

A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: OS FUTUROS PRINCÍPIOS DA HAIA E PERSPECTIVAS PARA O BRASIL ESCRITÓRIO PERMANENTE DA CONFERÊNCIA DE HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO¹

Nadia de Araújo

Doutora em Direito Internacional pela USP.
Professora de Direito Internacional Privado da PUC-Rio.

Lauro Gama Jr.

Doutor em Direito Internacional pela USP.
Professor de Direito Internacional Privado da PUC-Rio.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo² trata dos *Princípios da Haia sobre os Contratos Internacionais*. Dividido em duas partes, reúne o artigo preparado pelo Escritório Permanente da Conferência de Haia, em 2011, e agora traduzido para o português, com as atualizações mais recentes ocorridas em 2012, e uma análise da situação dos contratos internacionais no direito brasileiro. Aborda, ao final, a importância de se adotar o resultado obtido na Conferência de Haia para modernizar a legislação brasileira.

Na primeira parte, ao descrever o Projeto dos *Princípios da Haia*, cuida de suas origens, de sua importância e as principais opções tomadas pelo Grupo de Trabalho responsável pelo desenvolvimento do Projeto. Confere especial destaque ao princípio da autonomia das partes e às regras aplicáveis em caso de escolha tácita do direito aplicável, bem como indica as normas excepcionais sobre o tema (normas imperativas, ordem pública, proibição de reenvio etc.). Na segunda parte, trata do estágio atual das regras brasileiras de direito internacional privado para os contratos internacionais e os incentivos que podem trazer à reforma de nosso sistema de conflito de leis em matéria contratual.

2. OS TRABALHOS DA CONFERÊNCIA DE HAIA SOBRE A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

Após a adoção, em 2005, da *Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro*, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado³ passou a examinar a viabilidade de um instrumento relativo à escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Para tal fim foram elaborados dois estudos comparativos: um deles sobre as regras de conflito geralmente utilizadas no contencioso judicial;⁴ e outro voltado ao contexto da arbitragem internacional.⁵ Além disso, enviou-se questionário aos países-membros da Conferência de Haia, à Câmara de Comércio Internacional e a grande número de entidades envolvidas com arbitragem internacional em

¹ Artigo publicado na Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 34/2012, p. 11, Jul/2012, DTR\2012\450625.

todo o mundo. O objetivo era investigar a utilização de cláusulas de lei aplicável na prática contratual internacional e a medida na qual esses acordos são observados, de sorte a identificar aperfeiçoamentos que um futuro instrumento pudesse aportar, em vista dos problemas ou deficiências decorrentes do atual sistema.⁶ Através desses estudos, a Conferência concluiu pela necessidade de consolidação, no plano internacional, dos pactos de escolha do direito aplicável. Em seguida à reunião do Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência de Haia, em 2009, foi criado o Grupo de Trabalho sobre Escolha da Lei em Contratos Internacionais (Grupo de Trabalho),⁷ que realizou sua primeira reunião em Haia, nos dias 21 e 22.01.2010.⁸ Depois de discutir o escopo material dos futuros *Princípios da Haia* e decidir pela não inclusão de regras subsidiárias para o caso de ausência de escolha pelas partes no contrato, o Grupo de Trabalho foi dividido em subgrupos, encarregados de elaborar durante os meses seguintes relatórios e propostas sobre temas específicos, como: eleição tácita do direito aplicável; ordem pública e normas imperativas; escolha de regras não estatais etc.

Em abril de 2010, o Conselho de Assuntos Gerais da Haia reconheceu como principal objetivo do futuro instrumento estabelecer um *modelo global* de normas de direito internacional privado aplicáveis aos contratos internacionais. Em seguida, convidou o Grupo de Trabalho a continuar o Projeto visando à criação de um *instrumento não vinculante*, e conferiu prioridade ao desenvolvimento de regras para os casos em que as partes tenham elegido o direito aplicável ao contrato.⁹

O Grupo de Trabalho voltou a se reunir entre os dias 15 e 17.11.2010, período em que debateu e decidiu questões ligadas aos temas desenvolvidos pelos subgrupos. Durante a reunião também analisou preliminarmente uma minuta das regras (*draft black-letter rules*).

Seguindo as diretrizes aprovadas em abril de 2011 pelo Conselho de Assuntos Gerais, o Grupo de Trabalho reuniu-se entre 26 e 28.06.2011 com o fim de aprovar a minuta das regras (*draft black-letter rules*) que constarão dos futuros, bem como organizar relatório sucinto sobre o trabalho até então realizado e sobre as opções tomadas (*policy paper*), a ser submetido ao Conselho de Assuntos Gerais.

Em abril de 2012, o Conselho de Assuntos Gerais da Conferência de Haia aprovou os resultados alcançados pelo Grupo de Trabalho e, dando continuidade ao Projeto, determinou a criação de uma Comissão Especial formada por representantes dos Estados-membros,¹⁰ que, a partir de 12.11.2012, analisará a minuta dos *Princípios* e realizará os trabalhos complementares de *comentários* e *ilustrações* de suas regras (*draft black-letter rules*).

Tratados e convenções constituem fontes de direito internacional privado tradicionais e abrangentes, inclusive no âmbito dos trabalhos desenvolvidos pela Conferência de Haia. Contudo, no desempenho de sua missão a Conferência também pode conduzir discussões acerca de *instrumentos não vinculantes*. Organizações com propósitos similares, como o Unidroit (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) e a Uncitral (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional) vêm nas últimas décadas elaborando, além de convenções e tratados, *princípios*, *leis-modelo* e *códigos de boas práticas* para adensar seus esforços no âmbito da uniformização do direito internacional.

Este projeto específico da Conferência de Haia, que envolve a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, foi denominado *Princípios da Haia* justamente para distingui-los da carga semântica associada ao vocábulo *lei* ou à expressão *direito (positivo)*. Por sua vez, o Grupo de Trabalho formado por especialistas em direito internacional privado e arbitragem, representando os principais sistemas contemporâneos, assumiu a missão de sistematizar normas de conflito fundadas na autonomia da vontade e dirigidas aos contratos internacionais. Quanto à estrutura formal dos *Princípios da Haia*, os Princípios do Unidroit relativos aos Contratos do Comércio Internacional serviram de conveniente e prático modelo, uma vez que ambos se destinam precipuamente aos operadores do comércio internacional e aos que militam no contexto arbitral. Além disso, como demonstra a experiência, tais princípios poderão ser eventualmente usados como *guia legislativo* para os Estados que não possuam regras modernas de direito internacional privado sobre contratos.

A ideia de um *instrumento não vinculante* para promover normas sobre a lei aplicável aos contratos internacionais não é nova. Em 1980, um Grupo de Trabalho criado pela Comissão de Prática e Direito Comercial da Câmara de Comércio Internacional (CCI) submeteu aos seus Comitês Nacionais uma proposta de diretrizes para o direito aplicável aos contratos internacionais. Naquela ocasião, considerou-se que as disputas comerciais internacionais “geralmente levantam questões envolvendo a lei aplicável aos contratos” e “é apropriado recomendar aos árbitros que considerem regras de conflito de leis no espaço em casos onde a lei aplicável aos contratos está em questão”.¹¹⁻¹² Apesar de a ideia não haver vingado à época e ter seu escopo limitado à arbitragem, parece valer a pena, depois de mais de três décadas, retomar o trabalho empreendido, estendendo-o não só à arbitragem, mas também ao contencioso judicial ligado ao comércio internacional.

3. O OBJETIVO DOS FUTUROS PRINCÍPIOS DA HAIA

Objetivo. O objetivo dos *Princípios da Haia* é servirem como modelo universal de normas de direito internacional privado, aplicáveis aos contratos internacionais. Para atingir esta finalidade, o trabalho da Conferência orienta-se por um conceito fundamental: a promoção e defesa do *princípio da autonomia da vontade* das partes.¹³

Público alvo. Projetados para utilização de modo uniforme em todo o mundo, os *Princípios da Haia* visam aos contratos comerciais internacionais. Destinam-se, portanto, a todos os operadores do direito do comércio internacional, incluindo advogados especializados em direito empresarial e arbitragem, bem como os que se ocupem de redigir contratos internacionais, sejam advogados ou não. Além disso, os *Princípios* podem se tornar uma ferramenta, especialmente, útil em arbitragens internacionais, eis que árbitros são geralmente mais flexíveis e propensos a incorporar *normas não vinculantes* em seu processo decisório.

Por outro lado, os *Princípios da Haia* não se destinam à aplicação direta pelos tribunais estatais, mas apenas por força da escolha das próprias partes ou dos árbitros. Como instrumento de *soft law*, os *Princípios* não se prestam, como uma convenção ou tratado, à adesão formal pelos Estados nacionais. *A fortiori*, isto significa que os tribunais estatais estarão desobrigados de

aplicá-los como lei doméstica (i.e. como sistema de conflitos interno). Na verdade, em razão de seu *caráter não vinculante*, a Conferência de Haia está ciente de que os juízes não aplicarão os *Princípios* de forma direta.¹⁴ No entanto, de um ponto de vista estratégico, tais normas podem servir de um *modelo para legisladores* em países (como o Brasil) nos quais a legislação em matéria de direito aplicável aos contratos internacionais é inexistente, fragmentada ou antiquada.

Desse modo, pode-se considerar os *Princípios da Haia* como o primeiro passo de um *processo global de convergência normativa* que, num futuro mais ou menos próximo, poderá facilitar a adoção no âmbito da Conferência de Haia de uma convenção internacional sobre a escolha do direito aplicável em matéria contratual.

