nossos.

<sup>27</sup> BOGGIANO, Antonio. *Introducción. Concepto y sistema del derecho internacional privado. Contratos*. In *Curso de derecho internacional privado*. 4ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2003. Cap. 19, pág. 659. Tradução livre. Consta no original: “Las partes pueden, ejerciendo la autonomía conflictual propia del D.I.Pr., elegir el derecho aplicable al contrato. Siguen, así, el método de elección (págs 96 y sigs.), elaborando la norma de conflicto individual que seleccionará el derecho aplicable. Mediante tal elección, excluyen la aplicación del derecho que las normas de conflicto del juez indican como aplicable al contrato. Las normas de conflicto legales, susceptibles de exclusión por las partes, resultan dispositivas y subsidian la determinación del derecho competente cuando las partes omiten convenir dicha elección.”

obrigações. A *lex loci obligationis*, por sua vez, foi defendida por Savigny. Entendia o jurista alemão que para reger as obrigações contratuais, deveria prevalecer a lei do local onde a obrigação fosse cumprida<sup>28</sup>.

A autonomia da vontade no plano internacional, por seu turno, teria sido tratada pela primeira vez, de acordo com a maior parte da doutrina, por Charles Dumoulin. No século XVI, o jurista francês emitiu um parecer em que teria proposto a sua teoria, afirmando que deveria prevalecer a vontade das partes na determinação da lei aplicável. Com base na tese de Dumoulin, as partes poderiam escolher a lei regedora do negócio<sup>29</sup>.

Contudo, se examinarmos mais atentamente os fatos envolvidos no parecer dado por Dumoulin, verificaremos que ele não estava se referindo à autonomia da vontade no plano do DIPr contratual como hoje a entendemos<sup>30</sup>. O célebre parecer de Dumoulin se referia à lei aplicável ao regime matrimonial com vista a saber o efeito deste em relação aos bens imóveis dos cônjuges.

---

<sup>28</sup> ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. pag. 58.

<sup>29</sup> ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. pags. 55 a 57.

<sup>30</sup> A respeito do parecer escrito por Dumoulin, vale mencionarmos a descrição detalhada dos fatos feita por Amílcar de Castro: “De acordo com os Costumes de Paris, admitia-se que cônjuges sem filhos fizessem doações recíprocas de imóveis, e no ano de 1525 o casal *Gannay* consultou a *Dumoulin* se o regime da comunhão, sem contrato, imposto pelo art. 220 dos Costumes de Paris, compreendia imóveis situados em província, cujo direito não escrito estabelecia regime matrimonial diferente, já que pretendiam fazer doação recíproca; e parecia fosse o regime matrimonial governado por estatuto real, e portanto territorial, pelo fato de se referir a bens. Na verdade, os Costumes de Paris mandavam que, na falta de contrato a respeito de regime matrimonial de bens, ficassem os cônjuges, a partir da bênção nupcial, sob o regime da comunhão, mas a doutrina dominante afirmava que essa comunhão compreendia apenas os bens imóveis situados na jurisdição parisiense (estatuto real). A respeito de imóveis situados fora de seus limites, dever-se-ia observar o estatuto do lugar da situação, que podia manter regime supletivo diferente, não havendo, portanto, em Paris, unidade do regime matrimonial de bens. *Dumoulin*, hábil advogado, e solícito em dar resposta favorável aos consulentes, resolveu a questão, assemelhando a regime matrimonial expressamente convencionado aquele que não é senão tácito, ou presumivelmente, desejado (*causatur et introducitur ab ipso vero partium consensu*), e atribuindo a esse imaginado contrato tácito, ou presumido, efeito extraterritorial. De tal arte, chegou à conclusão, não de que o art. 220 dos Costumes de Paris, lugar de domicílio conjugal dos *Gannay*, se aplicava ao conjunto do patrimônio desse casal, mas que a vontade tácita dos cônjuges tinha força extraterritorial. A doutrina e a jurisprudência de então só falavam em estatutos pessoais, relativos às pessoas, e reais, referentes aos bens, aqueles extraterritoriais, e estes territoriais. E como os estatutos pessoais, que eram os extraterritoriais, não concerniam aos contratos, veio a *Dumoulin* a idéia de libertar o suposto contrato tácito de uma e de outra dessas categorias, pressupondo que nos contratos a vontade das partes é soberana ao ponto de se livrar do direito por que devessem ser oficialmente apreciados”. (CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6ª ed. atualizada com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 369).

Em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, O. Kahn-Freund faz a relação entre os fatos da vida e a sua repercussão jurídica. O autor afirma que a maioria das questões relativas a conflito de leis até os séculos XVII e XVIII tratavam da relação entre o regime de bens do casamento e as propriedades dos cônjuges. Os problemas ocorriam quando a propriedade ficava em lugar diverso de onde o casamento tinha sido celebrado ou de onde viviam os cônjuges. Diferentemente de hoje, ele afirma que a terra era o principal e quase o único investimento.<sup>31</sup>

Portanto, o parecer de Dumoulin não tratava da autonomia da vontade em relação à escolha de lei em contratos internacionais. Naquela época os contratos internacionais não eram muito frequentes e, desta forma, não geravam muitos problemas de DIPr. Apenas a partir de meados do século XIX, com o desenvolvimento do transporte marítimo de mercadorias, é que teriam começado a surgir questões sobre a lei aplicável aos contratos internacionais. Logo, Dumoulin, como um homem de seu tempo, não estava defendendo a autonomia para a escolha de lei em contratos ligados com mais de um país. Ele tratava de outra questão, que gerava maior repercussão jurídica à época. Desta forma, é preciso contextualizar o legado de Dumoulin em vista dos problemas que ocorriam no século XVI. A esse respeito, é interessante a observação de O. Kahn-Freund:

Existem alguns exemplos para demonstrar como o **ambiente social determina onde a ênfase no direito internacional privado é colocada**, como o contexto influencia a solução dos problemas e como as doutrinas desenvolvidas sobre o impacto de um ambiente social ou econômico podem sobreviver a mudanças radicais neste ambiente.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> KAHN-FREUND, O. *General Problems of Private International Law*. Recueil des Cours, 1974, pags. 330 a 333.

<sup>32</sup> KAHN-FREUND, O. *General Problems of Private International Law*. Recueil des Cours, 1974, pag. 337. Tradução livre. Consta no original: "These are some random examples to show how the social environment determines where the emphasis is placed in private international law, how the context influences the solution of problems and how doctrines developed under the impact of a social or economic environment can survive radical changes in that environment." Grifos nossos.

Outros procuram nas obras de Savigny fundamento para que as partes possam escolher o direito aplicável ao contrato. Embora o jurista alemão fosse defensor da lei do lugar da execução do acordo para determinar a sua regência, alguns enxergam em seus escritos uma deferência ao princípio da autonomia da vontade. Para Jürgen Samtleben, “o texto de Savigny é suscetível de diferentes interpretações”, já que afirma que o direito aplicável estaria fortemente influenciado pela livre vontade das pessoas interessantes ou pela submissão voluntária.<sup>33</sup>

A partir daí, os intérpretes de Savigny se dividiram. Alguns entenderam que a submissão voluntária se referiria unicamente à escolha do lugar de execução e que se aplicariam as leis deste local ao contrato, não podendo as partes afastar o seu conteúdo. Portanto, a escolha da lei seria indireta, por meio da eleição do lugar de cumprimento do contrato. Em contrapartida, Samtleben advoga que Savigny teria tido uma visão mais ampla da autonomia “que engloba também a faculdade das partes de eleger diretamente o direito territorial aplicável como “parte integrante do próprio contrato”, seja ele ou não a lei do lugar da execução do contrato”.<sup>34</sup>

Seja como for, independente destas controvérsias, fato é que séculos mais tarde a teoria da autonomia da vontade foi desenvolvida, notadamente no que diz respeito aos contratos internacionais. Hoje muitos países aceitam que estes acordos sejam regidos pela lei do país escolhido pelas partes, independente de onde a obrigação foi constituída ou onde o contrato será executado. Assim, em muitos Estados, tais como os signatários da Convenção de Roma de 1980, hoje substituída pelo Regulamento nº 593/2008, as partes têm autonomia para designarem o direito aplicável.

---

<sup>33</sup> SAMTLEBEN, Jürgen. *Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano*. Separata da Revista de informação legislativa a.22 n. 85 jan/mar de 1985. Senado Federal, pag. 261.

<sup>34</sup> SAMTLEBEN, Jürgen. *Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano*. Separata da Revista de informação legislativa a.22 n. 85 jan/mar de 1985. Senado Federal, pags. 261 e 262.

Ademais, atualmente, o princípio da autonomia da vontade tem íntima ligação com o princípio da proximidade, o qual já foi abordado anteriormente. Sob uma ótica subjetivista, o princípio da proximidade revelaria uma presunção da vontade das partes quanto à lei aplicável. Para Dolinger:

[Este princípio revelaria] a lei que entendemos que as partes teriam escolhido se tivessem conscientes da possibilidade, ou da necessidade, de escolher uma lei a ser aplicada. A lei indicada pelo princípio da proximidade é aquela que presumimos que as partes teriam escolhido, porque é natural que as pessoas prefiram a lei mais próxima, seja mais próxima à transação, seja aos próprios contratantes<sup>35</sup>.

Já os defensores da corrente objetivista não aceitam tal presunção. Para eles, a proximidade tem função autônoma e subsidiária, ou seja, o princípio da proximidade somente seria aplicado quando as partes não tiverem escolhido a lei aplicável ao seu acordo<sup>36</sup>.

Em seguida, vamos examinar os fundamentos, as razões pelas quais a autonomia se difundiu no mundo.

## 2.2. Fundamentos da autonomia da vontade

Atualmente, conforme veremos posteriormente, a autonomia da vontade é amplamente aceita nos principais países do mundo, notadamente nos EUA e na Europa. Internacionalmente não se discute mais se as partes podem ou não eleger a lei do seu contrato, mas apenas quais seriam os limites dessa liberdade.

---

<sup>35</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional*, vol. II - *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 291.

<sup>36</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional*, vol. II - *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 291.

A autonomia da vontade é um princípio tão aceito que em 1991 o Instituto de Direito Internacional, do qual são integrantes os mais ilustres juristas, editou uma resolução que reconhece expressamente a autonomia da vontade nos contratos internacionais. Para tanto, o Instituto de Direito Internacional considerou que a autonomia da vontade no plano contratual é um dos princípios básicos do direito internacional privado e reconheceu que a autonomia é igualmente consagrada como uma liberdade individual por diversas convenções internacionais. Nesse sentido, o art. 2º desta resolução dispõe que as partes têm a livre escolha da lei aplicável ao seu contrato.<sup>37</sup>

Contudo, quais seriam as razões para a autonomia da vontade ter se firmado como um princípio internacionalmente aceito?

Ole Lando, em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, afirma que a autonomia da vontade para designar o direito aplicável é uma tese amplamente aceita e que pode ser considerada como um princípio geral de direito reconhecido pelas nações civilizadas<sup>38</sup>. Lando justifica a abrangência que a autonomia conseguiu no mundo pelas razões a seguir descritas:

- (i) **Segurança jurídica** – na ausência de uma cláusula de eleição de lei, apenas haverá certeza quanto à lei aplicável no momento em que o judiciário se posicionar a respeito;<sup>39</sup>
  
- (ii) **Necessidade de liberdade** – as partes podem ter motivos relevantes que justifiquem tal liberdade, como o desejo de utilizar (a) a lei de um país “neutro”,

---

<sup>37</sup> Resolução obtida em visita ao site <[www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1991\\_bal\\_02\\_fr.PDF](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_02_fr.PDF)> em 11.11.2009.

<sup>38</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pag. 284.

<sup>39</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pag. 284.

distinta das leis nacionais dos países das partes, (b) a legislação mais desenvolvida de um certo Estado sobre a matéria, (c) a mesma legislação que elas já fizeram uso em transações anteriores;<sup>40</sup> e

- (iii) **Coerência** – quando o contrato é celebrado, não se sabe em que foro ele poderá vir a ser questionado, pois muitas vezes há a possibilidade de *forum shopping*. Se não aceitarmos a autonomia da vontade como premissa, a lei aplicável dependerá da regra de conexão de DIPr do foro do juiz.<sup>41</sup>

Além dos argumentos acima apresentados, Gisela Rühl entende que a supremacia da autonomia da vontade representa a vitória da eficiência econômica. Para a autora, há um consenso na comunidade econômica no sentido que garantir às partes liberdade para designar a lei aplicável é, em princípio, uma abordagem economicamente eficiente. A base deste raciocínio é a presunção de que os indivíduos são racionais e visam maximizar o seu próprio bem estar. Além disso, somente os próprios indivíduos têm conhecimento das suas preferências particulares. Portanto, as partes apenas vão eleger um determinado direito se elas acreditarem que isso lhes trará vantagens<sup>42</sup>. Além disso, cabe destacar que a possibilidade de escolha de lei traz previsibilidade ao negócio, o que reduz o custo de transação das partes.<sup>43</sup>

Por fim, convém fazer menção ao entendimento do Prof. Erik Jayme, que defende que o grande fundamento da autonomia está na liberdade do indivíduo reconhecida pelas diversas cartas e declarações, as quais enunciam os direitos fundamentais do homem. Para ele, “o

<sup>40</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pag. 285.

<sup>41</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pags. 285 e 286.

<sup>42</sup> RÜHL, Gisela. *Party autonomy in the private international law of contracts: Transatlantic convergence and economic efficiency*. In: *Conflict of laws in a globalized world*, Cambridge University Press, 2007, pags 32 e 33.

<sup>43</sup> É interessante notar que a autora também justifica alguns dos limites à autonomia da vontade presentes na Europa e nos Estados Unidos com base no argumento da eficiência econômica. A esse respeito, consultar , Gisela. *Party autonomy in the private international law of contracts: Transatlantic convergence and economic efficiency*. In: *Conflict of laws in a globalized world*, Cambridge University Press, 2007, pags 34 a 40.

direito a plena expressão da personalidade compreende igualmente a esfera econômica. Desta forma, cada pessoa deve ter o direito de utilizar as suas capacidades para atender o seu bem estar material”.<sup>44</sup> Portanto, a autonomia da vontade para designar o direito aplicável seria, em última análise, uma expressão econômica do exercício dos direitos fundamentais.

Após termos feito uma análise do princípio da autonomia da vontade e de seus fundamentos, cumpre tratarmos da importante relação existente entre as cláusulas de escolha de lei (meio pelo qual a autonomia é exercida) e de foro. Embora sejam cláusulas autônomas, veremos que a eleição de um foro apropriado pode contribuir em muito para dar eficácia à escolha do direito aplicável.

### **2.3. Importância da escolha de foro para se garantir eficácia à escolha de lei**

Neste tópico estabeleceremos a relação entre as cláusulas de eleição de foro e de lei, ou seja, trataremos da relevância da escolha do foro para se garantir eficácia à eleição de lei. Demonstraremos porque estas cláusulas, embora sejam autônomas entre si, podem e devem ser utilizadas de modo coordenado.

As cláusulas de escolha de lei e de foro são distintas e independentes entre si. Embora sejam comuns dispositivos que estipulem que, por exemplo, “este contrato será regido pelas leis do país X e eventuais reclamações a ele atinentes serão resolvidas perante as cortes do país X”, estas cláusulas não se confundem. Estes são dispositivos que são frequentemente encontrados

---

<sup>44</sup> JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Integration: Le Droit International Privé Postmoderne*. Recueil des Cours, 1995, pag. 147. Tradução livre. Consta no original: “Le droit à la pleine expression de la personnalité comprend également la sphère économique; ainsi chaque personne doit-elle avoir le droit d'utiliser ses capacités pour atteindre le bien-être matériel”.

na maior parte dos pactos e a prática contratual denomina estas regras de *boilerplate clauses*<sup>45</sup>, ou seja, cláusulas que são tipicamente encontradas no final do acordo.

Quando as partes escolhem uma lei para reger o seu contrato, elas estão designando um sistema jurídico para governar as suas obrigações. Portanto, o contrato deverá ser celebrado e cumprido à luz do direito escolhido. Por outro lado, quando os contratantes estabelecem que eventuais litígios decorrentes do seu acordo serão dirimidos em um determinado foro, eles não estão determinando a lei aplicável ao pacto, mas apenas fixando o local onde ocorrerão tais disputas.

Apesar das cláusulas de foro e de lei serem distintas e independentes entre si (pode-se dispor sobre ambas, apenas uma delas ou nenhuma no contrato), há uma forte relação entre elas que será tratada neste item. Como constataremos a seguir, a escolha do foro influencia indiretamente a eficácia da escolha da lei aplicável. Isto ocorre porque o juiz aplica o DIPr do seu foro e este pode ou não acatar a autonomia da vontade das partes para designar o direito aplicável ao seu contrato. Logo, se as partes escolherem um foro onde a autonomia da vontade seja aceita, elas terão mais chance de ter a sua eleição de lei respeitada.

Ademais, cabe frisar que na hipótese do litígio haver sido resolvido no exterior e o juiz ter aplicado a lei escolhida pelas partes, esta sentença estrangeira não teria problemas em ser homologada no Brasil. Isto ocorre porque a deferência da autoridade judiciária alienígena à autonomia da vontade não ofende, em princípio, a ordem pública brasileira. Desta forma, a definição de onde eventuais litígios serão julgados pode ser determinante para se garantir eficácia à cláusula de escolha de lei.

---

<sup>45</sup> Verificar em < <http://www.contractsandagreements.co.uk/what-are-boilerplate-clauses.html> >. Visita realizada em 19.02.2010.

Outra maneira de se atingir o mesmo resultado é através da instituição da arbitragem como meio de solução de controvérsias. Como veremos em capítulo posterior, o árbitro não está vinculado às regras de DIPr do foro. Ademais, a Lei de Arbitragem brasileira possui regra expressa que permite às partes escolher o direito aplicável à sua avença. Desta forma, tanto a escolha do foro como a forma de resolução de conflitos podem ter papel decisivo no respeito ao direito escolhido pelas partes.

Além disso, vale fazer menção a lição de Ole Lando que, ao justificar porque a autonomia da vontade deveria ser respeitada, acaba por explicitar a relevância do foro onde o contrato será discutido para fins de eleição de lei. Destaca o autor que muitas vezes um contrato internacional pode ser questionado em diferentes países (*forum shopping*). Desta forma, Lando defende que por questão de coerência a autonomia da vontade deveria ser universalmente aceita, pois, do contrário, a lei aplicável variaria conforme a norma de conexão de DIPr do foro do juiz<sup>46</sup>. Contudo, na prática sabemos que nem todos os sistemas aceitam a autonomia da vontade. Logo, a escolha de um foro apropriado afasta a possibilidade de que a ação seja julgada em países onde haja resistência à aceitação da autonomia da vontade. Desta forma, por mais esta razão, o foro onde o contrato pode vir a ser questionado é muito relevante para a questão da lei aplicável.

Neste capítulo examinamos o princípio da autonomia da vontade para a escolha de lei. Vimos a sua conceituação, traçamos um breve histórico do princípio e abordamos os fundamentos que levaram a um consenso global acerca da sua aplicação no direito internacional privado moderno. Tratamos, também, da importante relação que há entre as cláusulas de eleição de lei

---

<sup>46</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pags. 285 e 286.

e de foro e como o manejo desta última pode contribuir para dar eficácia à designação do direito aplicável.

Contudo, como veremos adiante, nem sempre o direito escolhido vai prevalecer. Há limites à aplicação da lei estrangeira que vão restringir a autonomia da vontade das partes. Acerca deste tema nos debruçaremos no capítulo seguinte.

### 3. OS LIMITES À APLICAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA

O presente capítulo tem por finalidade tratar dos limites à aplicação da lei estrangeira, os quais se prestam a bloquear o direito alienígena quando este é indicado pelas regras de conexão ou mesmo quando é escolhido pelas próprias partes. Com este intuito, versaremos sobre a exceção da ordem pública e as normas de aplicação imediata.

Não obstante, é digno de nota que ao analisarmos, em capítulo posterior, a autonomia da vontade na Europa e nos Estados Unidos da América, verificaremos que ambos os sistemas adotaram, além das restrições que abaixo comentaremos (ordem pública e normas de aplicação imediata), algumas limitações específicas à escolha de lei para certos tipos de contratos, como os de consumo, seguros e de trabalho.

Todavia, como a discussão sobre o tema ainda está muito atrasada no Brasil, como veremos em capítulo próprio (ainda questionamos a possibilidade das partes escolherem o direito aplicável), fica prejudicado o debate entre nós sobre as limitações especiais à autonomia da vontade. Ainda assim, fica o registro que tais restrições existem em alguns países e parte delas será comentada no capítulo seguinte.

#### 3.1. Ordem pública

O primeiro óbice à aplicação da lei estrangeira ocorre quando esta viola a ordem pública. Embora não haja consenso sobre o conceito de ordem pública, cremos que podemos defini-la de modo genérico como sendo um mecanismo através do qual se visa preservar alguns valores fundamentais de uma dada sociedade. Para que possamos ter maior clareza sobre o seu

conteúdo, Luiz Olavo Batista estabelece uma analogia entre o corpo humano e a ordem pública. Para o referido mestre, a ordem pública funcionaria tal como o mecanismo imunológico dos organismos vivos, o qual rejeitaria corpos estranhos para preservar o sistema. Desta forma, a ordem pública atuaria como anticorpos presentes no nosso sistema jurídico<sup>47</sup>.

Jacob Dolinger afirma que a ordem pública seria de natureza filosófica, moral e se alteraria conforme o tempo e o povo, razão pela qual não seria possível defini-la. No entanto, seria possível traçar algumas características deste instituto: (i) relatividade e instabilidade; (ii) contemporaneidade e; (iii) o fator exógeno.<sup>48</sup>

A ordem pública varia de acordo com o povo e o momento histórico, daí porque ela é instável e relativa. Para ilustrar, o divórcio não ofende valores básicos do Brasil, mas pode infringir preceitos fundamentais de um Estado religioso. Da mesma forma, o divórcio que hoje está de acordo com a moral básica pátria, não esteve até pouco mais de trinta anos atrás.

Justamente por serem instáveis os valores de uma sociedade, a pretensa violação à ordem pública deve ser avaliada no momento do julgamento da causa e não no momento da ocorrência do ato examinado. Imaginemos um divórcio ocorrido no exterior na década de 1960 e apenas homologado no Brasil trinta anos depois. Nesta hipótese, as cortes brasileiras devem homologar a sentença de divórcio, pois o divórcio não ofende mais a nossa ordem pública.

---

<sup>47</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito estrangeiro nos tribunais brasileiros. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 355, maio/jun. 2001, pags 94 e 96.

<sup>48</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pags. 385 e ss.

Por fim, a ordem pública é um fator exógeno às normas e, por isso, é importante diferenciar a ordem pública das leis cogentes. A ordem pública tem natureza filosófica e moral, são os princípios básicos que norteiam um Estado. As leis cogentes, por seu turno, são normas que impõem a vontade do legislador, limitando a autonomia dos particulares, as quais podem ou não ter como fundamento tais preceitos básicos do Estado.

Ilustremos esta distinção com o seguinte exemplo: no Brasil, o Código Civil proíbe a poligamia bem como o pacto comissório. Não há dúvidas de que ambas são condutas vedadas pelo nosso ordenamento, mas é preciso atentar ao valor que está por de trás de cada uma dessas normas cogentes. No primeiro caso, resta claro que a poligamia viola aspectos basilares da moral brasileira. Logo, a imposição da monogamia visa preservar a ordem pública brasileira. Contudo, no segundo caso não percebemos um valor fundamental da nossa República em jogo. Nesta hipótese, o legislador apenas entendeu conveniente restringir a autonomia das partes para proteger o devedor. Certamente poucos (quicá nenhum) juristas defenderiam que a proibição ao pacto comissório representaria uma norma com a finalidade de preservar a ordem pública brasileira no mesmo nível do que a vedação da poligamia. Veremos adiante a aplicação da ordem pública nos seus diferentes níveis.

Outro exemplo: até o Código Civil de 2002, a maioria era atingida aos vinte e um anos. Indagamos se esta norma protegia os nossos valores fundamentais. A resposta, por outro lado, varia conforme o caso concreto. Não teríamos dificuldade em reconhecer no Brasil um ato civil praticado por uma pessoa de dezoito anos, a qual era considerada plenamente capaz de acordo com o seu estatuto pessoal. Este ato seria considerado válido e produziria efeitos no Brasil. Por outro lado, caso esta pessoa não tivesse dezoito anos, mas apenas sete anos,

certamente consideraríamos tal ato nulo de pleno direito, uma vez que violaria preceitos básicos do nosso ordenamento.

Desta forma fica evidente que a ordem pública não está contida na norma supra referida, devido ao seu caráter exógeno. A ordem pública protege valores básicos e, no exemplo acima, só podemos encontrar violação a tais preceitos na segunda hipótese. Portanto, é preciso examinar o caso concreto para se verificar uma pretensa transgressão à nossa ordem pública.

Prosseguindo neste estudo, mister se faz diferenciar a aplicação da ordem pública no direito interno e em situações conectadas com mais de um país.

No plano interno, a ordem pública funciona como um limitador à autonomia da vontade das partes no que concerne a estas determinarem o conteúdo das suas relações jurídicas. Restringe o direito dos particulares de disporem em contratos, por exemplo. Nesses casos, geralmente, a ordem pública vem dar fundamento a normas imperativas que proíbem ou determinam uma dada conduta.

Já no DIPr a ordem pública tem como função impedir a aplicação de leis estrangeiras (tanto aquelas indicadas pelas regras de conexão quanto as escolhidas pela vontade das partes), a execução de sentenças proferidas em outros países e o reconhecimento de atos e direitos constituídos no exterior. Esta finalidade encontra-se prevista no art. 17 da LICC, o qual determina: “ Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.” Alguns autores criticam a inclusão da soberania nacional e dos bons costumes, uma vez que estes seriam espécies de um grande gênero, a ordem pública.

Portanto, vemos que a ordem pública, em nome de valores fundamentais do país, impede a aplicação da lei estrangeira, seja por ter sido escolhida pelas partes ou por ter sido indicada pelas regras de conexão estabelecidas pelo próprio DIPr. Logo, deve-se ter muita cautela ao aplicar a ordem pública para impedir a aplicação da lei estrangeira, sob pena de se negar a própria finalidade do DIPr, conforme explica Jacob Dolinger:

A ordem pública que funciona no Direito Internacional Privado como válvula de segurança poderá ser abusivamente utilizada por aqueles que resistem à aplicação da lei estrangeira por não assimilar adequadamente a noção de comunidade jurídica internacional.

**É preciso que o aplicador da lei se conscientize de que o princípio da ordem pública se deve recorrer com parcimônia, somente quando absolutamente necessário para manter o equilíbrio da convivência da sociedade internacional com os fundamentos do direito de cada grupo nacional.**

Nesse espírito muitas convenções internacionais, ao inserir a exceção da ordem pública, se referem a ela no sentido de que a aplicação da lei estrangeira seja *manifestamente incompatível* com a ordem pública do foro<sup>49</sup>.

Jacob Dolinger prossegue no estudo da ordem pública e a classifica em três diferentes níveis, conforme o grau de ofensa que justifica a sua aplicação em cada situação<sup>50</sup>. O primeiro nível seria exercido no plano interno, no qual a ordem pública apenas garante o império de determinadas normas jurídicas. Trata-se, pois, de restrições aplicáveis a situações que não têm ligações com outros países.

A partir do segundo nível, passamos a lidar com uma ordem pública que funciona no âmbito internacional, quando há uma violação mais severa da ordem pública do foro e esta impede

<sup>49</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pag. 423. Grifos nossos.

<sup>50</sup> No mesmo sentido ensina Carmen Tiburcio: “No plano do direito interno, a ordem pública se manifesta através das regras imperativas, inderrogáveis pela vontade das partes. O segundo plano ocorre quando a regra brasileira de conexão determina que se aplique a lei estrangeira: se esta for chocante para o foro, a ordem pública impedirá sua aplicação, embora nem tudo que é considerado ordem pública no plano interno impeça a aplicação da lei estrangeira contrária.

