

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE NO BRASIL**

ADRIANA DOS SANTOS SILVA

Florianópolis, julho de 2007

ADRIANA DOS SANTOS SILVA

**A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE NO BRASIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção de título de Doutor em Direito.

Orientador: Dr. Welber Oliveira Barral

Florianópolis, julho de 2007

A meus pais, pelo amor incondicional.
Ao Xavier Maillart, pelo apoio e desafios.

Agradecimentos

A meus pais, Diolnei Barbosa Silva e Teresinha dos Santos Silva, por estarem presentes em mais esta etapa de minha vida. Por serem a base forte e o porto seguro. Por serem, simplesmente, os pais que eu pedi a Deus.

Ao Xavier, por ter sido o suporte, a luz e a força nos momentos difíceis. Por me fazer continuar quando tudo parecia sem sentido e, sobretudo, por acreditar em desafios. Por fazer da minha vida uma verdadeira lição de direito internacional. Com você, Xav, compreendi a vida a dois como uma luta diária e o sentido da frase “há mais mistérios entre o céu e a terra do que sonha nossa vã filosofia (Shakespeare)”. À toi, merci pour tout!

A meu orientador, Prof. Dr. Welber Barral, pelo estímulo, pela confiança e, principalmente, pela amizade.

À Prof. Dr.^a Cecília Caballero Lois, pelo carinho, pela paciência e sabedoria. Por ser um exemplo profissional e pessoal a ser seguido.

Ao Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel, pelo carinho e pelas oportunidades concedidas.

Ao Prof. Dr. Carlos Mota Esplugues, pela paciência, pelo incentivo e pelas orientações realizadas na bela Valência.

À Universidade de Valência, por permitir a realização do doutorado-sanduiche em sua instituição.

À CAPES, pela concessão da bolsa de estudos no exterior, sem a qual a pesquisa no estrangeiro não poderia ser realizada.

Ao CNPq, por incentivar a pesquisa e financiar, por meio de bolsa de estudos no Brasil, grande parte deste trabalho.

“Jamais seremos completamente livres. Se eu fosse inteiramente livre, vocês seriam meus escravos. Conheço os homens. O limite da minha liberdade é a liberdade dos outros. São limites sociais. Meu poder, minha liberdade não podem invadir a liberdade dos outros. A igualdade também não é absoluta. É impossível. São conceitos relativos. Talvez nesta nova época, os homens, com maior sobriedade, com menos embriaguez ideológica, com menos fanatismos, comecem a compreender isso.”

Octavio Paz

Resumo

Esta pesquisa investiga se a arbitragem, meio alternativo de resolução de controvérsias, pode ser considerada um instrumento para a promoção do desenvolvimento no Brasil. Para tanto, toma-se como base o conceito contemporâneo de desenvolvimento, que associa este a critérios sociais e humanos, e não simplesmente a crescimento econômico. Uma das vertentes desse conceito de desenvolvimento – desenvolvimento humano – é o denominado “Desenvolvimento como Liberdade”, idealizado por Amartya Sen, economista indiano e ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1998. Segundo essa teoria, que serve de base teórica para o presente trabalho, desenvolvimento consiste na atribuição de capacidade às pessoas para realizarem as várias coisas que se pode considerar valioso fazer ou ter. Essa liberdade, como se verá ao longo da pesquisa, não está associada diretamente à idéia de liberalismo econômico e não é orientada pelas regras de mercado. Na teoria de Amartya Sen, a liberdade individual é uma manifestação da capacidade individual e social (autonomia e igualdade) e possui dois objetivos básicos: promover a condição de agente; e eliminar as privações de liberdade. No mesmo sentido, a visão desta pesquisa é que a arbitragem, tendo como seu princípio fundamental a autonomia privada, pode promover estes dois objetivos: a) estimular o exercício da condição de agente por meio da capacidade de as partes resolverem seus próprios litígios; e b) diminuir as privações de liberdade ao dar a tutela jurisdicional adequada aos conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Palavras-chave: Arbitragem. Desenvolvimento. Liberdade. Liberalismo. Amartya Sen. Autonomia da vontade. Autonomia privada.

Abstract

This research analyses how arbitration, a legal technique for the resolution of disputes, can be considered an instrument to promote the development in Brazil. Currently, development (human development) is a conception beyond the economic sphere, it's also associated with social and human factors. One of the sources of this concept of development is called "Development as freedom", idealized for Amartya Sen, Indian economist and winner of the Nobel's prize for Economics in 1998. According to this theory, theoretical base for this work, development consists in enhancing the quality of human life and increasing the substantive freedoms we enjoy, and therefore freedom is constructive in development (that is, the process of development is the process of making our freedoms larger). This freedom is not associated directly with the idea of economic liberalism and it is not guided by the market rules. In Amartya Sen's theory, individual freedom is a manifestation of the individual and social capacity (autonomy and equality) that has two basic goals: promotion of individual agency and removal of substantial unfreedom. In the same direction, the vision of this research is that the arbitration, having as its basic principle the private autonomy, can promote these two goals: a) it stimulates the exercise of individual agency by means of the capacity of the parts to decide its proper litigations; and b) it diminishes to substantial unfreedom when giving adequate the jurisdictional guardianship to the referring conflicts the available patrimonial rights.

Keywords: Arbitration. Development. Freedom. Liberalism. Amartya Sen. Voluntary autonomy. Private autonomy.

Resumen

Esta investigación analiza si el arbitraje, medio alternativo de solución de disputas, puede ser un instrumento para promover el desarrollo en Brasil. Actualmente, desarrollo (desarrollo humano) es un concepto más allá de un término económico, él también se asocia a factores sociales y humanos. Una de las manifestaciones de este concepto de desarrollo se llama "desarrollo como libertad", idealizada por Amartya Sen, economista indio, ganador del premio Nobel de Economía en 1998. Según esta teoría, la base teórica para este trabajo, desarrollo consiste la expansión de las capacidades de las personas para llevar el tipo de vida que valoran y que tienen razones para valorar. Vale decir que esta libertad no se asocia directamente a la idea del liberalismo económico y no es dirigida por las reglas del mercado. En la teoría de Amartya Sen, la libertad individual es una manifestación de la capacidad individual y social (autonomía e igualdad) que tiene dos metas básicas de: promover el papel de agencia de los individuos y eliminar la falta de libertades. En la misma dirección, la visión de esta investigación es que el arbitraje, que tiene en la autonomía privada su principio fundamental, puede promover estas dos metas: a) estimular el ejercicio del papel de agencia de los individuos por medio de la capacidad de las partes de decidir sus pleitos; y b) disminuir la falta de libertades al dar adecuada tutela jurisdiccional a los conflictos de derecho patrimonial disponible.

Palabras claves: Arbitraje. Desarrollo. Libertad. Liberalismo. Amartya Sen. Autonomía de la voluntad. Autonomía privada.

Lista de abreviaturas e siglas

- AAA – American Arbitration Association
- AACIM – Acordo de Arbitragem Comercial no Mercosul
- ABAR – Associação Brasileira de Arbitragem
- Adin – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AID – Associação Internacional de Desenvolvimento
- AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
- Art. – Artigo
- Arts. – Artigos
- Atual. – Atualizado
- BIRD – Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento
- CAESP – Conselho Arbitral do Estado de São Paulo
- CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil
- CC – Código Civil
- CCI – Câmara do Comércio Internacional
- CEE – Comunidade Econômica Européia
- CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
- Cf. – Conforme
- CIDIP(s) – Conferência(s) Interamericana(s) de Direito Internacional Privado na América
- CMEA – Conselho para Mútua Assistência Econômica da Europa Oriental
- Comp. – Compilado
- CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
- Coord. – Coordenador
- CPC – Código de Processo Civil
- DIPr – Direito Internacional Privado

DOU – Diário Oficial da União
EUA – Estados Unidos da América
Ex. – Exemplo
FAO – Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação
GTI – Grupo de Trabalho Interministerial
HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana
ICCA – Conselho Internacional para Arbitragem Comercial
ICSID – Centro Internacional para a Resolução de Disputas sobre Investimentos
IDG – Índice de Desenvolvimento ajustado ao Gênero
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
IPH – Índice de Pobreza Humana
JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Européias
LA – Lei de Arbitragem brasileira
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
MPG – Medida de Participação segundo o Gênero
n.º – Número
OACI – Organização de Aviação Civil Internacional
OCMI – Organização Consultiva Marítima Intergovernamental
OEA – Organização dos Estados Americanos
OIEA – Organismo Internacional de Energia Atômica
OIT – Organização Internacional do Trabalho
OMM – Organização Meteorológica Mundial
OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual
OMS – Organização Mundial de Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
Org. – Organizador
p. – Página
PIB – Produto Interno Bruto
PNUD – Programa das Nações Unidas
RDH – Relatório de Desenvolvimento Humano
RegCCI – Regulamento de Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional
Rev. – Revisado
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

Trad. – Tradutor

UAA – Uniform Arbitration Act

UE – União Européia

UIT – União Internacional de Telecomunicações

UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

UPU – União Postal Universal

USAA – Federal Arbitration Act

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 A LIBERDADE COMO CRITÉRIO DE DESENVOLVIMENTO	20
1.1 A Evolução da Concepção de Desenvolvimento	22
1.1.1 A concepção de desenvolvimento associada a critérios econômicos	25
1.1.2 A posição do Banco Mundial com relação à concepção de desenvolvimento	29
1.1.3 A posição da ONU com relação à concepção de desenvolvimento	34
1.1.4 Outros critérios, além do econômico, associados à idéia de desenvolvimento	37
1.1.5 O desenvolvimento como liberdade: a teoria de Amartya Sen	43
1.1.5.1 As privações e as expansões de liberdade na teoria de Amartya Sen	45
1.1.5.2 A condição de agente no processo de desenvolvimento	48
1.1.5.3 Abordagem de justiça na teoria de Sen	50
1.2 Diretrizes para a Liberdade como Desenvolvimento	57
1.2.1 As lutas pela liberdade	57
1.2.2 Liberdade e liberalismo	65
1.2.2.1 O liberalismo clássico	66
1.2.2.2 As alternativas ao liberalismo clássico	71
1.2.2.3 O neoliberalismo e suas diferenças com relação ao socialismo e liberalismo social ..	76
1.2.2.4 O liberalismo remodelado	78
1.2.2.5 A idéia de liberdade em Amartya Sen	87
1.2.2.6 Diferenciação entre a teoria liberal de Amartya Sen e a doutrina do liberalismo econômico	90
2 A TEORIA GERAL DA AUTONOMIA PRIVADA	97
2.1 A Autonomia Privada como Expressão da Liberdade Humana	98
2.2 Origem e Definição do Princípio da Autonomia das Partes	102
2.3 A Evolução da Concepção de Autonomia das Partes	110
2.4 A Autonomia das Partes nos Âmbitos Interno e Internacional	122
2.4.1 Liberdade de contratar e liberdade contratual	124
2.4.2 A autonomia privada no direito interno	126

2.4.3 A autonomia privada no direito internacional	127
2.4.3.1 Convenções internacionais que contemplam a autonomia privada	130
2.4.3.2 A autonomia privada no direito internacional privado brasileiro	138
2.5 Os Limites à Autonomia Privada	142
2.5.1 Ordem pública	144
2.5.2 Normas imperativas	151
2.5.3 Função social, igualdade de fato e equilíbrio contratual	153
2.5.4 Boa-fé	156
2.5.5 Limite em razão da matéria ou da norma mandatória	157
2.5.6 <i>Drittwirkung</i> (direitos fundamentais e relações privadas)	161
2.5.7 Limite de lei aplicável	162
3 A AUTONOMIA PRIVADA COMO PRINCÍPIO BASILAR DO INSTITUTO DA	
ARBITRAGEM	167
3.1 O Instituto da Arbitragem	168
3.1.1 Conceito e Classificação	169
3.1.2 Capacidade das partes	176
3.1.3 Objeto da arbitragem	177
3.2 Princípios Gerais da Arbitragem	179
3.3 O Princípio da Autonomia Privada e sua Relação com a Arbitragem	185
3.3.1 Relação histórica entre autonomia privada e arbitragem	185
3.3.2 As particularidades do princípio da autonomia privada na arbitragem	192
3.3.2.1 Autonomia para escolher a forma de jurisdição	194
3.3.2.2. Autonomia para eleição do árbitro	196
3.3.2.3 Autonomia para eleger o direito aplicável	197
3.3.2.4 Autonomia para escolher o procedimento	199
3.3.3 A autonomia privada no processo arbitral no direito estrangeiro e nos tratados internacionais	200
3.3.3.1 A autonomia privada no direito estrangeiro	201
3.3.3.2 A autonomia privada nos tratados internacionais referentes à arbitragem	221
3.3.4 Limites da autonomia privada na arbitragem	234
4 A ARBITRAGEM NO BRASIL E A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO	
COMO LIBERDADE	243
4.1 A Autonomia Privada e a Arbitragem no Brasil	243
4.1.1 Projetos de arbitragem anteriores à promulgação da Lei n.º 9.307/96	250

4.1.2 A Lei n.º 9.307/96	252
4.1.2.1 Análise da Lei n.º 9.307/96	253
4.1.2.2 O controle incidental de constitucionalidade no caso MBV <i>versus</i> Resil	285
4.1.2.3 A arbitragem e a constituição no direito estrangeiro	290
4.2 O Sistema de Arbitragem Brasileiro e o Desenvolvimento como Liberdade	292
CONCLUSÃO DA TESE	306
REFERÊNCIAS	310

2 A TEORIA GERAL DA AUTONOMIA PRIVADA

“Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal.”
Kant³⁸⁸

Como se pôde observar no capítulo anterior, hoje existe um novo critério de liberdade individual. Não uma liberdade associada à noção tradicional de liberalismo, que atribui caráter egoísta a essa concepção, mas uma liberdade que prevê o indivíduo como detentor de capacidade individual e social.

O princípio da autonomia da vontade foi uma das grandes expressões de liberdade individual, principalmente, com as primeiras concepções de direitos subjetivos como direitos individuais, no século XVI. Com esses direitos individuais, surge também a noção de liberdade contratual, do livre-arbítrio e, por sua vez, a qualificação do indivíduo como pessoa moral, ressaltando-se a sua capacidade de escolha. A partir desse momento, como ressalta Nadia de Araújo, o indivíduo passa a ser livre e com autonomia para fazer opções³⁸⁹.

O princípio da autonomia da vontade é um dos institutos mais controversos do sistema jurídico, tendo seus defensores e seus críticos³⁹⁰. Essa matéria é tão controversa que sua existência chega a ser negada por Almicar de Castro, para quem o que existe na teoria dos contratos é uma liberdade autorizada e delimitada pelo Direito, e não uma autonomia da vontade³⁹¹.

³⁸⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 40.

³⁸⁹ ARAÚJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a, p. 41.

³⁹⁰ “Ya en 1927 el profesor Niboyet consideraba la teoría de la autonomía de la voluntad como la más difícil del Derecho internacional privado, dificultad que parece haber sido probada si tenemos en cuenta que aún en nuestros días se debate esta cuestión sin que los autores se hayan puesto de acuerdo sobre la existencia o no de la misma”. PARRA RODRÍGUES, Carmen. **El nuevo derecho internacional de los contratos**. Barcelona: J.M. Bosch, 2001, p. 226.

³⁹¹ CASTRO, Almicar de. **Direito internacional privado**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 443.

Para outros, como é o caso de Fernando Noronha, “o contrato constitui um comando, ou preceito, que, embora privado, é como tal reconhecido pelo ordenamento jurídico”³⁹² e, portanto, o contrato e a autonomia possuem uma função econômico-social. Desse modo, afirma o autor que a expressão a ser adotada atualmente quando se fala de autonomia nos contratos é autonomia privada, e não autonomia da vontade. Isso porque autonomia privada exprimiria a nova concepção de liberdade individual: a liberdade de auto-regulamento de interesses nas relações privadas como fato social³⁹³. Dessa forma, abandona-se a concepção clássica de autonomia (da vontade) preconizada pelo antigo liberalismo: a de que as partes possuem liberdade ampla e ilimitada para determinar suas relações jurídicas, preocupando-se simplesmente com o seu benefício econômico privado e exclusivo.

Com a finalidade de analisar a amplitude da autonomia das partes no momento e a sua relação com a noção de liberdade, este capítulo aborda as seguintes questões: a origem e a nova concepção de autonomia das partes (autonomia privada), o instituto da autonomia nos contratos nacionais e internacionais, e os limites da autonomia nos direitos interno e internacional.

2.1 A Autonomia Privada como Expressão da Liberdade Humana

Entre os autores de filosofia, Immanuel Kant³⁹⁴ já defendia que a autonomia da vontade é explicada por meio de um conceito de liberdade, afirmando que “podemos agora encontrar fundamentos para provar que esta qualidade [liberdade] corresponde, na realidade, à vontade humana”³⁹⁵. No entanto, foi com a Revolução Francesa, orientada pela concepção individualista liberal burguesa, que se consagrou a liberdade formal. Isso pode ser observado no art. 1.134 do Código Napoleônico³⁹⁶, o responsável pela inserção do princípio da

³⁹² NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 88.

³⁹³ NORONHA, 1994, p. 89.

³⁹⁴ “A autonomia da vontade encontra na doutrina kantiana marco fundamental. E o significado da liberdade, do modo como se insere no direito, somente pode ser compreendido se considerarmos que todo ordenamento jurídico, enquanto constitui um sistema de proposições normativas hermeticamente pleno, deve basear-se numa norma de liberdade fundada aprioristicamente na essência mesma do direito como forma de viver social”. STRENGER, 2000, p. 108.

³⁹⁵ KANT, 2004, p. 23.

³⁹⁶ Art. 1.134 do Code Civil Française: “les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”. LEGIFRANCE. Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimpleArticleCode>. Acesso em: 27 fev. 2006.

liberdade individual no direito francês³⁹⁷. Esse artigo dispunha que o princípio da autonomia seria sempre adotado, a menos que se encontrasse em jogo um evidente e imprescindível interesse social³⁹⁸. Essa disposição vige até hoje no Código Civil francês.

Entretanto, vale ressaltar, como expõe Antonio Valdecantos, que ainda que muito parecidos, quase sempre solapados e apesar de a vontade ter seu fundamento na liberdade³⁹⁹, os conceitos de autonomia e de liberdade não podem ser considerados geralmente como equivalentes⁴⁰⁰. Para Antonio Valdecantos, autonomia é uma região particular da liberdade: “o âmbito em que um indivíduo é ‘autônomo’ coincide com o âmbito livre de interferências de que esse indivíduo desfruta para eleger seu próprio plano de vida ou para renunciar a seguir um plano de vida coerente”⁴⁰¹.

Enrique Lalaguna Dominguez também ressalta que a autonomia privada se apresenta como o limite de nossos atos, como algo negativo ou restritivo à liberdade, mas, em contraposição, esse limite também é a asseguuração e a garantia da liberdade⁴⁰², de tal maneira que, por meio da autonomia privada, “o homem afasta sua liberdade natural, mas recebe em contraprestação uma liberdade que se afirma na sociedade e que desta recebe sua garantia”⁴⁰³.

Apesar de a autonomia privada ser vista como um princípio de ordem política e, mais concretamente, um princípio de ordem político-liberal, hoje ela não apenas é um

³⁹⁷ VENEGAS GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado**: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 25.

³⁹⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha. **Filosofia jurídica e história do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 464.

³⁹⁹ STRENGER, 2000, p. 25.

⁴⁰⁰ VALDECANTOS, Antonio. ¿Es posible lograr un equilibrio reflexivo en torno a la noción de autonomía? In: ARAMAYO, R.R; MUGUERZA, J.; VALDECANTOS, A. (Comp.). **El individuo y la historia**. Barcelona; Buenos Aires; México D.C.: Paidós, 1995, p. 109.

⁴⁰¹ VALDECANTOS, 1995, p. 109.

⁴⁰² LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique. **Estudios de derecho civil**: obligaciones y contratos. Madrid: Reus, 1978, p. 35. Álvaro Villaça Azevedo (**Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário**. 3. ed. rev. atual. Belém: CEJUP, 1988, p. 17) ainda ressalta que, “ante a possibilidade do legislador de regular todas as formas contratuais, que vão surgindo no mundo moderno, abre-se um campo fértil à liberdade das partes. Nesse clima de liberdade, a autonomia da vontade semeia novas formas de progresso, procurando resolver os problemas advindos das necessidades, sempre crescentes, de ordem sócio-econômica, sendo os indivíduos impelidos aos mais variados pactos, que se mesclam em um colorido *sui generis*. Contudo, importante é que essa liberdade seja condicionada, pois a liberdade, sendo um bem nas mãos de pessoas de bom senso, pode se transformar num mal, quando dirigida por forças que escravizam o homem, de uma forma ou de outra. Dessa maneira, a liberdade está condicionada a certos princípios de convivência intersubjetiva, para que não se verifiquem abusos e para que se reafirme, sempre, a idéia de que o Direito pode não ser a própria Justiça, mas para ela tende. O direito de um há que chegar até o limiar do direito de outrem, para que haja o respeito mútuo entre os homens, numa reafirmação constante da idéia, segundo a qual o Direito deve harmonizar sua vida”.

⁴⁰³ LALAGUNA DOMINGUES, 1978, p. 35.

princípio puramente político, nem, principalmente, um princípio puramente liberal⁴⁰⁴. Como explica Perlingieri, ela “abrange todas as liberdades pessoais garantidas constitucionalmente. Nesse sentido, a autonomia privada não se exprime apenas nos negócios jurídicos, mas também através da própria identidade do indivíduo dentro da órbita dos valores hierarquicamente dispostos na Constituição, destacando-se no caso da Constituição de 1988, os arts. 5º, 6º e 7º”⁴⁰⁵.

Dessa maneira, tem-se que a autonomia, como os ideais de liberdade individual, está respaldada não às regras de mercado e aos ideários do liberalismo econômico. Pode-se afirmar que, hoje, como visto no capítulo anterior, o liberalismo (remodelado) visa, sobretudo, ao respeito à pessoa e ao reconhecimento dos fins humanos, e a aceitação da autonomia privada, sob este prisma, prevê limites, mas não limites tão rígidos que venham a suprimi-la. Isso porque, admitindo-se a supressão da autonomia privada, também se estaria anulando totalmente a pessoa e a convertendo em puro instrumento da comunidade, apesar de que os valores de solidariedade e co-participação nunca devem ser afastados de seu objetivo final, pois, como visto no capítulo anterior, o estímulo para que as pessoas exerçam sua capacidade é um importante fator para o seu desenvolvimento pessoal e de toda a sociedade⁴⁰⁶.

É certo que, muitas vezes, as conseqüências que o direito atribui à autonomia privada são distintas da vontade subjetiva do agente, mas sempre correspondem a um intento

⁴⁰⁴ “Siempre que se habla del principio de autonomía privada se quiere ver en él un principio de orden político y, más concretamente, un principio característico del orden político liberal. Es frecuente la afirmación de que el principio de autonomía de la voluntad es un principio de signo individualista y liberal, que debe ser sustituido por un principio intervencionista más conforme con las concepciones sociales que hoy imperan. No se va a negar que el principio de autonomía alcanzó extraordinario vigor dentro de las direcciones políticas de matiz liberal, como también es cierto que la corrección de las exageraciones a que condujo su imperio bajo el reinado de las ideas liberales y la misma enemiga contra éstas, son las causas del aumento de las restricciones que ha sufrido en la época moderna. Lo que debe negarse es que ele principio de autonomía privada sea un puro principio político y que sea un principio liberal. El liberalismo es un principio de Derecho, porque el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines exigen su vigencia, y es dentro de su marco donde puede el hombre realizarse plenamente. La supresión de la autonomía privada como principio general del Derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en puro instrumento de la comunidad. El principio de autonomía de la persona es además un principio tradicional del Derecho español, que ha reconocido y defendido siempre el valor del individuo y la necesidad de protección jurídica de la realización de sus fines”. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. V.1. 10 ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 370-371.

⁴⁰⁵ Apud LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo: o tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani. **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 33.

⁴⁰⁶ Como afirma Eduardo Sens dos Santos (**A função social do contrato**. 122f. Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 53), “o contrato, como fato social e econômico que é, tem efeito ‘cascata’. À proporção que o contratante imediato é lesado, toda a comunidade sente os prejuízos; da mesma forma, quando ambas as partes são beneficiadas pelo pacto, a vantagem é comum. Por esses motivos, não se pode observar o fenômeno apenas sob o prisma de contratante e contratado, pois o contrato passou a ser uma ‘instituição social’ - os bons contratos, que promovam desenvolvimento econômico e social, são de interesse de toda a sociedade”.

prático e podem ser conformes com a vontade geral das pessoas. Assim, apesar de se perceber a importância do individualismo e da liberdade, como expressão necessária do reconhecimento da dignidade moral da pessoa humana⁴⁰⁷, tem-se em conta que o interesse geral não pode ser olvidado, considerando-se sempre os valores sociais, pois, como assinala Irineu Strenger, “a vontade socializada e legalizada é que devemos entender por autonomia. A sociedade e o legislador soberano que a representa diante do indivíduo formam a confiança deste a fim de que ele possa exercer sua vontade jurídica pelo bem comum”⁴⁰⁸. Em verdade, o que se pretende não é limitar os poderes dos indivíduos, mas fazer com essa liberdade seja respaldada pelos valores sociais e os ideais igualitários já tratados no primeiro capítulo. Deve-se prever um plano o desenvolvimento da liberdade, para o desenvolvimento da pessoa humana, vigiado por um extenso controle democrático⁴⁰⁹ e visando acima de tudo o desenvolvimento social⁴¹⁰.

Coadunando com essa idéia, Irineu Strenger expõe que “a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é o poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito”⁴¹¹. Este autor vai mais além, acrescentando que:

Embora possa haver aparência de defesa de uma metafísica libertária ou voluntarista no plano do direito, admitimos como sustentável em seus substratos o postulado segundo o qual a noção fundamental do direito é a liberdade, ou seja, a autopossibilidade de determinar-se, porquanto o homem é sujeito de direito porque ele tem essa possibilidade e essa possibilidade existe porque ele tem uma vontade⁴¹².

No entanto, vale ressaltar que a autonomia é um instrumento do querer individual, sendo sinônimo da liberdade, mas não de arbítrio, de uma vontade sem limites. Isso porque a autonomia evidencia a influência de princípios de natureza social, tais como solidariedade

⁴⁰⁷ STRENGER, 2000, p. 56.

⁴⁰⁸ STRENGER, 2000, p. 72.

⁴⁰⁹ STRENGER, 2000, p. 210.

⁴¹⁰ Segundo Osvaldo Agripino de Castro Jr. (**Teoria e Prática: do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002, p. 98), desenvolvimento social é “a melhoria dos índices que demonstram as condições gerais da existência humana, trazendo dignidade, saúde, trabalho, educação e habitação, ressaltando que tais melhorias devem ser feitas de forma sustentável, pois somente a criação de ambientes institucionais e macroeconômicos favoráveis a tais mudanças, por si só, não bastam para proteger os vulneráveis e os excluídos da economia brasileira, sendo imprescindível a distribuição de renda, pois ‘somente o desenvolvimento social sustentado pode superar a pobreza do Brasil’”.

⁴¹¹ STRENGER, 2000, p. 66; STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 644.

⁴¹² STRENGER, 2000, p. 61-62.

social, boa-fé, utilidade social, paridade de tratamento, segurança, liberdade, dignidade humana ou função social⁴¹³. E por ter influência de todos esses princípios sociais, deve existir na idéia de autonomia privada um contraponto entre os desejos particulares e as necessidades gerais⁴¹⁴.

A autonomia das partes, assim, não pode ser tida como plena e ilimitada⁴¹⁵:

[...] a vontade deve ter por escopo um fim prático que não precisa ser necessariamente de ordem patrimonial ou econômica, bastando que seja tutelado pelo direito. As conseqüências que o direito lhe atribui não são sempre coincidentes com a vontade subjetiva do agente: podem, mesmo, ser-lhes disformes e, até, contrárias – mas sempre correspondem a um intento prático e neste sentido podem ser ditas conformes, apenas, à vontade geral das pessoas⁴¹⁶.

Conclui-se que a autonomia das partes deve ser uma expressão de liberdade condizente com as negociações de cada parte envolvida no contrato, mas também zelando pela observação dos valores sociais e igualitários. Deve-se ter por conta que o tipo de autonomia pretendido deve ser o equilíbrio entre vontade individual e vontade geral das pessoas, como também o é a idéia de liberdade de teoria de Amartya Sen, tratada no primeiro capítulo. A autonomia deve ser concebida como um ponto positivo no processo de negociação, e não um ponto de desequilíbrio contratual. Para melhor compreensão da teoria da autonomia privada, a partir de agora são analisados a origem e definição da autonomia das partes, suas características atuais, a abrangência e os limites a ela impostos.

2.2 Origem e Definição do Princípio da Autonomia das Partes

A palavra autonomia advém etimologicamente de *nomos* (lei) e *autos* (próprio, mesmo), que significa “o poder de governar-se a si mesmo”⁴¹⁷, ou, como sugere Rubén H.

⁴¹³ REZZÓNICO, Juan Carlos. **Principios fundamentales de los contratos**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1999, p. 209.

⁴¹⁴ SANTOS BELANDRO, Ruben B. **El derecho aplicable a los contratos internacionales**: con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 49.

⁴¹⁵ Segundo Ruben B. Santos Belandro (1998, p. 49), “a liberdade dos contratantes existe, como se afirma no campo do direito da dignidade do ser humano e se assegura a expansão de sua liberdade, mas não é ilimitada”. Para esse autor, o controle das pretensões das partes permite disciplinar as concorrências antagônicas e tende à realização de uma justiça mais imparcial que seja um contraponto entre os desejos particulares e as necessidades gerais.

⁴¹⁶ Coviello apud STRENGER, 2003, p. 645-646.

⁴¹⁷ DÍEZ-PICAZO; GULLÓ, 2001, 369.

Compagnucci de Caso, a criação de suas próprias normas⁴¹⁸. Por vontade autônoma, segundo uma concepção tradicional, entende-se aquela que tem em si própria um poder criador de situações jurídicas. Essa vontade autônoma corresponderia à fonte e à origem da obrigatoriedade jurídica decorrente das relações das partes, como fator determinante de preceitos no campo negocial ou contratual, pondo-se de acordo quanto à forma e ao conteúdo do convencionado⁴¹⁹. Segundo Antonio Valdecantos, a palavra “autonomia” é coincidente com três expressões: autolegislação racional, domínio de si mesmo e ausência de constrição para eleger o próprio plano de vida⁴²⁰.

Pode-se definir autonomia da vontade como sendo o poder de iniciativa atribuído aos particulares para governar seus próprios interesses⁴²¹. Ou, ainda, como o “poder que os sujeitos privados possuem de ditar as regras de seus interesses particulares, em suas relações recíprocas”⁴²².

Quanto à sua origem, João Lacey Kuhn afirma que as primeiras manifestações do princípio da autonomia da vontade remontam a Roma e à Lei das XII Tábuas⁴²³, apesar de indicar que esse princípio, em ambas as manifestações, não possuía a conotação ampla que atingiu nos séculos XVIII e XIX⁴²⁴.

Esse ponto de vista, no entanto, não é aceito por Olney Assis, que assevera que os contratos, um dos meios pelo qual a autonomia da vontade é manifesta, no Direito romano,

⁴¹⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. **El negocio jurídico**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1992, p. 54.

⁴¹⁹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 38.

⁴²⁰ VALDECANTOS, 1995, p. 101.

⁴²¹ PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Angel. Disposiciones generales. In: MORÁN BOVIO, David (Coord.). **Comentarios a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional**. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 51.

⁴²² Betti apud STRENGER, 2003, p. 644.

⁴²³ No mesmo sentido: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. **La autonomía de la voluntad en la contratación internacional**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 37; LACRUZ BERDEJO, José Luis. **Elementos de derecho civil I: parte general**. Madrid: Dykinson, 2000, p. 130.

⁴²⁴ João Lacey Kuhn (A autonomia da vontade nos contratos do Mercosul. In: FRANCESCHINI, Luis Fernando; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Direito internacional privado**. Curitiba, Juruá, 2001, p. 48) afirma que também se podem encontrar registros da autonomia da vontade no Direito Canônico. Naquele período, a autonomia da vontade estava ligada à noção de pecado: o não-cumprimento do contrato, ou da palavra empenhada, teria como resultado um castigo. O que trazia um aliado no cumprimento das manifestações de vontade: Deus. Para Juan Carlos Rezzónico (1999, p. 190), no entanto, a trajetória social e histórica da autonomia da vontade é extraída da ideologia liberal. Essa autonomia da vontade que é produto do liberalismo político, predicado por filósofos do século XVII e do liberalismo econômico desenvolvido durante o século XIX.

até se submetiam a um pressuposto ético, mas se ligavam primordialmente à idéia de *status*, como posição ocupada por um indivíduo dentro de uma hierarquia⁴²⁵.

Rubén H. Compagnucci de Caso ressalta ainda que

O direito romano, tipicamente simbolista, impedia os particulares de criar seus próprios tipos contratuais. Os contratos eram protótipos estabelecidos e as partes deviam adequar-se a esses símbolos e formas sacramentais ao submeter seus interesses à negociação privada. A vontade não resultava transcendente na vida jurídica, pois os sujeitos não podiam configurar novas figuras contratuais, já que os *contractus-negotii* eram tipos taxativamente propostos⁴²⁶.

A mesma situação que ocorria em Roma ocorria na Grécia. Nestes povos antigos, a liberdade individual não podia existir, pertencendo o cidadão inteiramente à cidade: “o homem nada tinha de independente”⁴²⁷. O homem era destinado à defesa do Estado. Seu corpo pertencia ao Estado. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado⁴²⁸. O Estado não admitia, assim, que alguém fosse indiferente aos seus interesses. O filósofo, o homem de estudo, não tinha o direito de viver isolado. Era obrigado a votar na assembléia e, por sua vez, ser magistrado. Além do mais, a educação entre os gregos também estava longe de ser livre. Pelo contrário, nada houve em que o Estado quisesse mostrar-se mais poderoso ao não permitir o ensino livre paralelo ao seu. O homem, inclusive, não escolhia suas crenças, podendo apenas acreditar e submeter-se à religião da cidade⁴²⁹. Como observa Fustel de Coulanges, “os antigos [...] não conheciam a liberdade nem da vida privada, nem de educação, nem da liberdade religiosa”⁴³⁰. Os homens poderiam, inclusive, ser punidos

⁴²⁵ ASSIS, Olney Queiroz. **Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé (objetiva)**: uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. Disponível em: <<http://jusunline.visaonet.com.br/artigos/autonomia.doc>>. Acesso em: 12 jul. 2005.

⁴²⁶ COMPAGNUCCI DE CASO, 1992, p. 57-58; FLUME, Werner. **El negocio jurídico**: parte general del derecho civil – Tomo 2. 4. ed. Tradução de José Maria Miguel González; Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 36. Eugène Petit (**Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Universidad, 1990, p. 282) ainda assevera que “la regla antigua, que domina aun la época clásica, y que subsiste aún en tiempos de Justiniano, es que el acuerdo de las voluntades, el simple pacto, no basta para crear una obligación civil. El derecho civil no reconoce este efecto más que a convenciones acompañadas de ciertas formalidades, cuya ventaja es dar más fuerza y más certidumbre al consentimiento de las partes, y disminuir los pleitos encerrados en límites precisos la manifestación de voluntad. Consistían, bien en palabras solemnes que debían emplear las partes para formular su acuerdo, bien en menciones escritas; bien, por último, en la remisión de una cosa, hecha por una de las partes a la otra”.

⁴²⁷ COULANGES, 2001, p. 248.

⁴²⁸ COULANGES, 2001, p. 248.

⁴²⁹ COULANGES, 2001, p. 249-251.

⁴³⁰ COULANGES, 2001, p. 251.

somente por estar em jogo o interesse do Estado, o denominado ostracismo⁴³¹. Fustel de Coulanges aponta que

É [...] erro singular, entre todos os erros humanos, acreditar que nas cidades antigas o homem gozava de liberdade, pois não tinha sequer idéia do que fosse. Ele não julgava possível que houvesse direitos em face da cidade e dos seus deuses. [...] O sistema de governo tomou vários nomes, sendo ora monarquia, ora aristocracia, ou ainda democracia; mas nenhuma dessas revoluções deu ao homem a verdadeira liberdade, a liberdade individual. Ter direitos políticos, votar e nomear magistrados, ser arconte, a isto se chamou liberdade; mas o homem, no fundo, sempre foi sujeito ao Estado. Os antigos, sobretudo os gregos, exageraram muito a importância e os direitos da sociedade e isto, sem dúvida, devido ao caráter sagrado e religioso de que a sociedade originariamente se revestiu⁴³².

Percebe-se pelo relatado pela literatura que em Roma e na Grécia não aflorava a noção de liberdade como subjetividade, que, como assevera Olney Assis, é justamente onde reside a autonomia da vontade: “na possibilidade do indivíduo querer ou não querer qualquer coisa”⁴³³.

Essa idéia somente vai surgir na modernidade, com “o aparecimento do livre arbítrio na esfera do direito e a equalização das partes, independentemente do *status* de cada uma”⁴³⁴. Com o trânsito à Idade Moderna, acentua-se a consideração pela vontade individual (e, portanto, do consentimento de ambas as partes contratantes) como base do contrato, tendo como motivo desse novo ponto de vista o abandono do teocentrismo e o determinismo religioso, característicos dos séculos anteriores. A partir desse abandono, dão-se a valorização da posição do ser humano e a importância da vontade individual como critério decisivo nas mais diversas facetas da atividade humana⁴³⁵.

Essas concepções transplantadas para o mundo do direito fizeram com que o contrato passasse ao Código Napoleônico e a outros Códigos Civis como uma manifestação do consentimento, resultantes não só do ideário jusnaturalista, mas também da ideologia liberal ou liberal individualista, triunfante desde a Revolução Francesa⁴³⁶. Foi a partir de então, com a doutrina civilista francesa dos séculos XVIII e XIX, que a noção de autonomia

⁴³¹ Como determina Fustel de Coulanges (2001, p. 252), “o ostracismo não era castigo, mas uma precaução tomada pela cidade contra um cidadão que supunha, algum dia, poderia vir a perturbá-la”.

⁴³² COULANGES, 2001, p. 252.

⁴³³ ASSIS, 2005.

⁴³⁴ ASSIS, 2005.

⁴³⁵ LASARTE, Carlos. **Principios de derecho civil III**: contratos. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 5.

⁴³⁶ LASARTE, 2003, p. 5.

da vontade foi introduzida no âmbito do direito contratual⁴³⁷. No entanto, somente em 1912 foi que Gounot cunhou a expressão “princípio da autonomia da vontade” para caracterizar a concepção individualista e liberal daquele tempo⁴³⁸, mais ligada à idéia de liberdade de contratar, como se verá mais adiante. Gounot asseverava que

[...] na base do edifício social e jurídico se encontra o indivíduo, quer dizer, uma vontade livre. A liberdade faz do ser humano seu próprio mestre, o torna infinitamente respeitável e sagrado, o eleva à dignidade de fim em si mesmo. No sentido mais geral da palavra, o direito não é outra coisa senão esta liberdade inicial e soberana que pertence a todo homem. Da vontade livre tudo procede, a ele tudo converge⁴³⁹.

Apesar de Gounot ter cunhado essa expressão em matéria de contratos, a criação do princípio, ligada à idéia de autonomia conflitual, é atribuída ao advogado e professor francês Charles Dumoulin⁴⁴⁰. Também conhecido como Carolus Molineus, Dumoulin foi representante da Escola Francesa antiga do século XVI⁴⁴¹ e apontou a autonomia da vontade como elemento de conexão para a determinação de lei aplicável. Para Niboyet, inclusive, pode-se afirmar que não há notícias da existência da autonomia da vontade antes desse jurista⁴⁴².

⁴³⁷ LALAGUNA DOMINGUES, 1978, p. 33.

⁴³⁸ NORONHA, 1994, p. 111.

⁴³⁹ Apud DULEBA, Alessandro. **Resilição unilateral nos contratos de distribuição**. Embargos infrigentes na Apelação Civil. 2. Câmara do Distrito Federal e Territórios. **Consulex**, Brasília, ano VI, n. 132, 15 de julho de 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4762>>. Acesso em: 27 fev. 2006.

⁴⁴⁰ Jacob Dolinger (**Direito Internacional Privado**: parte geral. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001, p. 131), na tentativa de determinar quem primeiro introduziu a idéia de autonomia da vontade, assevera que, embora a função da presunção de escolha de lei aplicável para reger as questões de fundo do contrato já tivesse sido tratada por Rochus Curtius da escola italiana antiga, a criação da autonomia das partes para escolherem a lei que achassem mais adequada para reger o seu contrato, deve-se a Dumoulin. Para Jean-Michel Jacquet (**Principe d'autonomie et contrats internationaux**. Paris: Economica, 1983, p. 17), “[...] Dumoulin, vraisemblablement le premier, utilise l'idée de volonté présumée des parties pour justifier l'application de la loi du domicile conjugal à tous les biens des époux, dans le ressort de quelque coutume qu'ils fussent situés”. No mesmo sentido Haroldo Valladão (**Direito internacional privado**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 361), para quem Dumoulin revitalizou o instituto e foi sempre reconhecido e proclamado seu instaurador; e para Irineu Strenger (2000, p. 92) que afirma parecer “não haver discrepâncias quanto ao fato de *Chales Dumoulin* ser o fundador legítimo da teoria da autonomia da vontade”.

⁴⁴¹ No entanto, Carlos Arellano García (**Derecho internacional privado**. 5. ed. México: Editorial Porrúa, 1981, p. 565) ressalta que, para alguns autores, as idéias de Dumoulin localizam-se dentro da escola dos pós-glosadores italianos, porque segue o sistema desses juristas. Também podendo se afirmar que elas se localizam em uma etapa de trânsito entre a Escola Italiana Antiga e a Escola Francesa Antiga, ainda que se estude Dumoulin dentro da Escola Francesa. Acrescenta Irineu Strenger (2003, p. 230) que: “Dumoulin é o elemento de ligação entre a escola italiana e a escola francesa, tanto assim que muitos chamam a escola italiana de italo-francesa”.

⁴⁴² Apud ARAÚJO, 2004a, p. 53.

A teoria de Dumoulin⁴⁴³ foi conhecida no caso Ganey, datado de 1525, que dispunha sobre conflitos de leis aplicáveis ao regime de matrimônio de um casamento realizado em Paris. Ele sustentava que, por ser Paris o primeiro domicílio conjugal, a lei desse local deveria ser adotada para determinar o regime matrimonial. Afirmava ele que podia se entender a preferência das partes por essa lei para reger o conjunto de seus bens, mesmo que isso fosse compreendido de maneira tácita⁴⁴⁴. Na realidade, o que advogava Dumoulin é que, nas relações jurídicas em que tenham contato com mais de um sistema jurídico, às partes deve estar permitida a adoção da lei que presumirem mais adequada⁴⁴⁵. Assim, uma das grandes contribuições de Dumoulin foi considerar a autonomia da vontade como um novo elemento de conexão⁴⁴⁶ para determinar a lei aplicável em direito internacional privado⁴⁴⁷.

Inclusive, como salienta Almicar de Castro, Dumoulin chegou a afirmar que “[...] as convenções são obra da vontade das partes, não do direito”. Dumoulin sustentou que a vontade é, por sua natureza, una e indivisível, tirando daí a unidade do regime matrimonial de bens e declarando, inclusive, que a obra da vontade devia, em todas as jurisdições, ser

⁴⁴³ “[...] Dumoulin no se refirió a la ‘voluntad negocial de las partes sobre la ley aplicable; su originalidad consiste en haber señalado que la intención tácita o presunta podía conducir a soluciones distintas en la regulación del contrato, que sus antecesores sujetaban, bien a la *lex loci actus*, bien a la *lex loci executionis*’. Este autor sólo admitía la autonomía de la voluntad en relación a aquellas áreas del derecho material donde la intención y la voluntad de las partes prevalecían, y no cuando se trataba de ‘material que no dependían de la voluntad de las partes sino de la fuerza de la ley’. Este último sería, en términos modernos, el reino de las ‘disposiciones imperativas’”. FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 38.

⁴⁴⁴ ARAÚJO, 2004a, p. 54.

⁴⁴⁵ Alfonsin (apud ARAÚJO, 2004a, p. 54) aponta que os seguintes posicionamentos de Dumoulin com relação ao conflito de leis: 1) estatutos cuja vigência era independente da vontade das partes (estatutos imperativos), subdivididos em aqueles referentes às pessoas e às coisas, e aqueles referentes à forma dos atos e dos juízos; e 2) os estatutos cuja vigência dependia da vontade das partes (estatutos supletivos) e os que se referiam ao fundo dos atos.

⁴⁴⁶ Segundo Edgar Carlos de Amorim (**Direito internacional privado**. 7. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 31), “o elemento de conexão é que indica a lei a ser aplicada”.

⁴⁴⁷ A concepção que prevalecia desde a criação doutrinária de Rochus Curtius era a da lei do lugar de conclusão do contrato na fundamentação do princípio da lei do lugar da conclusão do contrato vinculado às regras de fundo do contrato presumidas o consentimento implícito das partes. Dumoulin, entretanto, doutrinava que as partes poderiam ter escolhido outra lei aplicando o princípio da lei da situação do imóvel. Esta alternativa foi mais tarde reconhecida como o princípio da autonomia da vontade das partes. Cf. SILVA, Luis Alberto de Souza e. **A doutrina no direito internacional privado**. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000a, p. 24. No mesmo sentido João Grandino Rodas (Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44-45), para quem “o bartolista Rochus Curtius, autor da regra *omnis consuetudo localis est, ideo non ligat nisi súbditos*, ao fundamentar a *lex loci contractus* na vontade tácita das partes *censetur tacite contraxisse secundum consuetudinem loci*, preparou o caminho para a concepção da autonomia da vontade”. “Para Caleb, Rochus Curtius é o primeiro autor que encontrou uma solução referindo-se ao conflito de leis em matéria de contratos e fazendo alusão a um poder próprio das partes de escolher a lei competente, portanto a um poder autônomo, mas, é verdade, sem explicar se a solução preconizada pode ser suprimida pela vontade contrária de uma das partes”. STRENGER, 2000, p. 91.

considerada como invariável, sendo necessário aceitar as conseqüências disso em toda parte, tais como os contratantes as haviam determinado em sua intenção⁴⁴⁸.

Após a propagação do pensamento de Dumoulin, outros autores trataram do tema, criticando ou defendendo essa teoria. Um desses autores foi Pasquale Stanilao Mancini, para quem aos indivíduos era autorizada a eleição de normas distintas de suas leis nacionais sempre que esses indivíduos estivessem sujeitos a normas que não estavam acima de sua vontade⁴⁴⁹ e que podem ser modificadas voluntariamente⁴⁵⁰.

Para Mancini, existiam basicamente três princípios: nacionalidade, liberdade e soberania⁴⁵¹. A nacionalidade, para ele, regia as questões relativas ao Estatuto pessoal⁴⁵²; a liberdade autorizava as partes a escolher as leis para reger questões atinentes aos bens, do mesmo modo que com os contratos e demais obrigações; e a soberania era a sujeição das partes ao controle da ordem pública⁴⁵³.

Mas um dos mais veementes defensores da autonomia da vontade foi Hauss, que no princípio do século XIX asseverava que em toda relação jurídica o juiz deve investigar a vontade das partes. E somente no caso de não poder conhecer a vontade das partes, a relação jurídica deveria ser regida pela *lex fori* e, subsidiariamente, pela lei do domicílio do autor e do lugar da situação dos bens objetos de referida relação⁴⁵⁴. Vários autores, como Bustamante, criticaram a teoria de Hauss⁴⁵⁵, por a considerarem extremamente ampla e ilimitada.

⁴⁴⁸ CASTRO, 2004, p. 440.

⁴⁴⁹ Pode-se perceber que a idéia de ordem pública estava incutida nos ensinamentos de Mancini. A noção de ordem pública será tratada mais adiante no tópico referente aos limites da autonomia privada.

⁴⁵⁰ ARRELLANO GARCÍA, Carlos. **Derecho internacional privado**. 5. ed. México: Editorial Porrúa, 1981, p. 583.

⁴⁵¹ Estes princípios também estão presentes no Código Bustamante, como se pode observar no texto do art. 3º deste Código: “Para o exercício dos direitos civis e para o gozo das garantias individuais idênticas, as leis e regras vigentes em cada Estado contratante consideram-se divididas ns três categorias seguintes: I. as que se aplicam às pessoas em virtude do seu domicílio ou da sua nacionalidade e as seguem, ainda que se mudem para outro país, denominadas pessoais ou de ordem pública interna; II. as que obrigam por igual a todos que residem no território, sejam ou não nacionais, denominadas territoriais, locais ou de ordem pública internacional; III. as que se aplicam somente mediante a expressão, a interpretação ou a presunção da vontade das partes ou de alguma delas, denominadas voluntárias, supletórias ou de ordem privada”. O Código Bustamante foi promulgado pelo Brasil pelo Decreto n.º 18.871, de 13 de agosto de 1929.

⁴⁵² “O estatuto pessoal *lato sensu* engloba o estado da pessoa e sua capacidade. O estado da pessoa, segundo autores franceses é definido como “o conjunto de atributos constitutivos de sua individualidade jurídica”. Isto abrange todos os acontecimentos juridicamente relevantes que marcam a vida de uma pessoa, começando pelo nascimento e aquisição da personalidade, questões atinentes à filiação, legítima ou ilegítima, ao nome, ao relacionamento com os pais, ao pátrio poder [poder familiar, segundo o Código Civil de 2002], ao casamento, aos deveres conjugais, à separação, ao divórcio e à morte”. DOLINGER, 2001, p. 293-294.

⁴⁵³ DOLINGER, 2001, p. 143.

⁴⁵⁴ VALLADÃO, 1980, p. 361; RODAS, 2002, p. 47.

⁴⁵⁵ ARRELLANO GARCÍA, 1981, p. 583.

Bustamante⁴⁵⁶ chegou a afirmar que é impraticável o princípio básico fundado na vontade das partes porque o Estado não pode entregar a eficácia territorial ou extraterritorial ao critério ou interesse dos particulares⁴⁵⁷. Bustamante não negava completamente a autonomia das partes, mas acreditava que ela possuía limites, impostos pela ordem pública, tanto interna quanto internacional. Dessa forma, para ele, existiam três classes de leis, como se pode observar no art. 3º do Código de Direito Internacional Privado, que leva seu nome: a) as normas que são aplicadas fora da ação da vontade dos nacionais, dos domiciliados ou simples residentes que estão em um determinado território e que são chamadas de ordem pública interna; b) as que obrigam, absoluta e imperativamente, a todos que residem em um território, independentemente de sua nacionalidade, chamada de ordem pública internacional⁴⁵⁸; e c) as que se aplicam mediante a expressão, tácita, expressa ou presumidamente, da vontade das partes, chamadas de voluntárias ou de ordem privada.

Não obstante todas as discussões sobre esse princípio, o primeiro país que estabeleceu a autonomia da vontade como critério de conexão foi a Inglaterra no caso *Robinson v. Bland*, em 1760⁴⁵⁹, em decisão proferida por Lord Mansfield⁴⁶⁰. Essa doutrina denominada de *proper law*⁴⁶¹, em verdade, seria um reflexo das idéias proferidas por Huber⁴⁶² de que a *lex loci contractus* regula o contrato, a menos que as partes tenham outro lugar em mente⁴⁶³.

⁴⁵⁶ Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén (1865-1951) foi catedrático da Universidade de La Havana em Cuba por mais de meio século e autor do Código de Direito Internacional Privado, que leva o seu nome. Cf. ARRELLANO GARCÍA, 1981, p. 601.

⁴⁵⁷ ARRELLANO GARCÍA, 1981, p. 583.

⁴⁵⁸ Os preceitos constitucionais, segundo o art. 4º do Código de Bustamante, possuem características de ordem pública internacional.

⁴⁵⁹ PALAO MORENO, Guillermo. **Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios**. Granada: Comares, 1995, p. 132.

⁴⁶⁰ Lord Mansfield teria proferido que: “La regla general establecida ex comitate et jure gentium es que el lugar donde el contrato es celebrado... debe ser considerado al interpretar y ejecutar el contrato. Pero esa regla admite una excepción cuando las partes, al tiempo de celebrar el contrato, tienen la mirada puesta en un reino diferente”. FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 12.

⁴⁶¹ “La expresión “proper law” refiere al sistema legal por el cual las partes pretendieron que el contrato fuera regulado, o, cuando su intención no ha sido expresada ni puede ser inferida de las circunstancias, el sistema legal con el cual la transacción tiene una conexión más próxima y real”. FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 13.

⁴⁶² Para Jacob Dolinger (2001, p. 134), “Huber notabilizou-se por escrito ‘De *conflictu legum diversarum in diversis imperiis*’, em que enunciou três princípios: a. as leis de cada Estado imperam dentro das suas fronteiras e obrigam a todos os súditos deste Estado, mas não produzem efeitos além destes limites; b. súditos de cada Estado são todos aqueles que se encontram no seu território; c. os soberanos conduzem-se de modo a tornar possível que as leis de cada país, depois de terem sido aplicadas dentro das suas fronteiras, conservem sua força e eficácia além das fronteiras, o que ocorre pela teoria da *comitas gentium*, cortesia internacional, que permite a aplicação extraterritorial das leis internas”. Jacob Dolinger (2001, p. 134-135), citando Morris, prossegue que “nas suas duas primeiras máximas Huber proclama, mais claramente do que qualquer um antes dele, que todas as leis são territoriais e não podem ter força e efeito além dos limites do país em que foram promulgadas, mas obrigam todas as pessoas que se encontram dentro do país, sejam elas naturais ou estrangeiras. Esta insistência de Huber na natureza territorial da lei conquistou a simpatia dos magistrados ingleses e americanos. Em

A formulação moderna do princípio da autonomia da vontade na doutrina do *proper law*, por sua vez, foi formulada por Lord Atkin, em 1934, no caso *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft*. Neste caso, Lord Atkin proferiu que “os princípios gerais que devem guiar os tribunais ingleses relativos à *proper law* estão agora bem estabelecidos: é a lei que as partes pretenderam aplicar”. E essa intenção seria determinada, primeiro, pela lei expressa no contrato, ou, se não houvesse intenção expressa, seria presumida pelo juiz pelos termos do contrato ou pelas circunstâncias conexas relevantes⁴⁶⁴.

Após a criação da teoria da autonomia da vontade, o alcance desse princípio foi sendo questionado, e sua força foi sendo, aos poucos, reduzida em razão do dirigismo contratual⁴⁶⁵. Esse dirigismo, por sua vez, tinha por finalidade a tentativa de amenizar os efeitos da autonomia da partes para proteger os contratantes mais enfraquecidos em virtude do aparecimento de novas modalidades de contratos, como o contrato em massa. Assim, percebe-se que o princípio da autonomia das partes apresenta diversas fases, desde a sua criação até os dias atuais, dependendo do grau de força que possui em determinada época. É sobre elas que se tratará a seguir.

2.3 A Evolução da Concepção de Autonomia das Partes

A noção de autonomia da vontade atravessou várias fases desde sua criação, no século XVI. Essas fases devem-se ao grau de poder dado às partes para fazer suas escolhas dentro de um contrato, como ressaltado acima.

seguida, na sua terceira regra, Huber oferece duas explicações para o aparente paradoxo constituído pela aplicação do direito estrangeiro além das fronteiras do país em que as promulga, apesar da doutrina da soberania territorial. Sua primeira explicação é de que isto ocorre simplesmente porque o outro soberano consente que assim se faça. Sua segunda explicação é de que não se aplica e executa o direito estrangeiro como tal, mas se reconhece os direitos a que o mesmo deu origem. Esta terceira regra também contém as raízes da doutrina da ordem pública”.

⁴⁶³ FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 12.

⁴⁶⁴ FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 14.

⁴⁶⁵ Nessa fase, segundo Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha Rodrigues Netto (2000, p. 464), “o contrato não é mais a simples confluência de vontades acordadas, autônomas e livres, mas uma operação dirigida pelos poderes públicos, representados pelo legislador e pelo juiz ou por uma das partes contratantes que impõe suas fórmulas e condições à outra”. Esse contrato se transforma objetivando muito mais o social do que o individual. No entanto, chama a atenção Josseland (Apud BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 37) que o dirigismo deve ser entendido como um fator de ordem e não uma escola de anarquia jurídica e social, “um método científico aplicado com espírito de ordem e não uma experiência fantasista, feita de reações bruscas e perigosos sobressaltos”. Ele deve ser tido como uma maneira de viabilizar a função social do contrato e não criar mais problemas para seus contratantes.

O princípio da autonomia da vontade, por exemplo, teve papel decisivo na origem, asseguuração e organização do Antigo Regime, ou “direito dos senhores”. Nessa época, como havia uma intrincada rede de direitos e obrigações próprias dos diferentes tipos de feudalismo, a principal base jurídica era o respeito à palavra empenhada. Assim, apesar de haver uma previsão no *Digesto*⁴⁶⁶ (2, 14, 28) de que o direito do rei deveria ser respeitado, começou-se a se sustentar uma nova regra: “*modus et conventio vincunt legum*” (modo e acordo vinculados à lei). Essa regra proclamou o triunfo do regime feudal sobre o direito do imperador e dos reis⁴⁶⁷.

