

DA NECESSÁRIA EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO PARA A AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DIANTE DO FENOMENO DA TRANSNACIONALIDADE.

Lílian Maciel Santos¹

Resumo: O fenômeno da transnacionalidade do comércio internacional tem reflexos no direito e na economia. Dessa forma, nos contratos internacionais deve-se admitir a ampla autonomia das partes, não só quanto à instituição da cláusula de eleição de foro, mas também da escolha do direito material a reger a relação entre as partes. Esse cenário gera segurança e estabilidade aos contratantes e fazem com que os Estados que admitem a *lex fori* aos contratantes têm o ganho de atraírem mais investimentos e, com isso, uma perspectiva de maior crescimento econômico. Percebe-se que no Brasil, como não existe a previsão no ordenamento legal da possibilidade dos contratantes escolherem a lei aplicável ao contrato, somado ao fato de que o Poder Judiciário tem tido uma postura muito interventiva, relativizando os contratos, o cenário é o de que os contratantes têm elegido outros foros e outras legislações para dirimir conflitos. Há necessidade, portanto, de uma modernização do ordenamento interno para que acompanhe as mudanças globalizadas, extirpando essas externalidades prejudiciais ao desenvolvimento econômico do país.

Abstract: *The phenomenon of transnationality in international trade is reflected in law and economics. Thus, in international contracts, the parties' broad autonomy must be admitted, not only regarding the institution of the clause of choice of forum, but also the choice of material law to govern the relationship between the parties. This scenario generates security and stability for the contractors and means that the States that admit the "lex fori" to the contractors have the benefit of attracting more investments and, with that, a prospect of greater economic growth. It is noticed that in Brazil, as there is no provision in the legal system for the possibility of contracting parties to choose the law applicable to the contract, in addition to the fact that the Judiciary Branch has taken a very intervening posture, relativizing the contracts, the scenario is that of that the contractors have chosen other forums and other legislation to settle conflicts. There is, therefore, a need for a modernization of the internal order to keep up with globalized changes, eliminating these externalities that are harmful to the country's economic development.*

Sumário: I - Introdução. II – Panorama da jurisdição nacional e estrangeira: a cláusula de eleição de foro e a cláusula da lei aplicável (*lex fori ou lex voluntatis*). III – Das decisões judiciais como externalidades prejudiciais no âmbito das relações econômicas. IV – A escolha dos tribunais estrangeiros nos contratos internacionais. V - Conclusão. VI – Referências.

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em Gestão em Poder Judiciário pela Unb-Brasília, especialista em processo civil pela Universidade Gama Filho- Rio de Janeiro, professora de Direito Constitucional pela Faculdade Milton Campos em Belo Horizonte e professora orientadora no curso de formação inicial de Juizes de Direito Substituto da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes (EJEJ).

I - INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do tema envolvendo a concorrência entre a jurisdição nacional e a estrangeira, tanto no que se refere à eleição do foro competente, como principalmente da lei que deve reger as relações contratuais, indicando uma tendência dos países estrangeiros em admitir uma ampla aplicação da *lex fori*, até mesmo diante da ausência de qualquer vínculo das partes com a jurisdição escolhida para dirimir o conflito. No decorrer da temática, observar-se-á que esta opção vem em encontro às novas necessidades do comércio internacional, tendo em vista a crescente transnacionalização das relações comerciais num claro prestígio à autonomia das partes e, em contrapartida, com menor intervenção estatal nessa seara. Nesse cenário, países da Europa e os Estados Unidos da América, se mostraram sensíveis a essas necessidades e muitos contratos internacionais elegem o tribunal estrangeiro, assim como a respectiva legislação, em função da segurança e da estabilidade que esse modelo propicia. Em consequência, há um incremento das atividades econômicas desses países, diante das condições atrativas para a realização dos negócios jurídicos. A partir do direito comparado busca-se refletir sobre a mudança de paradigmas no plano do nosso ordenamento jurídico brasileiro, inclusive levando em conta o impacto da jurisdição nacional, por meio das decisões judiciais que, ao relativizarem os contratos e o princípio da autonomia das partes, acabam por prejudicar o cenário de desenvolvimento econômico interno.