Quanto ao terceiro nível, o das situações regularmente constituídas no exterior, a ordem pública tem âmbito mais restrito de incidência: aqui, a regra é de só negar reconhecimento à situação constituída no exterior quando esta ferir  **muito gravemente**  princípios considerados fundamentais do foro (morais, econômicos, religiosos, jurídicos ou políticos). Isto se explica pela conjugação dos princípios da ordem pública e do respeito aos direitos adquiridos, este aliás estabelecido no Brasil em sede constitucional (CF, art. 5º,XXXVI).” (TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pags 522 e 523).

que sejam aplicadas as leis estrangeiras indicadas pelas regras de DIPr ou escolhidas pelas partes. Jacob Dolinger assevera que “não é toda a lei local, cogente, das que não podem ser derogadas pela vontade das partes no plano interno, que não poderá se substituída por lei estrangeira, diversa, no plano do Direito Internacional Privado<sup>51</sup>”. Para exemplificar a incidência da ordem pública nesse segundo nível, recorreremos à hipótese antes referida da lei estrangeira considerar capaz uma criança de apenas sete anos de idade. A ordem pública brasileira impediria a incidência dessa norma em solo pátrio, mesmo que esta fosse a lei indicada pelas nossas regras de conexão.

Para melhor demonstrar como opera o funcionamento da ordem pública nos planos interno e internacional, vejamos o exemplo oferecido por Jacob Dolinger:

Louis Lucas formula uma ilustração clara sobre o funcionamento da ordem pública no plano interno e no plano internacional, invocando a incapacidade da mulher casada então vigente no direito francês, norma protegida internamente como questão de ordem pública, eis que aplicável, sem qualquer possibilidade de escapatória, a toda mulher casada francesa, sendo, no entanto, admitido que uma mulher casada, estrangeira, fosse capaz na França. Se sua legislação pessoal assim a considerasse. Já a monogamia, exigida pela ordem pública francesa, repercute igualmente no plano internacional: seja francesa ou estrangeira, uma pessoa já casada não poderá contrair segundo matrimônio na França, mesmo que a sua lei pessoal o permita<sup>52</sup>.

O terceiro nível somente tem vez quando ocorre uma violação muito grave da ordem pública do foro. Nestes casos, a ordem pública não reconhece direitos adquiridos no exterior. Podemos tomar como exemplo a passagem acima citada. Tal como na França, a bigamia ofende valores basilares do nosso ordenamento jurídico e, portanto, o segundo matrimônio não será reconhecido no Brasil. Por outro lado, conforme nos alerta Dolinger, “nosso sistema, que não admitiria aplicar a lei estrangeira para permitir a celebração de núpcias bígamas em

---

<sup>51</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. 398.

<sup>52</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. 399.

nosso meio, não se oporá a conceder certos direitos decorrentes deste tipo de casamento, celebrado no exterior”<sup>53</sup>.

Por ser um tema complexo, convém ressaltar que a ordem pública é enxergada de outro modo por alguns, que a dividem em interna e internacional. Haveria, portanto, duas ordens públicas que formariam círculos concêntricos, sendo o círculo maior a ordem pública interna. Assim, a ordem pública internacional seria o núcleo fundamental da ordem pública.

A ordem pública interna seria utilizada quando todos os elementos de conexão apontarem para um mesmo Estado, ou seja, quando se tratar de uma questão meramente interna. Esta modalidade de ordem pública teria o condão de atribuir a obrigatoriedade às normas no plano interno. Todavia, esta cogência nem sempre se aplica quando tratamos de situações ligadas a mais de um Estado. Sobre esta diferenciação explica Valladão:

A evolução do direito positivo do conceito de ordem pública confirma a predominância doutrinária quer de seus dois aspectos interno (nacional) e externo (internacional), quer do seu caráter de medida de exceção.

Realmente, a ordem pública é um limite do foro ou à manifestação da vontade individual, às disposições e convenções particulares (ordem pública interna) ou à aplicação do direito estrangeiro, às leis, atos e sentenças de outro país (ordem pública do DIP).

A primeira restringe a liberdade individual e a segunda barra a entrada das normas estrangeiras.

**E, por isto, a segunda é mais forte do que a primeira, está em grau superior.** (...)

Havia realmente, *necessidade de qualificar a ordem pública no DIP diferenciá-la [sic] da ordem pública no direito interno, em geral*. E foi o que fez Brocher, com a o. p. própria do DIP que chamou, não perfeitamente, de ordem pública externa ou internacional, que vingou no DIP em geral, opondo-se à aplicação da lei estrangeira, funcionando nas relações internacionais.<sup>54</sup>

Assim, percebemos uma divisão na doutrina no que tange à classificação da ordem pública. Enquanto que para alguns a ordem pública é una com aplicações distintas no campo das relações internas e das internacionais, outros entendem que há duas espécies distintas de “ordens públicas”. Porém, em qualquer um desses casos, pondera Ricardo Almeida que a

<sup>53</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. 399.

<sup>54</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, vol. I, 4ª edição, pags. 476 e 477. Grifos nossos.

ordem pública possui diferentes gradações e, conseqüentemente, nem todas as normas cogentes no plano interno, sejam de caráter positivo ou proibitivo, também o serão no plano internacional.<sup>55</sup>

Tendo em vista o exposto, concordamos com a opinião de Luiz Olavo Batista de que a ordem pública funciona como os anticorpos do nosso DIPr contra suas próprias normas. Todavia, como bem lembra Jacob Dolinger, este recurso deve ser usado com parcimônia. É preciso destacar que uma aplicação equivocada da ordem pública pode causar impactos piores para a sociedade internacional do que a sua não aplicação. Logo, nunca é demais repetir que a invocação da ordem pública deve ser uma medida excepcional e não um subterfúgio para deixarmos de aplicar a legislação estrangeira quando acharmos conveniente.

### 3.2. Normas de aplicação imediata

O segundo óbice à aplicação do direito estrangeiro são as normas de aplicação imediata. Preliminarmente, ressaltamos que há outras expressões que designam o mesmo fenômeno, como “normas imperativas” e “normas de aplicação necessária”. Mundialmente, a denominação mais conhecida foi aquela atribuída pela doutrina como “*lois de police*”.

Todavia, mais importante do que denominar o fato é compreendê-lo. Preferimos adotar a denominação de “normas de aplicação imediata”, pois entendemos que esta é a que melhor expressa o seu significado. Estas são normas materiais de um Estado de alta carga valorativa e muito importantes para se conservar a coerência do seu sistema jurídico. Por esta razão, diferentemente de outras normas, o Estado tem grande interesse que estas sejam aplicadas.

---

<sup>55</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 50.

Logo, em situações conectadas com mais de um ordenamento jurídico, tais normas não se submetem ao método conflitual, elas se aplicam diretamente ao caso em questão independentemente do direito apontado pela vontade das partes ou pelas normas de conexão.

Assim, as normas de aplicação imediata têm um método próprio, diferente daquele proposto por Savigny. Talvez pudéssemos classificar estas normas como territorialistas, pois elas próprias definem o seu âmbito de aplicação, independente de qualquer conexão que haja com outro Estado. Normas desta natureza não são neutras e desinteressadas, a sua aplicação não decorre da sua indicação pelas regras de conflito, mas sim porque se entende que elas são muito importantes para se preservar a coerência do sistema jurídico. Logo, elas sempre são aplicadas, inclusive em prejuízo da lei que normalmente seria apontada pelo método conflitual.

Ricardo Almeida destaca que a operacionalidade das normas de aplicação imediata é bem distinta da exceção da ordem pública. Esta última afasta a lei normalmente aplicável indicada pela regra de conflito, quando o resultado gerado violar preceitos fundamentais do ordenamento jurídico do foro. Portanto, a exceção da ordem pública tem um efeito negativo (impede a aplicação do direito apontado) e posterior à utilização da regra de conflito<sup>56</sup>. As normas de aplicação imediata, por seu turno têm um efeito positivo (determina a sua aplicação) e anterior ao uso das normas de DIPr. Acerca desta distinção, vale citar a lição de Nadia de Araujo:

A diferença entre *ordem pública* e *norma de aplicação imediata* foi bastante discutida pela doutrina francesa, influenciando os juristas de outros países, e a elaboração de convenções internacionais sobre conflitos de lei. Para os franceses, a ordem pública é considerada uma exceção quando, após a determinação da lei aplicável pela regra de conexão, deixa-se de aplicá-la para solucionar a questão, porque contrária à concepção do foro a esse respeito. Já as regras consideradas como de aplicação

---

<sup>56</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, págs. 54 e 55.

imediate (*lois de police*) são aquelas cujo conjunto é considerado de regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país. Dispensa a *mediação* normal da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço.<sup>57</sup>

Uma vez percorrido sobre o que seriam as normas de aplicação imediata e os seus efeitos, devemos adentrar em um terreno espinhoso, que é como identificar uma norma desta natureza. Nem todas as normas obrigatórias no plano interno devem necessariamente se aplicar a situações internacionais, até porque, se assim fosse, as normas de conflito perderiam a sua finalidade e adotaríamos o método territorialista.

Na opinião de Nadia de Araujo, a preocupação maior das normas de aplicação imediata é a coerência do ordenamento jurídico interno. O objetivo não é dar soluções distintas às situações internacionais, mas garantir a observância da norma interna. Assim, estas normas representam uma exceção ao método conflitual e, portanto, a caracterização de normas como sendo de aplicação imediata deve se restringir apenas aos casos em que o comando interno é fundamental para a coerência do sistema.<sup>58</sup>

A autora adverte que não há uma resposta precisa de como identificar tais normas, mas apenas indicações de caminhos que o juiz deve trilhar para verificar se a sua não observância põe em xeque ou não a ordem jurídica interna. Para isso, defende a utilização da argumentação jurídica, dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, o que limitariam o poder do julgador. Logo, a caracterização de uma norma como sendo de aplicação imediata deveria ser justificada com bases nestes parâmetros.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira* – 3ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pags. 101 e 102.

<sup>58</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira* – 3ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pags. 102 e 103.

<sup>59</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira* – 3ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pags. 103 e 104.

Ricardo Almeida nos fornece alguns exemplos de normas desta natureza, dentre os quais o Decreto-Lei nº 857/69, o qual estabelece o curso forçado da moeda nacional. Qualquer contrato, independente da sua lei regente, será nulo se restringir o curso legal da moeda nacional, desde que a obrigação seja exequível no Brasil<sup>60</sup>. Outro exemplo de normas de aplicação imediata é a legislação de defesa da concorrência. A lei nº 8.884/94 visa preservar a concorrência e reprimir o abuso do poder econômico, conforme reza o §4º do art. 173 da Constituição da República. Percebemos, pois, grande interesse do Estado na observância destas normas. Afirmam Pedro Cristofaro e Rafael Ney:

Dentro de uma ótica internacional, as regras de Direito da Concorrência, à semelhança, dentre outras, das leis monetárias e ambientais, seriam exemplos de “*Leis Imperativas Internacionais*” (as chamadas “*lois de police*”), que devem ser aplicadas pelos árbitros [e juízes, conforme o caso] ainda que não integrem o ordenamento jurídico eleito pelas partes de um processo arbitral, por serem de observância “necessária para a manutenção da organização política, social e econômica de um país”.<sup>61</sup>

Neste capítulo analisamos a exceção da ordem pública e as normas de aplicação imediata como limitações à aplicação da lei estrangeira. Vimos que a ordem pública visa preservar valores fundamentais de uma sociedade e que as normas de aplicação imediata são regras que tem por finalidade resguardar a coerência do sistema jurídico interno. Estas últimas têm uma atuação marcadamente finalística, objetivando atuar e implementar políticas públicas escolhidas pelo legislador, em atenção aos comandos constitucionais<sup>62</sup>.

Apesar de serem, na essência, muito similares no que tange aos fortes valores que protegem, a exceção da ordem pública e as normas de aplicação imediata diferem em relação a sua operacionalidade. Enquanto a exceção da ordem pública impede a aplicação da lei estrangeira

---

<sup>60</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 58.

<sup>61</sup> CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. *Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral*. In *Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática*. Coordenado por Ricardo Ramalho Almeida. Ed. Renovar, 2003, pag 341.

<sup>62</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, págs. 61 e 62.

após a sua indicação pelas regras de conexão, as normas de aplicação imediata prescindem das normas de DIPr e regulam diretamente a questão.

Até o presente momento, já estudamos os aspectos gerais da autonomia da vontade e as limitações à aplicação da lei estrangeira. O capítulo seguinte será dedicado a uma breve análise acerca da escolha de lei na Europa e nos Estados Unidos. Este exame nos permitirá entender melhor o atual cenário da autonomia da vontade nos principais países do mundo.

#### 4. NOTAS SOBRE A ESCOLHA DE LEI NA EUROPA E NOS EUA

No presente tópico traremos noções gerais da autonomia da vontade no que tange à eleição de lei na Europa e nos Estados Unidos da América. Destacamos desde já que não se pretende exaurir o tema, mas somente auxiliar a compreensão da questão por meio da análise da experiência de outros países.

Escolhemos analisar o *status* da autonomia da vontade na Europa e nos EUA, pois estes são os atores mais importantes do comércio internacional<sup>63</sup>. Este breve estudo comparativo tem por finalidade entender melhor a autonomia da vontade no mundo, de modo a nos auxiliar na discussão acerca da eleição de lei no Brasil.

##### 4.1. A escolha de lei na Europa

Pode-se afirmar que o princípio da autonomia da vontade para a escolha de lei na Europa passou por algumas fases antes de se consolidar como a pedra angular do DIPr no tocante às obrigações contratuais.

Antes de se falar em autonomia, cada país utilizava a sua própria regra de conexão para determinar a lei aplicável, sendo que os critérios mais comuns eram o do “lugar da celebração” e o do “lugar da execução” do contrato. Por meio destas fórmulas, era possível determinar qual o direito deveria reger o contrato.

---

<sup>63</sup> Convém destacar que atualmente existe na Conferência da Haia de direito internacional privado um grupo de trabalho que analisa a questão da escolha de lei em contratos internacionais. Este grupo visa produzir um documento multilateral de caráter não vinculante com normas básicas sobre a matéria, de modo a garantir que os principais parâmetros da autonomia da vontade sejam uniformes entre os países que vierem a adotar o futuro documento. As conclusões preliminares deste grupo são encontradas no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.hcch.net>>. Visita realizada em 18.10.2010.

Há algumas divergências em relação ao momento em que a autonomia da vontade teria começado a ser discutida como fator determinante da lei aplicável, substituindo a *lex loci celebrationis* e a *lex loci executionis*. A maior parte dos autores credita a Charles Dumoulin ter sido o pioneiro da teoria. Todavia, como já explicamos anteriormente, discordamos desta posição. Para nós, foi somente a partir da segunda metade do século XIX que se começou a discutir este tema.

A doutrina aponta o caso *Lloyd v. Guibert*, que foi julgado em 1865 na Inglaterra, como sendo a primeira indicação clara a favor da autonomia da vontade das partes no plano do DIPr contratual. Neste, foi decidido que é preciso considerar qual lei as partes pretenderam eleger para reger o seu contrato, ainda que implicitamente. Consta na decisão que: “é preciso considerar a lei que as partes escolheram para reger o seu acordo ou a lei que seria possível presumir que eles se submeteram”<sup>64</sup>.

Na França, indica-se como acórdão paradigmático uma decisão da Corte de Cassação datada de 1910, no qual foi expressamente reconhecido o direito das partes de escolher a lei para reger o contrato. Este caso trata de uma embarcação que descarregou na França 600 sacos de farinha de trigo à conta de uma empresa denominada American Trading C°. As mercadorias, contudo, chegaram avariadas, razão pela qual a American Trading C° acionou a dona do navio e o seu capitão para ser indenizada pelo prejuízo causado<sup>65</sup>. A transportadora alegou que havia cláusula de exoneração de responsabilidade no contrato. A American Trading C°, por sua vez, alegou que a lei do lugar da celebração do contrato proibia este dispositivo.

---

<sup>64</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pag. 258. Tradução livre. Consta no original: “it is necessary to consider by what general law the parties intended that the transaction should be governed or rather to what general law it is just to presume that they submitted themselves in the matter”.

<sup>65</sup> Acerca desse caso, conferir *American Trading C° c. Québec Steamship C°* comentado por ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1998. pp. 83-90.

Em primeira instância, foi acolhido o argumento da American Trading C<sup>o</sup>. Não obstante, a Corte de Cassação reformou esta decisão, considerando que a lei aplicável a um contrato é aquela escolhida pelas partes, ainda que tacitamente. A Corte asseverou que a cláusula de exoneração de responsabilidade era vedada pela lei estadunidense, mas era lícita de acordo com a lei francesa. Portanto, o fato das partes terem inserido este dispositivo no contrato, significaria a opção tácita dos contratantes pelo direito francês em relação a esta matéria.

Neste primeiro momento, apesar de haver algumas decisões favoráveis a autonomia das partes, ainda havia forte resistência por alguns juristas. Talvez o maior crítico do início do século passado a esta teoria tenha sido J. P. Niboyet. Em 1927, o Niboyet ministrou um curso na Academia de Direito Internacional da Haia em que se posicionava contra a autonomia. Para ele a liberdade das partes estaria limitada ao âmbito do direito interno, permitindo escolher certas regras contratuais, mas nunca a lei aplicável. De acordo com o eminente jurista: “a vontade dos contratantes não está elevada ao nível de poder de um soberano autônomo, paralelo ao do legislador; as partes têm simplesmente uma certa liberdade de contratar dentro dos limites fixados pela lei competente”<sup>66</sup>.

Poderíamos classificar este primeiro momento da evolução da autonomia da vontade na Europa como teórico. Discutia-se a possibilidade das partes escolherem o direito aplicável, mas não havia nenhuma norma clara que garantisse aos contratantes tal faculdade.

Esta situação começa a mudar a partir da década de 1950 do século passado, quando surgem as primeiras convenções internacionais que permitem de forma clara às partes elegerem o

---

<sup>66</sup> NIBOYET, J.P., *La Theorie de L' autonomie de la Volonté*. Recueil de Cours, tomo 16, 1927, pags. 59 e 60. Tradução livre. Consta no original: “La volonté des contractants n’est pas élevée au rang de pouvoir souverain autonome, parallèle à celui du législateur ; les parties ont tout simplement une certaine liberté de convention dans les limites fixés par la loi compétente”.

sistema jurídico que entenderem mais conveniente. Estabelecemos como marco inicial desta nova fase a edição da Convenção da Haia de 1955 sobre a lei aplicável à venda internacional de objetos móveis. Dispõe o artigo 2º desta Convenção: “A venda é regida pela lei interna do país designado pelas partes contratantes. Esta designação deve ser objeto de uma cláusula expressa, ou resultar indubitavelmente das disposições do contrato. (...)”

O grande avanço desta convenção foi permitir expressamente a autonomia da vontade e acabar com a controvérsia, pelo menos em relação aos contratos regidos por este diploma. Não obstante, esta convenção teve a sua importância reduzida, pois foi ratificada por apenas oito países.

Também no âmbito da Haia, foram elaboradas outras Convenções que permitiam expressamente a escolha da lei aplicável: (a) em 1978, a Convenção sobre lei aplicável aos contratos de intermediários e à Representação e (b) em 1986, a Convenção sobre lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias. Estas convenções, contudo, também não tiveram muitas ratificações e, por isto, tiveram pouca repercussão prática.

Apesar das Convenções da Haia acima referidas não terem sido adotadas por muitos países, elas representaram um avanço, tanto por (i) indicarem uma evolução na doutrina em favor da autonomia da vontade, quanto por (ii) terem permitido expressamente a autonomia, garantindo maior segurança jurídica às partes. Sobre esse primeiro aspecto, Nadine Watté relata que em 1927 Niboyet tinha proferido um curso na Academia da Haia em que negava a possibilidade da escolha de lei. Por outro lado, quarenta e cinco anos após, Curti Gialdino,

também em um curso na mesma Academia, reconheceu expressamente a faculdade dos contratantes de elegerem o direito aplicável<sup>67</sup>.

A partir da década de 1970, com o aumento das transações internacionais, ganhou importância a necessidade de regulamentação de tais negócios. Um dos aspectos mais relevantes de um contrato desta natureza é a determinação da lei aplicável. A autonomia da vontade, como já explicamos, assegura diversas vantagens às partes, dentre as quais a previsibilidade e a possibilidade de escolha da lei, o que pode reduzir os custos do contrato. Assim, a autonomia da vontade ganha importância econômica, pois diminui o custo de transação das operações transfronteiriças<sup>68</sup>. Poderíamos classificar este como sendo um terceiro momento na evolução da autonomia da vontade das partes na Europa.

Ademais, convém ressaltar que desde a década de 1950, a Europa começou um processo de integração que culminou na “União Européia”. Além de convenções em matéria de jurisdição e de reconhecimento de julgados de outros Estados-Partes, os seus integrantes firmaram, em 1980, a Convenção de Roma sobre lei aplicável às obrigações contratuais.

O artigo terceiro desta convenção dispõe que o “contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes”. Esta regra expressa, direta e sem condicionantes foi um avanço. Antes, alguns sistemas reconheciam a autonomia como critério subsidiário ou de modo muito restrito. Esta convenção primou por dar ampla efetividade ao princípio da autonomia, permitindo, dentre outros aspectos: (i) a designação da lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato e (ii) a mudança da lei escolhida para reger o acordo, sempre respeitado os efeitos já

---

<sup>67</sup> WATTE, Nadine. *L'autonomie de la volonté dans les conventions de La Haye*. Revue Belge du Droit International, XXIV, Bruxelles, 1991, pag. 413.

<sup>68</sup> Outra tendência importante deste mesmo período, mas que não será tratada neste trabalho, é a uniformização das regras materiais dos contratos. A esse respeito, podemos citar a Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias de 1980 e os Princípios do UNIDROIT de 1994, tendo estes últimos sido revistos dez anos mais tarde.

produzidos pelo contrato. Não obstante, esta liberdade não é ilimitada, assim, não podem as partes eleger o direito aplicável quando todos os elementos do contrato estejam circunscritos em um mesmo Estado.

O artigo 4º da Convenção de Roma trata da hipótese da lei aplicável na ausência de escolha pelas partes. De acordo com este dispositivo, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Esta norma estabelece a presunção de que “o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a Parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual” (...). Esta regra determina, ainda, algumas exceções a esta presunção para certos tipos de contratos.

A convenção, por outro lado, nos artigos subsequentes restringe a autonomia da vontade quando se trata de contratos em que há grandes disparidades no poder de barganha entre as partes, tal como nos contratos de consumo e de trabalho. Outra limitação à liberdade das partes está presente no art. 7º, que reconhece que algumas regras, em virtude de protegerem um forte interesse público, devem ser aplicadas independente da escolha das partes. Assim, a autonomia da vontade é também restringida pelas normas de aplicação imediata.

A Convenção de Roma foi fruto de um grande trabalho entre os especialistas da matéria e foi muito bem sucedida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Porém, é preciso destacar que esta convenção foi feita em 1980, quando o bloco europeu contava com apenas nove membros e hoje a União Européia tem vinte e sete integrantes e está em processo de expansão.

Em 2005, a Comissão Europeia publicou um estudo com o intuito de modernizar a Convenção de Roma, o qual propunha: (i) a sua transformação em Regulamento<sup>69</sup> e (ii) a sua modernização em relação a diversos aspectos, tais como a instituição de regras sobre contratos eletrônicos e possibilidade de escolha de lei de fonte não Estatal.

Em decorrência da substituição da Convenção de Roma por um regulamento, o Tribunal de Justiça da União Europeia poderia conhecer, de forma, mais ampla, de questões que tenham como base o novo regulamento. Outra consequência importante desta mudança é que o regulamento passaria a ter primazia em relação ao direito interno dos países<sup>70</sup>.

Em 2008, foi aprovado o Regulamento n° 593, também conhecido como “Roma I,” sobre a lei aplicável às obrigações contratuais para substituir a Convenção de Roma. Este regulamento tem a sua aplicação limitada às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis (art. 1º) e ratificou a autonomia da vontade como “pedra angular” para o sistema europeu (item 3º dos considerandos).

De um modo geral, o Regulamento Roma I abandonou quase todas as inovações sugeridas pela Comissão Europeia em 2005 e preservou a estrutura da Convenção de Roma. Dentre as propostas que foram retiradas está a possibilidade, atendida certas condições, das partes elegerem um direito não estatal para reger o seu contrato. Por outro lado, o Regulamento

---

<sup>69</sup> Regulamento é um ato normativo editado pela União Europeia que tem caráter geral, é obrigatório em todos os seus elementos e é diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. Este funciona como uma “lei comunitária” no bloco europeu.

<sup>70</sup> De acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, hoje já pacificado, as normas comunitárias primam sobre as regras internas dos Estados-Partes. A esse respeito, ver o célebre caso n° 6/64 - [Flaminio Costa v. ENEL](#), em que ficou estabelecido o primado do direito comunitário em relação ao direito interno dos Estados-Partes.

Roma I trouxe novas regras para certas espécies de contratos, como os de seguros, transportes e financeiros.<sup>71</sup>

Outro aspecto a ser tratado é que o Regulamento Roma I, em seu art. 4º, alterou a sistemática da Convenção de Roma em relação à designação de lei na ausência de escolha expressa. O critério da lei do país com o qual o acordo apresente liames mais estreitos foi alterado pelo estabelecimento de normas de conexão fixas e objetivas. O novo regulamento listou diversos contratos e, para cada um deles, instituiu uma regra de conexão própria.

Não obstante, o princípio da proximidade, embora com a sua importância mitigada, continua previsto no Regulamento Roma I. Quando, na ausência de escolha expressa das partes, não for possível inferir a lei aplicável por meio das regras de conexão listadas nos primeiros itens do art. 4º, utilizar-se-á este princípio. Vale frisar, ainda, que quando resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão **manifestamente** mais estreita com um país diferente daquele indicado pelas regras de conexão, deve-se aplicar a lei do país mais conectado ao contrato. Portanto, o princípio da proximidade também pode funcionar como uma “válvula de escape” às regras de conexão introduzidas no novo regulamento.

Para Paul Lagarde, a Convenção de Roma seria uma ilha isolada no vasto arquipélago do direito internacional privado convencional, elaborado principalmente nas conferências de DIPr da Haia. O Regulamento Roma I, por outro lado, seria uma norma organizada dentro do sistema de DIPr comunitário. Lagarde vai mais longe e afirma que Roma I junto com os

---

<sup>71</sup> LAGARDE, Paul e TENENBAUM, Aline. *De la convention de Rome au règlement Rome I*. Revue critique de droit international privé, n° 97 (4), 2008, pags 732 a 736.

regulamentos Bruxelas I e Roma II, em função de sua complementaridade, poderiam vir a ser um embrião de um código europeu de direito internacional privado<sup>72</sup>.

Em virtude das considerações feitas, percebemos que a autonomia da vontade passou por um longo processo antes de se consolidar na Europa. Antes de se falar em autonomia, cada Estado aplicava a sua própria regra de conexão, sendo as mais comuns a lei do lugar da celebração do acordo e a lei do lugar da execução do mesmo

A partir da segunda metade do século XIX, começaram a surgir os primeiros casos na jurisprudência européia que afirmavam categoricamente que as partes poderiam escolher o direito aplicável. Neste primeiro momento, houve resistência a autonomia por parte de certos juristas, como J. P. Niboyet.

Em um segundo momento, a partir da década de 1950, surgiram as primeiras convenções internacionais que expressamente reconheciam a autonomia da vontade para a eleição de lei. Muito embora estes diplomas não tenham obtido muitas ratificações, eles representaram um grande avanço na discussão.

