

# CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Este é um livro pensado pela autora nos últimos vinte e cinco anos, especialmente a partir das aulas ministradas na disciplina de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (Universidade de São Paulo), assim como de sua militância na advocacia nesta área. A atmosfera dentro da qual este livro foi maturado e escrito é a do cosmopolitano das relações humanas, que geram efeitos jurídicos e econômicos de caráter transnacional ou multinacional. Em suas entrelinhas, encontra-se um chamado constante, sereno e maduro à vocação internacional e comparada da pesquisa e do pensamento jurídico contemporâneos. Sua única pretensão é ser entendido pelos estudiosos do Direito, em especial pelos estudantes.

Esta nova edição chega em momento importante no Brasil, na medida em que temos um novo Código de Processo Civil, uma nova Lei de Arbitragem e um Regimento Interno do STJ, revisto e aprimorado em matérias que interessam e são fundamentais ao Direito Internacional Privado.

Com esta publicação, a autora reforça o estudo do Direito Internacional Privado como técnica, em seu método, objeto e função, fortalecido por seu esplendoroso desenvolvimento histórico, comprometido com a necessária valorização do direito estrangeiro aplicado pelos tribunais domésticos e consolidado nas mais modernas tendências normativas e variedades de fontes institucionais e de persuasão.

BASSO

CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO



MARISTELA BASSO

# CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

**5.<sup>a</sup> edição**

*Revista, atualizada e com novos temas*

*De acordo com:*

*Lei n. 13.129/2015 (alteradora da Lei de Arbitragem)*

*Emenda Regimental n. 20 do STJ, de 02/12/2015*

**TABELA COMPARATIVA**

**CPC/1973 x CPC/2015 x Regimento Interno STJ**



gível, sugere-se a aplicação da lei do país onde o titular do direito tenha sofrido maiores prejuízos.

#### 5.2.4 Os direitos reais sobre garantia, penhor e lei do domicílio do possuidor

O art. 8º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro especifica a lei aplicável ao penhor, que deverá ser disciplinado pela lei do local do domicílio daquele que se encontrar com a posse direta da coisa empenhada, no momento de constituição dos direitos de garantia real. A regra de conexão diz respeito, aqui, à *lex domicilii* do possuidor; é a lei domiciliar que regula as relações jurídicas proprietárias envolvendo a garantia real sobre coisa alheia, seus efeitos perante terceiros, as questões envolvendo a forma de publicidade necessária, inclusive a necessidade de observância da tradição para a localização do bem sobre o qual os direitos de garantia são constituídos; não é levada em consideração, porque a regra considera o local do domicílio do possuidor direto como conexão aplicável.

No caso do penhor, a exceção à aplicação da regra *lex rei sitae* (cf. art. 8º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) em favor da *lei do domicílio do possuidor* explica-se fundamentalmente pela natureza dos direitos constituídos sobre a coisa empenhada e a necessidade da tradição do bem móvel pelo devedor (ou quem quer que o represente) ao credor pignoratício. Nesse momento, constitui-se a garantia real em razão de um contrato principal celebrado entre as partes (e. g., um mútuo). Após a tradição, a coisa deixa de estar sob a posse direta do devedor e passa ao credor; a aplicação da lei do domicílio do possuidor direto para regular o penhor busca dar maior segurança ao negócio.

#### 5.2.5 Navios, aeronaves e embarcações

Bens móveis de natureza especial, tais como navios, embarcações, aeronaves, pela tendência de circulação transfronteiriça e pela pouca vocação à fixação em determinado território, são disciplinados pela *lei de seu abandeiramento* ou de *matrícula*, isto é, a lei do local em que tenha sido efetuado o registro dos direitos proprietários sobre a coisa. É esse direito que determina a qualificação e a disciplina jurídica aplicável às relações proprietárias sobre o bem, em particular quanto às formas de aquisição, exploração comercial e a transferência dos direitos decorrentes do registro.

Importante observar que, no direito internacional privado, casos com conexão internacional envolvendo embarcações e aviões recebem tratamento especial, de modo que o direito material a ser aplicado estará mais intimamente ligado à lei do local da “bandeira” que tais bens carregam ao cruzar diferentes territórios. Existe aqui a constatação de uma forte inspiração publicista do problema. O art. 45 do Anteprojeto sobre a Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas, de autoria de Haroldo Valladão, oferecia uma fórmula geral para tratamento dos navios, aeronaves, mísseis e satélites, considerando-se aplicável a lei da nacionalidade dos

mesmos, numa referência indireta ao *local de registro dos direitos proprietários* a eles concernentes.<sup>127</sup> A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942 não faz referência expressa à questão do direito aplicável aos navios e aeronaves, à qual é endereçada, basicamente, pela disciplina do Código Bustamante, em especial arts. 274 a 284. O Código prevê a lei da nacionalidade do navio e aeronave como o direito aplicável às relações proprietárias sobre eles constituídas e submete a publicidade do registro à lei do local de seu abandeiramento.<sup>128</sup>

#### 5.3 O lugar da constituição da obrigação – “*Locus regit actum*” ou “*ius loci celebrationis*”: para o direito das obrigações

O elemento de conexão para o direito das obrigações vamos encontrar no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

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

**Remissões normativas:** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942: artigo 17, sobre as limitações à aplicação do direito estrangeiro; Código Bustamante (Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929): artigos 164 a 231, sobre as obrigações e contratos; Código Civil de 2002: arts. 108 a 114, sobre disciplina geral dos negócios jurídicos; arts. 166 a 184, sobre invalidade do negócio jurídico; arts. 235 ss, sobre modalidades das obrigações, arts. 430 ss, sobre adimplemento e formas de extinção das obrigações, formação, celebração do contratos e momento da constituição da obrigação; art. 1.137, sobre atos praticados por sociedade estrangeira autorizada a funcionar no Brasil; Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que disciplina as letras de câmbio e a nota promissória e regula as operações cambiais; art. 47, sobre lei aplicável à substância e forma extrínseca das obrigações cambiais;

<sup>127</sup> “Artigo 45. Consideram-se situados em território dos Estados de sua nacionalidade os navios e aeronaves militares onde quer que eles se encontrem, e os de outra espécie quando em alto-mar ou em território que não pertença a nenhum Estado.

Parágrafo único. Os mísseis e os satélites artificiais, colocados em espaço interplanetário, consideram-se sempre situados no território do Estado de sua nacionalidade.”

<sup>128</sup> Ver fundamentalmente o art. 274 do Código Bustamante, estabelecendo que a nacionalidade dos navios é provada pela patente de navegação e pela certidão do registro e que a bandeira é seu “sinal distintivo aparente”. O art. 275, por sua vez, estabelece que a “lei do pavilhão” disciplina as formas de publicidade requeridas para a transmissão do direito de propriedade sobre um navio.