II - PANORAMA DA JURISDIÇÃO NACIONAL E ESTRANGEIRA: A CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO E A CLÁUSULA DA LEI APLICÁVEL (LEX FORI OU LEX VOLUNTATIS)

Como sabido, a jurisdição reflete a soberania de um Estado e, cada qual exerce sua respectiva jurisdição, a partir de interesses e conveniências. Com isso, o Estado define os contornos de sua atuação jurisdicional voltado para seus escopos próprios.

Nesse cenário e, em linha de princípio, não há interesse dos Estados em julgar causas em que não haja nenhum interesse envolvido, de modo que

normalmente se estabelece um vínculo em função das partes envolvidas, do local de cumprimento da obrigação, dentre outros. Por isso que, como alerta a doutrinadora Nádya de Araújo², nas causas sem nenhum ponto de contato local, o Estado é juridicamente indiferente ao resultado do litígio.

No Brasil não é diferente, de modo que se pode afirmar que a chamada competência internacional limita o exercício legítimo da jurisdição brasileira que, por conveniência e viabilidade, só pode se dar sobre causas que sejam relevantes para o Estado Brasileiro e que resultem em decisões às quais se possa dar cumprimento, em nome da efetividade.

Como não existe uma ordem internacional que disponha sobre os limites da jurisdição de um país, cumpre à legislação nacional de cada qual definir a extensão de sua jurisdição, exercendo sua soberania e respeitando a do outro.

Nesse desenho da jurisdição internacional, o Estado utilizará as regras de seu direito interno, a denominada *lex fori*. A determinação da jurisdição observará, portanto, o que previr a lei interna, para fins de conhecimento ou não daquela causa posta.

A despeito disso, ao lado da relevância ou conveniência e efetividade já citadas, são reconhecidos em doutrina, princípios regentes da competência internacional, destacando-se, no contexto da competência internacional concorrente, que admite tanto o exercício legítimo do poder jurisdicional de um juízo nacional como de um estrangeiro, os denominados *forum shopping* e *forum non conveniens*.

No *forum shopping* o poder de escolha é expressão da liberdade e da autonomia da vontade – que se concretiza por ato tipicamente negocial –, e da esfera de disponibilidade legislativamente assegurada ao jurisdicionado.

Conceitua-se, assim, o *forum shopping* como sendo a prática consistente em poder o interessado escolher entre dois ou mais países, a jurisdição mais favorável para a propositura da demanda, nas hipóteses em que haja competências internacionais concorrentes.

Já o *forum non conveniens* resumidamente caracteriza-se como sendo a faculdade do julgador não conhecer da ação, ainda que naturalmente competente, sob o fundamento de haver um foro mais conveniente para a

² Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira, São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 9ª ed, 2020, p. 166

instrução processual que não aquele, diante de escolhas da parte que possam ser abusivas, garantindo a efetividade dos princípios da boa-fé e do devido processo legal. No *forum non conveniens* há a possibilidade do controle da competência, quando o foro eleito é um juízo inconveniente ou inadequado, buscando a escolha de um outro que seja neutro, sem que uma das partes seja excessivamente prejudicada.

Trata-se, então, de um limitador do *forum shopping*. A lógica é a de que, em abstrato, existe mais de um foro competente, mas, por algum motivo aquele escolhido não revela ser o mais adequado.

A cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contratos internacionais nos termos do art. 25 do CPC bem concretiza essa situação do *forum shopping* em que a jurisdição nacional pode ser afastada para que outra internacional prevaleça.

Esse benefício de uma jurisdição por outra pode decorrer de um regramento material ou processual mais vantajoso; custos do processo e honorários advocatícios a serem dispendidos.