Por fim, podemos afirmar que hoje vivemos em um terceiro momento. Nesta fase aumentaram muito as transações internacionais e a autonomia da vontade ganhou importância econômica, pois ela pode reduzir o custo de transação das operações comerciais. Ademais, a Europa vivia (e continua) em um crescente processo de integração, notadamente na área econômica. Neste contexto, os Estados-Partes celebraram a Convenção de Roma que garantia amplo reconhecimento da autonomia da vontade no bloco europeu.

---

<sup>72</sup> LAGARDE, Paul e TENENBAUM, Aline. *De la convention de Rome au règlement Rome I*. Revue critique de droit international privé, nº 97 (4), 2008, pags 728 e 779.

Recentemente, sob a justificativa de modernizar a Convenção de Roma e adaptá-la ao sistema comunitário, esta foi substituída pelo Regulamento Roma I. Apesar das intenções iniciais da Comissão Europeia, o novo regulamento inovou muito pouco em relação ao sistema anterior e manteve a sua essência.

Ante o exposto, podemos concluir que a autonomia da vontade está mais solidificada do que nunca e inquestionavelmente constitui hoje a pedra angular no sistema de direito internacional privado europeu em matéria contratual.

#### 4.2. A escolha de lei nos EUA

Tal como no sistema europeu, a autonomia da vontade nos EUA passou por uma evolução até se consolidar. No início do século passado, a jurisprudência americana considerava que cada contrato era regido pela lei que o foro considerava apropriada. Portanto, era o foro do juiz que, por meio das suas normas de DIPr, designava o direito aplicável.

Ole Lando relata que quando da elaboração do 1º Conflict of Laws Restatement, cada foro aplicava o direito que era indicado pelas suas normas de conexão. As regras mais comuns eram (i) o lugar onde o contrato foi celebrado e (ii) o lugar onde o contrato será executado. Por outro lado, alguns Estados dos EUA admitiam a autonomia da vontade para determinar o direito aplicável<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pag. 272.

Friedrich K. Juenger, ao tratar da autonomia da vontade nos EUA, faz referência a Joseph Beale, o relator do 1º Conflict of Laws Restatement, que era um fervoroso opositor da autonomia da vontade. De acordo com o professor de Harvard, os contratantes não teriam poder de legislar, tentando substituir a decisão do legislador de qual lei aplicar. Ele vai além e chega a afirmar que este poder seria teoricamente indefensável. Além disso, Beale acreditava que a incerteza em relação a se as cortes aceitariam ou não a autonomia das partes, aumentaria a quantidade de litígios<sup>74</sup>. O 1º Conflict of Laws Restatement, que em muito seguiu as idéias de seu relator, não mencionou a autonomia das partes para designar o direito aplicável.

Apesar de parte dos tribunais dos EUA ter seguido as idéias de Beale, a Suprema Corte daquele país as refutou, como podemos inferir do caso abaixo:

Em vez de conceber as partes como usurpando a função legislativa, parece mais realista considerá-las como retirando das cortes o problema de resolver a questão do conflito de leis. Desta forma, pode-se esperar a redução de litígios e deve-se confiar que esta escolha das partes retire dos tribunais o problema de resolver as ambigüidades. Afirmer que não haverá redução na litigiosidade pelo fato dos tribunais não honrarem com o acordado pelos contratantes é a lógica em sentido contrário. Uma tendência em prol da segurança nas transações comerciais deve ser encorajada pelas cortes<sup>75</sup>.

Não obstante, deve-se ressaltar que a autonomia nunca foi aceita de forma irrestrita. Quando a escolha da lei fosse obtida por meios injustos ou esta fosse escrita em um idioma desconhecida da outra parte, a cláusula poderia ser desconsiderada. Além disso, contratos como de seguro ou de trabalho, em que há grande disparidade no poder de negociação das partes, poderia haver restrição a esta liberdade das partes. Para Lando, as cortes dos EUA parecem ter feito a distinção entre contratos comerciais celebrados entre duas empresas com similar poder de barganha e contratos feitos entre uma poderosa empresa e uma parte

<sup>74</sup> JUENGER, Friedrich K. *Contract Choice of Law in the Americas*. 45 Am. J. Comp. L. 195, 1997, pag. 2.

<sup>75</sup> Tradução livre de trecho do julgado 221 F2d 189 Siegelman v. Cunard White Star, obtido em visita ao site <<http://openjurist.org/221/f2d/189/siegelman-v-cunard-white-star>> em 26.10.2009. No original, consta: "Instead of viewing the parties as usurping the legislative function, it seems more realistic to regard them as relieving the courts of the problem of resolving a question of conflict of laws. Their course might be expected to reduce litigation, and is to be commended as much as good draftsmanship which relieves courts of problems of resolving ambiguities. To say that there may be no reduction in litigation because courts may not honor the provision is to reason backwards. A tendency toward certainty in commercial transactions should be encouraged by the courts."

hipossuficiente<sup>76</sup>. Portanto, os tribunais entenderam que não deveriam interferir na escolha das partes se esta foi feita de forma justa, entre pessoas com similar poder de negociação e sem a finalidade de fraudar a lei.

Em 1971, com a edição do 2º Conflict of Laws Restatement, foi atribuída grande importância à autonomia da vontade. O art. 187 deste diploma trata do tema e dispõe que a lei do Estado escolhido pelas partes para reger os seus direitos e obrigações contratuais será aplicada ao acordo. Todavia, o mesmo dispositivo restringe a liberdade das partes, vedando (i) a escolha da lei de um Estado sem relação substancial com o contrato ou se não houver um motivo razoável para a escolha das partes e (ii) a aplicação de lei que seja contrária à ordem pública do Estado com o qual o contrato esteja mais ligado.

Caso as partes não tenham escolhido o direito aplicável, o art. 188 do 2º Conflict of Laws Restatement dispõe que o contrato será regido pela lei do Estado com maior relação com o acordo (*most significant relationship*). Este dispositivo estabelece alguns parâmetros para se aferir a relação mais estreita, tais como (i) o lugar da celebração do contrato, (ii) o lugar da negociação do contrato, (iii) o lugar da execução do contrato, (iv) a localização dos principais elementos que são relevantes para o contrato e (v) o domicílio, residência, nacionalidade, sede e estabelecimento das partes.

Portanto, o 2º Conflict of Laws Restatement consolidou profundas mudanças quanto à lei aplicável em relação à sua primeira versão. Desta forma, como, regra geral, estabeleceu o princípio da autonomia da vontade e, na ausência de escolha expressa, a norma de conexão seria a relação mais estreita com o contrato e não mais o local da celebração do mesmo. Tal

---

<sup>76</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pag. 275.

mudança teve como objetivo adequar o sistema jurídico dos EUA às necessidades da segurança jurídica nas relações contratuais transnacionais.

Por último, vale comentar que a autonomia da vontade para designar a lei aplicável também está presente no Uniform Commercial Code (“UCC”), o qual é adotado por todos os Estados dos EUA. Os artigos 1-105 do UCC versam sobre a prerrogativa das partes de elegerem a lei ao seu acordo, permitindo, assim, a autonomia da vontade para diversos contratos<sup>77</sup>. Em relação a este particular, o sistema do UCC é similar ao do 2º Conflict of Laws Restatement, pois possibilita a escolha do direito desde que o negócio tenha uma razoável relação com o local da lei designada. Vale frisar que o UCC se aplica tanto a escolha de lei de outros países, quanto para casos internos, possibilitando a designação da lei de outros Estados da federação americana<sup>78</sup>.

Podemos perceber que, tal como no sistema europeu, houve uma evolução da autonomia da vontade nos EUA. Hoje, há um cenário seguro para as partes designarem a lei aplicável, o qual se baseia em dois pilares: (i) o 2º Conflict of Laws Restatement e (ii) o UCC<sup>79</sup>.

### 4.3. Comparação entre os sistemas europeu e estadunidense

---

<sup>77</sup> Os artigos 1-105 do UCC estão em processo de revisão e serão substituídos pelos artigos 1-301, mas a autonomia da vontade das partes para designar a lei aplicável não será alterada. Para informações adicionais, conferir a nota de rodapé 9 de RÜHL, Gisela. *Party autonomy in the private international law of contracts: Transatlantic convergence and economic efficiency*. In: *Conflict of laws in a globalized world*, Cambridge University Press, 2007, pag 4.

<sup>78</sup> É interessante notar que nos EUA os Estados federados têm grande competência legislativa. Portanto, é comum encontrar diferenças substanciais de direito entre os Estados membros da União. Logo, naquele país, o conflito de leis é matéria relevante não apenas para os acordos que envolvam mais de um país, mas também para aqueles relativos a mais de um Estado federado.

<sup>79</sup> Não obstante, alguns autores entendem que o sistema americano não referendou a autonomia da vontade das partes de forma ampla. Mo Zhang afirma que a aceitação da autonomia nos EUA está tão ligada a “policy analysis” que geralmente é difícil para as partes terem certeza se a sua escolha de lei será respeitada. Ver ZHANG, Mo. *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law*. *International law review*, Emory, vol. 20, pag. 511 a 562, 2006,

Para finalizar este capítulo em que abordamos a eleição de lei nos sistemas europeu e estadunidense, faremos uma breve comparação entre eles.

Em artigo versando sobre a designação de lei nos continentes americanos, Juenger afirma que a autonomia da vontade ainda não está bem consolidada. Esta questão nas Américas estaria muito pouco desenvolvida quando comparada ao contexto europeu. Nas palavras do autor:

Nas Américas, a questão de qual lei aplicar aos contratos que ultrapassem as fronteiras nacionais pode ser, de forma benevolente, descrita como indeterminada. Comparado com o tratamento da matéria no direito internacional privado europeu, neste Continente, as respostas doutrinárias, legislativas e judiciais a esse problema foram, até bem recentemente, muito pouco desenvolvidas.<sup>80</sup>

Especificamente em relação aos Estados Unidos, Juenger afirma que, a despeito da evolução obtida com o 2º Conflict of Laws Restatement, algumas cortes daquele país insistiam em aplicar a *lex loci contractus*, o que, ao seu ver, seria um anacronismo, tendo em vista que essa regra foi considerada ultrapassada no resto do mundo. Além disso, ainda haveria aqueles que, por razões doutrinárias, questionariam o poder dos contratantes de escolher a lei a reger o seu acordo.<sup>81</sup>

Em sentido contrário, Gisela Rühl entende que a autonomia da vontade já teria se consolidado como norte nos contratos internacionais tanto na Europa quanto nos EUA. Em relação à Europa, a autora reconhece que houve resistências iniciais a esta teoria, mas que, com o aumento do comércio internacional no século passado, foi diminuindo a oposição à possibilidade de escolha de lei. Ademais, a vitória final da autonomia teria vindo com a Convenção de Roma de 1980 que expressamente incluiu o princípio no seu texto. No tocante

---

<sup>80</sup> JUENGER, Friedrich K. *Contract Choice of Law in the Americas*. 45 Am. J. Comp. L. 195, 1997, pag. 1. Tradução livre. Consta no original: "In the Americas, the question of what law applies to contracts that cross national frontiers may charitably be described as unsettled. Compared to the Treatment of the subject in European private international law, on this Continent the doctrinal, legislative and judicial responses to the problem were, until fairly recently, seriously underdeveloped."

<sup>81</sup> JUENGER, Friedrich K. *Contract Choice of Law in the Americas*. 45 Am. J. Comp. L. 195, 1997, pag. 2.

aos EUA, Gisela afirma que o princípio foi reconhecido pelos tribunais e está previsto no 2º Conflict of Laws Restatement e no UCC.<sup>82</sup>

Assim, a autora defende que a autonomia da vontade seria uma tendência universal, a qual teria prevalecido na prática, uma vez que a maior parte dos contratos internacionais prevê a cláusula de escolha de lei e a grande maioria destes dispositivos são mantidos pelos tribunais quando são questionados. Desta forma, não haveria dúvidas sérias sobre a autonomia em ambos os lados do Atlântico Norte:

É em virtude desta conjuntura que hoje a autonomia não é seriamente questionada em nenhum dos lados do Atlântico. Isto fica óbvio quando examinamos os projetos de reforma na área: Na Europa, a Convenção de Roma está atualmente sendo revista e será em breve substituída por um regulamento comunitário. Todavia, o artigo 3 (1) sobre a autonomia da vontade será essencialmente mantido. No mesmo sentido, a última revisão do UCC que introduziu o novo UCC § 1-301 para substituir o UCC § 1-105, não interfere no direito das partes de escolher a lei aplicável.<sup>83</sup>

Mesmo a autonomia tendo se consagrado vitoriosa na Europa e nos EUA, ela não é aceita de modo irrestrito. Ainda assim, segundo Gisela, estas limitações seriam semelhantes nos dois lados do Atlântico. Ambos os sistemas restringiriam a eleição de lei: (a) apenas para casos internacionais e (b) que a lei escolhida tivesse uma conexão mínima com o contrato, (c) não permitindo a escolha de um direito não estatal e (d) quando houver grandes diferenças de poder de negociação entre as partes.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> RÜHL, Gisela. *Party autonomy in the private international law of contracts: Transatlantic convergence and economic efficiency*. In: Conflict of laws in a globalized world, Cambridge University Press, 2007, pages 4 a 8.

<sup>83</sup> RÜHL, Gisela. *Party autonomy in the private international law of contracts: Transatlantic convergence and economic efficiency*. In: Conflict of laws in a globalized world, Cambridge University Press, 2007, pag 8. Tradução livre. Consta no original: "It is against this background, that party autonomy—today—is not seriously called into question on either side of the Atlantic. That this is so becomes obvious when looking to reform projects in the field: In Europe, the Rome Convention is currently under review and will soon be replaced by a Community Regulation. However, Article 3 (1) on party autonomy will essentially remain unchanged. By the same token, the latest revision of the UCC that has introduced a new UCC § 1-301 to replace UCC § 1-10529 does not touch upon the parties' right to choose the applicable law."

<sup>84</sup> RÜHL, Gisela. *Party autonomy in the private international law of contracts: Transatlantic convergence and economic efficiency*. In: Conflict of laws in a globalized world, Cambridge University Press, 2007, pages 8 a 31.

A primeira limitação diz respeito à necessidade de conexão do contrato com outro país, não reconhecendo, portanto, a designação de lei quando todos os elementos do contrato estão ligados a um mesmo Estado. O artigo 3 (3) da Convenção de Roma de 1980 dispõe que:

3- A escolha pelas Partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, **sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha**, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por «disposições imperativas».

Portanto, quando todos os elementos do contrato estiverem conectados a apenas um país, o acordo deve ser regido pela lei deste e a liberdade das partes está limitada às disposições facultativas da lei interna.

Em relação ao sistema estadunidense, não encontramos regra similar no 2º Conflict of Laws Restatement e no UCC. Todavia, no comentário oficial do art. 187 do Restatement, encontramos a mesma regra: “as normas desta subseção se aplicam apenas quando dois ou mais Estados têm interesse na determinação da lei ao caso em questão. Esta regra não se aplica quando todos os contatos estão localizados em um único Estado e quando, conseqüentemente, há apenas um Estado interessado.”<sup>85</sup>

Em relação à necessidade do Estado da lei escolhida ter relação com o contrato, encontramos uma pequena diferença entre os sistemas. De acordo com o art 3 (3) da Convenção de Roma, não há necessidade de um contato substancial com a lei escolhida, apenas que o acordo esteja ligado a mais de um Estado. Por outro lado, o Restatement e o UCC condicionam a eficácia da escolha da lei a um relacionamento substancial com a norma escolhida

---

<sup>85</sup> Tradução livre. Consta no original: “The rule of this Subsection applies only when two or more states have an interest in the determination of the particular issue. The rule does not apply when all contacts are located in a single state and when, as a consequence, there is only one interested state.”

Porém, não se deve interpretar estas normas de forma tão restritiva. O comentário oficial do art. 187 do Restatement esclarece que esta norma visa apenas garantir um fundamento razoável para a escolha das partes. A escolha apenas não seria respeitada quando as partes elegessem a lei sem qualquer fundamento, isto é, imbuídas “de um espírito de aventura” ou por mero “exercício doutrinário”. Todavia, situações como estas não costumam ocorrer na prática, vez que no comércio internacional as partes em regra têm muito cuidado ao fazer as suas escolhas<sup>86</sup>. Desta forma, poder-se-ia designar uma lei mais desenvolvida e testada para reger um contrato, mesmo que ela não tenha ligações com o contrato. Neste sentido, é comum, por exemplo, empresas elegerem a lei de Londres para um contrato de transporte naval, uma vez que é mundialmente reconhecida a expertise britânica na regulamentação deste tipo de contrato.

Ademais, de acordo com Gisela Rühl, as cortes americanas costumam aceitar quase qualquer relação com uma lei estrangeira como suficiente para garantir eficácia à escolha feita. Além disso, vários Estados dos EUA teriam facilitado a eleição de lei que não tivesse relação com o contrato, sendo relevante mencionar que o próprio UCC teria abandonado tal necessidade na reforma dos seus artigos 1-301.<sup>87</sup> Portanto, mais uma vez, os sistemas americano e europeu estariam convergindo.

Outra limitação à autonomia das partes em ambos os continentes seria quanto à designação de uma lei de fonte não estatal. A convenção de Roma em diversos dispositivos<sup>88</sup> se refere à

---

<sup>86</sup> De acordo com o comentário oficial: “f. Requirement of reasonable basis for parties' choice. The forum will not apply the chosen law to determine issues the parties could not have determined by explicit agreement directed to the particular issue if the parties had no reasonable basis for choosing this law. The forum will not, for example, apply a foreign law which has been chosen by the parties in the spirit of adventure or to provide mental exercise for the judge. Situations of this sort do not arise in practice. Contracts are entered into for serious purposes and rarely, if ever, will the parties choose a law without good reason for doing so.”

<sup>87</sup> RÜHL, Gisela. *Party autonomy in the private international law of contracts: Transatlantic convergence and economic efficiency*. In: *Conflict of laws in a globalized world*, Cambridge University Press, 2007, pages 14 e 15.

<sup>88</sup> Ver arts. 1(1), 3 (3) e 7(1).

eleição de lei de um país, não deixando dúvidas quanto à impossibilidade de escolha de uma lei de fonte não estatal. A mesma situação ocorre nos EUA, uma vez que o Restatement e o UCC mencionam expressamente escolha a normas de um Estado.

Embora ambas as legislações não permitam a escolha de um direito que não estatal, Gisela Rühl entende que ambos os sistemas estão caminhando no sentido de se aceitar esta possibilidade. A autora cita o exemplo dos Estados do Oregon e da Luisiana que recentemente teriam editado leis mais flexíveis. Aponta ainda o então projeto de Regulamento Roma I, que viria a substituir a Convenção de Roma, em seu texto preliminar, previa a faculdade dos contratantes designarem um direito de fonte não estatal<sup>89</sup>.

Apesar da previsão otimista da autora e dos idealizadores do Regulamento Roma I terem desejado modernizar a legislação européia sobre o tema, como já tratamos anteriormente, a versão final do regulamento rejeitou quase todas as sugestões feitas pela Comissão Européia, inclusive quanto à possibilidade de escolha de um direito não estatal<sup>90</sup>. Portanto, hoje o tratamento desta questão difere entre os sistemas europeu e de alguns estados americanos.

Cabe, ainda, mencionarmos que ambos os ordenamentos jurídicos em análise restringem a autonomia da vontade em certos contratos em que se considerada que as partes têm grande disparidade de poder de negociação. Nesses casos, há regras protetivas que limitam a escolha do direito em questão, geralmente para proibir que a escolha prejudique “as partes fracas” da relação jurídica. São exemplos de contratos desta natureza os de consumo, trabalho e seguro.

---

<sup>89</sup> RÜHL, Gisela. *Party autonomy in the private international law of contracts: Transatlantic convergence and economic efficiency*. In: *Conflict of laws in a globalized world*, Cambridge University Press, 2007, pag 19.

<sup>90</sup> Ver LAGARDE, Paul e TENENBAUM, Aline. *De la convention de Rome au règlement Rome I*. *Revue critique de droit international privé*, nº 97 (4), 2008, pag 732.

Sem entrar em maiores detalhes, até porque este não é o objetivo do presente capítulo, podemos encontrar diversas restrições desta natureza na Convenção de Roma e no Regulamento Roma I<sup>91</sup>. Restrições semelhantes também são encontradas na jurisprudência das cortes americanas<sup>92</sup>. Portanto, ambos os sistemas distinguem claramente contratos firmados por pessoas com similar poder de barganha e aqueles em que há grande disparidade e, conseqüentemente, conferem diferentes tratamentos jurídicos.

Por último, é importante apontarmos que os Estados Unidos e a maior parte dos principais países Europeus ratificaram a Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Esta tem por objetivo estabelecer regras materiais uniformes sobre acordos desta natureza. Ressaltamos que o art. 6º deste diploma permite às partes excluir a aplicação da Convenção, no todo ou em parte. Logo, a autonomia também é expressamente permitida neste diploma internacional.

Neste capítulo examinamos a autonomia da vontade no tocante à designação da lei a reger o acordo das partes. Traçamos breves notas sobre os sistemas europeus e americanos, uma vez que estes são os mais importantes para o comércio internacional.

Vimos que a autonomia na Europa passou por diversas fases antes de se consolidar e substituir as antigas regras de conexão *lex loci celebrationis* e *lex loci executionis*. Este foi um movimento lento, mas que ganhou muita força a partir da década de 1970 do século passado com a expansão das transações que envolviam mais de um Estado. A partir deste período, verificou-se que a autonomia da vontade reduzia o custo dos negócios e, assim, esta ganhou importância econômica. Posteriormente, atingiu o seu auge com a Convenção de

---

<sup>91</sup> A título de exemplo, ver artigos 1(3), 5 e 6 da Convenção de Roma e artigos 6, 7 e 8 do Regulamento Roma I.

<sup>92</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pag. 275.

Roma de 1980, a qual foi substituída pelo Regulamento Roma I, mas que manteve os mesmos pilares e ratificou que a autonomia da vontade representava a pedra angular do direito internacional privado contratual europeu.

Nos Estados Unidos, tal como na Europa, a autonomia da vontade também passou por uma clara evolução. No início, enfrentou forte resistência por alguns doutrinadores e não foi respaldada pelo 1º Conflict of Laws Restatement. Não obstante, a teoria foi sendo reconhecida pela jurisprudência aos poucos se foi alterando o cenário jurídico daquele país. Atualmente, o 2º Conflict of Laws Restatement e o UCC permitem expressamente a eleição de lei pelas partes.

Ao comparar o sistema americano com o Europeu, Juenger entende que os EUA estão muito atrasados. Todavia, não nos parece que os sistemas sejam tão díspares. Comungamos da opinião de Gisela Rühl, a qual afirma que, apesar de haver pequenas diferenças, está havendo uma convergência entre os sistemas europeu e americano no tocante a autonomia dos contratantes. De fato, em ambos, a autonomia é permitida como regra geral e as restrições ao princípio nos dois sistemas são bastante semelhantes.

Ao final deste capítulo podemos perceber uma tendência mundial em favor da possibilidade dos contratantes de elegerem o direito aplicável ao seu acordo.

Terminamos a primeira parte deste trabalho tendo analisado todos os pressupostos fundamentais ao exame do nosso tema de pesquisa. Dedicaremos a parte seguinte ao objeto central da nossa tese: a escolha de lei no Brasil. Para isso, no próximo capítulo abordaremos o panorama jurídico nacional e as divergências sobre a autonomia da vontade no Brasil.

## 5. O PANORAMA JURÍDICO NACIONAL E DIVERGÊNCIAS SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE NO BRASIL

### 5.1. Cenário até 1942

Partindo para uma análise específica do nosso ordenamento jurídico, Haroldo Valladão nos informa que o princípio da autonomia da vontade já se encontraria presente no nosso sistema há muito tempo. Para exemplificar, cita o art. 5º do Regulamento nº 737/1850, o art. 32 do Esboço elaborado por Teixeira de Freitas<sup>93</sup> e a antiga Introdução ao Código Civil (“ICC”) de 1916<sup>94</sup>. Esta última dispunha no seu art. 13:

Art. 13. Regulará, **salvo estipulação em contrário**, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.

Parágrafo único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

- I. Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil.
- II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro.
- III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil.
- IV. Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

A ICC de 1916 outorgava às partes liberdade para escolherem a lei que quisessem para reger o contrato. A expressão “salvo estipulação em contrário” permitia às partes disporem acerca de qual lei seria aplicável aos seus contratos. Clóvis Bevilacqua era um dos grandes defensores da autonomia da vontade e comentava:

A verdadeira opinião parece-me aquella que, em primeiro lugar, attende à autonomia da vontade. Certamente não se erige o querer individual em força dominadora cujo império desfaça as determinações das leis. De modo algum. A vontade individual para produzir efeitos jurídicos tem de collocar-se sob a égide da lei da qual tira toda a sua efficacia social. Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza efeitos jurídicos em contrario às suas prescripções. A alienação perpetua da liberdade pessoal e outros actos semelhantes não podem ser praticados no Brasil, e concluídos no estrangeiro não poderão no Brasil executar-se.

<sup>93</sup> Samtleben também entende que Teixeira de Freitas seria defensor da autonomia da vontade, que teria reconhecido o princípio no seu Esboço e afirma: “Seja como for, da leitura das passagens de FREITAS antes citadas, pode-se deduzir claramente que ele já reconheceu a autonomia das partes na forma mais ampla sem fixar para ela outro limite que a ordem pública”. Consultar SAMTLEBEN, Jürgen. *Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano*. Separata da Revista de informação legislativa a.22 n. 85 jan/mar de 1985. Senado Federal, pag. 268.

<sup>94</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, vol. II, p.182.

Collocada nos seus naturaes limites e agindo de accòrdo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionaes e unilateraes, consequentemente lhe deve ser permitido, nas relações internacionaes, escolher a lei a que subordina as obrigações livremente contrahidas<sup>95</sup>.

Já outros autores como Eduardo Espínola entendiam que o art. 13 permitia, apenas parcialmente, as partes elegerem o direito que regerá o contrato. Para o autor, a autonomia das partes só tinha lugar frente às normas dispositivas. Contudo, diante de normas imperativas as partes teriam que adotar a lei brasileira<sup>96</sup>.

Todavia, ao se analisar com cuidado o disposto no art. 13 da Introdução ao Código Civil de 1916 percebemos que nela se encontram presentes dois princípios contraditórios. O *caput* prevê expressamente a autonomia da vontade como regra, mas o parágrafo único deste dispositivo elenca uma série de hipóteses nas quais a lei brasileira deverá ser sempre aplicada, restringindo, pois, a liberdade das partes.

Paul Garland em interessante análise de julgados a respeito da autonomia da vontade, afirma que as exceções do parágrafo único do art. 13 da ICC e o art. 628 do Código Comercial<sup>97</sup> levaram o judiciário brasileiro a, em regra, aplicar a lei brasileira na maior parte dos casos, sem levar em consideração a lei escolhida pelas partes.<sup>98</sup>

Nesse sentido, convém citar o Agravo de Petição nº 3.905, julgado pelo STF, mais conhecido como caso Bayley & Cia v. Estado do Ceará, em que o contrato foi firmado fora do Brasil e havia cláusula expressa designando a lei do Estado da Louisiana como aplicável. No entanto, a corte brasileira entendeu que o contrato deveria regido pela lei brasileira, uma vez que ele

---

<sup>95</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Salvador: J. L. Fonseca Magalhães, 1906, pág 263. Grifos nossos e mantida a grafia original.

<sup>96</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1925, pag. 659.

<sup>97</sup> Art. 628 - O contrato de fretamento de um navio estrangeiro exequível no Brasil, há de ser determinado e julgado pelas regras estabelecidas neste Código, quer tenha sido ajustado dentro do Império, quer em país estrangeiro.