No período do Iluminismo⁴⁶⁸, por sua vez, passou-se a crer no estabelecimento da igualdade jurídica, o que bastava para que a liberdade sempre reinasse⁴⁶⁹. Pregavam os autores iluministas que o direito estatal devia limitar-se a servir a vontade individual, conforme o axioma “*voluntas facit legem*” (a vontade faz lei). O mesmo axioma está previsto, até hoje, no art. 1.134 do Código Civil francês⁴⁷⁰, cujo texto declara que “as convenções legalmente formadas têm o valor das leis para aqueles que a fizeram”, e está construída em torno dos conceitos de direito subjetivo e de negócio jurídico⁴⁷¹.

Já no século XIX, em nome da segurança da transação jurídica, a autonomia da vontade atinge seu ápice, com o que alguns autores, como Federico Castro y Bravo e José Luis Lacruz Berdejo, chamam de comercialização do direito. A autonomia da vontade já não é mais uma expressão da liberdade individual, mas um eficaz instrumento para o

⁴⁶⁶ “*Digesto* ou *Pandectas* (vocábulo grego que pode ser traduzido como “livros que contêm tudo, enciclopédia”). Foi uma compilação, encerrada em cinquenta livros, ordenada por Justiniano ao seu ministro da Justiça, Triboniano, que reuniu uma equipe de advogados e professores de Direito para codificar todo o direito romano, fazendo uma revisão dos códigos anteriores, compilando as constituições em vigor, tendo toda a liberdade para fazer quaisquer acréscimos, supressões e modificações que julgassem necessários”. SILVA, Adriana S. **Acesso à Justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do Judiciário. Barueri: Manole, 2005, p. 14.

⁴⁶⁷ CASTRO Y BRAVO, Federico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Civitas, 1985, p. 14.

⁴⁶⁸ Nesse período, como ressalta Gustavo Soares de Souza Lima (1999, p. 11), “o homem passou a ser concebido como um ser racional, dotado de liberdade e capaz de autodeterminar suas relações privadas. Note-se que nessa época privilegiou-se o valor da propriedade individual, encarada como um direito natural inerente ao homem, percepção que permanece até os dias atuais, mesmo que sofismada pelo primado de que a mesma deve obedecer à sua função social”.

⁴⁶⁹ “En suma, la idea jurídica de autonomía de la voluntad recoge una influencia general de las ideas de las Luces, tal y como aparecen, por ejemplo, en los declaraciones de derechos, cuyo sujeto es el hombre libre, emancipado, sobre el que se construye toda la sociedad y el Derecho que ha de regirla”. VENEGAS GRAU, 2006, p. 42.

⁴⁷⁰ Atilio A. Alterini e Roberto M. López Cabana (**La autonomía de la voluntad en el contrato moderno**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 56) também ressaltam que, “en la doctrina francesa moderna se atribuye a la autonomía de la voluntad ser ‘uno de los fundamentos de orden civil’, con valor de ‘principio’, y se afirma que ‘el consentimiento sigue siendo el elemento primordial creador de obligación’. Aun admitiendo la existencia de un ‘flujo y reflujo’, y que ‘no es absoluta’, se sostiene sin embargo que ‘sigue siendo la regla’, y que su titulada crisis ‘no se manifestará sin duda por una desaparición definitiva de este principio’. Se advierte también que en los últimos años ‘resulta evidentemente un rebrote de eficacia de la autonomía de la voluntad’”.

⁴⁷¹ CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 14.

desenvolvimento do comércio⁴⁷². Os negócios passaram a ser interpretados de tal forma a excluir toda consideração estranha à vontade declarada e à sua significação social não considerada. É o que Nadia de Araújo denomina de poder da vontade para determinar a formação do contrato⁴⁷³.

Dessa forma, “os direitos subjetivos, sem distinção, eram qualificados de absolutos (sem limitações implícitas) e, portanto, não censuráveis, ainda que fossem exercitados abusivamente”⁴⁷⁴. O poder da vontade, ou seja, a vontade exercida pelo homem sozinho, permitiu “o florescimento da noção de um contrato anterior e superior à lei”⁴⁷⁵. Esse poder, inclusive, autorizava as partes, em direito internacional privado, a elegerem o direito do país que mais lhes convinha⁴⁷⁶.

O que se pode perceber é que nesses tempos o fundamento na liberdade e a idéia do Estado como prescindível consistiam no fator ideal da forma de contratação. Nessa época, imperava a “auto-regulação de interesses”. O consentimento, dessa forma, era fecundado por atos de vontade de cada uma das partes e implicava cabal consciência do ato assumido e de suas conseqüências jurídicas, pois se acreditava que os termos da negociação eram realizados por pessoas livres e iguais, com similar poder econômico de imposição⁴⁷⁷. Nessa corrente individualista, o exercício do direito era absoluto e exclusivo, e a obrigação aparecia como restrição da liberdade e só se concebia por via da autonomia da vontade.

É a partir daí que surgem juristas como Cimbali (Itália), Duguit (França) e Schaffle (Alemanha), que começaram a vislumbrar o ser humano como parte de um corpo social e os direitos sendo exercidos conforme uma função social, podendo o Estado assumir o poder de órgão moderador⁴⁷⁸. A distinção básica entre os direitos individuais e os sociais está em que “este último se apóia sobretudo no contrato, ao passo que o direito social coloca em primeiro plano a instituição”⁴⁷⁹. A tendência atual, com se verá adiante, é dar também primazia à função social do contrato.

O princípio segundo o qual as pessoas são livres e iguais é substituído no início do século XX, quando surge uma estrutura contratual por adesão e passa-se a perceber que, na realidade, o que existia no contrato era uma igualdade formal, e não uma igualdade material.

⁴⁷² CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 15; LACRUZ BERDEJO, 2000, p. 131.

⁴⁷³ ARAÚJO, 2004a, p. 42.

⁴⁷⁴ CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 16.

⁴⁷⁵ ARAÚJO, 2004a, p. 42-43.

⁴⁷⁶ CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 16.

⁴⁷⁷ GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**: parte general y especial – figuras general y especial. V.1. 3. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1994, p. 5.

⁴⁷⁸ GHERSI, 1994, p. 51.

⁴⁷⁹ STRENGER, 2003, p. 645.

Isso porque o princípio da liberdade contratual, fundado na igualdade do indivíduo e que reconhecia a todos idêntico poder jurídico, dava, em realidade, vantagens maiores à empresa, por ser ela a detentora de maior poder econômico e de posição dominante nas relações negociais⁴⁸⁰. Surge, assim, a figura do consumidor em massa, com carência de poder econômico de imposição, que só pode aderir à proposta das empresas⁴⁸¹. Fernando Noronha ressalta que

[...] é certo que mesmo nos contratos do século XIX a ‘igualdade’ das partes não impedia que a mais forte determinasse o conteúdo do contrato, mas ainda havia a negociação, o mais fraco (a ‘parte mais vulnerável’) podia fazer ouvir a sua voz – e até ser atendido, aqui ou ali, nas suas pretensões. Foi apenas após a massificação do contrato que a posição do mais fraco ficou visivelmente descoberta⁴⁸².

Na Argentina, por exemplo, esse posicionamento fez com que os tribunais interpretassem, por longos anos, o art. 1.197 de seu Código Civil⁴⁸³ de maneira a proclamar os princípios filosófico-econômicos do liberalismo. No entanto, a partir da década de 1950, aspectos mais sociais que individuais do contrato foram surgindo e com isso houve a variação da interpretação e da aplicação do referido artigo⁴⁸⁴. Esse fenômeno também ocorre no Brasil.

O Brasil, de maneira gradativa, acaba reformulando sua legislação, visando a dar ao contrato e à autonomia da vontade perfis mais sociais, tão distanciados dos princípios previstos no Código Civil de 1916. Isso porque esse Código estava baseado em doutrinas individualistas e voluntaristas, e inspirado, principalmente, no Código Napoleônico. Essa reformulação pode ser dividida em três fases.

⁴⁸⁰ Isso acontece porque estas empresas desviavam os riscos para os usuários e consumidores. Cf. STIGLITZ, Rubén S. **Contratos civiles y comerciales**: parte general. v1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 214.

⁴⁸¹ GHERSI, 1994, p. 6. No mesmo sentido, Rubén Stiglitz (1998, p. 215) aponta que “desde un punto de vista axiológico, es particularmente el mercado quien revela una serie de patologías, producto de la adopción de mecanismos faltos de transparencia en el circuito que se extiende desde la producción hacia el consumo final de bienes y servicios. Así, a título de ejemplo: (a) la fabricación en serie y en gran escala, a menudo carente de recaudos mínimos de calidad y seguridad adecuados para la protección de la salud y el patrimonio del cliente; (b) la creación artificial de necesidades masivas, popularizadas mediante fórmulas publicitarias de intensa potencialidad para condicionar psicológicamente al consumidor potencial; (c) la creación de una imagen (irreal) de confianza en la empresa, que obstaculiza percibir la situación de real conflicto estructural de intereses, mediante sistemas persuasivos de venta o técnicas crediticias de ‘fácil acceso’, pero generadoras de un insalvable endeudamiento ‘sin salida’. Y es entonces ese mismo sistema jurídico tradicional, fundado en los ideales liberales e individualistas y fiel garante de la libertad económica absoluta (sin restricciones) de los hombres (igualdad formal), el que ahora, frente al significativo desequilibrio desencadenado en las relaciones de consumo, se revela impotente para recrear una efectiva igualdad”.

⁴⁸² NORONHA, 1994, p. 73.

⁴⁸³ Art. 1.197 do Código Civil argentino: “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

⁴⁸⁴ GHERSI, 1994, p. 45.

A primeira fase da socialização do contrato se dá logo após a promulgação do Código Civil de 1916, com “edição de leis extravagantes que objetivassem o reequilíbrio do quadro social delineado pela consolidação de novas classes econômicas formadas na ordem liberal e que reproduziam os ideais da Revolução Francesa”⁴⁸⁵.

A segunda fase ocorre na década de 1930, quando “a leitura do Direito Civil foi motivada pela política legislativa do *Welfare State*, que teve assento constitucional em 1934 e cuja expressão, na teoria das obrigações, se constituiu no fenômeno do dirigismo contratual”⁴⁸⁶.

A terceira fase, por sua vez, se dá com a Constituição de 1946, que institui normas e princípios sociais no desenvolvimento da atividade privada, passando a limitar a sua autonomia, a propriedade e o controle dos bens, pontos estes também observados pela Constituição de 1988, principalmente ao expressar as novas características da legislação especial ou extravagante que preservava a função social do contrato⁴⁸⁷. Após a promulgação da Constituição, leis como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações também vieram a colaborar significativamente para incutir que a atividade privada deveria ser regida pela função social. Entretanto, foi em 2002, com a promulgação do Novo Código Civil, que expressamente se previu que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421).

Essas fases contribuíram significativamente para que os tribunais brasileiros passassem a analisar os contratos do ponto de vista social⁴⁸⁸. A partir de então, passa-se a dar

⁴⁸⁵ GUIMARÃES, Haina Eguia. **A função social do contrato em uma perspectiva civil-constitucional**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5814>>. Acesso em: 12 mar. 2007.

⁴⁸⁶ GUIMARÃES, 2007.

⁴⁸⁷ GUIMARÃES, 2007.

⁴⁸⁸ Neste sentido é o acórdão do TJSP, n.º 126.919-4/8-00, da Apelação Civil n.º 126.919-4/8, da Comarca de Araraquara, tendo como apelante Samua Comercial e Agropecuária Ltda e como apelada Gisella dos Santos Deco, que determina que: “o sistema de direito privado vive momentos de transformação, e essa jurisprudência coesa que foi lembrada representa a resposta correta que os juízes estão emitindo diante dos novos valores e conceitos que regulam a execução dos contratos, O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), por exemplo, reconhece a função social do contrato (art. 421). O contrato, que agora é negócio jurídico animado pelos princípios da boa-fé e da justiça comutativa (MARTINHO GARCEZ NETO, *Temas atuais de Direito Civil*, Ed. Renovar, 2000, p. 23), recebe, agora, interpretações ‘além do juízo de ilicitude’, até o esgotamento de ‘se a atividade econômica privada atende concretamente aos valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva’ (GUSTAVO TEPEDINO, *Temas de Direito Civil*, Ed. Renovar, 1999, p. 211). Justiça se faça ao pioneirismo do filósofo do direito que advertiu da dificuldade de o juiz do futuro investigar a responsabilidade contratual, prevendo a pressão social que se impõe ao indivíduo no momento de consentir aos contratos nocivos (PIETRO COGLIOLO, *Philosophia do Direito Privado*, tradução de Eduardo Espínola, Empreza Editora, Bahia, 1898, p. 268). Isso porque esse conceito foi o embrião do que alguns denominam de ‘dirigismo contratual’ criado para eliminar os focos de abusividade das cláusulas contratuais, mesmo diante da seguridade jurídica da *pacta sunt servanda* (inalterabilidade das convenções) [...]”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão n.º 126.919-4/8-00. Disponível em: <<http://juris.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 27 fev. 2006. No mesmo sentido: Acórdão n.º 127.834-4/7-00, do TJSP e Acórdão 130.294-4/9-00, do TJSP. E ainda o Acórdão n.º 144.424-4/0-00 do mesmo Tribunal que decidiu a apelação feita pela Associação

atenção ao binômio liberdade como autonomia e autoridade como norma⁴⁸⁹, em que as partes já não possuem liberdade absoluta e ilimitada⁴⁹⁰. Isso porque o Estado agora é chamado para controlar a situação e passa a proteger as partes fracas do contrato. Percebe-se, assim, que o direito não está submetido à vontade dos particulares e que estes estão submetidos ao direito. O direito, por sua vez, como ordem essencialmente coativa e imperativa, delimita sua própria esfera de aplicação em todos os aspectos⁴⁹¹.

Esse novo posicionamento é designado por alguns autores, como José Eduardo González e outros, de crise do contrato. É o momento em que a teoria clássica da autonomia da vontade, que confere à palavra empenhada no contrato força obrigatória semelhante à da lei, foi debilitada pela comunidade jurídica⁴⁹². Isso ocorre não só para compensar os desequilíbrios gerados na contratação pelas exigências da modernidade, mas, também, para

de Médicos São Paulo Blue Life e Idelma Ferraz Portela contra o Centro do Professorado Paulista, em que o relator Munhoz Soares conclui que: “[...] as redações da antiga lei civil que, aliás, rege a espécie (*tempus regit actum*), obedeceram à função social do contrato, circunstância precípua de que não se afastou a nova legislação substantiva civil, impondo-se, hodiernamente, que «*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*” (art. 421), clareando-se o aperfeiçoamento de tais exegeses segundo ensinança de JOSÉ LOURENÇO, que prelecionou: «*A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contraentes, valendo como exemplo os contratos de adesão. O negócio jurídico haverá de ser fixado em seu conteúdo, segundo a vontade das partes. Esta, todavia, apresenta-se auto-regrada em razão e nos limites da função social, princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art 1º da CF), deve prescrever a ordem econômica e jurídica*” (in LIMITES À LIBERDADE DE CONTRATAR — Princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos, SP., ed. Juarez de Oliveira, 2.001, *apud* NOVO CÓDIGO CIVIL COMENTADO, coord. de RICARDO FIUZA, 2a ed. Saraiva SP., 2.003, pp. 372-373, comentários ao art. 421). Assim, a decisão apelada imerge retificações quanto aos parâmetros preconizados no apelo da empresa de convênios, pois, como acentuado em numerosos julgados, tais avenças se subordinam às regras do Cód. de Defesa do Consumidor (art. 51, IV), com interpretação mais benéfica ao aderente, inexistindo, nesta altura, dos estudos a seu respeito, qualquer outra discepção que porventura possa alterar tal intelecção.

⁴⁸⁹ CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. **El contrato internacional: fraccionamiento versus unidad**. Madrid: Civitas, 1992, p. 66.

⁴⁹⁰ Segundo Irineu Strenger (2000, p. 147), “analisando as objeções do direito moderno contra o prevailecimento da autonomia da vontade, em ambos os planos jurídicos cogitados [interno e internacional], mostra que existe um erro de perspectiva teórica, na apreciação da questão, cuja origem se encontra em tendências filosóficas bem conhecidas, mas falsamente aplicadas, como a concepção kantiana do papel da vontade, o individualismo político, liberalismo econômico que, embora bem fundamentadas, não devem nunca conduzir à negação da autoridade da lei”.

⁴⁹¹ CARRASCOSA GONZALEZ, 1992, p. 75.

⁴⁹² “Como advertem Planiol e Ripert, falar da decadência da soberania do contrato na época moderna é esquecer que o desenvolvimento do comércio proporcionou ao contrato um campo que jamais havia tido anteriormente, e ainda que, desaparecendo as restrições de índole moral à liberdade contratual, aparecem com maior intensidade novas forças da vontade individual. Apesar de se poder afirmar, em resumo, que o Estado Moderno se caracteriza por uma tendência socializadora para realizar maior justiça social, intervindo até mesmo nos contratos celebrados por particulares em matéria que antes era do estrito domínio privado, e apesar de alguns publicistas ainda sustentarem a tese de que, na época contemporânea, a autonomia da vontade tem valor apenas acadêmico e que a maioria dos contratantes terá de se submeter às leis que o Estado lhes impõe, tudo isso não significa que a autonomia da vontade tenha desaparecido ou tenda a desaparecer. Haverá, por certo, a extensão de certas limitações impostas pela ordem pública, mas é necessário reconhecer que a história do direito revela não haver sido aplicada tal doutrina, segundo seus termos extremos, em momento algum, pelos diversos sistemas legislativos”. STRENGER, 2003, p. 856.

satisfazer exigências da justiça comutativa⁴⁹³, crise que, segundo o mesmo autor, foi acelerada pelo intervencionismo estatal, por meio da elaboração de leis demagógicas que criaram há cinquenta anos um coletivismo amorfo, que contaminou gravemente os direitos dos cidadãos e diminuiu a confiança da atividade privada⁴⁹⁴.

Atílio A. Alterini e Roberto M. López Cabana asseveram, todavia, que são freqüentes as afirmações acerca da crise do contrato, mas que, para analisar se existe uma crise, é necessário constatar se: a) na realidade o que existe não é um valor emocional do lógico; b) se não nos encontramos diante de uma situação que não queremos; e c) se é um período difícil, mas passageiro⁴⁹⁵.

Assim, se forem identificados esses elementos na “crise”, pode ser que essa “crise” seja positiva e que ela traga uma transformação, pois, muitas vezes, “no conceito de crise, além de um elemento de desaprovação, há um elemento de esperança”⁴⁹⁶.

Contudo, o que Atílio A. Alterini e Roberto M. López Cabana já identificavam em 1989 é que a “crise” não era do contrato, mas da autonomia da vontade⁴⁹⁷. E tal crise (da autonomia), em realidade, concerne tanto à reformulação de seus limites como à forte incidência do direito normativo e, por conseqüência, à releitura dos códigos. Esses códigos, por sua vez, contêm o núcleo conceitual do sistema e das soluções dadas por leis especiais que privilegiam também outros valores diversos da liberdade⁴⁹⁸, como se pode observar na Constituição de 1988, nas leis especiais e extravagantes e no Código Civil de 2002, acima referidos.

O que ocorria é que o problema da autonomia da vontade era mais que um problema de liberdade, era um problema de limites. Como ressaltam Atílio A. Alterini e

⁴⁹³ GONZÁLEZ, José Eduardo et al. **Teoría general de los contratos**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Desalma, 2004, p. 67. Para Evanna Moraes (**O conceito aristotélico de justiça**. Disponível em: <www.suigeneris.pro.direito_id_13.htm>. Acesso em: 18 fev. 2006), [...] justiça comutativa apresenta-se para determinar a formação das relações de troca de conformidade com certa medida. Aplica-se nas relações voluntárias, que pressupõem igualdade entre o que se dá e o que se recebe, entre a prestação e a contraprestação, como nos contratos, por exemplo, e considera como elemento principal a vontade das partes, nem sempre exigindo a intervenção do juiz. [...] “é própria das relações de coordenação”; pressupõe, pelo menos, duas pessoas, uma equiparada à outra; é aplicada de acordo com um critério absoluto de igualdade entre os bens, como exemplos, salário e trabalho, dano e indenização. É a justiça do direito privado. E segundo Juan Carlos Rezzónico (1999, p. 296): “es un término medio entre la pérdida y la ganancia”.

⁴⁹⁴ GONZÁLEZ ET AL., 2004, p. 73.

⁴⁹⁵ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 12.

⁴⁹⁶ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 12.

⁴⁹⁷ Mas, no entanto, como observa Juan Ossorio Morales (**Lecciones de derecho civil: obligaciones y contratos** (parte general). 2. ed. rev. Granada: Comares, 1985, p. 175) “el contrato es, dicho de un modo muy simplista, un *acuerdo de voluntades* entre dos personas, que se dirige a constituir entre ellas una relación obligacional, o bien a modificarla o extinguirla. Es de esencia en el concepto del contrato la idea de acuerdo de voluntades, ya que las obligaciones nacidas de contrato tienen siempre su base en la *voluntad* de las partes, en el mutuo consentimiento. *Duorum in idem placitum consensus*” (Grifo no original).

⁴⁹⁸ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 15-16.

Roberto M. López Cabana, “o dogma da autonomia da vontade das partes pode proclamar-se e repetir-se com a condição de que se compreenda que praticamente é hoje, como foi ontem e será amanhã, um problema de medida”⁴⁹⁹. Nesse sentido, Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón afirmam que se deve tentar encontrar um limite que não seja tão amplo, que não outorgue ao indivíduo uma liberdade desmesurada que possa trazer como consequência uma perturbação da ordem social; mas que tampouco seja tão reduzido que chegue a suprimir a própria autonomia⁵⁰⁰. Até porque existe uma abstração no momento de se definirem quais são os limites dessa autonomia. E porque, ademais, tais limites, muitas vezes, estão sujeitos à interpretação da autoridade judicial⁵⁰¹: “o porta-voz das correntes, sociais, políticas ou econômicas da época”⁵⁰².

Entretanto, para José Eduardo González e outros, não há um declínio da força obrigatória do contrato; o que existe é um caráter harmônico dessa força “com o princípio de que os direitos subjetivos e as prerrogativas jurídicas devem exercer uma função social”⁵⁰³. Ou seja, por trás de uma pretensa crise pode haver um repensar do instituto e até mesmo a transformação de seu conceito de uma maneira positiva.

Nessa linha surge a formação da teoria preceptiva do negócio jurídico⁵⁰⁴, que, segundo Fernando Noronha, “pretende significar que o contrato constitui um comando, ou preceito, que, embora privado, é como tal reconhecido pelo ordenamento jurídico”⁵⁰⁵. Essa teoria também “intenta analisar a realidade social, a função econômico-social do contrato (ou, em geral, do negócio jurídico)”⁵⁰⁶. O mesmo autor afirma que ela foi sintetizada por Emilio Betti, “quando caracterizou o negócio jurídico como ‘preceito de autonomia privada’, cuja essência ‘está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como fato social’”⁵⁰⁷. Assim, “o interesse fundamental da questão da função social está em

⁴⁹⁹ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 16.

⁵⁰⁰ DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, 2001, p. 371.

⁵⁰¹ Para determinar essa limitação, segundo Federico de Castro y Bravo (1985, p. 12-13), há a necessidade de intervenção resolutiva do Estado por força do trabalho de juízes, funcionários da administração, agentes executivos, polícia.

⁵⁰² DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, 2001, p. 371.

⁵⁰³ GONZÁLEZ ET AL., 2004, p. 68.

⁵⁰⁴ Para José Luiz Lacruz Berdejo (2000, p. 131), no entanto, logo após a veracidade fundamental da teoria preceptiva foi corrompida de um positivismo dissimulado ou superado doutrinariamente e que dava ênfase aos aspectos sociais que delimitam o reconhecimento da autonomia. O autor afirma que como consequência deste pensamento, houve a transcendência da atividade negocial, situando a autonomia da vontade tanto dos indivíduos como do grupo, em um amplo marco de consideração da eventual capacidade normativa para os âmbitos que são próprios das pessoas privadas.

⁵⁰⁵ NORONHA, 1994, p. 88-89.

⁵⁰⁶ NORONHA, 1994, p. 88-89.

⁵⁰⁷ NORONHA, 1994, p. 89. Machado Villela (apud ARAÚJO, 2004a, p. 101) descreveu o desenvolvimento histórico da teoria, dividida em três períodos: “o de *combate*, quando da formulação da doutrina por Dumoulin; o do *exagero*, quando a seu ver o princípio desviou-se do campo das leis supletivas para a autonomia absoluta

despertar a atenção para o fato de que a liberdade contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidades, atentatórias de valores de justiça, que igualmente têm peso social”⁵⁰⁸. Rubén S. Stiglitz, nesse sentido, já ressaltava que haveria um momento em que o princípio da autonomia da vontade deveria ser repensado, considerando as perspectivas solidárias e até mesmo humanistas⁵⁰⁹.

A partir daí surge um novo termo para a autonomia das partes: a autonomia das partes não é mais associada ao termo autonomia da vontade, mas sim à autonomia privada⁵¹⁰. Isso ocorre por um simples motivo: enquanto a autonomia da vontade dá às partes liberdade ampla, a autonomia privada prevê limites a essa liberdade⁵¹¹, visão mais aproximada da função social desejada nos contratos. Essa afirmativa pode ser confirmada ao se analisarem as premissas presentes nos dois institutos.

Autonomia da vontade ⁵¹²	Autonomia privada ⁵¹³
A palavra autonomia tem nas fontes literárias do pensamento jurídico um sentido moral que corresponde à idéia de “vontade autônoma”.	A autonomia privada é um poder de criar normas jurídicas, de natureza e estrutura semelhante às das normas de direito objetivo, havendo entre elas apenas uma diferença de grau.
O conteúdo de poder em que consiste a autonomia se justifica por si mesmo e se enuncia sem uma referência precisa à ordem da natureza e com abstração dos fins da vida humana. Assim, a vontade constitui-se num fundamento de natureza obrigatória do contrato.	O poder existente na autonomia privada é um poder derivado e limitado, já que a autonomia privada não é evidentemente uma atividade originária. Ela é uma atividade que encontra a fonte de sua validade nas normas legais e que destas recebe fronteiras, formais e substantivas, para atuar, de modo que tal poder consiste de uma autolimitação do ordenamento estatal que deixa espaço para os particulares inserirem-se na atividade normativa. Essa atividade traduz-se em regras que têm um conteúdo próprio e das

da vontade, incluindo também as leis imperativas, época de Hauss, seguido por Savigny; e o da reação. Este último subdividido em duas partes: a teoria das limitações e a teoria da eliminação”.

⁵⁰⁸ NORONHA, 1994, p. 81-82.

⁵⁰⁹ STIGLITZ, 1998, p. 490.

⁵¹⁰ Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy (**Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15), “[...] entende-se que o clássico princípio da autonomia da vontade, de fato, tenha dado lugar, hoje, ao que se considera ser mesmo um novo princípio do direito contratual, qual seja, o da assim chamada autonomia privada”.

⁵¹¹ Enrique Lalaguna Dominguez (1978, p. 34) afirma que os institutos da autonomia da vontade e autonomia privada são diferentes. De tal forma que esta última aparece mais tarde nos estudos da doutrina alemã sobre negócio jurídico (*privatautonomie*). Luigi Ferri (**La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, p. 5), ratificando a idéia de Enrique Lalaguna Dominguez, expõe que “las dos expresiones podrían aparecer a primera vista sinónimas, pero no lo son”. No mesmo sentido: REZZÓNICO, 1999, p. 197.

⁵¹² LALAGUNA DOMINGUEZ, 1978, p. 33.

⁵¹³ FERRI, 2001, p. 8.

	quais o Estado subtrai, do poder privado autônomo, certas matérias. Existem certos grupos de relações que o Estado reserva a sua regulação.
O princípio da autonomia da vontade formula-se como princípio absoluto. Ela não possui limitações que derivam da situação externa de coexistência da vontade individual com outras vontades individuais.	A autonomia privada não é somente liberdade, é o poder, dos quais os negócios jurídicos são manifestações.

Mediante o estudo elaborado no primeiro capítulo, pode-se afirmar que o conceito que melhor traduz a autonomia das partes na situação atual é a autonomia privada. Vale ressaltar que a voluntariedade das partes ainda caracteriza a autonomia privada, embora não seja mais considerada ilimitada como outrora.

A autonomia privada é uma vertente da liberdade individual⁵¹⁴. Reconhecer liberdade, por sua vez, é permitir fazer; é dar ao indivíduo uma esfera de atuação, é dada a oportunidade do indivíduo de exercer a sua capacidade individual. Entretanto, nesse novo prisma, autonomia privada também visa ao respeito ao social e percebe limites regulados pela ordem social. Sobretudo, como afirma Federico de Castro y Bravo, a autonomia privada constitui-se em um poder complexo reconhecido ao sujeito para que exerça as suas faculdades, tanto no âmbito da liberdade que lhe pertence como sujeito de direitos, quanto para criar regras de conduta para si próprio e com relação aos demais, como a conseqüente responsabilidade na atuação da vida social⁵¹⁵, idéias presentes no conceito de liberdade da teoria de Amartya Sen⁵¹⁶, como visto no primeiro capítulo.

Conclui Federico de Castro y Bravo que a idéia de autonomia privada deve ser valorada do ponto de vista da comunidade, pois seria inexato afirmar que, por se tratar de coisas inerentes à parte ou às partes, só aos interessados importaria essa questão, o que poderia também negar a justificativa de limitação dessa autonomia por normas imperativas, advindas de uma concepção individualista⁵¹⁷.

⁵¹⁴ “[...] Na lição de Larenz e mais concretamente, ‘é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos’”. NORONHA, 1994, p. 115.

⁵¹⁵ CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 12.

⁵¹⁶ Como ressaltado anteriormente, Amartya Sen (2000, p. 46) assevera que “a liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes”⁵¹⁶.

⁵¹⁷ CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 12-13.

Deve-se ressaltar que o princípio da autonomia privada e da liberdade contratual é diferente do individualismo ou do liberalismo do século XVIII ou do século XIX⁵¹⁸. Isso porque, na atualidade, o princípio da autonomia privada continua sendo um princípio individualista, mas, no entanto, não exprime um valor, como ocorria no século XVIII; nem uma liberdade ilimitada e absoluta, como ocorria no século XIX⁵¹⁹. Hoje há uma superação do contrato liberal e individualista, por meio de uma concepção de que este possui uma dimensão social: uma função social⁵²⁰. A liberdade concedida às partes deve estar embasada nos pressupostos igualitários, como visto no capítulo primeiro.

Essa mudança, que começa em meados do século XX, com a criação da teoria preceptiva de contratos, também atinge o Brasil, de tal forma que a função social do contrato está prevista no texto do art. 421 do Código Civil brasileiro, como mencionado anteriormente.

Essa nova concepção prevê a autonomia das partes num modo mais integrado com a nova realidade social, resguardando, como asseveram José Eduardo González e outros, a regra moral. Essa regra moral satisfaz o negócio jurídico não só no aspecto de perseguir a vontade dos contratantes, mas também nas exigências sociais, ou seja, ele deve conter não só um objeto-fim individual, mas também um objeto-fim social⁵²¹.

Por esse motivo é que autores como Werner Flume defendem que não é coerente falar em crise do contrato ou da autonomia privada. Para ele, o que ocorre é que o sentimento de crise moderna baseia-se na crítica da doutrina do século XIX, que percebia a

⁵¹⁸ Nesta época, a principal característica consistia na preservação da liberdade individual mais ampla possível diante do Estado. Cf. AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. **Autonomia da vontade no Direito internacional privado**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1642>>. Acesso em: 12/07.2005. Rubén Stiglitz (1998, p. 482) ainda ressalta que, “en el sistema liberal individualista, fundado sobre la amplia libertad contractual, no había sitio de emplazamiento para ninguna cuestión atinente a la equidad intrínseca del contrato; no existía espacio disponible para debatir en punto a la justicia sustancial de la operación económica, pues se sostenía (se sostenie) que la ecuanimidad de la relación era automáticamente determinada por la libre voluntad de los interesados, en conformar sus intereses sobre un plano de recíproca igualdad”. Juan Carlos Rezzónico (1999, p. 293) aponta, por sua vez, que, “asimismo, la Encíclica *Populorum progressio*, de 1967, se refiere al liberalismo para afirmar que la regla del libre cambio no puede seguir rigiendo ella sola las relaciones internacionales pues, si bien es ventajosa y un estímulo al progreso y recompensa del esfuerzo cuando las partes se encuentran en condiciones, en principios, iguales de potencia económica, en cambio, cuando están en situaciones demasiado desiguales, el consentimiento de las partes no basta para garantizar la justicia del contrato; de lo que se deriva que el libre intercambio sólo es equitativo si está sometido a las exigencias de la justicia social”. No sentido: LALAGUNA DOMINGUEZ, 1978, p. 44.

⁵¹⁹ FLUME, 1998, p. 39-40.

⁵²⁰ GONZÁLEZ ET AL., 2004, p. 69. Gustavo Soares de Souza Lima (1999, p. 28) ainda ressalta que “a autonomia privada, considerada como livre iniciativa, não se encontra suprimida de modo algum, mas sim passou a ter contornos delimitados por valores sociais e que, sob a égide do liberalismo econômico, são incompatíveis com a ela: o art. 170 da Carta Magna modifica profundamente o enquadramento ideológico da atividade econômica, a qual funda-se não apenas na iniciativa privada, mas também na valorização da dignidade da pessoa humana, tendo por fim precípua ‘assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social’”.

⁵²¹ GONZÁLEZ ET AL., 2004, p. 67.

aceitação de uma prévia autarquia do indivíduo que não tinha que ceder às limitações derivadas do princípio de justiça social⁵²². Ressalta que “o princípio de autonomia privada sustenta-se numa combinação de liberdade e vinculação”⁵²³. Nesse binômio liberdade e autoridade, o que deve vencer é o bom senso⁵²⁴, pois, como asseveram José Eduardo González e outros, a saúde jurídica do contrato depende, em grande parte, do retorno do simples princípio do cumprimento da palavra empenhada. Essa palavra deve ser limitada estritamente quando necessário, quando haja, por exemplo, perturbações econômicas ou sociais⁵²⁵.

Por várias razões, pode-se afirmar que a vontade continua sendo um importante elemento na formação dos negócios jurídicos, mas sua importância é equilibrada diante da possibilidade do controle judicial do conteúdo dos contratos, visando a proteger a sua função social.

Mas é certo, como afirmava Larenz, que o ser humano que vive em sociedade precisa de autonomia privada “para poder decidir livremente os assuntos que o afetam diretamente, para poder conformá-los, sob sua própria responsabilidade”, “pois somente quando está em condições para tal pode promover e afirmar-se como pessoa”⁵²⁶. Essa concepção, como se viu anteriormente, também coaduna com a idéia de desenvolvimento proposta por Amartya Sen, por meio do estímulo à condição de agente, tratada no capítulo anterior, principalmente por prever a preocupação com o desenvolvimento não só da capacidade individual, mas também social.

Dentro dessa nova perspectiva, pode-se afirmar que o termo a ser empregado ao se tratar da autonomia das partes em contratos, no momento atual, é autonomia privada. E isso porque, como afirma Javier Carrascosa Gonzalez, por autonomia da vontade entende-se aqui a possibilidade de se dar um ordenamento, enquanto autonomia privada revela-se como uma exigência insuprimível de uma comunidade integrada por indivíduos. Tal autonomia, dessa forma, pode ser contemplada como uma autonomia verdadeiramente jurídica ou como uma autonomia social⁵²⁷.

⁵²² FLUME, 1998, p. 41.

⁵²³ FLUME, 1998, p. 41.

⁵²⁴ Conforme Ruben B. Santos Belandro (1998, p. 52), “entre o totalitarismo y el individualismo negador de la ley y de la sociedad, debe encontrarse un término medio. Preconizar la facultad de elección hasta el punto de no elegir ley alguna es cuestionar la noción de que el contrato es un hecho social y de que toda sociedad implica un derecho”.

⁵²⁵ GONZÁLEZ ET AL., 2004, p. 73.

⁵²⁶ Apud NORONHA, 1994, p. 115.

⁵²⁷ CARRASCOSA GONZALEZ, 1992, p. 67.

Para Enrique Lalaguna Dominguez, a situação atual orienta-se para que a autonomia tenha três preceitos fundamentais: a) que o sujeito da autonomia privada não seja a vontade, mas a pessoa; b) que o poder de determinação da conduta, que consiste na autonomia privada, não seja um poder derivado, conferido pelo direito objetivo, mas um poder inerente na própria natureza do ser humano; e c) que o princípio da autonomia não seja absoluto, mas relativo⁵²⁸. Não se deve esquecer ainda, obviamente, que a orientação da autonomia privada deve ser em direção da consideração da pessoa e de sua defesa dentro da esfera social, em que são igualmente valiosos fatores como liberdade, responsabilidade, eficiência, justiça e seguridade⁵²⁹. Essa é a preocupação atual.

Assim, resta saber como se dá a aplicação da autonomia das partes nos âmbitos interno e internacional e quais os limites que a circundam.

2.4 A Autonomia das Partes nos Âmbitos Interno e Internacional

A qualificação de um contrato como interno ou internacional tem importância decisiva na hora de determinar a lei aplicável a ele. Isso porque no contrato interno não é permitido às partes a escolha da lei aplicável, que não podem se valer do “jogo” da autonomia conflitual. Elas devem se valer sempre da lei material do foro. Entretanto, se um contrato for internacional e se assim permitir o sistema jurídico, há a possibilidade de as partes elegerem a lei que os regerá⁵³⁰, pois, como bem observam Ruben B. Santos Belandro e Irineu Strenger, a autonomia privada em direito internacional privado e a liberdade contratual em direito interno têm um fundamento jurídico distinto e estão submetidas a limites diferentes⁵³¹.

No âmbito interno, a matéria da autonomia privada pertence ao ramo das obrigações contratuais e, neste âmbito, a autonomia possibilita às partes o poder de fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei: “é o poder reconhecido pela

⁵²⁸ LALAGUNA DOMINGUEZ, 1978, p. 36.

⁵²⁹ LACRUZ BERDEJO, 2000, p. 132.

⁵³⁰ Casella apud KUHN, 2001, p. 55-56.

⁵³¹ “Hay que distinguir en realidad, entre normas materiales y normas de colisión. Con el reconocimiento de la libertad contractual nos estamos refiriendo a la regulación material de la relación, a la conformación del negocio en su sustancia, a las obligaciones de cada parte, al precio pactado, a la forma de pago, etc., la que tiene que ejercerse dentro de los confines imperativos de la ley aplicable, por lo que como tal, nunca mira al derecho internacional privado. La autonomía de la voluntad conflictual, en cambio, sólo está sometida a las normas internacionalmente imperativas por lo que goza de una libertad mayor que en el derecho interno. Cabe recordar la afirmación que mientras todas las normas de orden público son necesariamente imperativas, no todas las reglas preceptivas son de orden público internacional”. SANTOS BELANDRO, 1998, p. 74.

ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas”⁵³². No âmbito internacional, essa autonomia compreende a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato⁵³³. Segundo Jean-Michel Jacquet, há três planos da autonomia privada no âmbito internacional⁵³⁴: a) ela aparece como o meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável a um contrato internacional; b) ela permite às partes subtraírem o seu contrato ao direito estatal; e c) ela é um instrumento de aperfeiçoamento do direito por causar a eliminação do conflito de leis, pois suas normas reguladoras emudeceriam em razão da liberdade internacional das convenções⁵³⁵.

Dário Moura Vicente, analisando a distinção entre autonomia das partes nos planos interno e internacional, afirma que não se pode confundir a faculdade das partes em designar o direito aplicável a uma relação plurilocalizada⁵³⁶, com a possibilidade geralmente reconhecida aos contraentes pelos direitos nacionais, que consiste em que eles possam estipular livremente o conteúdo do contrato⁵³⁷. Isso porque, segundo o mesmo autor, “a liberdade de conformação do conteúdo material de uma relação contratual, mesmo internacional, pressupõe a prévia determinação do direito regulador desta, pois a primeira não existe independentemente de um sistema jurídico que a consagre”⁵³⁸.

Vale ressaltar também que o princípio da autonomia privada, tanto no âmbito interno como no âmbito internacional, pressupõe a existência de determinados fatores: liberdade de eleição da parte contratante, liberdade de negociação e elaboração do

⁵³² ARAÚJO, 2004a, p. 49.

⁵³³ ARAÚJO, 2004a, p. 49.

⁵³⁴ Constitui-se de suma importância se determinar se o contrato é interno ou internacional. Isso porque, em geral, aceita-se a aplicação do princípio da autonomia privada no contrato internacional, mas não no direito interno. A relevância pode ser sentida na Convenção sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, mais conhecida como Convenção do México de 1994. O texto do art. 1º desta Convenção prevê que ela será aplicada para determinar o direito aplicável aos contratos internacionais, expondo que um contrato tem caráter internacional quando as partes não tiverem a mesma residência, quando tiverem estabelecimento sediado em distintos Estados-Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado-Parte.

⁵³⁵ “A partir de ces éléments se dessine au niveau théorique un triple clivage : d’un côté le principe d’autonomie apparaît comme le moyen privilégié de désignation de la loi étatique applicable à un contrat international. D’un autre côté le principe d’autonomie permet aux parties de soustraire leur contrat au droit étatique. D’un troisième, enfin, le principe d’autonomie serait l’instrument de la maîtrise du droit para son élimination ou sa dénaturation : de principe de règlement des conflits de lois, il se muerait en principe de la liberté internationale des conventions”. JACQUET, 1983, p. 10.

⁵³⁶ A eleição de lei aplicável é denominada por Dário Moura Vicente (**Da arbitragem comercial internacional**: direito aplicável ao mérito da causa. Coimbra: Coimbra editora, 1990, p. 191) como princípio da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.

⁵³⁷ A liberdade de determinar o conteúdo do contrato é denominada por Dário Moura Vicente (1990, p. 191) de liberdade contratual ou autonomia das partes em direito interno.

⁵³⁸ VICENTE, 1990, p. 191.

contrato⁵³⁹, apesar de esses elementos possuírem efeitos diferenciados quando vinculados ao direito interno ou ao internacional.

Para que melhor se compreendam os efeitos da autonomia privada nos âmbitos internacional e interno, é essencial saber a diferenciação existente entre liberdade contratual e liberdade de contratar, visto que a autonomia de direito interno é, para muitos autores, como Fernando Sérgio Tenório Amorim, associada à liberdade de contratar.

2.4.1 Liberdade de contratar e liberdade contratual

O princípio da autonomia privada, como se viu anteriormente, está constantemente ligado à noção de liberdade. Atualmente, pode-se afirmar que duas são as formas de liberdades encontradas na autonomia das partes em matéria de contratos: a liberdade de contratar⁵⁴⁰ e a liberdade contratual.

Pode-se entender por liberdade de contratar a faculdade que as partes possuem de realizar ou não determinado contrato⁵⁴¹. É a liberdade que as partes possuem dentro de um dado ordenamento jurídico para configurar as suas relações contratuais⁵⁴². Na liberdade de contratar estão presentes as faculdades de celebrar um contrato, de recusar-se a fazê-lo⁵⁴³, de eleger um co-contratante, de determinar um objeto, etc.⁵⁴⁴. Esse tipo de liberdade é uma manifestação do poder que, no ordenamento jurídico, a pessoa possui para exercer suas faculdades e seu comportamento quanto a determinadas regras de conduta em sua relação com os demais. O contrato é o paradigma desse poder de vinculação do próprio comportamento da pessoa na ordem jurídica.

Por outro lado, a liberdade contratual corresponde à possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato⁵⁴⁵. É a faculdade que essas mesmas partes têm para determinar a ordem

⁵³⁹ ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. **Condiciones generales en la contratación internacional**. Madrid: La Ley, 1992, p. 22.

⁵⁴⁰ Werner Flume (1998, p. 35) especifica que os termos autonomia privada e liberdade contratual seguidamente são tratados como sinônimos, devido ao fato de que contrato é a principal forma de manifestação da autonomia privada.

⁵⁴¹ NORONHA, 1994, p. 117.

⁵⁴² NORONHA, 1994, p. 117.

⁵⁴³ Para Carbonnier (apud ALTERINI; CABANA, 1989, p. 40), há uma liberdade de não querer e essa liberdade desaparece quando o contrato é imposto.

⁵⁴⁴ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 36; NORONHA, 1994, p. 42; REZZÓNICO, 1999, p. 210.

⁵⁴⁵ NORONHA, 1994, p. 117.

jurídica aplicável como ordenamento marco de suas relações⁵⁴⁶. Como ressalta Dário Moura Vicente,

A liberdade contratual pressupõe, pois, uma lei estadual que lhe sirva de fundamento. Por conseguinte, a autonomia dos particulares exerce-se sempre dentro dos limites postos pelas normas, *maxime* de direito imperativo, da *lex contractus*, apenas sendo lícito às partes derrogar as respectivas normas supletivas. Esta consideração releva, em nossa opinião, tanto para as situações jurídicas que se encontrem conectadas com um único ordenamento jurídico (situações jurídicas internas), como para as que apresentem conexões com vários (situações jurídicas internacionais). Estas últimas apenas se distinguem das primeiras por nelas as partes gozarem do poder de escolher a lei que as há-de reger; de modo algum lhes assiste em tais situações uma liberdade de estipulação do conteúdo dos contratos mais ampla do que a que lhes é reconhecida nas situações puramente internas. Se no tráfico jurídico interno não se questiona o primado da lei sobre a vontade, não se vê por que razão esta se haveria de sobrepor àquela no plano internacional⁵⁴⁷.

Assim, percebe-se que a liberdade de contratar faz referência à capacidade que possuem as partes para especificar os exatos termos do contrato (conteúdo, cláusulas, etc). A liberdade contratual, por sua vez, refere-se à capacidade das partes para eleger o direito aplicável a um contrato, ou seja, para escolherem um ordenamento jurídico para determinar as normativas que regularão a relação contratual, funcionando como um verdadeiro elemento de conexão⁵⁴⁸. Beat Walter Rechsteiner, explicando esses casos em que autonomia privada é considerada como elemento de conexão, expõe que,

À medida que um Estado admite a autonomia da vontade das partes como elemento de conexão, é aplicável a lei designada pelas próprias partes, levando em consideração a sua vontade subjetiva, e não a vontade objetiva do legislador. Este determina, subsidiariamente, o direito aplicável na ausência de escolha do direito aplicável pelas partes.

A autonomia da vontade das partes no direito internacional privado distingue-se, fundamentalmente, da autonomia que o direito substantivo ou material interno de um Estado lhes concede. A primeira, inclusive, tolera nos seus limites, inclusive, a derrogação de normas cogentes da última (direito substantivo ou material), desde que a relação jurídica tenha uma conexão internacional⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ ALVAREZ GONZÁLEZ, 1992, p. 21.

⁵⁴⁷ VICENTE, 1990, p. 191-192.

⁵⁴⁸ CARRASCO GONZALEZ, 1992, p. 72. No mesmo sentido, Hee Moon Jo (**Moderno direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2001, p. 448-449) contempla que a autonomia da vontade das partes no DIPr, significa a aceitação livre da autonomia das partes como elemento de conexão sobre a constituição e o efeito de atos jurídicos obrigacionais, ou seja, as próprias partes podem escolher, explícita ou implicitamente, o direito aplicável sobre a constituição e os efeitos do contrato no âmbito do direito obrigacional.

⁵⁴⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135.

Dessa forma, pode-se afirmar que, quando permitida pelo sistema jurídico, a liberdade contratual geralmente está presente nos contratos de caráter internacional, pois existem fortes restrições para a eleição de lei aplicável nos de caráter interno. Por outro lado, a liberdade de contratar tanto está presente nos contratos internos quanto nos internacionais, pois, como explica Carlos Esplugues Mota, quem possui liberdade contratual possui liberdade de contratar, já que quem tem capacidade para vincular um contrato a um ordenamento possui, posteriormente, plena capacidade, dentro dos limites impostos por esse ordenamento, de fixar as cláusulas dele⁵⁵⁰.

Como se observou anteriormente, a liberdade das partes tem sofrido limites, especialmente os impostos pelas garantias sociais. Esses limites têm atingido mais a liberdade contratual do que a liberdade de contratar, de tal forma que Fernando Noronha observa que a liberdade de contratar tem sido mantida, em termos gerais, enquanto a liberdade contratual tem sofrido amplas restrições⁵⁵¹.

A liberdade contratual que se postula como princípio da ordem jurídica desenvolve-se no âmbito de limites definidos por exigências sociais intrínsecas à condição ôntica e moral da pessoa. Essa afirmação do princípio de liberdade contratual implica o reconhecimento da existência de uma ordem essencial de relações entre indivíduo e sociedade⁵⁵². Essa ordem essencial também influencia a concepção de desenvolvimento como liberdade, como visto anteriormente. O desenvolvimento como liberdade percebe os indivíduos como parte de um corpo social e vê a liberdade não só como expressão dos desejos individuais, mas também com uma essência igualitária, ou seja a relação entre o indivíduo e sociedade, manifesta pela eliminação ou diminuição das liberdades e pelo exercício da condição de agente.

2.4.2 A autonomia privada no direito interno

Irineu Strenger afirma que em direito privado interno “a vontade individual é criadora de situações jurídicas, porque, ao mesmo tempo que ela age, preenche missão

⁵⁵⁰ ESPLUGUES MOTA, Carlos. In: ESPLUGUES MOTA, Carlos et al. **Derecho del comercio internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 143.

⁵⁵¹ NORONHA, 1994, p. 117. Nadia de Araújo (Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 198) ressalta que “a liberdade contratual não é ilimitada, mesmo nos países que a permitem de forma ampla, havendo unanimidade quanto à existência de limites”.

⁵⁵² LALAGUNA DOMINGUEZ, 1978, p. 38.

social”⁵⁵³. Nesse âmbito, o princípio da autonomia privada confunde-se com liberdade de contratar⁵⁵⁴, de tal forma que Pédon aponta que ela é a “manifestação por excelência do princípio da autonomia privada”⁵⁵⁵.

A autonomia privada no âmbito interno concede às partes o poder de adquirir, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos do contrato⁵⁵⁶, podendo eleger a parte como quer contratar, como quer negociar e elaborar o contrato, por exemplo.

Entretanto, como já visto, hoje, principalmente após a vigência do Código Civil de 2002, a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

2.4.3 A autonomia privada no direito internacional

Jean-Michel Jacquet afirma que, “em direito internacional privado, existiria, da mesma maneira que em direito interno, apenas uma liberdade das convenções. E isto, por uma razão extremamente simples, é que uma instituição não altera de natureza conforme a encara (se puro direito interno ou em virtude da ocasião do fenômeno fronteiriço): ela continua a mesma”⁵⁵⁷.

No entanto, para Javier Carrascosa Gonzalez, em direito internacional privado, a autonomia privada cumpre uma função distinta de que desempenha em direito interno (autonomia contratual). Segundo esse autor, a autonomia presente no direito internacional privado é conflitual, pois as partes podem eleger o direito aplicável ao contrato internacional⁵⁵⁸. Para Javier Carrascosa Gonzalez, esse princípio é um verdadeiro elemento

⁵⁵³ STRENGER, 2000, p. 73.

⁵⁵⁴ AMORIM, F., 2005.

⁵⁵⁵ PENDÓN MELÉNDEZ, 1999, p. 49.

⁵⁵⁶ AMORIM, F., 2005.

⁵⁵⁷ Segundo Jean-Michel Jacquet (1983, p. 17), “en droit international privé, il n’existerait tout comme en droit interne qu’une liberté des conventions. Et ceci, pour une raison fort simple c’est “qu’une institution ne change pas de nature selon qu’on l’envisage en pur droit interne où à l’occasion du phénomène de la frontière : elle est toujours la même”.

⁵⁵⁸ CARRASCOSA GONZALEZ, 1992, p. 70. Ruben Santos Berlandro (1998, p. 49) ainda afirma que, no direito internacional privado, a autonomia privada permite reconhecer que as partes podem redigir, não só o contrato internacional, mas também para designar a legislação que o regerá. No mesmo sentido, Francisco Cláudio de Almeida Santos (Os princípios fundamentais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 117-118), para quem, “a eleição das normas de direito, em um contrato internacional, faculta aos pactuantes a escolha da lei do país de qualquer um dos contratantes ou a lei de um terceiro país, ou, ainda, de um Estado federado, como é o caso dos Estados Unidos da América do Norte, respeitada apenas a ordem pública, seja esta plasmada em normas positivas, seja em meros princípios protetores de conceitos fundamentais de justiça e moral”.

de conexão⁵⁵⁹, pois, primeiro, o ordenamento do foro reconhece a virtualidade da autonomia privada para designar a lei aplicável às obrigações e, em segundo lugar, porque as partes designam o ordenamento estatal concreto que regerá a relação contratual⁵⁶⁰. Como ressalta Caleb, a autonomia, como elemento de conexão, seria

[...] a faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas, nas relações internacionais derivando da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo, no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras, determinados, de um lado, pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas [...]⁵⁶¹.

Segundo Beat Walter Rechsteiner, as primeiras legislações a admitir expressamente a autonomia da vontade das partes como elemento de conexão válido no direito internacional privado foram o ABGB austríaco⁵⁶², alguns Códigos Civis de cantões suíços, a Lei de Introdução ao Código Civil italiano e o Horei japonês⁵⁶³.

No momento atual, esse princípio tem atingido uma grande expressão, tendo se tornado a regra básica no contrato internacional⁵⁶⁴. Ele é previsto, inclusive, em diversas convenções internacionais, como a de Haia de 1964⁵⁶⁵ e a de Roma⁵⁶⁶. Esse princípio é denominado por alguns autores, como Hee Moon Jo, de voluntarismo, ou seja, a autorização dada pelo legislador de que as partes possam escolher o direito aplicável. Vale ressaltar, no entanto, que a escolha da lei aplicável significa a indicação do DIPr, e não a indicação do

⁵⁵⁹ O elemento de conexão aqui é a própria vontade manifestada pelas partes, vinculada a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional.

⁵⁶⁰ CARRASCOSA GONZALEZ, 1992, p. 72. No mesmo sentido, Hee Moon Jo (2001, p. 448-449) contempla que a autonomia da vontade das partes no DIPr, significa a aceitação livre da autonomia das partes como elemento de conexão sobre a constituição e o efeito de atos jurídicos obrigacionais, ou seja, as próprias partes podem escolher, explícita ou implicitamente, o direito aplicável sobre a constituição e os efeitos do contrato no âmbito do direito obrigacional.

⁵⁶¹ Apud SANTOS, E., 2001, p. 58.

⁵⁶² Segundo Haroldo Valladão (1980, p. 362), o princípio da autonomia da vontade aparece em 1811 nas regras de DIP do Código da Áustria, no art. 36, em forma unilateral, para os estrangeiros que contratam ali, suplementado pela *lex fori*, e no art. 37, em forma bilateral imperfeita, suplementado pela lei do lugar do contrato.

⁵⁶³ RECHSTEINER, 2003, p. 135-136.

⁵⁶⁴ JO, 2001, p. 453.

⁵⁶⁵ A Convenção de Haia de 1964 sobre a formação de contratos de venda internacional de objetos mobiliários corpóreos e sobre a venda internacional de objetos mobiliários corpóreos prevê, no seu art. 9, que “1. Les parties sont liées par les usages auxquels elles se sont référées expressément ou tacitement et par les habitudes qui se sont établies entre elles. 2. Elles sont également liées par les usages que des personnes raisonnables de même qualité placées dans leur situation considèrent normalement comme applicables à leur contrat. En cas de contradiction avec la présente loi, ces usages l'emportent, sauf volonté contraire des parties”. UNIDROIT. **Convenção de Haia de 1964**. Disponível em: <www.unidroit.org/french/conventions/c-ulis.htm>. Acesso em: 13 mar. 2007.

⁵⁶⁶ Conforme art. 3.1 da Convenção de Roma de 1980.

direito substancial⁵⁶⁷. A indicação da lei aplicável, por sua vez, poderia ser feita em dois momentos específicos: a) por ocasião da celebração do contrato ou de outro negócio jurídico em que a lei do foro admite a autonomia da vontade; ou b) em data posterior à celebração do contrato⁵⁶⁸.

Beat Walter Rechsteiner afirma que a autonomia das partes não é uma fonte de direito original, pois ela é dependente da ordem jurídica estatal; tampouco, é uma regra de direito costumeiro, pois é determinada pela *lex fori* de cada país⁵⁶⁹. Como em todas as questões relativas à autonomia privada, a autonomia no âmbito internacional também está sujeita ao binômio liberdade e autoridade. A admissão da autonomia conflitual limita-se por normas materiais imperativas do foro, de um terceiro Estado, ou pela própria ordem pública do foro, ou, em casos extremos, a exclusão da possibilidade de eleição de lei⁵⁷⁰. Esta última posição é a adotada por vários países, como é o caso do Brasil.

Entretanto, Antonio Boggiano ressalta que existem mais benefícios em permitir que as partes elejam a lei aplicável do que em vetar a sua autorização, pois, segundo ele, “permitir às partes a eleição do direito aplicável ao contrato, se este é objetivamente internacional, é uma solução que permite a previsibilidade do direito aplicável, tão necessária no comércio”⁵⁷¹, agregando, dessa maneira, ao princípio da autonomia privada os princípios da previsibilidade, seguridade, utilidade e equidade⁵⁷². No mesmo sentido é a posição de Ruben B. Santos Belandro, para quem a subjetividade da lei da autonomia revela-se na possibilidade de eleger uma lei segundo o interesse dos próprios contratantes. Assim, ao poder designar a lei que regerá o contrato, as partes poderão modelar seus atos e comportamentos em função da lei eleita. Isso, segundo o mesmo autor, traz mais segurança jurídica aos contratantes e traz mais vantagens que inconvenientes. Afinal, uma eleição realizada pelas partes atende a suas expectativas e contribui para a certeza do direito e da lei a ser aplicada. Além disso, atualmente, torna-se impossível para o Estado regular

⁵⁶⁷ JO, 2001, p. 453.