Richard Fentiman³ na análise das disputas comerciais internacionais faz menção que litigar é sempre uma decisão tomada como um investimento, já que atinge o patrimônio das partes e sua reputação comercial; uma lide é um dos riscos do negócio e afeta o preço da transação e a lei que governará a disputa internacional tem efeitos sistêmicos, pois impactará em todas as transações similares posteriores.

A possibilidade de inserção nos contratos da cláusula de eleição de foro tem ampla aceitação internacional. E, o foro escolhido, será aquele que no cenário do direito mais beneficie as partes. Essa faculdade de inserir uma cláusula contratual desse naipe integra o conceito de autonomia da vontade e é também considerada como uma forma de negócio processual, tal como previsto no art. 63, *caput* do CPC/2015.

Contudo, uma relevante consideração deve ser feita. A escolha do foro de eleição, não se confunde com a lei aplicável para dirimir eventuais conflitos entre as partes, já que a lei incidente se refere ao direito que regerá a relação entre as partes e a interpretação das cláusulas contratuais.

³ International commercial litigation . Oxford University. Press. 2010, p .X a XII

A eleição de foro, por sua vez, indicará a jurisdição competente para solucionar eventual controvérsia a respeito do contrato onde tramitará a ação judicial. Então, existem duas situações distintas e não confundíveis: a primeira relacionada a conflitos de leis e a outra de conflitos de jurisdição.

Nesse cenário, a autonomia da vontade nos contratos perpassa pela possibilidade de escolher não só a jurisdição por meio da cláusula de eleição, isto é, sob qual foro as partes se submeterão para dirimir as disputas que possam surgir, mas também qual a lei aplicável à relação negocial estabelecida entre elas. Enquanto a primeira é tema afeto ao direito processual, a segunda tem conotação material. A determinação do ordenamento jurídico a incidir é, portanto, assunto distinto da competência jurisdicional que, embora se tangenciem, não se confundem.

No Brasil, no que refere ao tema da jurisdição o artigo art. 25 do CPC estabelece que:

“Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.”

Não sendo as situações previstas no art. 23 do CPC que excluem qualquer outra jurisdição estrangeira, referentes a ações relativas a imóveis situados no Brasil; matéria sucessória e de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, que envolvam inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional, a cláusula de eleição de foro estrangeiro prevalecerá.

Já a escolha da lei aplicável (*lex fori/ lex voluntatis*) não parece ser um tema tão simples. Isto porque a questão agora envolve qual a norma de direito material que será aplicável para solucionar o conflito. E, nesse aspecto, como assente, cada país tem o seu regramento próprio.

No Brasil, o art. 9º da LINDB dispõe:

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

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

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

Pelo art. 9º da LINDB, a regra que rege e qualifica as obrigações será a lei do local da celebração do contrato (*lex loci contractus*). Com isso, embora exista a possibilidade de adotar outra jurisdição por meio da cláusula de eleição de foro (art. 25 do CPC), o mesmo não se pode dizer quanto à faculdade de as partes escolherem a lei aplicável – *lex voluntatis ou lex fori*. Nesse momento, surge a dúvida se os contratantes têm autonomia de vontade, ao ponto de poderem deliberar por constituir um ordenamento jurídico estrangeiro para aplicar à relação jurídica que os envolvam.

Interessante notar que no plano internacional, há um consenso de que cabe às partes escolher o direito aplicável, consagrando o princípio da autonomia da vontade. A propósito, a conferência de Haia e a convenção Interamericana estabelecem nos contratos internacionais a possibilidade das partes escolherem a lei aplicável.

À guisa de exemplificação, no prefácio do Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado – tópico 40 - *Choice of Law in International Commercial Contracts Section*, o Secretário Geral da Conferência de Haia de Direito internacional Privado, Christophe Bernasconi assim mencionou:

“Princípios relativos à Escolha de Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais (doravante, os “Princípios de Haia”), o primeiro instrumento de soft law desenvolvido e aprovado pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

Na sua essência, os Princípios de Haia estão concebidos para promover o princípio da autonomia da vontade das partes nos contratos comerciais internacionais. (...)