<sup>98</sup> GARLAND, Paul Griffith. *Bilateral Studies American-Brazilian Private International Law*. New York, Oceana Publications, 1959, pag. 52.

seria aqui executado. Para o tribunal, esta cláusula seria ofensiva ao direito nacional e, portanto, seria considerada como não escrita. Assim, foi decidido que “os contratos ajustados em país estrangeiro, quando exequíveis no Brasil, sempre se regerão pela Lei brasileira”.<sup>99</sup>

Outro caso digno de nota é o Recurso Extraordinário nº 7.921, em que se discutia um empréstimo feito em libras esterlinas com garantia hipotecária de imóveis situados no Brasil. Ao se discutir a lei aplicável, a Suprema Corte decidiu pela aplicação da lei brasileira, uma vez que o contrato seria aqui executado.<sup>100</sup>

## 5.2. Cenário pós LICC de 1942

Em 1942 foi editada a Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 13 da Introdução ao Código Civil de 1916 foi substituído pelo seguinte dispositivo:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

A nova lei, ao eliminar a expressão “salvo estipulação em contrário”, criou polêmica em relação a se o princípio da autonomia da vontade, aplicável aos contratos internacionais,

---

<sup>99</sup> STF, Agravo de Petição nº 3.905, relator Min. Godofredo Cunha, julgado em 13.12.1924. Acórdão publicado na Revista do Supremo Tribunal Federal, vol. 91, julho de 1925, Rio de Janeiro, pags 45 a 51.

<sup>100</sup> STF, Recurso Extraordinário nº 7.921, relator Min. Barros Barreto, 2ª Turma, julgado em 15.06.1944. Neste caso específico convém mencionar que se tratava de uma hipótese que envolvia a determinação da moeda de pagamento e o curso forçado da moeda nacional. Conforme consta no voto do Min. Annibal Freire, embora o recorrente tenha alegado que os decretos que impõem a obrigatoriedade do curso da moeda brasileira não se aplicariam ao caso em tela, o ministro rejeitou tal argumento afirmando que estas seriam normas de aplicação imediata. De acordo com Annibal Freire: “Leis imperativas desta ordem têm forçosamente de exercer o seu império nos setores por ela indicados de modo expresso e a exegese em torno delas não se deve afastar dos princípios orientadores da legislação, cumprindo-lhe atentar na literalidade de seus preceitos, não incompatíveis com a evolução das idéias jurídicas”.

continuar a ter lugar no ordenamento jurídico brasileiro. Lauro Gama entende que após o advento da LICC de 1942 teriam surgido três principais correntes sobre o tema<sup>101</sup>.

A primeira corrente, por ele denominada de realista, não teria encontrado elementos concretos na nova lei que justificassem a adoção da autonomia. O art. 9º da LICC de 1942 teria eliminado a possibilidade das partes escolherem uma determinada lei para reger o seu contrato. O autor aponta João Grandino Rodas, Maria Helena Diniz e Nadia de Araujo como defensores desta tese. Nadia de Araujo, apesar de se mostrar favorável a uma reforma legislativa no sentido de se permitir expressamente a autonomia da vontade no nosso DIPr, não vê a possibilidade das partes elegerem livremente um determinado direito nos moldes do nosso sistema atual:

Mas no que tange à prática diuturna, há que ser cauteloso, quando da redação de uma cláusula deste tipo em um contrato internacional, pois os tribunais não enfrentaram a questão nem parecem ter abraçado as teses pró-autonomia da doutrina mais recente. Somente com a adoção dos princípios consagrados na Convenção do México poderá modificar-se a situação atual e passarem as partes a ter segurança jurídica para poder adotar a autonomia da vontade em seus contratos.

**Para nós, no estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos atualmente na comunidade internacional, não encontra amparo na legislação vigente (...)**<sup>102</sup>.

O autor estadunidense Dana Stringer também é adepto desta corrente. Para ele, o Brasil não permitiria às partes elegerem a lei que julgarem mais conveniente. Tal limitação geraria insegurança jurídica e um alto custo de transação a ser arcado pelas partes quando forem firmar contratos no Brasil. Stringer afirma que isto pode gerar empecilhos nas relações contratuais com os Estados Unidos, uma vez que os advogados daquele país estão

<sup>101</sup> GAMA, Lauro. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável in O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso (organizadores) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pag 605 e ss.

<sup>102</sup> ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. pag. 120. Grifos nossos.

acostumados a trabalhar com um ambiente jurídico que aceita a autonomia da vontade das partes<sup>103</sup>.

A segunda corrente, poderíamos denominá-la de “conciliatória”, pois admite a autonomia da vontade de forma indireta e restrita ao campo das normas supletivas. Segundo Lauro Gama:

Para Serpa Lopes e Oscar Tenório, a omissão legislativa sobre o tema não suprimiu a autonomia da vontade, mas passou a reconhecê-la de forma indireta, ou seja, quando autorizada pela lei do local da celebração do contrato indicada conforme o artigo 9º da LICC, e, mesmo assim, apenas no terreno das normas supletivas, sendo inextensível a matérias sujeitas a normas imperativas ou afetas à ordem pública. Essa também [é] a posição de Luiz Olavo Batista, que diz ser ela predominante, e de Irineu Strenger, para quem “o art. 9º não exclui a autonomia da vontade se ela for admitida pela lei do país onde se constituir a obrigação”<sup>104</sup>.

Oscar Tenório, partidário desta corrente intermediária, afirma que “os limites da autonomia da vontade são traçados pela lei onde se constitui a obrigação”. Logo, se a lei do local onde o contrato for celebrado permitir às partes escolher o direito aplicável, os contratantes terão essa faculdade. Para Tenório, nesta hipótese, as únicas restrições a serem impostas à escolha das partes seriam os preceitos da ordem pública da lei do lugar onde o contrato for executado.<sup>105</sup>

Todavia, comungamos o entendimento de que esta corrente não pode prevalecer nos moldes atuais do nosso DIPr. Para nós, esta tese esbarraria na vedação ao reenvio, previsto no art. 16 da nossa LICC. De acordo com Fabiane Verçosa:

Em que pese à notoriedade do catedrático carioca [Oscar Tenório], bem como sua depurada argumentação, ousamos apontar o que, a nosso ver, corresponde a um equívoco diante do Direito Internacional Privado pátrio. Ao remeter à lei do local da celebração do contrato a determinação se cabe ou não aos contratantes escolher a lei aplicável, estar-se-ia empregando o instituto do reenvio, peremptoriamente vedado por nossas regras jusprivatistas. De fato, reza o art. 16 da LICC: “Art 16.

<sup>103</sup> STRINGER, Dana. 959 *Choice of Law and choice of forum in Brazilian international commercial contracts; party autonomy, international jurisdiction, and the emerging third way*. *Columbia journal of transnational Law*, v. 44, 2006, pag. 1. GAMA, Lauro. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável in O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso (organizadores) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pag. 607.

<sup>105</sup> TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Livraria Jacinto Editora, Rio de Janeiro, 1944, pag. 211.

Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei”.

Assim, apesar das inúmeras discussões doutrinárias acerca da figura do retorno ou da devolução em nosso direito, esta não tem guarida em face do direito brasileiro atualmente em vigor. Concluímos com a devida vênia ao autor, ser incabível o entendimento de que às partes é dado escolher o direito aplicável à sua avença, desde que a lei do lugar de sua constituição o permita<sup>106</sup>.

A terceira corrente é liderada por Haroldo Valladão e Jacob Dolinger que advogam a tese de que a autonomia da vontade não teria desaparecido do nosso sistema jurídico. O art 9º não teria proibido a escolha da lei aplicável ao contrato. Para Valladão, a mera omissão do princípio na lei não quer dizer que este teria desaparecido do nosso ordenamento jurídico<sup>107</sup>. Dolinger compara tal omissão com aquela ocorrida em relação à possibilidade das partes elegerem o foro do contrato, quando foi editado o Código de Processo Civil de 1939. Aliás, anos mais tarde, o Supremo Tribunal Federal veio a editar o verbete nº 335 da sua Súmula em que reconhecia a escolha do foro. Nas palavras de Dolinger: “[o mesmo] já acontecera com o código processual de 1939, cujo artigo 133 não previu o foro de eleição, o foro do contrato, “admitido há mais de um século em nossos Códigos e Leis processuais”<sup>108</sup>. Assim, a autonomia da vontade, na qualidade de princípio, não poderia ter desaparecido em virtude da omissão do art. 9º da LICC. Adicionalmente, Valladão e Dolinger expõem outros argumentos a favor da autonomia da vontade, os quais valem a pena abordamos.

Primeiramente seria preciso levar em consideração o período em que foi editada a LICC de 1942. Nessa época o Brasil passava pelo período ditatorial do Estado Novo, momento em que as liberdades individuais foram restringidas. Desta forma, os autores do decreto-lei teriam camuflado o princípio da autonomia da vontade das partes para que a norma não enfrentasse resistência à sua aprovação pelo Presidente da República. Portanto, a ausência da expressão

---

<sup>106</sup> VERÇOSA, Fabiane. *Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais: Eleição da Lei Aplicável no Direito Convencional e no Direito Internacional Privado Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2003. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica, pags. 159 e 160.

<sup>107</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, vol. II, p.183.

<sup>108</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional, vol. II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 454.

“salvo estipulação em contrário” não significaria o desejo do legislador de suprimir a autonomia da vontade do sistema jurídico pátrio.

O segundo argumento exposto por Valladão é de que o §2º do art. 9º da LICC admitiria a autonomia da vontade para contrato entre ausentes, o que deveria valer também para aqueles celebrados entre presentes. O mestre nos explica que quando este parágrafo dispõe que “a obrigação resultante do contrato **reputa-se** constituída no lugar em que residir o proponente”, o termo reputa-se significa presume-se, o que permitiria as partes disporem em contrário.

Nesse sentido, afirma Valladão:

Aliás o princípio da autonomia da vontade está, ainda no §2º do art. 9º, no emprego ali do verbo “reputa-se”, sinônimo de “presume-se”. De fato, esta fórmula “presume-se”, “reputa-se”, cobre sempre o princípio da autonomia da vontade, abrindo a tradicional ressalva “salvo estipulação em contrário”, ou “em falta de vontade expressa ou tácita”. Havendo tal escolha, expressa ou tácita, não predomina a lei da residência do proponente, substituída pela eleita pelas partes.<sup>109</sup>

O terceiro argumento a favor da existência da autonomia da vontade na LICC de 1942 invocado por Valladão remonta à teoria do domicílio especial que as partes elegem por contrato, em relação a certo e determinado negócio. O artigo 42 do Código Civil de 1916 já dispunha sobre o domicílio especial e esta norma foi reproduzida no artigo 78 do atual código, em que determina: “Art. 78. Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”. Neste sentido, as partes poderiam eleger um domicílio especial para o contrato e, desta forma, escolher a lei que regeria o seu acordo.<sup>110</sup>

Outro argumento a favor da autonomia da vontade é trazido por Lauro Gama, que entende que como o art. 9º não teria proibido expressamente a eleição de lei estrangeira, as partes

<sup>109</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, vol. II, p.183.

<sup>110</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, vol. II, p.183.

poderiam fazê-lo. Argumenta o autor que a autonomia privada estaria prevista no art. 5º, II da Constituição da República e, portanto, as partes só não poderiam eleger a lei que quisessem para reger o seu contrato se essa prerrogativa fosse vedada por lei, o que não é o caso<sup>111</sup>. Desta forma, o princípio da legalidade ampararia a possibilidade de eleição de lei. Após uma interpretação constitucional do art. 9º, Lauro Gama conclui:

- (i) o art. 9º LICC, *interpretado conforme a Constituição Federal*, não proíbe a eleição, pelas partes, do direito aplicável ao contrato internacional, pois tal escolha repousa na *autonomia privada*, que deriva da cláusula constitucional de liberdade, inscrita dentre os direitos e garantias fundamentais, e se sujeita ao *princípio da legalidade* (artigo 5º,II, da Constituição);
- (ii) admitir no artigo 9º da LICC uma condição vedatória não prevista no ordenamento positivo, implica igualmente em afronta à *proporcionalidade em sentido estrito*, eis que impõe sacrifício desproporcional à garantia de liberdade da pessoa, em favor de regra definidora do direito aplicável ao contrato (*lex loci celebrationis*) despida de qualquer conteúdo constitucionalmente relevante;
- (iii) não havendo no ordenamento positivo *norma proibitiva* do exercício da autonomia da vontade em matéria de contratos internacionais, a *autonomia privada* (artigo 5º,II, da Constituição), que se irradia objetiva e expansivamente por todo o sistema do direito privado, assegura, por si só, a validade e eficácia da escolha do direito aplicável feita pelas partes, desde que observados os limites impostos pelas *normas imperativas* e pela *ordem pública*<sup>112</sup>.

Adicionalmente, Jacob Dolinger afirma que a Lei nº 9.307/96 teria ratificado esta tese ao permitir a escolha do direito aplicável quando eleita a arbitragem. A esse respeito, afirma:

O debate em torno da admissão pelo legislador brasileiro do direito das partes escolherem a lei aplicável ao contrato internacional deveria ter cessado a partir da aprovação da lei de arbitragem, que expressamente autorizou os contratantes a escolher a lei aplicável ao processo arbitral. Qual seria a razão, o sentido lógico, de que na arbitragem as partes têm o direito de fixar a lei que será aplicada na solução de sua desavença, e que não o possam fazer na hipótese de solução judicial? A interpretação teleológica do artigo 9º da LICC não poderia ser mais manifesta depois que o legislador revelou seu integral respeito pelo princípio da *lex voluntatis*. Imagine-se um contrato prevendo a solução arbitral para determinado aspecto do contrato e a solução judicial para outro aspecto do mesmo; para a primeira as partes escolhem a lei a ser aplicada e para a segunda não poderiam fazê-lo?!<sup>113</sup>

Trataremos posteriormente, em capítulo próprio, sobre a escolha de lei em sede de arbitragem, mas desde já podemos adiantar que a lei nº 9.307/96 permitiu expressamente a autonomia da

<sup>111</sup> GAMA, Lauro. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável in O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso (organizadores) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pag 611.

<sup>112</sup> GAMA, Lauro. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável in O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso (organizadores) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pags 622 e 623.

<sup>113</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional, vol. II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 472.

vontade. Além disso, verificaremos no capítulo seguinte que a doutrina admite a eleição de lei mesmo para contratos internos quando houver convenção de arbitragem<sup>114</sup>. Assim, tendo em vista este dispositivo da lei de arbitragem, é preciso encontrar um ponto de convergência para se harmonizar o sistema. Como podemos aceitar a autonomia da vontade em uma arbitragem em que se discute um contrato interno e negá-la no caso de um contrato internacional com diversos elementos de estraneidade, mas que é regido pelo art. 9º da LICC? Ademais, faz algum sentido ser o meio de solução de conflitos o fator determinante da liberdade das partes de escolher o direito?

Por fim, Dolinger defende que os princípios norteiam a aplicação das regras e esses que teriam prevalência sobre estas últimas<sup>115</sup>. O autor vai além e sustenta que a autonomia da vontade seria um princípio universal e não dependeria do legislador nacional:

Nosso entendimento é de que em matéria contratual-internacional não se dá esta prioridade da lei interna, porque o direito internacional privado aceita que as partes escolham a lei governante de seus contratos, resultando que **a vontade das partes antecede a qualquer consideração jurídica emanada do direito conflitual interno, podendo os contratantes colocar-se sob o governo de outra lei, sem indagar da natureza das leis a que estariam submetidos, não fora sua escolha. Este é justamente o princípio da autonomia da vontade, aceito universalmente, e que não depende do legislador nacional.**<sup>116</sup>

Há poucas decisões judiciais sobre esta matéria e maioria confunde a escolha de lei com a eleição de foro estrangeiro<sup>117</sup>, mas conseguimos encontrar um interessante acórdão da justiça paulista que reconhece expressamente a autonomia da vontade. Consta no julgado:

<sup>114</sup> A esse respeito, ver ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009, pag. 207.

<sup>115</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional, vol. II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pags. 455 e 456.

<sup>116</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional, vol. II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pags. 426 e 427. Grifos nossos.

<sup>117</sup> A respeito dessa confusão, vejamos, por exemplo, o Agravo de Instrumento nº 23.483, julgado pela Oitava Câmara Cível do 1º Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Para justificar a competência da justiça brasileira, invalidando a cláusula de eleição de foro, os magistrados apontaram o art. 9º da LICC e o art. 88 do CPC. Contudo, o litígio não versava sobre o conflito de leis, sendo, portanto, equivocada a referência ao art. 9º da LICC.

De acordo com o princípio da autonomia da vontade, que preside a elaboração dos contratos, podem as partes eleger o foro de sua conveniência e escolher as leis que devem reger seus contratos. No entanto, tais escolhas devem sempre levar em consideração alguns fatores como acima já mencionado.

Nos contratos internacionais, guardados os princípios gerais e imperativos de conexão, sejam em relação aos locais onde residem as partes ou ao lugar em que o contrato deverá ser executado, é facultado às partes o direito à livre escolha da lei aplicável. (...)

No caso, as partes desavindas contrataram, expressamente, na cláusula 14, que o contrato seria regido e interpretado de acordo com as leis do Reino Unido, e cada uma das partes naquele ato se submete à circunscrição judicial de tais tribunais.

É inegável que nosso direito manteve a autonomia da vontade no campo da lei aplicável às obrigações contratuais. Sustenta tal posição Haroldo Valladão e também o professor Irineu Strenger.

**Tem-se, portanto, que no Brasil é admitida a escolha da lei aplicável nos contratos internacionais, e como as partes no presente caso escolheram expressamente a lei do Reino Unido, esta escolha é válida e eficaz.**<sup>118</sup>

Alguns podem criticar o julgado acima mencionado, pois, no caso em tela, consta na ementa do acórdão que o contrato teria sido celebrado no exterior, o que justificaria, de acordo com o art. 9º da LICC, a aplicação da lei estrangeira. Contudo, não há referência no julgado de que o contrato tenha sido firmado no Reino Unido. O Tribunal destacou apenas que as partes escolheram a lei do Reino Unido e sequer fez menção ao art. 9º da LICC. Logo, a justificativa para a aplicação da lei estrangeira não foi a nossa regra de conexão, mas sim o reconhecimento do princípio da autonomia da vontade.

Por outro lado, também encontramos uma decisão judicial que nega a possibilidade das partes escolherem o direito aplicável. O caso abaixo tratado versava sobre um contrato de transporte de mercadorias embarcadas em Funchal (domínio português a época), as quais deveriam ser entregues no porto de Santos, tendo as partes estabelecido que este negócio seria regido pela lei inglesa. Entretanto, o tribunal desconsiderou a escolha feita pelos contratantes:

É certo que nos termos da cláusula 23ª do conhecimento marítimo, ficou estabelecido que o contrato seria interpretado ou regulado pela legislação inglesa e as reclamações a ele relacionadas seriam resolvidas diretamente com os transportadores em Londres com exclusão das medidas legais dos tribunais de qualquer outro país.

Tal cláusula, porém não pode ser acatada, porque sua observância viria de encontro a preceito de ordem pública que regula a territorialidade do direito e a administração da justiça.

O respeito à aludida convenção particular importaria afastar a aplicação de uma norma expressa e positiva quanto ao cumprimento das obrigações (citado art. 628 do Código Comercial), o que equivaleria

---

<sup>118</sup> 1º TACSP, 12ª Câmara, Agravo de Instrumento nº 1.247.070-7, relator juiz Artur César Beretta da Silveira, julgado em 18.12.2003. Grifos nossos.

negar-se a proteção, dentro no território brasileiro, que o Poder Público deve aos particulares por fato ocorrido no país, e visto que a função essencial do Estado é a realização da justiça.<sup>119</sup>

Esse julgado, apesar de ter de fato negado às partes a possibilidade de elegerem o direito aplicável, possui uma particularidade que deve ser destacada. O Tribunal de Justiça de São Paulo não fundamentou a sua decisão no art. 9º da LICC, mas sim no art. 628 do Código Comercial, o qual dispõe: “o contrato de fretamento de um navio estrangeiro exequível no Brasil, há de ser determinado e julgado pelas regras estabelecidas neste Código, quer tenha sido ajustado dentro do Império, quer em país estrangeiro”. Assim, a corte afirmou a impossibilidade das partes designarem o direito aplicável na hipótese do art. 628 do Código Comercial (regra especial), mas nada disse quanto à suposta incompatibilidade da autonomia da vontade com o art. 9º da LICC (regra geral aplicável aos contratos internacionais).

Outro julgado que já foi apontado como sendo um precedente em desfavor da autonomia da vontade é o acórdão Banco do Brasil v. Champalimaud. Este foi um caso que chegou ao Supremo Tribunal Federal e se discutia a aplicação da lei portuguesa. Na situação em exame, havia um contrato financeiro que continha cláusula elegendo a lei inglesa e outros contratos celebrados em Portugal. Contudo, como o litígio apenas versava sobre estes últimos, não era relevante o fato de o primeiro contrato possuir cláusula de escolha de lei.

Não obstante, um dos fundamentos dos recorrentes era de que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais teria decidido, com base na doutrina de Amílcar de Castro, que as partes não poderiam “escolher o direito que lhes aprover” e que o STF teria entendimento contrário. Contudo, ao se analisar o acórdão do TJMG e aqueles apontados pela recorrente, não se verifica o dissídio de jurisprudência. Em verdade, o acórdão mineiro, transcrito pelo Min. Moreira Alves em seu

---

<sup>119</sup> 4ª Câmara Cível do TJSP, apelação nº 35.641, relator Des. Meirelles dos Santos, julgado em 29.01.1948. Acórdão publicado na Revista dos Tribunais, ano 37, maio de 1948, vol. 173.

relatório, traz apenas a mencionada citação à doutrina de Amílcar de Castro sem contextualizá-la. Contudo, em momento algum o tribunal *a quo* afirmou que as partes não poderiam escolher o direito aplicável. Desta forma, o STF não se manifestou sobre a compatibilidade da autonomia da vontade com o art. 9º da LICC:

(...) o que está em causa não é propriamente o contrato financeiro, (...) mas, sim, a eficácia perante os ora recorrentes das relações jurídicas externas a esse contrato, celebradas entre o Banco Pinto & Sotto Mayor e a ECIL, bem como entre esta e Antonio Champalimaud. (...)

Note-se, por outro lado, que, mesmo no tocante ao problema da autonomia da vontade em face do referido artigo 9º, não se pode pretender que o entendimento de que este seja princípio absoluto, inafastável pela vontade das partes, nega vigência a ele; e, sobre esse aspecto, não se manifesta nenhum dos acórdãos trazidos a confronto, os quais dizem respeito a outra questão – a da persistência do foro do contrato para a fixação da competência –, o que afasta a alegação de dissídio de jurisprudência.<sup>120</sup>

Portanto, a questão da autonomia da vontade, apesar de ter sido ventilada pelos recorrentes, não foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Desta forma, não podemos inferir do acórdão acima mencionado que as partes não poderiam designar o direito aplicável ao seu contrato.

Em interessante estudo sobre a jurisprudência brasileira relativa aos contratos internacionais, Nadia de Araujo afirma que a autonomia da vontade para a designação da lei aplicável jamais teria sido enfrentada diretamente. Para a autora: “a discussão acerca da possibilidade de utilização da autonomia da vontade ocorreu poucas vezes, e foi decidida sempre em prol da interpretação literal do artigo 9º, ou seja, pela sua não utilização”.<sup>121</sup>

Em sentido diametralmente oposto, Jacob Dolinger defende que a autonomia da vontade é respeitada pelas cortes brasileiras. Para o doutrinador: “pode-se afirmar que a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável em contratos internacionais é respeitada por nossos

<sup>120</sup> STF, RE nº 93.131-7 – MG, 2ª Turma, relator Min. Moreira Alves, julgado em 17.12.1981, pags 45 e 46. Grifos nossos.

<sup>121</sup> A Jurisprudência Brasileira Sobre Contratos Internacionais: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro *in* ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. pags. 271 e 272.

tribunais, só que ainda não temos julgamento em que isto tenha sido reconhecido em contrato firmado em nosso território”.<sup>122</sup>

Em relação à jurisprudência pátria, entendemos que não é possível identificar uma tendência clara. As decisões encontradas são muito poucas e mesmo estas são revestidas de tantas particularidades que não nos permitem obter uma conclusão inequívoca a respeito do tema.

Embora não haja um norte claro do judiciário brasileiro a respeito da matéria e serem razoáveis as demais interpretações do art. 9º da LICC, comungamos a opinião defendida por Valladão e Dolinger. Somos favoráveis à possibilidade das partes poderem eleger uma lei que não necessariamente seja a do lugar de onde se constituir a obrigação. Diversas podem ser as razões dos contratantes que justifiquem tal escolha e variam muito conforme o caso concreto.

A nosso ver, a nossa norma de conexão prevista no art. 9º da LICC é anacrônica e, em algumas situações, os contratantes têm que fazer uso de certos “malabarismos” jurídicos para garantir eficácia à sua escolha de lei. Uma dessas medidas seria indicar no contrato, como lugar de sua celebração, o local da lei que as partes desejam que reja o seu acordo. Portanto, as partes querendo, por hipótese, que o seu contrato seja governado pela Lei do Estado de Nova York, devem elas indicar Nova York como o local onde o contrato teria sido celebrado. Desta forma, as normas de DIPr brasileiras indicarão o direito novaiorquino como sendo o aplicável ao pacto em questão<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional*, vol. II - *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007, pag. 464.

<sup>123</sup> GAMA, Lauro. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável in O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso (organizadores) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pag 610.

Contudo, em se verificando que o local onde o contrato foi **realmente** celebrado não foi aquele em que consta no pacto, o juiz poderá considerar esta indicação de local como um mero subterfúgio, com a finalidade de fraudar a lei e aplicar a lei do local onde o acordo foi de fato firmado. Não obstante, devemos destacar que a doutrina tem imaginação fértil e já elaborou outras soluções para garantir segurança à autonomia da vontade das partes.

A primeira solução seria ao invés de simplesmente indicar um determinado lugar fictício como sendo o local de celebração do contrato, sugerir que as partes de fato viajem para este lugar e lá firmem o contrato. Assim, afirma Fabiane Verçosa que:

Um mecanismo bastante conservador e que raramente poderá ser questionado *a posteriori* consiste em, simplesmente, fazer que os contratantes viajem para o lugar cuja lei desejam ver aplicada à sua avença. (...)

Ora, a solução mais simples e segura consiste em o representante legal da empresa brasileira viajar até os Estados Unidos ou ao Estado norte-americano específico cuja lei se deseja aplicar – Nova Iorque, por exemplo - e lá proceder à assinatura do contrato<sup>124</sup>.

Por outro lado, esta solução acarretaria alguns problemas, tal como os custos envolvidos na viagem de um executivo para o exterior somente para lá assinar o contrato. Outra forma de garantir a eficácia da escolha da lei pelas partes seria através da norma contida no §2º do art. 9º da LICC que disciplina o contrato entre ausentes. Acerca desta possibilidade, explica Fabiane Verçosa:

Outra solução correntemente adotada em casos semelhantes é a assinatura do contrato pelo contratante estrangeiro – o órgão de fomento, em nosso exemplo – e o envio das vias assinadas para o Brasil, a fim de que a empresa brasileira aponha a sua assinatura no contrato e, por sua vez, remeta uma ou mais vias assinadas ao contratante estrangeiro. Incide na hipótese o artigo 9º, § 2º da LICC, que trata do contrato entre ausentes. Considera-se, no caso, o credor como proponente, aplicando-se a lei de sua residência ou sede. Embora à primeira vista pareça bastante razoável, tal solução não é perficiente, eis que não se aplica a todos os casos. Em muitos contratos, aliás, definir exatamente quem é o “proponente” do contrato não é das tarefas mais fáceis. Em regra, o proponente é o que primeiro assina o contrato. Entretanto, isso não

---

<sup>124</sup> VERÇOSA, Fabiane. *Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais: Eleição da Lei Aplicável no Direito Convencional e no Direito Internacional Privado Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2003. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica, pags. 178.

necessariamente ocorre. Assim, pode ser que no caso concreto, por uma questão de praticidade, o oblato assine antes do proponente<sup>125</sup>.