Convenções de Genebra para Adoção de uma Lei Uniforme em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966); Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, dispondo sobre moeda de pagamento das obrigações exequíveis no Brasil.

### 5.3.1 Lei aplicável às obrigações no direito internacional privado

O art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942 contém uma das mais importantes regras de conexão no direito internacional privado, referindo-se que, para qualificar e reger as obrigações, aplica-se a lei do local em que elas forem constituídas (*locus regit actum*).<sup>129</sup> Tradicionalmente, a doutrina veio reconhecendo que tal dispositivo esteja restrito à determinação da lei aplicável às obrigações contratuais, porém o rigor dogmático deveria levar à constatação de que o alcance da norma contida no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também se refere às relações obrigacionais decorrentes de atos ilícitos.<sup>130</sup> Dentro da concepção tradicional do direito privado, são fontes de obrigações os contratos, os delitos e os quase delitos. A questão poderia ser reformulada, portanto, em duas regras de conexão gerais concernentes ao direito internacional privado em matéria obrigacional: a *locus regit actum* e a *lex loci delicti*.

Do mesmo modo, o art. 9º traz expressamente a indicação de que a *qualificação* das obrigações deve ser feita segundo a lei do local em que elas se constituem. Os ordenamentos jurídicos nacionais têm diferentes normas para disciplinar o direito das obrigações, alguns em nítidas diferenças, outros com semelhanças em relação ao direito material aplicado, como é o caso do direito privado europeu, hoje especialmente harmonizado no quadro normativo do Direito da União Europeia.<sup>131</sup> O que pode ser um contrato ou delito na Escócia não será nos Estados Unidos, ou no Japão, e assim sucessivamente. Diferentes direitos materiais apli-

<sup>129</sup> Para uma visão geral sobre as regras de conexão em matéria contratual, ver LANDO, Ole. The conflict of laws of contracts: general principles, in *Recueil des Cours*, v. 189 (1984-VI), p. 225 ss.

<sup>130</sup> Sobre o tema, ver BEITZKE, G. Les obligations délictuelles en droit international privé, in *Recueil des Cours*, v. 115 (1965-II), p. 63 ss; FERRARI BRAVO, Luigi. Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé, in *Recueil des Cours*, v. 146 (1975-III), p. 341 ss; DOLINGER, Jacob. Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts, in *Recueil des Cours*, v. 283 (2000), p. 187 ss. No caso brasileiro, ver fundamentalmente o art. 13 do Projeto de Lei 269/2004, adotando a regra de conexão dos vínculos mais estreitos, de inspiração do Direito anglo-americano (“Obrigações por atos ilícitos – As obrigações resultantes de atos ilícitos serão regidas pela lei que com elas tenha vinculação mais estreita, seja a lei do local da prática do ato, seja a do local onde se verificar o prejuízo, ou outra lei que for considerada mais próxima às partes ou ao ato ilícito”).

<sup>131</sup> Cf. fundamentalmente Livro Verde da Comissão Europeia relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e sua modernização [documento COM(2002) 654]; Resolução do Conselho relativa a

cáveis às relações jurídicas obrigacionais podem ser identificados no espaço, de modo que a qualificação, segundo o direito internacional privado brasileiro, será determinada de acordo com a lei do local de constituição das obrigações (*lex loci*) e não a lei brasileira, isto é, a lei do foro (*lex fori*).

Assim, ao analisar um caso com conexão internacional, como, por exemplo, a pretensão à indenização decorrente do inadimplemento de um contrato de fornecimento de insumos celebrado em Paris entre uma empresa alemã de editoração, sediada em Friburgo (Alemanha), e uma empresa brasileira de logística, sediada em São Paulo, o juiz brasileiro deverá se referir à qualificação feita pelo Código Civil francês. É justamente em seu corpo normativo que se encontram as normas aplicáveis para a qualificação do negócio jurídico celebrado (o contrato), independentemente do que diz o Código Civil brasileiro (na *lex fori*, portanto). O âmbito de aplicação do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se refere à qualificação das obrigações conforme a lei do local em que elas tenham sido constituídas. É dispensável qualquer outra lei estrangeira.<sup>132</sup>

O art. 9º da Lei de Introdução de 1942 trouxe importantes e problemáticas questões quanto à determinação da lei aplicável aos contratos e os limites estabelecidos à autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável. De um lado, a norma ali contida estabelece que a lei do local de constituição da obrigação é a lei destinada a qualificá-la e discipliná-la.

Contudo, chamo atenção para a possibilidade na qual o contrato tenha sido celebrado em um país estrangeiro e a execução ocorra no Brasil, porque uma das partes é domiciliada aqui. Se nessas hipóteses ficar claramente configurada a maior irradiação de efeitos (jurídicos e econômicos) da relação jurídica no país da execução – no Brasil –, poderá o juiz brasileiro aplicar o direito nacional. Digo isso porque a lógica do direito internacional privado é a de aplicar ao caso concreto a lei do país sede da relação jurídica – do centro de gravidade do fato jurídico.

O *caput* do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro parte da premissa de que o local da celebração é também onde está a sede do fato (a maior irradiação de efeitos da relação). Entretanto, a prática pode se revelar diferente e o local da execução apresentar maior concentração de efeitos. Nesses casos pode-se recorrer ao direito do país da execução sem que, com isso, violemos o art. 9º.

uma “Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos”, publicada no *Jornal Oficial* nº C 246, de 14 de outubro de 2003.

<sup>132</sup> Cf. TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, cit., § 617, p. 331. A regra se faz pouco clara no art. 164 do Código Bustamante, que estabelece: “O conceito e a classificação das obrigações subordinam-se à lei territorial.” A territorialidade, nesse caso, diz respeito à lei do Estado em que a obrigação se constituir.

### 5.3.2 Autonomia da vontade e lei aplicável às obrigações contratuais

A autonomia da vontade no direito dos contratos diz respeito à liberdade que têm as partes de autorregular seus interesses, determinando o conteúdo das obrigações constituídas. No direito internacional privado, tal noção admite uma concepção mais restrita, que é justamente a faculdade concedida aos indivíduos de exercer a escolha e determinação da lei aplicável a certas relações jurídicas, considerando-se tal faculdade limitada pela observância de normas de ordem pública e imperativas.<sup>133</sup> No campo dos contratos, a autonomia da vontade se expressa na interface entre a liberdade de escolha do direito aplicável pelas partes e os limites estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos dos Estados nos quais tais obrigações serão executadas.