Ao reconhecer que as partes de um contrato podem estar melhor colocadas para determinar qual o conjunto de regras jurídicas mais adequado à sua transação, a autonomia da vontade das partes aumenta a previsibilidade e segurança jurídicas – condições importantes para um comércio transfronteiriço eficaz.

*Simultaneamente, os Princípios de Haia também estabelecem limites equilibrados à autonomia da vontade das partes e, portanto, podem contribuir para o aperfeiçoamento daquele princípio onde já é aceito. Em suma, os Princípios de Haia podem ser considerados como um código internacional das melhores práticas atuais em relação à autonomia da vontade das partes nos contratos comerciais.”
(destacamos)*

O referido documento em seu artigo 2.º intitulado “Liberdade de escolha” estabelece que:

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes.

2. As partes podem designar:

- a) a lei aplicável à totalidade ou apenas à parte do contrato; e
- b) diferentes leis para diferentes partes do contrato.

3. A escolha da lei aplicável pode ser efetuada ou modificada a todo o tempo. A escolha ou a modificação posterior à celebração do contrato não afeta a sua validade formal nem prejudica os direitos de terceiros.

4. Não é exigível qualquer conexão entre a lei aplicável e as partes ou com a transação.

Artigo 3.º Normas jurídicas As partes podem escolher normas jurídicas geralmente aceites em nível regional, supranacional ou internacional como um conjunto de normas neutro e equilibrado, salvo disposição da lei do foro em contrário.

*Artigo 4.º Escolha expressa ou tácita A escolha de lei ou a sua modificação deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso. **Uma convenção de arbitragem ou de eleição do foro para decidir de quaisquer litígios decorrentes do contrato não é, por si só, equivalente à escolha de lei aplicável.***

Artigo 5.º Validade formal A escolha de lei aplicável não se encontra sujeita a qualquer requisito de forma, salvo acordo das partes em contrário. (grifo nosso).

Há que se destacar que nessa liberdade de escolha da lei aplicável não existe sequer a exigência do pressuposto da “conexão”, cujo termo tem uma conotação distinta da figura da conexão do processo civil, prevista no art. 55 do CPC/2015.

Por conexão no plano do direito internacional compreende-se como sendo aquelas regras que norteiam qual é o direito aplicável às determinadas relações jurídicas classificadas ou categorizadas pela legislação. Assim se estabelece uma ligação (*regra de conexão*) entre a situação empírica e a norma que vai regê-la, indicando o direito incidente.

Teremos, então, classificações de regras de conexão que levam em conta três categorias básicas: a) – o estatuto pessoal regido pela lei nacional; b) – o estatuto real regido pela lei de situação do bem; e c) – os fatos e atos jurídicos submetidos à lei do local de sua ocorrência ou à lei escolhida pelas partes. São regras de conexão, *v.g., lex domicilli, lex loci contractus, lex voluntatis, lex fori, lex damni, lex rei sitae* dentre outras.

Com isso, quando na legislação estrangeira citada se faz menção de que “*não é exigível qualquer conexão entre a lei aplicável e as partes ou com a transação*”, se está abrindo mão por completo das regras de conexão que as respectivas legislações nacionais prevejam. A inexigibilidade de conexão, portanto, diz respeito ao fato de que as partes podem escolher a lei de um Estado com o qual não apresentem qualquer relação, qualquer conectividade. Esta disposição é coerente com a crescente deslocalização das transações comerciais e transnacionalização das relações comerciais.

As partes podem escolher uma determinada lei por ser neutra para as partes ou por ser particularmente bem desenvolvida para o tipo de transação em causa. A não exigência pelo ordenamento jurídico de conexão entre a lei escolhida e as partes ou a sua transação, leva em conta um conceito mais abrangente de autonomia da vontade das partes, diferindo de outros modelos jurídicos que requerem tal conexão ou outro elemento de conexão razoável para a viabilizar a escolha da lei a ser aplicada às partes.