⁵⁶⁸ RECHSTEINER, 2003, p. 137.

⁵⁶⁹ RECHSTEINER, 2003, p. 135.

⁵⁷⁰ ALVAREZ GONZÁLEZ, 1992, p. 25.

⁵⁷¹ BOGGIANO, Antonio. **Contratos internacionais**. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 39.

⁵⁷² BOGGIANO, 1990, p. 40. Para Guillermo Palao Moreno (1995, p. 132), a adoção do princípio da autonomia das partes possui as seguintes vantagens: 1) dá segurança jurídica, pois o ordenamento que vai regular a relação é pactuada pelas partes e portanto é previsível; 2) satisfaz a necessidade e interesse das partes (e da transação comercial) em sua intenção de prover uma regulação apropriada ao contrato; 3) existe a facilidade de identificar a lei, visto que, muitas vezes, existe uma dificuldade de localizar a lei que vai reger o contrato a partir do próprio contrato. Dário Moura Vicente (1990, p. 110) acrescenta que, em direito internacional privado, essa vantagem é representada na certeza e na segurança das transações econômicas internacionais, pois se não houvesse sido determinada a lei aplicável, a lei do contrato só seria conhecida quando proferida a decisão sobre o litígio dela emergente.

adequadamente todos os tipos de contratos⁵⁷³. Vale ressaltar, entretanto, que a regulação da autonomia das partes em direito internacional privado “não envolve qualquer sobreposição da vontade à lei”, pois ela resulta de uma norma legal: a norma de conflitos. E ainda, como assevera Dário Moura Vicente, a liberdade de escolher o direito competente não confere às partes a faculdade de derrogar o *ius cogens*⁵⁷⁴.

Existem duas formas de legislar sobre a determinação da lei aplicável nas obrigações contratuais internacionais⁵⁷⁵. Uma delas é o denominado voluntarismo, tratada anteriormente; a outra, adotada pelo Brasil, é denominada de objetivismo, que nega o princípio da autonomia privada e impõe as regras a serem utilizadas na determinação da lei aplicável, que será tratada mais adiante.

A posição adotada nesta pesquisa é que, em verdade, no âmbito internacional, estão presentes dois tipos de autonomia: a) a contratual, que autoriza as partes a escolherem com quem irão negociar, sobre que objeto versará o contrato e qual o modo de contratação, respeitando sempre os limites da autonomia privada, que serão abordados mais adiante; e b) a conflitual, que se distingue da autonomia em âmbito interno, que autoriza as partes a escolher a lei aplicável, apesar de não adotada ou adotada de maneira limitada pelos países, como é o caso do Brasil. No âmbito interno, geralmente, como ressaltado anteriormente, só está presente a autonomia contratual.

2.4.3.1 Convenções internacionais que contemplam a autonomia privada

O princípio da autonomia privada tem sido contemplado em diversas convenções internacionais, e a sua previsão em matéria de contratos comerciais internacionais tem sido aceita pelos países denominados de primeiro mundo, ainda que, como resalta Cecília Fresnedo de Aguirre, “o âmbito dentro do qual as partes podem eleger a lei e o foro [esteja] sempre limitado de maneira mais ou menos severa”⁵⁷⁶.

A primeira convenção internacional a tratar sobre a aplicação da autonomia privada foi a Convenção de Haia sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos

⁵⁷³ SANTOS BELANDRO, 1998, p. 74.

⁵⁷⁴ VICENTE, 1990, p. 106.

⁵⁷⁵ JO, 2001, p. 452.

⁵⁷⁶ FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 9.

móveis corpóreos de 1955⁵⁷⁷, que prevê no seu art. 2º que “a venda é regida pela lei interna do país designado pelas partes contratantes”.

Em 1964, foi vez da Unidroit criar um projeto sobre “Princípios para os contratos comerciais internacionais”, fazendo constar no seu art. 12 o princípio da autonomia privada. No entanto, vale ressaltar que os textos de 1994 e 2004 sobre esses princípios⁵⁷⁸ não fazem referência alguma ao princípio da autonomia privada. Muito pelo contrário, o art. 1.4 dos Princípios prevê, de forma expressa, o respeito às normas imperativas, nacionais, internacionais ou supranacionais, determinando a aplicação do direito internacional privado. Didier Opertti Badan e Cecília Fresnedo de Aguirre, comentando referida situação, dispõem que “a autonomia da vontade, ao menos em sua expressão material – própria da natureza substancial dos Princípios –, não foi contemplada de um modo especial, de tal modo que poderíamos afirmar que nesta matéria não se há produzido nenhum avanço específico”⁵⁷⁹.

A Convenção de Haia de 1978 sobre a lei aplicável aos contratos de intermediários e a representação, acompanhando a de 1955, também fez referência ao tema, dispondo no seu art. 5.2 que a eleição da lei aplicável deve ser expressa ou resultar com uma certeza razoável das disposições do contrato e das circunstâncias da causa⁵⁸⁰. Logo após, em 1980, foi a vez de a Convenção de Viena prever o princípio no seu art. 7º. Tal artigo, inclusive, tem texto idêntico ao do art. 2º de Haia de 1955.

Em 1985, seguindo a tendência internacional, todos os membros da Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional foram convidados para a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado com o intuito de revisar a Convenção de Haia de 1955. Um dos principais pontos desse projeto de Convenção foi a delimitação do alcance da autonomia privada, não sendo permitida, inclusive, a inclusão desse princípio nos contratos de consumo⁵⁸¹. A Convenção de 1985 consagrou a não-limitação da autonomia

⁵⁷⁷ Ratificaram tal Convenção, os seguintes países: Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Suécia e Suíça. O Brasil não faz parte desta Convenção.

⁵⁷⁸ Como resalta Larroumet (apud OPERTTI BADAN, Didier; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecília. **Contratos comerciales internacionales**: últimos desarrollos teorico-positivos en el ámbito internacional. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 52), “los Principios de Unidroit se inspiran en el derecho positivo de varios países cuyos sistemas jurídicos pueden ser considerados como los principales del mundo, tales como el derecho alemán, el derecho francés o el derecho inglés, pero no son la emanación directa del derecho positivo de esos países, a diferencia de los Restatements de los EE.UU. Precisamente por tratarse de una compilación con vocación internacional, era evidente que no podrían tomar abiertamente como Principios de Unidroit las soluciones de derecho positivo de tal o cual país. Probablemente se parecen más a las reglas elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional”.

⁵⁷⁹ OPERTTI BADAN; FRESNEDO DE AGUIRRE, 1997, p. 45.

⁵⁸⁰ SANTOS BELANDRO, 1998, p. 78.

⁵⁸¹ Saliente-se que o Brasil era um dos participantes da Comissão Especial que produziu os trabalhos de revisão da Convenção de 1955. Cf. BOGGIANO, 1990, p. 35.

privada pela proximidade (art. 8º), mas consagrou como seus limitadores as normas de aplicação exclusiva (art. 17) e o princípio da ordem pública (art. 18).

O Instituto de Direito Internacional⁵⁸², na sessão de Basiléia de 1991⁵⁸³, também previu no art. 2.1 das orientações sobre a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais entre pessoas privadas a regra de que as partes podem eleger livremente a lei aplicável a seu contrato, podendo, inclusive, convencionar a aplicação de qualquer direito estatal. E o seu art. 3.1 complementou que a eleição da lei aplicável resultará do acordo das partes⁵⁸⁴.

No entanto, as principais convenções que contemplaram a autonomia privada são as de Roma de 1980 e do México de 1994, que são tratadas a seguir.

a) Europa

A Europa tradicionalmente tem aceitado o princípio da autonomia privada, tanto que, como se viu anteriormente, foi lá, especificamente na França, que o princípio se consagrou. O reflexo da importância dada a esse princípio também pode ser observado nas convenções internacionais européias, cuja sua maior expressão é, sem dúvida, a Convenção de Roma de 1980, que veio a influenciar inclusive a do México de 1994, como se verá a seguir.

A Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, firmada por sete dos então nove Estados da Comunidade Econômica Européia (CEE) em Roma, em 19 de julho de 1980, é hoje uma das principais convenções européias que afirma o princípio da autonomia privada. Seu texto foi publicado no JOCE L266, de 9 de outubro de 1980, e entrou em vigor internacional em 1º de abril de 1991, ao obter, de acordo com o disposto no seu art. 29, a ratificação de sete Estados. Para Luis Fernández de La Gandara e Alfonso-Luis

⁵⁸² “The Institute of International Law was founded on 8 September 1873 at the Ghent Town Hall in Belgium. Eleven international lawyer of renown had decided to join together to create an institution independent of any governmental influence which would be able both to contribute to the development of international law and act so that it might be implemented. In principle, the Institute meets every two years. Between Sessions, Scientific Commissions study themes chosen by the plenary Assembly. The latter receives the work of the Commissions, examines them attentively and if appropriate adopts Resolutions of a normative character. These Resolutions are then brought to the attention of governmental authorities, international organizations as well as the scientific community. In this way, the Institute seeks to highlight the characteristics of the *lex lata* in order to promote its respect. Sometimes it makes determinations de *lege ferenda* in order to contribute to the development of international law. In 1904 the Institute of International Law was awarded the Nobel Peace Prize in recognition of its action in favour of arbitration among States, a peaceful means of settling disputes”. INSTITUT de droit international. Disponível em: <www.idi-iil.org/idiE/navig_history.html>. Acesso em: 18 nov. 2005.

⁵⁸³ A sessão de Basiléia, Suíça, foi realizada de 26 de agosto a 3 de setembro de 1991. Cf. INSTITUT de Droit International, 2005.

⁵⁸⁴ INSTITUT de Droit International, 2005.

Calvo Caravaca, sua vigência supõe um marco jurídico-conflitual único entre os Estados da União Européia, na tentativa de solucionar os conflitos em matéria de contratos internacionais que, por ventura, tenham que conhecer os tribunais ou qualquer outro órgão estatal desses Estados⁵⁸⁵.

A Convenção de Roma de 1980, como é chamada, dispõe, em seu art. 3.1, que “os contratos rege-se-ão pela lei eleita pelas partes”, reconhecendo, assim, o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais. Carlos Esplugues Mota, em comentários a esse artigo, afirma que nesse dispositivo encontram-se dois diferentes conceitos de autonomia: um material e outro conflitual⁵⁸⁶. No entanto, para Luis Fernández de La Gandara e Alfonso-Luis Calvo Caravaca, o que autoriza o art. 3.1 é a autonomia conflitual, e não a autonomia material⁵⁸⁷. Mas como se viu anteriormente, quem possui autonomia conflitual possui autonomia material, tese contemplada por Carlos Esplugues Mota. Ademais, acrescenta este autor que a autonomia da vontade prevista por essa Convenção é de aceitação ampla e absoluta, podendo as partes selecionar qualquer direito para regular seu negócio, que pode ter vínculo ou não com aquele⁵⁸⁸.

Outra questão relevante com relação à adoção do princípio da autonomia da vontade nesta Convenção é o fato de o contrato ser de cunho interno ou internacional⁵⁸⁹. Isso porque, segundo Luis Fernández de La Gandara e Alfonso-Luis Calvo Caravaca, em muitos casos, as partes só poderão eleger lei aplicável quando o contrato possuir características internacionais, ou seja, possuir algum elemento de cunho estrangeiro, qualquer que seja sua natureza (pessoal, real, local, etc.)⁵⁹⁰.

Como já ocorria em outros ordenamentos internos e outras convenções internacionais analisadas, a Convenção de Roma também impõe limites ou restrições à autonomia da vontade, principalmente quando a parte contratante é considerada mais fraca.

⁵⁸⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. **Derecho mercantil internacional**: estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 522.

⁵⁸⁶ ESPLUGUES MOTA, 2003, p. 146. No mesmo sentido Rosário Espinosa Calabuig (In: ESPLUGUES MOTA, Carlos et al. **Derecho del comercio internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 313), que afirma que: “recordamos que la autonomía conflictual refiere a la facultad que tienen las partes de elegir el Derecho aplicable a un contrato internacional (art. 3º CR). Por su parte, la autonomía material se circunscribe a la libertad que poseen las partes para, en el marco de un concreto Derecho nacional, configurar sus relaciones. La autonomía conflictual es previa a la material y, a la vez, la engloba: 1) es previa en cuanto sólo después de saber cuál es el Derecho regulador del contrato cabrá valorar el alcance de la libertad material de las partes; 2) la engloba, en la medida en que las partes, que son en última instancia las que deciden concluir un contrato y los términos del mismo podrán, además, remitir su regulación a un Derecho extranjero”.

⁵⁸⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, 1995, p. 532.

⁵⁸⁸ ESPLUGUES MOTA, 2003, p. 147.

⁵⁸⁹ No Brasil, como se verá adiante, mesmo em contrato internacional não é permitida a adoção do princípio da autonomia da vontade das partes no âmbito material.

⁵⁹⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, 1995, p. 533.

É o que ocorre aqui com os contratos celebrados com consumidores e com os contratos de trabalho.

Luis Fernández de La Gandara e Alfonso-Luis Calvo Caravaca ressaltam que, em se tratando de contratos celebrados por consumidores, a eleição de uma lei distinta da de onde a parte mais fraca tenha sua residência habitual só pode ser aceita se a lei do Estado eleito der mais proteção ao consumidor (art. 5.2)⁵⁹¹.

No caso do contrato individual de trabalho, a eleição de lei aplicável pelas partes não poderá ter como resultado a privação do trabalhador da proteção que lhe proporcionariam as disposições imperativas da lei que seria aplicada na falta de eleição de uma (art. 6.1). Para determinar que lei seria aplicada se não fosse eleita uma pelas partes, a Convenção determina as seguintes regras: a) lugar habitual da execução do contrato (art. 6.2.a); b) lei do país em que esteja localizado o estabelecimento que contratou o trabalho; e c) lei do país com o qual o contrato de trabalho possua vínculos mais estreitos (art. 6.2, *in fine*).

Pode-se, dessa maneira, afirmar que a Convenção de Roma de 1980, que tem por objeto a regulação do direito aplicável ao fundo do contrato, possui, basicamente, quatro princípios fundamentais:

- a) admite a autonomia da vontade como solução de fundo estabelecido na matéria;
- b) estabelece um sistema de presunção que atua no caso em que a autonomia da vontade não tenha sido utilizada para designar a lei que vai reger o contrato;
- c) reconhece ao juiz a faculdade de determinar, excepcionalmente, a lei presumida, utilizando como critério a lei que tenha um contato mais estreito com o contrato; e
- d) soma ao tradicional limite de ordem pública um novo limite: o das normas imperativas de terceiros Estados.

b) Américas

A inserção do princípio da autonomia da vontade nas convenções americanas sempre resultou em muitos debates e várias negações do princípio. A primeira vez que se estudou a possibilidade de estabelecer que as partes pudessem eleger voluntariamente a lei para reger um contrato foi no Tratado de Montevideu de 1889. Naquela oportunidade,

⁵⁹¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, 1995, p. 537.

Ramirez, delegado uruguaio no Congresso, chegou a fazer ressalva sobre a importância do princípio e que era contrário ao posicionamento tomado na elaboração do projeto do Código de Direito Internacional Privado⁵⁹², que não fazia referências ao princípio da autonomia privada. No entanto, apesar de seu posicionamento, o Tratado de Montevideu de 1889 só previu adoção da lei do cumprimento do contrato como lei aplicável, não autorizando a autonomia das partes em seu texto expresso⁵⁹³.

O Tratado de Montevideu de 1940, no mesmo sentido, rechaçou o princípio da autonomia das partes, vindo a dispor o art. 5º do seu Protocolo Adicional que as partes não podem modificar as regras de competência legislativa e judicial determinadas neste título. Acrescenta que a autonomia das partes só poderá atuar dentro da margem que lhe conferir a lei competente⁵⁹⁴.

Logo após, foram criadas as Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs), que são o Órgão de Codificação do Direito Internacional Privado na América⁵⁹⁵. O tema sobre o princípio da autonomia privada, apesar de ser discutido em matéria de arbitragem, passou a ser veementemente debatido em 1989, na CIDIP IV, realizada em Montevideu de 9 a 15 de julho de 1989. Naquela oportunidade novamente foi inserida em pauta a questão relativa à adoção do princípio da autonomia das partes nos contratos internacionais. As delegações⁵⁹⁶, com exceção da do Brasil⁵⁹⁷, apesar de

⁵⁹² OPERTTI BADAN; FRESNEDO DE AGUIRRE, 1997, p. 16. O posicionamento adotado, como se viu anteriormente, foi das idéias de Bustamante que refletiam os princípios da nacionalidade, liberdade e soberania de Savigny.

⁵⁹³ Segundo o art. 32 do Tratado de Montevideu de 1889, que trata sobre o direito civil internacional, “la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”. TRATADO de Montevideu de 1889. Disponível em: <<http://ar.geocities.com/doctoracalderon/mont1889.doc>>. Acesso em: 13 mar. 2007.

⁵⁹⁴ Conforme TRATADO de Montevideu de 1940. Disponível em: <<http://ar.geocities.com/doctoracalderon/m1940.doc>>. Acesso em: 13 mar. 2007.

⁵⁹⁵ Dispõe o art. 122 da Carta da Organização dos Estados Americanos, essas “conferências especializadas são reuniões intergovenamentais destinadas a tratar de assuntos técnicos especiais ou a desenvolver aspectos específicos da cooperação interamericana [...]”.

⁵⁹⁶ Conforme Antonio Boggiano (1990, p. 2), “el Consejo Permanente estableció un Grupo de Trabajo integrado por las delegaciones de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Estados Unidos, México, Nicaragua, República Dominicana, Uruguay (presidente) y Venezuela, para que señale el marco jurídico dentro del cual debía considerarse el referido tema. Dicho Grupo celebró una reunión el día 12 de abril y estimó que los documentos referentes al tema de la contratación internacional y, más específicamente, la compraventa internacional. El Grupo sugirió que dentro de ese marco la Secretaría considere principalmente los siguientes aspectos: a) el problema de la ley aplicable; b) la cuestión relativa a la autonomía de la voluntad de las partes; y c) el tema de la jurisdicción”.

⁵⁹⁷ “La excepción más notoria fue Brasil, cuyo delegado manifestó que su país era contrario a la autonomía de la voluntad y que no parecía posible que cambiara esa posición en un futuro inmediato. En la sesión del 10/7/89 había explicado que si bien la tendencia de la doctrina era, en Brasil, a aceptar la autonomía de la voluntad, esta posición no era de recibo en la jurisprudencia. Agregó que la posición oficial coincidía con esta última”. OPERTTI BADAN; FRESNEDO DE AGUIRRE, 1997, p. 27.

não adotarem esse princípio nessa Convenção, mostraram-se favoráveis a recepcioná-la numa Convenção futura⁵⁹⁸. A CIDIP IV aprovou as seguintes bases:

- a) autorizar os contratantes a acordar livremente a lei aplicável à totalidade ou parte do contrato, cuja internacionalidade se manifeste por meio de elementos objetivos localizados em Estados diversos. E também autorizar que as partes modifiquem, em qualquer momento, a lei selecionada, mas sem afetar os direitos de terceiros;
- b) considerada em seu conjunto e das cláusulas contratuais, a vontade das partes deve ser expressa ou, excepcionalmente, manifesta em forma inequívoca de sua conduta;
- c) na falta de eleição de lei pelas partes ou quando a referida eleição seja ineficaz, o contrato se regerá pela “lei do Estado com o qual tenha vínculos mais estreitos”;
- d) com relação ao contrato, serão aplicadas as disposições de caráter imperativo da legislação do tribunal a que se refere a base primeira e que devam ser aplicadas com independência da lei que reja o contrato;
- e) as normas imperativas de qualquer Estado com o qual o contrato tenha vínculo, facultativamente, podem ser consideradas;
- f) o contrato é válido na forma da lei do lugar da sua celebração;
- g) a lei de cada Estado regerá o concernente à publicidade do contrato; e
- h) a lei que rege o contrato não será aplicada quando seja manifestadamente contrária à ordem pública⁵⁹⁹.

No entanto, foi a CIDIP V, realizada no México em 1994, que trouxe inovação ao direito dos contratos, adotando o critério do direito eleito pelas partes para reger os contratos. A partir das bases aprovadas na CIDIP IV e recorrendo à influência da Convenção de Roma de 1980, da Convenção de Haia de 1986 sobre a lei aplicável ao contrato de compra e venda internacional de mercadorias e à Convenção de Viena de 1980, José Luis Siqueiros preparou um anteprojeto de Convenção sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. Esse anteprojeto foi encomendado pelo Comitê Jurídico Interamericano e apresentado como Projeto da Convenção Interamericana sobre direito aplicável em matéria de contratação internacional na CIDIP V.

⁵⁹⁸ OPERTTI BADAN; FRESNEDO DE AGUIRRE, 1997, p. 27.

⁵⁹⁹ BOGGIANO, 1990, p. 45.

Após as modificações feitas durante o transcurso da referida Conferência, tal projeto se transformou na Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais⁶⁰⁰ aprovada no México em 1994⁶⁰¹. Essa Convenção foi um passo importante em direção à tendência já constatada em outras Convenções internacionais: a aceitação do princípio da autonomia privada⁶⁰². Assim, o art. 7º desta Convenção prevê que:

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 aplicável⁶⁰³.

No entanto, o que se tem percebido, principalmente na América Latina, é que, apesar da previsão do princípio da autonomia privada nas convenções internacionais, a adoção do princípio por esses países ainda é muito incipiente. Exemplo disso é o que se pode observar pelo histórico de aprovação do texto da Convenção do México de 1994, convenção que até agora recebeu apenas duas ratificações: do México e da Venezuela⁶⁰⁴.

c) Mercosul

Como reflexo da resistência ao princípio da autonomia privada no direito interno dos países integrantes do Mercosul, nos tratados convencionados por esses países em âmbito regional também não é plenamente aceitável esse princípio, com exceção dos que se referem à arbitragem internacional⁶⁰⁵. Beat Walter Rechsteiner chega a afirmar que, “nos países integrantes do Mercosul (Argentina, Uruguai, Paraguai e Brasil), o princípio basicamente

⁶⁰⁰ Essa convenção não foi ratificada pelo Brasil.

⁶⁰¹ OPERTTI BADAN; FRESNEDO DE AGUIRRE, 1997, p. 30-31.

⁶⁰² O Brasil assinou a Convenção do México, mas não a ratificou.

⁶⁰³ Art. 7º da Convenção do México de 1994.

⁶⁰⁴ O México ratificou a Convenção em 15 de novembro de 1996 e a Venezuela, em 26 de outubro de 1995. E conforme disposição do art. 28 da própria Convenção, entrou em vigor 30 dias depois do depósito do segundo instrumento de ratificação. Organização dos Estados Americanos. Cf. (OEA) **Inter-American Convention on the law applicable to international contracts**. Disponível em: <www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-56.html>. Acesso em: 7 nov. 05.

⁶⁰⁵ O Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (AACIM), promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 4.719, de 4 de junho de 2003, é um exemplo da aceitação do princípio da autonomia privada. De tal forma que o seu art. 10 dispõe 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 de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes”.

ainda não é admitido pela jurisprudência, embora na Argentina, atualmente, já pareça prevalecer a opinião contrária”⁶⁰⁶.

Na Argentina, a doutrina é unânime em aceitar o princípio da autonomia das partes, tendo como principais representantes dessa corrente Werner Goldschmidt, Antonio Boggiano, Eduardo Fermé, Inês Weinberg, Maria Sousa Najurieta e José Gastaldi⁶⁰⁷. No Uruguai, entretanto, a doutrina, majoritariamente, tem sido contrária à adoção da autonomia das partes, posição que tem sido seguida pela jurisprudência e reconhecida em normas nacionais⁶⁰⁸. Situação parecida com a do Uruguai encontra-se no Paraguai⁶⁰⁹.

2.4.3.2 A autonomia privada no direito internacional privado brasileiro

No Brasil, pode-se citar o nome de alguns doutrinadores, como Teixeira de Freitas, Eduardo Espínola, Laffayette Rodrigues e Clóvis Bevilacqua, entre outros, que trataram de maneira significativa sobre o instituto da autonomia das partes em contratos.

Teixeira de Freitas, por exemplo, foi um dos propagadores da autonomia nos contratos, apontando sua importância na determinação da lei contratual. Inclusive, reconhece a literatura que Teixeira de Freitas previu o princípio na forma do domicílio especial no Esboço do Código Civil do Império publicado em 1860⁶¹⁰.

Eduardo Espínola, por sua vez, ressaltou que o Brasil deveria considerar a aceitação do instituto da ordem pública internacional, do princípio da autonomia da vontade e da circunstância de conexão ligada à função social da lei⁶¹¹.

Lafayette Rodrigues Pereira, entretanto, foi mais além. Previu a importância do instituto e ainda o inclui no projeto do Código de Direito Internacional Privado⁶¹², que, no

⁶⁰⁶ RECHSTEINER, 2003, p. 139.

⁶⁰⁷ FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 50.

⁶⁰⁸ O art. 2.403 do Código Civil uruguaio demonstra claramente a posição do Uruguai com relação ao instituto da autonomia da vontade ao dispor que: “las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título [de las obligaciones que nacen de los contratos], no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente”.

⁶⁰⁹ Segundo Nadia de Araújo (**Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. De acordo com o novo Código Civil. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2004b, p. 78), “o Código Civil Paraguaio, de 1986, é mais recente, mas que não inovou, pois não criou nenhuma regra nessa área, pelo que continuam em vigor as regras do Tratado de Montevideu, modificado em 1940. É a principal tendência seguida pelos jurinteracionalistas latino-americanos sempre foi aquela filiada ao princípio territorialista”.

⁶¹⁰ DEL’OMO, Florisbal de Souza. **Direito Internacional Privado: abordagens fundamentais – legislação – jurisprudência**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11; STRENGER, 2003, p. 278.

⁶¹¹ STRENGER, 2003, p. 305.

⁶¹² Segundo Nadia de Araújo (2004b, p. 96), “o civilista Lafayette Rodrigues Pereira foi incumbido pelo Barão do Rio Branco de elaborar um projeto de Código de Direito Internacional Privado, apresentado à Comissão Interamericana de Jurisconsultos que se reuniu no Rio de Janeiro, em 1912, para posteriormente ser discutido pela Conferência Interamericana também realizada naquele ano”.

entanto, não foi adotado devido à aprovação do Código de Bustamante. Como ressalta Nádya de Araújo, Laffayette foi um dos pioneiros na adoção do princípio da autonomia privada com relação aos contratos internacionais⁶¹³, posição que só foi adotada cinquenta anos mais tarde, na Convenção de Haia de 1955, primeira Convenção a adotar de maneira expressa esse princípio, como visto anteriormente.

Clóvis Beviláqua também defendeu a importância da autonomia privada, deixando claro, no entanto, que ela possuía limites⁶¹⁴, como se pode constatar no seguinte trecho:

A vontade individual para produzir efeitos jurídicos tem de colocar-se sob a égide da lei, da qual tira toda a sua eficácia social. [...] Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, conseqüentemente, lhe deve ser permitido, nas relações internacionais, escolher a lei a que se subordinem as obrigações, livremente contraídas⁶¹⁵.

Apesar de existirem muitos defensores da autonomia das partes no Brasil, há, ao menos, três correntes distintas com relação ao tema, principalmente quando ela se refere aos contratos internacionais: a primeira, dos autores enfaticamente contrários à autonomia da vontade, como é o caso de Maria Helena Diniz⁶¹⁶ e Wilson de Souza Campos Batalha⁶¹⁷; a segunda, daqueles a favor, desde que limitada às regras supletivas, excluindo-se a possibilidade de sua aplicação ao contrato como um todo, e os que percebem limites a essa autonomia, como é o caso de Jacob Dolinger, Pontes de Miranda e Clóvis Beviláqua; e, finalmente, a terceira, daqueles favoráveis de forma mais ampla à autonomia, como Beat Walter Rechsteiner.

⁶¹³ ARAÚJO, 2004b, p. 96.

⁶¹⁴ Isso pode ser constatado pelo texto do art. 35.a do projeto primitivo de Clóvis Beviláqua que prevê que: “as obrigações convencionais, assim como as que se originam de declaração unilateral da vontade, serão reguladas: a) em sua substância e efeitos, pela lei do lugar onde forem celebrados os atos que as originaram, salvo estipulação em contrário, ofensa ao direito nacional dos pactuantes e à ordem pública”. SILVA, L., 2000a, p. 114. E do art. 13 da LICC de 1917, do qual foi autor.

⁶¹⁵ Apud ARAÚJO, 2004b, p. 98.

⁶¹⁶ Para Maria Helena Diniz (**Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 256), “não há acolhida da autonomia da vontade como elemento de conexão em matéria alusiva a contratos”. Ainda afirma a autora (2001, p. 257) que, “o art. 9 da Lei de Introdução é cogente, não podendo as partes alterá-lo. Há autores, como Oscar Tenório, que não excluem a possibilidade de se aplicar a autonomia da vontade, desde que ela seja admitida pela lei do país onde a obrigação se constituir (*lex loci celebrationis*), sem que se contrarie norma imperativa. Mas, na verdade, será inaceitável a autonomia da vontade para indicar a lei aplicável; haverá tal autonomia para escolha do local para regulamentação de seus interesses ou do foro (choice of forum clause; AJ 45:2 e 73:88; RTJ, 10:401, 34:404 e 35:155) etc”.

⁶¹⁷ Batalha (apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73) afirma que, “face à Lei de Introdução ao Código Civil não pode pairar dúvida: inaceitável é a autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável. A autonomia da vontade só pode exercer-se no âmbito das normas dispositivas do Direito reputado aplicável”.

Essa divisão doutrinária ocorre, em parte, pelas diferentes legislações que contemplam a matéria. Por exemplo, enquanto a maioria das convenções internacionais⁶¹⁸ faz menção ao princípio da autonomia privada como elemento de conexão, como visto anteriormente, a legislação brasileira não aceita de maneira expressa esse princípio.

No entanto, o Brasil já teve presente no seu sistema jurídico, como acreditam alguns autores como Luiz Alberto de Souza e Silva, o princípio da autonomia privada conflitual. O art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1917 chegou a estipular que “regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas”⁶¹⁹. Esse dispositivo, segundo autores como Luiz Alberto de Souza e Silva, autorizava a aplicação do princípio da autonomia privada, por utilizar a expressão “salvo estipulação em contrário”. Este autor, entretanto, afirma que o texto do artigo foi mal formulado e, dessa forma, “[...] embora nosso direito consagrasse a autonomia da vontade, não permitiu que essa tivesse valor jurídico na maioria dos casos exemplificados pelo direito internacional privado”⁶²⁰. Acrescenta o autor que “esta disposição não encontrou amparo no nosso direito que se fundamenta na premissa de que a substância e os efeitos das obrigações são sempre regulados pela lei do lugar onde são contraídas”⁶²¹.

A má formulação de referido artigo também foi constatada pelo Senador Leopoldo de Bulhões, que sugeriu a reformulação desse texto legal. O novo texto sugerido pelo senador deveria ser redigido desta maneira: “a substância e os efeitos das obrigações serão regulados pela lei estipulada pelas partes; em falta de declaração expressa, serão regulados pela lei do lugar em que forem recolhidas”⁶²². No entanto, a substituição do texto não foi aceita.

Em 1942, uma nova Lei de Introdução ao Código Civil foi promulgada prevendo que a lei de onde fosse contraída a obrigação deveria ser adotada para solucionar os litígios provenientes dessa obrigação, mudando, assim, a visão brasileira com relação ao tema de autonomia das partes. Apesar de aparentemente estar excluída a adoção do princípio da

⁶¹⁸ Nadia de Araújo (2004b, p. 330) chegou a explicar que “adequada seria a substituição do art. 9 da LICC pelas normas da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. A Convenção serviria não só para regular os contratos internacionais entre os parceiros latino-americanos, mas também como regra conflitual a todas as relações contratuais internacionais”.

⁶¹⁹ Como explica Luiz Alberto de Souza e Silva (**Direito internacional privado: Lei de Introdução ao Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000b, p. 6), a redação da LICC de 1917, pode-se afirmar, foi reflexo das disposições do art. 424, do Código Comercial de 1850 e do art. 5º do Regulamento n.º 737, que apresenta os princípios de que a substância e os efeitos das obrigações serão regulados pela lei do lugar onde foram contraídas, salvo expressa convenção das partes contratantes.

⁶²⁰ SILVA, L., 2000b, p. 42.

⁶²¹ SILVA, L., 2000b, p. 12.

⁶²² SILVA, L., 2000b, p. 12.

autonomia privada, tendo em vista o texto do art. 9º da LICC atual, a literatura prevê a possibilidade de o mesmo ser aplicado no Brasil de maneira supletiva⁶²³. Isso seria possível se a lei de onde for contraída a obrigação aceitar esse princípio. Nádia de Araújo, comentando referido artigo, assevera que, “entretanto, apesar de não estabelecer expressamente a permissão para a autonomia da vontade, a LICC também não a proibira, deixando sua permissão à lei do contrato, ou seja, sua aplicação indireta, sempre que a lei da celebração o permitisse”⁶²⁴. No entanto, para Beat Walter Rechsteiner, o Brasil “deveria adotar diretamente a autonomia da vontade das partes na sua legislação interna, tendo em vista a ampla aceitação do princípio no comércio internacional”⁶²⁵. Hee Moon Jo, por sua vez, ainda ressalta que é prática comum a inclusão da cláusula de lei aplicável escolhida expressamente pelas partes nos contratos internacionais, o que demonstraria a grande discrepância entre a lei e a realidade⁶²⁶.

Em concreto, o princípio da autonomia privada, na contratação interna ou internacional, pressupõe e implica a concorrência de determinados fatores: liberdade de eleição da parte contratante; liberdade de negociação e elaboração do contrato; e liberdade de conclusão efetiva dele⁶²⁷. No direito brasileiro, pode-se afirmar que as partes possuem liberdade limitada para contratar e para determinar a lei aplicável⁶²⁸.

Entretanto, aos poucos, vai-se sentindo uma modificação, ainda que tímida, com relação à matéria. Isso pode ser percebido com a promulgação da Lei de Arbitragem

⁶²³ Irineu Strenger (2003, p. 660) afirma que “o art. 9 não exclui a aplicação da autonomia da vontade se ela for admitida pela lei do país onde se constituir a obrigação. Manda a Lei de Introdução aplicar a lei do lugar do contrato. Não quer isso dizer que a obrigação se qualifica e se rege pelas leis locais internas, o que seria admitir o princípio da territorialidade”. No mesmo sentido, João Grandino Rodas (2002, p. 51), “com relação ao vigente art. 9 da Lei de Introdução, após estremar os conceitos de ordem pública e de autonomia da vontade, pergunta-se primeiramente se a lei em vigor admite a autonomia da vontade, quando for permitida pela lei do lugar da constituição da obrigação. E, em segundo lugar, se há tal permissão, quando o conflito for regido pela própria lei brasileira. Conclui por aceitar, com base na lógica e na boa doutrina, a autonomia da vontade, quando não estiver em jogo uma lei imperativa. Sendo tal critério também válido quando for brasileira a própria lei do contrato”.

⁶²⁴ ARAÚJO, 2004b, p. 328.

⁶²⁵ RECHSTEINER, 2003, p. 142.

⁶²⁶ JO, 2001, p. 456.

⁶²⁷ Apud ALVAREZ GONZÁLEZ, 1992, p. 22.

⁶²⁸ Só será considerado esse ponto de vista, de liberdade limitada para escolha de lei aplicável, se for considerada a corrente que autoriza a adoção da autonomia privada às regras supletivas. De outra forma, não sendo aceita a teoria da regra supletiva, pode-se afirmar que as partes não possuem liberdade contratual para eleger a lei aplicável ao seu contrato. Neste sentido são as idéias de Nádia de Araújo (2002, p. 199), “a liberdade das partes de escolher o foro, que faz parte da liberdade contratual, não se confunde com a liberdade de escolher a lei aplicável, sendo a primeira permitida no Brasil e a segunda não”.

brasileira, que é analisada no terceiro capítulo e no texto do Projeto de Lei de alteração da LICC⁶²⁹.

2.5 Os Limites à Autonomia Privada

Se há algum tempo já se vislumbrava que a autonomia privada devia obediência à ordem pública e aos bons costumes⁶³⁰, após a chamada “crise do contrato”⁶³¹, que também atingiu o Brasil, essas limitações tornaram-se mais evidentes e mais amplas. A interpretação atual do contrato deve favorecer a maior equivalência das prestações, ou seja, o rol da autonomia das partes não deve ser entendido como uma supremacia absoluta dos direitos subjetivos contratuais, mas sim como um princípio relativo e subordinado aos limites que lhes são inerentes⁶³². Como afirma Juan Carlos Rezzónico, “a autonomia privada – que alguns chamam autonomia da vontade – é toda uma estrutura que surge do acordo livre, mas que também levanta suas paredes dentro dos códigos para perfilar contornos e dar pautas aos contratantes”⁶³³. Estes limites também vêm compor o ideal do liberalismo igualitário de Amartya Sen. Isso porque, como tratado no capítulo anterior, às pessoas são concedidas liberdades para fazer tudo aquilo que consideram valioso fazer ou ter, porém tendo como principal fundamento a igualdade. No caso da liberdade na autonomia privada, o fundamento igualdade está previsto nos limites impostos a ela, por meio da ordem pública e de outros limites, tratados a seguir, que possuem efeitos equivalentes ao da ordem pública. Assim, por

⁶²⁹ O projeto n.º 4.905, de 1995, prevê no caput do art. 11 que: “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”. JO, 2001, p. 457. Acrescenta ainda João Grandino Rodas (2002, p. 62-63) que “o anteprojeto em tela foi enviado à Câmara dos Deputados, acompanhado da Mensagem Presidencial 1.293/94, transformando-se no Projeto de Lei 4.905, de 1995. Às vésperas de ser votado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, e já com parecer favorável do Relator, o então Ministro da Justiça, por meio de exposição de motivos de cinco linhas – n. 61/96 –, retirou o projeto em tela ‘tendo em vista a necessidade de reexame da matéria’. Tal reexame até o momento não aconteceu”.

⁶³⁰ “Ora, o princípio da autonomia da vontade esbarra sempre na limitação criada por lei de ordem pública. Esbarra, igualmente, na noção de bons costumes, ou seja, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceita pelo grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico. A noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem, por conseguinte, barreiras limitadoras da liberdade individual em matéria de contrato”. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. V.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17. Isso pode ser percebido na redação do art. 6º que prevê que: “não cabe derrogar por convenções particulares as leis que afetam à ordem pública e os bons costumes”. COSSIO Y CORRAL, 1991, 279.

⁶³¹ Com a crise do contrato aparecem novos princípios contratuais como os da boa-fé objetiva, da função social e o do equilíbrio (justiça) contratual. Cf. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 16.

⁶³² STIGLITZ, 1998, p. 487.

⁶³³ REZZÓNICO, 1999, p. 160.

meio dos efeitos destes limites, a liberdade ampla e ilimitada da autonomia das partes é imbuída por valores sociais, que possuem a função de preservar em primeiro lugar o interesse social.

No Brasil, a previsão de limites à autonomia privada é clara na legislação civil. Exemplo disso pode ser percebido na redação do art. 122⁶³⁴, no parágrafo único do art. 606⁶³⁵ e no parágrafo único do art. 2.035⁶³⁶ do Código Civil brasileiro. Essas limitações também são previstas em matéria de direito internacional privado, e o art. 17 da LICC é responsável por determinar que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

E dessa questão relativa aos limites da autonomia das partes resultou duas reflexões acadêmicas. Para alguns, como Perreau⁶³⁷, limitar a autonomia das partes traria um prejuízo à contratação. Para esse autor, por exemplo, não permitir a autonomia das partes seria introduzir uma completa anarquia em detrimento do sistema estabelecido. Ele considera, assim, que as limitações impostas à autonomia por distintas legislações, e propostas pela doutrina e pela jurisprudência, são contraditórias com o próprio princípio, pois, como esse princípio baseia-se em um direito subjetivo absoluto, não pode estar limitado por nenhuma lei⁶³⁸.

Mas, para outros, como Atilio A. Alterini e Robert M. López Cabana, que se constituem a doutrina majoritária e que acompanham o posicionamento da jurisprudência e da legislação atual, deve-se aceitar a concepção da autonomia privada de uma forma limitada. Deve-se procurar estabelecer um equilíbrio de justiça entre fortes e fracos, o que, como visto anteriormente, é um dos objetivos do contrato ao prever sua função social. Isso porque os mais fracos, pressionados pela necessidade, estão obrigados a querer o que os fortes são livres para lhes impor⁶³⁹.

⁶³⁴ O texto do art. 122 do Código Civil brasileiro dispõe que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

⁶³⁵ Parágrafo único do art. 606 do Código Civil brasileiro: “Não se aplica à segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública”.

⁶³⁶ Parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil brasileiro: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁶³⁷ “Perreau mostra-se tranqüilo com a sua própria observação de que já não é a vontade das partes que determina o efeito dos contratos, em cada caso particular, mas a lei que os precisa de ofício e de uma maneira geral. Vê nessa atividade legislativa uma técnica nova, pela qual a legislação sobre os contratos deixa de ser interpretativa para tornar-se imperativa”. BESSONE, 1997, p. 37.

⁶³⁸ Apud FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 70.

⁶³⁹ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 61-62.

No entender desta pesquisa, a imposição de limites, por meio de sistema de proibições e controles, à autonomia das partes surge para se evitarem abusos e resultados inaceitáveis pelo país em questão⁶⁴⁰. Para José Luis Lacruz Berdejo, essa limitação dá-se em virtude de normas imperativas, que postulam oferecer um maior conteúdo às relações jurídicas, ou ainda de princípios novos, como o do abuso de direito, o da revisão contratual por mudança de circunstâncias ou o da proteção dos consumidores⁶⁴¹. No entanto, como se verá a seguir, vários são os limites que cerceiam a autonomia privada⁶⁴².

2.5.1 Ordem pública

A ordem pública vem a ser um conceito doutrinário sinônimo de ordem social e compreende todas aquelas disposições estabelecidas em forma imperativa pelo legislador em resguardo dos interesses da coletividade ou da moral social⁶⁴³. Isso visa, sobretudo, à subsistência do Estado, pois nem o Estado nem a sociedade poderiam lograr seus fins, se não existissem certas normas dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados⁶⁴⁴.

No entanto, afirma João Baptista Machado que o problema com relação à ordem pública não se resolve com uma definição, pois a ordem pública é indefinível conceitualmente, como também indefinível é o “estilo” ou a “alma” de uma ordem pública⁶⁴⁵. Francisco Cláudio de Almeida Santos, na mesma linha, afirma que a ordem pública “não tem definição firme e geral, isso porque, segundo a filosofia, a moral e o

⁶⁴⁰ Neste sentido são as idéias de Ricardo Ramalho Almeida (2005, p. 24), para quem, “a liberdade proporcionada pela autonomia da vontade, ou autonomia privada, é exercida no interior do espaço que a ela é deixado pelo princípio da prevalência dos interesses públicos, gerais e coletivos, sobre os interesses privados, particulares e individuais. A noção de ordem pública atua, assim, como um necessário freio à liberdade, em consideração a interesses que têm prioridade axiológica e normativa sobre a autonomia dos particulares”.

⁶⁴¹ LACRUZ BERDEJO, 2000, p. 129.

⁶⁴² Segundo Ricardo Ramalho Almeida (2005, p. 37-38), “seja como for, por meio de expressas previsões legais cogentes ou valendo-se de uma vigilância difusa que o prudente árbitro do julgador deve concretizar, o princípio da supremacia do interesse público interfere nas relações privadas e na vida civil, umas vezes para restringi-las (ordem pública de coordenação), outras para dirigi-las (dirigismo contratual, ordem pública de direção), outras ainda para proteger a parte hipossuficiente (ordem pública de proteção), mas sempre buscando conformar as manifestações da autonomia privada e da liberdade contratual às exigências do ordenamento jurídico que sejam consideradas inderrogáveis”.

⁶⁴³ ARELLANO, 1981, p. 685.

⁶⁴⁴ DINIZ, 2001, p. 362.

⁶⁴⁵ MACHADO, João Baptista. **Lições de Direito Internacional Privado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 259.

direito, é relativo seu conceito”, variando conforme o lugar, o tempo, o modelo social, a organização estatal e outras ponderáveis políticas, morais, sociais, religiosas e jurídicas⁶⁴⁶.

Pode-se constatar, assim, que conceituar ordem pública não é tarefa fácil⁶⁴⁷. Trata-se de tarefa que, muitas vezes, é concedida aos juízes, que deverão determinar que princípios são importantes para determinada sociedade em determinada época⁶⁴⁸.

Mesmo sabendo dessa inexatidão, é incessante a tentativa dos juristas em determinar o que é ordem pública⁶⁴⁹. Na Conferência de Haia de 1894, ao se discutir a matéria na área de sucessões, por exemplo, a delegação alemã sugeriu que fossem enumerados os casos de ordem pública com o intento de evitar o arbítrio judicial. A criação dessa lista, no entanto, foi negada pelos demais delegados presentes nessa conferência com a justificativa de que, se de um lado, ela era demasiado ampla, por outro, era também insuficiente⁶⁵⁰.

Mancini foi um dos autores que tentou definir esse instituto, determinando que essa ordem, em todos os países, compreende a acepção mais ampla da palavra: o respeito aos princípios superiores da moral humana e social, tal como são entendidos e professados naquele país; os bons costumes; os direitos primitivos inerentes à natureza humana e às liberdades, aos quais nenhuma instituição positiva, nem governo, nem ato da vontade

⁶⁴⁶ SANTOS, F., 1999, p. 117. No mesmo sentido: DOLINGER, 2001, p. 386; VALLADÃO, 1980, p. 496; DINIZ, 2001, p. 360; ORTIZ DE LA TORRE, Jose Antonio Tomas. **Derecho internacional privado: técnica aplicativa de la regla de conflicto**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1986, 1986, p. 339; LALIVE, Pierre. *Ordem pública transnacional e arbitragem internacional: conteúdo e realidade da ordem pública transnacional na prática arbitral*. Tradução de Paulo Borba Casella. **Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais**. Forense, 1989, p. 38 e ESPLUGUES MOTA, Carlos A. **La relatividad del orden público en el derecho internacional privado español**. Tesis de licenciatura. 291 p. Valencia: Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1982, p. 20.

⁶⁴⁷ Na tentativa de especificar as regras de ordem pública, Maria Helena Diniz (2001, p. 363) afirma que “serão de ordem pública as constitucionais; logo, não se pode falar em direito adquirido contra a Constituição (STF, RE 93.920), as administrativas, as processuais, as penais, as de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem os incapazes, as sobre organização de família, as que estabelecem condições e formalidades essenciais para certos atos etc. Para Serpa Lopes, as leis de ordem pública costumam ser classificadas em quatro categorias: a) as de organização social, inerentes à organização da família, liberdade individual etc.; b) as de organização política, como as constitucionais, as administrativas, as fiscais e as relativas à organização judiciária; c) as de organização econômica, como, p. ex., as atinentes aos salários, à moeda, ao regime de bens, ao direito de pedir a extinção do condomínio, ao bem de família, à inalienabilidade”.

⁶⁴⁸ Para Irineu Strenger (2003, p. 432), “a determinação deles [princípios considerados intocáveis] quase sempre cai nas mãos do juiz. Este não deve arbitrariamente construir noções de ordem pública, mas há certa latitude na apreciação, que fica sem arbítrio. E não raro a discriminação desses princípios em casos concretos pode sofrer influência dos próprios preconceitos do juiz. Tal inconveniente de certa maneira todos os direitos sofrem. Essa determinação nos princípios que excluem a aplicação do direito estrangeiro em última análise repousa no entendimento reiterado dos tribunais, na jurisprudência. No direito brasileiro, a jurisprudência é rara e flutuante. Rara devido à escassez de verdadeiros conflitos; flutuante, devido ao quase total desconhecimento da matéria, por todo o País”.

⁶⁴⁹ Segundo Jose Antonio Tomas Ortiz de la Torre (1986, p. 321), há sinais do instituto de ordem pública num papiro do século II da era cristã, em que se pode constatar que um juiz romano rechaçou a aplicação de Direito egípcio sobre o dote por ser esse inumano.

⁶⁵⁰ ARELLANO, 1981, p. 693; ORTIZ DE LA TORRE, 1986, p. 338.

humana poderia menosprezar, de tal forma que, se as leis positivas de um Estado, uma sentença estrangeira, ato ou contratos realizados no estrangeiro violarem esses princípios ou esses direitos, cada soberania pode deixar de reconhecer seus efeitos e sua execução em seu território. Um Estado pode-se negar a aplicar tanto as instituições incompatíveis com a ordem moral como também as incompatíveis com a ordem econômica na mais ampla acepção de ordem pública⁶⁵¹. Essa acepção é a prevista desde a origem do Código francês no seu art. 6^o⁶⁵². Este artigo concede aos tribunais o poder de anular os contratos e outros atos realizados pelos particulares e considerados como imorais⁶⁵³.

A literatura identifica dois tipos de ordem pública: interna e internacional⁶⁵⁴. Mas há ainda os que enxergam um terceiro prisma: a transnacional⁶⁵⁵. Ricardo Ramalho Almeida afirma que essas idéias de ordem pública interna e ordem pública internacional seriam graficamente representadas por dois círculos concêntricos, e que a ordem pública interna abarcaria a ordem pública internacional⁶⁵⁶. Ou seja, para esse autor, “as manifestações da ordem pública, interna e internacional, são fenômenos de direito interno, nacional”⁶⁵⁷. Os conceitos de ordem pública interna e internacional não são cumulativos, nem representam “ordens públicas” no plural⁶⁵⁸.

⁶⁵¹ Apud ARELLANO, 1981, p. 690; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. **Derecho internacional privado**: introducción y parte general. 8. ed. t1. Madrid: Atlas, 1979, p. 383-384.

⁶⁵² “O princípio da ordem pública simples, interna, já existia no individualista direito romano: ‘*Privatorum conventio iuri publico non derogat*’ e foi expresso no art. 6^o do Cód. Napoleão: ‘*on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui interessent l’ordre public et les bonnes moeurs*’ reproduzido no art. 11 do Cód. De Luisiana, 5 da Bolívia, 13 do Baixo Canadá, 775 do Montenegro e 1.255 da Espanha”. VALLADÃO, 1980, p. 491 e LEGIFRANCE, 2006.

⁶⁵³ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 86.

⁶⁵⁴ Conforme Carlos Esplugues Mota (1982, p. 21), a primeira vez que foi feita a distinção entre ordem pública interna e internacional foi em 1892 com Brocher. Mas acrescenta este autor (ESPLUGUES, 1982, p. 19) que “la norma de orden público, supone la desaparición de la diferenciación orden público interno e internacional, todo es interno en cuanto lo importante es el carácter imperativo de la ley. (lo mismo ocurre con los efectos atenuados del orden público, no caben)”.

⁶⁵⁵ LALIVE, 1989. Para Ricardo Ramalho Almeida (2005, p. 336-337), “a ordem pública transnacional, ou ‘verdadeiramente internacional’, constitui uma ordem pública de fonte internacional e que tem como conteúdo os princípios fundamentais – de direito privado, público ou processual-arbitral – reconhecidos pela generalidade dos ordenamentos jurídicos, tendo alcançado um tal grau de aceitação que se possa legitimamente afirmar serem tendentes à universalização”.

⁶⁵⁶ ALMEIDA, 2003a, p. 132.

⁶⁵⁷ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a, p. 132. Maria Helena Diniz (2001, p. 364) afirma que “a ordem pública é um limite ao foro ou à manifestação da vontade individual, às disposições e convenções particulares (ordem pública interna), ou à aplicação do direito estrangeiro, às leis, atos e sentenças de outro país (ordem pública internacional). Logo, a diferença entre ordem pública interna e internacional está tão-somente nos meios de sua defesa”. No mesmo sentido: ROBERT, Jean. **L’arbitrage**: droit interne, droit international privé. Paris: Dalloz, 1993, p. 313.

⁶⁵⁸ ALMEIDA, 2003a, p. 134. Henri Battifol, como explica Jacob Dolinger (2001, p. 386) também sustentava que a ordem pública é uma, com duas aplicações diferentes, cabendo tão-somente distinguir entre a incidência

Para Jacob Dolinger, a ordem pública é una e indivisível, mas acrescenta ele que esta, no entanto, possui três níveis: no plano do direito interno⁶⁵⁹, no plano do direito internacional⁶⁶⁰ e no reconhecimento de direitos adquiridos no exterior⁶⁶¹. Como se refere o autor, “a primeira no plano do direito interno, corresponde ao princípio que neutraliza a vontade das partes manifestada contra leis cogentes, e a segunda, no plano internacional privado, que impede a aplicação de leis de outros Estados ou reconhecimento de sentenças estrangeiras, quando aleatórias à ordem pública, moral ou econômica do foro”⁶⁶². E “tudo que for do interesse da ordem pública internacional será do interesse da ordem pública interna, mas o inverso não é verdadeiro”⁶⁶³.

Apesar de negada a distinção entre a ordem pública interna e a internacional pela literatura, a jurisprudência brasileira apontou a distinção de seus efeitos na Carta Rogatória nº 9.897 apreciada pelo STF. Tal caso, que tratava de intimação de pessoa domiciliada no Brasil por Tribunal norte-americano de uma ação relativa à ação de cobrança de dívida de jogo proposta nos Estados Unidos, entrou para a história jurídica brasileira. Isso porque, apesar de a dívida de jogo não ser reconhecida pelo direito interno, por ser o jogo uma ofensa à ordem pública brasileira, tal dívida contraída no exterior foi reconhecida em decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio de Mello. Isso foi decidido sob a justificativa de que ninguém pode se eximir de responsabilidade pela obrigação assumida em país estrangeiro se o ato lá praticado é válido pela ordem jurídica local⁶⁶⁴. Segundo o Ministro,

da ordem pública no campo do direito interno e no campo do direito internacional privado. No mesmo sentido: CASTRO, 2004, p. 277.

⁶⁵⁹ “No seu primeiro nível a ordem pública funciona no plano do direito interno para garantir o império de determinadas regras jurídicas, impedindo que sua observância seja derogada pela vontade das partes. São, dentre outros, as leis de proteção aos menores, aos incapazes, à família, à economia nacional e a outros institutos civis e comerciais, que constituem, de certa forma, a publicização do direito privado”. DOLINGER, 2001, p. 398.

⁶⁶⁰ “O segundo nível do funcionamento da ordem pública é mais restrito: trata do impedimento à aplicação de leis estrangeiras indicadas pelas regras de conexão do D.I.P. Não é toda lei local, cogente, das que não podem ser derogadas pela vontade das partes no plano interno, que não poderá ser substituída por lei estrangeira, diversa, no plano do direito internacional privado”. DOLINGER, 2001, p. 399.

⁶⁶¹ DOLINGER, 2001, p. 398-399.

⁶⁶² DOLINGER, 2001, p. 396.

⁶⁶³ ALMEIDA, 2003a, p. 135.

⁶⁶⁴ No mesmo sentido foi o Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no Embargos infringentes na apelação cível n.º 44.921/97, que apresenta a seguinte ementa: Direito Internacional Privado – Dívida de jogo contraída no exterior – Pagamento com cheque de conta encerrada – Art. 9 da Lei de Introdução ao Código Civil – Ordem Pública. Enriquecimento ilícito. 1. O ordenamento jurídico brasileiro não considera o jogo e a aposta como negócios jurídicos exigíveis. Entretanto, no país em que ocorreram, não se consubstanciam tais atividades em qualquer ilícito, representando, ao contrário, diversão pública propalada e legalmente permitida, donde se deduz que a obrigação foi contraída pelo acionado de forma lícita. 2. Dada a colisão de ordenamentos jurídicos no tocante à exigibilidade da dívida de jogo, aplicam-se as regras do Direito Internacional Privado para definir qual das ordens deve prevalecer. O art. 9 da LICC valorizou o *locus celebrationis* como elemento de conexão, pois define que, “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. 3. A própria Lei de Introdução ao Código Civil limita a interferência do

O que é capaz de colocar em xeque a respeitabilidade nacional: a homologação de uma sentença estrangeira, embora resultante de prática ilícita no Brasil, mas admitida no país requerente, ou o endosso, pelo próprio Estado, pelo Judiciário, de procedimento revelador de torpeza no que o brasileiro viajou ao país-irmão e lá praticou o ato que a ordem jurídica local tem como válido, deixando de honrar a obrigação assumida? [...]

Com isso, afastou-se algo que não se coaduna com a Carta da República, que é o enriquecimento sem causa, mormente quando ligado ao abuso da boa-fé de terceiro [...] situação repudiada pelo nosso ordenamento, vez que atentatória à ordem pública, no sentido que lhe dá o Direito Internacional Privado⁶⁶⁵.

Consagrou-se no Brasil que os efeitos da ordem pública podem ser vistos de maneira diferenciada no plano interno e no internacional. No plano interno, ela atua no controle da autonomia das partes com referência à celebração de negócios jurídicos contrários aos princípios e valores fundamentais do ordenamento jurídico de determinado Estado. E, no plano internacional, ela atua na regulação dos atos praticados no estrangeiro e que devam produzir efeitos jurídicos no território de um Estado soberano⁶⁶⁶. Adolfo Miaja de Muela chegou a ressaltar que cada Estado deve ter em conta a sua própria ordem pública, e não a de outro país distinto⁶⁶⁷. Mas o posicionamento atual, como no caso ocorrido na Carta Rogatória supracitada, tende a respeitar o direito estrangeiro toda a vez que estiverem em jogo institutos de valores equiparados, como é o caso da ordem pública interna e a boa-fé⁶⁶⁸, ou até mesmo as normas de ordem pública de outro Estado.