Por que um novo instrumento? Apesar da existência de diversas regras de conflito em âmbito regional,¹⁵ não há *instrumento universal* que verse o direito aplicável aos contratos internacionais. Nessa perspectiva, a Conferência de Haia propôs-se a investir sua reputação e mais de 115 anos de experiência a serviço da uniformização progressiva deste tipo de regras.¹⁶ O objetivo é, assim, melhorar a coordenação internacional dos sistemas jurídicos, reforçando a *previsibilidade jurídica* da solução de disputas através do *princípio da autonomia das partes*. Em termos mais modestos, os *Princípios da Haia* também serão elaborados para satisfazer as necessidades de profissionais do direito e de todas as partes envolvidas no comércio internacional, que não possuem informações completas sobre as questões envolvendo a lei aplicável aos contratos em diversos países.¹⁷

Uma ideia de longa data. A uniformização internacional das regras de conflito de leis no espaço em matéria contratual é um Projeto que há muito tempo é de interesse da Conferência. Enquanto a abordagem tradicional consistia em um progresso gradual de uniformização por diferentes tipos contratuais,¹⁸ a ideia de uma convenção global sobre contratos foi apresentada pela Checoslováquia, em 1980.¹⁹ No entanto, após um estudo prospectivo realizado em 1983,²⁰ os membros da Conferência consideraram que as chances de ratificação de uma convenção como esta seriam muito pequenas.²¹ A Conferência pretende, neste momento, dar um novo impulso a este Projeto, recorrendo a uma *nova metodologia*.

Processo inovador. Os *Princípios* refletem, sem dúvida, um método inovador de criação normativa no seio da Conferência de Haia, que, até hoje, havia se concentrado na elaboração de convenções e tratados e no monitoramento de sua aplicação pelos Estados signatários. Deve-se salientar, no entanto, que a unificação internacional através de instrumentos com menor grau de obrigatoriedade que as convenções foi aprovada pelos Estados-membros da Conferência de Haia em 1980.²² Assim, não há porque duvidar, em termos metodológicos, da adequação desta iniciativa.

Justificativa. Diversos fatos justificam a preferência da Conferência por um *instrumento não vinculante*. Em primeiro lugar, é praticamente impossível atingir consenso entre os Estados para uma convenção internacional nesta matéria.²³ Muitos Estados, já vinculados por instrumentos regionais, não veem necessidade de dedicar esforços em um projeto de âmbito transnacional. Além disso, consideram que determinadas convenções de direito material sejam

suficientes para resolver todas as questões que envolvam contratos internacionais.

Isto explica, por exemplo, porque há mais de 25 anos os trabalhos preparatórios da Conferência de Haia a respeito da lei aplicável às obrigações contratuais foram influenciados pela adoção da CISG.²⁴ No entanto, o âmbito de aplicação da CISG é lacunoso em diversos sentidos; em especial, por não regular a validade dos contratos, seus efeitos sobre a propriedade dos bens vendidos ou a responsabilidade do vendedor por morte ou danos causados pelas mercadorias. A CISG rege apenas a formação do contrato de compra e venda internacional, e os direitos e obrigações das partes nesse contrato.²⁵ Além disso, o universo dos contratos internacionais não se restringe à compra e venda de mercadorias: o que dizer dos contratos de prestação de serviços, que representam parcela cada vez maior do mercado?²⁶

Além disso, há outros argumentos que chancelam a opção por um *instrumento não vinculante*. Primeiro, a criação deste instrumento pelo Grupo de Trabalho pode se realizar sem os constrangimentos e *trade-offs* inerentes à negociação diplomática de tratados. Os *Princípios* podem, assim, se desenvolver gradualmente fora do circuito convencional, beneficiando-se da objetividade e qualidade científica dos *experts* envolvidos e das soluções escolhidas. Em segundo lugar, é desejável repensar a possibilidade de as partes elegerem um conjunto de *regras não estatais*, como os Princípios do Unidroit, para reger seu contrato.²⁷ Em terceiro lugar, a natureza não vinculante dos *Princípios da Haia* também pretende afastar o risco de conflito entre padrões já adotados sobre a matéria. Por exemplo, os Estados-membros da União Europeia não devem se preocupar com potenciais conflitos entre os *Princípios* e a Convenção de Roma²⁸ ou o Regulamento Roma I.²⁹ Também não haverá incompatibilidade com a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável à Venda Internacional de Mercadorias (1955), com a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável a Relações de Agência (1978) ou com a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais de Venda de Mercadorias (1986):³⁰ os futuros *Princípios da Haia* pretendem, principalmente, servir como fonte constante de inspiração para o desenvolvimento gradual de regras uniformes sobre o direito aplicável aos contratos internacionais.

4. O ESCOPO DOS PRINCÍPIOS DA HAIA

Como antes mencionado, o mandato conferido à Conferência de Haia consiste em examinar a questão do direito aplicável aos contratos do comércio internacional. A aplicação do futuro instrumento, portanto, sujeitar-se-á à presença de dois elementos: o *caráter internacional* do contrato e sua *natureza comercial*.

Um contrato é geralmente definido como internacional quando possui conexão com diversos ordenamentos jurídicos. Isto pode resultar do fato de os contratantes possuírem residência habitual em diferentes países ou porque o lugar ou lugares de execução do contrato não coincidem com os de residência das partes etc.

À imagem dos Princípios do Unidroit, os futuros *Princípios da Haia* não fixarão critérios específicos para determinar a internacionalidade de um contrato. Pelo contrário, recomenda-se a interpretação mais extensiva possível, para excluir apenas os contratos cujos elementos, em

sua totalidade, situam-se num único país.

Ainda no que se refere aos Princípios do Unidroit, a *restrição aos contratos comerciais* (ou contratos entre profissionais) não pretende, de forma alguma, reproduzir a tradicional distinção entre relações civis e comerciais existente em alguns sistemas. Por conseguinte, os futuros *Princípios da Haia* não contemplarão qualquer definição precisa de contrato comercial.

Resta examinar se alguns contratos devem ser totalmente excluídos do âmbito de aplicação dos *Princípios da Haia*, ou se merecem regulação específica no próprio instrumento. Veja-se, por exemplo, os *contratos de consumo*³¹ e os de *trabalho*, destinados a proteger a parte mais fraca da relação, e que se sujeitam a regras específicas, a maioria das quais imperativas. Em termos mais genéricos, o poder de barganha manifestamente desigual entre as partes poderia justificar a exclusão do contrato do escopo dos futuros *Princípios da Haia*.³² Como exemplo, lembre-se o caso de autores ou intérpretes dispostos a assinar o primeiro contrato que lhes é oferecido por editoras e gravadoras. Se tal exclusão for contemplada nos *Princípios*, parece claro que o conceito de *poder de barganha desigual* deverá ser objeto de interpretação restritiva.

De modo geral, será necessário determinar se as soluções encontradas nas Convenções de Haia sobre temas contratuais prevalecerão ou se, por outro lado, seria viável contemplar a inclusão nos *Princípios* de temas já analisados e negociados em tais convenções.

5. A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

a) Autonomia da vontade das partes: *conceito*.

A autonomia da vontade das partes está no cerne dos futuros *Princípios da Haia*. Não apenas será possível, mas incentivada pelos *Princípios*, a escolha do direito aplicável. Neste sentido, é bom lembrar que esse novo Projeto da Conferência de Haia vem ao encontro da necessidade genuína de reforçar a *autonomia da vontade* das partes em todo o mundo.

A liderança atribuída à autonomia da vontade pelos futuros *Princípios da Haia* está em plena consonância com o reconhecimento mundialmente generalizado da validade de cláusulas de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Isto se evidencia tanto nas respostas ao questionário de janeiro de 2007,³³ quanto nos mais recentes progressos do direito comparado.³⁴ No entanto, deve-se considerar que, embora o princípio fundamental da autonomia da vontade das partes pareça conquistar gradual aceitação nas relações comerciais internacionais, o desafio para os futuros *Princípios* é a consolidação mundial deste princípio. Portanto, um outro objetivo central do futuro instrumento será medir o alcance da autonomia da vontade das partes e, assim, identificar certas normas não abrangidas pelo princípio.

b) O alcance da autonomia das partes: a verdadeira liberdade das partes?

Até que ponto as partes podem se beneficiar da liberdade de eleger a lei aplicável? Os futuros *Princípios da Haia* devem restringir a escolha das partes às leis de um determinado Estado, ou, ao contrário, devem permitir mais ampla liberdade de escolha, estendendo as opções das partes

a normas que não provêm de um sistema legislativo nacional, também conhecido por nova *lex mercatoria*?