Igualmente, nesse giro internacional, o Regulamento 593/2008 da União Europeia dispôs em seus *considerandos* e em particular no artigo 3º que:

REGULAMENTO (CE) N.º 593/2008 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Considerando o seguinte:

(6) O bom funcionamento do mercado interno exige que, para favorecer a previsibilidade do resultado dos litígios, a certeza quanto à lei aplicável e a livre circulação das decisões judiciais, as normas de conflitos de leis em vigor nos Estados-Membros designem a mesma lei nacional, independentemente do país em que se situe o tribunal no qual é proposta a acção.

(11) A liberdade das partes de escolherem o direito aplicável deverá constituir uma das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais.

(12) O facto de as partes terem convencionado que um ou vários órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro têm competência exclusiva para decidir de quaisquer litígios decorrentes do contrato deverá ser um dos factores a ter em conta para determinar se a escolha da lei resulta de forma clara.

Artigo 3º Liberdade de escolha

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha,

as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato. (destacamos)

Por último, no sistema norte-americano há similar previsão no *Restatement (Second) of Conflict of Laws s 187 (1969 Main Vol.) Conflict of Laws 2d Chapter 8. Contracts Topic 1. Validity of Contracts and Rights Created Thereby Title A. General Principles . The American Law Institute s 187. LAW OF THE STATE CHOSEN BY THE PARTIES. TEXT:*

(1) A lei do estado escolhido pelas partes para reger seus direitos e deveres contratuais será aplicada se a questão específica for aquela que as partes poderiam ter resolvido por meio de uma cláusula explícita em seu acordo direcionado a essa questão. (Restatement (Second) §187)

A partir da leitura dos ordenamentos estrangeiros, não há como afastar-se da constatação de que há uma marcante preocupação de prevalecer a autonomia das vontades ao optarem por uma determinada *lex fori*, pois o respeito ao que restou pactuado, reflete numa credibilidade do mercado, incrementando a economia interna dos países. É inarredável concluir que, tais previsões, estimulam o fluxo de comércio internacional e investimento estrangeiro.

A partir da análise dessas legislações, o que se nota é que o sistema norte americano e o europeu, já se deram conta que, com a expansão do comércio internacional diante da crescente globalização houve o crescimento de empresas e das respectivas relações empresariais que vão além das fronteiras de seus Estados de origem e que o Direito precisa acompanhar.

Nesse cenário de economia transnacionalizada, a escolha feita pelos contratantes sobre a lei aplicável, assim como a eleição de foro nos contratos internacionais, levará em conta a busca de redução dos custos das transações e aumento de sua eficiência. Isto porque os custos de transação envolvidos na aplicação das leis domésticas às transações comerciais transnacionais podem dificultar o desenvolvimento em direção aos mercados globalizados. Por isso que, o fenômeno da mundialização exige um repensar da própria soberania do

Estado e do direito local, vez que se mostram como um dos principais obstáculos para as empresas e mercados.

O que se observa, então, nas palavras do doutrinador alemão Peter Klaus Berger⁴ é uma tendência à transnacionalização do direito fundada nessa constatação de uma 'sociedade civil global'; da erosão e irrelevância das fronteiras nacionais em mercados que podem ser verdadeiramente descritos como globais e a importância decrescente da soberania nesta área; do declínio relativo do poder do Estado para influenciar ou orientar os desenvolvimentos econômicos nacionais ou internacionais e da forte tendência em direção a abordagens informais para regras internacionais e de tomada de decisões.

Esse processo tem um impacto importante na teoria do direito. Há uma tendência em prestigiar o poder de autorregulação e coordenação dos indivíduos; relativiza-se a teoria tradicional das fontes jurídicas, centrada na soberania do Estado e no império da lei, sendo substituída por um pluralismo jurídico que aceita a capacidade de auto-organização e coordenação da sociedade com atributos de normatividade próprios.