Assim, as limitações à autonomia da vontade das partes encontram-se justamente nas noções de ordem pública interna e internacional. A primeira diz respeito ao complexo de normas e princípios de caráter imperativo determinados pelo legislador doméstico sobre os quais são edificadas as bases do ordenamento jurídico doméstico (*e.g.*, premissas, valores, fundamentos da política legislativa interna). Trata-se de uma noção elástica que está sujeita à apreciação do foro íntimo daquele que julga e, portanto, dependente de uma concepção momentânea a respeito dos valores políticos, morais e religiosos de determinada sociedade. A ordem pública internacional, por sua vez, determina-se pela relação de validade e compatibilidade estabelecidas entre as normas do ordenamento jurídico de um Estado e a lei escolhida pelas partes para disciplinar o contrato entre elas celebrado.<sup>134</sup>

Interessante observar, nesse ponto, que o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece limites à autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos, já que adota a lei do local de constituição da obrigação como a lei aplicável para a qualificação e a regência das relações obrigacionais, em particular aquelas com conexão internacional. Nesse passo, as partes encontrariam limites à plena faculdade de escolher a lei aplicável aos

<sup>133</sup> Cf. fundamentalmente CALEB, Marcel. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*. Paris, 1927; STRENGER, Irineu, *Direito internacional privado*, cit., p. 431 ss.

<sup>134</sup> Na presente obra, ver nossos comentários ao artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mais adiante; sobre a distinção entre ordem pública nacional e internacional, ver VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: parte geral. v. I, cit., p. 363 ss; STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*, cit., p. 431 ss; DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral, 2003, p. 391 ss. Sobre o problema da ordem pública e escolha da lei aplicável nos contratos internacionais do comércio, ver também LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes en droit international privé: cours general*, in *Recueil des Cours*, v. 155 (1977-II), p. 8 ss; LAGARDE, Paul. *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, v. 196 (1986-I), p. 13 ss; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Formação do contrato internacional*, in *Revista de Direito Público*, v. 19, nº 80, 1986, p. 152 ss; idem, *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*.

contratos, especialmente pela lei do local de execução ou a lei da constituição da obrigação (*locus regit actum*), que é o caso da regra de conexão contida no art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Na Europa, a adoção da Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável às obrigações fez com que muitos Estados passassem a consagrar a autonomia da vontade como critério da escolha da lei aplicável aos contratos, em especial como observado na Alemanha, França e Itália. Esses países tradicionalmente adotavam a lei do local de constituição das obrigações como lei disciplinadora das relações contratuais, o que se tornou regra de conexão clássica nos sistemas de *civil law*. No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi adotada a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, que estabelece, expressamente, em seu art. 7º, a possibilidade de escolha de lei aos contratos,<sup>135</sup> ressaltando a autonomia da vontade como regra de conexão aplicável.<sup>136</sup> O Brasil é signatário da Convenção, mas ainda não a ratificou.<sup>137</sup>

O art. 9º da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (antiga LICC) expressa uma limitação formal à autonomia da vontade quanto à escolha da lei aplicável aos contratos. As partes devem observar que tal dispositivo diz respeito a uma norma de ordem pública e não admite derrogação. É justamente nesse sentido que a liberdade de escolha da lei aplicável encontra, como limite, a proibição de violação da ordem pública do sistema jurídico com o qual o contrato se conecta para irradiar seus efeitos.<sup>138</sup> A doutrina tem frequentemente sustentado que o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é omissivo com relação à admissão da autonomia da vontade das partes como regra de conexão para determinação do direito aplicável às obrigações no direito brasileiro.<sup>139</sup>

<sup>135</sup> “Artigo 7º O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.

A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.”

<sup>136</sup> Sobre a questão, ver importantes trabalhos de JUENGER, Friedrich K. *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: some highlights and comparisons*. *American Journal of Comparative Law*, 1994, p. 381 ss; idem, *Contract choice of law in the Americas*, *American Journal of Comparative Law*, v. 45, 1997, p. 195 ss.

<sup>137</sup> Somente México e Venezuela ratificaram a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, tendo adaptado seus ordenamentos domésticos à regra da autonomia da vontade como conexão para a escolha da lei aplicável aos contratos. Sobre o *status de* ratificações, ver informações consolidadas em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>> (última visita em maio de 2006).

<sup>138</sup> BASSO, Maristela. *A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio*. In: BAPTISTA, HUCK, CASELLA. *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Professor Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994, p. 45.

<sup>139</sup> Cf. RODAS, João Grandino. *Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*, in *Contratos internacionais*. 2. ed. rev. e ampliada. São

Observando-se a redação do dispositivo, restaria às partes unicamente o exercício da liberdade contratual no âmbito das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação direta da lei do local em que a obrigação tenha sido constituída.

A não admissão da autonomia da vontade como regra de conexão em matéria obrigacional no direito internacional privado brasileiro pode ser observada fundamentalmente em dois níveis. O primeiro diz respeito às tendências legislativas e jurisprudenciais adotadas nos países da América Latina. No âmbito do MERCOSUL, o princípio da autonomia da vontade como regra de conexão para escolha da lei aplicável aos contratos não é admitido no Paraguai e Uruguai.<sup>140</sup> Na Argentina, por sua vez, a doutrina tem sustentado uma interpretação evolutiva na jurisprudência nacional em defesa da autonomia da vontade como regra de conexão para escolha da lei aplicável aos contratos internacionais do comércio.<sup>141</sup>

O segundo nível de constatação da não admissão da autonomia da vontade decorre da própria redação do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro vigente, o qual é normalmente contraposto, pela doutrina, com o art. 13 da antiga Introdução ao Código Civil, que ressaltava a escolha de lei aplicável às obrigações.<sup>142</sup> Os limites da autonomia da vontade seriam traçados pela lei do Estado no qual as obrigações sejam constituídas pelas partes: se a lei competente atribuir às partes liberdade na estipulação das cláusulas, então nenhuma proibição deverá ocorrer, a não ser aquelas determinadas, a partir da ordem pública do Estado, pela lei de execução do contrato.<sup>143</sup>

A adoção da regra *locus regit actum* para a determinação da lei aplicável às obrigações em geral também se especifica no tocante à disciplina do direito cambiário.<sup>144</sup> O art. 47 do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que

Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 44-45.

<sup>140</sup> No direito uruguaio, ver art. 2.403 do Código Civil de 1986; cf. igualmente arts. 669 e 670 do Código Civil paraguaio de 1986, sobre as limitações estabelecidas à autonomia da vontade das partes.

<sup>141</sup> Cf. BOGGIANO, Antonio. *Contratos internacionales*. 2. ed. Buenos Aires: DePalma, 1996. p. 28, analisando a referência à admissão dos tribunais da escolha da lei aplicável pelas partes em determinados contratos comerciais internacionais contendo cláusulas FOB.

<sup>142</sup> “Art. 13. Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram 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 no Brasil.

IV – Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.”