A definição de regras não estatais está em questão. Se, de um lado, a referência das partes à *lex mercatoria*, aos “princípios gerais do direito” ou aos “princípios do direito internacional do comércio” não permite uma definição concreta das regras aplicáveis,³⁵ de outro, não devemos considerar imprecisos ou incertos os preceitos contidos em instrumentos como os Princípios do Direito Contratual Europeu (PECL) ou os Princípios do Unidroit. Estes últimos, por exemplo, preveem regras especialmente voltadas aos contratos do comércio internacional, codificando, assim, suas normas essenciais.³⁶

Admite-se amplamente que, em arbitragem, disputas envolvendo contratos comerciais podem ser submetidas pelas partes a regras que fazem parte da *lex mercatoria* e não de uma ordem jurídica nacional.³⁷ No entanto, a situação desses mesmos litígios perante autoridades judiciais não é a mesma. Juízes são obrigados a obedecer às leis positivas, sendo-lhes vedado, em princípio, aplicar regras que não integrem o sistema legal ao qual estão submetidos (inclusive as normas de DIPr). Além disso, consideram que *princípios* sobre determinado tema são necessariamente incompletos, ao contrário dos sistemas jurídicos nacionais, que disciplinam as relações de modo mais abrangente.³⁸ Deve-se notar, no entanto, que os tribunais estatais estão aptos a interpretar e complementar um conjunto de *princípios contratuais* do mesmo modo como o fazem com a lei doméstica ou a lei estrangeira, indicada por seu sistema de DIPr. Por exemplo, a aplicação e a interpretação dos Incoterms, elaborados pela CCI e muito utilizados no comércio internacional, não parecem problemáticas para os tribunais (inclusive os brasileiros). Por isso, é lícito afirmar ser, pelo menos, possível aos tribunais nacionais manejar um instrumento internacional que envolva *princípios* e não integre o direito interno.

A liberdade de escolha seria tratada de forma diversa se a Conferência de Haia estivesse a elaborar uma *convenção* sobre a lei aplicável aos contratos comerciais internacionais. É interessante notar que o *Projeto* de Regulamento sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, elaborado pela Comissão Europeia em 2005 (e que, posteriormente, transformou-se no Regulamento Roma I), permitia às partes optar pela eleição de princípios e regras materiais sobre contratos reconhecidos a nível internacional e comunitário.³⁹ O *Projeto* incluía os Princípios do Unidroit e os Princípios do direito contratual europeu, ao mesmo tempo em que excluía a expressão *lex mercatoria*, considerada imprecisa em demasia.⁴⁰ O texto finalmente adotado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, em junho de 2008, apenas permite que as partes escolham a “lei”, o que, implicitamente, inviabiliza a escolha de regras que não as de um Estado nacional.⁴¹ A principal justificativa para tal é que os *princípios de direito contratual*, internacionalmente reconhecidos, foram criados por grupos de trabalho privados, não formados por Estados.⁴²

No caso que ora se analisa, a discussão diz respeito à possibilidade de escolha de um direito não estatal através dos futuros *Princípios da Haia*. Devido à sua natureza não vinculante, que afeta particularmente (e quase exclusivamente) profissionais e árbitros, fica difícil entender por que regras não oriundas de um Estado devem ser excluídas do âmbito de aplicação dos futuros *Princípios da Haia*. É necessário ressaltar que os Princípios do Unidroit e outros instrumentos

semelhantes garantem uma cobertura mais ampla no que diz respeito ao direito dos contratos quando comparados com diversos sistemas nacionais, já que estes *princípios neutros* foram elaborados (e são atualizados) especificamente com vistas a transações internacionais,⁴³ e não a relações internas. Por essas razões, parece desejável *a priori* não excluir totalmente a aplicabilidade de normas não estatais dos futuros *Princípios da Haia*.

c) A ausência de conexão entre a situação jurídica e a lei escolhida.

A liberdade de escolha prevista nos futuros *Princípios da Haia* não exige a conexão entre a lei escolhida e as transações comerciais ou as partes. A *teoria da localização*, que consiste na exclusão da lei escolhida quando esta não possui relação com o(s) *situs* dos elementos contratuais, ainda é adotada por diversos sistemas jurídicos. Segundo seus adeptos, a teoria previne a *fraude à lei*.

Tendo em conta, no entanto, a eficiência resultante do *princípio da autonomia das partes* e o fato de que, na prática, estas tendem a escolher uma *lei neutra* porque não chegaram a um acordo sobre a aplicação de seu próprio sistema jurídico, a elas deveria ser permitido escolher uma lei não relacionada com a situação jurídica.⁴⁴ Ao mesmo tempo, afastar a aplicação da *teoria da localização* é defendido pela maioria das convenções recentes e pelas legislações relacionadas à escolha da lei aplicável aos contratos.⁴⁵

Por exemplo, o art. 7(1) da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável à Venda Internacional de Mercadorias (1986) promove a liberdade das partes sem requerer nenhuma conexão entre a lei escolhida e as transações subjacentes. Há, também, disposição semelhante na Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro (2005), mas que se relaciona apenas com a escolha do tribunal, e não com a escolha da lei aplicável ao contrato. Da mesma forma, os instrumentos da União Europeia que tratam da lei aplicável (e.g. o Regulamento Roma I) ou a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (1994)⁴⁶ não exigem a conexão entre a lei escolhida e a relação contratual. Além disso, a nova Seção 1-301 da versão revisada do *Uniform Commercial Code* norte-americano exclui a necessidade de uma “conexão razoável” nos contratos internacionais.⁴⁷ Neste sentido, os futuros *Princípios da Haia* devem adotar o princípio da autonomia sem exigir especificamente tal conexão, para assim estarem à altura da prática internacionalmente aceita.

No entanto, a escolha da lei pelas partes pode ser invalidada por meio da *exceção de ordem pública* ou pela incidência de *normas imperativas*, de tal sorte que as chances de *fraude à lei* podem, em grande medida, ser reduzidas por meio destas exceções.⁴⁸

d) A natureza explícita ou implícita da escolha.

Outras discussões devem estudar a admissibilidade da escolha *implícita* da lei aplicável; enquanto uma escolha *explícita* reflete indiscutivelmente a intenção das partes, alguém pode se perguntar sobre a importância a ser dada a uma *escolha tácita*. Em outras palavras: até que ponto pode-se considerar que as partes expressaram sua intenção tacitamente?

Alguns instrumentos internacionais, desenvolvidos por outras organizações ou pela própria Conferência da Haia, contêm critérios para estabelecer a *validade formal* da manifestação de vontade. Tal é o caso da Lei-Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional (1985 e 2006)⁴⁹ e da Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro (2005).⁵⁰ Por sua vez, instrumentos regionais relativos à lei aplicável aos contratos internacionais remetem aos critérios de formação dos contratos contido nas diversas leis nacionais, de acordo com as circunstâncias existentes no momento da celebração do contrato.⁵¹

O Escritório Permanente da Conferência de Haia preferiria encorajar *escolhas explícitas*, o que explica o fato de privilegiar naturalmente os *acordos escritos* de eleição da lei aplicável. Da mesma forma, deve-se atentar para o uso exponencial de comunicações eletrônicas nas relações contratuais internacionais. Assim, a regra deve ser suplementada pela frase: “por escrito ou por qualquer outro modo de comunicação que torne a informação acessível de modo que possa ser referida posteriormente”.⁵²

Uma visão geral dos instrumentos existentes demonstra a aceitabilidade da *escolha implícita* da lei aplicável. Em alguns casos tais escolhas são contempladas de forma restrita. Por exemplo, a Convenção Interamericana sobre Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (1994) prevê que o “acordo das partes sobre esta escolha [da lei aplicável] 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”.⁵³ Esta fórmula convida a uma dupla análise: *subjetiva* (comportamento das partes) e *objetiva* (cláusulas do contrato). A jurisprudência australiana utiliza solução similar.⁵⁴

No entanto, supondo que a escolha resulte dos preceitos contratuais *ou* das circunstâncias do caso concreto, o Regulamento I de Roma parece mais flexível do que a Convenção Interamericana.⁵⁵ O Québec, província de direito civilista do Canadá, a seu turno apenas requer que a designação da lei aplicável seja inferida com certeza dos termos do contrato, sem que se analisem as circunstâncias do contrato.⁵⁶ Da mesma forma, os Estados Unidos, sem admitir escolhas implícitas da lei aplicável, consideram que a referência à lei de um Estado ou a instituições jurídicas de um *situs* específico podem constituir uma escolha válida da lei.⁵⁷ Assim se decidiu, por exemplo, no caso *Sonat Exploration Co. vs. Cudd Pressure Control Inc.*⁵⁸

Vê-se, então, que não há consenso no direito internacional privado comparado sobre as formas por meio das quais se admite a *eleição implícita*, mesmo dentro de uma visão ampla do direito civil e da *common law*.

As regras de arbitragem relativas à determinação da *escolha implícita* das partes estão longe de ser mais uniformes. O termo “implícitas” eventualmente aparece em preceitos relativos à lei aplicável.⁵⁹ Contudo, as expressões “designada pelas partes” ou “na ausência de acordo” são mais frequentes, sendo difícil determinar se elas abrangem uma declaração implícita ou o acordo das partes.⁶⁰ A questão parece ter sido deixada deliberadamente à apreciação dos árbitros. Por sua parte, Ole Lando propõe que a escolha seja feita expressamente ou ao menos se evidencie claramente do conteúdo do contrato ou do comportamento das partes.⁶¹

O Escritório Permanente, com vistas a desenvolver princípios que promovam estabilidade jurídica e previsibilidade, encorajam as partes a declarar *explicitamente* a lei à qual pretendem sujeitar suas disputas, e questiona a necessidade de se preservar a *escolha implícita* das partes. Nada obstante isso, caso se decida buscar a intenção das partes, recomenda-se a *interpretação internacional* deste conceito.⁶²

e) *Dépeçage*.