Direito alienígena, quando houver afronta à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. A ordem pública, para o direito internacional privado, é a base social, política e jurídica de um Estado, considerada imprescindível para a sua sobrevivência, que pode excluir a aplicação do direito estrangeiro. 4. Considerando a antinomia na interpenetração dos dois sistemas jurídicos, ao passo que se caracterizou uma pretensão de cobrança de dívida inexigível em nosso ordenamento, tem-se que houve enriquecimento sem causa por parte do embargante, que abusou da boa-fé da embargada, situação essa repudiada pelo nosso ordenamento, vez que atentatória à ordem pública, no sentido que lhe dá o Direito Internacional Privado. 5. Destarte, referendar o enriquecimento ilícito perpetrado pelo embargante representaria afronta muito mais significativa à ordem pública do ordenamento pátrio do que admitir a cobrança da dívida de jogo. 6. Recurso improvido. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n.º 44.921/97. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdf.gov.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=60690,39649,16699&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 1 mar. 2007.

⁶⁶⁵ STF. Carta Rogatória n.º 9.897, publicada no Diário de Justiça de 04 fev. 2002, p. 00128. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória n.º 9.897. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=DEM>. Acesso em: 26 fev. 2006.

⁶⁶⁶ No mesmo sentido Carlos Esplugues Mota (1982, p. 21): “se configura el llamado orden público interno como un limite a la autonomía de la voluntad, como reflejo [sic] de la existencia de normas de ius cogens. El orden público internacional, mientras tanto, se conecta con la aplicación de las leyes extranjeras.

⁶⁶⁷ MIAJA DE LA MUELA, 1979, p. 399.

⁶⁶⁸ A boa-fé será tratada mais adiante dentro deste mesmo tópico que tratada sobre as limitações da autonomia privada.

Segundo Ricardo Ramalho Almeida, a distinção entre ordem pública interna e internacional surgiu a partir dos anos 1860 na doutrina internacionalista, principalmente na França, onde se sustentava que o art. 6º do seu Código Civil, que trata do limite de ordem pública, deveria ser aplicado exclusivamente às relações jurídicas de direito interno. Às relações jurídicas que contivessem algum elemento de estraneidade deveria ser aplicada a alínea 1 do art. 3º do mesmo Código⁶⁶⁹. A doutrina francesa, nos dias atuais, ainda divide a ordem pública em interna ou internacional ou absoluta. E como aponta A. Ferrer Correia, na França, a realidade, a diferença existente entre esses dois institutos está em que a primeira restringe a liberdade individual, enquanto a segunda limita a aplicabilidade das leis estrangeiras⁶⁷⁰. O que se pode concluir é que existe apenas uma ordem pública, a ordem pública nacional, que terá efeito diferenciado nos âmbitos interno e internacional⁶⁷¹.

No direito brasileiro, os limites de ordem pública, como ressaltado anteriormente, podem ser encontrados no art. 122⁶⁷², no parágrafo único do art. 606⁶⁷³ e no parágrafo único do art. 2.035⁶⁷⁴ do Código Civil brasileiro, e, no âmbito do direito internacional privado, na redação do art. 17 da LICC. Prevê o art. 17, além dos limites de ordem pública, os limites de bons costumes e soberania nacional. Para Almicar de Castro, a expressão ordem pública do art. 17 é sinônima de ordem social⁶⁷⁵. Por esse motivo, são supérfluas as expressões “soberania nacional” e “bons costumes”⁶⁷⁶. Jacob Dolinger, nesse sentido, assevera que para uns a soberania nacional é supérflua, enquanto para outros corresponde ao conjunto das leis de direito público, ou via a ordem pública de natureza política, do direito público e constitucional brasileiro⁶⁷⁷. Já com relação à expressão “bons costumes”⁶⁷⁸, pode-se afirmar

⁶⁶⁹ ALMEIDA, 2003a, p. 140.

⁶⁷⁰ CORREIA, A. Ferrer. **Lições de Direito Internacional Privado I**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 405.

⁶⁷¹ Para Jose Antonio Tomas Ortiz de la Torre (1986, p. 340), “lo que llamamos orden público internacional es, pues, en realidad, orden público nacional”.

⁶⁷² O texto do art. 122 do Código Civil brasileiro dispõe que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

⁶⁷³ Parágrafo único do art. 606 do Código Civil brasileiro: “não se aplica à segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública”.

⁶⁷⁴ Parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil brasileiro: “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁶⁷⁵ Segundo o mesmo autor, “ordem pública, como sinônimo de ordem social, abrange todas as manifestações sociais relevantes, inclusive a soberania nacional e os bons costumes”. CASTRO, 2004, p. 291. No mesmo sentido: DINIZ, 2001, p. 356-359.

⁶⁷⁶ CASTRO, 2004, p. 292. No mesmo sentido: RECHSTEINER, 2003, p. 156. Segundo João Bosco Lee (**Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002a, p. 48), “na realidade o conceito de ‘bons costumes’ compõe a noção de ordem pública; ele seria a ‘dimensão moral da ordem pública’”.

⁶⁷⁷ DOLINGER, 2001, p. 404.

que não contemplando essa conexão com a de ordem pública, seriam as regras que “estabelecem as normas de proceder nas relações domésticas e sociais em harmonia com os elevados fins da vida humana, cuja ofensa mais direta e profunda fere os sentimentos de honestidade familiar, ao recato do indivíduo e à dignidade social”⁶⁷⁹.

O limite de ordem pública também é regra presente em grande parte das convenções internacionais⁶⁸⁰. O Código Bustamante determina nos seus arts. 3º, 4º, 5º, 8º, 59, 61, 175 e 179 algumas disposições sobre ordem pública, inclusive fazendo distinção entre ordem pública interna e internacional⁶⁸¹. Uma das curiosidades com relação a esse tratado internacional, ratificado pelo Brasil e nunca denunciado, é que existem vários dispositivos que são contrários às regras da LICC, “tornando certos litígios de solução difícil ou mesmo impossível, quando os juízes não optam – como geralmente acontece – pela abstração do tratado e adoção do *jus soli*”⁶⁸². Isso também pode ser constatado nas seis convenções da CIDIP I. Todas elas fazem referência a tal instituto⁶⁸³, bem como grande parte das outras Convenções interamericanas, como é o caso da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado⁶⁸⁴, que prevê no seu art. 5º a adoção dos limites de ordem pública.

Outra noção de ordem pública constante da literatura é a denominada ordem pública econômica. Esse tipo de ordem pública possui a função de proteção (resguardar uma das partes e o equilíbrio interno do contrato) e de direção (de realização de certos objetivos

⁶⁷⁸ Segundo Colin e Capitant (apud RIPERT, 2000, p. 86), “[...] os bons costumes são a moral”. E, segundo Georges Ripert (2000, p. 87), os bons costumes são “a própria criadora das regras morais, e vai até ao ponto de dizer que um ato é válido quando a opinião pública não o condena, ainda mesmo quando seja condenável em si!”.

⁶⁷⁹ Beviláqua apud DINIZ, 2001, p. 365.

⁶⁸⁰ Exemplos dessa previsão podem ser encontrados nas seguintes convenções: art. 54 do Tratado de Lima de 1878; no art. 4º do Tratado de Montevideu sobre aplicação de leis estrangeiras de 1889 e no mesmo artigo no Protocolo Adicional de 1940; art. 6º da Convenção de Haia para regular os conflitos entre a lei nacional e a lei do domicílio; art. 7º da Convenção de Haia de 1958 sobre lei aplicável à transferência de propriedade em vendas internacionais de objetos móveis corpóreos; art. 5.2.b da Convenção de Nova York sobre reconhecimento e execução de laudos arbitrais; art. 5.2.b da Convenção Interamericana de 1975 sobre Arbitragem Comercial Internacional; art. 16 da Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável às obrigações contratuais.

⁶⁸¹ Art. 3º do Código Bustamante, supracitado.

⁶⁸² STRENGER, 2000, p. 2000.

⁶⁸³ Art. 11 da Convenção sobre conflitos de leis em matéria de letra de câmbio, notas promissórias e faturas; art. 12, §, 1º da Convenção sobre conflitos de leis em matérias de cheques; art. 5º, § 2º, inc. b da Convenção sobre arbitragem comercial internacional; art. 17 da Convenção sobre carta rogatória⁶⁸³; art. 16 da Convenção sobre obtenção de provas no exterior; art. 12 da Convenção sobre o regime legal das procurações para serem utilizadas no exterior.

⁶⁸⁴ Aprovada pelo Decreto-Legislativo nº 36, de 4 de abril de 1995, publicado no DOU de 12 de abril de 1995 e promulgada pelo Decreto nº. 1.979/96, tal Convenção prevê no seu art. 5º que “a lei declarada aplicável por uma convenção de Direito Internacional Privado poderá não ser aplicada no território do Estado Parte que a considerar manifestante contrária aos princípios da sua ordem pública”.

econômicos por parte dos Estados)⁶⁸⁵. Com relação a esse aspecto da ordem pública, Luis Díez-Picazo e Antonio Gúllon afirmam que

[...] o tema da ordem pública econômica tem adquirido importância destacada desde o princípio deste século. Isso como consequência da intervenção do Estado na vida econômica, que já não se abandona ao puro jogo dos intervenientes do mercado. Esta intervenção move-se em dois extremos: ou, o Estado planeja rígida e centralmente toda a atividade econômica (sistema soviético), ou, o Estado cuida de eliminar os obstáculos e condições que impossibilitem a atuação das leis de mercado (neoliberalismo)⁶⁸⁶.

José Eduardo González e outros, por sua vez, explicam que a função da ordem pública econômica é remediar o desequilíbrio existente entre os economicamente fracos e os economicamente fortes, que a lei da oferta e da procura tende a aumentar e a afirmar⁶⁸⁷.

Por fim, pode-se afirmar que a ordem pública, independentemente do adjetivo acrescido a esta expressão, é um elemento defensivo em sua própria essência, pois pretende salvaguardar uma série de princípios que inspiram a própria essência da sociedade⁶⁸⁸. Pode ser definida como “o conjunto de direitos, de caráter privado, cuja obediência o Estado impõe, para que haja harmonia entre o Estado e os indivíduos, e destes entre si, em salvaguarda de interesses substanciais da sociedade”⁶⁸⁹.

2.5.2 Normas imperativas

Apesar de as normas imperativas serem identificadas como normas de ordem pública⁶⁹⁰, elas podem ser consideradas outro limite à autonomia privada, autônoma àquela. No caso do sistema jurídico espanhol, por exemplo, a diferenciação entre ordem pública e

⁶⁸⁵ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 38.

⁶⁸⁶ DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, 2001, p. 374.

⁶⁸⁷ GONZÁLEZ ET AL., 2004, p. 74.

⁶⁸⁸ ESPLUGUES MOTA, 1982, p. 22.

⁶⁸⁹ Gama e Silva apud STRENGER, 2000, p. 172.

⁶⁹⁰ Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón (2001, p. 373) afirmam que, majoritariamente, se tem entendido que as leis imperativas, também chamadas de leis forçosas, são limites de ordem pública. E Rubén Stiglitz (1998, p. 369), por sua vez, ressalta que “alguna doctrina afirma que toda ley imperativa es de orden público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento; en otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. En conclusión, leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos”.

normas imperativas é explícita, aparecendo no Código Civil daquele país em duas oportunidades: nos arts. 594 e 1.255.

Por normas imperativas, entende-se a norma de direito público que não é suscetível de derrogação por vontade dos particulares. Por outro lado, existe também a figura das normas de direito privado, que são aquelas suscetíveis de derrogação ou modificação pela livre-iniciativa dos particulares⁶⁹¹.

A problemática com relação às normas imperativas, bem como toda a problemática que circunda os limites da autonomia privada, é saber até onde as normas cogentes podem interferir na atuação da vontade. Na visão de Neumayer, até a Primeira Guerra Mundial, a autonomia das partes era quase que ilimitada, mas a crise gerada nos anos seguintes a esta Guerra fez com que os Estados passassem a editar regras restritivas para regular o novo direito econômico⁶⁹².

Grande parte das previsões de normas imperativas pode ser encontrada em tratados internacionais, como é o caso do art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que prevê que:

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza⁶⁹³.

Novidade também é a criação da norma imperativa de terceiro Estado pela Convenção de Roma de 1980, que dispõe no seu art. 7.1 que o juiz, em virtude da presente Convenção, poderá aplicar as disposições imperativas da lei de outro país com o qual o contrato possua um vínculo estreito. Os princípios da Unidroit para os contratos comerciais internacionais também prevêem esse limite à autonomia privada, apesar de não a definir⁶⁹⁴.

Ressalta Carlos Esplugues Mota, entretanto, que nem todas as normas que possuem um caráter imperativo no plano interno deverão ser aplicadas quando se trate de transações

⁶⁹¹ COSSIO Y CORRAL, 1991, p. 51.

⁶⁹² ARAÚJO, 2004a, p. 36.

⁶⁹³ Art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

⁶⁹⁴ Artículo 1.4 (*Normas de carácter imperativo*). Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado. Cf. UNIDROIT. **Principios para os contratos comerciais internacionais**. Disponível em: <www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2005.

internacionais. Conseqüentemente, as normas que não tenham uma condição imperativa em âmbito interno podem ter essa natureza em âmbito internacional⁶⁹⁵.

2.5.3 Função social, igualdade de fato e equilíbrio contratual

A função social, a igualdade de fato e o equilíbrio contratual são outros princípios que limitam a autonomia privada. Esses princípios, entretanto, aparecem em momento diferenciado do já tratado princípio da ordem pública. Segundo Ricardo Ramalho Almeida, a ordem pública insere-se no paradigma contratual, mais ou menos, no mesmo momento histórico que a autonomia da vontade, primordialmente na França, em 1804. Os novos princípios contratuais, a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio (justiça) contratual, contudo, aparecem em outro momento, com a mudança paradigmática da suscitada “crise do contrato”⁶⁹⁶.

A função social com relação ao princípio da autonomia privada está em assegurar a observância de certos compromissos, que está ligada à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé⁶⁹⁷, como previstos nos arts. 421 e 422 do Código Civil brasileiro⁶⁹⁸.

A previsão desse limite dá-se em virtude de que a personalização do ser humano deve estar no centro da atenção jurídica e a solidariedade deve ocupar, assim, um papel relevante⁶⁹⁹. Atualmente, o excesso de liberalismo cede lugar às exigências da ordem pública econômica e social, que prevalecem sobre o individualismo, funcionando como limitador da autonomia individual, no interesse da coletividade⁷⁰⁰. Claudio Luiz Bueno de Godoy ratifica essa idéia e explica que,

Em verdade, quando o art. 421 preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato, nada mais faz senão refletir a admissão de que a fonte normativa do ajuste não está mais ou especialmente na força jurígena da vontade. [...] que o poder das partes de auto-regulamentar seus interesses econômicos encontra sua proteção jurídica no reconhecimento, pelo ordenamento, de que aquele ato de iniciativa exprime um conteúdo valorativo consoante com as escolhas

⁶⁹⁵ ESPLUGUES MOTA, 1999, p. 128.

⁶⁹⁶ ALMEIDA, 2005, p. 16-17.

⁶⁹⁷ NORONHA, 1994, p. 116.

⁶⁹⁸ O art. 422 do Código Civil brasileiro dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁶⁹⁹ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 125.

⁷⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 286.

axiológicas do sistema. Uma forma, portanto, de se promover os valores básicos da ordem jurídica e mesmo de o direito objetivo garantir, limitando a liberdade natural, uma efetiva liberdade social. Nada contrário, pois, ao conceito de liberdade⁷⁰¹.

Segundo Enrique Lalaguna Dominguez, a socialização do contrato tem contribuído com dois aspectos fundamentais para determinar o conteúdo da relação contratual: a) a vinculação da liberdade contratual com a propriedade privada; e b) o dinamismo real a que está submetida em seu desenvolvimento a relação contratual de trato prolongado.

O primeiro aspecto diz respeito ao ponto de vista clássico de que a justiça estabelece entre duas pessoas certa proporção de igualdade que versa sobre coisas reais que uma pessoa deve a outra. Nesse aspecto, valoriza-se a função social da propriedade privada, como pressuposto indispensável para que as condições de justiça da liberdade contratual não sejam ilusórias.

O segundo aspecto, por sua vez, postula-se na projeção do princípio da igualdade contratual sobre o conteúdo do contrato, de tal modo que a situação de equivalência da liberdade contratual não seja simplesmente um ponto de partida do ato contratual, mas uma exigência interna de equilíbrio da relação contratual, que deverá manter-se todo o tempo que dure a relação. Deixa-se, portanto, aberta a possibilidade de correção de um possível desequilíbrio mediante a modificação do contrato⁷⁰².

A igualdade no contrato atual é revestida de outro sentido⁷⁰³, ela não é mais uma igualdade formal ou teórica, mas uma igualdade de fato⁷⁰⁴, um contraponto à idéia de que “o contrato é a discussão entre iguais”⁷⁰⁵. Atualmente, é errôneo supor que quem contrata está sempre em uma situação de igualdade e com plena liberdade de decisão. Georges Ripert, nesse sentido, afirma que

⁷⁰¹ GODOY, 2004, p. 120-121.

⁷⁰² LALAGUNA DOMINGUEZ, 1978, p. 51.

⁷⁰³ Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 21) afirma que “[...] trata-se mesmo de as regras públicas de intervenção virem a assegurar, mais amplamente, o campo de atuação privada entre as partes, só que lhes garantindo uma liberdade real de ação. Na justa visão de Konrad Hesse, essa a diferença vital da autonomia privada do século XIX, assentada sobre a pressuposição de uma igualdade formal entre os indivíduos, nem sempre corresponde à realidade social e, por isso, causa da falta de liberdade de um deles, para a autonomia privada no seu significado atual, em que a conexão do direito privado com regras de direito público acaba assegurando uma igualdade substancial e, assim, uma liberdade real às partes, cuja vontade, em si, acrescenta-se, não é absolutamente desprezada, embora não mais concebida como a absoluta fonte legitimadora do negócio ou de seus efeitos”.

⁷⁰⁴ “Existirá una igualdad de derecho entre los contratantes, pero no siempre existe una igualdad de hecho. Muchas veces quien celebra un contrato, está situado, respecto al otro contratante, en un plano de desigualdad que limita su libertad de determinación”. OSSORIO MORALES, 1985, p. 177-178.

⁷⁰⁵ RIPERT, 2000, p. 114.

Durante muito tempo todos se contentaram com a igualdade teórica e abstrata revelada pela troca dos consentimentos. Depois a idéia igualitária realizou-se mais fortemente, e sob a igualdade jurídica, apareceu a desigualdade de fato. O princípio da igualdade civil e política não impediu a luta das classes; o princípio da igualdade contratual não basta para evitar as reclamações das vontades fracas. O mais fraco faz o seu apelo ao legislador e ao juiz⁷⁰⁶.

Dessa forma, busca-se hoje a obtenção da justiça substancial ou material⁷⁰⁷, ou seja, atualmente não se contenta apenas com a igualdade meramente formal das partes. Como aponta Fernando Noronha, busca-se, antes de qualquer coisa, assegurar, “nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justiça comutativa – e tal equilíbrio é conseguido quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam adequada contrapartida dos sacrifícios que assume”⁷⁰⁸, e para que a igualdade de fato, também denominada de real ou material, se restabeleça, é necessária a entrada na relação de direito privado de um elemento procedente do direito público⁷⁰⁹.

A solução, para Atílio A. Alterini e Roberto M. López Cabana, é que, nos contratos entre iguais, deve-se observar o que foi estritamente submetido nos termos do pacto; e nos contratos entre desiguais, procurar uma manutenção do equilíbrio da relação de mudança (equilíbrio contratual ou justiça contratual)⁷¹⁰. No primeiro caso, a liberdade exigirá o reconhecimento de plenitude de efeitos do que foi eleito pelos contratantes; no segundo, sua reafirmação a favor do identificado como mais frágil⁷¹¹. Neste último caso, pode-se afirmar que o próprio princípio da boa-fé cede ao poder do equilíbrio, pois “do ponto de vista

⁷⁰⁶ RIPERT, 2000, p. 114.

⁷⁰⁷ “A justiça formal tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação. A justiça substancial preocupa-se com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes. A igualdade pressuposta pela justiça formal, a posição igualitária no momento de contratar, é entendida em termos teóricos, é uma igualdade de oportunidades: quem contrata deve ter liberdade de decidir, deve estar no pleno gozo de suas faculdades e normalmente esclarecido sobre a transação que faz. Não se indaga se os contratantes são essencialmente semelhantes, como diria Perelman, se entre eles não existem diferenças essenciais que importasse considerar. Quem entende ser suficiente tutelar a justiça formal acredita que, garantida a posição pré-contratual de igualdade teórica de oportunidades, cada parte, igualmente livre, responsável e esclarecida, estará em condições de defender de forma adequada os seus interesses; em consequência, no contrato resultante, as prestações de uma e outra, os direitos e obrigações recíprocos, contrabalançar-se-ão, assegurando o equilíbrio da justiça”. NORONHA, 1994, p. 220.

⁷⁰⁸ NORONHA, 1994, p. 221.

⁷⁰⁹ COSSIO Y CORRAL, 1991, p. 51.

⁷¹⁰ Para Fernando Noronha (1994, p. 214), o equilíbrio contratual é “a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”.

⁷¹¹ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 125; NORONHA, 1994, p. 85.

objetivo não há equivalência entre ônus e benefício”⁷¹², como afirma Eduardo Sens dos Santos.

2.5.4 Boa-fé

Como bem apontam autores, como Carlos Alberto Gherzi, dar um conceito geral de boa-fé é praticamente impossível, pois, na verdade, ela se trata de uma série de critérios de orientação⁷¹³. Mas, na tentativa de conseguir um conceito, Plácido e Silva afirma que boa-fé é “denominação ou expressão derivada do latim – bonimoris –, usada para designar o complexo de regras e princípios impostos pela moral, os quais traçam a norma de conduta dos indivíduos em suas relações domésticas e sociais, para que estas se articulem, segundo as elevadas finalidades da própria vida humana”⁷¹⁴. Existem dois tipos de boa-fé: a subjetiva⁷¹⁵, que diz respeito ao caráter interno e psicológico da vontade; e a objetiva, de caráter normativo, referente a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como o sujeito deve agir⁷¹⁶, essa última relevante para esta pesquisa.

Fernando Noronha aponta que, na concepção objetiva, boa-fé contrapõe-se à ausência de boa-fé, e não à má-fé. Ele explica que,

Quando uma pessoa está ligada a outra pelos laços de uma determinada relação jurídica (e em especial por um contrato) que lhe imponha especiais deveres de conduta, ela infringirá a boa-fé sempre que não proceder em conformidade com tais deveres, qualquer que seja o motivo da desconformidade: pode ser uma atitude dolosa, uma situação meramente culposa, ou até um estado de ignorância não culposa, nas hipóteses-limite em que seja cogitável uma situação dessa natureza, ainda associada a uma obrigação de agir segundo padrões determinados⁷¹⁷.

José Eduardo González e outros, por sua vez, explicam que, em virtude da boa-fé, as partes se obrigam a ser claras nas ofertas, o que é também denominado de dever de

⁷¹² SANTOS, E., 2001, p. 78.

⁷¹³ GHERZI, 1994, p. 51.

⁷¹⁴ Apud BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 19.

⁷¹⁵ “A boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, é um estado – um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem”. NORONHA, 1994, p. 132.

⁷¹⁶ NORONHA, 1994, p. 132.

⁷¹⁷ NORONHA, 1994, p. 139.

transparência⁷¹⁸, e nas tratativas contratuais; a interpretar o contrato honradamente; a abster-se de todo ato que dificulte o cumprimento pela outra parte ou que implique terminar intempestivamente as relações contratuais; e a não reclamar o cumprimento prévio do contrato pela outra parte se não se hão cumprido suas próprias obrigações⁷¹⁹. Pode-se afirmar também que no direito anglo-saxão o fundamento da obrigação contratual está na confiança⁷²⁰, mais do que na promessa⁷²¹.

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos tem reconhecido aos tribunais, por exemplo, a faculdade de recorrer ao *forum non conveniens*⁷²² nos casos em que a eleição do foro tenha sido feita com o propósito de prejudicar a contraparte, ou seja, que o demandante tenha se utilizado da má-fé para determinar o foro para solucionar a disputa⁷²³.

No Brasil, a boa-fé está prevista em diversos artigos do Código Civil⁷²⁴, nos arts. 4º, III, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor e art. 14, II, do Código de Processo Civil. Autores como Fernando Noronha chegam a prevêr possibilidades de extinção das obrigações decorrentes do princípio da boa-fé, quando ocorrer a frustração do fim contratual objetivo ou a impossibilidade econômica de execução do contrato⁷²⁵.

2.5.5 Limite em razão da matéria ou da norma mandatória

Os limites em razão da matéria⁷²⁶ podem ser encontrados na jurisprudência dos Estados Unidos já em 1972. O caso Bremen, analisado naquele país, ressaltava que “os

⁷¹⁸ Segundo Eduardo Sens dos Santos (2001, p. 64), o dever de transparência nas relações contratuais provém da tentativa do direito de controlar a busca desenfreada por lucro, em detrimento do desenvolvimento social e até econômico, proveniente da influência do liberalismo e do neoliberalismo na economia.

⁷¹⁹ GONZÁLEZ ET AL., 2004, p. 74.

⁷²⁰ Segundo Menezes Cordeiro (apud SANTOS, E., 2001, p. 66), a confiança “exprime a situação em que uma adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha para efectivar. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela”.

⁷²¹ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 65.

⁷²² Nos EUA, havia possibilidades amplas para que as partes designem o *forum shopping*, mas que se demonstraram, por vezes, excessivas e inadmissíveis por não responder a motivos legítimos, que não fosse apenas a intenção de causar prejuízos ao demandado. Desta forma, surgiu a figura do *forum non conveniens*, que é o poder dado ao juiz de negar a assumir a jurisdição se for identificada a intenção de causar prejuízos ao demandado. O que implica para o juiz rechaçar demandas que considere abusiva pelo fato de o autor selecionar um foro especialmente inconveniente para o demandado. Cf. FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 24.

⁷²³ FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 87.

⁷²⁴ Arts. 113, 128, 164, 167, § 2º, 187, 242, 286, 307, parágrafo único, 309, 422, 523, 606, 637, 686, 689, 765, 814, § 1º, 856, parágrafo único, 878, 879, 896, 925, 1.049, 1.149, 1.201, 1.202, 1.214, 1.217, 1.219, 1.222, 1.228, § 4º, 1.238, § 4º, 1.238, 1.243, 1.242, 1.247, parágrafo único, 1.255, 1.257, 1.258, 1.259, 1.260, 1.261, 1.268, 1.270, 1.561, 1.563, 1.741, 1.817, 1.827 e 1.828.

⁷²⁵ NORONHA, 1994, p. 199 e segs.

⁷²⁶ Esse limite da autonomia da vontade das partes é chamado, por Hee Moon Jo (2001, p. 451) de norma mandatória, que consiste em limitar a autonomia das partes em alguns contratos específicos, como o contrato de trabalho, o de consumo, etc.

tribunais deveriam rechaçar uma cláusula de prorrogação que tivesse sido imposta unilateralmente por uma parte poderosa sobre outra mais fraca”⁷²⁷. Essa decisão veio a orientar que as cláusulas de jurisdição inseridas nos contratos de adesão não são válidas por faltarem os requisitos de livre consentimento, negociação livre e igual poder de negociação⁷²⁸.

Dessa maneira, a antiga fórmula que admitia que as partes possuíam igualdade para celebrar um contrato passa por transformações e não é mais plenamente aceita, como visto anteriormente. No momento atual, fala-se de um limite da autonomia privada por igualdade das partes no contrato, denominado de ordem pública de proteção, por Rubén S. Stiglitz⁷²⁹. Essa ordem pública de proteção versa sobre duas matérias específicas: trabalho e consumo. Irineu Strenger chega a afirmar que “a matéria de contrato de trabalho ou relacionada com o consumidor são impedientes rígidos a toda tentativa de prevalecimento da liberdade dos contratantes”⁷³⁰.

A preocupação com a proteção das relações de consumo e de trabalho começou nos primeiros anos do século XX, com o surgimento de uma legislação intervencionista em matéria de trabalho, presidida pela idéia de que a parte contratante, econômica e socialmente mais fraca, necessita de proteção⁷³¹. O Estado abandona, nesta matéria, a posição de neutralidade e coloca-se ao lado da parte mais fraca, criando uma legislação trabalhista de caráter protecionista. As partes não podem mais pactuar livremente, e a ordem jurídica passa a determinar sob que condições, que cláusulas e que estipulações pode ser celebrado o contrato de trabalho⁷³².

A Convenção de Roma sobre obrigações internacionais prevê a autonomia da vontade como princípio básico no âmbito dos contratos individuais de trabalho (art. 6.1). Mas, como ressalta Carlos Esplugues Mota, essa autonomia não é absoluta: a convenção das partes não pode resultar na privação do trabalhador da proteção que proporcionam as disposições imperativas do ordenamento jurídico⁷³³.

⁷²⁷ OPERTTI BADAN; FRESNEDO DE AGUIRRE, 1997, p. 49.

⁷²⁸ OPERTTI BADAN; FRESNEDO DE AGUIRRE, 1997, p. 49.

⁷²⁹ STIGLITZ, 1998, p. 496.

⁷³⁰ STRENGER, 2003, p. 658.

⁷³¹ Segundo Santiago Alvarez González (1992, p. 39), “[...] esta ‘debilidad’ es estadística y relativa; relatividad que incide en la necesidad de individualizar diferentes parámetros en los que manifieste la distinta fuerza de las partes (intelectuales, psicológicos, de mercado...) y, paralelamente, distintos *tipos* contractuales donde se proyectarán unos y otros; debilidad centrada fundamentalmente, en lo que a nosotros atañe, en el distinto poder de negociación en sentido amplio”.

⁷³² OSSORIO MORALES, 1985, p. 178.

⁷³³ ESPLUGUES MOTA, 2003, p. 156.

Juan Ossorio Morales assevera que a orientação intervencionista em matéria de contratação, que se inicia no campo do contrato de trabalho, propagou-se para outras esferas da contratação e se instala hoje em quase todo o direito privado⁷³⁴, o que restringe cada vez mais o princípio da autonomia da vontade. Enrique Lalaguna Dominguez acrescenta que, na medida em que aumenta o número de contratos coletivos, a liberdade individual fica mais tênue. E, assim, o bem comum prevalece sobre o bem individual; a liberdade social, sobre a liberdade individual⁷³⁵.

A matéria de consumo é outra matéria abrangida por essa ordem pública de proteção. Com relação a esta matéria, Fernando Noronha expõe que a promulgação do Código de Defesa do Consumidor veio tentar preencher uma lacuna existente no sistema legislativo brasileiro ao dar uma ampla liberdade as partes e criar uma situação de proteção para a parte mais fraca⁷³⁶.

O próprio art. 5.2 da Convenção de Roma sobre obrigações internacionais prevê que as partes até podem ter autonomia para eleger a lei aplicável em matérias de consumo. Mas, se a lei de proteção do consumidor do país onde se entenda vinculada a parte mais fraca (residência habitual) for mais favorável a este, ela deve ser aplicada. Apesar de a Convenção de Roma tratar de um caso específico de legislação para a Comunidade Européia, pode-se perceber que o primado dessa legislação é a preocupação com a parte mais fraca do contrato, também denominada de ordem pública de proteção⁷³⁷, como acontece também no direito interno brasileiro.

Proteção como essa também pode ser encontrada no direito inglês, que estabeleceu no seu *Supply of Goods Act 1973* disposições para proteger os compradores a prazo, os compradores na venda de bens e os consumidores, e para restringir a autonomia da vontade das partes. No entanto, essa proteção serve somente para o comércio interno, e não para o comércio internacional.

É fato que, nos dias atuais, a proteção da parte mais fraca é praticamente aceita em todas as legislações e jurisprudências, tanto em âmbito interno quanto internacional⁷³⁸. Os temas freqüentemente protegidos estão em matérias de direito do consumidor e de direito do

⁷³⁴ OSSORIO MORALES, 1985, p. 178.

⁷³⁵ LALAGUNA DOMINGUEZ, 1978, p. 50.

⁷³⁶ NORONHA, 1994, p. 73-74.

⁷³⁷ Expressão utilizada por Ricardo Ramalho Almeida (2005, p. 38) para designar os princípios da supremacia do interesse público para proteger a parte hipossuficiente do contrato.

⁷³⁸ “[...] el *favor debilis* debe ser tenido en cuenta por los jueces como principio orientador al interpretar la ley; pero adviértase que el fundamento de esta regla es siempre una finalidad de justicia, ya que se propone restablecer el equilibrio entre las partes, al presumir que el deudor suele ser la parte más débil en la relación jurídica obligatoria”. GONZALÉZ ET AL., 2004, p. 77.

trabalho, como se pode constatar. Mas Cecilia Fresnedo de Aguirre faz uma observação importante com relação ao tema ao ressaltar que “há muitas situações que não entram dentro destes parâmetros e que importam uma desigualdade na possibilidade real de negociação dos termos do contrato”⁷³⁹. Problemas como esse já têm sido constatados, por exemplo, nos contratos de adesão, especialmente em matérias de transporte; os problemas enfrentados por comerciantes que carecem de poder de negociação diante de comerciantes mais poderosos, por exemplo, os concessionários; e, fundamentalmente, a situação dos comerciantes pertencentes a países em desenvolvimento em suas relações com comerciantes de países desenvolvidos⁷⁴⁰. A autora ainda acrescenta que

Há infinidade de casos em que uma das partes do contrato não é um consumidor, mas um comerciante; não é um indivíduo, mas uma empresa; não é um ignorante e entende perfeitamente as condições que se estabelecem no contrato. E, mesmo assim, não tem a menor possibilidade de negociar outras condições ou de optar por outra fórmula de adesão, porque no ramo são todos iguais⁷⁴¹.

A justificativa para a proteção da parte mais fraca, e não somente o consumidor, pode ser encontrada na própria definição de cláusula abusiva: “são as cláusulas que, em contratos entre partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas [...] São cláusulas que destroem a relação de equivalência entre prestação e contraprestação”⁷⁴². Não faz menção, portanto, de consumidor, mas sim de parte mais fraca. José Eduardo González e outros acrescentam que se está diante de uma cláusula abusiva quando, por meio de um acúmulo de direitos e obrigações, com fonte na autonomia privada, cria-se uma situação grupal que obstaculiza ou impede o exercício das liberdades do consumidor⁷⁴³. No entanto, Atílio A. Alterini e Roberto M. López Cabana fazem crítica veemente à proteção ilimitada que é dada à parte mais fraca, afirmando que, “de fato, o que

⁷³⁹ Um exemplo da desigualdade dentro de uma mesma categoria é o caso *Burger King Corporation v. Rudzewicz*, 105 S.Ct. 2174 (1985). O caso se refere a um contrato de franchising celebrado entre as duas partes, em que a Burger King, com sede na Flórida, e um contador do estado de Michigan, em que a primeira demanda o contador na Flórida por não cumprido a obrigação de pagamento de cotas mensais acordada em contrato. No contrato se havia pactuado uma cláusula de eleição de lei aplicável da Flórida, mas não de eleição de jurisdição. Assim, após discussão, em três instâncias, sobre o problema de competência da sede da Flórida, a Suprema Corte entendeu que se bem a autora fosse uma poderosa empresa, o demandado também era comerciante e contador e, dessa forma, não poderia ser considerado parte “mais fraca”. Cecilia Fresnedo de Aguirre (1991, p. 105) analisando o caso afirma que “neste caso, se bem é certo que ambas partes eram comerciantes, tinham, sem dúvida, um desigual poder econômico e distinta capacidade de negociação”.

⁷⁴⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 98.

⁷⁴¹ FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 102.

⁷⁴² NORONHA, 1994, p. 3.

⁷⁴³ GONZÁLEZ ET AL., 2004, p. 76.

nasceu como proteção do consumidor, está se convertendo em proteção do indivíduo particular”⁷⁴⁴. Outro ponto importante é saber qual a medida de controle que deve ser admitida. Isso porque, no Brasil, um país reconhecido pela corrupção do Judiciário, o controle por motivo de disparidade econômica poderia servir para a criação de maior insegurança jurídica. Assim, o instituto, que serviria para equilibrar as partes, poderia ser mais um instrumento de desigualdade.

Além dos limites de autonomia das partes com relação a essas duas matérias, Dário Moura Vicente assevera que também ficam excluídos do âmbito de aplicação do princípio da autonomia em direito internacional privado: “o estatuto pessoal, a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa, a responsabilidade extracontratual, as relações jurídicas reais e a propriedade intelectual, matérias para as quais a lei estabelece normas de conflitos especiais, de que constam conexões que os julgadores devem imperativamente observar”⁷⁴⁵.

2.5.6 *Drittwirkung* (direitos fundamentais e relações privadas)

*Drittwirkung*⁷⁴⁶ refere-se à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, ou seja, quando os direitos fundamentais não são somente eficazes na relação entre o indivíduo e o Estado, mas também entre os particulares⁷⁴⁷.

Grande parte da doutrina, principalmente estrangeira, avalia que a autonomia das partes está em nível infraconstitucional e sempre que esta estiver em conflito com a Constituição, é esta última que deve ser respeitada⁷⁴⁸. Para Werner Flume, com propriedade, a teoria *Drittwirkung* é absurda e desnecessária, pois um negócio jurídico sempre será nulo se depreciar o princípio do respeito à dignidade humana, lesionar as liberdades religiosas ou de expressão, ou negar os demais valores que reconhecem as normas sobre direitos fundamentais⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ ALTERINI; CABANA, 1989, p. 71.

⁷⁴⁵ VICENTE, 1990, p. 126.

⁷⁴⁶ É uma criação do direito alemão, nascida nos anos 50. Cf. VENEGAS GRAU, 2004, p. 17.

⁷⁴⁷ VENEGAS GRAU, 2004, p. 17.

⁷⁴⁸ FLUME, 1998; BARRANCO AVILÉS, Maria del Carmen. **La teoría jurídica de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2000.

⁷⁴⁹ FLUME, 1998, p. 47.

2.5.7 Limite de lei aplicável

No âmbito internacional, outro limite da autonomia privada é o de lei aplicável, tanto que grande parte das convenções internacionais de direito internacional privado faz sua previsão. Outras expressões como interesse legítimo, interesse do comércio internacional, interesse razoável, boas razões para a eleição e base razoável para a eleição⁷⁵⁰ podem ser encontradas e representam esse mesmo limite de conexão.

Esse limite determina que as partes até possuem liberdade para eleger a lei aplicável, mas elas devem escolher entre as leis que tenham alguma conexão com o contrato. Segundo Hee Moon Jo, existem várias teorias que sustentam a limitação da autonomia das partes em razão de lei aplicável. Uma delas limita a autonomia das partes qualitativamente, ou seja, limita a aplicação da autonomia da vontade apenas com relação às leis voluntárias do país em questão. A outra consiste na limitação quantitativa, ou seja, apenas na lei dos países com os quais o contrato tem relação⁷⁵¹. “Por exemplo, as partes só poderiam escolher as leis de países ligados por determinados elementos de conexão, como a nacionalidade, o domicílio das partes, o local de celebração, o de situação de bens, o de execução, etc.”⁷⁵². Uma terceira teoria limita a autonomia das partes pelo desvio da lei, evitando, assim, a utilização do princípio da autonomia privada caso o acordo vise a evitar a aplicação da lei de determinado país⁷⁵³. Essa limitação ocorre para que se evite a fraude à lei⁷⁵⁴.

Fraude à lei pode ser conceituada como a realização de um ato lícito para a obtenção de resultado antijurídico⁷⁵⁵ ou, ainda, como “o ato material destinado a enganar os terceiros ou a autoridade pública”⁷⁵⁶. Para Georges Ripert, existem dois tipos de fraude⁷⁵⁷: quando uma pessoa tem por vontade o prejuízo de alguém ou tem consciência de que o seu

⁷⁵⁰ Para maiores detalhes ver FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 84-85.

⁷⁵¹ JO, 2001, p. 451.

⁷⁵² JO, 2001, p. 451.

⁷⁵³ Irineu Strenger (2003, p. 442) explica que “na fraude à lei não é o conteúdo da lei estrangeira que é considerado como inconveniente, podendo ser aceito pelo juiz nacional. É apenas desprezada nesse caso a aplicação do direito estrangeiro em virtude de estar ele servindo simplesmente como capa para obtenção de fins ilícitos, vedados pela lei nacional, ainda que esta lei não os considere condenáveis intrinsecamente”.

⁷⁵⁴ JO, 2001, p. 451.

⁷⁵⁵ MIAJA DE LA MUELA, 1979, p. 400.

⁷⁵⁶ RIPERT, 2000, p. 309. No entanto, expõe Georges Ripert (2000, p. 310) que “a dificuldade começa quando deixa de haver ato material, mas há ato jurídico. O ato jurídico quando incide sobre um objeto lícito não é, por si, revelador da fraude cometida. É preciso, pois, procurar a fraude na vontade daquele que pratica o ato. Se se descobre então que a vontade culpável é a característica da fraude, a fraude parece confundir-se com a má-fé”.

⁷⁵⁷ Os elementos integrantes da fraude, segundo Irineu Strenger (2000, p. 168), são os seguintes: 1) a frustração de uma regra obrigatória; 2) a intenção fraudulenta de contornar aquela regra obrigatória, fugindo da aplicação de sua sanção; 3) o emprego de meio eficaz à frustração da referida regra e que constitui o elemento material.

ato é prejudicial a essa pessoa; e a denominada fraude à lei. Esta última, que é a que interessa na presente pesquisa, trata-se de uma “tentativa feita de comum acordo por vários interessados para fugir à aplicação duma regra jurídica imperativa. Defraudar a lei é elidir a aplicação da lei normalmente aplicável, por essa lei vir a embaraçar os interesses ou as vontades”⁷⁵⁸. Como afirma Alfonso Miaja de la Muela, “o direito internacional privado oferece um campo apropriado para este tipo de atos fraudulentos”. Nesse ramo do direito, a fraude à lei se caracteriza pela utilização das regras de conflito para a obtenção de direito que as regras substanciais territoriais rejeitam ou negam⁷⁵⁹. Existe fraude à lei quando as regras de conflito são utilizadas com a finalidade de que os indivíduos sujeitos ao ordenamento jurídico nacional escapem ou contornem as disposições pertencentes a esse ordenamento jurídico⁷⁶⁰.

Jacob Dolinger, explicando essa situação, expõe que:

Quando se declara inaplicável a lei estrangeira por ter ocorrido fraude à lei, isto não afeta apenas situações em que a lei estrangeira invocada seja gravemente chocante à ordem pública do foro – para isto o princípio da ordem pública seria suficiente, não havendo razão para se recorrer a outra teoria – mas abrange todas as situações em que as partes não poderiam, no plano interno, contratar de forma contrária ao disposto na lei⁷⁶¹.

Os limites impostos às partes com relação à escolha da lei aplicável é outra matéria não unânime em DIPr. Como se pode observar na redação do art. 10.5c da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, as partes podem eleger qualquer lei que “tenha alguma conexão com o negócio de que se trate”⁷⁶². Não podem elas, portanto, eleger uma lei alheia a este por incorrer em fraude à lei⁷⁶³. Por outro lado, para autores como

⁷⁵⁸ RIPERT, 2000, p. 320.

⁷⁵⁹ Segundo Adolfo Miaja de la Muela (1979, p. 400), “no es este un concepto peculiar al Derecho internacional privado, sino que fue conocido de antiguo en los ordenamientos internos, especialmente en Derecho romano, cuyo carácter excesivamente formalista se prestaba a habilidosas combinaciones mediante las cuales era infringido el espíritu de la ley mientras su letra había sido cumplida”.

⁷⁶⁰ STRENGER, 2003, p. 442.

⁷⁶¹ DOLINGER, 2001, p. 422.

⁷⁶² Com relação à interpretação do referido artigo, Luis Fernández de La Gandara e Alfonso-Luis Calvo Caravaca (1995, p. 538) perguntam-se se é necessário que exista um vínculo sério e razoável entre o contrato e a lei designada pelas partes ou se estas não podem o ordenamento jurídico “disciplinador” por motivo de fraude à lei? Para esses autores, falar de autonomia das partes e fraude à lei como matérias conjuntas parece incompatível, pois, para eles, onde não há norma imperativa, pode haver a livre exteriorização da vontade das partes.

⁷⁶³ No mesmo sentido é a idéia de Alfonsín (apud FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 68-69) que considera que “esa teoría incurre en errores lógicos cuando aduce que el principio ‘se funda en un derecho individual inherente a la naturaleza humana’. Si realmente el derecho de elegir libremente la ley del contrato fuera un derecho individual basado en el derecho natural, inherente a la naturaleza humana e independiente de toda norma positiva, regiría para los contratos nacionales y no sólo para los internacionales. Además, si aceptáramos

Antonio Boggiano, as partes não necessitam eleger um direito aplicável com um critério exclusivamente de localização do contrato, conforme o vínculo mais estreito⁷⁶⁴ com determinada lei⁷⁶⁵, tendo em vista que as partes já possuem sua liberdade limitada pelas normas e princípios internacionalmente imperativos⁷⁶⁶.

A recepção da autonomia privada nos Estados Unidos segue as tendências da Convenção de Roma. Mas apesar de os EUA admitirem a autonomia para determinar lei aplicável, ela possui limites. Um desses limites é a exigência de que a eleição do direito pelas partes esteja fundada em uma base razoável. Por exemplo, que o direito eleito tenha “uma relação substancial com as partes ou com a transação”⁷⁶⁷ ou, ainda, que ambas as partes tenham igual poder de negociação⁷⁶⁸.

No direito inglês, o limite de lei aplicável com relação à lei que o contrato tenha conexão também é aceita, a denominada *theory of the real connection*⁷⁶⁹. Por força dessa teoria, nos últimos trinta anos tem ocorrido uma reação judicial em favor dessa forma de

que la autonomía de la voluntad es un derecho subjetivo absoluto, deberíamos aceptarla en forma ilimitada, y esto no puede ser así, ni es así en ningún sistema jurídico. En general se establece que las partes pueden elegir la ley que regulará el contrato de entre aquellas jurídicamente interesadas en regirlo, o de entre aquellas que tengan alguna conexión con el contrato, o una relación razonable con él, pero no pueden basarse sólo en sus preferencias personales”.

⁷⁶⁴ Existe inclusive, em direito internacional privado, um princípio denominado de princípio da proximidade que é a expressão de que uma situação de direito privado com características internacionais deve ser regido pela lei do país com o qual ele possuía o vínculo mais estreito. Neste sentido é a idéia de Paul Lagarde (Les principes du droit international privé hier, aujourd’hui et demain. In: **Principios, objetivos y métodos del derecho internacional privado**: balance y perspectival de una década. Cuartas jornadas de derecho internacional privado. Madrid (Vicálvaco). 4 y 5 de junio de 1993, p. 19) para quem “le principe de proximité n’est qu’une expression commode de l’idée qu’une situation de droit privé à caractère doit être régie par la loi du pays avec lequel elle présente les liens les plus étroits”.

⁷⁶⁵ Segundo Jacob Dolinger (2001, p. 424), fica claro não se falar em fraude à lei nos negócios jurídicos (submissão de contrato à lei de outro país que não o originariamente competente), pois sua característica intrínseca é a vontade das partes e estas podem legitimamente querer submeter o negócio jurídico à lei que melhor lhes aprouver entre a deste ou daquele país.

⁷⁶⁶ BOGGIANO, 1990, p. 39.

⁷⁶⁷ “Si bien el Restatement 2nd. (1971) acepta la autonomía de la voluntad (§186), lo hace dentro de ciertos límites. El § 187 par. 2 establece que el derecho interno del estado elegido por las partes para regular sus derechos y obligaciones contractuales, será aplicado con dos excepciones: (a) que el estado elegido no tenga ninguna relación sustancial con las partes o con la transacción y no haya ninguna otra base razonable para fundar esa elección de las partes; (b) que la aplicación de la ley del estado elegido, fuera contraria a una política fundamental del estado cuya ley fuera aplicable conforme con la § 188”. FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 29.

⁷⁶⁸ OPERTTI BADAN; FRESNEDO DE AGUIRRE, 1997, p. 33. O *Restatement first of the conflict of laws* de 1934 foi relatado por Joseph H. Beale e se opunha à autonomia das partes fundada na idéia de que as partes não poderiam ter o poder de legislar por si mesmas. No entanto, essa posição foi raramente seguida pelos tribunais estadunidenses. Exemplo disso foi o caso *Lawitzen v. Larsen* em que o juiz Jackson determinou que “salvo que esteja proibido pela ordem pública, a tendência da lei em matéria contratual é aplicar a lei que as partes quiseram que fosse aplicada”. FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 28.

⁷⁶⁹ CÁRDENAS, Feldstein de. **Derecho Internacional Privado**: parte especial. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000, p. 351.

limites, e os tribunais ingleses não reconhecem indefectivamente como válida a eleição de uma lei sem conexão com o contrato⁷⁷⁰.

Conforme os limites de conexão, as partes podem eleger como elemento de conexão a nacionalidade comum das partes, o lugar de conclusão do contrato, a nacionalidade, a residência habitual de uma das partes, o lugar de execução das obrigações ou, como aponta Javier Carrascosa Gonzalez, “qualquer outra verdadeira conexão”⁷⁷¹. Os direitos reais, por sua vez, também sofrem limitações pelas regras de conexão internacionais às que estão impostos: *lex e fori rei sitae*. Essa limitação se deve, segundo Antonio Roman Garcia, porque o direito real⁷⁷² está sujeito a maiores e mais estritas exigências, pois é direito absoluto exercido *erga omnes*⁷⁷³.

Essas limitações, segundo o mesmo autor, ocorrem por duas razões: a) porque a relação jurídica que se gera deverá reunir objetivamente as características essenciais e causas próprias da categoria jurídica que se tem definido como direito real; e b) porque é impossível e inadmissível que, utilizando essa via, os particulares possam chegar à configuração de tipos ambíguos ou confusos, que impeçam, na prática, fixar com exatidão o alcance dos próprios direitos constituídos⁷⁷⁴.

No entanto, para Ruben B. Santos Belandro, esses controles não seriam apropriados, pois se fazem sob controle judicial e retiram da regra da autonomia sua maior virtude, que é lhe outorgar a certeza quanto à lei que regerá o contrato⁷⁷⁵. Acrescenta esse autor que por esse motivo é que as Convenções de Roma e do México, bem como a de Haia de 1955, não exigem qualquer vínculo objetivo entre o contrato e a lei eleita. Muitas vezes o que vai existir é a exclusão de aplicação de algum direito visando a proteger a parte mais fraca do contrato.

No direito interno, segundo Georges Ripert, também pode ser encontrada a fraude à lei. Essa fraude pode se supor no advento da sucessão de duas leis imperativas. Isso porque, segundo este autor, como os atos jurídicos encontram-se colocados sob o império de uma ou de outra lei segundo a data em que foram firmados, uma pessoa poderia fugir à lei se retardar

⁷⁷⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE, 1991, p. 16-17.

⁷⁷¹ CARRASCOSA GONZALEZ, 1992, p. 71.

⁷⁷² “El derecho real es un derecho subjetivo de contenido patrimonial que recae directamente sobre una cosa o un derecho, y su titular goza de un poder de exclusión frente a cualquier otra persona, hallándose protegido su ejercicio por una acción real”. GARCIA, Antonio Roman. **La tipicidad em los derechos reales**: autonomía privada en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídico-reales. Sistema de numerus apertus; sistema de numerus clausus. Madrid: Editorial Montecorvo, 1994, p. 69.

⁷⁷³ GARCIA, 1994, p. 69.

⁷⁷⁴ GARCIA, 1994, p. 75.

⁷⁷⁵ SANTOS BELANDRO, 1998, p. 54.

ou precipitar o ato jurídico, sendo culpável tal ato se a lei que deveria ser aplicada foi editada para fazer respeitar a ordem pública⁷⁷⁶. Georges Ripert ainda esclarece que “defraudar a lei não é afastar a sua aplicação por um meio legal; é iludir a sua observação nos casos em que tinha o dever de a respeitar”⁷⁷⁷. Na visão dessa pesquisa, a tese da fraude à lei interna é bem intencionada, entretanto, parece difícil fazer a comprovação de que a parte optou por firmar o ato jurídico em dado momento visando a afastar uma lei que deveria, em tese, ser aplicada.

⁷⁷⁶ RIPERT, 2000, p. 324.

⁷⁷⁷ RIPERT, 2000, p. 327.

3 A AUTONOMIA PRIVADA COMO PRINCÍPIO BASILAR DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

“Ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho: os homens se libertam em comunhão”.

Paulo Freire

Ricardo Ramalho Almeida afirma que a arbitragem é o “campo da liberdade”, um espaço aberto à autonomia privada em vários sentidos, pois se trata de jurisdição privada de origem contratual em que os julgadores são de confiança e eleitos pelas partes⁷⁷⁸. Pode-se depreender das idéias desse autor que a autonomia das partes é princípio essencial da arbitragem, em que está presente a vontade livre e autônoma⁷⁷⁹.

Entretanto, como se viu no capítulo anterior, após a crise do contrato/autonomia da vontade⁷⁸⁰, esse princípio também sofre uma redefinição. A partir de então, a autonomia da vontade também passa a ser denominada de autonomia privada, e não é mais considerada como um fenômeno meramente volitivo. O princípio passa a ser encarado também como um fenômeno econômico-social, mesmo que a vontade continue sendo o instrumento que o materializa⁷⁸¹. Nesse sentido, para Irineu Strenger,

Apesar de poder-se afirmar em resumo que o Estado moderno se caracteriza por uma tendência socializadora para realizar maior justiça social, intervindo, inclusive, nos contratos celebrados por particulares em

⁷⁷⁸ ALMEIDA, 2003a, p. 131.

⁷⁷⁹ A voluntariedade, como se objetiva analisar nesse capítulo, sempre foi um dos princípios básicos do instituto da arbitragem, apesar da existência de algumas exceções, ainda no momento atual, de modalidades de arbitragem obrigatórias, presentes, por exemplo, no direito português e argentino.

⁷⁸⁰ A crise do contrato ou da autonomia da vontade coaduna temporalmente com o declínio do liberalismo e outras instituições liberais do final do século XIX início do século XX, como visto no capítulo anterior.

⁷⁸¹ Fiúza apud COSTA, Nilton César Antunes da. **Efeitos processuais da convenção de arbitragem**. Campinas: Servanda, 2006a, p. 78-79.

matéria que antes era do estrito domínio privado, apesar de alguns publicistas sustentarem a tese de que na época contemporânea autonomia da vontade tem valor apenas acadêmico e que a maioria dos contratantes terá de submeter-se às leis que o Estado lhes impõe, tudo isso não significa que a autonomia da vontade tenha desaparecido ou tenda a desaparecer. Haverá, por certo, a extensão de certas limitações impostas pela ordem pública, mas impõe-se reconhecer que a história do direito revela não haver sido aplicada tal doutrina, segundo seus termos extremos em momento algum pelos diversos sistemas legislativos. A autonomia da vontade assumiu, em verdade, o sentido específico, que jamais perderá, de poder de regulamentação das próprias relações, ou dos próprios interesses dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual ou o bem comum⁷⁸².

A exemplo do que ocorrera no direito contratual no século XX, a voluntariedade na arbitragem se remodela. Mas deve-se ter claro que, apesar da remodelagem da autonomia, as partes ainda têm liberdade de dispor do direito aplicável à substância do litígio e até mesmo de optar por subtraí-lo de qualquer ordenamento jurídico estatal. O procedimento arbitral pode ser livremente convencionado, ficando autorizada às partes a escolha da forma de instituição do juízo arbitral, podendo, inclusive, recorrer a regulamentos específicos e instituições especializadas⁷⁸³, como se verá nesse capítulo.

Contudo, antes de se adentrar na análise específica desses temas, serão analisados alguns pontos peculiares do instituto da arbitragem, com o intuito de esclarecer o ponto de vista e as conceituações adotadas nesta pesquisa.

3.1 O Instituto da Arbitragem

Para José Maria Roca Martínez, mesmo que a arbitragem tenha como princípio basilar a autonomia das partes e como característica a ausência de formalismos, ela deve preencher alguns requisitos exigidos pelo Estado, sem os quais não se poderia falar em arbitragem⁷⁸⁴. Neste capítulo são tratados, além de sua classificação, requisitos gerais da arbitragem, tais como a capacidade das partes e o objeto da arbitragem, convenção arbitral, árbitros e procedimentos arbitrais. Outros pontos importantes do processo arbitral, como sentença arbitral, reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, serão abordados no capítulo quarto.

⁷⁸² Strenger, 1968 apud COSTA, N., 2006a, p. 79-80.

⁷⁸³ ALMEIDA, 2003a, p. 131.

⁷⁸⁴ ROCA MARTÍNEZ, José Maria. **Arbitraje e instituciones arbitrales**. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 94.

3.1.1 Conceito e classificação

A arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias em que as partes, por meio de acordo, determinam que um terceiro, o árbitro, decidirá a contenda sendo obrigatória a aceitação de sua decisão. Em outras palavras, José Cretella Júnior especifica que a arbitragem *lato sensu* é:

o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida⁷⁸⁵.