<sup>143</sup> TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, cit., p. 329, § 613.

<sup>144</sup> Sobre a questão das obrigações cambiárias e sua interface com o direito internacional privado, ver ASCARELLI Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969; TENÓRIO,

trata das letras de câmbio e notas promissórias, estabelece que “a substância, os efeitos, a forma extrínseca e os meios de prova da obrigação cambial” devam ser disciplinados pela lei de sua constituição. Nesse mesmo fundamento, o art. 3º da Convenção de Genebra de 1930 sobre conflitos de leis em matéria de letras de câmbio e notas promissórias (incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966) também adota a conexão do lugar de constituição da obrigação cambiária como critério para determinação da lei aplicável à *forma das obrigações contraídas*.<sup>145</sup> Quanto à lei aplicável aos efeitos das obrigações cambiárias (substância), a Convenção estabelece, como regra de conexão, a lei do local em que os títulos estejam submetidos ao pagamento.<sup>146</sup>

### 5.3.2.1 O princípio da “autonomia da vontade” no contexto das arbitragens internacionais do comércio e a regra do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Um dos aspectos mais importantes sobre o qual me debruço agora diz respeito à análise conjunta, quando ambos aparecem no mesmo caso, do disposto no art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do princípio da autonomia da vontade previsto no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/96).

Muita confusão se faz a respeito e muito já se escreveu também, razão pela qual vou diretamente aos aspectos que me parecem mais relevantes aqui e não vou me repetir sobre aqueles que já escrevi e são públicos.<sup>147</sup>

Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, cit., p. 334, § 623; VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: parte geral. v. I, cit., p. 363 ss.

<sup>145</sup> “Artigo 3º

A forma das obrigações contraídas em matéria de letras e notas promissórias é regulada pela lei do país em cujo território essas obrigações tenham sido assumidas.

No entanto, se as obrigações assumidas em virtude de uma letra ou nota promissória não forem válidas nos termos da alínea precedente, mas o forem em face da legislação do país em que tenha posteriormente sido contraída uma outra obrigação, o fato de as primeiras obrigações serem irregulares quanto à forma não afeta a validade da obrigação posterior.”

<sup>146</sup> “Artigo 4º

Os efeitos das obrigações do aceitante de uma letra e do subscritor de uma nota promissória são determinados pela lei do lugar onde esses títulos sejam pagáveis.

Os efeitos provenientes das assinaturas dos outros coobrigados por letra ou nota promissória são determinados pela lei do país em cujo território as assinaturas forem apostas.”

<sup>147</sup> Autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; CASELLA, Paulo (Org.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas – estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994. p. 42-66.

**a) Âmbito de incidência e de aplicação do art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**

O art. 9º, *caput*, da Lei Geral, quando determina que “para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei de onde elas se constituírem”, estabelece regra obrigatória a ser observada pelas partes e pelo juiz quando este, fora do contexto arbitral submetido à Lei nº 9.307/96, deve decidir qual a lei aplicável à relação obrigacional em análise.<sup>148</sup> Isto é, quando o juiz for chamado a decidir uma controvérsia, no âmbito do Poder Judiciário, sobre relação obrigacional (inclusive contratual) e tiver que decidir a lei aplicável, esta deverá ser a do “local onde a obrigação se constituiu” (*locus regit actum*). Deverá o juiz examinar, portanto, em que países a obrigação gera efeitos e daí determinar onde ela se constituiu para fins de lei aplicável.

**b) Âmbitos de incidência e de aplicação do princípio da autonomia da vontade previsto no art. 2º, § 1º, da nova Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015)**

A nova Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, alterou a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revogou dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

No que diz respeito ao tema da autonomia da vontade, permanece na nova Lei o já disposto no diploma anterior (Lei nº 9.307/96), isto é, seu art. 2º, § 1º.

Dispõe o art. 2º que “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. No § 1º lê-se: “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”. As mesmas regras já estavam, como dito acima, na anterior Lei de Arbitragem e não sofreram alterações no novo diploma legal de 2015. Aquela Lei introduziu no sistema de direito brasileiro outra possibilidade que não se confunde, nem revoga, o *caput* do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Isto é, no contexto das arbitragens, e sobre as questões que podem ser submetidas ao juízo arbitral, as partes podem escolher livremente as regras de direito que pretendem ver aplicadas à controvérsia. É,

<sup>148</sup> Conforme demonstrado em BASSO, Maristela. Comentários aos arts. 7º a 19º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942. In: LOTUFO, Renan et al. (Org.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 114-185; *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional: o direito internacional privado à luz da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988; A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. In: *Direito do comércio internacional: tendências e perspectivas – estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994. p. 42-66

em outras palavras, a consagração do princípio da autonomia da vontade que faz parte da lógica do sistema arbitral desde a sua origem (muito antes de ser reconhecido no direito brasileiro).

Como se vê, o art. 9º, *caput* (princípio “*locus regit actum*” ou “*lex loci celebrationis*”), e o princípio da autonomia da vontade, estabelecido no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, convivem pacificamente, haja vista que se aplicam a situações distintas e têm diferentes âmbitos de incidência. O art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se aplica às hipóteses levadas ao Poder Judiciário, nas quais o juiz, diante de uma relação obrigacional que gera efeitos em mais de um país ao mesmo tempo, deve decidir qual a lei aplicável. Ao passo que, na lógica do art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, no âmbito de um procedimento arbitral, sobre aquelas matérias que podem ser levadas à arbitragem, o árbitro (ou tribunal arbitral) pode decidir conforme o direito escolhido pelas partes, uma vez respeitados a ordem pública e os bons costumes.

Não há, por conseguinte, conflito entre essas duas regras (art. 9º da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas e art. 2º da Lei de Arbitragem). Ambos convivem pacificamente porque têm destinatários diferentes (juiz togado e árbitro privado) e disciplinam matérias complementares.

Detemo-nos aqui por mais alguns instantes.

**5.3.2.2 Observância dos princípios da interpretação consistente e evolutiva**

O destinatário aplicador do disposto no *caput* do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é o juiz togado, quando chamado a decidir controvérsia, na perspectiva do direito internacional privado, que implique conflito de leis no espaço sobre matéria obrigacional.

O destinatário aplicador do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem é o árbitro privado, quando convocado a decidir controvérsias em matéria obrigacional e outras (direitos patrimoniais disponíveis), que gerem conflito de leis no espaço.

Conclui-se, então, que de acordo com os princípios da interpretação consiste ambos os preceitos convivem harmoniosamente, completam-se e interagem sem gerar conflitos. Pelo princípio da interpretação evolutiva é aceita a autonomia da vontade, no que diz respeito à escolha da lei aplicável aos contratos (diferentemente do disposto no art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) apenas nas hipóteses de arbitragens sobre direitos obrigacionais (patrimoniais) disponíveis, conforme disposto na Lei de Arbitragem.