O *dépeçage* é definido como a separação dos elementos constituintes da relação jurídica de forma a sujeitá-los a sistemas normativos diferentes.⁶³ De modo mais restritivo, alguns autores advogam que o *dépeçage*, para ser jurídico, deve relacionar-se a transações contratuais que sejam claramente divisíveis.⁶⁴ Porém, tendo em vista que o *dépeçage* é, por natureza, uma forma de realização da autonomia das partes,⁶⁵ parece preferível para os futuros *Princípios da Haia* permitir que as partes possam se valer do mecanismo de forma irrestrita.⁶⁶ Tal solução seria totalmente consistente com o espírito geral do Projeto. Às partes exigir-se-ia, no entanto, consistência na solução por elas estabelecida, tendo em conta as normas selecionadas e o próprio contrato:⁶⁷ ou seja, tal liberdade para separar os elementos do contrato não deve ser fonte de disputas.⁶⁸ Nesse tocante, o Grupo de *Experts* foi convidado a sugerir com precisão o que deve ser observado a este respeito.

6. AS REGRAS APLICÁVEIS NA AUSÊNCIA DE ESCOLHA PELAS PARTES

É prematuro afirmar qual será o alcance dos futuros *Princípios da Haia*. Se forem abrangentes, seria desejável que previssem regras aplicáveis na *ausência de escolha* do direito pelas partes.⁶⁹ Algumas linhas de investigação, que podem auxiliar na elaboração de regras subsidiárias, são a seguir destacadas.

a) O *chapeau* introdutório.

Num primeiro estágio, seria útil contemplar um preceito (*chapeau*) introdutório para mencionar que a regra aplicável na *ausência de escolha* pelas partes consistirá em *princípio geral sujeito a uma exceção* – sendo o *princípio geral* o de que a lei aplicável na ausência de escolha será aquela que mantenha a mais estreita conexão com o contrato.

b) Redigindo a norma subsidiária.

Em um segundo estágio, a regra aplicável na ausência de escolha deve prever que a determinação da lei reguladora do contrato seja fundada em presunção favorável à *lei da residência habitual* da parte que é demandada a cumprir a prestação.⁷⁰ A regra poderia, então, ser complementada por uma lista de contratos específicos, organizados por espécie: compra e venda, distribuição, seguro, financiamento, imobiliário, transporte etc.

Com efeito, parece mais adequado incluir regra dirigida a contratos específicos em vez de meros comentários sobre a norma aplicável na eventualidade de ausência de escolha pelas partes. Daí porque a Conferência poderá incluir nos futuros *Princípios da Haia* tantas conexões quantos os

tipos genéricos de contrato comercial.⁷¹ Essa metodologia, em conjunto com número e espécie de contratos abrangidos, naturalmente exigirá a análise e consideração do Grupo de Trabalho.

c) A cláusula de exceção.

Em um terceiro estágio, vislumbra-se incluir uma *cláusula de exceção*, pela qual a lei designada pela regra aplicável na ausência de escolha pelas partes não incidirá no contrato. Tal regra seria aplicada em caráter excepcional, sempre que a prestação característica do contrato não possa ser determinada ou quando se verifique que, devido às circunstâncias do caso, o contrato possui conexão mais estreita com outro sistema jurídico.

Função. A função dessa *regra de exceção* seria, pois, de determinar a lei que tenha a maior ligação com a situação jurídica: como afirma Lagarde, isso representaria uma forma de expressão do *princípio da proximidade*.⁷² Ao contrário de uma conexão fixa, tal solução ofereceria a vantagem de conceder primazia a uma determinação flexível, que permitirá ao juiz ou ao árbitro adaptar a regra de lei aplicável ao caso concreto. E também se aplicaria às situações nas quais a Conferência, ao elaborar uma conexão específica, não tivesse contemplado nos futuros *Princípios da Haia*.⁷³

A *cláusula de exceção* não deve, porém, afetar a expectativa das partes. Daí por que deverá incidir apenas quando os contratantes não tenham eleito a lei aplicável.⁷⁴ Ademais, como o próprio nome sugere, a cláusula de exceção se aplicaria sempre de modo a remediar uma situação: seu propósito seria o de corrigir a aplicação excessivamente rígida da regra de conexão considerada válida na ausência de escolha.

Porém, ao contrário de determinadas legislações nacionais, o árbitro ou juiz não precisarão demonstrar a ausência de conexões estreitas entre a situação jurídica e a lei designada para o contrato na ausência de escolha (*prova negativa*): bastaria à sentença ou ao acórdão demonstrar adequadamente que as conexões com outro sistema são mais fortes (*prova afirmativa*).

Lista de elementos. Será desejável que as conexões mais estreitas sejam baseadas em uma combinação de múltiplos fatores de localização. Os futuros *Princípios da Haia* não devem, porém, estabelecer qualquer hierarquia entre os vários fatores a serem levados em conta. Deverá, assim, ficar a cargo do árbitro ou do juiz avaliar as circunstâncias e compor o seu próprio conjunto de fatores de localização.

7. OS LIMITES DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DE CONFLITO

A autonomia da vontade das partes e a liberdade de escolha estão sujeitas a certas restrições. A observância da *ordem pública* local e a aplicação de *regras imperativas* devem, portanto e quando necessário, prevalecer sobre a lei selecionada pelas partes. A determinação precisa desses limites, porém, será uma das mais difíceis tarefas do Grupo de Trabalho.

a) Normas cogentes e ordem pública.

Dificuldade de definição. Apesar dos *efeitos similares* sobre a determinação da lei aplicável, normas imperativas e ordem pública são *diferentes* e, por isso, devem ser diferenciadas.

De um lado, o conceito de normas imperativas não é delimitado por critérios rigorosos. Trata-se de leis que, devido à sua natureza e ao seu conteúdo, são de *aplicação direta*. Uma famosa frase de Franceskakis descreve-as como “leis cuja observação é necessária para a salvaguarda da organização política, social e econômica do país”. Seu traço distintivo repousa no conceito de organização, como no exemplo de regras de repressão a cláusulas anticoncorrenciais.⁷⁵

Ademais, a aplicação de normas imperativas é “um suplemento necessário, sem o qual o recurso à autonomia da parte não se justifica”.⁷⁶ Tais normas podem ser tanto locais como estrangeiras (quando relacionadas com a situação jurídica).

Por outro lado, o método das *normas imperativas* se distingue da *exceção de ordem pública*. Como mencionado por Pierre Mayer, “o método das regras imperativas consiste num mecanismo de determinação da lei aplicável, que tem por base a consideração dos propósitos das regras cogentes, ao passo que a exceção de ordem pública tende a afastar a lei estrangeira devido ao seu próprio conteúdo e que, não fosse por tal motivo, seria aplicável”.⁷⁷

A ordem pública, por sua vez, refere-se a todos os valores fundamentais de uma sociedade, bem como ao seu sistema jurídico, e, por essa razão, é “necessário reservar ao juiz a opção de afastar a lei [estrangeira], cujo conteúdo seja inaceitável”.⁷⁸ Daí porque a Conferência de Haia planeja incluir nos futuros *Princípios da Haia* a regra-padrão já existente noutros instrumentos. Tal preceito determinará que: “a aplicação de uma das leis especificadas por estes Princípios somente poderá ser recusada quando tal aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública (*ordre public*)”.⁷⁹

Ao invocar a proteção da *ordem pública* dever-se-á necessariamente proceder à prévia comparação entre a lei aplicável ao contrato e a lei local.⁸⁰ A aplicação da lei estrangeira deve ter como efeito a violação da ordem pública do foro ou do país em que a sentença arbitral será executada. A *mera diferença* entre as duas leis não deve ser suficiente para afastar a lei escolhida.⁸¹ Como exceção ao *princípio da autonomia das partes*, a interpretação da regra deverá sempre ser restrita.

b) A questão do reenvio.

Reenvio. A utilização da técnica do reenvio (*renvoi*) não equivale a restringir a designação das partes acerca da lei aplicável: obrigações contratuais, são um domínio onde, tradicionalmente, esse mecanismo não tem relevância.⁸² Essa solução se justifica pelo fato de que, no caso da escolha da lei, a implementação do *renvoi* acabaria por frustrar as *legítimas expectativas das partes*: a intenção dos contratantes é, sem dúvida, *escolher uma regra de fundo (substantiva)*, e não de se sujeitarem ao *renvoi* possivelmente imposto pelas regras de conexão dos sistemas estatais envolvidos. Assim, o *princípio da segurança jurídica* e, de forma correlata, o respeito à

autonomia das partes exigem que a desconsideração da lei designada, mediante o emprego do reenvio, não seja uma opção a se cogitar.

Por fim, a função coordenadora do *renvoi* fica sem sentido em razão do objetivo dos futuros *Princípios da Haia*, que é o de servir como um *modelo legislativo* e, eventualmente, de moldar a coordenação internacional de soluções por meio da uniformização do direito internacional privado. É por essa razão que a maioria das Convenções de Haia descartam a utilização do reenvio na solução dos conflitos de lei, na fórmula tornada tradicional: “o termo ‘lei’ significa a lei em vigor em certo Estado, sem consideração às suas regras de conflito de leis no espaço”.⁸³

8. CONCLUSÃO SOBRE O ESTÁGIO ATUAL DOS PRINCÍPIOS

A utilidade de um instrumento global relacionado à escolha da lei em contratos internacionais vem tomando forma há muitos anos, nos trabalhos e consultas preparatórios conduzidos pela Comissão Permanente da Conferência de Haia. A autonomia da parte nas relações contratuais internacionais seria muito reforçada pela implementação de tal instrumento.

O principal objetivo deste artigo é trazer à tona as discussões que têm sido conduzidas no âmbito da Comissão Permanente em preparação para as reuniões e diálogos com o Grupo de Trabalho sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.