As próprias partes, nesse cenário, são capazes de regular suas condições de vida sem a intermediação da ordem jurídica do Estado, criando sua própria regulação. Como que num ciclo da história, volta-se ao primado da autonomia das partes, com a menor ingerência estatal nas relações jurídicas privadas, ou seja, na descentralização da legislação e no resgate dos contratos como fonte normativa. Nas palavras do mencionado professor da Universidade de Colômbia⁵:

“O Estado não pode alcançar nem reivindicar a posição de único fiador da lei. Ele não precisa se preocupar com as mil convenções escritas e não escritas dentro dos vários grupos sociais da sociedade, que são asseguradas por eles por meio da força moral, contanto que esses grupos não se tornem um fator de poder político. Na realidade

⁴ Berger, Klaus Peter, The New Law Merchant e o Global Market Place - Uma Visão do Século 21 do Direito Comercial Transnacional "[https : //www.transicionário.org/2](https://www.transicionário.org/2)"

⁵ *ob. cit.* , p 14-15.

empírica, o grau de dependência da transação do reconhecimento do Estado depende de fatores políticos e econômicos e, conseqüentemente, pode variar de caso a caso, de década a década. Hoje, os efeitos do ordenamento privado para a criação de normas pela auto-organização descentralizada da sociedade são verificados (...).

*Sob os fatores geopolíticos e econômicos da economia globalizante no início do século 21, a importância decrescente da territorialidade e a criação de uma 'sociedade civil global', esta visão da legislação descentralizada, desenvolvida para o nível doméstico, se aplica com ainda mais força para o campo do comércio internacional contemporâneo. **O contrato comercial internacional moderno não é mais objeto de aplicação do direito interno, mas uma verdadeira fonte de direito.** Na ausência de quaisquer considerações de proteção ao consumidor, o comércio internacional e o comércio (sic) constituem o clima ideal para o livre desenvolvimento das estruturas contratuais.” (...) (original sem destaque).*

Por isso que se mostra fundamental essa maleabilidade observada no ordenamento estrangeiro, quanto à possibilidade das partes terem autonomia na regulação da lei aplicável aos seus contratos comerciais.

Para além dessa constatação, cada vez mais os atores privados antes de se proporem cláusulas de eleição de foro e da lei aplicável fazem uma análise econômica dos riscos da jurisdição ao qual se submeterão e se o contrato internacional a ser celebrado possui custo-benefício válido nessas condições. Depois disso é que se incorporam ao contrato as cláusulas que lhes darão mais conforto. Assim serão perscrutadas as vantagens das regras relativas aos aspectos processuais da questão, da lei aplicável, dos custos para a contratação de advogados, enfim, do melhor *forum shopping*.

Interessante notar que essa avaliação na escolha da jurisdição interliga-se com a teoria dos jogos, ao levar em conta a opção estratégica que melhor potencialize o resultado pretendido pela parte, sob um viés econômico. Porém, para maximizar esse mesmo resultado, o demandante deverá atentar para as

decisões que podem ser tomadas pela outra parte dentro de um contexto estratégico de modelos complexos.

A teoria dos jogos como forma de buscar a racionalidade de escolha da jurisdição mais razoável, perpassa pela análise das melhores vantagens e se desdobra em três pontos principais: duração do processo, aspectos jurídicos propriamente ditos, vinculados ao direito material e custo decorrente não só dos honorários profissionais, mas custas judiciais e despesas. A combinação desses fatores, ditos como variáveis pode significar uma maior vantagem competitiva em favor de um dos litigantes ou mesmo para ambos, a indicar melhores resultados. Trata-se de uma estratégia jurídica que pode gerar reflexos econômicos relevantes para qualquer das partes e, por isso, nessa perspectiva jurídico-econômica, a escolha da “lex fori” será previamente calculada.