Ressalte-se que a arbitragem aqui definida por José Cretella Júnior é caracterizada pela voluntariedade, como se pode observar pela expressão “escolhem de comum acordo, contratualmente”, denominada de arbitragem voluntária. Embora a voluntariedade da arbitragem seja uma de suas características básicas, ainda persiste em alguns países, como é o caso de Portugal, Argentina e Chile, a figura da arbitragem forçada, necessária ou obrigatória⁷⁸⁶. Ou seja, é a arbitragem imposta pela lei para solucionar litígios em matérias por ela previstas. Apesar da existência dessa forma de arbitragem, para José Maria Roca Martínez, atualmente, a arbitragem nunca poderia ser forçada, porque a sua base legitimadora encontra-se na vontade das partes⁷⁸⁷.

A arbitragem, ainda, pode ser classificada como pública ou privada; interna ou internacional; institucional ou *ad hoc*; de direito ou de equidade e formal ou informal, possuindo cada uma delas suas especificidades.

⁷⁸⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Coord.). **O Direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel**. São Paulo: LTr, 1998, p. 764. Tarcísio Araújo Kroetz (**Arbitragem: conceito e pressupostos de validade: de acordo com a lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 16), de maneira mais simplificada, expõe que “a arbitragem em sentido amplo caracteriza-se todas as vezes que um conflito de interesses for solucionado através da decisão de um terceiro que não esteja investido das funções de Magistrado”.

⁷⁸⁶ Para Ricardo Soares Stersi dos Santos (**Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteix, 2004, p. 28), “a arbitragem obrigatória deve ser reputada como exceção visto que o princípio da autonomia de vontade das partes é basilar, na arbitragem”.

⁷⁸⁷ ROCA MARTÍNEZ, 1992, p. 110. José de Albuquerque Rocha (1998, p. 38) acrescenta que, “no Brasil, a arbitragem é essencialmente facultativa ou voluntária [...]. A arbitragem obrigatória [no Brasil] violaria vários preceitos fundamentais da Magna Carta, principalmente a garantia do acesso ao Judiciário. Daí sua inadmissibilidade”.

A arbitragem pública⁷⁸⁸ é a realizada entre Estados e regida por normas de Direito Internacional Público. Esse tipo de arbitragem, assim como a arbitragem privada, pode ser de dois subtipos: *ad hoc* ou institucional⁷⁸⁹. A arbitragem pública *ad hoc*, como se verá mais adiante detalhadamente, é constituída para cada caso em específico e é regida, no caso da arbitragem pública, por fontes costumeiras. A arbitragem institucional, também para os casos de arbitragem pública, está prevista em tratados internacionais sobre soluções pacíficas de controvérsias ou em tratados específicos para a arbitragem⁷⁹⁰. Como exemplo de arbitragem institucional, pode-se citar o órgão de solução de controvérsias do Mercosul, previsto no Protocolo de Olivos⁷⁹¹, e a Corte Permanente de Arbitragem, prevista pela Convenção de Haia para a resolução pacífica de controvérsias internacionais⁷⁹², de 29 de julho de 1899.

A arbitragem privada é a realizada entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, particulares e Estado realizando atos de comércio, *ius gestionis*⁷⁹³ (é sobre a arbitragem privada voluntária que trata esta pesquisa). Esse tipo de arbitragem pode ser dividido em nacional e internacional. Ainda, Guido Soares acrescenta um terceiro subtipo de arbitragem privada: a arbitragem impropriamente dita internacional⁷⁹⁴.

⁷⁸⁸ Exemplo de arbitragem pública na Antigüidade foi o Tratado de Paz, denominado de Tratado de Nícias, estabelecido por Esparta e Atenas, em 445 a.C. Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 176.

⁷⁸⁹ Acrescenta Ruben B. Santos Belandro (2001, p. 340-341) que “tanto el arbitraje interno como el internacional puede ser *ad hoc* o institucional. El primero es el regulado directamente por las partes, éstas se abstienen de darle competencia a una institución para que lleve adelante las instancias arbitrales. Este modo de arbitrar parece útil por su adaptabilidad al caso concreto, pero adolece de enormes riesgos puesto que las partes no pueden preverlo todo y pueden caer en lagunas e importantes contradicciones. Este arbitraje está basado fundamentalmente, en la confianza que una persona determinada le merece a los sujetos enfrentados, por su prestigio, sus conocimientos y ponderación. Pero se puede correr el riesgo que el árbitro pueda llegar a perder su neutralidad, fallezca o se incapacite, o que entre en algún tipo de vinculación con uno de los contendientes. Por ello, la decisión más segura consiste en trasladar toda la organización del arbitraje a una institución privada dedicada a la tarea arbitral, la que prestará un auxilio permanente a los operadores, con la finalidad de cubrir cualquier inconveniente que pueda surgir”.

⁷⁹⁰ SOARES, 1999, p. 486.

⁷⁹¹ O Brasil promulgou este Protocolo pelo Decreto n.º 4.982, de 9 de fevereiro de 2004.

⁷⁹² Segundo o art. 15 desta Convenção, “a arbitragem internacional tem por objeto a resolução de controvérsias entre Estados por juízes por eles escolhidos e com base no respeito à lei”. Assim, como prevêem os arts. 20 e 21 de referida Convenção, com a finalidade de facilitar o recurso imediato à arbitragem, as potências signatárias desta Convenção comprometem-se a organizar uma Corte Permanente de arbitragem, competente para resolver todos os casos de arbitragem, a menos que as partes acordem instituir uma jurisdição especial. Cf. CONVENÇÃO de Haia de 1899. Disponível em: <www.pca-cpa.org/PDF/BD_po/POBD-1899.pdf>. Disponível em: 1º dez. 2006.

⁷⁹³ Sobre este assunto, dispõe Luiz Olavo Baptista (Arbitragem internacional, pública e privada. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 211) que “[...] quando o Estado não age *jus imperii*, mas age *jus gestionis*, abre-se o campo para que participe de uma arbitragem, que embora com características próprias, que fizeram com que alguns autores as classificassem como arbitragens mistas, têm sido vistas por outros autores como arbitragens de direito privado”.

⁷⁹⁴ Estas arbitragens, segundo Guido Fernando Silva Soares (As arbitragens internacionais e aquelas reguladas no direito interno brasileiro, nos tempos da Lei n. 9.307 de 23.09.1996 – alguns aspectos. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem**: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002a, p. 488), são “realizadas num foro arbitral

Segundo Guido Soares, a arbitragem (totalmente) nacional não possui conexão com qualquer sistema estrangeiro e não envolve a aplicação de qualquer lei estrangeira. A internacional ocorre quando os elementos essenciais do contrato (lugar de celebração e de execução ou o domicílio das partes no momento da celebração do contrato) se encontrem localizados em mais de um país ou não apresentem qualquer vínculo com o país da sede arbitral⁷⁹⁵.

Na visão de José Maria Roca Martínez, entretanto, não há diferença entre arbitragem interna e internacional, que são manifestações de uma única instituição⁷⁹⁶. Segundo este autor, “a arbitragem interna está pensada para resolver conflitos advindos como consequência de relações jurídico-privadas nas quais todos seus elementos (ou ao menos os mais relevantes) estejam vinculados com um único ordenamento nacional”⁷⁹⁷. De outro lado, a arbitragem internacional é caracterizada pela presença de operadores econômicos de distintas nacionalidades⁷⁹⁸.

Na Brasil, a lei de arbitragem brasileira não determina quando uma arbitragem será considerada nacional ou internacional. Ela apenas trata da nacionalidade da sentença arbitral determinando no seu art. 34, parágrafo único, que: “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”. E, como ressalta José de Albuquerque Rocha, “em sentido oposto, considera-se sentença arbitral interna a que tenha sido proferida no território nacional”⁷⁹⁹.

A Lei Modelo da Uncitral, contudo, determina alguns critérios para que a arbitragem seja considerada internacional. E assim dispõe, em seu art. 1.3, que a arbitragem é internacional se:

nacional e submetidas às leis que regulam as arbitragens nacionais, mas nas quais emerge a eventualidade de aplicar-se uma lei estrangeira em substituição à lei nacional, ou em conjunto com esta, para resolver-se o fundo da questão”.

⁷⁹⁵ ROCA MARTÍNEZ, 1992, p. 86.

⁷⁹⁶ Segundo Guido Soares (2002a, p. 504), “uma arbitragem comercial internacional, por pretender ter uma validade em qualquer lugar do mundo, no pressuposto de que existiria uma relativa harmonia ou unificação entre normas internas dos Estados, dispensaria a necessidade de ter-se de escolher entre normas conflitantes e, portanto, nela o Direito Internacional Privado não teria guarida. Enfim, o lugar da sede da arbitragem comercial internacional seria um incidente de importância menor, unicamente importante para as eventuais providências e medidas compulsórias solicitadas a um Poder Judiciário local, tendo em vista que elas se tipificam como “internacionais”, ou seja, “estrangeiras” em qualquer parte do mundo. Isto posto, a atribuição de uma “nacionalidade” a uma arbitragem comercial internacional, teria efeitos bastante limitados, quando seus atos fossem apreciados por autoridades administrativas internas dos Estados, em particular, seus Poderes Judiciários”.

⁷⁹⁷ ROCA MARTÍNEZ, 1992, p. 85.

⁷⁹⁸ ROCA MARTÍNEZ, 1992, p. 86.

⁷⁹⁹ ROCHA, 1998, p. 40.

- a) as partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da conclusão desta Convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou
- b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento:
 - I) o lugar da arbitragem, se estiver fixado na convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta;
 - II) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estritamente conexo; ou
- c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção da arbitragem tem conexões com mais de um país⁸⁰⁰.

Como ressaltado anteriormente, a arbitragem privada também pode ser *ad hoc* ou institucional. É considerada uma arbitragem privada *ad hoc* aquela que é formada para resolver um conflito específico, em que as partes estipulam todos os procedimentos e como deve ser o andamento do tribunal arbitral na resolução daquele litígio em específico. Esse tipo de arbitragem é o organizado pelas próprias partes, mas seguindo sempre os limites impostos pela ordem jurídica do Estado. Welber Barral aponta que, apesar de a arbitragem *ad hoc* ser uma maneira de evitar o dispêndio com as taxas da instituição administradora, ela pode trazer também uma desvantagem, pois, “uma vez tendo de se confrontar num litígio, as partes dificilmente alcançarão um acordo quanto ao procedimento a ser utilizado”. Desse modo, conclui o autor que “esse é o grande motivo que explica a preferência pela arbitragem institucional, elegendo-se instituições administradoras renomadas”⁸⁰¹.

A arbitragem privada institucional, como já se pode depreender, tem suas regras organizadas por uma instituição arbitral, anteriormente existente, que prevê a regulamentação do processo em um instrumento próprio, geralmente um regulamento de arbitragem, uma tabela de honorários e das custas do procedimento arbitral, e uma lista de árbitros. Na arbitragem institucional, cabe, portanto, à instituição escolhida prover a administração de todo o procedimento arbitral, mas requer, geralmente, o pagamento de uma taxa para fazer essa administração. As partes é que fazem a opção por um ou outro tipo de arbitragem.

Segundo Guido Soares, a arbitragem institucional se constitui de quatro elementos:

⁸⁰⁰ O art. 1.4 da Lei Modelo da Uncitral ainda dispõe que “a presente Lei não contende com qualquer outra Lei do presente Estado em virtude da qual certos litígios não possam ser submetidos à arbitragem ou apenas o possam ser por aplicação diferentes das da presente Lei”.

⁸⁰¹ BARRAL, 2000, p. 75.

- a) um corpo de regras sobre os modos de os interessados procederem, a fim de levar-se a cabo a investidura de um árbitro único ou a constituição de um tribunal arbitral;
- b) um conjunto de regras mínimas sobre o procedimento a ser seguido pelo árbitro único ou pelo tribunal arbitral no decorrer da arbitragem, bem como sobre indicação do direito material a ser aplicado, normas todas de carácter supletivo, que podem ser alteradas pelas partes litigantes;
- c) normas que instituem um corpo de funcionários, com a particular incumbência de auxiliarem, na constituição do tribunal arbitral (recebimento e remessa de notificações entre os litigantes, indicação de árbitro, em caso de impossibilidade ou de recusa de indicação pela parte litigante, indicação de superárbitro, em casos semelhantes), de auxiliarem nos procedimentos arbitrais (fornecimento de serviços de secretariado) e, enfim, de guarda dos atos produzidos durante tais procedimentos, nomeadamente do laudo arbitral; e, finalmente,
- d) uma lista com nomes de pessoas (eventualmente também de instituições), da qual podem ser retirados os nomes de eventuais árbitros e/ou superárbitros, e seus possíveis substitutos, a serem nomeados pelos litigantes, se assim o desejarem, ou a serem nomeados pelos funcionários daqueles centros ou comissões de arbitragem, nos casos de impossibilidade ou falta de cooperação de uma das partes no seu mister de indicar um árbitro ou um superárbitro⁸⁰².

Deve-se, contudo, evitar confusão entre a figura da arbitragem institucional, que é desenvolvida por um centro ou comissões de arbitragens institucionais, e a figura do tribunal arbitral. A este último se denomina o grupo de árbitros que decidirá a contenda, figura que aparece tanto na arbitragem *ad hoc* quanto na arbitragem institucional⁸⁰³.

São exemplos de instituições administradoras de arbitragem em âmbito internacional: a Câmara do Comércio Internacional (CCI), com sede em Paris⁸⁰⁴; o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), com sede em Genebra⁸⁰⁵; a *American Arbitration Association* (AAA), com sede em Nova

⁸⁰² SOARES, 2002a, p. 508.

⁸⁰³ Convenções internacionais, como o AACIM (art. 12) e a Convenção de Nova Iorque (art. II), também prevêem a arbitragem *ad hoc* e institucional em seus textos.

⁸⁰⁴ “A função da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, criada em 1923, é precipuamente organizar e administrar as arbitragens que se realizam em conformidade com o Regulamento de Arbitragem CCI. Assim, como dispõe o art. 1.2 do RegCCI “A Corte não soluciona ela própria as disputas. Compete-lhe assegurar a aplicação do Regulamento, devendo aprovar o seu próprio Regulamento Interno (Anexo II)”. Pelo que se percebe, a Corte funciona como uma espécie de administradora e fiscalizadora dos tribunais arbitrais que se ocuparem do Regulamento CCI para determinar o procedimento da arbitragem”. SILVA, Adriana dos Santos. Câmara de Comércio Internacional. In: BARRAL, Welber (Org.). **Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias**. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 141.

⁸⁰⁵ Segundo Guido F. S. Soares (A arbitragem e sua conaturalidade com o comércio internacional. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 129), “em data recente, a 1993, por iniciativa dos Estados, foi instituído, junto à Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a OMPI, com sede em Genebra, como um órgão daquela organização internacional, um Centro de Arbitragem e Mediação, destinado a solucionar problemas entre particulares, em matéria de propriedade industrial e de direitos do autor e conexos”.

Iorque⁸⁰⁶; e o Conselho Internacional para Arbitragem Comercial (*International Council for Commercial Arbitration – ICCA*)⁸⁰⁷, com sede em Washington; entre outras. No Brasil, a Comissão de Arbitragem da Câmara do Comércio Brasil-Canadá, em São Paulo; Arbitac, em Curitiba; a Corte Brasileira de Arbitragem, no Rio de Janeiro; o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP), em São Paulo; o Tribunal Arbitral do Comércio, em São Paulo; a Associação Brasileira de Arbitragem (ABAR), em São Paulo; a Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB), em São Paulo; e a Comissão de Arbitragem da Câmara Internacional do Brasil, em Belo Horizonte; entre outras.

A arbitragem de direito, por sua vez, é aquela em que o árbitro deve fundamentar sua decisão nas regras de direito positivo, escolhidas pelas partes, pelo próprio árbitro ou previamente indicada na ordem jurídica aplicável. Já na arbitragem por equidade⁸⁰⁸, a decisão do árbitro pode se dar por conta de seu sentido de justiça. Esse tipo de arbitragem já era conhecido em Roma, onde o árbitro podia decidir *ex aequo et bono*⁸⁰⁹. A arbitragem *ex aequo et bono* pode ser considerada a precursora da arbitragem de *amigable componedor* ou *amiable compositeur*, conhecida nos institutos de arbitragem da Argentina⁸¹⁰ e da França, por exemplo.

⁸⁰⁶ Segundo Beat Walter Rechsteiner (**Arbitragem privada internacional no Brasil, depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 43), “a American Arbitration Association (AAA) é outra entidade tradicional de arbitragem, fundada em 1946. As suas atividades não estão limitadas à arbitragem internacional. Abrangem, igualmente, a arbitragem interna. As atuais Regras de Arbitragem Comercial da American Arbitration Association (AAA) estão em vigor desde 01.05.1992”. Acrescenta ainda José Maria Rossani Garcez (Arbitragem internacional e a Lei brasileira de Arbitragem – Lei n.º 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 196) que “a prática da arbitragem se expandiu invulgarmente nos Estados Unidos graças ao trabalho que desenvolve naquele país a American Arbitration Association - AAA, que conta com um grupo de mais de 57.000 árbitros e 35 sedes físicas que oferecem a logística adequada para o desenvolvimento dos procedimentos arbitrais em todos os estados norte-americanos. A AAA é uma instituição privada, sem fins lucrativos, que oferece serviços ao público na administração de arbitragens, em que têm sido predominantes os casos laborais e de responsabilidade civil, além das disputas em questões internacionais de natureza comercial”.

⁸⁰⁷ Para Beat Walter Rechsteiner (1997, p. 44), “[...] a organização mais importante dentro do âmbito da arbitragem privada internacional é o Conselho Internacional para Arbitragem Comercial (*International Council for Commercial Arbitration – ICCA*), cujo início remonta aos meados dos anos cinquenta deste século. Hoje é o foro mundial das discussões em torno da evolução da arbitragem internacionalmente. A ICCA publica anualmente o *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*. Além disso, edita ainda o *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, contendo relatórios nacionais (*National Reports*) sobre a arbitragem privada internacional nos diversos países”.

⁸⁰⁸ Para Pontes de Miranda (apud BARRAL, 2000, p. 17), “julgar por equidade é julgar com igualdade”.

⁸⁰⁹ Segundo Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 28), “a possibilidade de decidir *ex aequo et bono* permite que o árbitro leve em conta as especificidades do conflito e aplique as regras de maneira a produzir justiça ao caso concreto”.

⁸¹⁰ A legislação argentina prevê, no título II do livro VI do Código Processual Civil e Comercial da Nação, o juízo de *amigables componedores*, uma espécie de arbitragem que pode ter como objeto de decisão as mesmas questões que podem ser solucionadas por meio de arbitragem e que serão decididas por arbitradores ou *amigables componedores*. Cf. SILVA, A., 2005, p. 49.

A diferença básica, portanto, entre a arbitragem de direito e o de *amigables compondedores* está no direito aplicável à solução. O primeiro deve ser, necessariamente, de direito, enquanto o de *amigables compondedores* pode ser decidido por meio de equidade e, na Argentina, será sempre a forma adotada se as partes não houverem estipulado se o litígio deve ser de direito. Como explica Adriana Noemi Pucci,

[...] a diferença [entre arbitragem de *amigables compondedores* e a de direito] radica na forma de se conduzir o procedimento. O árbitro seguirá um procedimento escolhido pelas partes ou, subsidiariamente, o estabelecido na legislação processual aplicável ao caso, e resolverá segundo a lei material escolhida ou aplicável à controvérsia, diferentemente do amigável compositor, que decidirá a questão aplicando “su saber y entender”, segundo a frase conhecida no direito argentino⁸¹¹.

Como demonstra José Cretella Júnior, “*Aristóteles*, na Retórica (I, 13, 1974 b, 420), ressalta também que o árbitro visa à equidade, enquanto que o juiz visa à lei, motivo por que se criou o *árbitro*, para que se pudesse invocar a equidade”⁸¹². A arbitragem por equidade é prevista na Lei de Arbitragem brasileira (arts. 2º e 11), e também permitida na Lei Modelo da Uncitral (art. 28) e no AACIM, sendo para tanto obrigatório acordo expresso da partes para que a arbitragem seja realizada por equidade. Ressalta-se, no entanto, que esse tipo de arbitragem é raro. A arbitragem de equidade será analisada mais detalhadamente no Capítulo 4.

A arbitragem também pode ser formal ou informal. Segundo José de Albuquerque Rocha, a arbitragem propriamente dita é formal ou ritual, pois prescinde de um mínimo de regras legais que a discipline, aspectos que considerem a ordem pública: “é a prevista e regulada por lei”⁸¹³. Essas regras, por exemplo, devem observar a forma escrita, a arbitrabilidade, procedimentos específicos, princípios processuais, etc.

Já a arbitragem informal não observa uma forma prevista, ela é livre. As partes podem adotar a arbitragem informal para solucionar seus litígios, mas, como observa Ricardo Stersi dos Santos, ela “não desencadeia, em regra, os efeitos jurídicos produzidos na arbitragem formal, tais como coisa julgada e a possibilidade de execução nos casos de sentenças arbitrais condenatórias”⁸¹⁴.

⁸¹¹ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul**: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997, p. 123.

⁸¹² CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 765.

⁸¹³ ROCHA, 1998, p. 39.

⁸¹⁴ SANTOS, R., 2004, p. 29. No mesmo sentido: ROCHA, 1998, p. 39.

3.1.2 Capacidade das partes

Com relação à capacidade das partes, também denominada de arbitrabilidade subjetiva ou *rationae personae*, é relevante ressaltar que, além da necessidade de as partes serem absolutamente capazes, ou seja, possuírem capacidade civil⁸¹⁵, também é necessário que possam transigir sobre o objeto de litígio. Em outras palavras, é necessário que a parte seja sujeito legítimo e verdadeiro possuidor de direitos com relação ao objeto motivador da lide. Os absolutamente incapazes, ressalta Adriana Noemi Pucci, podem, por sua vez, optar pela arbitragem desde que assistidos ou representados⁸¹⁶. No entanto, não poderão se valer desse instituto o preso, enquanto durar o regime prisional, e o insolvente civil⁸¹⁷. Da mesma forma, não podem transigir:

[...] os procuradores fiscais e judiciais das pessoas jurídicas de direito público interno; os representantes do Ministério Público, a pessoa casada sem consentimento do cônjuge, desde que a transação seja relativa a bens imóveis; o sócio que não tem a administração da sociedade; o inventariante, no caso do art. 992, II do CPC; o síndico sobre dívidas e negócios da massa, salvo autorização judicial e audiência do falido, os pródigos (art. 459 do CCB)⁸¹⁸.

Com relação à pessoa casada, deve ser analisada contanto o regime de bens pelo qual está regido o casamento, pois, como ressalta Cezar Fiúza, “as pessoas casadas podem se comprometer livremente, mesmo sem a autorização do cônjuge, quando, é lógico, respondem com seu patrimônio apenas até a meação. Mas, se o negócio do qual surgiu o compromisso foi devidamente autorizado pelo cônjuge, não entendemos haver lugar para dita restrição patrimonial”⁸¹⁹.

As pessoas jurídicas, por sua vez, só poderão solucionar suas controvérsias por meio de arbitragem se os seus representantes legais, mandatários ou procuradores estiverem autorizados, devendo ter poderes especiais para tanto⁸²⁰.

⁸¹⁵ O Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/2002) determina, no seu art. 5º, que “a menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

⁸¹⁶ PUCCI, 1997, p. 49.

⁸¹⁷ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n.º 9.307/96. Leme: Editora de Direito, 2000, p. 80.

⁸¹⁸ PUCCI, 1997, p. 50.

⁸¹⁹ FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 95.

⁸²⁰ PUCCI, 1997, p. 50.

Como ressaltado anteriormente, o Estado poderá ser parte de uma arbitragem privada desde que esteja celebrando atos de gestão. Contudo, não poderá ser parte desse tipo de arbitragem, se ele estiver realizando atos de império⁸²¹.

3.1.3 Objeto da arbitragem

Quanto ao objeto da arbitragem, ou à arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*, exige-se, de maneira geral, que ele tenha caráter patrimonial disponível⁸²², ou seja, deve ser divisível, passível de ser transacionado⁸²³, ser objeto real, mensurável monetariamente, não podendo, portanto, versar sobre coisas fora de comércio, sobre direito de família puro e de estado da pessoa⁸²⁴.

Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira afirma que

No vocábulo jurídico que nos legou o direito romano a palavra comércio tem o sentido técnico de aptidão para comprar e vender: “*commercium est emendi vendendique invicem ius*”. Sob este aspecto, isto é, focalizados quanto à suscetibilidade de alienação, havia bens que podiam, e outros que não podiam ser alienados, dizendo-se dos primeiros que estavam *in commercio*, e dos outros que eram *extra commercium*, e compreendiam: as *res communes omnium* (o ar, a água corrente, o mar e as costas marítimas); as *res divini iuris* (coisas consagradas aos deuses, *res sacrae*, e, na época cristã, ao serviço de Deus, e as *res religiosae*); e finalmente as *res*

⁸²¹ Neste sentido foi a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro no caso Lage. Como explica João Bosco Lee (2002a, p. 54), “no caso Lage, o Governo federal brasileiro desapropriou, por motivos de segurança nacional, os bens da Organização Lage e de Henrique Lage. Com a seqüência de divergências envolvendo cláusulas compensatórias, um tribunal arbitral foi constituído pelo Decreto 9.521 de 26.07.1946. A sentença arbitral proferida em 1948, condenou o governo a pagar uma indenização à família Lage. Após a mudança de governo, o Procurador-Geral do Tesouro Nacional emitiu um parecer sustentando a inconstitucionalidade da jurisdição arbitral. Em consequência, o Estado recusou a efetuar o pagamento. A família Lage impetrou então uma ação de reintegração de posse contra o governo federal. Na primeira instância, o julgamento foi favorável à autora. Na apelação, o Tribunal Federal de Recursos declarou que: *A jurisdição arbitral é uma instituição sempre aceita e reconhecida pelo nosso direito, mesmo em casos em que concernem ao Tesouro Nacional. A proposição inversa restringiria a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa sui juris, pode prevenir o litígio pela via do compromisso, salvo nas relações onde ele ussa as prerrogativas do poder público, nas matérias insuscetíveis de transação. A suprema Corte confirmou o julgamento de apelação*”. (Grifo no original).

⁸²² O art. 852 do Código Civil brasileiro também faz referência ao caráter patrimonial dos compromissos, dispondo que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

⁸²³ Conforme Adriana Noemi Pucci (1997, p. 38), “a transação é uma das formas de extinção das obrigações. Nela são os próprios interessados que, de comum acordo, outorgam-se recíprocas concessões, com a finalidade de evitar um possível litígio”.

⁸²⁴ Maiores detalhes sobre essa matéria podem ser encontrados no tópico sobre limites à arbitragem em razão da matéria neste capítulo.

publicae, destinadas ao uso de todos (as estradas, os rios públicos, as praças etc.)⁸²⁵.

Atualmente, como dispõe o autor supracitado, há três categorias de bens inalienáveis: os naturalmente inalienáveis, ou seja, os que pela própria natureza são inábeis à apropriação particular; os legalmente indisponíveis, apropriáveis por natureza, mas que não podem ser objeto de comércio em razão da pendência de uma prescrição de lei, que proíbe sua alienação; e os inalienáveis pela vontade humana, pois a lei atribui à declaração do agente o efeito não alienável (nesses casos a inalienabilidade resulta de doação, de testamento ou da instituição do bem de família)⁸²⁶.

Welber Barral esclarece que “direito patrimonial disponível é aquele direito sobre o qual a transação ou a cessão é permitida”⁸²⁷. Não se admite, portanto, arbitragem sobre coisas *extra commercium*, como questões de estado e capacidade das pessoas, de direito à sucessão, de direito falimentar, de direito fiscal, entre outros⁸²⁸. Mas ressalta Adriana Noemi Pucci que “podem, porém, submeter-se à arbitragem, segundo o direito do qual se trate, as conseqüências patrimoniais dos direitos de família, a ação de reclamação de ressarcimento pelos danos causados pela prática de crimes, mas não os direitos relativos a estes institutos”⁸²⁹.

⁸²⁵ PEREIRA, 1994, p. 284-285.

⁸²⁶ PEREIRA, 1994, p. 285-286.

⁸²⁷ BARRAL, 2000, p. 16.

⁸²⁸ Maria Gonzalo Quiroga (**Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial**: (arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional. Madrid: Universidad Rey Juan, 2003, p. 41-42) declara que “en el primero, naturaleza jurisdiccional, investidura o, en definitiva la ley, es claro que los Estados ejercen el control de la legalidad y siguen imponiendo restricciones a la arbitrabilidad de las controversias. Unas veces, se prohíbe el arbitraje en determinados asuntos como en el Derecho de familia, el Derecho fiscal, el Administrativo, las controversias militares, etc. Otras veces, la prohibición sólo afecta al arbitraje interno pero no al internacional. En determinadas ocasiones, se permite la arbitrabilidad en ámbitos especialmente delicados para la soberanía nacional <condicionados> a que el árbitro cumpla su deber de respetar las disposiciones imperativas y el orden público de necesaria aplicación sobre éstos, como es el caso el Derecho de la competencia”.

⁸²⁹ PUCCI, 1997, p. 37. Neste sentido Carlos Alberto Carmona (**Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48), para quem “de maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família – e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) -, aquelas atinentes ao direito da sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes”. Acrescenta ainda J. E. Carreira Alvim (**Comentários à lei de arbitragem** (Lei n.º 9.307, de 23/9/1996). 2. ed atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32) que, “[...] muito embora a expressão ‘patrimônio’ seja também bastante extensa (compreendendo, lato *sensu*, tanto bens materiais quanto morais), quis referir-se apenas àqueles que integram o patrimônio *material* ou *pessoal* dos litigantes. Apesar de integrar o patrimônio moral de uma pessoa, certos bens admitem a transação, como, v.g., a honra, em que, havendo ofensa, e processo penal a respeito, pode o ofendido perdoar o ofensor. Tais bens, no entanto, não se compreendem no contexto da arbitragem”. (Grifo no original). Entretanto, esses mesmos direitos morais (p. ex., a violação de privacidade, o dano à imagem, controvérsias relativas aos direitos autorais, etc) são considerados por José Dias Figueira Júnior (**Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2. ed. rev. e atual. do Manual da arbitragem.

Também estão excluídos da apreciação da jurisdição privada, em virtude dos interesses envolvidos e de sua indivisibilidade, os direitos metaindividuais, como os direitos difusos e coletivos⁸³⁰.

Toda discussão a respeito da determinação do caráter patrimonial do objeto é de suma importância, porque pode acarretar algumas conseqüências significativas com relação ao juízo arbitral. Uma delas está prevista no art. 25 da Lei de Arbitragem brasileira, que determina a suspensão do procedimento arbitral quando, no curso da arbitragem, houver controvérsia acerca de direitos indisponíveis, sendo afastada a arbitragem, e remetida tal controvérsia à autoridade competente do Poder Judiciário para ser solucionada.

Vale ressaltar, entretanto, que, para que o objeto seja passível de arbitragem, também é necessário que ele seja disponível. Portanto, é necessário que ele também seja passível de livre disposição pelo sujeito, “sendo passível de livre alienação pelo seu titular no exercício de sua autonomia jurígena”⁸³¹.

João Bosco Lee ainda aponta a existência de matérias patrimoniais sensíveis, que, como ele mesmo define, são “aquelas nas quais a disponibilidade dos direitos é incerta, e onde a ordem pública tem uma forte tendência a intervir”⁸³². São matérias patrimoniais “sensíveis”, por exemplo, as referentes ao direito societário, a propriedade intelectual, o direito à concorrência, a falência e o direito do consumidor.

3.2 Princípios Gerais da Arbitragem

Os princípios podem ser considerados a base de um determinado instituto. Ou, como proclamava Norberto Bobbio, “os princípios gerais são [...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”⁸³³ e a garantia de que, havendo o respeito a determinados princípios, o ideal de justiça será respeitado. A arbitragem também possui

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999a, p. 180) como disponíveis, tendo em vista que, “nesses casos, nada obstante o litígio ter por fundamento a violação de direito de personalidade, o objeto litigioso em si mesmo, a controvérsia e a pretensão dos interessados giram em torno da obtenção do ressarcimento pelos danos sofridos, razão pela qual poderão valer-se da arbitragem diante do caráter eminentemente patrimonial da lide”.

⁸³⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 178.

⁸³¹ ALMEIDA, 2005, p. 104.

⁸³² LEE, 2002a, p. 66.

⁸³³ Apud RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. **Princípios constitucionais do processo**: visão crítica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 3.

seus princípios, aqueles próprios do instituto e outros advindos do direito processual também inerentes à arbitragem⁸³⁴.

A maioria das legislações que tratam da matéria de arbitragem deixa de maneira implícita os princípios norteadores da arbitragem, como é o caso do sistema brasileiro. Entretanto, a legislação boliviana foi mais além e incluiu, no art. 2º de sua Lei de Arbitragem e Conciliação, os princípios que regem a arbitragem e a conciliação naquele país. São considerados princípios da arbitragem na Bolívia a liberdade, a flexibilidade, a privacidade, a idoneidade, a celeridade, a igualdade, a audiência e o contraditório⁸³⁵. Sobre estes, explicitamente enumerados pela legislação boliviana, e sobre outros princípios, que se julgam importantes para o juízo arbitral, é que se trata nesse momento.

O princípio do devido processo legal é previsto na Constituição Federal brasileira, no art. 5º, LIV, que determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Originariamente, esse princípio foi estabelecido no art. 39 da Magna Carta, durante o reinado de João-Sem-Terra, que dispunha: “ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares segundo as leis do país”⁸³⁶.

Segundo Orlando Celso da Silva Neto, esse é um dos principais princípios processuais e dele nascem, ou nele estão inclusos, outros princípios também importantes, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição e o juiz natural, entre outros⁸³⁷.

O princípio da garantia processual na arbitragem, por sua vez, determina que as partes podem se valer da autonomia privada, mas, ao estabelecer as regras de procedimentos

⁸³⁴ No juízo arbitral brasileiro, a aplicação de certos princípios processuais constitucionais, como o do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, deve ser rigorosamente observada, sob pena da sentença arbitral ser considerada nula (art. 32, VIII da LA). Na visão desta pesquisa, mesma “sanção” deve ser aplicada se não observados outros princípios processuais constitucionais aplicados na arbitragem. Com relação aos demais princípios, não meramente processuais, deve-se adotar o critério de interpretação da concordância prática ou da harmonização. Este critério de interpretação, conforme assevera Inocêncio Mártires Coelho (**Interpretação constitucional**. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 131-132), “consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência de bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum”.

⁸³⁵ Lei de Arbitragem e Conciliação boliviana. In: BOLÍVIA. **Legislação boliviana sobre arbitragem**. Disponível em: <www.ftaa-alca.org/busfac/comarb/Bolivia/Larbcom1_s.asp>. Acesso em: 23 nov. 2006.

⁸³⁶ RAMOS JÚNIOR, 2000, p. 13.

⁸³⁷ SILVA NETO, Orlando Celso da. Princípios do processo e arbitragem. In: Casella, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 353.

do juízo arbitral, não podem violar os princípios de ordem pública que garantem o processo⁸³⁸.

O princípio do contraditório é outro princípio da justiça processual no qual deve estar embasada a arbitragem. Esse princípio é previsto na Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O mesmo princípio está previsto no art. 21, § 2º, da LA, que observa que o árbitro deve obrigatoriamente respeitar o princípio do contraditório.

O princípio do contraditório é a oportunidade de confrontação das partes, princípio definido por Ricardo Soares Stersi dos Santos como a indicação de que em cada ato de processo praticado por uma das partes deve ser dada ciência à outra, para que tome conhecimento e, se assim desejar, apresentar sua manifestação⁸³⁹. É importante que a ciência e a oportunidade de manifestação sejam dadas, não sendo, entretanto, obrigatória a sua manifestação. Nesse sentido são as palavras de Tânia Lobo Muniz, para quem esse princípio “é o direito de defesa, tem que ser oferecida a oportunidade ainda que a outra parte não queira dela se utilizar”⁸⁴⁰.

Vale ressaltar, ainda, que esse princípio pode ser expresso de duas maneiras, segundo a concepção de Nelson Nery Júnior: “por um lado, ele dever ser considerado como a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”⁸⁴¹.

O princípio da igualdade, além de ser um dos princípios da arbitragem, expressamente previsto no art. 21, § 2º, da LA, é também um dos princípios previstos na justiça processual, sob a denominação de igualdade de tratamento.

Com relação à arbitragem, o princípio da igualdade consiste em dar a cada parte as mesmas oportunidades de fazer valer os seus direitos. As partes devem ter as mesmas possibilidades em apresentar suas pretensões, provas e alegações⁸⁴².

Outra situação em que a igualdade de tratamento aparece é no momento da escolha do árbitro. Como assevera Ricardo Soares Stersi dos Santos, “por este princípio, torna-se nula qualquer escolha de árbitro cujas regras não garantam o equilíbrio de poder e a

⁸³⁸ CACHAPUZ, 2000, p. 70.

⁸³⁹ SANTOS, R., 2004, p. 76.

⁸⁴⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 76.

⁸⁴¹ Apud SILVA NETO, 1999, p. 358.

⁸⁴² Lei de Arbitragem e Conciliação boliviana. In: LEGISLAÇÃO boliviana sobre arbitragem, 2006.

possibilidade de manifestação, por igual, como por exemplo: que uma das partes tenha maiores privilégios que as demais na escolha do árbitro”⁸⁴³. Essa exceção é prevista no sistema da *common law*⁸⁴⁴, na arbitragem *ex parte*⁸⁴⁵.

O princípio da igualdade também é previsto no art. 18 da Lei Modelo da Uncitral⁸⁴⁶. Esse princípio, ao lado do equilíbrio entre os interesses das partes, inclusive, é uma das preocupações do secretariado da Uncitral⁸⁴⁷.

Segundo Galdino Luiz Ramos Júnior, a ampla defesa é consectária do princípio do contraditório, que “significa atribuir ao juiz a obrigação de conceder ao demandado meio de ciência da ação contra aquele interposta (contraditório) gerando-lhe a possibilidade de efetivação de sua resposta à altura do ataque (ampla defesa)”⁸⁴⁸.

Esse princípio, ainda, nas palavras de Ricardo Soares Stersi dos Santos, “têm o intuito de aproximar ao máximo a verdade processual da verdade real, facultando às partes fazer prova de suas alegações, por todos os meios de prova admitidos e lícitos”⁸⁴⁹.

O livre convencimento ou independência do julgador⁸⁵⁰, por sua vez, implica que o árbitro deve ter liberdade para proceder à valoração da prova, de acordo com o seu critério racional e pessoal, na formação do seu convencimento, sem, contudo, permitir a

⁸⁴³ SANTOS, R., 2004, p. 68.

⁸⁴⁴ Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 68), citando René David, expõe que “a adoção e a interpretação do princípio da igualdade de tratamento das partes devem limitar a liberdade de escolha. Porém, em certos casos, como na arbitragem *ex parte*, podem surgir certos problemas para a instauração do juízo arbitral, pois a referida modalidade de instituição da arbitragem ocorre com a escolha do árbitro por apenas uma das partes”.

⁸⁴⁵ “A arbitragem *ex parte*, prevista na legislação de certos países de *common law*, prevê a escolha de um árbitro pelo autor e outro pelo réu. Caso o réu não faça a indicação do árbitro no prazo designado ou se recuse a fazê-lo em qualquer prazo, a arbitragem será desenvolvida apenas perante o árbitro indicado pelo autor que terá o poder de proferir a sentença arbitral”. SANTOS, R., 2004, p. 68.

⁸⁴⁶ O art. 18 da Lei Modelo da Uncitral prevê que “as partes devem ser tratadas em pé de igualdade e devem ser dadas a cada uma delas as possibilidades de fazerem valer os seus direitos”. Segundo Maria Ângela Bento Soares e Rui Manoel Moura Ramos (1995, p. 384), este artigo conduz a duas idéias distintas: “a primeira, que traduz de modo imediato o princípio da igualdade de tratamento, satisfaz as exigências do equilíbrio processual e contribui por essa forma para assegurar o correcto posicionamento das partes face ao tribunal. A sua própria colocação sistemática sugere que o legislador uniforme concebe aquele princípio como um reduto mínimo de étimos fundamentais de justiça a observar em qualquer tribunal, o que justifica que, numa matéria como a presente, toda ela dominada pela liberdade das partes, tal princípio seja inarrendável. A segunda idéia traduz na afirmação de que cada uma das partes deve ter todas as possibilidades de fazer valer os seus direitos, idéia que vem a corresponder a dois outros princípios, também nucleares e que por vezes são autonomizados: o princípio do *audiatur et altera pars* – o árbitro deve dar a uma e a outra das partes a possibilidade de fazer valer os seus argumentos – e o princípio do contraditório – as provas oferecidas por uma das partes, e sobre as quais o árbitro vai fundar a sua decisão, devem ser comunicadas à outra parte para que esta tenha a possibilidade de as refutar”.

⁸⁴⁷ O secretariado da Uncitral, inclusive, num de seus relatórios, chegou a especificar que “um dos problemas mais delicados e complexos da preparação de uma lei-modelo, será obter o equilíbrio entre o interesse das partes de determinar livremente o procedimento a ser seguido, e os interesses do sistema jurídico, que o deverá reconhecer e atribuir efeito”. Apud STRENGER, Irineu. Arbitragem internacional: conceitos básicos. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998a, p. 38.

⁸⁴⁸ RAMOS JÚNIOR, 2000, p. 30.

⁸⁴⁹ SANTOS, R., 2004, p. 76.

⁸⁵⁰ Tais princípios também estão previstos na Lei de Arbitragem brasileira no seu art. 21, § 2º.

arbitrariedade ou a imotivação de sua decisão. Ressalte-se que a motivação ou fundamentação da sentença devem se fazer presentes mesmo que o julgamento seja baseado na equidade⁸⁵¹.

Por este princípio, portanto, o árbitro deve ter uma postura neutra com relação às partes, pondo-se “em absoluta isenção em relação a qualquer dos interesses ou partes envolvidas na questão a ser por ele decidida”⁸⁵².

O livre convencimento dos árbitros era uma das características que diferenciava a arbitragem da jurisdição estatal, tanto que Sêneca proferiu no *De Beneficiis*, que, “quando uma causa é boa, prefere-se um juiz a um árbitro, porque o primeiro é sujeito à forma e circunscrito pelos limites que não pode ultrapassar, ao passo que o segundo é livre e sem liames”⁸⁵³. Isso porque houve um tempo, no direito romano, que as fórmulas rituais eram rígidas e de extrema importância, podendo uma das partes perder a lide por tê-la pronunciado erroneamente.

Os princípios da independência e da imparcialidade estão presentes no código de ética de várias instituições de renome, tais como a *International Bar Association*⁸⁵⁴ (IBA) e a *American Arbitration Association* (AAA)⁸⁵⁵.

Segundo Ricardo Soares Stersi dos Santos, “por esse princípio, as partes estão autorizadas a desistir do procedimento arbitral instaurado desde que o façam, de comum acordo, a qualquer tempo anteriormente à sentença arbitral”⁸⁵⁶.

Este princípio, por exemplo, é previsto no art. 32.2, b, da Lei Modelo da Uncitral, que determina que: “2. O tribunal arbitral ordenará o encerramento do processo arbitral quando: b) as partes concordarem em encerrar o processo”.

⁸⁵¹ SANTOS, F., 1999, p. 132.

⁸⁵² CACHAPUZ, 2000, p. 75. No mesmo sentido Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 76), para quem este princípio “indica que o árbitro deve estar equidistante das partes e de seus interesses e não possuir com elas qualquer vínculo de dependência. A imparcialidade e a independência se constituem obrigação para quem exerce o encargo de julgar. É a forma de garantir um julgamento sem favoritismos para qualquer das partes”. E, ainda José Cretella Neto (**Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004b, p. 45), que expõe que “a imparcialidade do árbitro, assim como a do juiz, significa que este irá manter o conveniente equilíbrio de que todo processo deve ser dotado, isto é, conceder às partes todas e iguais oportunidades para que se manifestem, tanto na produção de provas quanto na realização de diligências, bem como na apresentação rigorosamente equivalente das peças processuais escritas, no tempo permitido para debates orais, etc”.

⁸⁵³ LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. **A arbitragem e o direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 28.

⁸⁵⁴ A *International Bar Association* (IBA) é uma associação que reúne mais de trinta mil juristas oriundos dos quatro continentes. A IBA elaborou em 1956 o *International Code of Ethics* para advogados, que também têm sido aplicados como código de ética para árbitros. Cf. INTERNATIONAL Bar Association (IBA). Disponível em: <www.ibanet.org/aboutiba/overview.cfm>. Acesso em: 8 dez. 2006.

⁸⁵⁵ AMERICAN Arbitration Association (AAA). Disponível em: <www.adr.org>. Acesso em: 5 mar. 2007.

⁸⁵⁶ SANTOS, R., 2004, p. 76.

Os princípios da flexibilidade⁸⁵⁷, da celeridade⁸⁵⁸, da audiência⁸⁵⁹, da privacidade e da idoneidade são outros princípios apontados pela legislação boliviana como inerentes à arbitragem. A legislação boliviana, como visto anteriormente, é uma das poucas legislações a tratar explicitamente dos princípios inerentes à arbitragem. Alguns desses princípios, como o da privacidade e o da idoneidade, podem, inclusive, ser confundidos com os deveres dos árbitros que podem ser encontrados na maioria dos códigos de ética, como a editada pela *International Bar Association* (IBA) e a *American Arbitration Association* (AAA), princípios que já eram conhecidos no direito romano⁸⁶⁰.

O princípio da privacidade, segundo a lei boliviana, consiste na manutenção de necessária reserva e confidencialidade⁸⁶¹. Dessa maneira, deve velar o árbitro pela confidencialidade das deliberações do tribunal arbitral e do conteúdo do laudo arbitral.

O princípio da idoneidade, por sua vez, consiste na capacidade para o ofício de árbitro ou conciliador. Esse princípio também pode ser encontrado no enunciado III do Código de Ética Internacional ao ofício de árbitro da AAA⁸⁶², que, segundo Selma Maria Ferreira Lemes, pode ser traduzido da seguinte forma: “o árbitro na comunicação que mantiver com as partes deve ater-se ao disposto no acordo por elas firmado, devendo evitar contatos indevidos. A menos que de outro modo esteja estipulado no regulamento de arbitragem ou no acordo das partes, o árbitro não poderá discutir o caso com uma parte na ausência da outra [parte] [...]”⁸⁶³.

⁸⁵⁷ Conforme o art. 2º da lei boliviana, o princípio da flexibilidade consiste no estabelecimento de atuações informais, adaptáveis e simples.

⁸⁵⁸ Princípio da celeridade, em conformidade com a lei boliviana, consiste na continuidade dos procedimentos para a solução de controvérsias. Este princípio também é previsto na lei de arbitragem brasileira, no seu art. 23, ao prever que “a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”.

⁸⁵⁹ Segundo a lei boliviana, o princípio da audiência consiste na oralidade dos procedimentos alternativos. Este princípio também aparece no art. 24.1 da Lei Modelo da Uncitral que dispõe: “salvo convenção das partes em contrário, o tribunal decidirá se o processo deve comportar fases orais para a produção da prova ou para a exposição oral dos argumentos, ou se o processo deverá ser conduzido na base de documentos ou outros materiais. Contudo, a menos que as partes tenham convencionado que não haverá lugar a um tal procedimento, o tribunal arbitral organizará um procedimento oral num estágio apropriado do processo arbitral, se uma das partes assim o requerer”.

⁸⁶⁰ Em Roma, os julgadores deveriam se comprometer mediante julgamento a atuar conforme o justo e o bom. E isso figurava em, como afirma Selma Maria Ferreira Lemes (Árbitro: o padrão de conduta ideal. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 236), “atuar como objetividade e imparcialidade, ouvir com atenção as partes e suas testemunhas, valorar, em consciência, as provas, examinar com profundidade todos os elementos da causa, consultar os juristas sobre questões de direito etc”.

⁸⁶¹ Lei de Arbitragem e Conciliação boliviana. In: LEGISLAÇÃO boliviana sobre arbitragem, 2006.

⁸⁶² O Código de Ética da AAA foi editado em 1977 e passou por uma revisão em 2003.

⁸⁶³ LEMES, 1999, p. 258.

Outro princípio apontado pela doutrina⁸⁶⁴ é o princípio da obrigatoriedade da sentença. Esse princípio consiste na imutabilidade da sentença por meio do fenômeno da coisa julgada⁸⁶⁵. Nesse sentido, como aponta Tânia Lobo Muniz citando Greco Filho, “a decisão transforma-se de garantia constitucional do processo em garantia de direito material pois incorpora ao patrimônio jurídico de seu beneficiário o direito substancial definido na sentença”⁸⁶⁶.

3.3 O Princípio da Autonomia Privada e sua Relação com a Arbitragem

Parece claro na literatura que a arbitragem tem seu princípio basilar no princípio da autonomia privada. Entretanto, pairam dúvidas sobre quando a voluntariedade, característica da autonomia privada, passou a estar presente na arbitragem. Outro ponto importante, principalmente após a crise do contrato, é saber quais são os alcances desse princípio no instituto da arbitragem. Com o intuito de minimizar essas dúvidas, este tópico tem por finalidade abordar a relação histórica entre autonomia privada e arbitragem, bem como analisar as particularidades desse princípio na arbitragem.

3.3.1 Relação histórica entre autonomia privada e arbitragem

A arbitragem pode ser encontrada em passagens históricas dos mais remotos tempos, como na Lei de Talião, no Código Hamurabi e na Bíblia⁸⁶⁷, bem como entre gregos e romanos⁸⁶⁸, sendo considerado um dos principais meios de solução de controvérsias entre

⁸⁶⁴ Ver MUNIZ, 2006 e CACHAPUZ, 2000.

⁸⁶⁵ No Brasil, não se admite recurso da sentença arbitral (art. 18 da LA). Mas isto não é unânime em todos os países. A Argentina, por exemplo, prevê, no seu art. 758, “que à sentença arbitral poderão ser impostos os recursos admissíveis às sentenças judiciais, mas desde que isso não tenha sido renunciado no compromisso que deu origem à instituição da arbitragem”. SILVA, A., 2005, p. 48-49.

⁸⁶⁶ MUNIZ, 2006, p. 82.

⁸⁶⁷ Na Carta de Paulo aos Coríntios, VI, 1 e seg. pode ser constatada a referência à arbitragem, como se pode ver a seguir: “Que é isto, que vocês quando têm alguma coisa contra outro cristão vão à justiça, e pedem a um tribunal pagão que decida a questão, ao invés de levá-la a outros cristãos para decidirem quem de vocês é que está certo? [...] Portanto vocês deveriam ser capazes de resolver seus problemas aqui na terra com facilidade. Porque, então, ir a juízes de fora que nem mesmo são cristãos? [...] Não existe ninguém, em toda a Igreja, que seja bastante sábio para resolver essas disputas?”. MUNIZ, 2006, p. 23.

⁸⁶⁸ “Outros exemplos são resgatados da história, como a famosa Lei de Talião. Com a sua determinação “olho por olho, dente por dente”, torna-se uma das disposições retiradas de uma decisão arbitral. O Código de Hamurabi, a primeira codificação de que se tem conhecimento, é outro exemplo disso, trazendo em seu texto várias referências à solução de disputas por meio de terceiros, escolhidos pelas famílias em litígio, que vinham

os povos antigos. A exemplo do que se conhece hoje por arbitragem, nos tempos de outrora, por meio dela, as partes elegiam voluntariamente um terceiro para solucionar as controvérsias entre eles existentes, e a decisão por este proferida tornava-se obrigatória às partes.

Na Grécia, a presença desses elementos e da voluntariedade para se recorrer à arbitragem era bastante clara. Como afirmam Luciano e Rodrigo Braga Lemos, “a base jurídica da arbitragem entre particulares ou entre cidades gregas era um compromisso, contrato especial, ou uma cláusula compromissória inserta nos contratos ou tratados de comércio, de aliança ou de paz”. Assim, por meio desse compromisso, as partes escolhiam os juízes arbitrais, que poderiam ser tanto um rei, um magistrado ou um homem público qualquer, ou até mesmo instituições religiosas, como o Conselho Anfictiônico ou o Oráculo de Delfos⁸⁶⁹. Entre os gregos, ao lado da arbitragem privada também existia a figura da arbitragem pública. Ambas as arbitragens, pública e privada, representavam uma resistência à estatização da justiça e uma tentativa de dar seqüência aos costumes da família, da tribo, do grupo local, que se perdiam com o surgimento da justiça, denominada atualmente de tradicional⁸⁷⁰.

Igualmente como na Grécia⁸⁷¹, em Roma, a arbitragem também possuía um vínculo estreito com a autonomia das partes e conhecia a figura da arbitragem privada e da

a servir como juízes daquele afronte. A Bíblia também traz referências de casos de arbitragem. Numa de suas passagens, é relatado o conflito entre Jacó e Labão, em que o primeiro se põe à disposição de terceiras pessoas para que a “transgressão” seja solucionada. Essa parábola é lembrada por Carlos A. Filártiga Lacroix, num artigo que questiona ser ou não esta a primeira arbitragem. Ele aponta a utilização da arbitragem nos mais distantes tempos e lembra que, para muitos autores, esse instituto leva à justiça que mais se acerca do ideal, já que surge de um acordo entre as partes, priorizando a autonomia da vontade sobre todos os aspectos do processo”. SILVA, A., 2005, p. 7.

⁸⁶⁹ LEMOS; LEMOS, 2003, p. 24-25.

⁸⁷⁰ Anghelos Foutoucos (1976, p. 4-5) aponta que “a Athènes à l’époque classique, à cote des arbitres privés qui était désignés par les parties, il y avait aussi les arbitres publics. A) Le recours à l’arbitrage privé était très fréquent chez les Athéniens, avant et pendant le procès, jusqu’au moment même où les juges allaient statuer. L’incompétence des juridictions étatique en résultait. Les parties désignent les arbitres privé. Elles peuvent aussi définir la procédure qui sera suivie par les arbitre. En règle générale, les parties acceptent d’avance la sentence, qui, dans ce cas, une fois rendue, a la valeur d’un jugement sans appel. Si, malgré cela, l’une des parties saisit les juges du même litige, l’autre partie lui oppose valablement l’exception de la chose jugée. B) Une loi de 403/400 organise l’institution des arbitres publics. De toutes les causes privées déférées devant les Quarante (juges), ceux-ci tranchent souverainement les litiges dont le montant est inférieur à dix drachmes et renvoient tous les autres aux arbitres publics. La procédure devant eux était la même que celle devant les arbitres privés. Ils statuaient selon l’équité, après avoir tenté de concilier les parties. Contrairement à ce qui se passait avec les arbitres privés, les parties ne pouvaient pas accepter la sentence des arbitres publics, avant qu’elle ne fût rendue. Elles ne pouvaient le faire qu’après. La sentence était alors définitive, comme celle des arbitres privés. Mais si une des parties n’acceptait pas la sentence, il en était appelé devant la justice de l’Etat. Il faut toutefois se garder de considérer cet appel comme un recours à une juridiction de second degré ; il s’agit là du passage de l’affaire d’un plan à un autre”.

⁸⁷¹ Segundo Anghelos C. Foustoucos (**L’arbitrage – interne et internacional – en droit privé hellénique**. Paris: Techniques, 1976, p. 6), “l’arbitrage était largement pratiqué dans toute la Grèce classique et

arbitragem pública⁸⁷². Silvia Gaspar Lera chega a afirmar que a fórmula extrajudicial romana respondia à estrutura básica de duas pessoas que possuíam uma disputa e que estavam de acordo com que um terceiro imparcial, revestido de autoridade, resolveria a controvérsia existente entre eles, em virtude da decisão a que os litigantes teriam de obedecer⁸⁷³. Nessa fórmula, as partes tinham liberdade de assinar um compromisso estipulando a aceitação da decisão dos árbitros, e cláusulas compromissórias podiam, inclusive, ser instituídas nos contratos⁸⁷⁴. A liberdade era ponto tão importante desse processo para os romanos que o próprio árbitro possuía liberdade para evitar o formalismo do direito puro, tradição na jurisdição estatal⁸⁷⁵; e a vontade da parte podia, inclusive, modificar a natureza do negócio jurídico⁸⁷⁶.

A renúncia à tutela jurisdicional do Estado pelas partes e a opção por um árbitro particular, que seria responsável por dirimir o conflito trazido ao seu conhecimento, eram comuns no direito romano. Essa demanda era resolvida por um tribunal privado ou por um *iudicium privatum*⁸⁷⁷.

Como apontam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, “o poder atribuído a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um

hellénistique. Nous retrouvons les arbitres privés ou publics à Ephèse dans l’île de Calymnos, dans l’île de Mytilène, dans l’île d’Amargos, à Stymphale, à Lampsaque et à Alexandrie”.

⁸⁷² Segundo Gabriel Buigues Oliver (**La solución amistosa de los conflictos en derecho romano**: el arbiter ex compromisso. Madrid: Montecorvos, 1990, p. 73), “[...] el sentido de que el origen del arbitraje público habría que buscarlo en el arbitraje privado dado que el tipo de conflictos que se someten a arbitraje en el campo público son los mismos que, en origen se sometían al privado; de todos modos no siempre que una de las partes que entran en conflicto tiene carácter público se acude a un arbitraje público; hay algún caso en que el encargado de solucionar estos conflictos es un sujeto privado, con lo que por consiguiente estaríamos frente a un arbitraje privado”. Segundo Gabriel Buigues Oliver (1990, p. 73-74), existiam três tipos de arbitragem pública: arbitragem internacional, a arbitragem que regulava as relações existentes entre Estados, como foi o caso do conflito entre Atenas e Esparta; arbitragem federal, que regula as controvérsias surgidas entre povos relacionados com Roma por intermédio de tratados de aliança; e, arbitragem administrativa, que engloba uma série de conflitos que surgem entre cidades ou municípios que estão em uma situação de dependência com relação à Roma, por meio de tratado ou em virtude de um conflito bélico.