Ante o exposto, percebemos os males decorrentes de uma interpretação do art. 9º da LICC em dissonância com o princípio da autonomia da vontade. Enquanto não se firmar no Brasil um cenário jurídico que assegure aos contratantes segurança na eleição de lei, as partes serão incentivadas a fazer uso dos referidos “malabarismos” com vista a garantir a eficácia à sua escolha de lei. Além disso, a atual legislação brasileira só faz aumentar a insegurança em se contratar no nosso país, o que eleva o nosso “custo Brasil”. Contudo, estes “malabarismos” não seriam necessários se aceitássemos que as partes simplesmente elegessem a lei que entenderem conveniente, ou seja, aceitar um caminho direto para a escolha do direito em detrimento da via tortuosa que hodiernamente é trilhada.

Os contratantes sabem quais são os seus anseios e vão, com base nestes, eleger a lei que lhes seja mais conveniente. Ao proteger a autonomia da vontade, está se protegendo em última análise as próprias partes. Em relação a este aspecto, é conveniente fazer referência a Erik Jayme, que diz: “De um modo geral, na minha opinião, é preciso proteger a pessoa humana mais por um reforço de sua autonomia do que mediante leis imperativas que se impõem sem levar em consideração as necessidades do indivíduo”<sup>126</sup>. Logo, transposta esta consideração para a hipótese por nós tratada, é imperioso interpretamos o art. 9º da LICC em favor da liberdade de escolha de lei!

Ademais, neste aspecto deveríamos observar mais as experiências internacionais. Na grande maioria dos países as partes têm liberdade para escolher a lei aplicável aos seus contratos. No

---

<sup>125</sup> VERÇOSA, Fabiane. *Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais: Eleição da Lei Aplicável no Direito Convencional e no Direito Internacional Privado Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2003. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica, pags. 179.

<sup>126</sup> JAYME, Erik. *O direito internacional privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*, in ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Cláudia Lima, coord. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 12.

mesmo sentido, diversas convenções internacionais têm previsões similares, como a Convenção do México sobre a lei aplicável aos contratos internacionais, assinada pelo Brasil, mas que ainda não foi ratificada.

## 6. A ELEIÇÃO DE LEI EM ARBITRAGEM

### 6.1. Introdução

Hodiernamente, a arbitragem é a forma mais comum de resolução de disputas em contratos internacionais, principalmente nos quais há grandes valores envolvidos. O instituto se espalhou por todo o mundo, tendo sido objeto de inúmeras legislações internas e convenções internacionais.

As principais vantagens da arbitragem em relação ao judiciário são a rapidez e a segurança jurídica que esta proporciona. O procedimento arbitral é célere e muitas vezes têm data certa para terminar, ao passo que um litígio no judiciário pode se arrastar durante muitos anos. Ressalta-se, por outro lado, que a morosidade da justiça não é um problema exclusivo do Brasil.

Além disso, a arbitragem geralmente é decidida por peritos na matéria e, conseqüentemente, há uma maior segurança jurídica em relação ao resultado. Por outro turno, o mesmo não ocorre necessariamente com as disputas decididas no judiciário. Não raramente o julgador não está familiarizado com a questão em tela e graves equívocos podem acontecer.

São estas as principais razões que levaram ao sucesso da arbitragem como meio de resolução de conflitos, notadamente no que tange aos contratos internacionais. Não obstante, destacamos que o procedimento arbitral, via de regra, não é barato, razão pela qual a arbitragem não é tão utilizada para contratos envolvendo baixas somas.

O diploma internacional mais importante sobre arbitragem é a Convenção de Nova York sobre reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros, adotada em uma conferência diplomática das Nações Unidas em 1958. De acordo com esta convenção, o judiciário dos Estados-Partes devem reconhecer, em sede de arbitragens internacionais, a escolha desta forma de solução de conflitos e executar as decisões dos árbitros. Atualmente, mais de 140 países ratificaram a Convenção de Nova York, tendo esta se tornada a grande referência global no que tange às arbitragens internacionais.

No Brasil, até pouco tempo, na contramão dos demais países, a convenção de arbitragem carecia de execução específica, ou seja, o seu descumprimento resolvia-se no pagamento de perdas e danos e a parte inadimplente poderia recorrer ao judiciário. Embora o Brasil fosse parte no Protocolo de Genebra de 1923 relativo às Cláusulas Arbitrais, ainda havia muita insegurança em relação a este instituto, mesmo em relação às arbitragens internacionais. O entendimento dominante era de que o Código de Processo Civil de 1939 teria tirado a eficácia da cláusula compromissória.

Foi apenas com a edição da Lei nº 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”) que se formou um cenário seguro para a utilização deste instrumento. Ainda assim, muitos questionavam a constitucionalidade deste instituto. Dentre outros aspectos, alegava-se que a lei violava o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Somente no final de 2001, ao julgar uma homologação de um laudo arbitral estrangeiro, o STF declarou constitucionais os dispositivos da referida lei<sup>127</sup>. Hoje, já se pode considerar pacificada a questão da constitucionalidade da arbitragem, conforme ensina Leonardo Mattietto:

---

<sup>127</sup> STF, Ag Reg na SE 5206 AgR / EP – ESPANHA, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 12.12.2001.

Examinando a sua compatibilidade com a Carta de 1988, que traz o princípio de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV), O Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prevêm a irrecorribilidade da decisão do árbitro (art. 18) e a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos das decisões proferidas pelo Poder Judiciário (art. 31); por maioria de votos, entendeu também constitucionais o art. 6º, parágrafo único, sobre a obrigatoriedade da cláusula compromissória, o art. 7º e seus parágrafos, quanto a compelir a parte recalcitrante a instituir a arbitragem e os arts. 41 e 42, que alteraram o Código de Processo Civil.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal ‘pacificou o entendimento de que não há qualquer incompatibilidade entre a garantia da inafastabilidade da jurisdição e a competência exclusiva do árbitro para o conhecimento e julgamento de matérias submetidas a arbitragem’, assentando, ao contrário, que a ‘a possibilidade de as partes pactuarem a resolução de seus conflitos por meio de arbitragem, exigindo a execução específica desta obrigação, integra objetivamente a garantia do pleno acesso à jurisdição abraçada pelo dispositivo constitucional’<sup>128 129</sup>.

Desta forma, a Lei de Arbitragem trouxe a segurança necessária às partes para se utilizarem do instituto, tal como já ocorria em boa parte do mundo. A partir daí, a arbitragem passou a ser cada vez mais adotada por nós e, pouco tempo em seguida, o Brasil ratificou a Convenção de Nova York, tendo, assim, aderido ao maior diploma internacional sobre a matéria. O sucesso da arbitragem foi tão grande que é comum a arbitragem ser a forma de resolução de disputas para grandes contratos, mesmo quando a administração pública é parte.

<sup>128</sup> MATTIETTO, Leonardo. A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, coord. Flávio Amaral Garcia, v. XVII, p. 331-332, 2006.

<sup>129</sup> A ementa ficou assim redigida: “1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira nº 5206. Agravo Regimental / reino da Espanha. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, Brasília, p. 29, 30 abr. 2004.

Adicionalmente, cumpre destacar que o judiciário vem desempenhando um bom papel ao respeitar a convenção de arbitragem<sup>130</sup>.

## 6.2. Escolha do direito aplicável

Feitas estas considerações iniciais, passemos ao objeto principal deste capítulo, a eleição de lei em arbitragem. A Lei de Arbitragem brasileira inovou em relação à LICC ao permitir expressamente a escolha do direito aplicável. Dispõe o art. 2º da referida lei:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Ante a redação do dispositivo acima referido, surgiu, entre alguns, a dúvida **a que** direito o § 1º do artigo estaria se referido. Em outras palavras, é lícito às partes elegerem a lei que regerá (i) o contrato, (ii) o procedimento arbitral ou (iii) ambas? Nesse sentido, adverte João Bosco Lee:

A redação deste artigo [§1º do art. 2º] é, no entanto, ambígua. A expressão “regras de direito que serão aplicadas na arbitragem” é imprecisa e pode gerar dificuldades quanto à sua interpretação. De fato, pode-se argumentar que “regras aplicadas à arbitragem” são aquelas que regem o procedimento arbitral e não o mérito do litígio. Destarte, teria sido conveniente que o legislador tivesse simplesmente “copiado” o art. 28, I da Lei modelo da Uncitral que não deixar subsistir nenhuma dúvida quanto à autonomia da vontade das partes na escolha do direito aplicável ao mérito da controvérsia. Entretanto, este problema passou despercebido pela doutrina brasileira que parece aceitar que, sob a perspectiva da Lei de 1996, as partes possam escolher o direito aplicável à causa<sup>131</sup>.

Não obstante, a doutrina majoritária defende que a Lei de Arbitragem garantiu ampla liberdade de escolha às partes, ou seja, elas podem tanto dispor sobre a lei substantiva do

<sup>130</sup> Como exemplo, consultar STJ, MS 11308 – DF, relator Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.04.2008.

<sup>131</sup> LEE, João Bosco. *A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional*. In Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 11, Ano 4, janeiro/março de 2001, coord. Arnaldo Wald, pags. 353 e 354.

contrato quanto acerca das regras procedimentos a reger eventuais conflitos. De acordo com Nadia de Araujo e Lauro Gama:

A Lei nº 9.307/96 prestigiou, ainda, a autonomia da vontade das partes, de tal sorte que aos contratos foi conferida ampla liberdade de escolha das normas aplicáveis, tanto ao procedimento, como ao do fundo da causa, inclusive a eleição dirigida aos usos e costumes do comércio internacional. Em síntese, procurou modernizar o instituto da arbitragem, conciliando a reticência historicamente verificada contra a arbitragem no Brasil com a utilização de mecanismos eficazes de preservação e garantia do procedimento<sup>132</sup>.

Comungamos do entendimento de que a Lei de Arbitragem permite às partes tanto escolher a lei material do contrato, quanto as normas procedimentais da arbitragem. É importante lembrar o norte da Lei de Arbitragem é o respaldo a autonomia da vontade das partes e o valor da liberdade está presente na lei como um todo. Nesse mesmo sentido, vale consultarmos a esclarecedora lição de Pedro A. Batista Martins:

As regras de direito postas à livre escolha das partes são as de cunho procedimental quanto substancial. Não posso admitir o entendimento de que as **regras de direito** submetidas à vontade das partes são aquelas de cunho processual ou procedimental, como querem crer alguns estudiosos. Esta tese não encontra respaldo na lei, nos seus princípios e nas normas de interpretação. Basta uma análise sistemática da lei e dos pressupostos que a norteiam para se afastar essa tese. Uma simples mirada sobre o conjunto dos dispositivos que compõem o art. 2º confirma serem as partes livres para escolher a lei aplicável ao fundo da controvérsia. Não há que se pensar, tampouco, na disposição contida no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois estranha aos contratos submetidos à arbitragem. A escolha da lei que vai ser adotada para solucionar a demanda submetida à arbitragem não sofre qualquer limitação porventura existente na Lei de Introdução. Na arbitragem as partes são **livres** para exercerem a opção. A Lei de Introdução e a Lei de Arbitragem, nesse particular, convivem sem qualquer conflito<sup>133</sup>.

Este também parece ter sido o entendimento da jurisprudência, a qual vem entendendo possível, em sede de arbitragem, as partes escolherem o direito aplicável. A esse respeito, vejamos o entendimento do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo:

Como a lei nº 9.307/96, em seu art. 2º, permite que as partes possam livremente escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, não se verifica o impedimento argüido. Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga.

<sup>132</sup> ARAUJO, Nadia e GAMA, Lauro. *A arbitragem internacional nos contextos interamericanos e brasileiro*. In: Revista brasileira de arbitragem – edição especial de lançamento, Ano I, nº 0, jul/out 2003, pag.78.

<sup>133</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008, pag.46.

Embora o contrato de agência, ou representação comercial, seja regulado por lei especial, isso não significa que não pudesse a relação aqui questionada ser alvo de disposição pelas contratantes, uma vez que o direito ali agitado é disponível para ambas as partes e, portanto, não vem revestido da característica da irrenunciabilidade. Não há norma cogente tutelando esse direito, afixando-se e submetendo-o por conta de interesse do Estado ou por conta de interesse social direito, de sorte a impedir que sobre os valores dele objeto os contratantes dispor a seu alvitre.

Dessa sorte, sobre ele incide naturalmente o princípio da autonomia da vontade, podendo, assim, as partes transigir livremente, inclusive no que concerne à forma de solução de suas diferenças.<sup>134</sup>

Por fim, vale mencionar que o STJ está decidindo no mesmo sentido:

Ao eleger o direito material suíço para a solução da controvérsia, as partes renunciaram à aplicação da lei interna de seu respectivo país, em prol da regulação da matéria por um sistema normativo estrangeiro. Não há, na arbitragem internacional, qualquer restrição a que se faça isso (art. 2º, §1º, da Lei 9.307/99).<sup>135</sup>

### 6.3. Aplicação da equidade e do direito não estatal

Desta forma, resta claro que a lei visou garantir um cenário para a arbitragem onde a liberdade fosse a regra geral. Some-se a isto o disposto no *caput* e no §2º do art. 2º da referida lei que permite que a arbitragem seja (i) de direito ou de equidade, (ii) realizada com base nos princípios gerais de direito, (iii) no usos e costumes ou (iv) nas regras internacionais do comércio. Portanto, as partes tanto podem escolher um direito estrangeiro, um direito não estatal ou até mesmo um não direito, ou seja, decidir que a questão seja resolvida com base na equidade.

Quando as partes acordam que os árbitros podem decidir com base na equidade, eles estão outorgando aos julgadores uma grande liberdade, pois estes não precisam se prender a um determinado direito positivo. Assim, diante de um litígio, os árbitros ficam livres para decidir da forma que eles acharem a mais justa para as partes, conforme ensina Izabel Pereira:

---

<sup>134</sup> 1º TACSP, 7ª Câmara, agravo de instrumento nº 1.111.650-0, relator juiz Waldir de Souza José.

<sup>135</sup> STJ, SEC nº 3.035, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19.08.2009. Citado Trecho do voto-vista da Ministra Nancy Andrighi.

*A arbitragem de equidade caracteriza-se exatamente por permitir, - lembre-se: através de determinação expressa das partes -, ao árbitro se libertar das algemas da legalidade estrita e elaborar sua decisão de acordo com sua própria consciência, observado certos princípios sociais e morais, em tudo análogos àqueles que inspiram o legislador quando elabora a norma legal. É o sentido de equidade enquanto “justiça social”.*<sup>136</sup>

Em uma primeira análise, pode-se pensar que o julgamento com base na equidade traria muita insegurança jurídica às partes. Se por um lado deve-se admitir que a equidade outorga muito mais discricionariedade ao árbitro, a Lei de Arbitragem exige no seu art. 26, II, que todos os laudos arbitrais sejam fundamentados, inclusive aqueles em que o árbitro tenha julgado com base em equidade. Portanto, a lei proíbe julgamentos arbitrários e, desta maneira, garante padrões mínimos de segurança às partes.

Uma situação muito similar ocorre quando as partes escolhem os princípios gerais de direito como norma aplicável. Esta modalidade não vincula os árbitros a um sistema jurídico específico, mas também não lhes confere liberdade tão ampla quanto quando eles são autorizados a julgar com base na equidade.

Por fim, os contratantes também podem designar os usos e costumes ou as regras internacionais do comércio como fontes de direito. Assim, as partes podem escolher direitos não estatais para regular o seu contrato. Os usos e costumes do comércio também são frequentemente denominados de *lex mercatoria*. Carmen Tiburcio informa que a *lex mercatoria* é frequentemente escolhida em arbitragens internacionais: “há inúmeros exemplos de arbitragens que foram decididas, na sua essência, com base na *lex mercatoria*, excluindo-se

---

<sup>136</sup> PEREIRA, Izabel de Albuquerque. *A lei aplicável ao mérito das arbitragens comerciais internacionais*, Rio de Janeiro, 2005. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica, pags. 117 e 118.

da aplicação qualquer direito estatal, principalmente quando uma das partes envolvidas é um Estado”<sup>137</sup>.

Atualmente, há uma certa sistematização dos usos e costumes do comércio. Os Princípios do UNIDROIT, por exemplo, pretendem exprimir noções gerais dos usos e costumes do comércio internacional. Inclusive, consta no preâmbulo dos Princípios do UNIDROIT (2004) que estes podem ser aplicados caso as partes decidam que o seu contrato será regido por princípios gerais de direito, *lex mercatoria* ou expressão similar.

Além do UNIDROIT, convém mencionar a UNCITRAL, uma comissão da ONU voltada para o comércio internacional. Dentre outras finalidades, a UNCITRAL elabora convenções internacionais, leis modelos e promove a codificação de termos internacionais do comércio que são freqüentemente usados em contratos internacionais. Assim, as normas da UNCITRAL também podem ser usadas como fonte de direito na arbitragem.

Por fim, há também organizações voltadas para um determinado segmento econômico que possuem certas práticas, as quais podem estabelecer regras, padrões para contratos relativos à área em questão.

Quando as partes escolherem diretamente a equidade, os princípios gerais de direito ou os usos e costumes, é interessante notar que o julgador deixa de ter na lei a sua fonte primária de direito, conforme classicamente dispõem o art. 4º da LICC e o art. 126 do Código de Processo Civil. A esse respeito, Pedro A. Batista Martins afirma que:

---

<sup>137</sup> TIBURCIO, Carmen. *A lei aplicável às arbitragens internacionais*. In *reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, coordenado por Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez, LTr, São Paulo, 2002, pag. 107.

Da mesma forma que o legislador reconheceu a aplicação direta da equidade, ele inverteu o sistema processual civil, para conferir, imediatamente às partes, o direito de substituir determinadas regras legais pelos princípios gerais de direito, usos e costumes ou pelas regras internacionais do comércio. Pelo processo civil, o julgador somente pode lançar mão dos princípios gerais de direito e dos usos e costumes, se houver lacuna ou obscuridade na lei (art. 126, CPC).

Está aí mais uma das vantagens que o sistema arbitral de solução de disputas oferece aos interessados. Além da autonomia na escolha das disposições procedimentais, na arbitragem as partes são livres para optar por um determinado direito positivo, pelo direito consuetudinário, pelos princípios de direito e, também, pela *lex mercatoria*.<sup>138</sup>

Desta forma, percebemos que o art. 2º da Lei de Arbitragem conferiu grande autonomia às partes para disporem acerca do direito aplicável. Todavia, sabiamente, a lei não fez de modo ilimitado e nem poderia tê-lo feito. A eficácia da designação do direito aplicável depende do respeito à ordem pública e aos bons costumes. Como vimos em capítulo anterior, a ordem pública pode impedir a aplicação do direito eleito pelas partes, ainda que este o tenha sido em sede de arbitragem.

#### 6.4. Direito aplicável na ausência de escolha pelas partes

Outro tópico relativo à determinação da lei que devemos abordar é qual direito aplicar na ausência de escolha pelas partes? Devem os árbitros utilizar o sistema de conflito de leis interno para resolver a questão?

A nossa Lei de Arbitragem nada diz a respeito.

De acordo com Ricardo Almeida, haveria diversos métodos para se chegar ao direito aplicável, como, dentre outros, a (i) adoção das regras conflituais do direito internacional privado vigente no país onde a arbitragem tem sede (este critério estaria sendo ultrapassado), (ii) referência a princípios gerais de DIPr reconhecidos internacionalmente, (iii) comparação das leis nacionais concorrentes e (iv) via direta, através da qual o árbitro determinará

---

<sup>138</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008, pag.47.

diretamente a lei nacional ou as regras de direito que entender aplicáveis ao caso, sem a intermediação de uma regra de conflitos.<sup>139</sup> O autor indica uma tendência no direito comparado de se dispensar o árbitro de ter que se basear em um dado sistema de conflito de leis, dando-lhe liberdade para designar o direito ao caso concreto. Desta forma, no tocante à realidade brasileira, o árbitro não estaria vinculado ao preceito do art. 9º da LICC:

O que não se pode admitir, no direito brasileiro, é pretender-se a aplicação automática das regras locais de conflitos, contidas na Lei de Introdução ao Código Civil, notadamente seu controvertido e ultrapassado artigo 9º, que determina a qualificação e regência das obrigações pela lei do país em que se constituírem, determinando ainda presumir-se que, nos contratos entre ausentes, constituem-se as respectivas obrigações no lugar em que residir o proponente. Com efeito, as regras positivas de conflito de leis não se destinam à aplicação pelos árbitros internacionais, mas somente pelos juízes estatais, que ficam a elas vinculados.<sup>140</sup>

No mesmo sentido, João Bosco Lee entende que o árbitro não está vinculado às regras de conflito do foro. Lee menciona alguns autores que têm entendimento diverso e os critica. Para o autor:

Estas proposições colocam a sede da arbitragem como ponto principal de localização. O árbitro ficaria vinculado às regras de conflito do foro ou, numa posição mais radical, ao próprio direito material da sede da arbitragem. Todavia, estas concepções são insustentáveis. O árbitro não tem foro, o que lhe confere autonomia quanto à escolha do direito aplicável ao mérito, o árbitro pode recorrer a métodos diferentes: aplicar uma regra de conflito que ele julgar apropriada ou proceder pela via direta, isto é, a escolha do direito material sem utilizar nenhuma regra de conflito.<sup>141</sup>

Versando sobre esta questão, Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, apontam que, em um primeiro momento, a intenção foi realmente de equiparar o árbitro ao juiz estatal. Por esta razão, nesta primeira fase a tendência era o árbitro pautar-se pelas regras de conflito de onde a arbitragem tivesse sede. Todavia, este cenário mudou e foi dada mais liberdade aos árbitros, como apontam os autores:

<sup>139</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, págs. 175 a 177.

<sup>140</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 178.

<sup>141</sup> LEE, João Bosco. *A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional*. In *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 11, Ano 4, janeiro/março de 2001, coord. Arnaldo Wald, pag. 359.

Conclui-se que, atualmente, na ausência de escolha pelas partes, os árbitros têm completa liberdade para fixar a lei a ser aplicada ao mérito da questão, sem recurso às regras de conexão do lugar da arbitragem ou de qualquer outro lugar, como se observa do exame das regras acima transcritas. (...) De qualquer forma, persiste a observação de que as regras de conexão do lugar da arbitragem foram abandonadas, pois agora, mesmo que a arbitragem transcorra em país que adote regras de conexão clássicas, como a lei do lugar da celebração do contrato, o árbitro, numa arbitragem CCI, por exemplo, deve buscar a lei mais indicada à hipótese.<sup>142</sup>

Desta forma, em uma arbitragem não havendo a indicação da lei escolhida pelas partes, os árbitros estão livres para fixar a lei aplicável ao litígio. Não estão os árbitros sujeitos às regras de conexão da sede da arbitragem. Seguiram essa tendência os regulamentos de diversas câmaras arbitrais.<sup>143</sup>

### 6.5. Validade da eleição de lei em arbitragens internas

Tratemos agora de mais um ponto da arbitragem importante em relação à escolha de lei: a extensão da autonomia da vontade às arbitragens internas. Em outras palavras, é possível, às partes, em uma arbitragem interna, escolherem a lei a reger o seu contrato?

Para responder a esta pergunta, precisamos primeiro distinguir arbitragem interna da internacional. Diferente da legislação de vários países, a Lei de Arbitragem brasileira não distingue as duas espécies. A lei brasileira apenas diferencia a sentença arbitral proferida no Brasil daquela proferida no exterior. A grande diferença entre ambas é que a sentença arbitral

<sup>142</sup> DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, págs. 101 e 102.

<sup>143</sup> Vejamos os seguintes exemplos: (i) **Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI)**: “Art. 17 As partes terão liberdade para escolher as regras jurídicas a serem aplicadas pelo Tribunal Arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o Tribunal Arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas.” Verificar regulamento em [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules\\_arb\\_brazilian.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf), acesso em 12.11.2009; (ii) **London Court of International Arbitration (LCIA)**: “Art. 22.3 - O Tribunal de Arbitragem resolverá a contenda entre as partes de acordo com a(s) lei(s) ou normas legais escolhidas pelas partes como aplicáveis aos méritos da sua contenda. Se e na medida em que o Tribunal de Arbitragem determinar a inexistência de tal escolha pelas partes, o Tribunal de Arbitragem aplicará a(s) lei(s) ou normas legais que considere adequadas.” Verificar regulamento em [http://www.lcia.org/ARB\\_folder/ARB\\_DOWNLOADS/PORTUGUESE/portuguese\\_rules.pdf](http://www.lcia.org/ARB_folder/ARB_DOWNLOADS/PORTUGUESE/portuguese_rules.pdf), acesso em 12.11.2009; e (iii) **American Arbitration Association International (AAA)**: “Art. 28.1 - The tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law designated by the parties as applicable to the dispute. Failing such a designation by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate.” Verificar regulamento em [http://www.thearbitrationcompany.com/documentation/aaa\\_international\\_arbitration\\_rules.pdf](http://www.thearbitrationcompany.com/documentation/aaa_international_arbitration_rules.pdf), acesso em 12.11.2009.

estrangeira precisa ser homologada pelo órgão do judiciário brasileiro competente, hoje o Superior Tribunal de Justiça.

Carmen Tiburcio entende que a Lei de Arbitragem brasileira teria definido arbitragem internacional a contrário *sensu*, ou seja, por meio da definição de sentença arbitral estrangeira:

Geralmente, cada país adota na sua legislação interna os critérios para que uma arbitragem seja considerada doméstica. Assim, uma arbitragem pode ter mais de uma nacionalidade se, no caso concreto, preencher os requisitos de mais de uma legislação.

A legislação brasileira adota o critério geográfico, da sede do tribunal arbitral, em virtude da interpretação a *contrario sensu* do art. 34 parágrafo único da Lei n. 9.307/96, que determina: “*Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional*”. Portanto, se o tribunal arbitral tem sede no país, essa será uma arbitragem interna, doméstica, mesmo que envolva partes sediadas no exterior e objeto conectado ao exterior.<sup>144</sup>

Não obstante, parte da doutrina discorda desse entendimento, sob o argumento que não se deve confundir sentença arbitral com a arbitragem em si. Para diferenciar a arbitragem interna da internacional, propõe a utilização dos mesmos critérios que tornam um contrato internacional.<sup>145</sup>

Não retomaremos a esta discussão, uma vez que esta já foi travada na parte inicial deste trabalho. Desta forma, embora a lei não defina o que seja uma arbitragem internacional, a doutrina poderia defini-la com base nos critérios econômico e jurídico.

Embora seja razoável definir arbitragem internacional por meio da relação contratual de fundo, tendemos a concordar com a doutrina que defende que arbitragem internacional é aquela em que a sentença arbitral tenha sido proferida fora do território nacional. Aliás, a

---

<sup>144</sup> TIBURCIO, Carmen. *A lei aplicável às arbitragens internacionais*. In *reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, coordenado por Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez, LTr, São Paulo, 2002, pag. 93.

<sup>145</sup> VERÇOSA, Fabiane. *Arbitragem interna v. arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade*, in *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Carmen Tiburcio e Luis Roberto Barroso (organizadores) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pág. 427.

mesma crítica que se faz de que o laudo arbitral não se confunde com a arbitragem em si, pode ser feita a outra corrente, isto é, o contrato internacional não se confunde com o seu meio de resolução de conflitos. Ademais, a própria Lei de Arbitragem dispõe em seu art. 8º que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Logo, são diferentes os modos de aferição da internacionalidade do contrato e da arbitragem e, nessa linha, seria possível uma arbitragem interna versar sobre um contrato internacional.