As inseguranças jurídicas nascem de forma prejudicial para os contratos internacionais do comércio, justamente quando não há a definição sobre qual ordenamento jurídico incidirá no caso. Jurisdições concorrentes, possibilidades de litispendência, não são as soluções eficientes. Os contratantes, por estarem vinculados a mais de uma esfera de soberania, precisam saber de pronto qual será a lei aplicada ao instrumento e, nesse ponto, é fundamental que o Estado autorize que as partes tenham essa liberdade de escolha. Via de consequência, os países que compreenderam essa questão, adotando normativos que prestigiem a autonomia da vontade, tendem a incrementar sua economia, tornando-se ambientes jurídico-econômicos seguros.

III - AS DECISÕES JUDICIAIS COMO EXTERNALIDADES PREJUDICIAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS.

Justamente nesse ponto é que vem o questionamento de qual a força impactante que têm as decisões judiciais no âmbito das relações econômicas e por que, algumas leis estrangeiras passam a ser mais atrativas do que outras para dirimir conflitos nos contratos entre as partes.

Não há como desconsiderar que as decisões judiciais podem configurar-se como externalidades prejudiciais. Isso porque, não raras vezes, é o Poder Judiciário quem simplesmente ignora todo o aspecto regulatório que deveria garantir a autonomia das partes e o que restou pactuado.

Se o Direito deve cuidar de resolver os problemas para a melhor eficiência dos mercados e, com isso, angariar os consequentes ganhos para o desenvolvimento econômico, o Judiciário tem que ser o porto seguro para evitar e corrigir infringências à lei e ao contrato.

Conforme o célebre teorema de Coase, desenvolvido por Ronald Coase⁶, nos idos de 1960, um contexto no qual os custos de transação são nulos, o uso eficiente dos recursos resulta em uma negociação privada, sendo irrelevante a atribuição jurídica do direito feita pelo Poder Judiciário. Entretanto, o Judiciário tem uma importante missão, consistente na redução desses custos e favorecer a aplicação do teorema.

O Direito, cumprindo a sua função de pacificação social, tem a tarefa de reduzir os custos de transação e permitir que as partes possam atingir, por si só, um resultado economicamente eficiente. O papel desempenhado pelo Direito irá variar a depender da maior ou menor elevação dos custos de transação existentes. Quando estes forem nulos, o resultado eficiente será alcançado pelas próprias partes, sem que o Direito interfira na atribuição do direito a qualquer delas. De outro modo, na existência de custos de transação, a função assumida pelo Direito dependerá da possibilidade ou não de mitigá-los.

Nesse cenário, as empresas são criadas para reduzir os custos de transação. Mas a diminuição desses custos depende da eficiência da gestão empresarial, e essa, por sua vez, vai subordinar-se à observância e ao cumprimento das regras levadas em consideração quando do cálculo empresarial.

Então, se a resposta dada pelo Judiciário não for eficiente, acaba se tornando, ele próprio, uma falha de mercado. Não se pode afastar do importante aspecto que, no modelo constitucional brasileiro, que adota como

⁶ Coase, Ronald (2017). *A Firma, o Mercado e o Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. pp. 40–41

objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, o Poder Judiciário costuma encampar esse papel de promoção da justiça social. E, a partir dessa forma de atuação, vem a crítica de Micheli Pereira⁷:

“É que, para os empresários, buscar justiça social não é papel do Judiciário, que deve ser obtida através da redistribuição de receitas de impostos e de políticas públicas, devendo o Judiciário manter uma posição neutra, pois caso contrário, estaria prejudicando a economia, desrespeitando contratos, aumentando riscos das transações e introduzindo prêmios de riscos que reduzem salários, aumentam juros, burocracias e preços.”

Não deve ser o próprio Poder Judiciário uma externalidade prejudicial que aumenta os custos de transação das partes. No *ranking do Doing Business (Facilidade de Fazer Negócios)* de 2020^{8 9}, intitulado *Comparing Business*

⁷ O mau funcionamento do Poder Judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista de Direito Brasileira | Florianópolis, SC | v. 27 | n. 10 | p.201-215 | Set./Dez. 2020 Revista de Direito Brasileira 215 da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 2, n. 2. Curitiba, jan-jun/2010. p. 52-85.