⁸⁷³ GASPAR LERA, Silvia. **El ámbito de aplicación del arbitraje**. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 27.

⁸⁷⁴ LEMOS; LEMOS, 2003, p. 26.

⁸⁷⁵ Neste sentido são as palavras Gabriel Buigues Oliver (1990, p. 62), para quem “ciertamente, hay un rasgo que caracteriza a las acciones arbitrarias y que debería formar parte de cualquier concepto que de ellas se estableciera, y es el de la mayor libertad o, si se quiere, el mayor campo de acción en el que el juez se puede mover en el momento de dictar sentencia”. Acrescenta ainda José Luis Bolzan de Moraes (1999, p. 176) que a liberdade do árbitro no processo arbitral era tão respeitada que a ele era autorizada a utilização de mecanismos mais pragmáticos a fim de obter uma resposta mais satisfatória a contenda.

⁸⁷⁶ BUIGUES OLIVER, 1990, p. 110 e 143. Gabriel Buigues Oliver (1990, p. 147), em outra oportunidade, ressalta que “[...] la transferencia del conocimiento del litigio al Obispo [nesse caso, o árbitro] debe realizarse em virtud de la voluntad de ambas partes”. E, ainda, assevera o mesmo autor (BUIGUES OLIVER, 1990, p. 157) que, “[...] las solemnidades van perdiendo progresivamente importancia, al mismo tiempo que la voluntad de las partes va introduciéndose poco a poco como un elemento esencial en la celebración y perfección de los negocios jurídicos”.

⁸⁷⁷ Conforme Paulo César Moreira Teixeira e Rita Maria de Faria Corrêa Andreatta (**A nova arbitragem**: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 8), o *iudicium privatum* era uma lista de cidadãos na qual o interessado poderia escolher alguém que merecesse sua confiança.

determinado caso concreto”⁸⁷⁸ era denominada *ordo iudiciorum privatorum* e possuía duas fases: *in iure* e *apud iudicem*.

A fase *in iure*, perante o pretor, tinha como função organizar e fixar termos da controvérsia; e a *apud iudicem* era a fase decisória do litígio. Nesta fase, o poder de julgar, por sua vez, era atribuído ao *iudex*, cidadão romano. O litígio era levado ao seu conhecimento e a ele submetido, que era independente e não estava, portanto, subordinado a qualquer órgão postado em superior grau hierárquico⁸⁷⁹. Joel Dias Figueira Júnior adverte que a separação do processo em duas fases era um dos modos de valorar a atribuição de poder de decidir a controvérsia por parte de uma pessoa livremente escolhida pelas partes em comum acordo⁸⁸⁰.

A escolha da justiça arbitral poderia originar-se da lavratura de um contrato ou de um *compromissum*, existindo ações judiciais para o seu descumprimento (ação *conditio ob rem dati*). E também, uma ação real (*conditio ex lege* ou *actio in factum*) “que permitia aos magistrados compelir a parte que se recusasse cumprir o *compromissum* a obrigá-la a firmar o convênio arbitral, negando ao magistrado o direito de examinar o mérito da demanda”⁸⁸¹. Figueira Júnior afirma que “é no Direito Romano que vamos encontrar as raízes mais proficuas do instituto da *arbitragem* ou do *compromisso arbitral*”⁸⁸².

No período do principado, surge o processo denominado *cognitio extra ordinem*, que abandona o formalismo de outrora e a separação das duas fases antes expostas⁸⁸³. Entretanto, a grande inovação se dá com a *Lex Iulia iudiciorum privatorum*, que extingue as *legis actiones* e cria novamente duas fases do processo: uma *in iure*, diante do magistrado e destinada à colocação da controvérsia e preparação do juízo; e outra *apud iudicem*, diante de

⁸⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 43.

⁸⁷⁹ TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 43-44. No mesmo sentido: FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 26; FIÚZA, 1995, p. 64-65.

⁸⁸⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 27. Entretanto, ressalta José Alexandre Tavares Guerreiro (1993, p. 9), citando Lévy-Bruhl, que nas práticas judiciárias romanas, não é descartada a figura do árbitro estritamente privado (*arbiter ex compromisso*), “como tal se entendendo aquele cujos poderes adviriam do *nudum pactum* entre as partes e não da *potestas* do magistrado, titular da *iurisdictio* propriamente dita, ou do *imperium*. Mas, a seu ver, a arbitragem privada, praticada em Roma, como na maior parte das sociedades, teria caráter verdadeiramente excepcional”. Ressalta ainda Silvia Gaspar Lera (1998, p. 31) que “[...] el *arbiter ex compromiso* gozaba de plena libertad para dictar sentencia. La única limitación al respecto estaba representada por el contenido del *compromissum* celebrado voluntariamente entre las partes. Y es que, en estos casos, el *compromissum* consistía en el presupuesto necesario de su actuación ulterior. Según precisó CICERÓN, ‘nadie podía actuar como juez, sobre cuestiones que afectaran no ya a la reputación de una persona, sino incluso a sus más pequeños intereses pecuniarios, a menos que las partes convinieren en aceptarlo’”.

⁸⁸¹ TEIXEIRA; ANDREATTA, 1997, p. 8.

⁸⁸² FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 25.

⁸⁸³ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 27. Silvia Gaspar Lera (1998, p. 33) acrescenta que, no direito romano, havia a coexistência da arbitragem, como sistema voluntário de resolução de conflitos, como as *legis actiones*, o procedimento formular e a *cognitio extra ordinem*.

um órgão judicante designado pelo magistrado em acordo com as partes, dirigida ao exame da lide e pertinente à formulação do juízo⁸⁸⁴. A *Lex Iulia* autorizava, a partir desse momento, ao julgador o poder de decidir por meio da equidade, o que evitava que alguém perdesse o seu direito por mero formalismo da lei antiga⁸⁸⁵. Entretanto, Justiniano também delegou aos magistrados a função de executar o laudo arbitral com a finalidade de evitar a não-adoção dele.

Somente no final do século III d.C., os romanos vieram a estabelecer a justiça oficial, e com ela o juiz estatal, chamando para si, então, o poder de jurisdicionar. Essa missão, vale ressaltar, era até então “exercida por um terceiro, particular, árbitro portanto escolhido pelos próprios contendores ou por indicação do magistrado”⁸⁸⁶.

Contudo, observa José Alexandre Tavares Guerreiro que,

[...] em várias circunstâncias históricas, verifica-se a concorrência da arbitragem (entendida como instituição filiada à vontade das partes) com o processo judicial (concebido como meio da função jurisdicional do Estado). Aliás, a partir do momento em que, na consolidação de Justiniano, a sentença arbitral ganha força de executoriedade, com o que a *poena*, existente desde o direito romano, será já dispensável, a arbitragem perde grande parte de sua autonomia em relação à *iurisdictio*. Na época bizantina, os árbitros serão chamados juizes escolhidos pelas partes e apenas tal designação é que haverá de diferenciá-los dos juizes propriamente ditos. Árbitros e juizes, a final, darão conta de idênticas funções⁸⁸⁷.

Com a decadência do Império Romano e com a proliferação do domínio religioso, há o apogeu da arbitragem, mas com um inconveniente: a imparcialidade não era observada. Assim, por influência do ideário cristão, a arbitragem passou a ser obrigatória em alguns casos⁸⁸⁸, e os papas passaram a servir como árbitros em questões que envolvessem, principalmente, reinados e impérios, e outorgavam também aos bispos e cardeais o direito de arbitrar⁸⁸⁹. A arbitragem necessária também pode ser observada nos estatutos medievais das cidades italianas que a prescrevem para assuntos referentes a controvérsias entre cônjuges ou pais e filhos, *inter vicinos* e entre condôminos ou entre comerciantes⁸⁹⁰.

⁸⁸⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 28.

⁸⁸⁵ FIÚZA, 1995, p. 68.

⁸⁸⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 22.

⁸⁸⁷ GUERREIRO, 1993, p. 14-15.

⁸⁸⁸ LEMOS; LEMOS, 2003, p. 29.

⁸⁸⁹ TEIXEIRA; ANDREATTA, 1997, p. 8-9. No mesmo sentido: GUERREIRO, 1993, p. 15-16.

⁸⁹⁰ GUERREIRO, 1993, p. 15.

Na Idade Média, a voluntariedade voltou a imperar, apesar de ainda existirem as arbitragens obrigatórias entre o clero e os leigos, e uma nova categoria de arbitragem começou a se firmar: a arbitragem comercial⁸⁹¹. Os comerciantes começaram a preferir a arbitragem, tendo em vista a transação comercial realizada entre pessoas das mais diversas nacionalidades, pois a arbitragem, além de ser mais célere e especializada, autorizava os comerciantes a eleger os árbitros da contenda.

Cláudio Vianna de Lima, exemplificando as transações comerciais da Idade Média, explica que

É muito compreensível que a [...] vitoriosa e próspera prática mercantil repugnasse a morosa Justiça Pública, formal, formalista, complicada, alheia ao pragmatismo e à celeridade do comércio, da indústria e da empresa. Os tribunais consulares eram, em razão disso, objetivos, práticos, rápidos, fortes no emprego de fórmulas não-contenciosas de solução dos conflitos, no emprego da arbitragem. As questões nascidas nas feiras deviam estar solvidas no tempo de sua duração, três semanas, um mês, seis meses, não mais. Antes que o eventual devedor, cujo patrimônio (a garantia comum dos credores) era formado das mercadorias, se retirasse e as levasse para outras paragens, longínquas e muitas vezes desconhecidas. Não se podiam esperar as delongas da justiça oficial⁸⁹².

Anghelos C. Foustoucos acrescenta que ainda existiam outros motivos para o sucesso da arbitragem na Idade Média, pois, além de a arbitragem ser mais técnica, ela também se ocupava do costume para solucionar os litígios e dos princípios da boa-fé, da equidade, da solidariedade, da igualdade entre as partes e do interesse geral⁸⁹³. A importância da arbitragem comercial foi tanta que, em 1250, São Luís, com a finalidade de compor tribunais arbitrais, mandou fazer uma lista de comerciantes engajados nas atividades mercantis⁸⁹⁴.

Em 1637, tendo em vista a grande repercussão do instituto, a França instituiu a cláusula compromissória de ofício, no caso de inexistência dela, nos contratos de sociedade ou de seguro marítimo. Dessa forma, retirou-se novamente a voluntariedade da arbitragem nesses casos específicos. Contudo, o auge do instituto é alcançado com a Revolução Francesa, sendo considerado “o meio mais razoável de terminar com as divergências entre os

⁸⁹¹ “Gianni Shizzeroto, fazendo uma análise do instituto aplicado nessa época, cita ao menos cinco causas para o seu desenvolvimento na Idade Média, quais sejam: ‘ausência de leis ou sua excessiva dureza e incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados; e conflitos entre Estado e Igreja’”. SILVA, A., 2005, p. 16.

⁸⁹² LIMA, C., 1999, p. 8.

⁸⁹³ FOUSTOUCOS, 1976, p. 10.

⁸⁹⁴ LEMOS; LEMOS, 2003, p. 33.

cidadãos”, pelo Decreto de 24 de agosto de 1790, sendo considerada a instituição mais adequada para assegurar o ideário da “liberdade, igualdade e fraternidade”⁸⁹⁵, até porque o referido decreto dava grande liberdade às partes ao determinar que “os legisladores não poderão fazer quaisquer disposições tendentes a diminuir seja o seu emprego, seja a eficácia do compromisso”.

A Constituição de 1791 (Tít. V, art. 5º) reconheceu a todos os cidadãos o direito de dirimir seus conflitos pela via arbitral⁸⁹⁶. Mas logo após foram editadas leis que previam a obrigatoriedade da arbitragem entre particulares para determinadas matérias⁸⁹⁷. Mas as leis que previam as arbitragens obrigatórias tiveram existência efêmera, sendo logo revogadas, como aponta Cezar Fiúza⁸⁹⁸.

Para não haver dúvidas de que a arbitragem voluntária ainda perdurava no sistema francês, em 13 de março de 1800, a Lei sobre a Organização Judiciária, que vigorou até a promulgação do Código de Processo Civil, expressamente previa que: “não está revogado o direito dos cidadãos de fazer julgar suas disputas por árbitros de sua escolha; a decisão desses árbitros não se sujeitará a recurso, salvo disposição contrária”. Em 1808, a arbitragem voltou a ser forçada para solucionar questões entre sócios de sociedades mercantis tanto na França quanto na Bélgica, mas, como outrora, foi revogada, primeiro pela França, em 1856, e depois pela Bélgica, em 1873⁸⁹⁹.

No Brasil, sob a influência do direito português, a arbitragem também foi prevista como um meio de solução de controvérsias. No direito lusitano medieval, antes de Portugal ser elevado à condição de Reino, o instituto da arbitragem já se fazia presente. Também se fez presente nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, esta última aplicada no

⁸⁹⁵ “L’arbitrage étant de moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendroit à diminuer soit la faveur, soit l’efficacité des compromis”. Jean Robert apud LIMA, C., 1999, p. 9.

⁸⁹⁶ FIÚZA, 1995, p. 86-87.

⁸⁹⁷ LEMOS; LEMOS, 2003, p. 35.

⁸⁹⁸ Cezar Fiúza (1995, p. 87-88) expõe que “a Convenção desenvolve o procedimento arbitral. Organiza, ao lado da arbitragem voluntária, a arbitragem forçada, para os julgamentos referentes a disputas sobre bens e direitos que haviam sido expropriados das comunas e dos particulares pelo poder feudal (decreto de 10 de junho de 1793, Seção V, arts. 1º e segs.), para os processos das comunas, em virtude dos bens comunais (decreto de 2 de outubro de 1793) e para as disputas sobre doações e heranças (*loi du 17 nivôse an II, art. 54*). Institui, ademais, árbitros públicos, eleitos pelas assembleias do povo, julgando em última instância, sem procedimento e sem freios (Constituição de 1793, arts. 85 e segs.). Essas reformas tiveram, porém, existência efêmera. As leis da Convenção sobre arbitragem forçada foram logo revogadas (*loi du 9 ventôse an IV*, ou seja, 27 de fevereiro de 1796). Os árbitros públicos foram substituídos na Constituição do ano III da República, ou seja, 1795, pelos tribunais de departamentos. O Conselho dos Quinhentos tomou, em 28 de maio de 1798 – *le 28 floréal an VI* -, resolução tendente a abolir a arbitragem voluntária, que foi, todavia, rejeitada pelo Conselho dos Anciões, na sessão de 14 de março de 1799 – *le 19 ventôse an VII*”.

⁸⁹⁹ FIÚZA, 1995, p. 88-89.

Brasil⁹⁰⁰ e mantendo, na maioria dos casos, o seu caráter de voluntariedade, como se verá mais detalhadamente no Capítulo 4.

3.3.2 As particularidades do princípio da autonomia privada na arbitragem

Pela análise do tópico anterior, não há dúvidas da relação entre a autonomia privada e a arbitragem, sendo a primeira o princípio primordial e embasador da segunda. A importância desse princípio para a arbitragem é tão significativa que o secretariado da Uncitral recomenda a sua obediência, especificando que: “onde as partes adotaram regras para a condução de uma arbitragem [...] o procedimento de arbitragem deveria ser conduzido de acordo com essas regras, não obstante disposições em contrário nas leis locais”⁹⁰¹. Isso se deve, em grande parte, por vantagens proporcionadas por esse princípio, tais como a certeza, a previsibilidade e a uniformidade⁹⁰², já tratadas no Capítulo 2.

Por outro lado, existe uma pequena parte da literatura que acredita que a arbitragem e seu princípio embasador da autonomia privada seriam uma expressão do neoliberalismo, principalmente por aventar a utilização da *lex mercatoria* como regra de fundo aplicável à arbitragem⁹⁰³. Dessa forma, a arbitragem seria criada pelas regras de mercado e pelos capitalistas para beneficiar os economicamente mais favorecidos. Porém, como aponta Cristina Riggenbach, e no entender desta pesquisa, “[...] o princípio da autonomia da vontade [autonomia privada] foi inserido em nosso ordenamento jurídico como uma forma

⁹⁰⁰ Segundo Joel Dias Figueira Júnior (1999a, p. 32), “no direito lusitano medieval, mesmo antes de Portugal ser elevado a condição de Reino, o instituto da arbitragem já estava presente, tendo em vista que o *Forum Iudicium* representou o direito vigente na península hispânica. Na monarquia lusitana, D. Afonso III publicou norma sobre *juyzes aluydores*, segundo se constata nos *Portugaliae Monumenta Histórica, Leges et Consuetudines* (vol. I, fascículo II)”.

⁹⁰¹ STRENGER, 1998a, p. 37.

⁹⁰² LEW, Julian D. M. **Applicable law in international commercial arbitration: a study in commercial arbitration awards**. New York: Oceana Publications, 1978, p. 79.

⁹⁰³ José Alexandre Tavares Guerreiro (1993, p. 111), explicando este posicionamento, afirma que: “liberarem-se as partes contratuais de um sistema de direito positivo determinado no contrato (ou, pelo menos, como alternativa, um outro sistema de direito positivo, significaria, ao ver do jurista italiano [o autor se refere a Michael Joachim Bonell], dotá-las de um poder de autonomia praticamente ilimitado. Estar-se-ia revivendo, extemporaneamente, com o contrato sem lei e a arbitragem auto-suficiente, sem vinculação a qualquer lei estatal, o liberalismo econômico e o individualismo jurídico dos séculos XVIII e XIX – o que Bonell afirma como apoio em autorizadas passagens de Henri Battifol – sendo que, na atual experiência jurídico-política, na qual o indivíduo é levado em consideração principalmente como membro ativo e responsável da sociedade e em que os interesses dos particulares somente recebem tutela jurídica na medida de sua compatibilidade com os interesses da coletividade, o poder e auto-regulação das partes, enquanto sujeitos privados, pressupõem, necessariamente, um ordenamento objetivo e geral que discipline esse mesmo poder, determinando-lhe o âmbito de aplicação”.

privilegiada de aperfeiçoamento do direito estatal e não como uma supressão deste pelo individualismo privado⁹⁰⁴ ou pelo neoliberalismo⁹⁰⁵.

Teoricamente, a autonomia privada na arbitragem não é uma expressão das regras do mercado, embora se saiba que, por vezes, os economicamente mais fortes podem determinar as regras do jogo. Contudo, neste caso, o Estado procura criar meios para determinar as regras desse jogo⁹⁰⁶. Aqui, quando se trata de autonomia privada em contratos gerais e na arbitragem, essas regras são determinadas pelos limites impostos a estes institutos. Estes limites, que compreendem a ordem pública e outros equivalentes a esta figura, visam a tornar o acordo das partes mais igualitário, preservando o ideal do desenvolvimento como liberdade. Dessa maneira, a liberdade só será realmente conquistada se os valores sociais forem respeitados e os ideais igualitários estiverem presentes. No caso específico da autonomia privada, essa concepção de liberdade é conseguida por permitir que as partes exerçam sua condição de agente ao firmarem um acordo, mas ao mesmo tempo prever limites a este acordo preservando o interesse da comunidade.

Vale ressaltar que, a autonomia privada na arbitragem possui o mesmo ideal da autonomia privada no direito dos contratos, mesmas características e mesmos limites, analisados anteriormente, possuindo apenas algumas especificidades quando presente neste meio alternativo de disputa. Como se verá adiante, a autonomia privada rege praticamente todo o processo arbitral e serve de medida, por exemplo, para determinar as regras de fundo e procedimentais desse processo.

A lei boliviana, como ressaltado anteriormente, traz em seu texto os princípios aos quais deve estar orientada a arbitragem. Entretanto, essa lei não trata especificamente da autonomia privada, mas de um princípio denominado de princípio da liberdade, que “consiste no reconhecimento de faculdades potestativas às partes para adotar meios

⁹⁰⁴ RIGGENBACH, Cristina. **Autonomia da vontade e o compromisso arbitral previsto na lei de arbitragem**. 66f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999, p. 17.

⁹⁰⁵ Welber Barral (2000, p. 97), reforçando esta idéia, especifica que: “pode-se dizer [...] que a globalização econômica, e o desenvolvimento do comércio internacional, favorecem a utilização da arbitragem. Afinal, é sobretudo nos contratos internacionais que a cláusula compromissória é inserta com mais frequência, em razão do receio de um contratante em se submeter à ordem jurídica do outro contratante. Tal comportamento pragmático não revela, entretanto, qualquer caráter intrinsecamente neoliberal da arbitragem, nem serve de fundamento ao mito ideológico que se formou em torno do instituto”.

⁹⁰⁶ José Maria Roca Martínez (1992, p. 87), comentando sobre tema, expõe que, “no cenário internacional, inclusive existe uma tensão entre a sociedade internacional dos comerciantes e a sociedade internacional de Estados. Tendo em vista que os primeiros visam na autonomia um jogo de interesses comuns, a desvinculação dos poderes estatais e império da vontade privada e, os segundos, com sua pluralidade de ordenamentos jurídicos, de normas imperativas e de organizações judiciais distintas”.

alternativos ao processo judicial para resolver suas controvérsias⁹⁰⁷. O princípio da liberdade da lei boliviana retrata, em parte, o princípio da autonomia privada, sendo, contudo, esta última mais ampla que o conceito ora citado (pois só prevê a possibilidade de escolha de jurisdição), ao menos como está definido nessa Lei. Na visão dessa pesquisa, o princípio da autonomia privada abarca não só a opção em recorrer a esse meio de resolução de controvérsias, mas também de escolher as regras de fundo e de procedimento às quais estará vinculado o juízo arbitral, entre outras liberdades. Dessa forma, pode-se constatar que o princípio da autonomia privada está previsto desde a instauração do juízo arbitral até a sentença final proferida pelo árbitro. De maneira mais sistemática e acadêmica, poder-se-ia apontar quatro momentos claros em que o princípio da autonomia privada está presente na arbitragem: a) na escolha da forma de jurisdição; b) na escolha do árbitro; c) na escolha da regra de fundo; e d) na escolha do procedimento.

3.3.2.1 Autonomia para escolher a forma de jurisdição

Essa forma de autonomia se reflete na possibilidade de escolha da arbitragem por meio da inserção da convenção de arbitragem em um contrato, afastando a competência do Poder Judiciário para solucionar o mérito do litígio e delegando essa competência ao árbitro. Essa convenção, nas palavras de Nilton César Antunes da Costa, constitui-se na “manifestação de vontade das partes interessadas em poder submeter ao juízo arbitral a solução de seus litígios (futuros ou presentes) decorrentes de uma determinada relação contratual ou extracontratual, que envolva necessariamente direitos disponíveis e partes maiores e capazes⁹⁰⁸”.

Por meio da convenção arbitral, as partes afastam do Poder Judiciário o conhecimento do mérito da controvérsia. Como ressalta Clávio Melo de Valença Filho, a partir desse momento, “o juiz estatal é proibido de conhecer o mérito da controvérsia não porque seja relativamente incompetente, mas por absoluta falta de poderes jurisdicionais para a causa, poderes que lhe foram subtraídos pela autonomia da vontade das partes, respaldada no próprio ordenamento jurídico estatal que o investiu⁹⁰⁹”.

⁹⁰⁷ Lei de Arbitragem e Conciliação boliviana. In: LEGISLAÇÃO boliviana sobre arbitragem, 2006.

⁹⁰⁸ COSTA N., 2006a, p. 81.

⁹⁰⁹ Clávio de Melo Valença Filho, 2002 apud COSTA, N., 2006a, p. 134.

O termo “convenção de arbitragem” foi uma inovação do direito belga, pois até 1972, época em que a legislação belga introduziu o termo em seu direito arbitral, era apenas conhecida a expressão “cláusula compromissória”⁹¹⁰. E ainda com um inconveniente: a cláusula compromissória não possuía eficácia plena para instaurar um juízo arbitral, ficando dependente da assinatura do compromisso arbitral. No Brasil, antes da lei atual, quando desrespeitada a cláusula arbitral, não havia a obrigação das partes de recorrerem ao juízo arbitral para solucionar seus conflitos e, dessa forma, o seu inadimplemento se resolvia em perdas e danos. No entanto, como expõe Pedro A. Batista Martins, essas perdas e danos deveriam estar previstas de antemão no contrato como estipulação penal, tendo em vista a difícil ou impossível apuração posterior⁹¹¹.

A título do que acontece em grande parte dos países⁹¹² e na Lei Modelo da Uncitral⁹¹³, o Brasil passou a reconhecer a convenção de arbitragem como meio de submeter a solução de litígios ao juízo arbitral. A convenção de arbitragem, no atual sistema brasileiro, compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

O divisor de águas para se determinar se se está diante de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral é o próprio litígio⁹¹⁴. Isso porque a cláusula compromissória é inserida em contrato antes de surgir o conflito, e pode ser que ele nem

⁹¹⁰ A expressão “convenção de arbitragem” está presente em todo o texto que regula a arbitragem na Bélgica. Apenas para citar um exemplo desta regulação transcreve-se aqui o texto do art. 1.677 do Código judiciário belga que prevê que: “toute **convention d’arbitrage** doit faire l’objet d’un écrit signé des parties ou d’autres documents qui engagent les parties et manifestent leur volonté de recourir à l’arbitrage”. (Grifou-se).

⁹¹¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Embarços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei n.º 9.307/96 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999b, p. 18.

⁹¹² A lei espanhola prevê no seu art. 9.1 que: “el **convenio arbitral**, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir a respecto de una determinada relacion jurídica, contractual o no contractual”. (Grifou-se). A lei de arbitragem voluntária portuguesa no seu art. 1,2 também utiliza a expressão para determinar a fórmula pela qual as partes expressam sua vontade de utilizar-se da arbitragem para solucionar suas controvérsias. Prevê a lei portuguesa que: “a **convenção de arbitragem** pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)”. (Grifou-se).

⁹¹³ O art. 7º, I, da Lei Modelo da Uncitral dispõe que: “**convenção de arbitragem** é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual”. (Grifou-se).

⁹¹⁴ Neste sentido Beat Walter Rechsteiner (**Arbitragem privada internacional no Brasil, depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996**: teoria e prática. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 52), para quem, “a convenção de arbitragem, juridicamente válida, é o elemento indispensável para a instituição de um tribunal arbitral e sua competência no julgamento de uma lide. Quando refere-se a uma lide futura, decorrente de determinada relação jurídica, entre duas partes, mormente de natureza contratual, a convenção de arbitragem (*convention d’arbitrage, patto di arbitrato, Schiedsvereinbarung Schiedsabrede*) é denominada cláusula compromissória (*clause compromissoire*) ou, por vezes, também, cláusula arbitral (*Schiedsklausel*). Se, entretanto, a convenção de arbitragem estiver relacionada à lide já existente, costuma-se falar em compromisso arbitral (*compromis, Schiedsvertrag*).

mesmo surja; já o compromisso arbitral só será celebrado ocorrendo o litígio, pois é o chamamento para que as partes firmem as regras para a instauração do juízo arbitral⁹¹⁵.

3.3.2.2 Autonomia para eleição do árbitro

Um dos grandes propósitos da arbitragem está na autonomia das partes para escolher, e até mesmo para substituir⁹¹⁶, o julgador de suas contendas. César Fiúza, ratificando essa idéia, assevera que “os árbitros [...] têm seus poderes na vontade das partes, e apenas aqueles conferidos pelas mesmas. Isso em virtude do caráter excepcional de sua função”⁹¹⁷. Essa autonomia, inclusive, autoriza que as partes elejam os árbitros pessoalmente ou se reportem a um órgão arbitral institucional ou entidade especializada que regulará essa escolha⁹¹⁸.

A escolha do(s) árbitro(s) pelas partes, como se pode depreender, é subjetiva, seguindo o critério da confiabilidade das partes e algumas regras formais impostas por lei. A lei brasileira, a título de exemplo, além do caráter de confiabilidade, também exige que os árbitros, sempre em número ímpar, sejam capazes (art. 13, § 1º). A exigência de número ímpar de árbitros visa a evitar um empate na decisão final, que poderia causar problemas para a resolução e, assim, inviabilizar a celeridade da arbitragem.

O ofício de árbitro, também, requer o cumprimento de certas obrigações legais e ético-morais⁹¹⁹. As obrigações ético-morais dizem respeito à conduta do árbitro, que na Lei de Arbitragem brasileira (art. 13, § 6º) constitui na determinação de que os árbitros devem “proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”⁹²⁰. Já as obrigações legais são aquelas referentes à ordem processual. Diante dessas obrigações, os árbitros devem necessariamente respeitar, no procedimento arbitral, os princípios

⁹¹⁵ Isso pode ser concluído pela própria redação dos arts. 4º, *caput*, e 9º da LA. O art. 4º, *caput*, prevê que: “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. O art. 9º, por sua vez, dispõe que: “o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

⁹¹⁶ No sistema brasileiro (art. 16 da LA), a própria substituição dos árbitros passa pelo crivo da autonomia das partes. Assim, não podendo o árbitro desempenhar sua função, fica, primeiramente, a critério das partes a sua substituição.

⁹¹⁷ FIÚZA, 1995, p. 130.

⁹¹⁸ RIGGENBACH, 1999, p. 45.

⁹¹⁹ BARRAL, 2000, p. 27.

⁹²⁰ Algumas dessas obrigações foram tratadas como princípios no tópico anterior.

processuais do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento.

O árbitro, no desempenho de sua função, também possui competência para determinar sua própria competência, suspeição⁹²¹ ou impedimento⁹²². Tal princípio, conhecido como competência da competência, como afirma Pedro A. Batista Martins, é “o conceito [...] pelo qual toda e qualquer dúvida ou controvérsia com relação à validade, existência e eficácia do contrato e/ou da cláusula arbitral que dele conste, cabe ao árbitro resolver”⁹²³.

Para finalizar, a Lei de Arbitragem brasileira, ainda, expressamente prevê que o árbitro é juiz de fato e de direito⁹²⁴.

3.3.2.3 Autonomia para eleger a lei aplicável

A autonomia privada também permite a escolha da regra aplicável ao fundo do litígio da arbitragem, determinando, inclusive, se ela será de direito ou de equidade. A definição sobre o tipo de arbitragem possui grande relevância para se determinarem as referidas regras. Isso porque, segundo Ricardo Soares Stersi dos Santos,

[...] quando a escolha recair em regras de direito, as partes terão que definir se aplicam: a lei substancial de um determinado Estado; os princípios gerais de direito; a *lex mercatoria*; os usos ou os costumes. Quando a escolha

⁹²¹ Segundo Joel Figueira Júnior (1999a, p. 202), “suspeito de parcialidade será o árbitro que for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; se alguma das partes for sua credora ou devedora, ou de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral, até 3.º grau; se herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; se receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo arbitral; se tiver aconselhado alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; se for interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”.

⁹²² Para Joel Figueira Júnior (1999a, p. 202), “[...] é impedido de funcionar o árbitro nos processos em que for parte; em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; que tenha conhecido da matéria anteriormente quando proposta perante a jurisdição estatal, extinta pelo compromisso arbitral; quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral, até segundo grau; quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau; quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa”.

⁹²³ Apud BARRAL, 2000, p. 32.

⁹²⁴ Para Carlos Alberto Carmona (**Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 230), por essa expressão, “[...] talvez tenha o legislador querido ressaltar que, por conta de sua investidura privada, os árbitros são juízes de fato (privados), mas sua decisão produz a mesma eficácia da decisão estatal (daí serem também juízes de direito); talvez tenha o legislador querido ressaltar que o árbitro lidará tanto com as *questiones facti* quanto as *questiones iuris*. Seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o instituto da Lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito”. Para maiores detalhes ver comentários do art. 18 da LA no tópico sobre análise da Lei n.º 9.307 do Capítulo 4.

recair na equidade, utilizar-se-á o parâmetro de justiça adotado pela sociedade naquele momento histórico ao caso concreto⁹²⁵.

Um dos pontos importantes, principalmente na arbitragem internacional, recai sobre a *lex mercatoria*, que, segundo Adriana Noemi Pucci, “é uma lei especial, própria do comércio internacional, oriunda dos usos e costumes do comércio internacional e dos princípios gerais de direito dos quais estão imbuídas as relações comerciais internacionais”⁹²⁶. A utilização da *lex mercatoria*, a exemplo de outros institutos aqui analisados, possui defensores e críticos. Os defensores da *lex mercatoria* afirmam que o seu uso deve ser incentivado, pois atende às especificidades do comércio internacional, e, muitas vezes, a aplicação do direito nacional não é apropriada para meios alternativos de conflitos⁹²⁷. Os críticos, contudo, afirmam que a *lex mercatoria* deve ser evitada, pois nela “não existem fundamentos teóricos claros, definidos e comprovados que permitam afirmar que a *Lex Mercatoria* é realmente um sistema legal independente dos sistemas jurídicos nacionais”⁹²⁸. Na visão dessa pesquisa, não há motivos para descartar o uso da *lex mercatoria* como regra de fundo da arbitragem, podendo ser utilizada tanto na arbitragem interna quanto na internacional, devendo, como em toda regra de escolha de lei aplicável, respeitar a ordem pública e os bons costumes.

Alguns autores, como João Bosco Lee e Jean-Christophe Pommier, incluem nesses limites o instituto da fraude à lei. Dessa forma, as partes, na arbitragem interna, não poderiam adotar direito estranho ao direito interno do contrato⁹²⁹. Na arbitragem

⁹²⁵ SANTOS, R., 2004, p. 39-40.

⁹²⁶ PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem e *lex mercatoria* no direito brasileiro. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). **Novos rumos da arbitragem no Brasil**. São Paulo: Fiúza, 2004, p. 14.

⁹²⁷ PUCCI, 2004, p. 22-23.

⁹²⁸ PUCCI, 2004, p. 23.

⁹²⁹ Para João Bosco Lee (2002a, p. 179-181), “o reconhecimento da autonomia da vontade, é com certeza, uma evolução no direito internacional privado brasileiro, sendo necessário para a eficácia da lei de arbitragem. Entretanto, sua aplicação à arbitragem interna é ‘excessiva e inapropriada’. O direito interno se impõe à arbitragem interna. Como entende Jean-Christophe Pommier: ‘ao contrato interno, a única lei competente suscetível de regê-lo é esta ordem jurídica interna sobre a qual todos os pontos de conexão convergem. Na verdade, ‘a possibilidade de uma designação da lei aplicável ao contrato pelas partes, faz supor que a arbitragem revela um caráter internacional, com exigência prévia’. [...] Ademais, a escolha pelas partes de um direito estrangeiro quando a arbitragem é interna poderia constituir um caso de fraude à lei. A respeito de uma crítica feita sobre a lei modelo da Uncitral, que permite a internacionalização ‘fictícia’ da arbitragem pela simples vontade das partes, Fouchard, Gaillard e Goldman assinalam que ‘autorizamos assim, senão a fraude à lei normalmente competente, ao menos uma evasão diante desta lei, que não é justificada objetivamente pelas necessidades do comércio internacional. Pommier observa também que ‘internacionalizando o contrato interno, as partes podem afastá-lo das disposições imperativas da lei interna normalmente aplicável [...] pela única intervenção da regra de conflito [...]’. Assim, escolhendo um direito estrangeiro, as partes internacionalizam a arbitragem e se afastam do direito interno, o que caracteriza fraude à lei”. Vide ainda: LEE, João Bosco. A lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: PIMENTEL, Luiz

internacional, como prevê a da Convenção de Roma para os contratos, estaria defesa às partes a eleição de direito que não tivesse um mínimo de conexão⁹³⁰.

Na visão deste trabalho, as partes têm liberdade para eleger o direito que melhor lhe aprouver, devendo somente, em caráter de praticidade, ser analisados na arbitragem internacional os direitos dos países com os quais o contrato tem conexão para evitar problemas na execução da sentença arbitral. Isso porque, se alguma regra prevista como necessária pelo país onde a sentença arbitral vai ser reconhecida não foi observada, pode haver a inviabilidade de execução da sentença. As regras de ordem pública, vale ressaltar, também não podem ser olvidadas.

3.3.2.4 Autonomia para escolher o procedimento

A autonomia privada na arbitragem também permite que as partes escolham as regras do procedimento arbitral, permitindo a adequação do procedimento aos interesses das partes, visando a satisfazer os objetivos da arbitragem.

Essa prática de conferir liberdade às partes e ao próprio árbitro de escolher o procedimento não é uma exclusividade brasileira. Países como França, Espanha, Portugal e Itália também prevêem essa possibilidade em seus sistemas arbitrais⁹³¹.

Entretanto, como ressalta Carlos Alberto Carmona, “[...] a vontade das partes (e, subsidiariamente, dos árbitros) quanto à especificação de regras procedimentais encontra limitação na natureza e finalidade da arbitragem e também da lei”⁹³². Deve ficar claro que, apesar do processo arbitral depender do consenso das partes, ele deve observar os princípios anteriormente analisados, principalmente os que se referem aos requisitos básicos do

Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos. (Org.). **Direito comercial internacional**: arbitragem. Florianópolis: OAB/SC, 2002b, p. 355-356.

⁹³⁰ Beat Walter Rechsteiner (2001, p. 92-93), ratificando esta idéia, expõe que: “o tribunal arbitral deverá levar em consideração todos os direitos nacionais sobre o direito internacional privado que tenham uma conexão relevante com a lide a ser julgada. Frequentemente estes direitos apontam para um mesmo direito aplicável. Em todos os países-membros da União Européia (UE), p. ex., está em vigor a Convenção de Roma de 19.07.1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. Se a lide ocorrer entre partes com sede em países da União Européia (UE), o tribunal arbitral necessitará, obviamente, levar em consideração a mencionada Convenção desde que a lide decorra de uma relação contratual com conexão internacional. Aliás, existindo convenções uniformizando o direito internacional privado ou o direito material, vigorando em todos os Estados, cujos direitos virtualmente têm um interesse a ser aplicado ao caso concreto, o tribunal arbitral sempre terá que levá-las em consideração”.

⁹³¹ Para melhores detalhes ver o tópico “A autonomia privada no direito estrangeiro” deste capítulo.

⁹³² CARMONA, 1998, p. 36.

processo judicial, como o contraditório, a igualdade das partes, o livre convencimento dos árbitros, etc.

Aqui entra novamente a importância em se definir que tipo de arbitragem as partes não optado na convenção arbitral: institucional ou *ad hoc*. Se as partes elegerem um órgão arbitral institucional para solucionar seus litígios, geralmente, serão consideradas as regras procedimentais do referido órgão⁹³³. Por outro lado, como adverte Ricardo Soares Stersi dos Santos, “a escolha da arbitragem *ad hoc* demanda a formulação, a negociação e a indicação de regras procedimentais e processuais estabelecidas pelas próprias partes que podem estar inseridas na convenção de arbitragem”⁹³⁴. Conforme o mesmo autor, “são essas regras estipuladas que irão reger o desenvolvimento da arbitragem, desde que não violem a ordem pública”⁹³⁵.

3.3.3 A autonomia privada no processo arbitral no direito estrangeiro e nos tratados internacionais

Agora se faz mister analisar como a autonomia privada na arbitragem se manifesta no direito estrangeiro e nos tratados internacionais. Analisar-se-á dessa forma, do ponto de vista da autonomia privada, o direito argentino, uruguaio, paraguaio, venezuelano, chileno, boliviano, mexicano, peruano, francês, português, italiano, belga, espanhol, inglês e estadunidense. Bem como, os seguintes tratados internacionais: Protocolo Relativo a cláusulas de arbitragem (Genebra 1923); Convenção sobre execução de laudos arbitrais estrangeiros (Genebra 1927); Convenção das Nações Unidas para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (Nova Iorque 1958); Convenção européia sobre arbitragem comercial internacional (Genebra 1961); Convenção sobre solução de disputas relativas a investimentos entre Estados e cidadãos de outros Estados (Washington 1965); *Convention on settlement by arbitration of civil law disputes resulting from economic, scientific and technical cooperation* (Moscou 1972); Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional (Panamá 1975); Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros (Montevideu 1979); Lei

⁹³³ Neste sentido Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 61), para quem: “a opção pela arbitragem institucional faz com que as partes se submetam às regras processuais e procedimentais previamente estabelecidas em regulamento de arbitragem de uma instituição indicada para o julgamento da demanda. Nesta hipótese, a liberdade de vontade se restringe à escolha do órgão institucional responsável pela resolução do conflito, aderindo-se as regras previamente delimitadas por este”.

⁹³⁴ SANTOS, R., 2004, p. 61.

⁹³⁵ SANTOS, R., 2004, p. 61.

Modelo da Uncitral de 1985; Protocolo sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa (Mercosul - Las Leñas 1992); Protocolo sobre jurisdição internacional em matéria contratual (Mercosul – Buenos Aires 1994) e Acordo de Arbitragem Comercial Internacional no Mercosul (Mercosul 1998).

3.3.3.1 A autonomia privada no direito estrangeiro

Uma massiva literatura de arbitragem foi publicada no Brasil a partir da promulgação da Lei de Arbitragem, em 1996. Os estudos de direito comparado, então apresentados, apontavam a ascensão da arbitragem nos quatro cantos da Terra, tendo no princípio da autonomia privada um dos seus princípios basilares. Entretanto, aparecia em alguns países, como Portugal, Chile e Argentina, a figura da arbitragem obrigatória, também denominada de necessária ou forçada.

Assim, pela gama de países que poderiam ser analisados neste estudo, primeiramente optou-se por se analisarem os países integrantes do Mercosul; em seguida, alguns países que influenciaram de alguma forma o direito arbitral brasileiro, como o direito espanhol; países com tradição em utilização de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) para solucionar controvérsias, como a França e os Estados Unidos; outros que previssem a arbitragem obrigatória no seu sistema; e outros que, nos últimos anos, tivessem implementado um sistema de arbitragem inspirado na Lei Modelo da Uncitral, como o Peru.

Apesar de, como relatado anteriormente, já existir uma base sobre a legislação de arbitragem da maioria dos países aqui eleitos, influenciada pelas inúmeras publicações doutrinárias, surpreendentemente se detectou que, a partir do final do século XX, houve uma grande reforma no sistema arbitral de diversos países. Essas reformas não são só encontradas em países com legislações defasadas no âmbito da arbitragem, como o caso do Paraguai, mas em países que já possuíam uma legislação considerada moderna para a atualidade, como o caso da Espanha⁹³⁶. Outra surpresa foi o desaparecimento de arbitragens obrigatórias. Na Itália, onde se conhecia esse tipo de arbitragem, chegou-se a declarar inconstitucional qualquer lei que impusesse às partes esse meio de solucionar seus litígios⁹³⁷.

⁹³⁶ Recorda-se, novamente, que a lei espanhola de arbitragem de 1988 serviu de base para a redação da lei brasileira de arbitragem de 1996.

⁹³⁷ Ver tópico sobre a Itália nesse título.

Embora se possa imaginar que essas modificações foram feitas por influência das regras de mercado no intento de permitir que a autonomia das partes seja adotada de maneira desenfreada, constatou-se que nessa nova era de legislação arbitral os limites ao juízo arbitral são cada vez mais claros. As preocupações com esses limites repetem às da autonomia privada em sua teoria geral, como visto no capítulo anterior. Essas preocupações, portanto, se referem à preservação da função social do contrato, à proteção da parte mais fraca, à observação de critérios de ordem pública e à delimitação das matérias passíveis de arbitragem, entre outras.

Feitas, portanto, as devidas explicações, passa-se agora a analisar o sistema de arbitragem na Argentina, Uruguai, Paraguai, México, Venezuela, Chile, Bolívia, Peru, Portugal, França, Itália, Bélgica, Espanha, Inglaterra e Estados Unidos.

a) Argentina

A arbitragem na Argentina é disciplinada pelo Código de Processo Civil e Comercial da Nação, em seu livro IV, títulos I e II, que tratam respectivamente do juízo arbitral e do juízo de *amigables compondores*⁹³⁸. Geralmente, o juízo arbitral é instaurado voluntariamente pelas partes, mas existem alguns casos em que a arbitragem é imposta por lei. A arbitragem obrigatória, por exemplo, é prevista nos arts. 128⁹³⁹, 179, 180, 182, 456, 471⁹⁴⁰, 476 e 491 do Código de Comércio e no art. 580 da Lei de Navegação (Lei n.º 20.094)⁹⁴¹.

Na Argentina, também existem tribunais arbitrais de consumo, que têm a função de atender e resolver, em caráter vinculante, as reclamações de consumidores e usuários em relação a seus direitos, exceto questões que não possam ser submetidas à arbitragem. O Sistema Nacional de Arbitragem de Consumo, como é chamado, foi criado pelo Decreto n.º 276/98 e autoriza às partes submeter as reclamações vinculadas a relações de consumo,

⁹³⁸ “A legislação argentina prevê ainda, dentro do livro VI, que dispõe sobre o processo arbitral, no seu título II, o juízo de *amigables compondores*, uma espécie de arbitragem que pode ter como objeto de decisão as mesmas questões que podem ser solucionadas por meio de arbitragem e que serão decididas por árbitros ou *amigables compondores*. A diferença básica entre o juízo arbitral e o de *amigables compondores* está no direito aplicável à solução. O primeiro deve ser, necessariamente, de direito, enquanto o de *amigables compondores* pode ser decidido por meio de equidade e será sempre a forma adotada se as partes não houverem estipulado se o litígio deve ser de direito”. SILVA, A., 2005, p. 49.

⁹³⁹ Este artigo, por exemplo, trata da obrigação de recorrer a um perito arbitrador para solucionar problemas relativos a prejuízos decorridos em casas de depósitos.

⁹⁴⁰ O art. 471 do Código de Comércio prevê que: “El vendedor que, después de perfeccionada la venta, enajenase, consumiese o deteriorase la cosa vendida, será obligado a dar al comprador otra equivalente en especie, calidad y cantidad, o, en su defecto, el valor que a juicio de árbitros se atribuyese al objeto vendido, con relación al uso que el comprador pretendía hacer de él, y al lucro que le podía proporcionar, rebajando el precio de la venta, si el comprador no lo hubiese pagado todavía”.

⁹⁴¹ ANÍBAL, 1998, p. 54.

conforme a Lei de Defesa do Consumidor daquele país (Lei n.º 24.240/93)⁹⁴². Esse decreto também instituiu uma câmara específica para solucionar, por meio de arbitragem, problemas referentes a cereais e afins. Esse tipo de arbitragem não é obrigatório, mas, uma vez instaurado o juízo arbitral, torna obrigatória a aceitação pelas partes da decisão proferida pela Câmara⁹⁴³.

Para finalizar, vale ressaltar que a Argentina é parte das Convenções internacionais⁹⁴⁴ de arbitragem, incorporando, portanto, grande parte dos principais fundamentos desse instituto.

b) Uruguai

O Uruguai, a exemplo dos outros países do Mercosul, ratificou grande parte dos principais tratados de arbitragem no âmbito internacional. Esse Estado faz parte da Convenção de Nova Iorque de 1958 (Decreto-Lei n.º 15.229, de 11 de dezembro de 1981), da Convenção de Washington de 1965⁹⁴⁵ (Lei n.º 17.209, de 24 de setembro de 1999), da Convenção do Panamá de 1975 (Decreto-Lei n.º 14.534, de 22 de junho de 1976) e da Convenção de Montevideu de 1979 (Decreto-Lei n.º 14.953, de 12 de dezembro de 1979).

Além da ratificação desses tratados, o Uruguai firmou, em 23 de julho de 1998, o Acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul (AACIM) e entre o Mercosul (acordo com as mesmas características do AACIM) e a República da Bolívia e a República

⁹⁴² Maiores informações sobre o Sistema Nacional de Arbitragem de Consumo podem ser encontradas no site: www.poderdelconsumidor.com.ar/legislacion/dec276.htm.

⁹⁴³ Decreto n.º 931/98. CÂMARA arbitral de cereais e afins argentina. Disponível em: <www.cabcbue.com.ar/arbitraje/Arbitraje.htm>. Acesso em: 13 nov. 2006.

⁹⁴⁴ A Argentina aprovou, por meio da Lei n.º 23.619 de 14 de março de 1989, a Convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, fazendo reservas a essa Convenção no que diz respeito ao princípio de reciprocidade. Dessa maneira, a Convenção só será aplicada em relação aos laudos arbitrais elaborados em território de outro país membro da Convenção. Ela também é parte da Convenção do Panamá de 1975 (Lei n.º 24.322, de 05 de janeiro de 1995), da Convenção de Montevideu de 1979 (ratificada em 11 de julho de 1983), do AACIM (Lei n.º 25.223, de 30 de março de 2000) e da Convenção de Washington de 1965 (Lei n.º 24.353, de 18 de outubro de 1994).

⁹⁴⁵ O Uruguai também possui acordos bilaterais em matéria de promoção e proteção recíprocas de investimentos com os seguintes países: Alemanha (Lei n.º 16.110 de 25.04.90), Canadá (Lei n.º 17.102 de 16.05.99), Chile (Lei n.º 17.059 de 21.12.98), China (Lei n.º 16.881 de 21.10.97), Espanha (Lei n.º 16.444 de 15.12.93), Estados Unidos (D-Lei n.º 15.427 de 19.07.83), França (Lei n.º 16.818 de 16.04.97), Hungria (Lei n.º 16.184 de 21.05.91), Itália (Lei n.º 16.857 de 22.08.97), Países Baixos (Lei n.º 16.182 de 21.05.91), Polônia (Lei n.º 16.598 de 14.10.94), Portugal (Lei n.º 17.210 de 24.09.99), Reino Unido (Lei n.º 16.819 de 16.04.97), República Tcheca (Lei n.º 17.270 de 19.10.00), Romênia (Lei n.º 16.396 de 29.07.93), Suécia (Lei n.º 17.211 de 24.09.99), Suíça (Lei n.º 16.176 de 30.03.91) e União Belgo-Luxemburgesa (Lei n.º 16.856 de 22.08.97). Cf. URUGUAI. **Legislação uruguaia sobre arbitragem**. Disponível em: <www.ftaa-alca.org/busfac/comarb/uruguay/quesuru_s.asp>. Acesso em: 14 nov. 2006.

do Chile. Ambos os instrumentos permanecem na análise do congresso uruguaio, não estando, portanto, ainda em vigor para esse país⁹⁴⁶.

A principal regra de arbitragem no Uruguai é a prevista nos arts. 472 a 507 do *Código General del Proceso* (Lei n.º 15.982/88, com alterações feitas pela Lei n.º 16.699/95), que tem na autonomia das partes seu principal princípio. Isso pode ser constatado já no primeiro artigo do Título VIII do *Código General del Proceso*, que disciplina sobre o Processo Arbitral. O art. 472, dessa forma, prevê que “toda controvérsia, individual ou coletiva, poderá ser submetida pelas partes à resolução de um tribunal arbitral, salvo expressa disposição legal em contrário”. Da mesma maneira, a autonomia das partes faz-se presente para determinar as regras de procedimento e de fundo do juízo arbitral no Uruguai⁹⁴⁷.

A Lei n.º 16.906, que trata da declaração de interesse nacional, promoção e proteção de investimentos realizados por investidores nacionais e estrangeiros em território nacional, também prevê a possibilidade da utilização de um tribunal arbitral para solucionar as controvérsias oriundas da interpretação ou da aplicação de referida lei (art. 25).

Apesar de não se terem encontrado leis específicas que disciplinem sobre a arbitragem obrigatória na legislação atual uruguaia (o Uruguai previu esse sistema em 1866 para matéria societária⁹⁴⁸), existe, todavia, a previsão no *Código General de Proceso* da possibilidade de existência de arbitragens necessárias, que são consideradas aquelas impostas pela lei⁹⁴⁹.

A legislação uruguaia, seguindo a tendência internacional, também prevê limites à arbitragem. Esses limites dizem respeito à ordem pública e à arbitrabilidade.

c) Paraguai

Até a promulgação da Lei “de arbitragem e mediação” (Lei n.º 1.879/02), a principal fonte de direito para a arbitragem comercial no Paraguai era o *Código Procesal Civil* (Lei n.º 1.337/88), que disciplinava a matéria nos arts. 774 a 835⁹⁵⁰. A antiga legislação

⁹⁴⁶ MERCOSUL. Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. Disponível em: <www.mj.gov.br/mercosul/RMJ/Documentação/25_Acordo%20de%20Arbitragem%20Comercial.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2006.

⁹⁴⁷ Isso pode ser percebido no texto dos arts. 490 (liberdade de procedimento), 480 (nomeação de árbitros) e 492 (procedimento para levantamento de provas) do *Código General del Proceso* uruguaio.

⁹⁴⁸ RIPPE, Siegbert. El arbitraje como medio alternativo de solución de controversias comerciales. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 374.

⁹⁴⁹ Conforme art. 474.1 do *Código General de Proceso*.

⁹⁵⁰ Tais dispositivos foram expressamente revogados pelo art. 69 da Lei “de arbitragem e mediação”.

não trazia grandes inovações à matéria⁹⁵¹ e, assim, com o intento de se ajustar à Lei Modelo da Uncitral, em 24 de abril de 2002, o Paraguai promulgou a Lei n.º 1.879, a Lei “de arbitragem e mediação”.

Ao lado da nova lei, atualmente, são fontes de arbitragem naquele país a Constituição nacional, os tratados aprovados e devidamente ratificados, e algumas leis específicas como a Lei de Investimentos (Lei n.º 117/92), o Código de Organização Judicial (Lei n.º 879/81) e leis orgânicas de distintas entidades públicas que facultam recorrer à arbitragem comercial para solucionar seus litígios em relações de direito privado⁹⁵².

Vale ressaltar que o princípio da autonomia privada está presente em toda a legislação referente à arbitragem no Paraguai, podendo ser encontrado na instauração e em todo o juízo arbitral. Pode-se citar como exemplos da presença desse princípio as previsões do art. 9º da Lei de Investimentos⁹⁵³ e do art. 2º do Código de Organização Judicial⁹⁵⁴ (modificado pela Lei n.º 963/82, que preserva o exercício do Poder Judiciário ao juízes árbitros e arbitradores) e praticamente toda a Lei “de arbitragem e mediação”⁹⁵⁵.

A exemplo de outros países, apesar de ter no princípio da autonomia privada o seu princípio basilar, o Paraguai também limita o seu alcance em virtude da arbitrabilidade (art. 2º da Lei “de arbitragem e mediação”) e da ordem pública.

Com relação à participação desse país em tratados internacionais, o Paraguai é parte da Convenção de Nova Iorque de 1958, incorporada pela Lei n.º 948, de 9 de setembro de 1996. Ele também é parte da Convenção de Washington de 1965 (Lei n.º 944/82), da Convenção do Panamá de 1975 (Lei n.º 611/76), da Convenção de Montevideu de 1979 (Lei n.º 889/81) e do Acordo Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) (Lei n.º 124/91).

⁹⁵¹ Apesar de não inovadora, a antiga legislação paraguaia era embasada no princípio da autonomia privada, de tal forma que o art. 778 do seu Código Procesal Civil previa que: “as partes poderão convencional livremente sobre tudo que seja relativa à arbitragem, suas modalidades e formas, submetendo-se no essencial ao disposto neste Título. A designação de árbitros e a forma de regular a arbitragem poderão ser delegadas a um terceiro, seja esta pessoa física ou jurídica”.

⁹⁵² PARAGUAI. **Legislação paraguaia sobre arbitragem**. Disponível em: <www.ftaa-alca.org/busfac/comarb/paraguay/quesparrev_s.asp>. Acesso em: 13 nov. 2006.

⁹⁵³ Art. 9º. Los inversionistas nacionales y extranjeros, así como las entidades del Estado, incluyendo los entes autárquicos y las demás entidades de derecho público, que contrataren con el inversor extranjero, podrán acordar someter sus diferencias a tribunales arbitrales nacionales o internacionales, de conformidad con las normas legales nacionales e internacionales pertinentes.

⁹⁵⁴ Art. 2º. El Poder Judicial será ejercido por: la Corte Suprema de Justicia; el Tribunal de Cuentas; los Tribunales de Apelación; los Juzgados de Primera Instancia; la Justicia de Paz Letrada, los Juzgados de Instrucción en lo Penal; y los Jueces Arbitros y Arbitradores. (Art. modif. Ley n.º 963).

⁹⁵⁵ A Lei “de arbitragem e mediação”, para citar alguns exemplos, prevê o princípio da autonomia privada no acordo de arbitragem (art. 3º), na determinação do número de árbitros (art. 12), na determinação do procedimento (art. 22), na determinação do idioma (art. 25), na determinação da norma aplicável ao fundo do litígio (art. 32).

d) Venezuela

A Venezuela tem entre os seus principais princípios constitucionais o de promover a resolução de litígios por meios alternativos de controvérsias. O seguinte dispositivo pode ser encontrado no art. 258 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela, promulgada em 1999, que declara expressamente que “a lei organizará a justiça de paz nas comunidades. Os juízes ou juízas de paz serão eleitos ou eleitas por votação universal, direta e secreta, conforme a lei. A lei promoverá a arbitragem, a conciliação, a mediação e quaisquer outros meios alternativos para a solução de conflitos”.