Superada a conceituação de arbitragem internacional, a doutrina se debate quanto à possibilidade das partes escolherem o direito aplicável em sede de arbitragens internas. Carmen Tiburcio entende que a Lei de Arbitragem não distinguiu a arbitragem interna da internacional e, portanto, a escolha da lei seria permitida inclusive nas arbitragens internas. De acordo com a autora:

No caso do Brasil, uma arbitragem meramente interna, envolvendo partes brasileiras, aqui domiciliadas, e relativamente a contrato celebrado e com execução no país, ainda assim pode ser regulada por uma lei estrangeira, se esta for a vontade das partes. Isso é o que dispõe o art. 2º §1º da Lei n. 9.307 de 1996.<sup>146</sup>

Da mesma forma, Nadia de Araujo afirma que, em relação a autonomia da vontade, a “incorporação [da Lei de Arbitragem] no sistema nacional aumentou, inclusive, seu campo de incidência, pois agora permitir-se-á a autonomia da vontade não só para os contratos internacionais, como também para os internos, sempre que houver convenção de arbitragem”.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> TIBURCIO, Carmen. *A lei aplicável às arbitragens internacionais*. In *reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, coordenado por Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez, LTr, São Paulo, 2002, pag. 100

<sup>147</sup> ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009, pag. 207.

Em sentido contrário, João Bosco Lee afirma que a arbitragem interna deve estar necessariamente vinculada ao direito interno. Nesse sentido, para o autor, tratar-se-ia de uma liberdade “excessiva e descabida”:

O reconhecimento da autonomia da vontade é certamente uma revolução no direito internacional privado brasileiro e era mesmo imperativo para que a lei de arbitragem fosse eficaz, mas a sua extensão à arbitragem interna é “excessiva e descabida”. À arbitragem interna se impõe o direito interno. Como ensina Jean-Christophe Pommier: “em presença de um contrato interno, a única lei competente suscetível de reger este contrato é a ordem jurídica interna onde todos os pontos de contato convergem”. Professores Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e o saudoso Berthold Goldman adotam a mesma posição: “Um primeiro ponto é incontestável. Se todos os pontos de contato conduzem a um só País, a arbitragem em questão não será nada além de uma arbitragem nacional, submetida ao direito interno deste País...”. De fato, “a possibilidade de designação da lei aplicável ao contrato pelas partes supõe que a arbitragem esteja revestida pelo caráter internacional, como exigência prévia”.<sup>148</sup>

O mesmo entendimento comunga Fabiane Verçosa que afirma ir “além dos limites do razoável” a possibilidade da escolha da lei em arbitragens internas. De acordo com a autora:

Uma parcela da doutrina – à qual nos filiamos – diverge desta opinião, defendendo que às partes somente é dado escolher o direito aplicável, quando se tratar de uma arbitragem *internacional*. De fato, entendemos que a autonomia da vontade em sede de arbitragem no Brasil representa um notável progresso, mas não se deve estender tal inovação para além dos limites do razoável. Saímos da vedação absoluta da autonomia da vontade supostamente imposta pelo Direito Internacional Privado brasileiro, para finalmente chegarmos à expressa adoção legal do referido princípio, em sede de arbitragem. Entretanto, como diz o ditado popular, “*nem tanto ao mar, nem tanto à terra.*” Parece mais consentâneo com a realidade de nosso direito que a autonomia da vontade conferida pela Lei nº 9.307/96 limite-se apenas às arbitragens de cunho internacional.<sup>149</sup>

De fato, no tocante a este tema, ao comparar a Lei de Arbitragem brasileira com as leis de outros Estados e convenções internacionais, não encontramos a possibilidade das partes, em um contrato interno, escolherem o direito aplicável. Ole Lando alerta que é altamente aceito em convenções internacionais, leis e em julgados ao redor do mundo que a liberdade das partes para escolher o direito aplicável deva ser restrita aos contratos internacionais. Lando dá alguns exemplos, dentre os quais: (i) a Convenção da Haia de 1955 sobre a Lei Aplicável a

<sup>148</sup> LEE, João Bosco. *A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional*. In Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 11, Ano 4, janeiro/março de 2001, coord. Arnaldo Wald, pags. 355 e 356.

<sup>149</sup> VERÇOSA, Fabiane. *Arbitragem interna v. arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade*, in *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Carmen Tiburcio e Luis Roberto Barroso (organizadores) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pags. 437 e 438. É digno de nota que a autora entende que arbitragem internacional é aquela em que a arbitragem apresenta elementos de estraneidade ou põe em jogo interesses do comércio internacional.

Venda Internacional de Bens (art. 1º), (ii) julgados da Corte de Cassação francesa, (iii) 2º Restatement do Conflict of Laws estadunidense (art. 187) e a (iv) a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (art. 3º, 3).<sup>150</sup>

Ao nosso ver, a Lei de Arbitragem brasileira exagerou, foi além razoável. Talvez isto tenha ocorrido tendo em vista o forte espírito liberal da lei. Como afirma Pedro A. Batista Martins: “(...) a liberdade é a tônica no sistema do direito arbitral”<sup>151</sup>.

Todavia, embora reconheça que a lei “foi longe demais”, ela é clara em permitir a autonomia da vontade, sem fazer ressalvas a arbitragens que discutam contratos internos. Desta forma, para se adequar à realidade mundial, a Lei de Arbitragem deveria ser reformada neste aspecto<sup>152</sup>. Por outro lado, até que isto ocorra, não vejo como não reconhecer a possibilidade das partes escolherem a lei a reger o seu acordo, inclusive quando se tratar de um contrato interno em que se tenha escolhido a arbitragem como meio de solução de conflitos.

## 6.6. Conclusão do capítulo

Neste capítulo abordamos a importância da arbitragem em sede de escolha do direito pelas partes. Vimos que a arbitragem inova em relação ao art. 9º da LICC e permite expressamente a eleição de lei quando a arbitragem é utilizada como meio de resolução de conflitos. Apesar de alguns levantarem dúvidas a respeito, defendemos, na esteira da grande maioria da doutrina, a possibilidade das partes decidirem acerca das normas procedimentais da arbitragem e das regras materiais do contrato.

---

<sup>150</sup> LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984, pags. 286 e 418.

<sup>151</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008, pag.45.

<sup>152</sup> Ressalto que entendo ser razoável a eleição de lei em arbitragens internas que discutam contratos internacionais. A restrição aqui proposta deveria se aplicar somente a arbitragens internas que discutissem contratos internos.

É interessante notar que a Lei de Arbitragem brasileira permitiu também a escolha de direito não estatal e até mesmo a designação da equidade como fonte de direito para os árbitros julgarem eventual litígio. Neste aspecto podemos considerar avançadíssima a nossa lei, mais até do que a legislação européia sobre o assunto.

A Lei de Arbitragem brasileira, apesar de representar um grande avanço em relação ao sistema anterior, guarda algumas imperfeições. Não há disposição acerca da lei aplicável quando as partes não fazem a escolha. Contudo, defendemos que, nestes casos, o árbitro é livre para aplicar o direito que entender mais conveniente para solucionar a lide. Outra questão que a nossa lei deixou em aberto é a possibilidade da escolha do direito em sede de arbitragens internas. Pelos argumentos já apresentados, partilhamos a opinião de que a lei não vedou a eleição de direito nas arbitragens internas.

Ante o exposto, não resta dúvida de que a Lei de Arbitragem representou um enorme avanço em relação ao arcaico sistema do art. 9º da LICC. Não obstante, não podemos nos esquecer que o novo marco legal somente pode ser aplicado quando as partes escolhem a arbitragem como meio de resolução de disputas. Logo, a arbitragem representa um verdadeiro oásis, onde reinam a autonomia da vontade e a segurança jurídica. Por outro lado, nos demais casos, quando a arbitragem não é pactuada, permanecemos no deserto de insegurança no tocante à autonomia da vontade.

Até a presente etapa já analisamos as premissas fundamentais da autonomia da vontade para a escolha de lei, bem como a sua atual disciplina pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para

concluir esta segunda parte deste trabalho, examinaremos, no capítulo seguinte, qual seria a extensão desta escolha de lei.

## 7. A EXTENSÃO DA ESCOLHA DE LEI

Reservo este capítulo para abordar um tema ainda muito obscuro na doutrina nacional, a questão da extensão da eleição de lei, isto é, qual é a amplitude da escolha feita pelas partes? O direito eleito designará somente as relações obrigacionais da relação jurídica ou ele também rege aspectos como a capacidade das partes e questões relativas à propriedade de bens envolvidos na transação?

Em outras palavras, uma vez escolhido o direito aplicável, a autonomia da vontade derogaria as regras de conexão relativas à capacidade (art. 7º da LICC), aos bens (art. 8º da LICC) e à sucessão (art. 10 da LICC)? Seriam também essas relações jurídicas regidas pela lei escolhida pelas partes ou haveria um *dépeçage* em relação a essas matérias?

Devido à complexidade do tema, é importante que este capítulo seja abordado próximo ao final da dissertação, pois vou me utilizar de várias conclusões obtidas ao longo deste trabalho.

Preliminarmente, cumpre esclarecer acerca de um primeiro limite da autonomia da vontade no que tange a sua extensão: aplica-se o direito do sistema jurídico escolhido com exclusão das suas regras de conexão. Trata-se de clássica lição doutrinária que defende a não aplicação das regras de DIPr do Estado da lei escolhida. O Brasil adota essa sistemática no art. 16 da LICC<sup>153</sup>.

Estas normas visam evitar o reenvio, ou seja, que uma vez tendo sido escolhido o direito aplicável, este o remeta a outro sistema jurídico. Imaginemos, por exemplo, que as partes

---

<sup>153</sup> Art. 16. Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei.

escolham o direito argentino para regular o seu contrato. Todavia, a lei argentina pode não aceitar que os contratantes escolham o direito aplicável e esta determine que o contrato em questão seja regido pelas leis de um terceiro Estado. Desta forma, as partes tinham a intenção de escolher a lei argentina, mas as regras de DIPr argentinas remeteram esse contrato à regência da lei de um outro país. O reenvio é um fenômeno jurídico indesejável e, por esta razão, é expressamente vedado pela legislação de muitos países.

Feito esse comentário preliminar acerca da vedação do reenvio, cumpre destacar que no Brasil não há norma acerca da extensão da autonomia da vontade das partes para eleger o direito aplicável. Por esta razão, para a elaboração deste capítulo será preciso examinar aspectos gerais do conflito de leis no Brasil e, para nos servir de norte, verificaremos como esta matéria é disciplinada na legislação de outros países. Para este fim, examinaremos a legislação europeia sobre a matéria, a Convenção Roma I, e a Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais.

Estudaremos a extensão da escolha de lei sob a ótica da regra geral estabelecida pela LICC. Após, teceremos alguns comentários acerca das particularidades do sistema especial disciplinado pela Lei de Arbitragem. Para iniciarmos a nossa análise, no tocante ao sistema regido pela LICC, é necessário adotarmos como premissa básica a aceitação da autonomia da vontade para a eleição de lei. Este pressuposto é fundamental, pois, do contrário, as conclusões obtidas daqui em diante ficariam prejudicadas. Por outro lado, esta premissa é desnecessária quanto ao sistema instituído pela Lei de Arbitragem, uma vez que a própria lei permite expressamente que os contratantes escolham o direito aplicável.

### 7.1. A escolha de lei no âmbito da LICC

Partindo do pressuposto de que a LICC permite às partes escolher o direito aplicável, nos perguntamos qual seria a extensão de tal liberdade. A LICC estabeleceu algumas regras de conexão para certas categorias jurídicas, dentre as quais para a capacidade (art. 7º), os bens (art. 8º), as obrigações (art. 9º) e a sucessão (art. 10).

Em relação às categorias jurídicas acima referidas, encontramos muitas referências à autonomia da vontade para a escolha do direito aplicável no tocante às obrigações contratuais<sup>154155</sup>. Assim, admitida como premissa básica a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável, a lei escolhida regeria as obrigações contratuais. Não obstante, qual lei deveríamos aplicar em relação às demais categorias jurídicas supracitadas, a designada pelas partes ou a liberdade dos contratantes estaria limitada às obrigações contratuais e, conseqüentemente, quanto aos demais aspectos, aplicar-se-iam as outras regras de conexão previstas na LICC?

<sup>154</sup> A esse respeito, ver capítulos deste trabalho referentes à autonomia da vontade no Brasil.

<sup>155</sup> Frisamos que o presente trabalho não pretende analisar o direito aplicável às obrigações extracontratuais. Entretanto, a título ilustrativo, para determinar a lei aplicável às obrigações extracontratuais na Europa, ver o Regulamento nº 864/2007 (“Regulamento Roma II”). Acerca deste normativo, convém destacar que o Regulamento Roma II também permite às partes designar o direito aplicável. Dispõe o art. 14 deste regulamento: “Artigo 14º - Liberdade de escolha

1. As partes podem acordar em subordinar obrigações extracontratuais à lei da sua escolha:

a) Mediante convenção posterior ao facto que dê origem ao dano; ou,  
b) Caso todas as partes desenvolvam actividades económicas, também mediante uma convenção livremente negociada, anterior ao facto que dê origem ao dano.

A escolha deve ser expressa ou decorrer, de modo razoavelmente certo, das circunstâncias do caso, e não prejudica os direitos de terceiros.

2. Sempre que todos os elementos relevantes da situação se situem, no momento em que ocorre o facto que dá origem ao dano, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse país não derogáveis por acordo.

3. Sempre que todos os elementos relevantes da situação se situem, no momento em que ocorre o facto que dá origem ao dano, num ou em vários Estados-Membros, a escolha, pelas partes, de uma lei aplicável que não a de um Estado-Membro, não prejudica a aplicação, se for esse o caso, das disposições de direito comunitário não derogáveis por convenção, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro.”

Sobre esta matéria, a LICC nada dispõe a respeito, até porque se o tivesse feito já não haveria mais argumentos contrários à autonomia da vontade no Brasil. Para encontrar uma resposta para esta questão, não me parece que uma interpretação que busque “a vontade do legislador de 1942” ajudaria, pois este ponto não foi discutido quando da edição da LICC. Assim, para solucionar esta dúvida, entendo que temos duas alternativas possíveis:

- (a) considerar que a lei escolhida pelas partes regeria todos os aspectos da relação jurídica (notadamente as obrigações contratuais, capacidade das partes e os direitos de propriedade), tendo em vista a falta de regulamentação e o princípio insculpido no art. 5º, II da Constituição da República<sup>156</sup>. De acordo com esta perspectiva, a autonomia da vontade estaria apenas restringida pelos limites clássicos à aplicação da lei estrangeira, principalmente, a exceção da ordem pública e as normas de aplicação imediata; ou
- (b) avaliar as soluções dadas por outros sistemas e, com base em uma análise crítica dessas soluções, propor uma resposta para esta questão no Brasil tendo em vista a necessidade de coerência que deve ter um sistema jurídico.

A primeira solução poderia parecer mais adequada para alguns, ante a falta de legislação a respeito e o princípio da autonomia das partes. Todavia, esta nos conduziria a uma situação de absoluta liberdade, o que poderia ser tido como irrazoável e incompatível com a LICC. Ademais, tornaria o ordenamento brasileiro muito particular, uma vez que os demais sistemas jurídicos não aceitam de forma irrestrita a autonomia da vontade. Além disso, esta certamente não seria a posição da doutrina brasileira. Em um país onde ainda se discute a possibilidade das partes escolherem o direito aplicável às obrigações contratuais, não se aceitaria a autonomia das partes no tocante a todas as relações jurídicas relacionadas ao contrato.

---

<sup>156</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;**

Não estamos afirmando que o Brasil não poderia adotar um sistema desta natureza e que esta primeira solução deva ser rechaçada de plano, mas que deveríamos primeiramente verificar os limites e as razões que ensejaram tais restrições a esta liberdade tão exacerbada na legislação de outros países. Para esta finalidade, analisaremos a Convenção do México e o Regulamento Roma I.

No tocante ao Regulamento Roma I, o diploma europeu determina a sua aplicação às obrigações contratuais em matéria civil ou comercial ligadas a mais de um Estado (art. 1º, n. 1). Adicionalmente, o regulamento exclui do âmbito de aplicação da lei escolhida, dentre outras matérias, a capacidade e questões sucessórias (art. 1º, n. 2, “a” e “c”)<sup>157</sup>. Adiante, no

---

<sup>157</sup> Artigo 1.o  
Âmbito de aplicação material

1. O presente regulamento é aplicável às **obrigações contratuais** em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis.

Não se aplica, em especial, às matérias fiscais, aduaneiras e administrativas.

**2. São excluídos do âmbito de aplicação do presente regulamento:**

- a) **O estado e a capacidade das pessoas singulares**, sem prejuízo do artigo 13.o;
- b) As obrigações que decorrem de relações de família ou de relações que a lei que lhes é aplicável considera produzirem efeitos equiparados, incluindo as obrigações de alimentos;
- c) As obrigações que decorrem de regimes de bens no casamento, de regimes de bens no âmbito de relações que a lei que lhes é aplicável considera produzirem efeitos equiparados ao casamento, e **as sucessões**;
- d) As obrigações que decorrem de letras, cheques e livranças, bem como de outros títulos negociáveis, na medida em que as obrigações decorrentes desses outros títulos resultem do seu carácter negociável;
- e) As convenções de arbitragem e de eleição do foro;
- f) As questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, tais como a constituição, através de registo ou por outro meio, a capacidade jurídica, o funcionamento interno e a dissolução de sociedades e de outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, bem como a responsabilidade pessoal dos sócios e dos titulares dos órgãos que agem nessa qualidade relativamente às obrigações da sociedade ou entidade;
- g) A questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa por conta da qual pretende agir ou se um órgão de uma sociedade ou de outra entidade dotada ou não de personalidade jurídica pode vincular essa sociedade ou entidade perante terceiros;
- h) A constituição de *trusts* e as relações que criam entre os constituintes, os *trustees* e os beneficiários;
- i) As obrigações decorrentes de negociações realizadas antes da celebração do contrato;
- j) Os contratos de seguro decorrentes de actividades levadas a efeito por organismos que não as empresas referidas no artigo 2.o da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida (1) cujo objectivo consista em fornecer prestações a assalariados ou a trabalhadores não assalariados que façam parte de uma empresa ou grupo de empresas, a um ramo comercial ou grupo comercial, em caso de morte ou sobrevivência, de cessação ou redução de actividades, em caso de doença profissional ou de acidente de trabalho.

3. Sem prejuízo do artigo 18.o, o presente regulamento não se aplica à prova e ao processo.

4. Para efeitos do presente regulamento, entende-se por «Estado-Membro» todos os Estados-Membros aos quais se aplica o presente regulamento. No entanto, no n.o 4 do artigo 3.o e no artigo 7.o este termo refere-se a todos os Estados-Membros.

art. 12, o Regulamento Roma I esclarece o âmbito da lei aplicável<sup>158</sup>. Pela redação deste dispositivo, percebemos que o intuito da norma comunitária é reservar para a lei escolhida a regência precípua das relações obrigacionais, tais como a interpretação, o cumprimento, as conseqüências do descumprimento, causas de extinção e conseqüências da invalidade do acordo.

Desta forma, vemos que o Regulamento Roma I exclui, dentre outras matérias, do âmbito de aplicação da lei escolhida questões (i) relativas à capacidade das partes e (ii) sucessórias. Nestes pontos, o atual regulamento comunitário não divergiu da sua antecessora, a Convenção de Roma de 1980<sup>159</sup>.

Quanto à questão da capacidade, o regulamento decidiu excluir esta matéria do âmbito de aplicação da lei escolhida. O legislador comunitário resolveu delegar às leis de DIPr de cada Estado a determinação da capacidade das partes. Por outro lado, convém ressaltar que o regulamento traz uma norma que limita que os contratantes aleguem a sua incapacidade com o fim de invalidar o acordo. Dispõe o art. 13 deste diploma legal:

Num contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, uma pessoa singular considerada capaz segundo a lei desse país só pode invocar a sua incapacidade que resulte da lei de outro país se, no momento da celebração do contrato, o outro contraente tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por negligência.

---

<sup>158</sup> Artigo 12.o

**Âmbito da lei aplicável**

1. A lei aplicável ao contrato por força do presente regulamento regula nomeadamente:

- a) A interpretação;
- b) O cumprimento das obrigações dele decorrentes;
- c) Nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo, as conseqüências do incumprimento total ou parcial dessas obrigações, incluindo a avaliação do dano, na medida em que esta avaliação seja regulada pela lei;
- d) As diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade;
- e) As conseqüências da invalidade do contrato.

2. Quanto aos modos de cumprimento e às medidas que o credor deve tomar no caso de cumprimento defeituoso, deve atender-se à lei do país onde é cumprida a obrigação.

<sup>159</sup> Ver artigos 1º e 10 da Convenção de Roma de 1980.

Portanto, embora as leis de DIPr dos Estados possam dispor sobre a capacidade, a alegação da incapacidade de um dos contratantes para invalidar o acordo é restringida pela norma comunitária.

Em relação à questão sucessória, deve-se ressaltar que o testamento é o meio pelo qual o testador pode dispor sobre os seus bens. Contudo, como testamento não é um contrato e sim uma declaração unilateral de vontade, preferiu o regulamento deixar esta matéria de fora do seu escopo. A exclusão da capacidade e dos direitos sucessórios do âmbito da autonomia da vontade das partes foi uma decisão política do legislador comunitário. Ele poderia sim ter incluído essas matérias no âmbito do regulamento, mas preferiu delimitar o seu escopo às relações obrigacionais de natureza civil e comercial<sup>160</sup>.

Quanto às relações obrigacionais, de capacidade e sucessórias, a Convenção interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, firmada em 1994 no México durante a CIDIP V, disciplina a matéria de modo similar ao Regulamento Roma I. De acordo com o art. 1º da Convenção interamericana, aquele diploma visa regular o direito aplicável aos contratos internacionais.

O art. 5º da Convenção do México exclui, dentre outras matérias, do âmbito da lei escolhida pelas partes aspectos relativos à capacidade das partes e questões sucessórias<sup>161</sup>. Adiante, no

---

<sup>160</sup> Embora o Regulamento Roma I não tenha incluído no âmbito da autonomia da vontade das partes questões sucessórias, há outros diplomas internacionais a respeito, como a Convenção da Haia de 1989 sobre a lei aplicável ao regime das sucessões. Aliás, cumpre ressaltar que há exemplos da interferência da autonomia da vontade das partes mesmo em questões de família. A esse respeito Verificar o Regulamento comunitário europeu nº 4/2009 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares e o Protocolo da Haia de Novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares.

<sup>161</sup> Art. 5º - Esta convenção **não** determina o direito aplicável a:

- (a) questões derivadas do estado civil das pessoas físicas, **capacidade das partes** ou conseqüências da nulidade ou invalidade do contrato que decorram da incapacidade de uma das partes;
- (b) obrigações contratuais que tenham como objeto principal **questões sucessórias, testamentárias**, de regime matrimonial ou decorrentes de relações de família;
- (c) obrigações provenientes de títulos de crédito;

art. 14 do mesmo diploma, é esclarecida a abrangência do direito designado pelas partes<sup>162</sup>. Tal como o Regulamento Roma I, a Convenção interamericana estabelece como escopo principal do direito escolhido as relações obrigacionais oriundas do contrato.

Até a presente etapa, verificamos que o Regulamento Roma I e a Convenção do México disciplinam a questão da abrangência da lei escolhida de modo similar. Ambas determinam que o escopo principal da lei aplicável são as relações obrigacionais e excluem a autonomia da vontade para as questões sucessórias e de capacidade. Quanto a esta última, é digno de nota que, diferentemente da legislação comunitária no seu art. 13, a Convenção do México não prevê nenhum limite parecido à alegação de incapacidade de uma das partes.

Prosseguindo no estudo do âmbito da autonomia da vontade, cabe-nos indagar se a lei escolhida também se aplicaria aos bens, notadamente às questões envolvendo a sua propriedade. Inicialmente, vejamos o que dispõe o art. 8º da LICC:

Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

§ 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

§ 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.

- 
- (d) obrigações provenientes de transações de valores mobiliários;
  - (e) acordos sobre arbitragem ou eleição de foro;
  - (f) questões de direito societário, incluindo existência, capacidade, funcionamento e dissolução das sociedades comerciais e das pessoas jurídicas em geral;

<sup>162</sup> Art. 14 – O direito aplicável ao contrato de acordo com o Capítulo Segundo desta Convenção regerá principalmente:

- (a) sua interpretação;
- (b) os direitos e obrigações das partes;
- (c) a execução das obrigações estabelecidas no contrato e as conseqüências do descumprimento contratual, compreendendo a avaliação das perdas e danos com vistas à determinação do pagamento de uma indenização compensatória;
- (d) os diferentes modos de extinção das obrigações, inclusive a prescrição e a decadência;
- (e) as conseqüências da nulidade ou invalidade do contrato.

Como regra geral, estabelece a lei brasileira que os bens serão regidos pela lei do país em que estiverem situados. Tem-se como exceção a esta norma que, em certas situações, os bens móveis são regulados pela lei do domicílio do seu proprietário. Desta forma, os bens imóveis são regidos pela *lex rei sitae* e os móveis, nas hipóteses do § 1º do art. 8º, pela lei do domicílio do seu proprietário.

Uma primeira questão que se põe é se é aplicação da *lex rei sitae* aos bens seria protegida pela ordem pública brasileira. Quanto aos móveis, podemos dizer com certa segurança que não, visto que o próprio § 1º do art. 8º da LICC permite a regência de lei diversa, pois estabelece como centro de gravidade da relação jurídica não a localização dos bens, mas, em alguns casos, a lei do domicílio do proprietário.

Em relação aos imóveis, encontramos controvérsia a respeito. Alguns argumentam a impossibilidade de bens dessa natureza serem regidos por uma lei alienígena, sob pena de violação à ordem pública. Ao tratar do tema, Eduardo Espínola faz menção à lição de Andre Weiss, para quem regular os imóveis pela lei do país onde eles se situam teria como fundamento razões de interesse político e econômico do Estado, além de ajudar na organização da propriedade situada dentro deste país<sup>163</sup>. De modo similar, afirma Oscar Tenório que “a regra de submissão dos imóveis à lei de sua localização é, mais do que de caráter prático, imperioso. Justifica-se também pelo interesse que tem o Estado de regular a propriedade, determinando-lhe a estrutura e o desenvolvimento”<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo e Eduardo. Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. VIII-B, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943, pag. 637.

<sup>164</sup> TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. II, 7ª edição, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1963, pag. 166.

Wilson de Souza Campos Batalha defende de forma peremptória que os bens imóveis somente podem ser regidos pela lei da sua situação: “um dos princípios mais solidamente firmados em direito internacional privado, desde o tempo dos estatutários, é o da sujeição dos bens imóveis à lei de sua situação”<sup>165</sup>. Para o autor, no que concerne aos imóveis localizados no Brasil, as suas alienações devem obedecer, em relação à forma, às leis brasileiras, pois do contrário não poderiam ser registradas tais transmissões. Em seguida, Batalha faz interessante distinção entre o título de aquisição e o modo de aquisição da propriedade:

BALLADORE PALLIERI (p.221) pondera que o *título* para aquisição de um direito real é assaz diverso do *modo* de aquisição do direito real: por exemplo, a tradição, a ocupação, o usucapião, a acessão. Pode-se ter o *título* para a aquisição do direito real e, entretanto, pode ocorrer que não se adquira esse direito até que seja realizado o *modo* (por exemplo, a tradição, a transcrição) necessário para tal fim. Vejamos um exemplo: no direito francês e no direito italiano a convenção transmite o direito real, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, para o qual o contrato não é o modo de aquisição do direito real (esta aquisição só se verifica com a tradição, transcrição, etc.). No direito brasileiro, o *título* é o contrato ou a escritura de compra e venda; o *modo* de aquisição, a tradição, a transmissão, etc. **É a lei do *situs* que decide sobre a necessidade de modo especial para a transmissão dos bens, nada influenciando a lei do país em que foi celebrada a convenção.**<sup>166</sup>

Adiante, sem fazer qualquer ressalva quantos aos bens móveis, Batalha afirma que “os modos de aquisição e de transferência da propriedade, bem como o seu conteúdo regem-se pela *lex rei sitae*”.<sup>167</sup>

No entanto, tendemos a enxergar esta questão sob outro prisma. Primeiramente, não se deve confundir a aplicação da lei estrangeira a um imóvel aqui localizado com a homologação de uma sentença estrangeira que verse sobre um imóvel aqui situado. Apenas esta última hipótese é vedada pelo art. 89, I do CPC. Ademais, cabe ressaltar que o próprio art. 10 da LICC determina a aplicação da lei estrangeira a bens, qualquer que seja a sua natureza, se o

<sup>165</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado*, vol. II, parte especial, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1961, pag. 136. Na mesma linha: TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. II, 7ª edição, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1963, pag. 160.