Esse Projeto ousado entra agora na fase crucial de discussão e desenvolvimento de um Projeto de instrumento que, espera-se, irá beneficiar-se das sugestões e observações de todos e quaisquer interessados.⁸⁴

9. UM PANORAMA DA AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E O DIREITO BRASILEIRO

O tema da autonomia da vontade na escolha da lei é cercado de polêmica. A Introdução ao Código Civil de 1916 (LGL\1916\1) autorizava o exercício da autonomia pelas partes, determinando como lei aplicável ao contrato a *lex celebrationis*, “salvo disposição em contrário”.⁸⁵ Posteriormente, a Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400) (1942)⁸⁶ suprimiu, em seu art. 9.º, qualquer referência ao poder de disposição das partes na escolha da lei.⁸⁷ A jurisprudência, por sua vez, durante mais de 50 anos, não chegou a enfrentar diretamente essa questão, de modo que permaneceu a dúvida acerca do reconhecimento da autonomia da vontade na escolha da lei pelo direito brasileiro.⁸⁸

Enquanto isso, a doutrina dividiu-se sobre a controvérsia instaurada a partir da omissão da Lei de Introdução sobre a autonomia da vontade. Havia aqueles que se posicionavam por uma leitura estrita do texto legal,⁸⁹ enquanto outros liam-no de modo a nele visualizar sua permissão, e isso através de complexa interpretação de um de seus parágrafos.⁹⁰

É preciso notar que até os anos 90 do século XX, o comércio internacional do Brasil era tímido, com pouca abertura às importações, concentrado na exportação de matérias-primas, sendo as empresas brasileiras muito pouco ativas na cena internacional. No campo das importações,

havia inúmeras restrições tanto de ordem monetária quanto em relação às mercadorias em si, como por exemplo, a proibição *tout court* da importação de itens considerados como supérfluos, sob o argumento da necessidade de manter equilibrada a balança comercial.

Embora a exportação de matérias-primas ainda seja preponderante na balança comercial, o Brasil tem alterado a sua posição frente aos demais Estados, e abriu-se à importação de bens de capital e de consumo, dentre outros. Nas décadas seguintes, as empresas brasileiras passaram a atuar no comércio internacional de forma mais intensa, por meio de fusões e aquisições inclusive.⁹¹

Voltando ao tema da autonomia, é bem verdade que, em 1996, foi promulgada a Lei de Arbitragem, um instrumento moderno que previu expressamente a possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável.⁹² Esse dispositivo legal foi, indubitavelmente, um avanço considerável ao sistema anterior. No Mercosul, embora não existam regras sobre a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, há permissão para a autonomia da vontade quando a controvérsia for solucionada mediante arbitragem. A regulamentação da matéria ocorreu através do disposto no Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1992, que, todavia só entrou em vigor no Brasil por meio do Dec. 4.719/2003. O art. 10 do Acordo dispõe expressamente que: “As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito do comércio internacional (...)”. Na ausência de escolha, caberá aos árbitros decidir também segundo as fontes existentes.

Especificamente com relação à Lei de Introdução, não houve qualquer alteração legislativa⁹³ e a jurisprudência deixou claro que, embora permitida no caso da arbitragem, a escolha da lei pelas partes não era autorizada pelo art. 9.º da LICC (LGL\1942\3), agora LIN (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).⁹⁴ Casos mais recentes tampouco resolveram o problema, e a situação é de incerteza jurídica sobre a utilização da autonomia da vontade na escolha da lei em contratos internacionais cujos litígios sejam julgados pelo Judiciário brasileiro.⁹⁵

No plano internacional, apesar de o Brasil ter participado intensamente da V Conferência Interamericana Especializada em Direito Internacional Privado, também conhecida como Cidip V (México, 1994), durante a qual firmou a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, o seu texto até o momento sequer foi enviado ao Congresso Nacional. Esta moderna convenção tem uma posição clara em favor da autonomia da vontade,⁹⁶ mas segue sem grande utilidade nas Américas, pois somente foi ratificada pelo México e Venezuela. No âmbito do Mercosul, verifica-se uma grande reticência dos países integrantes do bloco com relação ao exposto reconhecimento do princípio, não havendo nenhum instrumento comunitário que o tenha adotado para a questão da lei aplicável aos contratos internacionais. O Protocolo de Buenos Aires sobre a jurisdição Internacional em Matéria Contratual previu o respeito à cláusula expressa de eleição de foro, que poderá ser acordada seja no momento da contratação ou quando surgir o litígio.⁹⁷

No momento, há esperança de mudança nesse quadro, mas ainda de forma incompleta. Primeiramente, com a adoção pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e

Venda Internacional de Mercadorias – CISG, que reconhece a autonomia das partes na determinação da lei para regular esses contratos.⁹⁸ Além disso, o novo Projeto de Código de Processo Civil (LGL\1973\5) permite que as partes passem a escolher o foro em contratos internacionais.⁹⁹

Todavia, fato é que permanece em vigor o art. 9.º da LIN (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), a requerer uma atitude proativa do Legislativo, no sentido de admitir expressamente a eleição da lei aplicável em contratos internacionais. Perdida a oportunidade de sua modificação com a edição do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002, a Lei de Introdução foi recentemente alterada apenas no nome – chama-se agora Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o que certamente indica que não está no horizonte do atual Governo ou do Congresso modificar o *status quo* e adotar de forma clara e definitiva o princípio da autonomia da vontade na escolha da lei, a exemplo do que ocorreu, há décadas, na União Europeia¹⁰⁰ nos Estados Unidos,¹⁰¹ e vários outros países.

10. CONCLUSÃO

Hoje, no Brasil, há um claro incentivo a que os contratos internacionais sejam, em caso de disputa, levados à arbitragem, na qual o princípio da autonomia da vontade é amplamente respeitado. Note-se que o art. 2.º da Lei de Arbitragem brasileira foi ainda mais longe, ao permitir a escolha pelas partes da *lex mercatoria* para reger seu contrato.

Nesse sentido, os futuros *Princípios*, elaborados pela Conferência de Haia, que contempla um conjunto de normas de *soft law*, servirão para inspirar o Poder Legislativo acerca da necessária modernização do art. 9.º da LIN (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pois representam o consenso internacional na matéria. Por essa razão, o Brasil acompanha com entusiasmo o trabalho da Conferência de Haia na elaboração dos *Princípios sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais* e espera que quando este trabalho for finalizado possa auxiliar na mudança do quadro atual da matéria no país.

**

[2] Este artigo foi originalmente escrito por membros do Escritório Permanente da Conferência de Haia, dentre os quais Marta Pertegás, *Secretária*, e Ivana Radic, *Legal Officer*, assim como Peggy Carlier, Ning Zhao, Éphigénie Gagné e Aïcha Brahma, *Estagiárias*. O Escritório Permanente agradece especialmente a Peggy Carlier, que dedicou grande parte do seu estágio no Escritório Permanente à elaboração deste artigo. O artigo foi traduzido para o português, atualizado e acrescido de informações sobre o direito brasileiro por Nadia de Araújo e Lauro Gama Jr., *Doutores em Direito Internacional (USP)* e *Professores de Direito Internacional Privado da PUC-Rio*, com a assistência de Julia de Lamare, Lidia Spitz e Bruno Barreto de Azevedo.

[3] A Conferência de Haia sobre o Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de caráter global. Criada em 1893, tornou-se uma organização permanente em 1955, quando da entrada em vigor do seu Estatuto. A missão da Conferência de Haia consiste na “progressiva unificação” das regras de direito internacional privado. Isso inclui a

construção de consensos internacionais em torno de questões como jurisdição dos tribunais, direito aplicável, e o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em um variado campo de domínios jurídicos, que vão desde o direito comercial e o direito bancário ao direito processual internacional; e desde a proteção das crianças até temas ligados ao casamento e ao estado das pessoas. Para maiores informações, veja: [www.hcch.net].

[4] T. Kruger, “Feasibility study on the choice of law in international contracts – Overview and analysis of existing instruments”, Prel. Doc. n. 22 B, de março de 2007. Esta informação está disponível no site da Conferência de Haia [www.hcch.net], sob os títulos “Work in Progress”, “General Affairs” e “Prel. Doc. n. 22 B of march 2007”.

[5] I. Radic, “Feasibility study on the choice of law in international contracts – Special focus on international arbitration”, Prel. Doc. n. 22 C, de março de 2007. Esta informação está disponível no site da Conferência de Haia [www.hcch.net], sob os títulos “Work in Progress”, “General Affairs” e “Prel. Doc. n. 22 C of March 2007”.

[6] “Feasibility study on the choice of law in international contracts – Report on work carried out and preliminary conclusions”, Prel. Doc. n. 22 A, de março de 2007, and “Feasibility study on the choice of law in international contracts – Report on work carried out and conclusions (follow-up note)”, Prel. Doc. n. 5, de fevereiro de 2008. Esta informação está disponível no site da Conferência de Haia [www.hcch.net], sob os títulos “Work in Progress”, “General Affairs”, “Prel. Doc. n. 22A of march 2007” e “Prel. Doc. n. 5 de fevereiro de 2008 (follow-up note)”.