E isso porque a flexibilidade da arbitragem, sobretudo a internacional, em relação à escolha pelas partes das leis de fundo da sentença arbitral é uma das maiores vantagens desse instituto, do qual, às vezes, não se dão conta de imediato os usuários e nem seus próprios aplicadores. Na arbitragem, em questões

de natureza nacional ou internacional, as partes, antes de mais nada, têm ampla liberdade para escolher as normas procedimentais de uma determinada entidade a fim de administrar/regular a arbitragem – entidade que pode ou não ter sede e serviços operacionais no país em que as partes têm domicílio, ou no exterior, onde seja feita a arbitragem. Essas regras, por indicação das partes, regularão o procedimento arbitral, sendo ainda facultada às partes uma variedade de situações em que poderão escolher vários aspectos desse procedimento.

A teoria da autonomia da vontade e suas relações com o direito internacional privado, nas hipóteses de definição da lei aplicável ao contrato que gera efeitos em dois ou mais países ao mesmo tempo, ocupa lugar de destaque com relação à lei aplicável aos contratos internacionais desde que Charles Dumolin, jurista francês do século XVI, desenvolveu suas ideias a respeito da possibilidade de escolha pelas partes de uma lei aplicável, no consagrado parecer do *Affaire Gannev*.<sup>149</sup>

O art. 2º da Lei de Arbitragem anterior (Lei nº 9.307/96) promoveu uma verdadeira (r)evolução no direito brasileiro ao admitir expressamente o pleno exercício da autonomia da vontade sempre que o litígio for submetido à arbitragem (e apenas quando submetido à arbitragem), afastando a aplicação do art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>150</sup> Pela lógica do art. 2º da Lei de Arbitragem (anterior e atual), consagra-se um sistema flexivelmente avançado, em que se privilegiou a autonomia da vontade das partes na escolha das normas ou leis de regência como princípio basilar da arbitragem.<sup>151</sup>

A Lei de Arbitragem trouxe, assim, o adensamento das discussões sobre a autonomia da vontade na escolha da lei substantiva (de fundo) do contrato em análise pelo árbitro ou tribunal arbitral. Ademais, conforme os princípios da interpretação consistente e evolutiva, “*seria de se acrescentar, como permite o parágrafo segundo do art. 2º de nossa lei, que as partes podem aceitar como base para a sentença arbitral o conjunto difuso dos elementos componentes da ‘lex mercatoria’ e também a escolha em base convencional, por exemplo, das regras de uma convenção internacional como a Convenção Internacional de Viena, de 1980, sobre a compra e venda internacional de mercadorias, em casos em que as regras dessa convenção sirvam essencialmente para a solução da controvérsia, pouco importando para isto que*

*o país em que as partes na arbitragem sejam domiciliadas tenham ou não ratificado esta convenção, como é o caso do Brasil, que a ela ainda não aderiu*”.<sup>152</sup>

Há, inclusive, autores<sup>153</sup> os quais defendem que, 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 essa for a vontade das partes, conforme o art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Dessa forma, a autonomia da vontade, no contexto dos procedimentos arbitrais, à luz da Lei de Arbitragem, não tem limites, e as partes contratantes podem livremente escolher a lei aplicável ao contrato, salvo hipóteses de fraude à lei ou de ofensa à ordem pública.

Nesse sentido, com efeito, a 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – 1º TACSP, no julgamento do Agravo de Instrumento (AI) nº 1.111.630-0, confirmou dois importantes preceitos da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).<sup>154</sup> O primeiro diz respeito ao efeito vinculante da convenção de arbitragem inserida em contrato. Neste caso, uma empresa moveu ação de cobrança contra outra que, na contestação, alegou em preliminar que aquele juízo (26ª Vara Cível) não poderia apreciar a questão, pois as partes, ao firmarem o contrato, decidiram que eventuais divergências seriam resolvidas por arbitragem, conforme o regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris – CCI e de acordo com a lei francesa. O juiz da 26ª Vara Cível afastou a preliminar e se deu por competente para conhecer a controvérsia. A empresa ré interpôs Agravo de Instrumento que, julgado pela 7ª Câmara do 1º TACSP, reformou a decisão e, na linha da jurisprudência dominante, reiterou que a cláusula compromissória inserida em contrato impede que a controvérsia seja dirimida pelo Judiciário.

O segundo preceito da Lei de Arbitragem referendado pelo 1º TACSP diz respeito à possibilidade de as partes elegerem lei diversa da brasileira para dirimir a controvérsia, desde que não afronte a ordem pública brasileira e os bons costumes (art. 2º, § 1º da Lei de Arbitragem).<sup>155</sup> O precedente citado é de suma importância,

<sup>149</sup> Ver: LOUSSOUARN, Y.; BOUREL, P. *Droit international privé*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1980, p. 89 ss.

<sup>150</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 156-157.

<sup>151</sup> Salienta Nadia de Araújo que a autonomia da vontade pode ser vista em três planos: de um lado, o princípio aparece como um meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável a um contrato internacional. Por outro, o princípio permite às partes subtraírem o seu contrato ao direito estatal do foro. Finalmente, poderia servir como um “instrumento de aperfeiçoamento do direito por ocasionar a eliminação do conflito de leis, pois suas normas reguladoras emudeceriam em razão da liberdade internacional da determinação do direito aplicável”. In: CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Arbitragem: a nova lei brasileira, 9.307/96 e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997. p. 96.

<sup>152</sup> Conforme José Maria Rossani Garcez, em texto disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2367](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2367)> (considerando que este estudo foi feito em dezembro de 2010).

<sup>153</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97-98.

<sup>154</sup> LEMES, Selma Ferreira. Escolha da lei aplicável na arbitragem. Importante precedente jurisprudencial. Disponível em: <[http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri08.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri08.pdf)>.

<sup>155</sup> “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

pois há mais de seis décadas pairava a dúvida na doutrina nacional se as partes em contratos internacionais podiam indicar livremente a lei aplicável, ou se o disposto no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (que estabelece o *locus regit actum*) era de observância obrigatória em sede de arbitragem.<sup>156</sup>

O precedente jurisprudencial citado esclarece de uma vez por todas a natureza supletiva da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e não imperativa, como era consagrado antes da Lei de Arbitragem, além de reforçar o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Entre os princípios consagrados pelo art. 2º da Lei de Arbitragem está a possibilidade de as partes escolherem livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, além da utilização de princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio. Por meio desse dispositivo, a nova lei instituiu a autonomia da vontade não só nos contratos internacionais, como também nos contratos de direito interno submetidos à arbitragem.