<sup>166</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado*, vol. II, parte especial, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1961, pag. 141. No mesmo sentido: TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. II, 7ª edição, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1963, pag. 166. Grifos nossos.

<sup>167</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado*, vol. II, parte especial, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1961, pag. 143.

último domicílio do *de cuius* tiver sido no exterior. De maneira similar, sem diferenciar bens móveis de imóveis, o § 4º do art. 7º da LICC admite a regência da lei estrangeira ao regime de bens do casal.

Uma disposição imperativa da legislação brasileira, inclusive para impedir a aplicação do direito alienígena, deve conter valores fundamentais que não podem ser derogados. Por outro lado, se uma regra pode ser derogada em várias situações (como parece ser o caso do art. 8º da LICC), então ela não é uma disposição imperativa.

Além disso, é preciso lembrar que o parágrafo único do art. 13 da antiga Introdução ao Código Civil estabelecia que “**sempre** se regeção pela lei brasileira: (...) III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil”. Todavia, esta restrição não foi reproduzida na lei atualmente vigente.

Vale a pena também mencionarmos que parte da doutrina endossa a tese de que a *lex rei sitae* não seria imperativa, mesmo quando envolvesse bens imóveis. Nesse sentido, podemos citar os entendimentos de Carvalho Santos<sup>168</sup>, Niboyet e Pillet. Em relação a este último, afirma Eduardo Espínola:

É certo que PILLET deixara compreender nos seus *Principes de droit international privé*, que a lei da situação das coisas é de ordem pública; mas, não quer, com isso, dizer que deva ser aplicada como limite à aplicação de outra lei, imposto pela ordem pública, e, sim, como lei de competência normal.<sup>169</sup>

Desta forma, Pillet defendia que a ordem pública servia apenas de limitador no plano interno, não se prestando a, em princípio, impedir a aplicação de uma lei estrangeira.

---

<sup>168</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*, vol. I, 8ª edição, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1958, pag. 144.

<sup>169</sup> ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo e Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, vol. VIII-B, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943, pag. 637. Na mesma página, Eduardo Espínola transcreve trecho da obra de Pillet e Niboyet para confirmar o entendimento deste último autor acerca do tema.

Por fim, cumpre frisar que Eduardo Espínola afirma que há autores que pregam, em virtude de razões políticas e de interesses econômicos do Estado, como regra, a regência obrigatória da *lex rei sitae* no que tange os bens imóveis. Todavia, em certos casos, o interesse a se proteger não seria do Estado, mas sim do indivíduo e, nestas hipóteses, outras leis, diversas da *lex rei sitae*, poderiam ser aplicadas<sup>170</sup>.

Desta forma, a regência obrigatória de imóvel situado no Brasil pela *lex rei sitae* é uma questão controversa. Entretanto, em relação aos bens móveis, podemos afirmar que a *lex rei sitae* não é imperativa.

Examinadas as regras de conexão relativas aos bens, vejamos a possibilidade da lei escolhida pelas partes também reger questões relativas a direitos reais relacionadas ao contrato.

Um óbice preliminar em relação a essa possibilidade é se a aplicação da *lex rei sitae* aos bens fosse tida como imperativa. Não obstante, como demonstramos anteriormente, não concordamos com essa posição, embora haja respeitável corrente doutrinária pregando a obrigatoriedade da *lex rei sitae* no que tange os bens imóveis.

Superada essa preliminar, é interessante salientar que há autores brasileiros que defendem a possibilidade das partes escolherem a lei aplicável, inclusive quanto a aspectos reais relacionados ao seu contrato. Nesse sentido explica Valladão: “no campo do direito das coisas funciona, também, o princípio da autonomia da vontade, embora restritivamente, em assuntos

---

<sup>170</sup> ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo e Eduardo. Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. VIII-B, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943, pag. 636.

como o usufruto, o uso, a habitação, servidões”<sup>171</sup>. Da mesma forma, Oscar Tenório entende que a autonomia da vontade pode ser aplicada, embora de forma muito limitada<sup>172</sup>.

Ademais, há certas situações em que podemos identificar uma íntima relação entre aspectos obrigacionais da relação jurídica e aspectos reais. Imaginemos, por exemplo, um contrato de compra e venda de uma mercadoria e que o preço tenha sido antecipadamente pago. Embora o comprador tenha adimplido com a sua prestação, de acordo com o direito de alguns países<sup>173</sup>, ele só se tornará o proprietário do bem uma vez efetivada a tradição (entrega) do bem.

Esta questão de natureza real ligada ao contrato pode ser muito delicada em alguns casos. Apenas para dar um exemplo, se a vendedora falir antes de entregar a mercadoria, o comprador não poderá ser considerado proprietário do bem e, conseqüentemente, não poderá pedir a restituição do seu bem em posse da massa falida. Nessa hipótese, ele terá apenas um direito de crédito contra o devedor.

Imaginemos outro exemplo com as seguintes características: (i) as partes celebram um financiamento com alienação fiduciária do imóvel financiado situado no Brasil, (ii) a legislação brasileira não admite o pacto comissório, mas a lei do país X aceita esta cláusula contratual, (iii) as partes escolhem a lei do país X para regular o seu acordo, (iv) posteriormente, o devedor não paga o empréstimo e o financiador fica com o bem, não o revendendo, (v) é ajuizada uma ação contra o financiador para que este seja obrigado a vender o bem. Neste cenário, indagamos se, em nome da suposta imperatividade do art. 8º da LICC,

---

<sup>171</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, pag. 168.

<sup>172</sup> TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. II, 7ª edição, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1963, pag. 163.

<sup>173</sup> Este é o caso do direito brasileiro, que dispõe no art. 1.226 do Código Civil: “Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição”.

o juiz teria que aplicar as normas da propriedade fiduciária (que é um direito real) previstas na legislação brasileira, vez que o bem transferido é um imóvel?

Pelas razões já expostas, entendemos que não. O juiz deverá aplicar a lei estrangeira que considera legal o pacto comissório. Conseqüentemente, o financiador terá consolidado a plena propriedade do bem imóvel em seu nome.

Desta forma, quando demonstrada a grande e indissociável ligação entre os efeitos reais e os obrigacionais, nos parece lícito que as partes possam que a sua escolha de lei também abranja aspectos ligados à propriedade dos bens envolvidos no contrato.

Um argumento contrário a esta tese que vale a pena explorarmos é que devido à natureza *erga omnes* dos direitos reais, ou seja, o fato destes direitos serem oponíveis a terceiros, alheios à relação contratual, os direitos reais deveriam ser regidos pela lei do lugar de onde se encontrarem. Contudo, discordamos desse entendimento por duas razões: primeiramente, não podemos nos esquecer que os §§ 1º e 2º do art. 8º da LICC estabelecem regras diversas no tocante aos bens móveis e ao penhor. Em segundo lugar, não são apenas os direitos reais que produzem efeitos perante terceiros. Embora o princípio da relatividade dos contratos determine que as relações obrigacionais só produzam efeitos entre as partes, este princípio vem sendo cada vez mais mitigado no nosso ordenamento jurídico. Atualmente, em certos casos, se reconhece efeitos perante terceiros das relações obrigacionais com vistas a se preservar a tutela externa do crédito e a função social dos contratos em última análise<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> Acerca do tema é relevante citar o parecer de Antonio Junqueira de Azevedo em que ele defende que, em certas hipóteses, terceiros também poderiam ser atingidos pelos efeitos contratuais. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "Os Princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. O direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual" in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. Editora Saraiva, São Paulo, 2004, pags. 137 a 147.

Ao se analisar esta questão sob a ótica do Regulamento Roma I, percebemos que o diploma comunitário não excluiu no seu art. 1º os direitos de propriedade do rol de abrangência da lei aplicável, nem os incluiu expressamente no seu art. 12. Todavia, como demonstramos, em algumas situações é difícil (e até incoerente) separar questões obrigacionais dos seus efeitos sobre a propriedade dos bens. Portanto, matérias relativas à propriedade dos bens ligadas a aspectos obrigacionais deveriam ser incluídas no âmbito de aplicação da lei escolhida pelas partes. Embora o Regulamento Roma I não determine isto expressamente no seu art. 12, conseguimos inferir do seu texto tal conclusão. No seu art. 4º, ao dispor sobre a lei aplicável na hipótese de falta de escolha, o regulamento aborda a hipótese de um contrato que tem por objeto um direito real sobre um bem imóvel:

Artigo 4º

**Lei aplicável na falta de escolha**

1. Na falta de escolha nos termos do artigo 3.o e sem prejuízo dos artigos 5.o a 8.o, a lei aplicável aos contratos é determinada do seguinte modo: (...)

**c) O contrato que tem por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel é regulado pela lei do país onde o imóvel se situa;**

d) Sem prejuízo da alínea c), o arrendamento de um bem imóvel celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos é regulado pela lei do país em que o proprietário tem a sua residência habitual, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país;

Da norma acima referida podemos concluir que se o Regulamento Roma I determina uma lei aplicável na ausência de escolha ao contrato que tenha por objeto um direito real sobre um bem imóvel, conseqüentemente a lei designada pelas partes pode abranger também aspectos ligados à propriedade do bem. Deste dispositivo também vale a pena ressaltar que a *lex rei sitae* somente é aplicável na falta de escolha da lei pelas partes. Portanto, de acordo com a legislação comunitária européia, não podemos considerar a regência do bem imóvel pela lei do país onde este se situe como sendo imperativa. Ademais, se as partes poderiam apontar uma lei para reger aspectos relativos à propriedade de bem imóvel, o mesmo raciocínio poderá ser estendido aos bens móveis.

Destacamos ainda que o Regulamento Roma I apresenta outras normas que reforçam a conclusão de que a lei escolhida abrange também questões relativas aos direitos reais. O art. 11, n. 5, por exemplo, disciplina que os contratos que tenham por objeto um direito real sobre um imóvel, estão sujeitos, sob certas condições, aos requisitos de forma (e não de substância), da lei do país em que o bem imóvel esteja situado<sup>175</sup>. Outro exemplo que comprova esta tese está previsto no art. 14, n. 3 do regulamento, que dispõe que “a noção de cessão de créditos na acepção do presente artigo inclui as transferências plenas de créditos, as transferências de créditos como garantia, bem como os penhores ou outros direitos de garantia sobre os créditos”.

Por fim, vale apontar que o considerando n. 38 do regulamento inclui expressamente no termo “relações”, no contexto da cessão de créditos, aspectos reais de uma cessão<sup>176</sup>. Quanto a este último aspecto, conforme dissemos anteriormente, convém esclarecer que de acordo com o sistema jurídico de alguns Estados europeus, tal como no sistema brasileiro, para que a transferência da propriedade de bens móveis seja efetivada, é necessária a tradição, a entrega

<sup>175</sup> Artigo 11.o

Validade formal (...)

5. Sem prejuízo dos n.os 1 a 4, **o contrato que tenha por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel** está sujeito aos **requisitos de forma** da lei do país em que o bem imóvel está situado, desde que, nos termos desta lei:

a) Esses requisitos sejam impostos, independentemente do país em que o contrato seja celebrado e da lei que o regular, e  
b) Esses requisitos não sejam derogáveis por acordo.

<sup>176</sup> (38) **No contexto da cessão de créditos, o termo "relações" deverá tornar claro que o n.o 1 do artigo 14.o também se aplica aos aspectos reais de uma cessão, entre o cedente e o cessionário, nos ordenamentos jurídicos em que a lei aplicável às obrigações contratuais não abrange esses aspectos.** Todavia, o termo "relações" não deverá ser interpretado como referindo-se a qualquer eventual relação entre o cedente e o cessionário. Em particular, este termo não deverá abranger as questões preliminares relativas a uma cessão de créditos ou a uma sub-rogação contratual. Deverá limitar-se estritamente aos aspectos que dizem directamente respeito à cessão de créditos ou à sub-rogação contratual em causa.

Dispõe o art. 14 do Regulamento Roma I:

“Artigo 14.o

Cessão de créditos e sub-rogação contratual

1. As relações entre o cedente e o cessionário no âmbito de uma cessão de créditos ou de uma sub-rogação contratual de um crédito contra terceiro ("o devedor") são reguladas pela lei que, por força do presente regulamento, for aplicável ao contrato que os liga.

2. A lei que regula o crédito cedido ou sub-rogado determina a natureza cedível deste, as relações entre o cessionário ou o sub-rogado e o devedor, as condições de oponibilidade da cessão ou sub-rogação ao devedor e a natureza liberatória da prestação feita pelo devedor.

3. A noção de cessão de créditos na acepção do presente artigo inclui as transferências plenas de créditos, as transferências de créditos como garantia, bem como os penhores ou outros direitos de garantia sobre os créditos”.

da coisa. Em outros países, por outro lado, a tradição não se mostra indispensável para a transferência da propriedade.

Se entendêssemos que a abrangência da lei escolhida não abarcaria aspectos reais ligados ao contrato, sob a égide da lei de alguns países a propriedade já teria sido transferida, mas pela regência da lei de outros Estados a propriedade ainda não teria sido transferida. Esta dualidade é ruim, causa insegurança e certamente desatende aos anseios de segurança nas relações contratuais. Verifica-se, portanto, neste caso uma situação em que há uma íntima ligação entre os aspectos obrigacionais da relação jurídica e os aspectos reais. Desta forma, conforme explicamos anteriormente, não haveria coerência em reger estes aspectos reais por uma lei diversa daquela escolhida pelas partes. Logo, para se preservar a unidade no sistema europeu, o regulamento incluiu, no âmbito de regência da lei designada pelos contratantes, aspectos reais que estejam ligados às relações obrigacionais.

Feito o exame da questão sob o ângulo do Regulamento Roma I, passemos a análise sob a ótica da Convenção interamericana. Diferentemente do diploma europeu, a Convenção do México não trata da questão e nem nos fornece indícios para determinar se a lei escolhida abrangeria também questões relativas à propriedade. Por outro lado, é possível defender que não seria razoável, em certas circunstâncias, separar as relações obrigacionais de certos efeitos reais. Tomemos como exemplo a hipótese prevista no art. 14 do Regulamento Roma I, que trata da cessão de crédito.

Ademais, pode-se argumentar que uma cláusula de eleição de lei que incluísse expressamente os aspectos reais derivados da relação obrigacional deveria ser respeitada com base no art. 18 da convenção, que determina: “o direito designado por esta Convenção só poderá ser excluído

quando for manifestamente contrário à ordem pública do foro.” Portanto, em não sendo o direito escolhido contrário a ordem pública do foro, este poderia também reger os aspectos reais.

Uma vez feita a análise do Regulamento Roma I e da Convenção do México no tocante à extensão da lei escolhida, cabe-nos tratar desta questão no cenário jurídico brasileiro. Como já referimos anteriormente, a LICC é completamente omissa a respeito. Alias, o projeto de lei nº 269/2004, apresentado pelo Senador Pedro Simon, que visa substituir a LICC e que é em muitos aspectos avançados, notadamente no estabelecimento da autonomia da vontade como regra geral para a determinação da lei aplicável, é omissa em relação este ponto.

Como já afirmamos, temos duas alternativas: (i) considerar ampla a abrangência da autonomia das partes para a escolha de lei, incluindo todas as categorias jurídicas relacionadas ao contrato ou (ii) interpretar o sistema de conflito de leis pátrio com o auxílio e a experiência da legislação convencional e comunitária visando garantir coerência ao sistema jurídico brasileiro. Pelas razões já apontadas, preferimos adotar esta segunda opção.

Em relação à capacidade das partes, os diplomas supra estudados preferiram tirar esta questão do escopo da escolha de lei. Penso que os legisladores comunitário e convencional agiram corretamente, pois a capacidade não é matéria objeto do contrato em si, mas um elemento pessoal das partes que pode afetar a sua validade. No entanto, entendo muito pertinente a limitação à arguição da incapacidade das partes previstas no art. 13 do Regulamento Roma I.

Quanto às questões sucessórias, também me parece que o Regulamento Roma I e a Convenção do México fizeram bem em excluir esta matéria. Não estamos dizendo que

deveria ser vedada a escolha de lei para matérias sucessórias, mas que esta não deveria ser tratada em tais diplomas. O testamento, que é o meio pelo qual o testador exprime a sua vontade, não é um contrato. Assim, as balizas que a autonomia da vontade deve ter em sede contratual não podem ser automaticamente e sem maiores reflexões aplicadas aos testamentos.

Por fim, quanto às questões atinentes aos direitos reais ligadas a obrigações contratuais, entendemos que a lei escolhida pelas partes poderia reger os aspectos ligados à propriedade. Entendemos que aplicar a lei estrangeira a bens situados no Brasil não ofenderia a nossa ordem pública e nem o art. 8º da LICC seria uma norma de aplicação imediata. Quanto aos bens móveis não há maiores discussões a respeito, uma vez que o próprio parágrafo primeiro do art. 8º da LICC o permite.

No tocante aos bens imóveis situados no Brasil, também julgamos ser possível a aplicação da lei estrangeira, a despeito da opinião de parcela da doutrina em contrário. O que não é possível, por outro lado, é homologar uma sentença estrangeira que verse sobre bens imóveis aqui localizados, conforme reza o art. 89, I do CPC. Desta forma, seria perfeitamente possível um juiz brasileiro aplicar a lei estrangeira em relação a imóveis aqui situados. Destacamos que encontramos nos artigos 7º, § 4º e 10, ambos da LICC, indícios de que a aplicação da *lex rei sitae* aos bens imóveis não é uma regra imperativa. Em relação a este último, dispõe o art. 10 da LICC: “a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, **qualquer que seja a natureza e a situação dos bens**”. Se a aplicação da *lex rei sitae* aos bens imóveis fosse uma regra protegida pela ordem pública brasileira, o art. 10 da LICC não poderia determinar a aplicação da lei do domicílio do *de cuius* para bens imóveis aqui situados.

Uma vez feita a análise da abrangência da escolha de lei no âmbito da LICC, devemos fazer alguns comentários acerca de particularidades relativas ao tema quando a arbitragem é o meio de solução de conflitos.

## 7.2. Particularidades sobre a extensão da lei em sede de arbitragem

Após o exame da abrangência da escolha de lei no âmbito da LICC, é necessário fazermos o mesmo exame em relação a Lei de Arbitragem. Muitas das questões tratadas no tópico anterior são as mesmas e, por esta razão, não serão repetidas. Traçaremos apenas alguns comentários para demonstrar as peculiaridades envolvidas quando a arbitragem é o meio escolhido para solucionar eventuais controvérsias.

Preliminarmente, devemos lembrar que a autonomia das partes para escolher o direito aplicável tem fundamento expresso no art. 2º da Lei de Arbitragem. O § 1º deste artigo disciplina que as partes poderão escolher **livremente** as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem. Os únicos limites a esta liberdade são a conformidade aos bons costumes e a ordem pública. Este dispositivo da Lei de Arbitragem não limita a sua abrangência às questões obrigacionais e, portanto, esta é uma regra especial que causa a não aplicação dos artigos 7º a 10 da LICC.

Além do fato da Lei de Arbitragem conter regra especial, também convém lembrar que, como já explicamos<sup>177</sup>, diferentemente do juiz estatal, o árbitro não está adstrito às regras de DIPr do foro. O árbitro deve primeiramente aplicar o direito escolhido pelos contratantes e na falta

---

<sup>177</sup> Ver capítulo “A eleição de lei em arbitragem”, subitem “Direito aplicável na ausência de escolha pelas partes”.

de escolha, o árbitro é livre para decidir acerca do direito aplicável que entender mais próximo da relação jurídica. Assim, o árbitro não está vinculado aos arts 7º a 10 da LICC.

A arbitragem é assim um campo em que as partes têm grande liberdade para decidir acerca do direito aplicável, inclusive sobre questões que não seriam possíveis dispor se o litígio fosse resolvido por um juiz estatal. Se (i) o árbitro não está vinculado às regras de conexão da LICC e (ii) na arbitragem a autonomia das partes só está limitada a eventuais violações aos bons costumes ou à ordem pública, as partes podem dispor, por exemplo, sobre a lei aplicável a questões de capacidade<sup>178</sup>.

Vale também destacar que uma vez tendo a arbitragem aplicado a lei escolhida pelas partes, inclusive em relação a questões como de capacidade, o judiciário não poderá rever esta decisão. A sentença arbitral apenas pode ser anulada nas hipóteses previstas na própria lei de arbitragem, sendo vedado ao judiciário rever o mérito da sentença arbitral<sup>179</sup>. Contudo, vale a ressalva que se a arbitragem for realizada no exterior e envolver imóvel situado no Brasil, este laudo arbitral não será reconhecido pelo Brasil com base no art. 89, I do CPC.

### 7.3. Considerações finais do capítulo

Procurei dar nesse capítulo uma contribuição sobre um tema que, embora não seja discutido no Brasil, é de extrema relevância. Diante da omissão da LICC quanto ao tema, foi preciso

---

<sup>178</sup> Por outro lado, é importante citar a posição de Peter Nygh, contrária a esse entendimento. Ao examinar algumas convenções internacionais que trataram da matéria, o autor afirma que estas não pretenderam que a capacidade dos contratantes pudesse ser regulada pelo direito escolhido pelas partes, mesmo em sede arbitral. Ver NYGH, Peter. *Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration*. Editora: Kluwer Law International, 1997, pag. 15.

<sup>179</sup> No entanto, é digno de nota que em se tratando de capacidade há um problema adicional. O juiz poderá anular a sentença arbitral se entender que o compromisso é nulo (art. 32, I, Lei nº 9.307/96) por incapacidade de uma das partes. Diferentemente do árbitro, o juiz está vinculado ao DIPr do foro e verificará a capacidade das partes com base no art. 7º da LICC. Desta forma, há a possibilidade da sentença arbitral ser anulada não porque o árbitro não utilizou a regra de conexão da LICC, mas sim por uma questão anterior, que seria a falta de capacidade de uma das partes para firmar o compromisso.

buscar em legislações convencionais estrangeiras subsidio para dar uma resposta coerente quanto ao âmbito de aplicação da lei escolhida pelos contratantes.

Questões sucessórias e de capacidade realmente devem estar fora do escopo da autonomia das partes em virtude das razões acima expostas. Por outro lado, em certos contratos verifica-se uma íntima ligação entre os aspectos da relação obrigacional e os de direito real. Nesses casos, para se manter a coerência do sistema, defendemos que a lei escolhida também possa se aplicar aos aspectos reais, em linha do que disciplina o Regulamento Roma I.

Por fim, tratamos de algumas particularidades acerca do tema em sede de arbitragem. Nesses casos, a autonomia das partes é mais ampla em virtude do art. 2º da Lei nº 9.307/96. Adicionalmente, quando as partes não escolhem a lei aplicável, os árbitros não estão adstritos às regras de conexão previstas na LICC. Ora, se os árbitros não estão restritos à LICC na hipótese de falta de escolha, por que estariam as partes? Por que esta liberdade se daria apenas na falta de escolha do direito aplicável? Por estas razões as partes têm muito mais flexibilidade para dispor sobre a extensão do direito aplicável em sede de arbitragem.

## 8. PROPOSTAS DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ao longo deste trabalho vimos que o Brasil insiste em ficar parado na história. Diferentemente das principais economias do mundo, desde 1942 a nossa matriz legal (a LICC) não foi alterada em relação ao tema e ainda hoje discutimos se a autonomia seria permitida no Brasil ou não. Esta situação é absurda e não podemos permanecer assim.

Neste capítulo apresentaremos algumas alternativas para modernizar o sistema de direito internacional privado brasileiro, especificamente no que tange a autonomia das partes para designar o direito aplicável ao seu acordo. Examinaremos alguns projetos de lei e a Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais, a qual foi assinada, mas ainda não ratificada pelo Brasil.

Advertimos que não pretendemos analisar integralmente todas as propostas, mas somente os dispositivos pertinentes à determinação do direito aplicável às obrigações contratuais.

### 8.1. Anteprojeto de autoria de Haroldo Valladão

A primeira proposta de reforma da LICC foi apresentada por Haroldo Valladão na década de 1960. Salientamos preliminarmente que o Anteprojeto de Valladão alteraria a denominação da lei, que ao invés de se chamar “Lei de Introdução ao Código Civil”, passaria a ser intitulada de “Lei geral de aplicação das normas jurídicas”. A razão para esta mudança é que a nova lei

não se aplicaria apenas ao código civil, como a sua denominação parecia sugerir, mas sim a todas as leis.<sup>180</sup>

Os arts. 50 a 54 do Anteprojeto tratam das obrigações no âmbito do DIPr. Valladão, como já demonstramos, era um grande defensor da autonomia da vontade no Brasil, reconhecendo o princípio presente, inclusive, na LICC de 1942. Em seu Anteprojeto, ele pretendeu retornar ao sistema da Introdução ao Código Civil de 1916, como podemos inferir da leitura do *caput* seu art. 50: “A substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração da vontade se regem, **salvo estipulação em contrário**, segundo a lei do lugar em que forem contraídas”(grifos nossos).

Adicionalmente, destacamos que (i) tal como a Introdução ao Código Civil de 1916, o art. 51 do Anteprojeto determinava que deve ser regido pela lei brasileira os contratos exequíveis no Brasil e (ii) o art. 52 dispõe que todas as modalidades de execução das obrigações são regidas segundo a lei do lugar da respectiva execução.

Os arts. 53 e 54 tratam de obrigações não contratuais e, portanto, não são relevantes para o presente trabalho.

O Anteprojeto de Valladão foi revisto por uma comissão formada por ele próprio, o Min. Luiz Gallotti e Oscar Tenório. Não obstante, não houve alterações substanciais em relação à matéria aqui examinada.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Exposição de motivos do Anteprojeto in VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, vol. II, pag. 239.

<sup>181</sup> Relatório da Comissão Revisora do Anteprojeto in VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, vol. II, pags. 258 a 261.

Contudo, o Anteprojeto de Valladolid, o qual teve a sua denominação alterada para “Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas”, não foi aprovado. Em 1984, este foi reapresentado pelo Senador Nelson Carneiro como o Projeto de Lei do Senado nº 264/1984. Todavia, também não logrou êxito e acabou sendo arquivado em 05/12/1987.

O projeto de Valladolid certamente representaria um avanço em relação à LICC de 1942, mas mesmo este já estaria desatualizado em relação à evolução que a autonomia da vontade teve durante os últimos cinquenta anos. Dentre outros, o referido projeto: (i) não estabelece a autonomia como critério principal, mas sim alternativo a *lex loci celebrationis*, (ii) prevê, para certas hipóteses, a regência necessária da *lex loci executionis*, (iii) não admitia a eleição tácita de lei, (iv) não tratava de escolha de um direito de fonte não estatal e (v) não utilizava o critério da proximidade como fonte alternativa ou subsidiária como algumas das modernas legislações.

## 8.2. Projeto de lei nº 4.905/1995

No ano de 1994, uma comissão formada por João Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho foi encarregada de elaborar um projeto de reforma da LICC, o qual foi apresentado ao Congresso Nacional no ano seguinte.

No que concerne à autonomia da vontade para designar a lei aplicável, o *caput* do artigo 11 do mencionado projeto determinava: “*Obrigações contratuais* - As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros”.

Desta forma, o projeto estabeleceu a autonomia das partes como o critério principal para se determinar o direito ao contrato. Além disso, permitiu a escolha tácita das partes e que a lei escolhida fosse alterada, desde que respeitado os direitos de terceiros.