[7] O Grupo de Trabalho é formado por: Neil B. Cohen, Professor of Law, Brooklyn Law School (U.S.A.); Hon. Justice Clyde Croft, Supreme Court of Victoria, Melbourne, Australia; Sibidi Emmanuel Darankoum, Professor of Law, University of Montreal (Canada); Andrew Dickinson, Visiting Fellow in Private International Law, British Institute of International e Comparative Law; Solicitor Advocate, Consultant to Clifford Chance LLP, London, United Kingdom; Ahmed Sadek EL Kosheri, Partner of Kosheri, Rashed e Riad, Legal Consultants e Attorneys at Law, Cairo, Egypt; Bénédicte Fauvarque-Cosson, Professor of Law, University Paris II Panthéon-Assas, France; Lauro Gama Jr., Advogado especializado em direito internacional e arbitragem comercial; Professor-adjunto, PUC-Rio, Brasil; Francisco J. Garcimartín Alférez, Professor of Law, University of Rey Juan Carlos, Madrid, Spain; Daniel Girsberger, Professor, University of Lucerne, Law School, Switzerland; Yujun Guo, Professor of Law, Wuhan University, China; Marielle E. Koppenol-Laforce, Professor of Law, University of Leiden; Lawyer (International Contracts and Litigation), Houthoff Buruma, Amsterdam, Netherlands; Dieter Martiny, Professor Em. of Law, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Mittelweg, Hamburg, Germany; Campbell McLachlan, Professor of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand; José Antonio Moreno Rodríguez, Professor, Cedep – Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Asunción, Paraguay; Jan L. Neels, Professor of Private International Law, Faculty of Law, University of Johannesburg, South Africa; Yuko Nishitani, Associate Professor, *Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht*, Hamburg, Germany; Richard F. Oppong, Lecturer in Law, Lancaster University, Law School, Lancaster, United Kingdom; Geneviève Saumier, Professor of Law, McGill University, Faculty of Law, Canada; Ivan Zykin, Vice-Chair of the International Commercial Court of Arbitration,

Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Moscow, Russia.

[8] Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência (31.03.2009 – 20.04.2009). Esta informação está disponível no site da Conferência de Haia [www.hcch.net], sob os títulos “Work in Progress”, “General Affairs” e “Conclusions and Recommendations adopted by the Council (31 march – 02 april 2009)”.

[9] Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência (07 a 09.04.2010). Esta informação está disponível no site da Conferência de Haia [www.hcch.net], sob os títulos “Work in Progress”, “General Affairs” e “Conclusions and Recommendations adopted by the Council (07-09 april 2010)”.

[10] A Comissão Especial contará somente com representantes governamentais. Porém, alguns deles poderão ser antigos membros do Grupo de Trabalho.

[11] Trad. livre: “Frequentemente dão origem às questões que envolvem a lei aplicável aos contratos” e “é apropriado indicar árbitros para considerar o conflito das regras de direito em casos nos quais a lei aplicável aos contratos é uma questão”.

[12] O. Lando, Conflict-of-Law Rules for Arbitrator”, *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, p. 157.

[13] A respeito deste famoso conceito e, em particular, no que concerne à relação entre a filosofia do voluntarismo e a teoria legal, ver V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris 1980.

[14] As respostas ao questionário revelaram, ainda, que os Estados não consideram *soft law* útil para os tribunais, ver Prel. Doc. n. 5, de fevereiro de 2008, op. cit., nota 3, n. 13, p. 6. Para uma reflexão sobre o caráter normativo e a eficácia desta abordagem, ver H. Hartnell, Living La Vida Lex Mercatoria, *Revue de droit uniforme 2007*, vol. XXII, p. 735 et seq.

[15] Ver T. Kruger, op. cit., nota 1.

[16] Também levando em conta a ligação entre tribunal competente e a lei aplicável, os Princípios da Haia deverão estar em plena consonância com a Convenção de 2005 sobre a Escolha de Foro. Em relação a este tipo de paralelo, ver, por exemplo, Z. Tang, The Interrelationship of European Jurisdiction and Choice of Law in Contract, *Journal of Private International Law 2008*, vol. 4, issue 1, p. 35 et seq.

[17] As respostas ao questionário mostram que mais de 2/3 dos Estados-membros da Organização que responderam às perguntas consideram que um novo instrumento seria útil para auxiliar as partes do contrato, as autoridades judiciais ou os painéis de arbitragem, ver Prel. Doc. n. 5, op. cit., nota 3.

[18] H. van Loon, Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé

dans le cadre de la Conférence de La Haye, in: J. Erauw E. A. (ed.), *Liber Memorialis François Laurent*, 1141-1142.

[19] Proposta do Governo da Checoslováquia, em “Suggestions from certain Governments concerning the future work of the Conference”, Prel. Doc. n. 10, de janeiro de 1980, *Actes e Documents de la Quatorzième session*, t. I, *Miscellaneous matters*, editado pelo Escritório Permanente da Conferência, Printing Office do Governo holandês, Haia, 1982, n. 18, p. I-158.

[20] H. Van Loon, “Feasibility study on the law applicable to contractual obligations”, Prel. Doc. E, de dezembro de 1983, *Proceedings of the Fifteenth Session*, t. I, *Miscellaneous matters*, editado pelo Escritório Permanente da Conferência, Printing Office do Governo holandês, Haia, 1986, n. 36, p. 98.

[21] Ata n. 2 da Primeira Comissão, *idem*, p. 199-200.

[22] “O reconhecimento de que o uso de certos métodos de menor efeito vinculante do que convenções internacionais é, em certos casos, uma forma de promover a mais fácil adoção e mais generalizada difusão de soluções comuns permite que a Conferência, mantendo como objetivo principal a preparação de convenções internacionais, possa, não obstante, utilizar outros procedimentos de menor efeito vinculante, como as recomendações ou leis-modelo, nos casos em que, tendo em conta as circunstâncias, tais procedimentos pareçam ser particularmente apropriados”, Ata Final da Décima Quarta Sessão (25.10.1980), *op. cit.*, nota 13, p. I-63. Sobre este assunto, ver também G. Droz, *La Conférence de La Haye de droit international privé: traités internationaux ou lois modèles?*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, p. 507-521, 1961; *idem*, *Conférence de La Haye de droit international privé, Répertoire international Dalloz*, n. 15, 1998.

[23] Na verdade, esta observação já foi feita durante os anos 1980, ver H. van Loon, *op. cit.*, nota 14, n. 17, p. 103.

[24] *Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 11 de abril de 1980* (Uncitral); ver V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises: droit uniforme*, Paris, LGDJ, 2000.

[25] Arts. 4 e 5 da CVIM.

[26] Para as estatísticas globais sobre o comércio internacional de serviços, consultar o site da OMC (informações gerais sobre o Gats), disponível em: [www.wto.org/index.htm] [última consulta em 29.06.2010].

[27] Ver, em contrário, a formulação de regras da UE, que se referem à escolha da lei e parecem, como resultado, excluir implicitamente a *lex mercatoria*, cf., O. Lando and P. A. Nielsen, *The Rome I proposal*, *Journal of Private International Law 2007*, vol. 3, issue 1, p. 30-34. Cf., contudo, *consideranda* 13 e 14 do Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17.06.2008 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I), OJ L 177/6, 04.07.2008,

p. 6.

[28] *Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 19 de junho de 1980* entrou em vigor 01.04.1991, OJ n. C 27, 26.01.1998, p. 34.

[29] Regulamento I de Roma, op. cit., nota 21.

[30] *Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável à Venda Internacional de Mercadorias de 15 de junho de 1955, Hague Convention of 14 march 1978 on the Law Applicable to Agency, e Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias.*

[31] Sobre o tema dos contratos de consumo, a ausência de regras específicas na Convenção de 1955 deve ser levada em conta, juntamente com o extrato da Ata Final da Décima Quarta Sessão (*Proceedings of the Fourteenth Session*, t. II, *Consumer sales*, editado pelo Escritório Permanente da Conferência, Imprensa Oficial do Governo holandês, Haia, 1982, p. II-177 a II-180), que contém um projeto de Convenção a respeito de certos contratos de venda feitos pelo consumidor. No entanto, esse assunto não foi incluído na Convenção de 1986. Cf. também J. Fawcett, J. Harris and M. Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford, OUP, 2005, p. 871.

[32] Para a definição de a parte mais fraca, ver, e.g., F. Leclerc, “em vez de uma condição permanente e imutável de uma das partes contratantes, relevante independentemente da personalidade do seu parceiro, a situação de fragilidade reflete uma violação da igualdade entre as partes do contrato, uma disparidade de forças opostas dentro da relação contratual”, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruylant, Brussels, 1995, n. 2, p. 2; ver também P. Mayer, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaisons franco-belges*, BDP, Paris, LGDJ, t. 261, p. 513.

[33] Prel. Doc. n. 5, de fevereiro de 2008, op. cit., nota 3.

[34] Regulamento I de Roma, op. cit., nota 21; por outro lado, as perspectivas de uma abertura da autonomia das partes como uma conexão de matérias contratuais no Brasil parecem bastante pobres, dadas as diferentes iniciativas legais pendentes no Senado. Comparar o PL 243/2002, em especial os arts. 31 a 33, com o PL 269/2004, *Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas*, disponível no site do Senado brasileiro [www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2004/09/16092004/29717.pdf] [última consulta em 29.06.2010], com nossos agradecimentos ao Prof. Lauro Gama Jr.

[35] Para considerações acerca da *lex mercatoria*, ver e.g. F. de Ly, *Lex mercatoria (new law merchant): globalization and international self-regulation*, *Diritto del commercio internazionale* (2000), p. 555 et seq.; Ch. Pamboukis, “La lex mercatoria reconsidérée”, “Le droit international privé: esprit et méthodes”, *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 635 et seq.; J.-M. Jacquet and P. Delebecque, *Droit du commerce international*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2002, n. 162 et seq., p. 95 et seq.; O. Cachard, *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, 2008,

n. 20, p. 9; J. Béguin and M. Menjucq, *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005, n. 58 et seq., p. 53 et seq., e n. 2.701 et seq., p. 1047 et seq.; P. A. Gourion, G. Peyrard and N. Soubeyrand, *Droit du commerce international*, 4e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 89 et seq.