### 5.3.3 Obrigações a serem executadas no Brasil e lei aplicável: o problema das obrigações de fundo

O art. 9º, § 1º, da Lei de Introdução contém uma *norma unilateral* que imediatamente estabelece a aplicação da lei brasileira a obrigações constituídas no estrangeiro que se destinem à execução no Brasil e que dependam de forma essencial para sua validade. Trata-se da consagração das regras *lex loci contractus* e *lex loci executionis*. A doutrina observa, em geral, que ambos os critérios, o local da execução e a forma essencial, devem ser satisfeitos para que tal norma encontre aplicação, em particular aos contratos cuja validade no ordenamento jurídico brasileiro dependa de forma prevista em lei. É importante observar que o art. 107 do Código Civil de 2002<sup>157</sup> encontra aqui referência direta, já que será o direito brasileiro o direito aplicável aos casos envolvendo contratos celebrados no estrangeiro cujas obrigações sejam destinadas à execução no Brasil e dependentes de formalidade essencial.

Assim, a não observância da forma essencial do negócio – quando esta seja requisito estabelecido por lei – ou mesmo a preterição de alguma solenidade que a lei considere essencial resultariam ambos na nulidade absoluta do ato, como bem estabelecem os incisos IV e V do art. 166 do Código.<sup>158</sup> Esse resultado, como já

<sup>156</sup> Sobre este aspecto, a Professora Selma Ferreira Lemes manifestou o seguinte entendimento: “Este precedente reitera o caráter vinculante da cláusula compromissória inserida em contrato, impedindo o exame da controvérsia pelo Judiciário, que somente pode manifestar-se posteriormente e, se for o caso, em sede de ação de nulidade da sentença arbitral”. (LEMES, Selma Ferreira. *Oito anos da Lei de Arbitragem*. Disponível em: <[http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/evento\\_palestra.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/evento_palestra.php)>).

<sup>157</sup> “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” Cf., ainda, o correspondente dispositivo contido no antigo art. 129 do Código Civil de 1916, sobre a “validade das declarações da vontade”.

<sup>158</sup> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

IV – não revestir a forma prescrita em lei;

analiticamente observado pela doutrina, diz respeito a uma “projeção extraterritorial” dos efeitos das normas do Código Civil concernentes à validade dos negócios jurídicos dependentes de forma essencial, por intermédio da aplicação da norma unilateral contida no art. 9º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A expressão *forma essencial* diz respeito a um dos requisitos de validade do negócio jurídico, o que se transporta para a disciplina geral das obrigações.

Por conta de um critério complementar, o art. 9º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em questão ressalva a aplicação da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do negócio, daí por que a norma preserva o alcance da regra de conexão *locus regit actum*. Para a validade de um negócio jurídico celebrado no estrangeiro e cujas obrigações se destinem à execução no Brasil, dois requisitos são então estabelecidos pelo art. 9º, § 1º: (i) a aplicação da lei do local em que a obrigação se constitui; e (ii) a observância da forma essencial do ato conforme prevista pelo direito brasileiro.<sup>159</sup> Esse mesmo fundamento aparece no Código Civil de 2002: no momento de valoração da norma, o juiz deverá levar em consideração a regra de que os negócios jurídicos se interpretam conforme a *boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*.<sup>160</sup>

No direito brasileiro, o art. 9º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é diretamente aplicável aos casos envolvendo negócios constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis situados em território nacional, em valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no país. Nessa hipótese, o art. 108 do Código Civil de 2002 estabelece, como formalidade essencial à validade do ato, a lavratura de escritura pública, que pode ser dispensada no caso de previsão legal específica.<sup>161</sup>

### 5.3.4 Necessidade de adaptação da regra de conexão para a determinação da lei aplicável em matéria contratual: uma dose de criticismo

A doutrina tem coerentemente observado que a solução hoje apresentada e mantida no contexto normativo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942 revela-se anacrônica e, de longe, não teria acompanhado a evolução normativa do tema no âmbito do direito internacional privado, em particular quanto aos critérios de determinação da lei aplicável em matéria contratual.<sup>162</sup> A prática dos contratos internacionais do comércio e a emergência

V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.”

<sup>159</sup> Cf. TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, cit., § 628, p. 338-339.

<sup>160</sup> Cf. art. 113 do Código Civil de 2002.

<sup>161</sup> “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

<sup>162</sup> Cf. fundamentalmente RODAS, João Grandino, *Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: *Contratos internacionais*. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46-47, posteriormente revisto pelo autor

da importante disciplina do Direito do Comércio Internacional nos últimos 40 anos têm levado a constatações necessárias sobre a mudança de postura dos legisladores nacionais e novas formas de contratação no trânsito econômico. Com frequência, empresas sediadas no Brasil, ao negociarem com partes domiciliadas em outros Estados, deparam com a presença de cláusulas determinando a lei aplicável ao contrato, em nítido conflito de culturas e concepções jurídicas.<sup>163</sup>

É importante observar que a proposta da modificação da regra hoje vigente segundo a norma contida no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é apresentada no Projeto de Lei nº 269/2004, sobre Aplicação das Normas Jurídicas, na tentativa de buscar uma composição entre diferentes critérios para a determinação da lei aplicável às obrigações, os quais são estendidos aos contratos, delitos (atos ilícitos) e relações jurídicas de direito de família. O Projeto consagra a autonomia da vontade como regra de conexão para a lei aplicável, prevendo, igualmente, a aplicação do princípio dos vínculos mais estreitos (*most significant relationship*), conforme concebido no direito norte-americano e transportado para diversos ordenamentos jurídicos, em convenções europeias e igualmente na Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994. Como observado, a Convenção estabelece que a escolha da lei aplicável aos contratos deve ser expressa ou pode ser tácita, especialmente em função da efetiva conduta das partes e da interpretação das cláusulas contratuais estabelecidas pelas partes.<sup>164, 165</sup>

em *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio, cit., p. 46; RECHSTEINER, Beat W. *Direito internacional privado*, cit., p. 150-151; ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 3. ed. rev. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, especialmente p. 204-205.

<sup>163</sup> Cf. fundamentalmente WEINTRAUB, Russell Jay. Functional developments in choice of law for contracts, in *Recueil des Cours*, v. 187 (1984-IV), p. 239-305; DIAMOND, Aubrey L. Harmonization of private international law relating to contractual obligations, in *Recueil des Cours*, v. 199 (1986-IV), p. 233 ss.

<sup>164</sup> “Art. 12. Obrigações Contratuais – As obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros.

§ 1º Caso não tenha havido escolha ou se a escolha for ineficaz, o contrato, assim como os atos jurídicos em geral, serão regidos pela lei do país com o qual mantenham os vínculos mais estreitos.

§ 2º Na hipótese do § 1º, se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se, a critério do Juiz, em caráter excepcional.