O §1º deste artigo dispôs que na hipótese de não ter havido escolha ou se esta não for eficaz, o contrato será regido pela lei do país com vínculos mais estreitos ao pacto. Percebemos, portanto, que o projeto adotou o princípio da proximidade como critério subsidiário. Além disso, é digno de nota que, diferentemente da Convenção de Roma e do Regulamento Roma I, não foi adotado nenhum parâmetro para se verificar os vínculos mais estreitos. Logo, nesta hipótese terá o juiz grande discricionariedade para chegar à lei aplicável.

Por fim, vale comentar também que o §2º do art. 11 permite que se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei do outro país, poderá esta aplicar-se em caráter excepcional. Assim, foi previsto o *dépeçage* neste parágrafo.

Pelo exposto, percebemos que os autores deste projeto, atentos às mudanças ocorridas no mundo, elaboraram um texto muito mais moderno do que aquele proposto por Valladão trinta anos antes. Quando tratarmos da Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais, verificamos que esta foi a grande fonte de inspiração dos autores do projeto.

Esta proposta teria sido uma grande reforma ao sistema de direito internacional privado brasileiro. Contudo, em 1996, o Poder Executivo solicitou ao Congresso Nacional a retirada de tramitação deste projeto.

### 8.3. Projeto de lei complementar nº 243/2002

Em 2002, o Senador Moreira Mendes apresentou o projeto de lei complementar nº 243/2002, objetivando substituir a LICC de 1942. O parlamentar pretendia alterar a Lei de Introdução, uma vez que o Código Civil tinha acabado de ser substituído.

No que concerne à eleição de lei, percebemos que a proposta do Senador Moreira Mendes em nada inova. Esta ignora as tendências do DIPr moderno e os arts 31 a 33 do projeto mantêm a mesma essência do art. 9º da LICC. Inclusive, é mantida a denominação inapropriada de “Lei de Introdução ao Código Civil”, enquanto que já há muito tempo sabemos que esta nomenclatura é equivocada e induz o intérprete a erro.

Para alguns, a proposta do Senador, além de nada mudar, poderia engessar ainda mais as anacrônicas regras de DIPr brasileiras, uma vez que estas seriam aprovadas sob a forma de lei complementar. Portanto uma eventual reforma destes dispositivos teria que ser feita por uma outra lei complementar.

Apesar do referido projeto não apresentar um avanço em relação à LICC de 1942, não podemos concordar com esta crítica. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou diversas vezes no sentido de não existir relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. A distinção entre as duas apenas se refere quanto à matéria que cada um deve tratar. Assim, caso uma lei formalmente complementar verse sobre matéria de lei ordinária, esta poderá ser futuramente modificada ou revogada por uma lei ordinária.<sup>182</sup>

---

<sup>182</sup> A respeito do tema, consultar o recurso extraordinário nº 377.457, relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2008.

Ainda assim, entendemos que este projeto está claramente em discordância com a evolução do DIPr contratual dos últimos sessenta anos. Por esta razão, sugerimos que este projeto seja rejeitado. Em março de 2010, este estava sendo analisado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

#### **8.4. Projeto de lei complementar nº 269/2004**

O projeto de lei complementar nº 269/2004 é de autoria do Senador Pedro Simon e trata-se da reapresentação do projeto de lei nº 4.905/95, que tramitou na Câmara dos Deputados. A proposta do senador gaúcho apresenta poucas alterações em relação à versão apresentada por João Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho.

O art. 11 do projeto original foi renumerado para 12, mas não houve mudanças substanciais. Indiscutivelmente, o projeto de lei complementar nº 269/2004 mantém os méritos da sua versão anterior.

Em 01 de dezembro de 2004, foi aprovado requerimento para que este projeto tramitasse em conjunto com o projeto de lei complementar nº 243/2002. No andamento deste projeto consta que, em outubro de 2010, este estava sendo analisado pela Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal.

#### **8.5. Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais**

Em 1994 reuniram-se na Cidade do México representantes dos países latino americanos, Estados Unidos e Canadá para a V Conferência Especializada sobre Direito Internacional

Privado. Nesta ocasião foi elaborada a Convenção interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais (“CIDIP V” ou “Convenção do México”). Os idealizadores da CIDIP V se inspiraram na Convenção de Roma de 1980, mas, na opinião de muitos, estes conseguiram elaborar um diploma muito mais moderno que o europeu.<sup>183</sup>

No âmbito de sua aplicação convém ressaltar que a Convenção do México definiu o termo “contrato internacional”, conforme já abordamos no início deste trabalho. Também é digno de nota o caráter uniformizador deste diploma, pois, de acordo com o seu art. 2º, o direito designado por esta convenção será aplicável mesmo que se trate do direito de um Estado não parte. Assim, a CIDIP V substituiria as legislações internas dos Estados no que tange ao direito aplicável aos contratos internacionais. Como veremos a diante, este é um fator muito interessante para o Brasil, pois seria uma maneira de revogar o nosso anacrônico art. 9º da LICC.

No seu art 7º, a Convenção do México estabeleceu de forma clara e direta que o contrato é regido pela lei eleita pelas partes, a qual deve ser expressa ou depreender-se de forma inequívoca da conduta das partes e das demais cláusulas contratuais consideradas em conjunto. Portanto, a autonomia da vontade foi adotada como critério principal.

O mesmo dispositivo permitiu que a escolha se refira a totalidade ou a apenas uma parte do contrato e advertiu que a escolha do foro não implica necessariamente na escolha do seu direito material como norma aplicável.

---

<sup>183</sup> JUENGER, Friedrich K. *Contract Choice of Law in the Americas*. 45 Am. J. Comp. L. 195, 1997, pags. 7 e 8.

Uma questão deixada em aberto é se a convenção ao se referir ao “direito escolhido pelas partes”, permitiria aos contratantes designarem um direito não estatal, tal como a *lex mercatoria* ou os Princípios do UNIDROIT. Para Juenger, a Convenção do México permitiu tal escolha, o que, para ele, seria um grande avanço em relação à Convenção de Roma:

Em claro contraste com a Convenção de Roma, a Convenção da Cidade do México permite que os contratantes escolham um direito não estatal, como a *lex mercatoria*, ou a sua versão codificada, os Princípios do UNIDROIT. Esta liberdade de escolha se coaduna melhor com a moderna realidade comercial do que a forma com que esta foi regulamentada pela Convenção de Roma que, de forma retrógrada, insiste em limitar a liberdade das partes a normas estatais. Por que deveriam os indivíduos ou as empresas que elegem a arbitragem poder selecionar um corpo de normas, elaboradas por um distinto grupo de especialistas, os quais são atentos às necessidades dos negócios internacionais, enquanto que as partes que vão ao judiciário são relegadas à normas estatais? É difícil de entender quais razões (outras que não de natureza doutrinária) devam impedir as partes de desnacionalizar o seu acordo desta maneira.<sup>184</sup>

Esta interpretação, todavia, não nos parece a melhor. É preciso termos em mente o art. 17 da Convenção que define “direito” como aquele vigente em um Estado. Por outro lado, na esteira do art. 10, entendemos que a Convenção não teria excluído por completo a aplicação de direito de fonte não estatal. Desta forma, é apropriada a solução intermediária dada por Nadia de Araujo:

No entanto, o fato de as regras do UNIDROIT não poderem ser consideradas como o conjunto aplicável como a lei do contrato não exclui sua utilização, em face do que prescreve a convenção no seu artigo 10, quando agrega a lei aplicável de um determinado direito às normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, nos casos pertinentes. O que a nosso ver não é possível é a utilização dos *Princípios* como única fonte legislativa a regular um contrato internacional.<sup>185</sup>

A Convenção do México permite, em seu art. 8º, que, a qualquer momento, os contratantes mudem a lei designada, sendo possível, inclusive, alterar somente a lei de parte do contrato.

<sup>184</sup> JUENGER, Friedrich K. *Contract Choice of Law in the Americas*. 45 Am. J. Comp. L. 195, 1997, pag. 6. Tradução livre. Consta no original : “In marked contrast to the Rome Convention, the Mexico City Convention allows the contracting parties to choose a non- national law, such as the *lex mercatoria* or its codified version, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Such freedom of choice is better attuned to modern commercial realities than the Rome Convention’s strangely retrogressive insistence on limiting the parties’ selection to positive laws. Why should individuals or enterprises who choose to arbitrate their differences by allowed to enjoy the benefit of selecting a body of rules, drafted by a distinguished group of experts, which are specifically designed to meet the needs of international transactions, whereas parties who choose to litigate are relegated to national laws? It is certainly difficult to understand what interests (other than those of a doctrinal nature) would be served by impeding the parties from denationalizing their agreement in this fashion.”

<sup>185</sup> ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009, pag. 196.

Outro dispositivo de fundamental importância é o art. 9º, o qual dispõe que na ausência de escolha do direito aplicável ou se este for ineficaz, o acordo será regido pelo direito do Estado com o qual mantenha vínculos mais estreitos. Diferentemente da Convenção de Roma, hoje sucedida pelo Regulamento Roma I, a Convenção do México adotou uma aceção mais genérica, sem trazer uma lista de presunções do que seriam os vínculos mais estreitos. De acordo com a convenção interamericana, cabe ao juiz analisar os elementos do caso concreto e determinar a lei aplicável.

Portanto, em relação ao direito aplicável, a Convenção do México adotou como regra principal a autonomia da vontade das partes e como regra subsidiária a lei do local com o qual o contrato guarde vínculos mais estreitos.

Por fim, vale comentar que os artigos 11 e 18 da Convenção interamericana trazem as normas imperativas do foro e a ordem pública como fatores limitadores da aplicação da lei designada. Para Nadia de Araujo, a ordem pública teria o condão de excluir totalmente a aplicação do direito escolhido pelos contratantes, ao passo as normas imperativas só vedariam o direito eleito na medida em que este colidisse com as normas imperativas do foro.<sup>186</sup>

Assim, percebemos que a Convenção do México foi elaborada por grandes especialistas atentos às mudanças no mundo sobre a matéria. Para Juenger, este diploma seria mais moderno do que a Convenção do Roma. Provavelmente, o saudoso professor diria que a Convenção interamericana seria melhor até que o Regulamento Roma I, uma vez este inovou pouco em relação à Convenção de 1980.

---

<sup>186</sup> ARAUJO, Nadia. Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009, pag. 199.

Desta forma, a Convenção do México seria uma ótima oportunidade de adequarmos o sistema contratual de DIPr brasileiro aos padrões globais. Além disto, ela representaria um verdadeiro sepultamento do art. 9º da LICC, uma vez que se aplicaria inclusive na hipótese de se tratar de um direito de um Estado não parte.

O Brasil assinou a Convenção do México, mas ainda não a ratificou.

#### 8.6. **Sugestões de *lege ferenda***

Não restam dúvidas de que o art. 9º da LICC é hoje uma norma ruim, em desconformidade com as regras dos demais países. Trata-se de um resquício de um período autoritário, do qual ainda não conseguimos nos livrar. Não obstante entendermos que a autonomia da vontade é compatível com o atual sistema legal brasileiro, há muitos que discordam com base na anacrônica redação do art. 9º da LICC. Apesar disto, mais importante do que discutir se no atual cenário jurídico brasileiro seria dado às partes designar o direito aplicável, é defender uma reforma legislativa para que a autonomia fique claramente posta no nosso sistema, de modo a encerrar estes debates.

A primeira tentativa de reforma foi intentada por Valladão na década de 1960. O seu projeto traria avanços significativos para a nossa legislação, mas, mesmo assim, estaria defasado em relação aos padrões europeu e americano. De qualquer forma, a proposta de Valladão não vingou e foi arquivada pelo Congresso na década de 1980.

Em 1995, houve uma segunda tentativa de modificação angariada por especialistas na matéria. Este projeto, muito inspirado pela Convenção do México, é moderno e representaria um grande avanço para a legislação brasileira. Contudo, este projeto foi retirado de pauta a pedido do Poder Executivo. Por outro lado, em 2004, o Senador Pedro Simon apresentou um projeto de lei que, na essência, retoma esta proposta.

Em 2002, próximo da entrada em vigor do novo Código Civil, foi submetido ao Senado Federal um projeto de substituição da LICC. Esta proposta, porém, em nada inova em relação ao art. 9º da atual LICC. Portanto, defendemos que o Congresso Nacional rejeite esta proposta.

Por fim, há também a Convenção do México que traz a autonomia da vontade como pedra angular do sistema contratual de DIPr. Apesar de termos assinado a Convenção, ela ainda não foi enviada ao Congresso Nacional para ratificação pelo Poder Executivo. Esta também seria uma ótima oportunidade para revogarmos o art. 9º da LICC.

Assim, atualmente temos dois bons caminhos para modernizarmos a nossa legislação, podemos ratificar a Convenção do México ou aprovarmos o projeto de lei complementar nº 269/2004. Na essência as duas possibilidades são bem parecidas, uma vez que esta última foi inspirada na Convenção interamericana.

Nadia de Araujo entende que melhor solução seria garantir a ratificação da Convenção interamericana<sup>187</sup>. Este caminho nos parece correto e também estimularia a ratificação da convenção por parte dos demais países que a assinaram.

---

<sup>187</sup> ARAUJO, Nadia. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009, pag. 201.

Outra informação a favor da ratificação da Convenção é que ela disciplina alguns parâmetros sobre a extensão da autonomia da vontade. Nesse sentido, como vimos anteriormente, as partes não podem escolher o direito aplicável para questões sucessórias e de capacidade. Por outro lado, a norma é silente em relação aos direitos reais ligados às obrigações contratuais. No tocante a este último aspecto, a Convenção do México poderia ser um pouco desenvolvida à luz do Regulamento Roma I. No entanto, mesmo com esta omissão, são inegáveis os avanços que a Convenção do México traria para o nosso sistema jurídico.

Ante o exposto, fazemos votos para o Poder Executivo envie ao Congresso Nacional a Convenção do México para que termine o seu processo de internalização e finalmente consigamos estabelecer, de modo inquestionável, a autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro.

## 9. CONCLUSÃO

A globalização, independente da posição política de cada um, é uma realidade incontestável. As fronteiras dos países não representam mais obstáculos ao intercâmbio de pessoas e bens. Consequentemente, mais contratos internacionais vem sendo celebrados e novas dúvidas surgem, bem como antigas voltam a aparecer.

Neste trabalho analisamos, da perspectiva do direito brasileiro, a possibilidade das partes escolherem o direito aplicável ao contrato. Organizamos este estudo em três partes: (i) na primeira, tratamos de diversas premissas fundamentais para o desenvolvimento do nosso objeto de pesquisa, (ii) na segunda, abordamos o tema central do nosso trabalho, isto é, a escolha de lei à luz do ordenamento jurídico brasileiro e (iii) na terceira, discorremos acerca de propostas de reforma da legislação pátria e também tecemos alguns comentários a título de conclusão.

Começamos este estudo com a análise do conceito de contrato internacional e encontramos divergências a respeito. Para alguns, contratos internacionais seriam aqueles em que há um fluxo de bens, direitos ou créditos através das fronteiras. Para outros, o fator internacional fica configurado quando o contrato apresenta um elemento que o ligue a mais de um ordenamento jurídico. Também não há consenso no que diz respeito às convenções internacionais, enquanto algumas restringem a definição do termo, outras o tornam muito mais amplo.

Em seguida, analisamos as diferenças existentes entre os contratos internacionais e os internos. Classificamos tais diferenças em (i) culturais, (ii) da aplicação da lei ao contrato; e (iii) relativa à solução de conflitos e tratamos de cada um desses aspectos.

Em relação esta primeira, vimos que os contratos internacionais, por estarem ligados a mais de um ordenamento jurídico, estão conectados a mais de uma cultura. Esta diversidade cultural, apesar de rica, pode causar alguns transtornos para a negociação e a execução dos contratos.

Contratos ligados a mais de um Estado, também estão ligados a mais de uma lei. Desta forma, podem surgir dúvidas em relação a qual lei aplicar. Para solucionar este problema, os países têm as suas regras de conexão, isto é, normas que indicam qual direito aplicar. Não raramente, estas regras de conexão apontam direitos de diferentes países para reger o mesmo contrato. Logo, é possível que um contrato seja regido pela lei de um determinado país quanto ao seu conteúdo, mas a lei que rege a capacidade das partes pode ser de outro país. Este fenômeno é denominado pela doutrina de *dépeçage*. Tal fracionamento de leis aplicáveis tanto pode ocorrer em virtude da aplicação das regras de conexão do país, quanto pela vontade das partes que resolveram eleger diferentes leis para reger o seu acordo.

Ainda visando diferenciar os contratos internos dos internacionais, tratamos da questão da resolução de conflitos. Vimos que por tais contratos estarem ligados a mais de uma jurisdição e que por todos os Estados serem formalmente iguais na órbita internacional, é possível que um mesmo litígio esteja sendo dirimido em dois ou mais países sem que seja possível se alegar exceção de litispendência. Também é comum que as partes possam escolher onde prefiram litigar e eventualmente litigar em mais de um país. Esta prática, impensável no plano interno, mas possível no plano internacional, é denominada de *forum shopping*.

Feita esta diferenciação fundamental entre os contratos internos e os internacionais, passamos a tratar do princípio da autonomia da vontade. Primeiramente fizemos uma breve digressão sobre o seu desenvolvimento, até este ter se tornado amplamente aceito na comunidade internacional. Em seguida, examinamos os fundamentos da autonomia que vieram a transformá-la em um consenso nos principais países do globo. Ainda neste capítulo, tratamos da importante relação existente entre a escolha de lei e de foro. Demonstramos como a eleição de um foro adequado pode ajudar a garantir eficácia à escolha de lei.

Após, vimos que nem sempre a lei escolhida vai prevalecer e abordamos os tradicionais limites ao emprego da lei estrangeira: a exceção da ordem pública e as normas de aplicação imediata.

A ordem pública é difícil de ser definida, mas a sua finalidade é clara: preservar os valores básicos de uma ordem jurídica. Na metáfora de Luiz Olavo Batista, a ordem pública funciona como anticorpos do nosso sistema. Em verdade, a ordem pública excepciona diversas regras do DIPr, razão pela qual Jacob Dolinger enxerga-a como uma válvula de escape. Não obstante esta seja um mecanismo essencial do nosso sistema, este autor nos alerta para usarmos o instrumento da ordem pública com parcimônia, sob pena de causarmos impactos negativos na sociedade internacional. Em outras palavras, a depender da forma com que ela é usada, a ordem pública pode ser tanto um remédio como um veneno para o direito internacional.

Outro clássico limitador à aplicação da lei estrangeira, inclusive quando esta é fruto de escolha pelos contratantes, são as normas de aplicação imediata. Estas são normas de alta carga valorativa que têm por objetivo conservar a coerência do sistema jurídico interno. Assim, devido ao grande interesse do Estado em aplicá-las, estas não se submetem ao clássico

método conflitual do DIPr. Estas são normas que elas mesmas definem o seu âmbito de aplicação, independente das regras de conexão ou da vontade das partes.

Para concluir esta primeira parte do trabalho, tecemos breves notas sobre a escolha de lei na Europa e nos EUA com o fim de aprimorar o nosso sistema jurídico. Vimos que nestes países já não se discute mais a possibilidade das partes escolherem o direito do contrato, mas apenas os limites que a autonomia deve observar. Percebemos uma tendência de convergência global no sentido da aceitação do princípio da autonomia da vontade e de suas restrições. As considerações feitas neste capítulo são importantes para que tenhamos modelos para compararmos com o sistema brasileiro.

Iniciamos a parte seguinte do nosso trabalho, abordando o panorama jurídico nacional e as divergências sobre a autonomia no Brasil, tanto sob a égide da Introdução ao Código Civil de 1916, quanto sob a regência da LICC de 1942. Em relação ao primeiro período, a redação do art. 13 da ICC levava a doutrina majoritária a concluir que a autonomia era admitida no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, em uma análise mais detida do instituto, percebemos que havia diversas limitações ao princípio estabelecidas no parágrafo único daquele mesmo dispositivo. Logo, em verdade, a liberdade das partes era muito restrita. Ademais, um estudo da jurisprudência daquela época nos revela uma tendência das cortes a aplicarem a legislação brasileira, a despeito do direito escolhido pelas partes.

Após a supressão do termo “salvo estipulação em contrário”, na passagem para a LICC de 1942, formou-se um grande dissenso entre os estudiosos. Alguns passaram a afirmar que o art. 9º da LICC teria vedado a autonomia das partes de designar a lei aplicável. Uma segunda tese admite a autonomia da vontade de forma indireta e restrita às normas supletivas. Por fim, a

terceira corrente defendida por Valladão e Dolinger afirma que ainda seria possível as partes elegerem a lei para reger o contrato. Pelas razões já expostas, nos filiamos a esta última corrente.

Em seguida, tratamos da possibilidade dos contratantes escolherem o direito aplicável quando a arbitragem é utilizada como meio de solução de conflitos. Verificamos que a Lei de Arbitragem permitiu expressamente a escolha do direito aplicável e hoje é pacífico que é lícito às partes elegerem o direito aplicável nesta hipótese. Aprofundamo-nos no assunto e examinamos outras questões conexas, como (i) a utilização da equidade e de direito de fonte não estatal, (ii) a lei aplicável na ausência de escolha pelas partes e (iii) a validade de eleição de lei em arbitragens internas.

Após, examinamos interessante questão, embora ainda pouco explorada: a extensão da escolha de lei. Este capítulo teve por objetivo dar a opinião do autor acerca do tema e estimular o debate para além da simples possibilidade ou não de escolha do direito aplicável no Brasil. Neste item, tratamos da extensão da escolha de lei no âmbito da LICC e discorremos sobre algumas particularidades desse fenômeno quando a arbitragem é o meio de solução de conflitos.

Na última parte deste estudo, examinamos as propostas de reforma da legislação brasileira. Embora consigamos inferir do sistema jurídico pátrio a possibilidade dos contratantes escolherem a lei aplicável, reconhecemos que o art. 9º da LICC é anacrônico e pode induzir o intérprete a conclusões diferentes. É preciso superar a discussão sobre se a autonomia para a escolha de lei seria lícita no Brasil. Assim, para conferir maior segurança jurídica às partes, julgamos necessária a adoção de uma norma expressa permitindo a eleição da lei aplicável.

Analisamos algumas propostas de reforma da nossa legislação. O primeiro projeto apresentado foi elaborado por Haroldo Valladão na década de 1960 e, no tocante ao tema deste trabalho, representava um retorno à sistemática da Introdução ao Código Civil de 1916. Este, contudo, foi arquivado na década de 1980. Em meados da década de 1990, tentou-se uma nova reforma com base em um projeto apresentado por ilustres juristas especialistas na matéria. Este demonstrou ser um texto moderno, atento às evoluções mundiais no assunto. Apesar deste projeto ter sido retirado pelo executivo, o mesmo foi, em sua essência, reapresentado ao Congresso Nacional em 2004. Todavia, também encontramos em trâmite legislativo propostas de reforma da LICC que nada inovam, apenas reiteram os preceitos da atual legislação.

Atualmente existem duas formas distintas de modernizarmos o nosso DIPr para adotar expressamente o princípio da autonomia da vontade para designar o direito aplicável. A primeira seria aprovarmos o projeto de lei elaborado na década de 1990, o qual foi reapresentado cerca de dez anos mais tarde. A segunda seria ratificarmos a Convenção do México que também adota a autonomia da vontade das partes como princípio basilar.

Apesar dos dois caminhos levarem a resultados semelhantes, entendemos que o melhor rumo seria a ratificação da Convenção do México, uma vez que isto também estimularia a ratificação deste diploma por parte de outros Estados que assinaram, mas que também não ratificaram a Convenção. Somente assim poderemos encerrar os debates sobre o cabimento da autonomia da vontade no sistema pátrio e garantir plena segurança às partes.

## REFERÊNCIA

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1998.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira – 3ª ed.* atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contratos Internacionais: a autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009.

ARAÚJO, Nadia e GAMA, Lauro. *A arbitragem internacional nos contextos interamericanos e brasileiro*. In: Revista brasileira de arbitragem – edição especial de lançamento, Ano I, nº 0, jul/out 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Os Princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. O direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual* in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito estrangeiro nos tribunais brasileiros. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 355, maio/jun. 2001.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado*, vol. II, parte especial, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1961.

BEVILAQUA, Clóvis. Princípios elementares de direito internacional privado. Salvador: J. L. Fonseca Magalhães, 1906.

BOGGIANO, Antonio. *Introducción. Concepto y sistema del derecho internacional privado. Contratos. In Curso de derecho internacional privado*. 4ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2003.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*, vol. I, 8ª edição, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1958.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6ª ed. atualizada com notas de rodapé por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles e NEY, Rafael de Moura Rangel. *Possibilidade de Aplicação das Normas de Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral*. In Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática. Coordenado por Ricardo Ramalho Almeida. Ed. Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado [Parte Especial] – Direito Civil Internacional, vol. II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.

ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo e Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, vol. VIII-B, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943.

GAMA, Lauro. *Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável* in *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso (organizadores) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Os Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos do Comércio Internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais*, in *DIREITO*, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA,

Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GARLAND, Paul Griffith. *Bilateral Studies American-Brazilian Private International Law*. New York, Oceana Publications, 1959.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Integration: Le Droit International Privé Postmoderne*. Recueil des Cours, 1995.

\_\_\_\_\_. *O direito internacional privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*, in ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Cláudia Lima, coord. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JUENGER, Friedrich K. *Contract Choice of Law in the Americas*. 45 Am. J. Comp. L. 195, 1997.

KAHN-FREUND, O. *General Problems of Private International Law*. Recueil des Cours, 1974.

LAGARDE, Paul e TENENBAUM, Aline. *De la convention de Rome au règlement Rome I*. *Revue critique de droit international privé*, nº 97 (4), 2008.

LANDO, Ole, *The conflict of laws of contracts - General Principles*. Recueil des Cours, 1984.

LEE, João Bosco. *A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional*. In *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 11, Ano 4, coord. Arnaldo Wald, janeiro/março de 2001.

LOWENFELD, Andreas F. *Public Law in the international arena: conflict of laws, international Law, and some suggestions for their interaction*. Recueil des Cours, 1979.

MATTIETTO, Leonardo. *A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, coord. Flávio Amaral Garcia, v. XVII, 2006.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima, *Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado*, in DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NIBOYET, J.P., *La Theorie de L' autonomie de la Volonté*. Recueil de Cours, tomo 16, 1927.

NYGH, Peter. *Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration*. Editora: Kluwer Law International, 1997.

PEREIRA, Izabel de Albuquerque. *A lei aplicável ao mérito das arbitragens comerciais internacionais*, Rio de Janeiro, 2005. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica.

RODAS, João Grandino. *Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: João Grandino Rodas. (Org.). *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1995.

RÜHL, Gisela. *Party autonomy in the private international law of contracts: Transatlantic convergence and economic efficiency*. In: *Conflict of laws in a globalized world*, Cambridge University Press, 2007.

SAMTLEBEN, Jürgen. *Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano*. Separata da Revista de informação legislativa a.22 n. 85, Senado Federal, jan/mar de 1985.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*, 4ª ed. São Paulo, LTr, 2003.

STRINGER, Dana. *959 Choice of Law and choice of forum in Brazilian international commercial contracts; party autonomy, international jurisdiction, and the emerging third way*. *Columbia journal of transnational Law*, v. 44, 2006.

TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado*, vol. II, 7ª edição, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1963.

TIBURCIO, Carmen. *A lei aplicável às arbitragens internacionais*. In *reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, coordenado por Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez, São Paulo, LTr, 2002.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro*. In *Revista de Direito do Estado*, Ano 3, nº 12, Out/Dez de 2008, Editora Renovar.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. vol. I, 4ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional Privado*. vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional Privado – Introdução e Parte Geral*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1980.

VERÇOSA, Fabiane. *Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais: Eleição da Lei Aplicável no Direito Convencional e no Direito Internacional Privado Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2003. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem interna v. arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade*, in *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Carmen Tiburcio e Luis Roberto Barroso (organizadores) – Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

WATTE, Nadine. *L'autonomie de la volonté dans les conventions de La Haye*. *Revue Belge du Droit International*, XXIV, Bruxelles, 1991.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)