[36] Em apoio a esta solução: “a aplicação de regras, sabidamente privadas na origem, mas codificadas, assim como os Princípios do Unidroit, parece ser uma prática muito mais adequada ao árbitro que encontra auxílio em regras não nacionais, ao invés de regras estatais, por ser mais apropriado no caso em questão: tais regras podem ser facilmente consultadas e são precisas e adequadas ao comércio internacional. O árbitro deve, no entanto, aplicá-las de maneira justa e razoável, quando as circunstâncias autorizem tal aplicação”, J. Béguin e M. Menjucq, op. cit., nota 29, n. 2.712, p. 1058.

[37] Art. 28(1) da Lei Modelo da Uncitral; art. 46 das Regras de Arbitragem do Instituto Holandês de Arbitragem; art. 42(1) da Convenção ICSID; art. 3(1) das Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio de Milão; art. 1.496, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5) da França; art. 1.054(2) do CPC (LGL\1973\5) da Holanda; art. 1.051 do CPC (LGL\1973\5) Alemanha; art. 187(1) da Lei Federal sobre Direito Internacional Privado da Suíça. Ver também Prel. Doc. n. 22 C, op. cit., nota 2, p. 4, e O. Lando e P. A. Nielsen, op. cit., nota 21, p. 31.

[38] P. E. Nygh, The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort, *RCADI*, vol. 251, p. 307-309, 1995; H. J. Sonnenberger, *Münchener Kommentar zum BGB*, 4th ed. Munich, 2006, Introduction, vol. 10, n. 267 et seq.; D. Martiny in *Münchener Kommentar zum BGB*, 4th ed. Munich, 2006, vol. 10, art. 27, n. 28 et seq.; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht, 6. Auflage*, pub. Mohr Siebeck Tübingen, 2006, p. 464-465.

[39] Projeto do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I), COM (2005) 650 final.

[40] O. Lando e P. A. Nielsen, op. cit., nota 21, p. 31-32; D. Bureau e H. Muir Watt, *Droit international privé, Partie spéciale*, Paris, PUF, 2007, vol. 2, p. 304.

[41] Art. 3(1), Regulamento I de Roma, op. cit., nota 21. Para uma crítica a esta solução, considerada como o “ponto fraco” do Regulamento I de Roma, ver F. Marrella, “The New (Rome I) European Regulation on the law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?”, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19, issue 1, p. 107, 2008.

[42] O. Lando e P. A. Nielsen, op. cit., nota 21, p. 34 e R. Wagner, *Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung)*, IPrax, 2008, p. 379.

[43] Outra vantagem consiste no fato de que os Princípios são mais facilmente compreendidos e acessíveis para as partes do que a escolha de regras estatais, que, por razões de neutralidade, poderiam ser inteiramente alheios à sua situação jurídica, M. J. Bonell, *Die Unidroit-Prinzipien der internationalen Handelsverträge: Eine neue Lex Mercatoria?*, ZfRV, 1996, p. 153.

[44] Neste sentido, ver D. Martiny, *op. cit.*, nota 32, art. 27, n. 22 e citações.

[45] P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 58-60.

[46] Convenção Interamericana sobre Lei Aplicável aos Contratos Internacionais de 17.03.1994.

[47] A Seção 1-301 do Código Comercial Uniforme prevê que:“(c) Except as otherwise provided in this section:

(1) an agreement by parties to a domestic transaction that any or all of their rights and obligations are to be determined by the law of this State or of another State is effective, whether or not the transaction bears a relation to the State designated; and

(2) an agreement by parties to an international transaction that any or all of their rights and obligations are to be determined by the law of this State or of another State or country is effective, whether or not the transaction bears a relation to the State or country designated.”

Também S. Symeonides, *American Private International Law*, Holanda, Kluwer International, 2008, n. 432 *in fine*, p. 199-200.

[48] Cf. *infra*, ponto 5.

[49] Art. 7 (em matéria de acordos de arbitragem) da Lei Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, alterada em 2006.

[50] Art. 3, *c)*, da Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro. Comparar com a definição de “acordo por escrito” contida na *Convenção de Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família, de 23.11.2007*.

[51] Art. 9 da Convenção de Roma de 19.06.1980; art. 11 do Regulamento I de Roma; art. 13 da *Convenção Interamericana sobre Lei Aplicável aos Contratos Internacionais de 17.03.1994*.

[52] Art. 9(2) da *Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais de 23.11.2005*. Disponível em:

[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html].

Última consulta em: 29.06.2010.

[53] Art. 7 da Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais. Disponível em: [www.oas.org/DIL/CIDIPV_convention_internationalcontracts.htm]. Última consulta em: 29.06.2010.

[54] *Akai Pty Ltd vs. People's Insurance Co Ltd* (1996) 188 CLR 418 (High Court of Australia); P. Nygh and M. Davies, *Conflict of Laws in Australia*, 7th ed. 2002, LexisNexis Butterworths, Chatswood, n. 19.4, p. 360-362.

[55] Art. 3 do Regulamento I de Roma; comparar com a Convenção de Roma, que é formulada de maneira mais restritiva: “A escolha *precisa* ser expressa ou demonstrada com razoável certeza pelos termos do contrato ou pelas circunstâncias do caso, art. 3 da Convenção de Roma de 19 de

junho de 1980 (grifou-se). Para uma descrição dos antecedentes à adoção do Regulamento I de Roma, ver R. Wagner, op. cit., nota 36, p. 378.

[56] “Um ato judicial, quer contenha ou não um elemento estrangeiro, é regulado pela lei expressamente designada, a qual pode ser inferida com certeza a partir do termo do ato”, art. 3.111, § 1.º do Código Civil (LGL\2002\400) de Quebec.

[57] “Porém, mesmo quando o contrato não se refere a nenhum Estado, o fórum deve ser capaz de concluir, a partir de suas previsões, que as partes queriam ter a lei de um determinado Estado aplicada. Assim, o fato de que o contrato contém expressões legais ou faz referência a doutrinas jurídicas, que são peculiares à lei local de um determinado Estado, pode fornecer evidências convincentes de que as partes desejavam ter esta lei aplicada. Por outro lado, a regra desta seção é inaplicável a menos que possa ser estabelecido que as partes tenham escolhido o Estado da lei aplicável. Isto não é suficiente para demonstrar que as partes, se pensaram sobre o assunto, teriam desejado ter a lei de um determinado país aplicada”, Restatement of the law, Second, *American Law Institute*, St. Paul, ALI Publishers, 1971, vol. 1, para. 187, commentary a., p. 561-562; S. Symeonides, op. cit., nota 41, n. 450, p. 209.

[58] *Sonat Exploration Co. c. Cudd Pressure Control, Inc* 271 S.W.3d 228 Tex., 2008.

[59] Art. 21 da Convenção Árabe sobre Arbitragem Comercial (Amman, 14.04.1987).

[60] Art. VII da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 21.04.1961; art. 33 das Regras de Arbitragem da Uncitral; art. 28 da Lei Modelo da Uncitral; art. 28 das Regras de Arbitragem Internacional de Associação Americana de Arbitragem.

[61] O. Lando, op. cit., nota 6, p. 174.

[62] A. Dicey, J. Morris and L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed. London, Sweet e Maxwell/Rule 203, 2006, vol. 2, n. 32-80, p. 1567 (no tocante à Convenção de Roma).

[63] P. Lagarde, Le dépeçage en droit international privé des contrats, *Riv. Dir. Int. Priv e Proc.*, n. 1, p. 649, 1975.

[64] J.-M. Jacquet, ver “*Contrats*”, Répertoire de Droit international, Dalloz, 1998, n. 56-57, p. 13. Segundo Bernard Audit, esta visão restritiva é inspirada “pela preocupação de observar os estabelecimentos legais e pelo medo do desequilíbrio entre as partes”, B. Audit, *Droit international privé*, 5e éd., 2008, n. 821, p. 685.

[65] *Dépeçage* é uma “forma de realização da vontade de contratar”, P. Lagarde, op. cit., nota 57, n. 4, p. 652. Comparar: “*dépeçage* é simplesmente uma manifestação (ou a conclusão lógica) do princípio da autonomia das partes”, R. Plender, *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2nd ed., London, Sweet e Maxwell, 2001, n. 5-17, p. 100-101; M. Ekemans, Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. I,

p. 247, pub. Nemesis, 1986.

[66] *Dépeçage* é, de fato, permitido por vários instrumentos, incluindo, em especial, a Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre “A autonomia das partes em contratos internacionais entre pessoas físicas e jurídicas” (“as partes devem escolher a lei aplicável a todo ou a uma ou mais partes do contrato”, art. 7 da Resolução, Sessão de Basel 1991, RCDIP, 1991, p. 198), a Convenção de Roma, de 19.06.1980 e o Regulamento I de Roma (“as partes podem escolher a lei aplicável a todo ou a partes de contrato”, art. 3(1)). Em relação à arbitragem, ver I. Radic, op. cit., nota 2.