§ 3º A forma dos atos e contratos rege-se pela lei do lugar de sua celebração, permitida a adoção de outra forma aceita em direito.

§ 4º Os contratos realizados no exterior sobre bens situados no País, ou direitos a eles relativos, poderão ser efetuados na forma escolhida pelas partes, devendo ser registrados no Brasil de acordo com a legislação brasileira.”

<sup>165</sup> Cf. JUENGER, Friedrich K. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: some highlights and comparisons, cit., p. 382-383.

Ainda que possa ser considerado um avanço em relação ao tema da autonomia da vontade no direito brasileiro, a regra contida no art. 2º da Lei nº 13.129/2015 (Lei de Arbitragem) restringe-se à possibilidade de escolha da lei aplicável à convenção estabelecida entre as partes prevendo o mecanismo para a solução de litígios futuros.<sup>166</sup> A extensão de tal regra para a totalidade da disciplina das obrigações no sistema brasileiro de direito internacional privado parece ser pouco provável, especialmente porque a opção legislativa encontrada para a Lei de Arbitragem está associada à liberdade de as partes escolherem as regras de direito a serem aplicadas à arbitragem e não em relação ao direito material aplicável ao contrato a que aquela esteja associada. A autonomia que têm as partes na escolha da lei aplicável à arbitragem estará, no entanto, vinculada aos exatos limites da ordem pública, cuja violação implicaria nulidade da cláusula de eleição estabelecida no contrato.

Assim, em vista da dificuldade prática que apresenta o problema da extensão da autonomia da vontade como regra de conexão em matéria obrigacional no direito internacional privado brasileiro, seria possível indicar algumas possíveis soluções preventivas para que não haja fraude à lei ou desvio dos efeitos aplicativos do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. As partes poderiam optar, como medida de prudência, que a oferta do contrato seja realizada no país cuja lei pretendam ver aplicada, em especial com relação à escolha do local de negociação e de conclusão. Isso porque o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece uma regra pouco técnica como diretriz uniformizadora do direito material a ser aplicado às obrigações em geral, o que vale para os contratos (a obrigação é considerada como sendo constituída no local em que o proponente resida).

A regra encontra-se em descompasso com o art. 435 Código Civil de 2002, estabelecendo que o contrato se reputa celebrado no local em que tenha sido proposto. A crítica de Haroldo Valladão<sup>167</sup> permanece extremamente válida, ao se referir à dificuldade de determinação do “local da residência” para efeitos aplicativos do art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em particular quando uma das partes tenha mais de uma residência ou não tenha qualquer residência. O local em que a oferta do contrato tenha sido feita é que deve ser considerado como o local de constituição das obrigações, porque é do contrato que elas nascem. A residência do proponente, considerada como “estada duradoura que se estabelece com caráter de efetividade” e permanência, não poderia ser simplesmente considerada como sinônimo de “local em que o contrato seja proposto”, ou “local em que o proponente se encontre”.<sup>168</sup> Aqui, seria neces-

<sup>166</sup> “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.”

<sup>167</sup> *Direito internacional privado: parte geral*, v. I, cit., p. 378 ss.

<sup>168</sup> *Idem*, p. 378-379.

sário, portanto, uma releitura da norma contida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

### 5.3.5 A “nova *lex mercatoria*” como opção para a lei aplicável aos contratos?

Como examinado anteriormente, as regras de conexão para determinação da lei aplicável aos contratos conforme exemplificadas pelo conteúdo normativo do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (aqui uma referência ao método conflitual clássico) não estão ajustadas à dinâmica e práticas de negociações que foram surgindo no domínio do comércio internacional, especialmente no período do Pós-Guerra no curso das relações econômicas interestatais. Por isso é que a adoção de regras da nova *lex mercatoria* apareceu, em sua pretensão de validade doutrinária e jurisprudencial, como uma tentativa de superação dos principais problemas que apresentava a aplicação das regras de conexão clássicas do direito internacional privado para os contratos celebrados entre os principais atores do comércio internacional.

O surgimento de um conjunto de normas reunidas em princípios, usos e costumes, cláusulas-padrões, contratos-tipo, decisões em matéria de arbitragem comercial internacional – todas elas concebidas na prática das empresas no trânsito econômico internacional – levou à criação de um “direito transnacional do comércio”, cuja influência se fez sentir na reformulação de normas dos direitos internos.<sup>169</sup> E não se restringe a essa questão. A “nova *lex mercatoria*” deve ter refletido, inclusive, na educação de um novo tipo de jurista, mais atento a valores de justiça e de equilíbrio de interesse entre as partes, pouco seduzido pelas concepções abertas de “certeza” e “segurança”, muitas vezes invocadas como justificativas de atuação da abstrata figura do “legislador” estatal no momento de elaboração da norma.

Ainda que a “nova *lex mercatoria*” não possa corresponder à totalidade da disciplina dos contratos internacionais, sua abrangência poderia *concorrer* com os di-

<sup>169</sup> Para uma revisão do tema, cf., fundamentalmente, o importante debate travado em GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de la philosophie du droit*, 1964, p. 177 ss; KAHN, Philippe. *Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?*, in *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Techniques, 1982, p. 97 ss; LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Techniques, 1982, p. 125; também analisado posteriormente nos trabalhos de STRENGER, Irineu. *La notion de lex mercatoria en droit du commerce*, in *Recueil des Cours*, v. 227, tomo II, 1991, p. 206 ss; idem STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo, LTr, 1996, p. 15 ss; BASSO, Maristela. *A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio*, cit., p. 46; WALD, Arnoldo. *Algumas aplicações da lex mercatoria aos contratos internacionais realizados com empresas brasileiras*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, cit., p. 306 ss; GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 122 ss.

reitos domésticos na solução dos casos. Este é um tema que se encontra ainda em estado difuso, ainda que usos e costumes, princípios gerais e decisões em matéria de arbitragem comercial internacional sejam vinculativos em relação aos reais atores do comércio internacional. A disciplina dos contratos internacionais ainda não encontrou uma ampla legitimação nos ordenamentos nacionais, do que se pode identificar uma dificuldade quase que ontológica, que é a de efetividade da nova *lex mercatoria* no contexto normativo dos Estados. A atuação e prática dos juízes nacionais, no momento de aplicação do direito, é que poderia corroborar o reconhecimento de princípios gerais do comércio, usos e costumes como fontes normativas nos tribunais. Essa racionalidade também indica uma nova política legislativa, orientada para a experiência internacional sobre o tema e refletida especialmente na harmonização normativa em matéria de contratos internacionais do comércio. Referência deve ser feita à importância da incorporação, no direito brasileiro, das normas da Convenção de Viena sobre Venda e Compra Internacional de Mercadorias, da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, e dos Princípios da UNIDROIT sobre Princípios Aplicáveis aos Contratos Internacionais do Comércio (1994 e 2004).