O principal instrumento de regulação da arbitragem comercial é a Lei n.º 36.430, de 7 de abril 1998, que tem na autonomia privada sua principal fonte. Isso pode ser observado nos arts. 6º⁹⁵⁶, 9º⁹⁵⁷, 10º⁹⁵⁸ e 15º⁹⁵⁹, entre outros, da lei de arbitragem venezuelana. A legislação venezuelana também prevê o arbitramento⁹⁶⁰ nos arts. 608 a 629 do Código de Procedimiento Civil. Apesar de o arbitramento ser considerado, ao menos no Brasil, como instituto diferenciado da arbitragem⁹⁶¹, na Venezuela não é possível fazer essa distinção. A única particularidade encontrada no arbitramento previsto no Código de Procedimiento Civil diz respeito à arbitragem de direito e à arbitragem de equidade. Isso porque, naquele país, a arbitragem de direito deve ser conduzida essencialmente por advogados (art. 619 do Código de Procedimiento Civil).

⁹⁵⁶ Art. 6º. “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

⁹⁵⁷ Art. 9º. “Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral lo determinará, atendiendo a las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes. No obstante, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones, oír las declaraciones de los testigos, los peritos o a las partes, o para examinar mercancías, otros bienes o documentos”.

⁹⁵⁸ Art. 10. “Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse. Este acuerdo será aplicable, salvo que ellos mismos hayan acordado otra forma, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias y al laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral”.

⁹⁵⁹ Art. 15. “Cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, las reglas aquí establecidas serán las aplicables. Asimismo, estas reglas podrán aplicarse a un arbitraje institucional, si así lo estipulan las partes”.

⁹⁶⁰ Os institutos da arbitragem e do arbitramento na Venezuela, segundo nosso entendimento, não possuem nenhuma diferenciação.

⁹⁶¹ No Brasil, segundo Tarcísio Araújo Kroetz (1997, p. 64), “o arbitramento consiste no poder conferido a um terceiro (arbitrador) de fixar, no lugar das partes, um elemento do contrato obrigando-os. O elemento a ser fixado ainda não foi determinado pelas partes, sua especificação é imprescindível para o contrato que está em vias de formação. Assim, o arbitrador fixa o elemento que aperfeiçoa a relação contratual”.

Como outros países aqui analisados, a Venezuela prevê em sua legislação limites ao instituto da arbitragem. Por exemplo, os limites de arbitrabilidade e de ordem pública (art. 3º) devem ser observados.

A Venezuela é parte da Convenção de Nova Iorque de 1958⁹⁶², da Convenção de Washington de 1965⁹⁶³, da Convenção do Panamá de 1975⁹⁶⁴ e da Convenção de Montevideu de 1979⁹⁶⁵.

e) Chile

O Chile, como a grande maioria dos países aqui analisados, também ratificou tratados internacionais de expressividade no âmbito da arbitragem. O Chile, por exemplo, é membro da Convenção de Nova Iorque de 1958, da Convenção de Washington de 1965 e da Convenção do Panamá de 1975⁹⁶⁶. Além dos tratados multilaterais ora referidos, o Chile também possui acordos bilaterais de investimentos, que contemplam mecanismos de soluções de controvérsias para solucionar disputas em matéria de investimentos entre este Estado e um nacional de outro Estado⁹⁶⁷.

O Chile, acompanhando as tendências mundiais de modernização das leis de arbitragem, em 29 de setembro 2004, editou sua lei de arbitragem (Lei n.º 19.971), inspirada na Lei Modelo da Uncitral de 1985⁹⁶⁸. Esse passo foi de grande importância para esse país,

⁹⁶² Ratificação feita em 8 de maio de 1995. Publicação da Convenção na Gaceta oficial Extraordinaria No. 4.832.

⁹⁶³ Lei n.º 35.655, publicada na Gaceta Oficial, de 3 de abril de 1995. A Venezuela também tem tratados bilaterais em matéria de investimento com: Países Baixos (1994), Argentina (1993), Suíça (1993), Equador (1993), Chile (1993), Barbados (1994), Portugal (1994), República Tcheca (1995), Reino Unido de Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (1995), Dinamarca (1994), Lituânia (1995), Peru (1996), Espana (1995), Paraguai (1996), Suécia (1996), Canadá (1996), Alemanha (1996), Costa Rica (1997), Brasil (1995), Uruguai (1997), Bélgica (1998), Itália (2001) y França (2001). Cf. VENEZUELA. **Legislação venezuelana sobre arbitragem**. Disponível em: <www.ftaa-alca.org/busfac/comarb/Venezuela/quesven_s.asp>. Acesso em: 23 nov. 2006.

⁹⁶⁴ Lei n.º 33.170, publicada na Gaceta Oficial, em 27 de fevereiro de 1985, e ratificada em 16 de maio de 1985.

⁹⁶⁵ Aprovada pela Lei n.º 33.144, de 15 de janeiro de 1985, e ratificada em 28 de fevereiro de 1985.

⁹⁶⁶ A Convenção de Nova Iorque de 1958 foi ratificada pelo Decreto n.º 664 do Ministério das Relações Exteriores, de 30 de outubro de 1975; a Convenção de Washington de 1965 pelo Decreto n.º 1.304 do Ministério das Relações Exteriores, de 9 de janeiro de 1992; e a Convenção do Panamá de 1975, por sua vez, pelo Decreto-Lei n.º 1.376, de 12 de julho de 1976.

⁹⁶⁷ O Chile possui acordos em matéria de investimentos com a Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Bolívia, Brasil, Colômbia, Coreia, Costa Rica, Croácia, China, Cuba, Dinamarca, Equador, Egito, Líbano, El Salvador, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Grécia, Guatemala, Holanda, Honduras, Hungria, Indonésia, Itália, Malásia, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, República Dominicana, Romênia, África do Sul, Suécia, Suíça, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Uruguai, Venezuela e Vietnã. Cf. CHILE. **Lei sobre arbitragem comercial internacional chilena**. Disponível em: <www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/Ley%20arbitraje%20Internacional%20publicada.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2006.

⁹⁶⁸ FIGUEROA VÁLDES, Juan Eduardo. **La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional (Lei 19.971)**. Disponível em: <www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/La%20Nueva%20Ley%20Chilena%20Sob.%20Arb.%20Comer.%20Internac.doc>. Acesso em: 15 nov. 2006.

pois até então a arbitragem era regulada de maneira geral e defasada pelo Código de Processo Civil e pelo Código Orgânico de Tribunais. Essa situação dificultava a inserção do Chile no cenário internacional de investimentos e de comércio internacional. Juan Eduardo Figueroa Váldez explica que a legislação chilena observou as regras da Lei Modelo por trazerem as seguintes vantagens para o Chile: a) dar uma imagem de seriedade e confiança ao Chile perante a comunidade jurídica e empresarial internacional; b) fomentar as transações internacionais e o investimento estrangeiro; c) criar um regime jurídico aplicável a resoluções de controvérsias internacionais entre os particulares; d) gerar confiança para que o Chile seja sede de arbitragens comerciais internacionais; e) contribuir para a proliferação e o aperfeiçoamento dos serviços de arbitragem comercial internacional oferecidos por entidades chilenas; e f) permitir que as pequenas e médias empresas chilenas que celebram contratos com partes estrangeiras possam recorrer à arbitragem internacional no Chile⁹⁶⁹.

Como já era de se esperar, a lei chilena tem na autonomia das partes o seu princípio de base. Esse princípio, entre outras coisas, permite que as partes possam determinar a lei aplicável ao fundo do litígio (art. 28, I, da Lei chilena) e o procedimento que julguem mais adequado para reger o juízo arbitral (art. 19, I, da Lei chilena). Vale frisar, entretanto, que apesar de inspirado em legislações que primam pela autonomia das partes, o Chile prevê a arbitragem forçada ou obrigatória entre suas formas de soluções de controvérsias. A arbitragem obrigatória em matéria de direito de trabalho, inclusive, é prevista na própria Constituição chilena⁹⁷⁰. São matéria de arbitragem forçada, por exemplo, a liquidação de uma sociedade conjugal ou de uma sociedade coletiva, em comandita civil, e a das comunidades⁹⁷¹; as questões a que se referem a prestação de conta do gerente ou liquidante de sociedades comerciais e demais juízos de contas, as diferenças existentes entre sócios de uma sociedade anônima ou de uma sociedade coletiva ou comandita comercial (mesmo entre associados em participação ou entre sócios de uma responsabilidade limitada)⁹⁷²; e questões sobre direitos que versem sobre repartição de águas⁹⁷³.

⁹⁶⁹ FIGUEROA VÁLDEZ, 2006.

⁹⁷⁰ A Constituição chilena (CHILE. **Constituição chilena**. Disponível em: <www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20050516/pags/20050516221649.html>). Acesso em: 19 nov. 2006) prevê no seu art. 19: “La constitución asegura a todas las personas: 16. [...] La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”.

⁹⁷¹ Código Orgânico de Tribunales, art. 227.

⁹⁷² Lei n.º 3.918, Art. 4, 2.

⁹⁷³ Código de águas chileno, arts. 244 a 247 y 258.

A autonomia das partes na arbitragem também possui limites no Chile, sendo as principais restrições a arbitrabilidade e a ordem pública⁹⁷⁴.

f) Bolívia

A voluntariedade de as partes solucionarem os litígios por meio de arbitragem está prevista nos arts. 1º e 10, I, da Lei de Arbitragem e conciliação boliviana⁹⁷⁵, Lei n.º 1770, de 10 de março de 1997⁹⁷⁶. O mesmo princípio é observado dentro de quase todo o juízo arbitral⁹⁷⁷. A Bolívia também prevê limites à arbitragem⁹⁷⁸.

Uma das particularidades da lei boliviana é apontar os princípios que regerão os meios alternativos de soluções de controvérsias. Como visto anteriormente, são eles: princípio da liberdade, da flexibilidade, privacidade, idoneidade, celeridade, igualdade, oralidade e contradição⁹⁷⁹.

A Bolívia ratificou as seguintes convenções internacionais multilaterais: Convenção de Nova Iorque de 1958, Convenção de Washington de 1965, Convenção do Panamá de 1975 e Convenção de Montevideu de 1979⁹⁸⁰.

⁹⁷⁴ Conforme arts. 34 e 36 da Lei de Arbitragem chilena.

⁹⁷⁵ Art. 1º. “Esta Ley establece la normativa jurídica del arbitraje y la conciliación como medios alternativos de solución de controversias, que facultativamente pueden adoptar los sujetos jurídicos antes de someter sus litigios a los tribunales ordinarios e inclusive durante su tramitación judicial”.

Art. 10, I. “El convenio arbitral se instrumenta por escrito, sea como cláusula de un contrato principal o por acuerdo separado del mismo. Su existencia deriva de la suscripción de un contrato principal o de un convenio arbitral específico o del intercambio de cartas, telex, facsímiles o de cualquier otro medio de comunicación, que deje constancia documental de la voluntad de ambas partes de someterse al arbitraje”.

⁹⁷⁶ LEGISLAÇÃO boliviana sobre arbitragem, 2006.

⁹⁷⁷ As partes podem decidir, por exemplo, sobre o número de árbitros (art. 17), procedimento arbitral (art. 39), lugar da arbitragem (art. 42, I), idioma (art. 77).

⁹⁷⁸ Esses limites versam sobre a ordem pública (art. 3º) e a arbitrabilidade (art. 3º e 6º) e art. 63, I da Lei de Arbitragem e conciliação boliviana.

⁹⁷⁹ Segundo o art. 2º da Lei boliviana sobre arbitragem (2006): 1) PRINCIPIO DE LIBERTAD, que consiste en el reconocimiento de facultades potestativas a las partes para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de controversias; 2) PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD, que consiste en el establecimiento de actuaciones informales, adaptables y simples; 3) PRINCIPIO DE PRIVACIDAD, que consiste en el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y confidencialidad; 4) PRINCIPIO DE IDONEIDAD, que consiste en la capacidad para desempeñarse como árbitro o conciliador; 5) PRINCIPIO DE CELERIDAD, que consiste en la continuidad de los procedimientos para la solución de las controversias; 6) PRINCIPIO DE IGUALDAD, que consiste en dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos; 7) PRINCIPIO DE AUDIENCIA, que consiste en la oralidad de los procedimientos alternativos; 8) PRINCIPIO DE CONTRADICCION, que consiste en la oportunidad de confrontación entre las partes.

⁹⁸⁰ As referidas convenções foram ratificadas, respectivamente, em: 28 de abril de 1995, 23 de junho de 1995, 8 de outubro de 1998 e 15 de maio de 1998. A Lei de Arbitragem e conciliação boliviana prevê que a arbitragem comercial internacional na Bolívia deve observar o disposto nessas quatro convenções. O texto do art. 72, II, assim, prevê que: “I. Las disposiciones de este Título se aplicarán al Arbitraje Internacional, sin perjuicio de lo previsto en los siguientes instrumentos: 1. Convenio Interamericano sobre "Arbitraje Comercial Internacional", aprobado en Panamá el 30 de enero de 1975. 2. Convenio sobre "Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras" aprobado en Nueva York el 10 de junio de 1958. 3. Convenio Interamericano sobre "Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros", previa ratificación, aprobado en Montevideo el

g) México

O Código de Procedimientos Civis (com alterações dos Decretos de 21/07/1993, 23/09/1993 e 06/01/1994) do México dispõe acerca do Juízo Arbitral, nos arts. 609 a 636. Entretanto, a arbitragem naquele país tem como sua principal fonte o Código Comercial mexicano, promulgado em outubro de 1889 e modificado em 1988 e 1993. O Código Comercial mexicano prevê as disposições em matéria de arbitragem no seu Livro V, Título VI, arts. 1.415 a 1.463, embasadas na Lei Modelo da Uncitral⁹⁸¹.

O México, além de seguir as regras da Lei Modelo, também segue as tendências mais modernas com relação à matéria de arbitragem, ao fazer parte da Convenção de Nova Iorque de 1958, da Convenção do Panamá de 1975⁹⁸² e da Convenção de Montevideu de 1979. No México, vale ressaltar, os tratados internacionais são considerados conforme dispõe a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, Lei Suprema da União, sendo, portanto, parte da legislação interna. Assim, os tratados internacionais por ele ratificados não necessitam de lei específica que os implemente⁹⁸³.

A arbitragem no México, como se pode perceber no texto do art. 1.416⁹⁸⁴ do Código Comercial, seguindo a tendência dos dispositivos internacionais por ele adotado, tem caráter voluntário e prevê o princípio da autonomia das partes ao longo de todo o processo arbitral⁹⁸⁵. São previstas limitações ao instituto em virtude de ordem pública, em virtude da matéria⁹⁸⁶ ou se afeta direitos de terceiros⁹⁸⁷.

8 de mayo de 1979. 4. Convenio sobre "Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965.

⁹⁸¹ MÉXICO. **Código de comércio mexicano**. Disponível em: <www.sice.oas.org/DISPUTE/COMARB/Mexico/codcos.asp>. Acesso em: 13 nov. 2006.

⁹⁸² O México é parte da Convenção do Panamá de 1975 desde 26 de abril de 1978.

⁹⁸³ MÉXICO. **Legislação mexicana sobre arbitragem**. Disponível em: <www.ftaa-alca.org/busfac/comarb/Mexico/codco_s.asp#capII>. Acesso em: 13 nov. 2006.

⁹⁸⁴ Art. 1.416, I. Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual; e

Art. 1.417, I. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañará la de autorizar a un tercero, incluida una Institución, a que adopte la decisión de que se trate, excepto en los casos previstos en el artículo 1445;

Art. 1.417, II. Se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje a que dicho acuerdo, en su caso, remita.

⁹⁸⁵ Conforme os arts. 1.435 e 1.445 do Código de Comércio, as partes estão autorizadas a eleger os procedimentos e as normas de fundo que repute mais adequados para reger a arbitragem.

⁹⁸⁶ O Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no seu art. 615, prevê que não poderão ser objeto de arbitragem: o direito a pensão alimentícia, divórcio (exceto em relação a aspectos monetários), nulidade de matrimônio, assuntos que se referem ao estado civil (exceto os direitos pecuniários por filiação), os expressamente proibidos por lei.

h) Peru

O Peru, após a edição da sua Lei Geral de Arbitragem – Lei n.º 26.572, de 3 de janeiro de 1996 –, conta com uma das legislações mais modernas a respeito de arbitragem. Da mesma forma que outros países aqui analisados, o Peru adota o critério da autonomia das partes para a escolha da lei aplicável a obrigações contratuais em sentido geral (art. 2.095 do Código Civil peruano) e prevê esse princípio também no juízo arbitral. Isso pode ser observado, por exemplo, no texto dos arts. 9º, 10, 21 e 33 de sua Lei de Arbitragem.

Além da legislação específica sobre arbitragem, constituem fonte de direito em matéria de arbitragem os tratados por esse Estado ratificados, pois, segundo o art. 55 e segs. da Constituição peruana, os tratados celebrados e em vigor formam parte integrante do direito nacional peruano, não necessitando, portanto, reconhecimento expresso por parte da legislação interna. Apesar dessa previsão expressa, o Peru incorporou, por meio de resolução legislativa, grande parte dos tratados internacionais por ele ratificados.

O Peru é parte da Convenção de Nova Iorque de 1958⁹⁸⁷, da Convenção de Washington de 1965⁹⁸⁹, da Convenção do Panamá de 1975⁹⁹⁰ e da Convenção de Montevidéu de 1979⁹⁹¹. Além desses tratados específicos em matéria de arbitragem, o Peru também é parte de alguns tratados de comércio que fazem menção ao instituto da arbitragem: Tratado de Lima de 1878⁹⁹², Tratado de direito internacional de 1889⁹⁹³, Convenção boliviana de 1911⁹⁹⁴, Código Bustamante de 1928⁹⁹⁵ e Acordo Multilateral de Garantia de Investimentos⁹⁹⁶.

Como já se apresenta em outros países, o Peru também prevê limites em relação à matéria controversa passível de ser solucionada por arbitragem⁹⁹⁷ e à ordem pública.

⁹⁸⁷ Conforme art. 6º do Código Civil mexicano: “la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés publico, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

⁹⁸⁸ O Peru ratificou a Convenção de Nova Iorque, Resolução Legislativa n.º 24.924, em 12 de maio de 1988, e a incorporou à Lei Geral de Arbitragem no capítulo especial sobre reconhecimento e execução de laudos arbitrais. Cf. LEGISLAÇÃO peruana sobre arbitragem, 2006.

⁹⁸⁹ Esta Convenção foi aprovada pela Resolução Legislativa n.º 26.210, em 2 de julho de 1993, e publicada em 10 de julho do mesmo ano.

⁹⁹⁰ Aprovada pela Resolução Legislativa n.º 24.810, publicada em 25 de maio de 1988.

⁹⁹¹ Convenção aprovada pelo Decreto Lei n.º 22.953, de 26 de março de 1980.

⁹⁹² Aprovado por Resolução Legislativa de 29 de janeiro de 1879.

⁹⁹³ Aprovado por Resolução Legislativa de 25 de outubro de 1889.

⁹⁹⁴ Aprovada por Resolução Legislativa de 22 de outubro de 1915.

⁹⁹⁵ Aprovado por Resolução Legislativa n.º 6.442, de 31 de dezembro de 1928.

⁹⁹⁶ Aprovado por Resolução Legislativa n.º 25.312, de 2 de abril de 1992.

⁹⁹⁷ Art. 1º da Lei n.º 26.572: “pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse;

i) França

A França possui uma grande tradição no que diz respeito ao instituto da arbitragem, tendo sido previsto como o meio mais razoável de terminar com as divergências entre os cidadãos pelo Decreto de 24 de agosto de 1790 da Revolução Francesa. Como visto anteriormente, uma das principais características da arbitragem francesa é sua voluntariedade. Mas apesar dessa característica, que é mantida na legislação atual que disciplina a arbitragem no direito francês (Código Civil e Código de Processo Civil), já existiu, na França, a figura da arbitragem obrigatória⁹⁹⁸.

O direito francês prevê a arbitragem geral nos arts. 2.059 a 2.061 do Código Civil (CC) e nos arts. 1.442 a 1.507 no Código de Processo Civil (CPC). O princípio da autonomia privada e os limites impostos à arbitragem já podem ser sentidos nos três artigos que disciplinam a arbitragem no Código Civil. O art. 2.059 do CC prevê que podem todas as pessoas comprometer-se sobre direitos sobre os quais possuam livre disposição. E o art. 2.060 atenta para o fato de que não pode haver compromisso sobre questões de Estado e de capacidade das pessoas, sobre aquelas relativas ao divórcio e à separação de corpos ou sobre as controvérsias que interessem às coletividades públicas ou aos estabelecimentos públicos e, mais genericamente, sobre todas as matérias que forem de interesse da ordem pública⁹⁹⁹.

O Código de Processo Civil, por sua vez, traz, já no art. 1.442, uma mudança significativa pela qual atravessou a arbitragem ao longo dos tempos. Esse dispositivo, antes das reformas de 1980 e 1981, dizia respeito apenas às características da cláusula compromissória¹⁰⁰⁰. Após as reformas ora citadas, esse artigo passou a disciplinar sobre a convenção de arbitragem, que abrange tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral.

O princípio da autonomia privada, do mesmo modo que no Código Civil, também está presente no CPC, como se pode observar no texto dos arts. 1.454 (número de árbitros) e

excepto: 1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial. 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso. 3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”.

⁹⁹⁸ Vide FIÚZA, 1995, p. 87-89 ou histórico da arbitragem neste capítulo. Por exemplo, O Código de Comércio francês previu a figura da arbitragem obrigatória em matéria societária em 1807, vigorando até 1856, quando foi derrogada. Cf. RIPPE, 2001, p. 374.

⁹⁹⁹ FRANÇA. **Legislação francesa sobre arbitragem**. Disponível em: <http://sbraudo.club.fr/mediation_arbitrage/base/Index.html>. Acesso em: 21 nov. 2006.

¹⁰⁰⁰ GUERREIRO, 1993, p. 21.

1.460 (regras de procedimento arbitral), por exemplo. Pode-se enfatizar a presença desse princípio, inclusive, na instituição de uma segunda instância arbitral, que é permitida se assim acordarem as partes (art. 1.482). O art. 1.497 do CPC, como no caso da Argentina, prevê a figura do *amiable compositeur*¹⁰⁰¹.

A França é parte da Convenção de Nova Iorque de 1958, da Convenção de Genebra de 1961 e da Convenção de Washington de 1965¹⁰⁰².

j) Portugal

Portugal é um dos países que prevê, além da arbitragem voluntária, a arbitragem necessária em seu ordenamento. A existência desses dois institutos é clara ao se analisar o art. 1º da Lei n.º 31 (Lei de Arbitragem voluntária), de 29 de agosto de 1986, que dispõe que qualquer litígio pode ser entregue à decisão de árbitros que, por lei especial, não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária¹⁰⁰³.

As arbitragens voluntárias são baseadas no princípio da autonomia privada¹⁰⁰⁴. A Constituição portuguesa também autoriza, no seu art. 209.2, a existência de tribunais arbitrais. Uma particularidade da arbitragem portuguesa está na necessidade de publicação anual, por parte do Ministério da Justiça, das instituições autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas¹⁰⁰⁵, que recebem a denominação de Centros de Arbitragem.

O Código de Processo Civil português é o instrumento que determina como serão criados os tribunais arbitrais necessários. Segundo o seu art. 1.525, os tribunais arbitrais

¹⁰⁰¹ O instituto da arbitragem por *amiable compositeur* ou de árbitro “ex aequo et bono”, segundo o “Vocabulaire de l’arbitrage” (Disponível em: <<http://sbraudo.club.fr/vocabulaire/textes.html#Amiable>>. Acesso em: 21 nov. 2006), se dá quando: “les parties dispensent les arbitres de l’obligation de statuer en appliquant les règles du droit, ce qui revient à les autoriser à statuer en équité c’est à dire sans que, la sentence soit fondée sur la règle de droit que le juge de l’Etat aurait appliquée s’il avait été saisi. Les arbitres peuvent considérer que l’application de la norme à l situation qu’ils sont amenés à juger, n’équilibre pas les prestations dont les parties sont successivement créancières et débitrices l’une de l’autre et dans ce cas, ils sont amenés à une solution qui leur paraît plus juste. Par exemple ils peuvent si elles n’appartiennent pas aux règles d’ordre public, ne pas appliquer une prescription ou une irrecevabilité. En bref ils peuvent ne pas appliquer une règle à l’application de laquelle, les parties elles mêmes étant maître de leurs droits, auraient pu renoncer ou ne pas soulever”.

¹⁰⁰² A França aderiu a essas convenções, respectivamente, em 26 de junho de 1959, 16 de dezembro de 1966 e 21 de agosto de 1967.

¹⁰⁰³ O art. 494 do CPC português prevê que “são dilatórias, entre outras, as exceções seguintes: [...] j) A preterição do tribunal arbitral necessário ou a violação de convenção de arbitragem”.

¹⁰⁰⁴ Isso pode ser observado, por exemplo, nos 6º (constituição e funcionamento do tribunal arbitral), 7º (designação dos árbitros), 15 (regras do processo e local de funcionamento do tribunal) da Lei n.º 31/86.

¹⁰⁰⁵ INSTITUTO de mediação e arbitragem de Portugal. Disponível em: <www.imap.pt/docs/legisla_arbitragem/actualiza_entidades_autorizadas_realizarem_arbitragens_voluntarias_institu.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2006.

necessários serão criados e regulados por lei especial¹⁰⁰⁶. Atualmente, estão em funcionamento quatro tribunais necessários, que têm por finalidade julgar causas ligadas a: valor dos achados no mar, no fundo do mar ou por este arrojados, cuja propriedade reverta para o Estado; compensação a pagar aos proprietários de materiais e instalações requisitadas pelas juntas autônomas portuárias; fixação da indenização em caso de expropriação de bens ou direitos adquiridos através de investimento direto estrangeiro¹⁰⁰⁷; conflitos coletivos de trabalho¹⁰⁰⁸; e determinação dos serviços mínimos em caso de greve.

Portugal é parte da Convenção de Nova Iorque de 1958¹⁰⁰⁹, da Convenção do Panamá de 1975¹⁰¹⁰ e da Convenção sobre Conciliação e Arbitragem no quadro da Conferência para a Segurança e Cooperação na Europa (CSCE)¹⁰¹¹.

k) Itália

Na Itália, o direito sempre foi demasiado intervencionista, diminuindo, portanto, o espaço da autonomia das partes. Essa intervenção, como já era de se prever, também atingia a arbitragem, de tal forma que o Código de Processo Civil de 1942 não permitia que os

¹⁰⁰⁶ PORTUGAL. **Código de processo civil português**. Disponível em: <www.portolegal.com/CPCivil.htm>. Acesso em: 20 nov. 2006.

¹⁰⁰⁷ CARMONA, 1998, p. 46.

¹⁰⁰⁸ A arbitragem obrigatória é uma das formas de resolução de conflitos coletivos de trabalho, prevista no Código de Trabalho (art. 567 da Lei n.º 99/2003) e em sua respectiva regulamentação. Este tipo de arbitragem na área de trabalho é possível em duas situações: 1) Em conflitos coletivos que resultem da celebração ou revisão de uma convenção colectiva de trabalho, quando se verificarem determinadas circunstâncias; 2) Para a definição dos serviços mínimos e dos meios necessários para os assegurar, em caso de greve em serviço da administração directa ou indirecta do Estado ou em empresa do sector empresarial do Estado que satisfaça necessidades sociais impreteríveis, se os membros não estiverem regulados em convenção colectiva nem forem acordados entre as partes nos três dias seguintes ao aviso prévio de greve. Cf. CONSELHO económico e social de Portugal. Disponível em: <www.ces.pt/cms/317>. Acesso em: 20 nov. 2006.

¹⁰⁰⁹ A Convenção substitui o Protocolo de Genebra de 1923 (aprovado por Portugal pelo Decreto n.º 18 941, de 11 de setembro de 1930) e a Convenção de Genebra de 1927 (aprovada pelo Decreto n.º 18 942, de 11 de setembro de 1930). A Convenção de Nova Iorque foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/94 e publicada no Diário da República I-A, n.º 156, em 8 de julho de 1994.

¹⁰¹⁰ Tal Convenção foi aprovada para adesão pela Resolução da Assembleia da República n.º 23/2002; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 21/2002. Foi publicada no Diário da República I-A, n.º 79, em 4 de abril de 2002.

¹⁰¹¹ Esta Convenção, realizada em Estocolmo, em 1992, foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 43/2000, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 25/2000 e entrou em vigência em Portugal em 9 de outubro de 2000. A Convenção estabelece a criação de um Tribunal de conciliação e arbitragem com sede em Genebra, para solucionar problemas entre Estados-Partes. Também fazem parte de tal Convenção, além de Portugal: Albânia, Armênia, Áustria, Bielorrússia, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Canadá, Chipre, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Malta, Moldóvia, Mônaco, Noruega, Polônia, Romênia, Rússia, San Marino, Eslováquia, Eslovênia, Suécia, Suíça, Tajiquistão, Ucrânia, Usbequistão. Cf. GABINETE de documentação e direito comparado. Disponível em: <www.gddc.pt/siii/im.asp?id=130>. Acesso em: 20 nov. 2006.

árbitros fossem nomeados sem intervenção do juiz estatal¹⁰¹². Esse quadro muda com a entrada em vigor do Decreto Legislativo n.º 40, de 2 de fevereiro de 2006, que consolidou a reforma integral do Direito Arbitral, modificando o Livro IV, Título VIII, do *Códice di Procedura Civile*.

Entre as modificações mais significativas, está a eliminação da necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário¹⁰¹³, que atrasava o desenvolvimento do instituto da arbitragem (como ocorrera com o sistema brasileiro antes da promulgação da Lei n.º 9.307/96), e a presença da autonomia privada em todo o processo arbitral. A tendência de prever a autonomia privada na nova lei de arbitragem italiana já podia ser sentida na decisão da Corte Constitucional de 8 de junho de 2005. A sentença de n.º 221 proferiu que seria considerada inconstitucional toda lei que impusesse a arbitragem como meio de solução de controvérsias obrigatório, como ocorria nos casos de construção civil¹⁰¹⁴. Com essa decisão e com a posterior promulgação da Lei de Arbitragem, ficou claro que na Itália só existe a figura da arbitragem voluntária, sendo inconstitucional qualquer forma de arbitragem obrigatória.

Seguindo o rumo de outros Estados, a Itália também firmou e aderiu a convenções internacionais em matéria de arbitragem, tais como a Convenção de Nova Iorque de 1958¹⁰¹⁵, a Convenção de Genebra de 1961¹⁰¹⁶, a Convenção de Washington de 1965¹⁰¹⁷ e os

¹⁰¹² WALD, Arnoldo. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 33.

¹⁰¹³ ANDRADE, Ricardo Gardini de. **A reforma do direito arbitral italiano**. Disponível em: <www.lexuniversal.com/pt/articles/1195>. Acesso em: 20 nov. 2006.

¹⁰¹⁴ A Itália previa a arbitragem obrigatória para casos de construção civil. Na sentença n.º 221, a questão versava sobre: “nel corso di un giudizio, promosso davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte dal Consorzio dei Comuni per l'Acquedotto del Monferrato nei confronti della Società Acquedotto Monferrato S.p.A. per l'accertamento di crediti risarcitori vantati dal Consorzio in conseguenza del mancato rilascio degli impianti alla scadenza della concessione per l'esercizio dell'acquedotto del Monferrato, l'adito Tribunale, con ordinanza del 4 febbraio 2004, ha sollevato, in riferimento agli articoli 24, primo comma, 25, primo comma, e 102, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del regio decreto-legge 28 agosto 1930, n. 1345 (Norme per la costruzione e l'esercizio dell'acquedotto del Monferrato), convertito nella legge 6 gennaio 1931, n. 80, in quanto detta norma prevede un arbitrato obbligatorio per la risoluzione delle controversie relative alla costruzione o all'esercizio dell'acquedotto del Monferrato e all'applicazione dello stesso decreto-legge”. A Corte Constitucional então decidiu na sentença de 8 de junho de 2005 que: “l'illegittimità costituzionale della norma censurata, pertanto, risiede nella circostanza che essa preclude alle parti la possibilità di adire il giudice statale, essendo totalmente irrilevanti, viceversa, i profili relativi sia al regime del lodo sia alla composizione del collegio: purché a ciascuna delle parti sia assicurata la libertà di sottrarsi all'arbitrato previsto dalla legge o da una fonte eteronoma, ben può essere prevista la non impugnabilità del lodo per errores in iudicando ovvero una certa composizione (purché rispettosa del principio di eguaglianza delle parti: cfr. sentenza n. 33 del 1995) del collegio arbitrale, in quanto la garanzia costituzionale attiene alla libertà di scelta dello strumento dell'arbitrato e non già, assicurata che sia tale consapevole e libera scelta, a peculiari modalità di svolgimento dell'arbitrato stesso”. ALTALEX. Disponível em: <www.altalex.com/index.php?idnot=9707>. Acesso em: 20 nov. 2006.

¹⁰¹⁵ Lei n.º 62, de 19 de janeiro de 1968.

¹⁰¹⁶ Lei n.º 418, de 10 de maio de 1970.

acordos bilaterais para execução de sentença e de decisão arbitral e extradição com o Líbano e com a Tunísia¹⁰¹⁸.

l) Bélgica

A Bélgica, como ressaltado anteriormente, foi o primeiro país a utilizar a expressão convenção de arbitragem¹⁰¹⁹ no Código Judiciário da Bélgica, em 4 de julho de 1972¹⁰²⁰. Esse Código prevê o instituto da arbitragem nos arts. 1.676 a 1.723, que tratam especificamente do tema de “*Arbitrage*”¹⁰²¹.

Uma das principais características da arbitragem na Bélgica é a voluntariedade. Tanto assim que o art. 1.677 do Código Judiciário daquele país prevê expressamente que “toda a convenção de arbitragem deve estar em instrumento escrito e assinado pelas partes ou em outros documentos que contratam as partes e manifestem sua voluntariedade em recorrer à arbitragem”¹⁰²². Do mesmo modo, as partes são livres para determinar as regras do procedimento arbitral (art. 1693.1), determinar os meios de prova (1696.2) e determinar as regras de fundo aplicáveis à arbitragem (art. 1.700), entre outros dispositivos previstos no Código Judiciário da Bélgica. A Bélgica, do mesmo modo que a França, reconhecia a arbitragem forçada para solucionar questões entre sócios mercantis, mas a revogou em 1873¹⁰²³.

A legislação belga também prevê limites à arbitragem, que podem ser com relação a uma situação de privilégio conferida a uma das partes (art. 1.678) e questões de ordem pública e arbitrabilidade (art. 1704.2).

¹⁰¹⁷ Lei n.º 1.093, de maio de 1970.

¹⁰¹⁸ Respectivamente Lei n.º 87, de 12 de fevereiro de 1974 e Lei n.º 267, de 28 de janeiro de 1971.

¹⁰¹⁹ Previsão feita, por exemplo, no art. 1676.2: “quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger, peut conclure une **convention d’arbitrage**. Sans préjudice des lois particulières, les personnes morales de droit public ne peuvent toutefois conclure une **convention d’arbitrage** que lorsque celle-ci a pour objet le règlement de différends relatifs à l’élaboration ou l’exécution d’une **convention**. Une telle **convention d’arbitrage** est soumise aux mêmes conditions quant à sa conclusion que la convention dont l’exécution est l’objet de l’arbitrage. En outre, les personnes morales de droit public peuvent conclure une **convention d’arbitrage** en toutes matières déterminées par la loi ou par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres. Cet arrêté peut également fixer les conditions et les règles à respecter relatives à la conclusion de la convention”. (Grifou-se).

¹⁰²⁰ LIMA, Cláudio Vianna de. Ensaio sobre os efeitos do uso da expressão “convenção de arbitragem” na Lei n. 9.037/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 68.

¹⁰²¹ Em 1998, foi elaborado o Projeto n.º 49-1374/1 com finalidade de modificar as regras de arbitragem belga e adaptá-las as necessidades do direito internacional e as disposições da Lei Modelo da Uncitral. Entretanto, este projeto não foi aprovado. Cf. SÉNAT de Belgique. Disponível em: <www.senate.be/www/?MIval=/index_senate&MENUID=22150&LANG=fr>. Acesso em: 23 nov. 2006.

¹⁰²² O art. 1.676 tem a seguinte redação em francês: “toute convention d’arbitrage doit faire l’objet d’un écrit signé des parties ou d’autres documents qui engagent les parties et manifestent leur volonté de recourir à l’arbitrage”.

¹⁰²³ FIÚZA, 1995, p. 88-89.

A Bélgica, como grande parte dos países europeus aqui analisados, também é parte da Convenção de Nova Iorque de 1958, da Convenção de Genebra de 1961 e da Convenção de Washington de 1965¹⁰²⁴.

m) Espanha

O Brasil se inspirou na lei espanhola de arbitragem de 1988¹⁰²⁵ para editar a sua própria lei sobre a matéria. A referida lei trazia como novidades: a eliminação de distinção entre o contrato preliminar de arbitragem e o compromisso; o princípio da liberdade formal no convênio arbitral; a consagração legislativa do princípio da separação da convenção arbitral acessória de um negócio jurídico principal e a possibilidade de as partes determinarem que um terceiro nomeie os árbitros. A Lei de 1988 era dotada de uma ampla margem de atuação ao princípio da autonomia das partes, adotando, entretanto, limites, principalmente no que se refere a possíveis situações de desigualdade contratual que possam encontrar entre elas. Dessa maneira, declarava nula a convenção que colocasse uma das partes em situação de privilégio em relação à designação dos árbitros e previa um recurso de anulação do laudo, a fim de se adaptar ao direito fundamental de tutela judicial e aos ditames da ordem pública¹⁰²⁶. Fácil compreender o porquê de essa lei ter sido uma fonte de inspiração para a elaboração da lei de arbitragem brasileira. Ela possuía um grande avanço em matéria de arbitragem se comparada ao antigo sistema do Código Civil e de Processo Civil, que até então regulavam a matéria no Brasil.

Apesar de possuir uma legislação de arbitragem já considerada avançada para o seu tempo, a Espanha revogou expressamente a Lei n.º 36/1988 e editou, em 23 de dezembro de 2003, sua nova lei de arbitragem (Lei n.º 60/2003)¹⁰²⁷. Essa reforma foi feita com o intuito

¹⁰²⁴ A Bélgica aderiu a essas convenções, respectivamente, em 18 de agosto de 1975, 09 de outubro de 1975 e 27 de agosto de 1970.

¹⁰²⁵ Lei n.º 36, de 5 de dezembro de 1988.

¹⁰²⁶ Exposição de motivos da Lei n.º 36/1988.

¹⁰²⁷ Carlos Esplugues Mota (Algunas breves reflexiones sobre el arbitraje comercial internacional en la nueva Ley española de arbitraje de 2003. **Revista Derecho del Comercio Internacional** (DeCita), Buenos Aires, n. 2, 2004, p. 363-364), explicando o motivo para a adoção de uma nova lei de arbitragem espanhola, afirma que “la ley española de arbitraje de 1988 no incorporó una posición clara en relación con el arbitraje comercial internacional. La ley incluía 10 títulos, dedicados los ocho primeros al arbitraje ‘interno’ y, los dos restantes, al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros – el título IX –, y a las normas de Derecho internacional privado – el título X –. Esta estructura de la ley, unida a la falta de un precepto en el que se delimitase con claridad el ámbito de aplicación de la misma, motivó un interesante debate doctrinal en España acerca de la concepción arbitral en ella incluida. La ley de 1988 ciertamente no incorporaba una clara opción a favor de una posición monista – de la que se derivaría la aplicación de sus ya mencionados ocho primeros títulos al arbitraje interno y al internacional, indistintamente –, o dualista – lo que implicaría la incardinación de una solución claramente independiente para cada uno de estos dos arbitrajes –. A la vista de esta indeterminación, algunos consideraron que estábamos ante un sistema monista y, otros, por el contrario, entendieron que el modelo encontraba acomodo dentro de la concepción dualista. En la práctica, los rígidos planteamientos mantenidos

de adaptar o sistema de arbitragem espanhol às exigências da Lei Modelo da Uncitral e de resolver algumas lacunas e imperfeições que se detectaram na antiga legislação. Ela, ainda, visa a harmonizar o regime jurídico de arbitragem, em particular do comércio internacional, favorecer a propagação de sua prática e promover a unidade de critérios na sua aplicação para propiciar maior eficácia como meio de solução de controvérsias¹⁰²⁸.

Essa nova lei trouxe, entre outras considerações, o amplo reconhecimento de convenções internacionais ratificadas pela Espanha; a regulamentação sem distinção entre as arbitragens interna e internacional; o Estado e seus entes dependentes podem ser parte na arbitragem privada; a modificação de problemas que apresentava a antiga legislação com relação aos requisitos e efeitos da convenção arbitral; possibilidade de os árbitros adotarem medidas cautelares; e inserção de prazo para a sentença arbitral seja proferida (6 meses)¹⁰²⁹. Não são reguladas por essa lei as arbitragens em matéria trabalhista (art. 1.4 da Lei n.º 60/2003)¹⁰³⁰.

Vale ressaltar que a Lei n.º 60/2003 é baseada principalmente na autonomia das partes, e a maioria de suas regras determina que se deve primar por esse princípio¹⁰³¹. Entretanto, esse princípio possui limites estabelecidos pela defesa das partes, pelo princípio da igualdade e da ordem pública¹⁰³².

A Espanha ratificou os seguintes tratados internacionais em matéria de arbitragem: Convenção de Nova Iorque de 1958, Convenção de Genebra de 1961 e Convenção de Washington de 1965¹⁰³³.

n) Inglaterra

O marco na evolução do direito inglês, conforme aponta José Alexandre Tavares Guerreiro, pode ser considerado o *Arbitration Act* de 1979¹⁰³⁴. Entretanto, o instrumento que

por el legislador español de 1988 en relación con la internacionalidad del arbitraje, unidos al silencio respecto al ámbito de aplicación de la legislación arbitral española, favorecían la conclusión de que los redactores de la ley en momento alguno se plantearon esta cuestión. Esta situación queda ahora plenamente superada con la introducción en la Ley de arbitraje de 2003 de una clara posición a favor de la denominada posición monista. A partir de la asunción de que son ‘pocas y muy justificadas las normas en las que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta del arbitraje interno’, la nueva normativa arbitral española asume su aplicación, tanto a los arbitrajes nacionales, como internacionales, que puedan desarrollarse en España”.

¹⁰²⁸ Exposição de motivos da Lei n.º 60/2003.

¹⁰²⁹ Exposição de motivos da Lei n.º 60/2003.

¹⁰³⁰ Art. 1.4 da Lei n.º 60/2003. “Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los arbitrajes laborales”.

¹⁰³¹ Exposição de motivos da Lei n.º 60/2003. Vale ressaltar, entretanto, que apesar de ter na autonomia privada seu principal fundamento, a Espanha já conheceu a arbitragem obrigatória em 1829, quando a mesma era prevista para solucionar controvérsias em matéria societária. Cf. RIPPE, 2001, p. 374.

¹⁰³² Lei n.º 60/2003.

¹⁰³³ Essas convenções foram ratificadas respectivamente em 12 de maio de 1977, 12 de maio de 1975 e 17 de setembro de 1994.

regula a arbitragem na Inglaterra atualmente é o *Arbitration Act*, de 17 de junho de 1996, vigente desde 31 de janeiro de 1997. Segundo Julian D. M. Lew, essa lei possui três características: primeiro, outorga à autonomia das partes o controle do processo arbitral, com sujeição a certas disposições obrigatórias e não passíveis de exclusão. Segundo, a Lei põe grande parte da responsabilidade e outorga um poder crescente aos árbitros para controlar e conduzir a arbitragem, com sujeição à autonomia das partes. Terceiro, o poder de apoio e execução dos tribunais é mantido, enquanto os poderes de intervenção são restringidos¹⁰³⁵.

Esse instrumento divide-se em quatro partes, que tratam: (arts. 1º a 84) da arbitragem por convenção das partes; (arts. 85 a 98) de outras provisões relativas à arbitragem; (arts. 99 a 104) do reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras; e (arts. 105 a 110) das disposições gerais.

Como se pode observar pelos comentários de Luciano e Rodrigo Braga Lemos, a arbitragem possui na Inglaterra o caráter de voluntariedade, pois “o objetivo da arbitragem é a resolução de disputas por um tribunal imparcial, sem um desnecessário gasto de tempo ou dinheiro”¹⁰³⁶. Assim, como prevê o art. 1º da *Arbitration Act 1996*, “as partes são livres para acordar como as suas disputas serão resolvidas, sujeitas apenas às salvaguardas necessárias ao interesse público”. Como ressalta Gilson Wessler Michels, esse artigo, “ao invés de buscar enumerações exaustivas [...], opta pelo singelo recurso ao interesse público”¹⁰³⁷ e, segundo esse autor, “interesse público este que, na dicção cotidiana do direito, certamente poderá ser usado para excluir todas aquelas situações, formais ou materiais, que importunam a ordem social interna (de se dizer que interesse público, aqui, tem um sentido muito próximo do de ordem pública [...])”¹⁰³⁸.

Outro dispositivo importante com relação ao princípio da autonomia das partes está presente no seu art. 4º, que faz referência à liberdade das partes de escolher a lei aplicável à resolução de litígios no juízo arbitral.

o) Estados Unidos

Os Estados Unidos têm na arbitragem um de maiores e melhores meios de solucionar conflitos. George Washington foi um de seus primeiros usuários, ao colocar uma

¹⁰³⁴ GUERREIRO, 1993, p. 25.

¹⁰³⁵ LEW, 1998, p. 221.

¹⁰³⁶ LEMOS; LEMOS, 2003, p. 89.

¹⁰³⁷ MICHELS, 2000, p. 68.

¹⁰³⁸ MICHELS, 2000, p. 68.

cláusula de arbitragem em seu testamento para resolver eventuais controvérsias entre seus herdeiros¹⁰³⁹.

Nos Estados Unidos, segundo Luciano e Rodrigo Braga Lemos, “há três maneiras principais de iniciar procedimentos de arbitragem: por meio de uma submissão; mediante uma demanda ou notificação resultante de acordo anterior à disputa, e, em caso de procedimentos anexados por tribunal, por meio de mandado judicial ou ordem judicial”¹⁰⁴⁰.

Segundo Fátima Nancy Andrighi, grande parte dos estados norte-americanos optou por este último tipo de arbitragem, denominado de *Court-Annexed Arbitration*¹⁰⁴¹.

Entretanto, como especifica Gilson Wessler Michels, “falar sobre arbitragem nos Estados Unidos não é uma tarefa fácil”¹⁰⁴². Isso porque nos Estados Unidos existe uma grande quantidade de normas que a regulam, o que decorre também do sistema federativo norte-americano, que autoriza a cada Estado americano editar suas próprias regras, inclusive as referentes à arbitragem. Entretanto, para que se tenha uma visão geral do instituto nos Estados Unidos, pode-se analisar o *Uniform Arbitration Act* (UAA) de 1955 e o *Federal Arbitration Act*, denominado de *U.S. Arbitration Act* (USAA).

A UAA foi promulgada em 1955 e passou por várias reformulações, a última delas em 2000. Ela foi criada com o intuito de estimular o uso da arbitragem nos Estados Unidos, objetivo plenamente alcançado. Atualmente, a arbitragem é o primeiro mecanismo usado pelos Tribunais e pelas partes para resolver disputas em diversas áreas jurídicas. A UAA é adotada por 35 das 49 áreas jurisdicionais norte-americanas, e as outras 14 adotam legislação similar ao texto da UAA¹⁰⁴³.

¹⁰³⁹ BARONA VILAR, Sílvia. **Solución extrajudicial de conflictos**: Alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 56; COOLEY, John W.; LUBET, Steven. **Advocacia de arbitragem**. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p. 39. Carlos Alberto Carmona (1998, p. 87), neste sentido, dispõe que, “George Washington, ao elaborar seu testamento, expressou o desejo de que nenhuma disputa dele decorresse; porém, providente, manifestou vontade no sentido de que ‘todas as disputas (se infelizmente alguma surgir) deverão ser decididas por três homens imparciais e inteligentes, conhecidos pela sua probidade e discernimento; dois serão escolhidos pelos litigantes, cada um deles tendo direito de escolher um e o terceiro será escolhido por estes dois’. E prosseguia: ‘Estes três homens assim escolhidos, não limitados pela lei ou por construções legais, declararão seu entendimento sobre a intenção do Testador; e tal decisão será, para todos os fins, tão vinculativa para as partes como se tivesse sido exarada pela Suprema Corte dos Estados Unidos’”.

¹⁰⁴⁰ LEMOS; LEMOS, 2003, p. 83.

¹⁰⁴¹ “A *Court-Annexed Arbitration* são centros de arbitragem “que funcionam junto aos juízos buscando solução dos litígios que ao instituto sejam adequados”. ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A arbitragem**: solução alternativa de conflitos. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/609/1/A_Arbitragem_Solu%C3%A7%C3%A3o_Alternativa.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2007.

¹⁰⁴² MICHELS, 2000, p. 75.

¹⁰⁴³ ESTADOS UNIDOS. *Uniform Arbitration Act* (UAA). Disponível em: <www.law.upenn.edu/bll/ulc/uarba/arbitrat1213.htm>. Acesso em: 7 mar. 2007.

A primeira versão da UAA, diferentemente da versão revisada de 2000, não regulava: quem decide a arbitrabilidade da disputa e por que critérios; como a parte pode iniciar o procedimento arbitral; em que extensão os árbitros ou o tribunal arbitral são imunes a ações civis; se os árbitros podem servir de testemunhas em outro processo; entre outros. Outro ponto destacado na revisão de 2000 foi a previsão expressa de que a arbitragem está fundamentada no princípio da autonomia das partes¹⁰⁴⁴.

A USAA, por sua vez, foi instituída em 1925 e também passou por reformulações. As alterações mais significativas se deram em 1970, com a inclusão da Convenção de Nova Iorque de 1958 e, em 1988 e 1990, para incluir a Convenção do Panamá de 1975¹⁰⁴⁵. O princípio da autonomia das partes também está previsto neste dispositivo, até porque neles estão incorporadas as Convenções ora citadas, que, como se verá no próximo tópico, prevêm esse princípio em seu texto¹⁰⁴⁶.

Entretanto, os Estados Unidos também prevêm a figura da arbitragem compulsória, que, segundo Joel Dias Figueira Júnior, “é aquela que se verifica quando a anuência de uma das partes é imposta por disposição estatutária ou contratual, como, por exemplo, ocorre com os contratos públicos que determinam a arbitragem compulsória de disputas trabalhistas envolvendo empregados estatais”¹⁰⁴⁷.

3.3.3.2 A autonomia privada nos tratados internacionais referentes à arbitragem

A arbitragem é um importante meio de soluções de controvérsias no âmbito do comércio internacional. Com o intuito de diminuir os conflitos de leis internacionais, os países têm firmado tratados para uniformizar conceitos e formalidades da arbitragem, viabilizando, assim, que as decisões arbitrais proferidas em determinado Estado possam surtir efeitos no estrangeiro. Um dos mais importantes tratados em matéria de arbitragem é a Convenção de Nova Iorque de 1958, atualmente ratificada por 142 Estados-Partes. Esse tratado foi considerado um avanço para o instituto da arbitragem, pois criou regras claras e viabilizou o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas nos

¹⁰⁴⁴ Na revisão da UAA de 2000, foi declarado que: “arbitration is a consensual process in which autonomy of the parties who enter into arbitration agreements should be given primary consideration, so long as their agreements conform to notions of fundamental fairness”. *Uniform Arbitration Act*, 2007.

¹⁰⁴⁵ MICHELS, 2000, p. 76.

¹⁰⁴⁶ ESTADOS UNIDOS. *Federal Arbitration Act* (USAA). Disponível em: <www.smany.org/sma/about65.html>. Acesso em: 7 mar. 2007.

¹⁰⁴⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 89.

Estados-Partes. O Brasil, apesar de um relativo atraso, é membro de importantes tratados internacionais sobre a matéria, tais como a Convenção de Nova Iorque de 1958, a Convenção do Panamá de 1975, a Convenção de Montevidéu de 1979, o Protocolo de Las Leñas de 1992, o Protocolo de Buenos Aires de 1994 e o Acordo de Arbitragem Comercial Internacional no Mercosul de 1998. Além desses tratados, também são analisados tratados que marcaram época para as Américas e a Europa, ressaltando-se aqui que o exame desses tratados tem como foco principal o princípio da autonomia privada.

a) Protocolo Relativo a cláusulas de arbitragem (Genebra 1923)

O Protocolo de Genebra foi o primeiro acordo a tratar da arbitragem de forma multilateral. Vários países ratificaram esse instrumento¹⁰⁴⁸, mas atualmente ele é praticamente inexpressivo. Isso porque a Convenção que o revoga, a Convenção de Nova Iorque de 1958, conta hoje com a ratificação de 142 países¹⁰⁴⁹, entre eles boa parte dos países que ratificaram o referido Protocolo. Vale ressaltar, entretanto, que o Protocolo de Genebra continua válido para os países-partes que o ratificaram e que não fazem parte da Convenção de Nova Iorque.

O Brasil promulgou esse Protocolo em 22 de março de 1932, pelo Decreto n.º 21.187. O Protocolo vigorou no país até 23 de julho de 2002, quando o Brasil ratificou a Convenção de Nova Iorque, acima referida.

O Protocolo de Genebra dispõe sobre o reconhecimento dos países signatários para dar validade ao compromisso ou cláusula arbitral acordada pelas partes. A arbitragem estipulada nesse instrumento tanto pode ser sobre matéria comercial quanto sobre qualquer outra que possa ser objeto de solução por via arbitral. O Brasil, na oportunidade, adotou a faculdade que era dada pela redação do art. 1º e limitou a obrigação do Protocolo somente aos contratos considerados como comerciais pela sua legislação nacional.

¹⁰⁴⁸ O Protocolo de Genebra foi ratificado pela Albânia, Alemanha, Antigua e Barbuda, Áustria, Bahamas, Bangladesh, Bélgica, Brasil, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Gâmbia, Gibraltar, Gold Cost, Grécia, Guiana Britânica, Honduras, Ilhas Leeward, Ilhas Falkland, Ilhas Windward, Índia, Iraque, Irlanda, Israel, Itália, Iugoslávia, Jamaica, Japão, Karafuto e Kwantung, Luxemburgo, Macedônia, Malta, Maurício, Mônaco, Míamar, Nwefoundland, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Palestina, Polônia, Portugal, Quênia, Reino Unido, República da Coréia, República Tcheca, Rodésia do Norte, Rodésia do Sul, Romênia, Santa Helena, Sérvia e Montenegro, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Tailândia, Taiwan, Tanganica, Transjordânia, Uganda, Zanzibar e Zimbábue. Cf. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 877.

¹⁰⁴⁹ A lista de ratificação dessa Convenção e de outras que tratam da arbitragem é constantemente atualizada pela Uncitral, que disponibiliza em seu site www.uncitral.org essas informações. As informações referentes à Convenção de Nova Iorque podem ser encontradas no site: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

No que tange ao objeto aqui tratado, esse Protocolo declara expressamente no seu art. 2º que “o processo da arbitragem, incluindo-se a constituição do tribunal arbitral, será regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar”. Assim, já em 1923, previa-se que a arbitragem deveria ser instituída e conduzida pela vontade das partes.

b) Convenção sobre execução de laudos arbitrais estrangeiros (Genebra 1927)

A Convenção de Genebra de 1927, de 26 de setembro de 1927, não foi assinada pelo Brasil¹⁰⁵⁰. Ela chegou a ser levada ao Congresso brasileiro em dezembro de 1929, mas não foi discutida por motivo da sua dissolução¹⁰⁵¹. Essa Convenção, acrescenta Beat Walter Rechsteiner, “cuidou da execução de laudos arbitrais estrangeiros, proferidos e baseados em cláusulas arbitrais, conforme a de Genebra de 1923”¹⁰⁵².

Uma das particularidades desta Convenção, composta de 11 artigos, é que ela está atrelada ao Protocolo de Genebra. Assim, havendo a denúncia de referido Protocolo, automaticamente também se está denunciando a Convenção de Genebra de 1927. Com não poderia ser diferente, a Convenção de Nova Iorque de 1958, ao prever a revogação do Protocolo de Genebra de 1923, também previu a revogação desta Convenção. Como seu objetivo era apenas fazer o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, ela não previa regras gerais para a arbitragem, em consequência, não prevendo disposições com relação à autonomia privada. Entretanto, vale ressaltar que o Protocolo ao qual esta Convenção está atrelada previa esse princípio.

¹⁰⁵⁰ Ratificaram essa Convenção: Antigua e Barbuda, Áustria, Bahamas, Bangladesh, Bélgica, Croácia, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Macedônia, Malta, Maurício, Holanda, Nova Zelândia, Portugal, Romênia, Sérvia e Montenegro, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Tailândia, Emirados Árabes e Reino Unido. Cf. JURIS international. Disponível em: <www.jurisint.org/en/ins/161.html>. Acesso em: 20 nov. 2006.

¹⁰⁵¹ SAMTLEBEN, Jüngen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 34.

¹⁰⁵² RECHSTEINER, 1997, p. 37.

c) Convenção das Nações Unidas para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (Nova Iorque 1958)

A Convenção de Nova Iorque determina regras para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais¹⁰⁵³ estrangeiras, viabilizando, assim, que uma sentença arbitral produza seus efeitos em território distinto daquele em que foi proferida a sentença.