[67] J. Fawcett e J. Carruthers, “Choices must be logically consistent”, *Cheshire, North and Fawcett: Private international law*, 14th ed., Oxford, 2008, p. 691. Cf.: “o único limite do *dépeçage* é visto na prática: a aplicação de diversas leis a um único contrato não deve romper a sua coerência”; J.-M. Jacquet, op. cit., nota 58, n. 55, p. 13; “quando o contrato pode ser dividido em diferentes partes, a escolha deve ser logicamente consistente, i.e., deve se relacionar a elementos do contrato que são regidos por diferentes leis sem dar origem a contradições. Por exemplo, uma ‘cláusula de indexação’ deve estar sujeita a uma lei diferente; por outro lado, é improvável que a rejeição do contrato por não cumprimento seria submetida a duas leis diferentes, uma do vendedor e outra do comprador. Se as leis escolhidas não puderem ser conciliadas de maneira lógica, deve-se recorrer [à lei aplicável em caso de escolha]”, M. Giuliano and P. Lagarde, “Report concerning the convention on the law applicable to contractual obligations”, OJEC 31.10.1980, n. C 282, p. 17.

[68] Em relação às discussões sobre este assunto em conexão com a Convenção de 1986, ver *Proceedings of the Extraordinary Session of October 1985, Diplomatic Conference on the law applicable to sales contracts*, editado pelo Escritório Permanente da Conferência, Imprensa Oficial do Governo holandês, Haia, 1987, n. 50-54, p. 725.

[69] Para um perfil dos diversos métodos utilizados em assuntos arbitrais quando as partes não designaram a lei aplicável, ver O. Lando, op. cit., nota 6, p. 164-169.

[70] A regra poderia ser redigida como se segue, por exemplo: “Na ausência de escolha, a lei aplicável ao contrato deve ser aquela da localização da residência habitual da parte que deve fornecer ou deveria ter fornecido as características de execução do contrato”.

[71] Comparar com as Seções 189 a 197 do Restatement, Second, como descrito por S. Symeonides, op. cit., nota 41, n. 490, p. 226-227. A referência a uma lista específica de contratos é também utilizada pelas regras da Comunidade Europeia, especificamente no art. 4 do Regulamento I de Roma. Para as razões de fundo da adoção desta disposição, ver R. Wagner, op. cit., nota 36, p. 381 et seq. Por outro lado, o art. 9 da Convenção Interamericana sobre Lei Aplicável aos Contratos Internacionais não dispõe acerca de cláusulas específicas para cada classe de contrato.

[72] P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI, 1986-I, t. 196, p. 9 et seq.

[73] Comparar com o art. 4(4) *in fine* do Regulamento I de Roma, op. cit., nota 21: “Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected”.

[74] As leis da Suíça, de Quebec e da Bélgica preveem especificamente que a cláusula de exceção nunca será aplicada quando a lei estiver designada no instrumento jurídico, ver Lei Federal da Suíça sobre Direito Internacional Privado, de 18.12.1987, *Feuille Fédérale*, 12.01.1988 [1988.I.5], RCDIP, 1988, p. 409, site das autoridades federais da Confederação da Suíça, disponível em: [www.admin.ch/ch/f/rs/c291.html], última consulta em: 29.06.2010; Lei de Quebec, de 14.12.1991, que codificou o direito internacional privado como o décimo livro do Código Civil (LGL\2002\400) de Quebec (arts. 3.076-3.168), disponível no site do Ministério da Justiça [www.justice.gouv.qc.ca/english/sujets/glossaire/code-civil-a.htm], última consulta em: 29.06.2010; Lei da Bélgica, de 16.07.2004 estabelecendo que o Código de Direito Internacional Privado, *Moniteur Belge*, 27.07.2004, p. 57344; RCDIP, 2005, p. 154, texto disponível no site do Ministério da Justiça (procurar pela data de adoção = 16.07.2004), disponível em: [www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm], última consulta em: 29.06.2010.

[75] Ph. Franceskakis, “Lois d’application immédiate et droit du travail: l’affaire du comité d’entreprise de la Compagnie des wagons-lits”, *Rev.crit.DIP*, 1974, p. 275. Ver também, Ph. Franceskakis, “Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1.

[76] P. Mayer, ver “Lois de police”, *Répertoire international Dalloz*, n. 26, p. 4 (1998).

[77] *Idem*, n. 27, p. 4.

[78] H. Battifol e P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, 8e éd., Paris, LGD, 1993, t. 1, p. 569.

[79] Ver, por exemplo, art. 17 da *Convenção e Haia sobre Lei Aplicável à Agência de 14 de março de 1978*, disponível no site da Conferência de Haia [www.hcch.net].

[80] H. Battifol e P. Lagarde, op. cit., nota 72, p. 569.

[81] A. Dicey, J. Morris e L. Collins, op. cit., nota 56, Rule 210, n. 32-230, p. 1627.

[82] P. Nygh, op. cit., nota 32, p. 324.

[83] J. Derruppé, *Le renvoi dans les conventions internationales*, J-Cl. International, fasc. 532-533 (1993), n. 7, p. 3. Vere, e.g., art. 12 do *Protocolo de Haia sobre Lei Aplicável à Manutenção das Obrigações de 23 de novembro de 2007*, disponível no site da Conferência de Haia em: [www.hcch.net].

[84] Os autores agradecem os comentários e observações, que deverão ser enviados ao seguinte

endereço de email: [secretariat@hcch.net].

[85] Art. 13 da Introdução ao Código Civil de 1916 (LGL\1916\1): “Regulará, salvo disposição em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas”.

[86] Hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei 12.376/2010 ao Dec.-lei 4.657/1942).

[87] Art. 9.º da LIN (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro): “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

[88] Para um estudo aprofundado da matéria, veja-se em Nadia de Araújo, *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, 5. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

[89] Nadia de Araújo, op. cit., p. 396-397; João Grandino Rodas. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais, in: ____ (coord.), *Contratos internacionais*, 3. ed., São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 59; Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro interpretada*, 15. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 321-328, especialmente, p. 324.

[90] Jacob Dolinger, A livre escolha pelas partes da lei aplicável nos contratos internacionais, *Revista de Direito do Estado*, n. 6, p. 243, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, n. 2, p. 243) e Jacob Dolinger, *Direito internacional privado (parte especial) – Contratos e obrigações no direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 450-461, especialmente, 457-458; Haroldo Valladão, *Direito internacional privado – Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, vol. II, p. 186.

[91] Em 2011, o comércio exterior brasileiro registrou corrente de comércio recorde de US\$ 482,3 bilhões, com ampliação de 25,7% sobre 2010, quando atingiu US\$ 383,7 bilhões. O saldo comercial atingiu US\$ 29,8 bilhões em 2011, significando ampliação de 47,9% sobre o consignado no ano anterior, de US\$ 20,1 bilhões, motivado por um maior aumento das exportações em relação às importações. Na comparação com 2010, as vendas de produtos básicos cresceram 36,1%, e os semimanufaturados e os manufaturados se ampliaram em, respectivamente, 27,7% e 16,0%. O grupo de produtos industrializados respondeu por metade do total exportado pelo Brasil no ano de 2011. Dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: [www.desenvolvimento.gov.br]. Acesso em: 27.06.2012.

[92] Art. 2.º da Lei 9.307/1996: “Art. 2.º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1.º 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.

§ 2.º 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.”

[93] Com exceção da que alterou apenas o título da LICC (LGL\1942\3), que agora se denomina Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na forma da Lei 12.376/2010.

[94] No julgamento do AgIn 1.111.650, ainda do 1.º TACivSP, discutia-se se o litígio seria objeto de arbitragem e se a escolha das partes em uma cláusula de lei aplicável seria válida, tendo em vista o disposto no art. 9.º da LIN (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Decidiu o Tribunal que diante da validade da cláusula arbitral, a teor do disposto no art. 2.º da Lei de Arbitragem, deveria ser respeitada a lei validamente escolhida, e não a restrição da Lei de Introdução.

[95] Recentemente o TJSP, na ApCiv 0125708.85.2008.8.26.0000, ressaltou o caráter imperativo do art. 9.º da Lei de Introdução, em especial a aplicação da lei brasileira por ser um contrato de transferência de tecnologia. Já em outro caso (ApCiv 9066155.90.2004.8.26.0000), o mesmo tribunal aceitou a escolha da lei pelas partes, mas não esclareceu onde o contrato havia sido celebrado. Outros casos julgados pelo TJRJ também não são uníssomos com relação ao princípio da autonomia da vontade. Para análise da jurisprudência, veja-se Nadia de Araújo, op. cit., p. 396-397, e ainda Nadia de Araújo, *Contratos internacionais*, 4. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

[96] A Cidip V, resultado da Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, prevê expressamente em seu art. 7.º que o contrato deverá ser regido pela lei escolhida pelas partes.

[97] O Protocolo entrou em vigor com o Dec. 2.095/1996. “Art. 4.º Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais.

Art. 5.º O acordo de eleição de jurisdição pode realizar-se no momento da celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio. A validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo. Em todo caso, será aplicado o direito mais favorável de validade do acordo.”

[98] No momento a CISG já passou pelos trâmites da Câmara e esta no Senado, para aprovação final. Projeto de Decreto Legislativo 73/2012.

[99] Acrescido ao relatório do Deputado Sérgio Barradas, o art. 25 do novo CPC (LGL\1973\5) terá a seguinte redação: “Art. 25. Não competem à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento das ações quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, arguida pelo réu na contestação. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.”

[100] Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17.06.2008 sobre

a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Art. 3.º: “O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas parte do contrato”.

[101] Restatement of the Law Second. Conflict of Laws 2d. Chapter 8. Contracts s 186. Applicable law issues in contract are determined by the law chosen by the parties in accordance with the rule of s 187 and otherwise by the law selected in accordance with the rule of s 188.