Os tribunais brasileiros já aplicam as regras da “nova *Lex Mercatoria*” quando analisam contratos internacionais, como se vê no julgado exemplar do Tribunal de Justiça gaúcho, cujo relator foi o Des. Umberto Guaspari Sudbrack:

“BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. ACÓRDÃO. APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. TRANSPORTE DE COISAS. DIREITO EMPRESARIAL. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. AÇÃO CONDENATÓRIA POR DANOS MATERIAIS. CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. TRANSPORTE DE FLORES ENTRE BRASIL E ITÁLIA. CUSTEIO DO FRETE PELO IMPORTADOR. CLÁUSULA ‘FREE CARRIER’. INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS (‘INCOTERMS’). CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. ‘LEX MERCATORIA’. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CRITÉRIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. Apelante: Comissária Eichenberg S/A. Apelada: Agroindustrial Lazzeri S/A. Relator Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2015. Data de publicação: 15 de dezembro de 2015”.

Assim, juntamente com o direito positivo, tanto o direito comparado como a nova *lex mercatoria* se tornam instrumentos para endereçar as questões práticas envolvendo os contratos internacionais do comércio e uma tomada de consciência das legislações e culturas estrangeiras a assegurar uma ordem internacional mais justa e melhor ordem jurídica social no plano doméstico.<sup>170</sup> No caso brasilei-

<sup>170</sup> Nesse sentido, ver importantes juízos formulados por WALD, Arnoldo. *Algumas aplicações da lex mercatoria aos contratos internacionais realizados com empresas brasileiras*, in *Estudos em*

ro, tanto a abertura da economia no período que se seguiu à década de 90 e que vem até o presente confirmada pelo aumento relativo dos fluxos de exportação e importação de bens, serviços e tecnologias, exige uma reflexão muito mais pertinente ao ajustamento da disciplina da escolha de lei aplicável na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em matéria contratual às tendências de harmonização normativa constatadas no comércio internacional.

Por outro lado, a própria sistemática da Lei de Introdução oferece contornos já específicos em relação aos limites à autonomia da vontade, que tem na ordem pública seu melhor exemplo. Esse critério é a medida ainda mais apropriada para ajustar a liberdade das partes em relação à escolha do direito aplicável aos contratos daquele conjunto de normas imperativas que o legislador doméstico elegeu como sendo inafastáveis e concebidas como valor de fundamento ao ordenamento jurídico interno.

Vale lembrar, por fim, que nos contratos internacionais do comércio a autonomia da vontade das partes implica, dentre outras, três cláusulas: (i) a cláusula arbitral, que possibilita a utilização de meio extrajudicial para dirimir os eventuais conflitos decorrentes do contrato; (ii) a cláusula de lei aplicável, que determina qual o direito material/substancial a ser aplicado ao contrato; e (iii) a cláusula de foro, que estipula o lugar onde a ação será proposta, ou a arbitragem será realizada.

A Lei de Arbitragem brasileira incorpora a autonomia da vontade ao ordenamento jurídico pátrio, de forma clara e expressa, e não apenas nos contratos internacionais, como também nos contratos internos, permitindo-se, inclusive, “desnacionalizá-los”, por meio da escolha da *lex mercatoria*. Não há mais que se falar em *lex loci celebrationis* (ou *locus regit actum*) quando a controvérsia for suscitada em sede de arbitragem. O elemento de conexão preconizado pelo art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro somente se impõe como norma cogente e imperativa nas discussões levadas ao Poder Judiciário – quando não há previsão/cláusula no contrato de solução arbitral.

#### 5.4 O lugar do último domicílio do falecido ou desaparecido: para o direito das sucessões

A lei do país em que for domiciliado o *de cuius* ou o desaparecido irá regular a sucessão por morte ou por ausência, respectivamente, não interessando, aqui, a natureza ou situação dos bens. É o disposto no art. 10 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

“Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece a lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

§ 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros. ou de quem os

represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cuius. (Alterado pela Lei nº 9.047, de 18 de maio de 1995)

§ 2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.”

**Remissões normativas:** Constituição Federal de 1988: art. 5º, incisos XXX e XXXI, sobre o direito à herança e direito à sucessão de bens de estrangeiros domiciliados no Brasil; Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, em especial art. 3º, (3); Convenção de Direito Internacional Privado de Havana de 1929 – Código Bustamante (Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929), artigos 78 a 83, sobre ausência; artigos 144 e 145, sobre a sucessão em geral; artigos 146 a 183, sobre testamentos e herança; Código Civil de 2002, artigos 26 a 36, sobre sucessão provisória, artigos 37 a 39, sobre sucessão definitiva; artigo 70, sobre domicílio da pessoa, artigos 1.784 e 1.785, sobre disposições gerais de direito das sucessões; e artigo 1.796, sobre a herança e sua administração; art. 1.829, IV, sobre a ordem da vocação hereditária e artigos 1.851 a 1.856, sobre a representação em caso de renúncia à sucessão; Novo Código de Processo Civil: art. 46, sobre competência territorial; art. 23, sobre competência internacional, e art. 610, sobre inventário e partilha (Procedimentos Especiais); Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941: artigo 17, sobre a sucessão em caso de regime matrimonial exclusivo da comunhão.

##### 5.4.1 As concepções unitarista e pluralista no DIPr sobre direitos sucessórios

O direito das sucessões compreende a disciplina de uma variedade de relações jurídicas que se apresentam na interface com outras áreas do direito privado, tais como direitos de família, direitos reais e direitos obrigacionais. Sua função básica é assentar um conjunto de regras para o “gerenciamento” dos bens integrantes do patrimônio de uma pessoa após sua morte. Com efeito, a mobilidade transfronteiriça de um indivíduo pode fazer com que ele venha estabelecer domicílio em vários Estados, ali adquirindo bens, criando laços familiares e realizando negócios das mais variadas espécies, o que tornaria sua vida um grande emaranhado de relações jurídicas a serem disciplinadas por uma gama de leis distintas daquela sua lei de nacionalidade. As relações interpessoais que se constituem transnacionalmente importam para o direito internacional privado na medida em que este, enquanto técnica de solução de conflitos de leis no espaço, preocupa-se fundamentalmente com a determinação do direito aplicável às relações constituídas pelo *de cuius* em vida, especialmente as relações familiares e a propriedade sobre bens situados fora de seu domicílio ou país de nacionalidade, e que apresentem conexões com diversos ordenamentos jurídicos.<sup>171</sup>

<sup>171</sup> Sobre isso, ver interessante análise histórica feita por LEWALD, Hans. Questions de droit