Essa Convenção, constituída em 31 de dezembro de 1958, foi marco da arbitragem em âmbito mundial, sendo ratificada, até o presente momento, por 142 países¹⁰⁵⁴. Com a entrada em vigor desta Convenção, como prevê expressamente o seu art. VII.2, “o Protocolo de Genebra sobre cláusula de arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 1927 deixarão de ter efeito entre os Estados signatários quando, e na medida em que eles se tornarem obrigados pela presente Convenção”.

A tão aguardada ratificação da Convenção de Nova Iorque de 1958 pelo Brasil, entretanto, só foi consubstanciada em 23 de julho de 2002, com a promulgação do Decreto n.º 4.311. A ratificação desta Convenção significou a entrada do Brasil no “mundo arbitral”. Isso porque, com essa ratificação, o país passou a ter maiores facilidades para ter as sentenças arbitrais aqui proferidas reconhecidas e executadas no exterior e vice-versa¹⁰⁵⁵.

Essa Convenção é composta de 16 artigos, que, como o seu próprio nome menciona, estipulam regras para o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira. Para esta pesquisa, interessante é frisar os dispositivos do art. II e do art. V.2.

¹⁰⁵³ Conforme o art. I.2 da Convenção de Nova Iorque, sentença arbitral, para efeito dessa Convenção, é a sentença proferida por um árbitro ou por órgãos arbitrais permanentes.

¹⁰⁵⁴ Conforme o site da Uncitral, são atualmente Estados-Partes dessa convenção, os seguintes países: África do Sul, Afeganistão, Albânia, Alemanha, Antígua e Barbuda, Arábia Saudita, Argélia, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Bielorrússia, Bélgica, Benin, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Botsuana, Brasil, Brunei, Bulgária, Burkina Faso, Camboja, Camarão, Canadá, Casaquistão, Cidade do Vaticano, Cingapura, Chile, China, Chipre, Colômbia, Costa Rica, Costa do Marfim, Croácia, Cuba, Dinamarca, Djibuti, Dominica, Emirados Árabes, Equador, Egito, El Salvador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Rússia, Filipinas, Finlândia, França, Geórgia, Gabão, Gana, Grécia, Guatemala, Guiné, Haiti, Honduras, Hungria, Ilhas Marshall, Índia, Indonésia, Irã, Irlanda, Israel, Itália, Jamaica, Japão, Jordânia, Kuwait, Laos, Lesoto, Letônia, Líbano, Libéria, Lituânia, Luxemburgo, Madagascar, Malásia, Mali, Malta, Macedônia, Marrocos, Maurício, Maurítânia, México, Moldávia, Mônaco, Mongólia, Moçambique, Montenegro, Nepal, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Omã, Países Baixos, Paquistão, Panamá, Paraguai, Peru, Polónia, Portugal, Qatar, Quênia, Quirquístão, Reino Unido, República Centro-Africana, República Tcheca, República da Coréia, Romênia, San Marino, São Vicente e Granadinas, Síria, Senegal, Sérvia, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Tailândia, Tanzânia, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Uganda, Uruguai, Usbequistão, Venezuela, Vietnã, Zâmbia e Zimbábue. Cf. UNCITRAL, 2006.

¹⁰⁵⁵ Ressalta, ainda, José Alexandre Tavares Guerreiro (1993, p. 29) que a Convenção de Nova Iorque foi um marco com relação ao instituto da arbitragem, representando um “ponderável avanço na direção efetiva da internacionalização da arbitragem, na medida em que os tribunais dos Estados contratantes devem pronunciar-se sobre litígios entre partes que invoquem o compromisso arbitral”.

O art. II prevê o reconhecimento pelos Estados Contratantes da Convenção do acordo feito pelas partes para instituir o juízo arbitral, reforçando mais uma vez o seu princípio basilar, o da autonomia das partes.

O art. V.2 estipula taxativamente que poderá ser recusado o reconhecimento e execução da sentença arbitral se (a) o objeto da divergência não for passível de solução por arbitragem e (b) por motivos de ordem pública do país onde a sentença deva ser reconhecida e executada. Assim, como grande parte dos instrumentos que prevêem a utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias, a Convenção de Nova Iorque também impõe limites – neste caso ao seu reconhecimento e execução – à arbitragem.

d) Convenção europeia sobre arbitragem comercial internacional (Genebra 1961)

A Convenção europeia sobre arbitragem comercial internacional foi firmada em 21 de abril de 1961¹⁰⁵⁶ e tem por intuito resolver as controvérsias entre partes de diferentes Estados, europeus ou não, sobre matéria comercial.

Esta Convenção contém regra para determinar a jurisdição arbitral e a lei aplicável, quando elas não tiverem sido contratadas. A Convenção dispõe no seu art. IV que as partes são livres para submeter suas disputas à arbitragem, sendo permitida também a escolha entre tribunal *ad hoc* e institucional. As partes são igualmente livres para determinar a lei de fundo ao qual estará embasado o juízo arbitral ou se essa será regida por um dos árbitros *amigables compondores* (art. VII).

e) Convenção sobre solução de disputas relativas a investimentos entre Estados e cidadãos de outros Estados (Washington 1965)

A Convenção de Washington, como seu próprio nome indica, foi aberta para assinaturas ou adesões na capital norte-americana em 18 de março de 1965 e entrou em vigor em 14 de outubro de 1966. São partes desta Convenção 146 Estados, não estando entre eles o Brasil. Oficialmente, ela é conhecida como *Convention on Settlement of Investment Disputes between States and National for Other States* (Convenção para solução de disputas relativas a investimentos entre Estados e cidadãos de outros Estados). Esta Convenção foi uma idealização do Banco Mundial.

¹⁰⁵⁶ A Convenção europeia sobre arbitragem comercial internacional, atualmente, é composta de 29 Estados-Partes: Albânia, Áustria, Azerbaijão, Bielorrússia, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Burkina Faso, Croácia, Cuba, República Tcheca, Dinamarca, França, Alemanha, Hungria, Itália, Cazaquistão, Letônia, Luxemburgo, Moldávia, Polônia, Romênia, Rússia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Iugoslávia, Turquia e Ucrânia. Cf. CONVENÇÃO de Genebra 1961. Disponível em: <www.jus.uio.no/lm/arbitration/conventions.html>. Acesso em: 20 dez. 2006.

A Convenção de Washington tem por intento promover, por meio do acordo entre as partes, tanto a conciliação (Cap. III da Convenção) quanto a arbitragem propriamente dita (Cap. IV da Convenção). Assim, mais uma vez o princípio da autonomia privada está presente. O preâmbulo desta Convenção declara expressamente que “a mera ratificação, aceitação ou aprovação desta Convenção por parte do Estado contratante, não reputará que este tenha obrigação de submeter nenhuma disputa a resolução da conciliação ou arbitragem aqui prevista, a menos que haja o consentimento de referido Estado”¹⁰⁵⁷. O consentimento das partes também é previsto no art. 26 desta Convenção¹⁰⁵⁸.

Uma das principais características da arbitragem no ICSID é que elas são disciplinadas por normas jurídicas de caráter internacional, por oposição às normas jurídicas estatais de cada nação¹⁰⁵⁹. Essa Convenção contempla um corpo de regras de constituição e investidura dos julgadores arbitrais; dispositivos sobre atribuições a funcionários do Centro; uma lista de nomes de pessoas elegíveis a árbitros; e também um conjunto de regras supletivas sobre procedimentos e norma aplicável à substância do litígio¹⁰⁶⁰. O princípio da autonomia privada constitui um dos principais pontos desta Convenção¹⁰⁶¹.

f) *Convention on settlement by arbitration of civil law disputes resulting from economic, scientific and technical cooperation* (Moscou 1972)

Esta Convenção é intitulada de *Convention on settlement by arbitration of civil law disputes resulting from economic, scientific and technical cooperation* e é aplicada a disputas entre partes do Bloco do Conselho para Mútua Assistência Econômica da Europa Oriental (CMEA). Ela foi celebrada em Moscou, em 26 de maio de 1972, e, segundo José Maria Rossani Garcez, “ela cria jurisdição obrigatória para certos tipos de disputa, o que sugere que o procedimento passa a ser parte do aparato obrigatório do Estado, e, assim, não parece uma arbitragem no sentido tradicional do termo, como sistema de livre escolha dos

¹⁰⁵⁷ Preâmbulo da Convenção de Washington de 1965 (Disponível em: <www.worldbank.org/icsid/basicdocs/partA.htm>. Acesso em: 25 nov. 2006).

¹⁰⁵⁸ Art. 26 da Convenção de Washington de 1965: “salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

¹⁰⁵⁹ GUERREIRO, 1993, p. 30.

¹⁰⁶⁰ SOARES, 2001, p. 133.

¹⁰⁶¹ O princípio da autonomia privada, por exemplo, pode ser encontrado nos arts. 37, 38, 42, 43, 46, 47 e 61.

contratantes para a solução de disputas”¹⁰⁶². Isso pode ser constatado no texto do art. I.1 da referida Convenção¹⁰⁶³.

Esta Convenção não tem tido muita expressão ultimamente, pois foi ratificada apenas por oito países, e cinco deles a denunciaram¹⁰⁶⁴.

g) Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional (Panamá 1975)

Denominada de Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional¹⁰⁶⁵, foi firmada em 31 de janeiro de 1975 e é composta de 13 artigos, que prevêem a instituição de uma arbitragem comercial internacional convencionada pelos governos dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Ela foi promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 1.902, de 9 de maio de 1996.

Assim, não fugindo das tendências das outras legislações aqui analisadas, esta Convenção legitimou o princípio da autonomia das partes no juízo arbitral, prevendo no seu art. 1º que a arbitragem será instituída de acordo com o que dispuserem as partes, para solucionar os litígios futuros ou os que já tenham surgido, que versem sobre natureza mercantil. Este princípio também adotado, por exemplo, no art. 2º, que faz referência à nomeação dos árbitros, e no art. 3º, que determina as regras de procedimento do juízo arbitral. São reconhecidos também limites ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira e, conseqüentemente, limites à arbitragem (art. 5º).

h) Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros (Montevideu 1979)

Realizada em Montevideu, na República Oriental do Uruguai, em 8 de maio de 1979, a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos

¹⁰⁶² GARCEZ, 1999, p. 181-182.

¹⁰⁶³ Art. I.1 da Convenção de Moscou de 1972 (Disponível em: <www.jurisint.org/doc/html/ins/en/2000/2000jiinsen76.html>. Acesso em: 28 nov. 2006): 1. All disputes between economic organizations resulting from contractual and other civil law cases arising between them in the course of economic and scientific-technical cooperation of the countries-parties to the present Convention shall be subject to arbitration proceedings with the exclusion of the above disputes from jurisdiction of the courts of law.

¹⁰⁶⁴ Apenas três Estados continuam sendo partes dessa convenção: Cuba, Mongólia e Rússia. Eram partes dessa convenção a Bulgária, República Tcheca, Hungria, Polônia e Romênia, entretanto, em 1 de janeiro de 1994 esses países acabaram denunciando o tratado. Cf. *Juris international*, 2006.

¹⁰⁶⁵ São Estados-Partes de referida Convenção: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Estados Unidos, Uruguai e Venezuela. Cf. *MERCOSUL*, 2006.

Arbitrais Estrangeiros¹⁰⁶⁶ surge com o espírito de assegurar a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos pela justiça dos Estados americanos em suas respectivas jurisdições territoriais. O Brasil promulgou referida convenção pelo Decreto n.º 2.411, de 2 de dezembro de 1997¹⁰⁶⁷.

A Convenção de 1979 limita a sua aplicação a sentenças ou laudos arbitrais que versem sobre matéria civil, comercial ou trabalhista, desde que o Estado-Parte não tenha feito reserva expressa de limitar o emprego dessa Convenção às sentenças condenatórias em matéria patrimonial. Pode ser extensiva, se assim for declarado no momento da ratificação, à aplicação das resoluções que terminem o processo, às ditadas por autoridades que exerçam alguma função jurisdicional e às sentenças penais quando se referirem à indenização de prejuízos derivados do delito. Entretanto, esta Convenção não especifica regras gerais para a arbitragem, não prevendo, portanto, o princípio da autonomia privada em seu texto. Entretanto, ela prevê que a Convenção do Panamá de 1975 deve ser respeitada e que suas normas só serão aplicadas se não houver conflito com aquela Convenção¹⁰⁶⁸. A exemplo da Convenção do Panamá, ela prevê a arbitrabilidade e a ordem pública (art. 2º) como limites à eficácia da sentença ou do laudo arbitral estrangeiros.

Posteriormente a essa Convenção, adveio a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, realizada em La Paz, em 1984. Essa Convenção foi criada para solucionar alguns conflitos de competência que ocorreram com a Convenção de Montevideú, mas o seu art. 6º, “i”, de maneira expressa, prevê que a Convenção da Bolívia não regulará sobre a matéria de arbitragem¹⁰⁶⁹, não alterando, portanto, as disposições feitas pela Convenção de Montevideú sobre a matéria.

i) Lei Modelo da Uncitral de 1985

A Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (Uncitral) foi criada pela Resolução n.º 2.205 da ONU em 17 de dezembro 1966, com a

¹⁰⁶⁶ São Estados-Partes de referida Convenção: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Estados Unidos, Uruguai e Venezuela. Cf. MERCOSUL, 2006.

¹⁰⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto. O Brasil e os tribunais transnacionais. In: RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues (Coord.). **Direito em questão**: aspectos principiológicos da justiça. Campo Grande: UCDB, 2001, p. 246.

¹⁰⁶⁸ Art. 1º da Convenção de Montevideú de 1979.

¹⁰⁶⁹ Convenção de La Paz. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: 30 out. 2001.

finalidade de promover a harmonização e a unificação progressiva do direito do comércio internacional¹⁰⁷⁰.

A arbitragem é um dos temas de freqüente análise pela Uncitral, de tal forma que existe desde 2000 um grupo de trabalho (Grupo de trabalho II) para a apreciação desse tema. A Uncitral também criou, em 1976, um regulamento de arbitragem, com o intuito de constituir um regime processual completo de arbitragem, ao qual as partes possam fazer remissão em uma convenção de arbitragem¹⁰⁷¹. Esse regulamento visa a regular todos os aspectos do procedimento arbitral, fornece um modelo de cláusula compromissória para ser incluída nos contratos comerciais e regula a designação dos árbitros, a forma, o efeito e a interpretação da sentença arbitral¹⁰⁷². Mas um dos pontos culminantes dos estudos da Uncitral e da sua preocupação com a harmonização e a unificação do direito do comércio internacional foi a edição, em 21 de junho de 1985, da Lei Modelo da Uncitral sobre arbitragem comercial internacional.

Apesar de esta Lei Modelo, como o próprio nome sugere, não ter força obrigatória para os Estados, a ONU, em 1985, chegou a recomendar que todos os países deveriam levar em consideração a tal Lei, pois seria um modo de uniformizar as leis sobre procedimentos da arbitragem e as necessidades específicas da prática da arbitragem comercial internacional¹⁰⁷³. Essa Lei Modelo tem o objetivo de servir como paradigma para os acordos e leis internas que tratem da arbitragem comercial internacional.

Um dos principais princípios que fundamenta a Lei Modelo da Uncitral é o da autonomia privada, que se faz presente desde a constituição da arbitragem até a aceção de regras para o seu processo¹⁰⁷⁴. A Lei Modelo, após especificar as disposições gerais da

¹⁰⁷⁰ UNCITRAL. Disponível em: <www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>. Acesso em: 9 nov. 2006.

¹⁰⁷¹ O princípio da autonomia das partes também é um dos princípios fundamentais do Regulamento de arbitragem da Uncitral, de tal modo que o Grupo de Trabalho II da Uncitral na sua sessão 45, realizada entre 11 e 15 de setembro de 2006, em Viena, ao analisar a revisão do Regulamento declarou que: “se observó que, dada la naturaleza contractual del Reglamento, su carácter vinculante se derivaba de la voluntad de las partes. No cabía considerar que una determinada versión del Reglamento estaba “en vigor” de por sí y al margen de todo acuerdo entre las partes sobre la controversia (excepto tal vez en el caso de que un tratado u otro instrumento previera la solución de controversias por medio del Reglamento). Se advirtió que toda disposición que designara una versión supletoria del Reglamento debería estar en consonancia con el principio de la autonomía de las partes. Si las partes habían decidido aplicar la versión anterior del Reglamento, ninguna disposición transitoria podía tener consecuencias retroactivas para dicho acuerdo”. GRUPO de trabalho da Uncitral sobre arbitragem. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/575/29/PDF/V0657529.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

¹⁰⁷² REGULAMENTO de arbitragem da Uncitral. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2006.

¹⁰⁷³ NOTAS EXPLICATIVAS sobre a Lei-Modelo Uncitral sobre arbitragem comerciais internacionais. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

¹⁰⁷⁴ Em nota explicativa (NOTAS EXPLICATIVAS da Secretaria da Uncitral sobre a Lei Modelo..., 2006), a Uncitral deixa claro que “la autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste

arbitragem internacional, passa, a partir do seu art. 7º, a vislumbrar regras e princípios para o processo arbitral. O art. 7º, por exemplo, prevê que será considerada convenção arbitral a “convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual”¹⁰⁷⁵.

A Lei Modelo também traz especificações quanto à nomeação de peritos que devem seguir as recomendações do art. 26, mas lembra que o tribunal só poderá nomeá-los se não houver convenção das partes em contrário. Igualmente, é possível a solicitação de assistência para a obtenção de provas a um tribunal competente do Estado onde está situado o tribunal arbitral, desde que haja o requerimento do próprio tribunal ou da parte interessada.

Sobre a sentença arbitral e o encerramento do processo, dispõe o capítulo VI. No primeiro artigo deste capítulo, o art. 28, a Lei Modelo vislumbra que as partes designam as regras de direito que devem ser aplicadas ao fundo de causa. Acrescenta ainda que, na falta dessa designação, o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie, e só é autorizado o julgamento *ex ad quo et bono* ou na qualidade de *amiable compositeur* quando as partes expressamente assim decidirem. Pode, no entanto, em qualquer caso, como consta no § 4º, o tribunal decidir de acordo com as estipulações do contrato e ter em conta os usos do comércio aplicáveis à transação. A importância da inserção do art. 28 nesse dispositivo, inclusive, é ressaltada em nota explicativa sobre a Lei Modelo elaborada pela Secretaria da Uncitral. Nessa nota, a Uncitral expõe que o § 1º do art. 28, que dispõe que “o tribunal arbitral decide o litígio em conformidade com as normas de direito eleitas pelas partes”, é uma disposição importante por duas razões:

Em primeiro lugar, atribui às partes a faculdade de eleger o direito substantivo aplicável, o que é importante em razão de que muitas leis nacionais não reconhecem esta faculdade. Além disso, ao fazer referência à eleição de “normas de direito” e não à lei, a Lei Modelo brinda às partes com uma gama de opções mais amplas no que toca à indicação da lei aplicável ao fundo do litígio, podendo, por exemplo, eleger, de comum acordo, normas de direito elaboradas por organismos internacionais, mas

especial importancia en los casos internacionales, pues les permite seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretas, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales del derecho interno y sin el riesgo antes mencionado de la frustración. La facultad discrecional supletoria del tribunal arbitral es igualmente importante pues le consiente dirigir las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin limitaciones impuestas por la ley local ni por cualquier norma interna sobre la prueba. Además, proporciona un medio para solucionar cuestiones procesales no contempladas en el acuerdo de arbitraje o en la Ley Modelo”.

¹⁰⁷⁵ Art. 7º da Lei Modelo.

não incorporadas ainda a qualquer ordem jurídica nacional. As atribuições do tribunal arbitral, por outro lado, seguem pautas mais tradicionais. Quando as partes não indicam a lei aplicável, o tribunal arbitral aplicará a lei, ou seja, a lei nacional, que determinará as regras de conflito de leis que ele estime aplicáveis¹⁰⁷⁶.

Dessa forma, pode-se perceber que a Lei Modelo previu uma liberdade mais ampla no que diz respeito ao procedimento arbitral bem como quanto à determinação da lei aplicável pelas partes.

Conforme o art. 32 da Lei Modelo, o processo arbitral será considerado encerrado quando: a) for proferida a sentença; b) o demandante retirar o seu pedido, a menos que o demandado a tanto se oponha e o tribunal arbitral reconheça que este tem um interesse legítimo em que o litígio seja definitivamente resolvido; c) houver acordo mútuo das partes; e d) o tribunal arbitral constate que o prosseguimento do processo se tornou, por qualquer razão, ou supérfluo ou impossível.

Como se pode observar, a Lei Modelo sempre deixa em primeiro plano a presença da autonomia das partes no processo arbitral. Mas, seguindo as tendências já vistas com relação ao princípio, ela também prevê limites à vontade das partes. É o que se pode perceber, por exemplo, no texto do art. 19 e na primeira parte do art. 36 desta Lei Modelo¹⁰⁷⁷.

Vale ressaltar ainda que a Lei Modelo, apesar de não se constituir em tratado internacional e, portanto, não ser obrigatória para qualquer Estado, teve influência decisiva

¹⁰⁷⁶ NOTAS EXPLICATIVAS da Secretaria da Uncitral sobre a Lei Modelo..., 2006.

¹⁰⁷⁷ O art. 19 da Lei Modelo prevê que, “sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes podem, por acordo, escolher livremente o processo a seguir pelo tribunal arbitral. E o art. 36.1, por sua vez, indica que: “reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral, independentemente do país em tenha sido proferida, só pode ser recusado: a) a pedido da parte contra a qual for invocado, se essa parte fornecer ao tribunal competente a que é pedido o reconhecimento ou a execução a prova de: I) que uma das partes na convenção de arbitragem referida no art. 7 estava ferida de uma capacidade; ou que a dita convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de indicação a este propósito, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou II) que a parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou III) que a sentença tem por objeto um litígio não referido no compromisso ou não abrangido pela previsão da cláusula compromissória, ou que contém decisões que ultrapassam os termos do compromisso ou da cláusula compromissória, entendendo-se contudo que, se as disposições da sentença relativas a questões submetidas à arbitragem puderem ser dissociadas das que não estiverem submetidas à arbitragem, unicamente poderá ser anulada a parte da sentença que contenha decisões sobre as questões não submetidas à arbitragem. IV) que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estão conformes à convenção das partes ou, na falta de tal convenção, à lei do país onde a arbitragem teve lugar; ou V) que a sentença se não tenha tornado ainda obrigatória para as partes ou tenha sido anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou em virtude da lei do qual, a sentença tenha sido proferida; ou b) se o tribunal constatar: I) que o objeto do litígio não é suscetível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou II) que o reconhecimento ou a execução da sentença contraria a ordem pública do presente Estado”.

nos últimos anos, inspirando diversas normas nacionais, que adotaram, ou atualizaram, a regulamentação interna da arbitragem¹⁰⁷⁸.

- j) Protocolo sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa (Mercosul, Las Leñas 1992)

O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa¹⁰⁷⁹ prevê no seu capítulo V, em sete artigos, disposições sobre o reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais. Esse Protocolo foi promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 2.067, de 12 de novembro de 1996.

Suas disposições, quase na totalidade, coincidem com as da Convenção de Montevideu de 1979. Esse Protocolo foi “feito no Vale de Las Leñas, Departamento de Malargüe, Província de Mendoza, República Argentina, aos 27 dias do mês de junho de 1992, em um texto original, nos idiomas espanhol e português, sendo ambos os textos igualmente autênticos”¹⁰⁸⁰, e procura estabelecer três modalidades diferentes de cooperação interjurisdicional: medidas de simples trâmite processual ou probatórias, informação sobre o direito vigente e o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais proferidos nos Estados-Partes. A grande inovação se dá no modo de requerer a homologação de sentença estrangeira, tanto judicial quanto arbitral, que ocorre por meio de *carta rogatória*, expedida no juízo de origem, tal como previsto em seus arts. 19 a 24, e cujo encaminhamento e recebimento são feitos pela Autoridade Central designada pelo Estado¹⁰⁸¹. Esse Protocolo não faz referência direta ao princípio da autonomia privada com relação à arbitragem, mas aponta que a sentença a ser reconhecida ou homologada deve estar em conformidade com a ordem pública do país onde deva surtir seus efeitos (art. 20 do Protocolo).

¹⁰⁷⁸ Segundo a Uncitral (2006) os seguintes países basearam-se na Lei Modelo para elaborar as suas leis: Alemanha, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bahrein, Bangladesh, Bielorrússia, Bulgária, Canadá, Chile, China; Hong Kong y Macau, regiões administrativas especiais; Chipre, Croácia, Dinamarca, Egito, Espanha, Federação Russa, Filipinas, Grécia, Guatemala, Hungria, Índia, Irã, Irlanda, Japão, Jordânia, Quênia, Lituânia, Madagascar, Malta, México, Nicarágua, Nigéria, Noruega, Nova Zelândia, Omã, Paraguai, Peru, Polónia, República da Coreia, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte; Escócia e Bermudas, território de ultramar, Cingapura, Sri Lanka, Tailândia, Tunísia, Turquia, Ucrânia; Estados Unidos de América: Califórnia, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregon e Texas; Zâmbia, e Zimbábue.

¹⁰⁷⁹ Anexo MERCOSUR/CMC/Dec. N. 05/92.

¹⁰⁸⁰ Art. 36 do Protocolo de Las Leñas (2006).

¹⁰⁸¹ SOUZA JR, Lauro da Gama. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 412.

- k) Protocolo sobre jurisdição internacional em matéria contratual (Mercosul, Buenos Aires 1994)

O Protocolo de Buenos Aires, firmado em 5 de agosto de 1994, é aplicado para solucionar conflitos de jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares – pessoas físicas ou jurídicas no âmbito do Mercosul. O Protocolo de Buenos Aires foi promulgado no Brasil, em 17 de dezembro de 1996, pelo Decreto n.º 2.095.

Este Protocolo determina no seu art. 4º que as partes podem eleger, de maneira voluntária, tanto tribunais de um dos Estados-Partes do Mercosul para solucionar o seu litígio como tribunais arbitrais. Não havendo acordo das partes, serão adotados os pressupostos deste Protocolo para solucionar os problemas referentes à determinação da jurisdição internacional.

- l) Acordo de Arbitragem Comercial Internacional no Mercosul – Mercosul 1998

O Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (AACIM)¹⁰⁸² é composto de 26 artigos e tem por objetivo “regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, dos Estados Partes do Mercosul”¹⁰⁸³.

Conforme a nota introdutória de sua redação, o AACIM se espelha na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, a chamada Convenção do Panamá; na Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, a Convenção de Montevideu; e na Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (Uncitral).

Tal Acordo, promulgado pelo Brasil com o Decreto n.º 4.719, em 4 de junho de 2003, prevê entre os seus princípios o da autonomia privada. Esse princípio é previsto para opção de solução de controvérsias por juízo arbitral, determinação de regras de procedimento, determinação de lei aplicável, nomeação dos árbitros e encerramento da arbitragem, por exemplo.

¹⁰⁸² O Mercosul também celebrou um Acordo de Arbitragem Internacional com a Bolívia e o Chile (Decisão 04/98), com as mesmas disposições do AACIM. Entretanto, o acordo firmado entre a Bolívia e o Chile ainda não está vigente, em virtude da não ratificação do referido pelo Chile, Bolívia e Paraguai. Cf. MERCOSUL, 2006.

¹⁰⁸³ Art. 1º do AACIM. Mercosul, 2006.

O AACIM também faz previsão de que a convenção arbitral dará tratamento equitativo, portanto, utilizando-se do princípio da igualdade; ressalta que essa deve ser pactuada de boa-fé, sendo a convenção autônoma com relação ao contrato-base¹⁰⁸⁴.

3.3.4 Limites da autonomia privada na arbitragem

Como expõe Ricardo Soares Stersi dos Santos, sem dúvidas a liberdade de que as partes dispõem na arbitragem, comparando-se à liberdade que elas possuem na forma judicial, é muito maior. Segundo o autor, “é importante destacar, entretanto, que essa liberdade é controlada por limites determinados e impostos em cada ordenamento jurídico entre os quais se pode destacar a ordem pública”¹⁰⁸⁵, devendo também primar pela previsibilidade e pela segurança jurídica¹⁰⁸⁶, como ressalta Elena Artuch Ibiberri¹⁰⁸⁷. Esses limites impostos à arbitragem advêm em parte dos próprios limites impostos ao seu princípio fundante, o da autonomia privada, como se viu anteriormente.

Ricardo Ramalho Almeida, nesse sentido, ressalta que, se a autonomia privada fornece o fundamento do direito da arbitragem, por outro lado, ela se desenvolve dentro dos limites impostos pela lei, “podendo até mesmo a vir depender do Estado para sua plena eficácia, seja na instância de controle da validade da sentença arbitral, seja diante da necessidade de reconhecimento e execução, em determinado ordenamento jurídico, de sentença arbitral prolatada fora de seu âmbito territorial”¹⁰⁸⁸. Não se tratará aqui de conceituações sobre os limites à arbitragem, mas sobre as especificidades desses limites à arbitragem.

A ordem pública é uma das formas de limite à arbitragem, que, como visto no capítulo anterior, é geralmente prevista nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e em todas as convenções internacionais¹⁰⁸⁹ onde são estudados¹⁰⁹⁰. Entretanto, vale ressaltar que ela é

¹⁰⁸⁴ Conforme o art. 2º, d, é o “acordo que dá origem às controvérsias submetidas à arbitragem”.

¹⁰⁸⁵ SANTOS, R., 2004, p. 40.

¹⁰⁸⁶ Segundo Elena Artuch Ibiberri (**El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional**. Madrid: Eurolex, 1997, p. 105), “es mediante este equilibrio entre la libertad de las partes y la seguridad jurídica como se ha llegado a la posibilidad de intervención arbitral en materias intervenidas por el orden publico internacional de un Estado”.

¹⁰⁸⁷ ARTUCH IBIBERRI, 1997, p. 104.

¹⁰⁸⁸ ALMEIDA, 2003a, p. 131 e ALMEIDA, 2005, p. 3.

¹⁰⁸⁹ Por exemplo, o limite de ordem pública é previsto no art. 2º, h, da Convenção de Montevidéu de 1979, no art. 5. 2., b da Convenção do Panamá de 1975, no art. 20 do Protocolo de Las Leñas e art. V.2 da Convenção de Nova Iorque de 1958.

apenas um limite, não caracterizando um obstáculo à arbitragem, como ressalta Ricardo Soares Stersi dos Santos. A ordem pública, como assevera este autor, é uma “forma de limitação e controle da autonomia de vontade das partes, impedindo que através da arbitragem possa ocorrer, por conveniência ou conivência das partes e do árbitro, a violação de interesses fundamentais albergados pela ordem jurídica estatal [...]”¹⁰⁹¹. Portanto, importante e necessária para que a arbitragem possa ser considerada um meio adequado de solução de controvérsias.

Ricardo Ramalho Almeida, em amplo estudo sobre a ordem pública e a arbitragem, constatou que o exame da atuação da ordem pública pode ser feito em três planos: arbitrabilidade; regras de direito aplicável à solução do litígio; e controle judicial da sentença arbitral¹⁰⁹². Todavia, na visão dessa pesquisa, a arbitrabilidade, como limite à arbitragem, deve ser tratada como ponto específico, e não atrelada à ordem pública, pois, como especifica o próprio Ricardo Ramalho Almeida,

A arbitrabilidade de litígios, em abstrato, raramente interessará à ordem pública; esta apenas se sensibilizará com os resultados concretos alcançados. Considerando-se que os critérios adotados pelo legislador brasileiro para definir, em abstrato, a arbitrabilidade – patrimonialidade e disponibilidade – não se confundem com a ordem pública, nem são desta mecanicamente dependentes, não se vê o porquê de insistir-se em referir o conceito de ordem pública a tal matéria¹⁰⁹³.

Deve-se esclarecer, contudo, que a arbitrabilidade é um limite social à arbitragem, sendo considerada tratada, geralmente, na doutrina como um tópico dentro da ordem pública¹⁰⁹⁴. No entender desta pesquisa, a arbitrabilidade é um limite tão importante para a arbitragem, que deve ser tratada mais especificamente, tendo em vista suas particularidades neste instituto.

¹⁰⁹⁰ No mesmo sentido Ricardo Ramalho Almeida (2005, p. 5-6), para quem “[...] a ordem pública é princípio universal, conhecido em virtualmente todos os ordenamentos jurídicos e instrumentos internacionais relevantes para a arbitragem comercial internacional”.

¹⁰⁹¹ SANTOS, R., 2004, p. 42.

¹⁰⁹² ALMEIDA, 2005, p. 4. Por sua vez, Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 42) aponta quatro momentos em que a ordem pública faz o controle da arbitragem: “a) na delimitação da arbitrabilidade do conflito, ou seja, das questões que podem ser objeto de resolução de conflito através da arbitragem; b) na delimitação das regras aplicáveis quanto à capacidade das partes em celebrar convenção de arbitragem, nos casos de arbitragem internacional; c) na eleição do direito de fundo aplicável ao mérito do conflito; d) na escolha das regras aplicáveis ao procedimento arbitral”.

¹⁰⁹³ ALMEIDA, 2005, p. 140-141.

¹⁰⁹⁴ Pode se citar o exemplo de Jean-Baptiste Racine, que faz uma análise bastante apurada da arbitragem e ordem pública na obra “**L’arbitrage commercial international et l’ordre public**”, considerando a arbitrabilidade como um limite de ordem pública.

A ordem pública limita as regras de direito aplicável à solução do litígio, principalmente quando as partes ou o árbitro elegem uma regra de direito não nacional para regular a arbitragem¹⁰⁹⁵. Isso parece evidente na redação do § 1º do art. 2º da LA, que determina que “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”. Como evidencia Manoel J. Perreira dos Santos, “a permissão legal para escolha pelas partes das regras de direito aplicáveis não afasta a obediência aos preceitos de ordem pública vigentes no território brasileiro”¹⁰⁹⁶. Conclui o autor: “o legislador expressamente ressaltou que a acolhida do direito estrangeiro é feita sem prejuízo da prevalência das normas imperativas do sistema legal pátrio que colidirem com aquele”¹⁰⁹⁷. Observa-se ainda que as especificidades que se aplicam aos bons costumes, à soberania nacional e a normas cogentes, nos contratos em geral e sua conexão com a ordem pública¹⁰⁹⁸, também se aplicam à arbitragem¹⁰⁹⁹.

Com relação ao controle judicial da sentença arbitral, deve-se levar em conta se a sentença é nacional ou estrangeira. Na sentença arbitral nacional, em grande parte dos países, não existe mais a previsão de homologação da referida sentença pelo Poder Judiciário. Dessa maneira, o ferimento à ordem pública deve ser feito em uma ação de anulação de sentença arbitral nacional¹¹⁰⁰. Se a sentença em questão for estrangeira, o controle de ordem pública será feito no momento da homologação. Em regra, a sentença arbitral estrangeira está revestida do princípio da proibição da revisão do mérito do assunto, o que não afeta a análise

¹⁰⁹⁵ Esse limite está previsto no sistema brasileiro de arbitragem, no art. 2º, § 1º da LA.

¹⁰⁹⁶ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Ordem Pública e arbitragem*. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 398.

¹⁰⁹⁷ SANTOS, M., 1999, p. 398.

¹⁰⁹⁸ Como se viu no capítulo anterior, a expressão ordem pública pode ser considerada sinônima de ordem social e, por esse motivo, são supérfluas as expressões soberania nacional e bons costumes, pois estas estão incluídas na noção de ordem social.

¹⁰⁹⁹ Segundo José Augusto Fontoura Costa e Rafaela Lacôrte Vitale Pimenta (*Ordem Pública na Lei n. 9.307/96*. In: Casella, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 378), “a noção de bons costumes, referida no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, é um desdobramento do próprio conceito de ordem pública. Tanto que, ainda que a Lei de Arbitragem não fizesse menção à expressão, os bons costumes deveriam ser respeitados em decorrência do dever de observância, na arbitragem, da ordem pública”.

¹¹⁰⁰ O sistema brasileiro de arbitragem prevê a ação de anulação de sentença arbitral no art. 33 da LA, prevendo taxativamente às hipóteses de anulabilidade da sentença arbitral nacional no seu art. 32. Entretanto, a hipótese de ferimento à ordem pública não está presente nestas hipóteses. Ricardo Ramalho Almeida (2005, p. 266), tentando explicar esta lacuna, aponta que, embora a ordem pública não apareça explicitamente “[...] todos os incisos do referido artigo 32 da Lei dizem respeito, em maior ou menos medida, a matérias de interesse da ordem pública, estando esta subjacente ao espírito do dispositivo legal. Aparentemente, porém, entendeu o legislador que somente aquelas hipóteses específicas seriam suficientemente relevantes, a ponto de justificar uma ação anulatória, inexistindo um preceito de caráter geral, que alcance outras situações não expressamente contempladas”.

de ferimento de ordem pública¹¹⁰¹ pelo órgão competente¹¹⁰², pois, como explica Roque J. Caivano,

A falta de reconhecimento e execução de um laudo estrangeiro, por violar à ordem pública, constitui, em verdade, uma exceção ao princípio universalmente aceito de aplicação normal das leis estrangeiras ou de respeitar as sentenças emanadas de tribunais judiciais ou arbitrais situados no estrangeiro. Esta exceção, contudo, se justifica porque, em caso de se autorizar a execução forçada em seu território, o juiz do *exequatur* não só estaria permitindo a aplicação de um princípio que repugna as concepções que imperam na sociedade, mas também cooperaria ao prestar seu *imperium* para que esses princípios sejam avassalados¹¹⁰³.

Para finalizar, importante é ressaltar que a análise de adequação da arbitragem à ordem pública deve ser realizada, inicialmente, pelo árbitro e, num segundo momento, pelo Judiciário. Vale esclarecer que a própria ordem pública possui limites, não podendo ser utilizada sem critérios apenas no intento de evitar os efeitos da sentença arbitral pela parte perdedora.

O princípio da boa-fé também impõe às partes especiais deveres de conduta. Na arbitragem, essa conduta especial se traduz, por exemplo, como especifica Ricardo Ramalho Almeida,

[...] no dever de colaborar reciprocamente para a regular instauração do juízo arbitral e o andamento do respectivo processo, com a superação de quaisquer eventuais entraves ou dificuldades que possam surgir. As partes não podem suscitar incidentes fúteis, criar empecilhos injustificados ou aproveitar-se de dificuldades criadas por terceiros para atalhar o processo arbitral¹¹⁰⁴.

¹¹⁰¹ No mesmo sentido, são as idéias de Maria Gonzalo Quiroga (La quiebra del principio de prohibición de revisión del laudo a través del orden público. **Revista DeCita**, n. 2, 2004. Derecho del comercio internacional. Tema y actualidades: arbitraje. Directores. Adriana Dreysin de Klor; Diego P. Fernández Arroyo. Buenos Aires, Zavalia, 2004, p. 162), para quem: “[...] la única posibilidad que tiene el juez de control de entrar a conocer lo decidido por los árbitros en la fase del procedimiento arbitral se dará en los casos en que existan indicios de que el orden público hubiera podido ser violado, o si efectivamente éste ha sido violado”. E, de Ricardo Ramalho Almeida (2005, p. 230), que acrescenta que “o exame da sentença estrangeira, judicial ou arbitral, no sistema brasileiro, é meramente formal, deliberatório, não questionando o mérito do julgado ou sequer indagando qual o direito aplicado pelos julgadores. O único aspecto material da sentença deliberada que é objeto de exame próprio e específico é sua conformidade de suas conseqüências e efeitos com as exigências da ordem pública de efeitos internacionais, tal como nacionalmente concebida”.

¹¹⁰² No caso brasileiro, segundo o art. 105, I, i da CF, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, esse órgão é o Superior Tribunal de Justiça.

¹¹⁰³ CAIVANO, Roque J. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998, p. 155.

¹¹⁰⁴ ALMEIDA, 2005, p. 63.

Esse princípio se reflete, tanto no juízo estatal quanto no arbitral, num “clima de ausência de combate entre as partes, de respeito pelos direitos recíprocos e pelos árbitros, bem como de absoluta confiança nos últimos”¹¹⁰⁵. Exemplo de observação deste princípio no juízo arbitral é o Caso 5854 do Tribunal Arbitral da CCI, julgado em 1989, envolvendo uma empresa belga que propôs o procedimento de arbitragem contra uma empresa indiana. Como explica Selma Maria Ferreira Lemes,

A empresa belga foi contratada para desenvolver um programa de criação (sinais distintivos) para embalar produtos a consumidores finais bem como para transporte. O programa foi entregue à empresa indiana que o recusou sem motivo justificado, haja vista que não cumpriu com seus deveres de justificar sua recusa e de participar nas discussões adicionais para modificar ou alterar o programa de desenhos solicitados. O Tribunal Arbitral invocou a obrigação das partes de colaborarem com boa fé e conclui pela responsabilidade da demandada, a empresa indiana, condenando em perdas e danos e proibindo de utilizar, sem o consentimento da empresa belga, os símbolos por ela criados¹¹⁰⁶.

Ressalta-se que o princípio da boa-fé é tão importante que não pode ser afastado dos contratos internacionais de uma maneira geral, sendo considerada indisponível nos Princípios da Unidroit para o comércio internacional. Chega o art. 1.7 destes Princípios a dispor de maneira expressa que “(1) as partes devem atuar com boa fé e lealdade contratual no comércio internacional”, dispondo ainda que “(2) as partes não podem excluir ou limitar esse dever”. No campo da arbitragem comercial internacional, este princípio também deve ser respeitado, pois, segundo Jean-Baptiste Racine, é a espinha dorsal dos princípios gerais aplicados pelos árbitros internacionais¹¹⁰⁷, como visto anteriormente.

O AACIM, o acordo de arbitragem do Mercosul, também faz menção expressa sobre este princípio no seu art. 4.1, especificando que “a convenção arbitral dará um tratamento equitativo e não-abusivo aos contratantes, em especial nos contratos de adesão, e será pactuada de boa fé”.

Outro limite à arbitragem objetiva é o limite em razão da matéria na arbitragem, também denominado de arbitrabilidade objetiva, que, nas palavras de Maria Gonzalo Quiroga, “é uma noção fundamental empregada para determinar quando uma determinada

¹¹⁰⁵ SANTOS, F., 1999, p. 116.

¹¹⁰⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem em Propriedade Intelectual - Instituições Arbitrais**. Disponível em: <www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa.1.2.3.1.asp?id_noticias=80>. Acesso em: 6 dez. 2006.

¹¹⁰⁷ Apud ALMEIDA, 2005, p. 216.

matéria pode ser objeto de um procedimento arbitral”¹¹⁰⁸. Esta autora ainda aponta que existem duas correntes para estipular se uma matéria é passível de ser solucionada por meio de arbitragem.

Uma delas é a favor da arbitragem e adota a presunção de arbitrabilidade, que favorece a arbitragem. Dessa maneira, se houver dúvidas sobre a arbitrabilidade de alguma matéria em arbitragem internacional, ela sempre será considerada arbitrável. Esta doutrina é vinculada à “*Federal Policy Favoring Arbitration*”¹¹⁰⁹.

A outra, mais atual, surgiu da prática norte-americana em matéria de controvérsias e vê com mais cautela e preocupação as questões relativas à arbitrabilidade, principalmente no que se refere a matérias vinculadas com a ordem pública¹¹¹⁰.

De maneira geral, pode-se afirmar que as controvérsias que não são passíveis de solução por arbitragem versam sobre litígios relativos a matérias que interessam à ordem pública, que não podem ser objeto de transação ou em que as partes não possam dispor livremente de seus direitos¹¹¹¹. E, como ocorre com o princípio da autonomia privada, também existe a preocupação na arbitragem em proteger a parte mais fraca do contrato, o que ocorre, por exemplo, nas relações de consumo, principalmente em matéria de contratos de adesão, e nas relações de emprego.

¹¹⁰⁸ GONZALO QUIROGA, 2003, p. 34.

¹¹⁰⁹ A partir de 1985, com o caso *Mitsubishi*, houve a possibilidade de um árbitro poder decidir sobre uma controvérsia que afetasse o Direito da Concorrência, abrindo-se, como afirma Maria Gonzalo Quiroga (2003, p. 38), as comportas para a arbitrabilidade em matéria de ordem pública. A autora afirma, assim, que “se produjo, entonces, el auténtico despegue de la institución arbitral en ámbito internacional. El caso *Mitsubishi* permitió la arbitrabilidad de la controversia internacional del Derecho Antitrust y sus consecuencias en cuanto a la extensión de la competencia de los árbitros en ámbitos que tradicionalmente les habían sido vedados, por su fuerte vinculación con el orden público y las políticas imperativas de los Estados, fueron ya imparables”.

¹¹¹⁰ GONZALO QUIROGA, 2003, p. 39-40.

¹¹¹¹ Segundo Luis Fernández de la Gándara e Alfonso-Luis Calvo Caravaca (1995, p. 746-747), “un límite a la facultad de las partes y al poder de los árbitros reconocido por todos los ordenamientos jurídicos, aun cuando éstos discrepen, en concreto, de la transposición o no de las prohibiciones de someter a arbitraje determinados supuestos internos al tráfico internacional, de las materias excluidas – por ejemplo, la propiedad industrial, la competencia desleal o los contratos petrolíferos – o, en el caso de que la exclusión sea sólo parcial, del requisito al que se subordina su arbitrabilidad – por ejemplo, el intento fallido de la conciliación”. Outro ponto importante analisado por Ricardo Ramalho Almeida é a existência de limites com relação à matéria distintos daquelas decorrentes de ordem pública. Ricardo Ramalho Almeida (2005, p. 113) afirma que, “algumas vezes, não obstante, um regramento legal imperativo de direito público ou de interesse da ordem pública figurará como fonte ou origem de efetiva e permanente indisponibilidade, como, por exemplo, no contencioso tributário, nos litígios de direito de família ou nos processos de falência; nesses casos, poderá dizer-se, apenas em termos muito amplos e atécnicos, que a inarbitrabilidade radica-se – indiretamente – no interesse da ordem pública sobre a matéria litigiosa. A matéria litigiosa estará tão-somente ‘envolta’, por assim dizer, em um contexto normativo de direito público ou de ordem pública, mas o fator decisivo que determinará a sua inarbitrabilidade, fator esse que necessariamente será a não-patrimonialidade, ou a indisponibilidade, ou ambas, decorrerá diretamente de alguma outra causa, mas não dá ordem pública em si”. João Bosco Lee (2002a, p. 64), no mesmo sentido, ressalta que “a ordem pública não é, como se pretendia, um critério indispensável à definição da arbitragem, mas sim um fator suplementar na delimitação da livre disponibilidade. A ordem pública estabelece o limite da disponibilidade de direitos, e, por conseguinte, o da arbitrabilidade”.

A imposição de convenção arbitral nos contratos de consumo no sistema jurídico brasileiro é vetada pelo Código de Defesa do Consumidor, que determina no seu art. 51, VII, que “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem”. Desse dispositivo é que se suscita a dúvida se a cláusula compromissória inserida num contrato de adesão poderia ser considerada abusiva e conseqüentemente nula.

A problemática enfrentada pela convenção de arbitragem inserida em contrato de adesão advém da própria característica desse contrato, em que uma das partes aceita “cláusulas gerais predispostas pela outra, a fim de constituir a totalidade ou ao menos a porção substancial do conteúdo de sua relação jurídica”¹¹¹², o que caracterizaria a imposição da arbitragem por uma das partes, ferindo o princípio da autonomia privada.

No intento de solucionar essa problemática, a Lei de Arbitragem brasileira previu, no seu art. 4º, § 2º, um modo próprio de a parte aderente expressar sua vontade de solucionar suas controvérsias por meio de arbitragem¹¹¹³. Segundo a Lei, a cláusula compromissória, para ter eficácia nos contratos de adesão, deve ter sido proposta pelo aderente ou com a anuência deste. Essa anuência, por sua vez, deve ser comprovada por meio de documento escrito em anexo ao contrato principal ou em negrito no próprio contrato, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. Todavia, ressalta Joel Figueira Júnior, apesar das formalidades impostas para comprovar a voluntariedade do agente em fazer opção pela jurisdição privada, “a sua efetiva consecução no mundo dos fatos e do direito, em havendo resistência do consumidor aderente às estipulações nele contidas, há de ser analisada de maneira particular [...]”¹¹¹⁴. Essa análise, segundo o autor, deve ser feita “na busca dos meandros das peculiaridades da hipótese vertente, e em sintonia com os fins sociais dos dois microsistemas [na análise do autor as Leis n.º 9.307/96 e 8.078/90), que devem se completar e não excluir”¹¹¹⁵.

Dessa maneira, pode-se perceber que a vedação de inclusão de cláusula compromissória nos contratos de adesão no Brasil não é total, pois, segundo Luiz Olavo Baptista, o que pode vir a causar a nulidade da arbitragem não é a desigualdade por si só,

¹¹¹² Fiúza apud COSTA, N., 2006a, p. 143.

¹¹¹³ Segundo Nilton César Antunes da Costa (2006a, p. 143), “[...] o contrato de adesão não é uma modalidade típica ou autônoma de contrato que tenha um conteúdo específico, tal como ocorre, por exemplo, com o contrato de compra e venda, o contrato de locação, o contrato de comodato, etc., mas diz respeito a uma forma de contratar toda peculiar e diferente da forma que se celebra um contrato paritário ou negociável e que, por isso, tem método interpretativo específico com relação à manifestação de vontade do aderente e das cláusulas contratuais gerais”.

¹¹¹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 190.

¹¹¹⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 190.

mas o abuso que dela pode nascer¹¹¹⁶. Essa preocupação com a parte mais fraca também visa à proteção da função social do contrato, da igualdade de fato e do equilíbrio contratual, que também constituem limites à arbitragem. No direito de defesa do consumidor (art. 51, IV), por exemplo, também serão constituídas cláusulas abusivas, as cláusulas que: “IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Outra matéria amplamente discutida, com relação ao limite à arbitragem, diz respeito ao direito trabalhista. O art. 114 da CF chega a prever a possibilidade de adoção da arbitragem para solução de conflitos de trabalho, especificando que, “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

A literatura aponta que, por meio desse dispositivo, o constituinte reconheceu, ao menos nas convenções coletivas, a possibilidade de adoção da arbitragem para resolução de disputas em matéria trabalhista. Entretanto, com relação aos direitos individuais, esse posicionamento não tem sido muito claro.

Para Carlos Alberto Carmona, “as causas trabalhistas também são, em princípio, arbitráveis, não havendo necessidade de procurar na nova Lei qualquer menção específica ao Direito do Trabalho para que o mecanismo de solução de controvérsias seja aplicável também às questões laborais”¹¹¹⁷. Porém, o próprio Carlos Alberto Carmona ressalta que não são poucos estudiosos que acreditam que a arbitragem é incompatível com o processo trabalhista brasileiro. Para Eustachio Ramacciotti, por exemplo, a arbitragem para solucionar conflitos de direitos individuais, nas palavras de Isabele Jacob Morgado, “prejudicaria a massa trabalhadora não sindicalizada, que não possui força de barganha diante dos empregadores, não podendo, desta maneira, impor árbitro de sua escolha”¹¹¹⁸. Essa incompatibilidade seria justificada tendo em vista que “a submissão do trabalhador à decisão arbitral significaria deixar o obreiro à mercê do empregador, com ampla possibilidade de fraude, tornando sem sentido o caráter protetivo do direito do trabalho”¹¹¹⁹. Entretanto, como aponta Joel Dias Figueira Júnior:

Em sede das relações trabalhistas, as condições pessoais dos empregados, ou seja, o seu nível cultural, o grau de escolaridade, a atividade profissional exercida, a idade, a experiência no ramo etc. são fatores de

¹¹¹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem e contratos internacionais: a proteção da parte mais fraca. São Paulo: LTr, 1998, p. 74.

¹¹¹⁷ CARMONA, 2006, p. 57.

¹¹¹⁸ Apud MORGADO, Isabele Jacob. **A arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 46.

¹¹¹⁹ CARMONA, 2006, p. 59.

grande importância que necessitam ser considerados individual e, particularmente, caso a caso, para identificação de manifestação viciada da vontade – *in casu*, em eleger a jurisdição privada em cláusula contratual própria¹¹²⁰.

Ainda, segundo Isabele Jacob Morgado, como a maioria dos direitos pleiteados na Justiça do Trabalho possui caráter patrimonial, eles seriam, em princípio, totalmente disponíveis. Assim, como expõe a autora, “[...] o Estado, considerando o desequilíbrio da relação capital x trabalho, em virtude da debilidade econômica deste, houve por bem tutelar alguns dos direitos que considerava mais relevantes, elevando-os à categoria de indisponíveis. Daí por que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas é necessariamente determinada por lei”¹¹²¹. Ressalta ainda a autora que “[...] os direitos trabalhistas que, inicialmente, apresentam-se como irrenunciáveis em virtude da tutela estatal, são perfeitamente disponíveis, à medida em que a transação se configura como um meio de solução dos conflitos”¹¹²². A reclamação de férias não concedida no prazo legal pelo empregado em curso de um contrato em vigor é um exemplo de direito individual que pode ser disponível¹¹²³.

Da problemática exposta acima, parece que a solução mais acertada, quando se fala em arbitragem em direito trabalhista, está em analisar cada caso específico, pois nem todos os direitos individuais¹¹²⁴ possuem caráter indisponível e, dessa forma, podem ser passíveis de arbitragem¹¹²⁵.

Outro limite à arbitragem diz respeito à arbitrabilidade subjetiva ou à capacidade para submeter-se à arbitragem. Grande parte dessa problemática trata da capacidade de Estados ou instituições estatais em se valer da arbitragem para solucionar seus litígios. Depois de longos debates, tem-se hoje que os Estados podem se ocupar da arbitragem para solucionar suas controvérsias quando estiverem realizando atos de comércio, sendo, por outro lado, vedada a sua utilização quando o Estado estiver realizando atos de império¹¹²⁶. Nesse sentido são as palavras de Guido Soares, que afirma que

¹¹²⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, 1999a, p. 181-182.

¹¹²¹ MORGADO, 1998, p. 45.

¹¹²² MORGADO, 1998, p. 45.

¹¹²³ YOSHIDA, Márcio. A arbitragem em face da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 241.

¹¹²⁴ Caso de direito individual que pode ser disponível é a reclamação de férias não concedida no prazo legal pelo empregado em curso de um contrato em vigor. Cf. YOSHIDA, Márcio. A arbitragem em face da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 241.

¹¹²⁵ MORGADO, 1998, p. 45.

¹¹²⁶ Neste sentido: BAPTISTA, 2001, p. 211.

A presença direta ou indireta de um Estado, num dos pólos da arbitragem, o mesmo não poderá invocar suas prerrogativas de ente público, estando, assim, descartadas quaisquer possibilidades de um tratamento diferenciado entre as partes em litígio, seja por razões de tratar-se de um Estado ou de uma pessoa em seu lugar (as inúmeras formas que os Estados adotam, nos seus negócios internacionais, tais as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, ou quaisquer outras denominações que lhes dêem), seja porque os bens e direitos envolvidos se encontram afetados a um serviço público. As questões das possibilidades de um Estado submeter-se à arbitragem, na qualidade de um particular, ou as relativas à disponibilidade de direitos relativos a determinados bens submetidos a uma decisão de árbitro(s), dizem respeito à admissibilidade mesma da arbitragem (a questão da arbitrabilidade) e, a nosso ver, constituem requisitos prévios de poder instalar-se, com legitimidade, um procedimento arbitral entre particulares, tal como versadas no direito comum¹¹²⁷.

Assim, tem-se que atualmente o Estado pode ser parte de um juízo arbitral desde que não aja como poder público, mas sim como parte privada de um contrato¹¹²⁸.

Existem ainda matérias que são excluídas da arbitragem por ser de competência exclusiva da jurisdição tradicional. São exemplos dessas matérias os direitos indisponíveis, tratados neste ponto, entre outros reservados ao conhecimento do Poder Judiciário¹¹²⁹.

Apesar de parecer óbvio, vale ressaltar que a estipulação de regra de procedimentos, regidos pela autonomia privada, também é limitada por princípios processuais constitucionais¹¹³⁰, como imparcialidade, livre convencimento, igualdade de tratamento, contraditório, todos princípios analisados anteriormente.

¹¹²⁷ SOARES, 2002, p. 489.

¹¹²⁸ Nesse sentido é o posicionamento de Ferreira (2002, p. 38), para quem: “o compromisso em que figura o Estado nem sempre é de direito público. O Estado pode nele figurar como particular”.

¹¹²⁹ Exemplo de competência internacional exclusiva é o caso de imóveis não gravados situados no Brasil como objeto de uma arbitragem internacional frente às regras previstas no art. 89 do Código de Processo Civil brasileiro. Cf. SILVA, Adriana dos Santos. Os princípios do *foro* e da *lex rei sitae* como limitadores da arbitragem internacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber; ESPLUGUES MOTA, Carlos. **Direito internacional privado**: União Européia e Mercosul (no prelo). Contudo, para Flavia Sávio C. S. Cristofaro (A relação entre a arbitragem e as regras sobre competência internacional previstas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil brasileiro. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro, 2003), os princípios do *foro* e da *lex rei sitae*, previstos no art. 89 do CPC, não constitui empecilho para que as partes levem ao conhecimento da arbitragem matérias que tenham por objetos imóveis situados no Brasil.

¹¹³⁰ Nesse sentido José de Albuquerque Rocha (1998, p. 81), para quem, “embora amplo o poder das partes de escolher o modelo procedimental da arbitragem, a Lei impõe a observância de alguns limites a seu exercício. Estas limitações estão relacionadas com a obediência aos princípios constitucionais da imparcialidade do árbitro, seu livre convencimento, igualdade das partes, contraditório e outras restrições legais”.