⁸ *Judicial reforms targeting the quality, speed, and access of the judiciary favor improvements in productivity and economic development. Chemin (2018) finds that these reforms improved firm productivity by 22% in sectors requiring more relationship-specific investments. Judicial efficiency is essential to firm productivity. A Conceptual Paper.* African Journal of Business Management 4 (5): 599–603. Chemin, Matthieu. 2018. “Judicial Efficiency and Firm Productivity: Evidence from a World Database of Judicial Reforms.” Review of Economics and Statistics, November 2.

⁹ *Efficient courts improve financial markets. Ponticelli and Alencar (2016) find that firms operating in Brazilian municipalities with less congested civil courts experienced a larger increase in the use of secured loans. In the years following a reform that increased the protection of secured creditors, firms also experienced a significant increase in investment and output value. These results underscore the importance of the timely enforcement of creditors’ rights by the courts to improve access to finance.4 Faster and cheaper access to justice reduces some of the obstacles faced by entrepreneurs. Lichand and Soares (2014) analyze the creation of special civil tribunals in São Paulo in the 1990s that expanded the geographic presence of the justice system, simplified judicial procedures, and increased the speed of dispute adjudication. They find that the implementation of the tribunals led to higher rates of entrepreneurship among individuals with higher levels of education.* Lichand, Guilherme, and Rodrigo R. Soares. 2014. “Access to Justice and Entrepreneurship: Evidence from Brazil’s Special Civil Tribunals.” Journal of Law and Economics 57 (2): 459–99. Ponticelli, Jacopo, and Leonardo S. Alencar. 2016. “Court Enforcement, Bank Loans, and Firm Investment: Evidence from a Bankruptcy Reform in Brazil.” Quarterly Journal of Economics 131 (3): 1364–1413.

Regulation in 190 Economies divulgado pelo *World Bank Group*, o Brasil ocupa o 124º lugar, num total de 190 países. No tópico específico sobre *Court efficiency*, o estudo noticia que:

“Reformas judiciais visando à qualidade, velocidade e acesso do judiciário são eficientes e favorecem melhorias na produtividade e desenvolvimento econômico. Chemin (2018) conclui que essas reformas melhoraram a produtividade da empresa em 22% em setores que exigem mais investimentos específicos de relacionamento. A eficiência judicial é essencial para a produtividade da empresa.”(...)

Tribunais eficientes melhoram os mercados financeiros. Ponticelli e Alencar (2016) constatam que as empresas que operam em municípios brasileiros com tribunais civis menos congestionados experimentaram um maior aumento no uso de empréstimos garantidos. Nos anos que se seguiram a uma reforma que aumentou a proteção dos credores com garantia, as empresas também experimentaram um aumento significativo no valor do investimento e da produção. Esses resultados ressaltam a importância da aplicação oportuna dos direitos dos credores pelos tribunais para melhorar o acesso ao financiamento. O acesso mais rápido e barato à justiça reduz alguns dos obstáculos enfrentados pelos empresários. Lichand e Soares (2014) analisam a criação de tribunais civis especiais em São Paulo na década de 1990, que ampliaram a presença geográfica do sistema de justiça, simplificaram os procedimentos judiciais e aumentaram a velocidade de julgamento de disputas. Eles descobriram que a implementação dos tribunais levou a taxas mais altas de empreendedorismo entre os indivíduos com níveis mais altos de educação.”(destaque nosso)

O Poder Judiciário é, portanto, peça fundamental que impacta de forma positiva ou negativa nos custos de transação. Ao fomentar a segurança jurídica, os indivíduos envolvidos conseguirão avaliar quais serão os reais efeitos dos atos tomados em suas transações. Com isso, os agentes podem se

organizar na busca pelo resultado mais eficiente. Do contrário, se o sistema jurídico for ineficiente, se não houver a previsibilidade e o respeito aos contratos, às garantias, inarredavelmente a atividade empresarial estará em risco.

Voltando ao Teorema de Coase, a legislação e nesse contexto também o Poder Judiciário enquanto intérprete e aplicador da lei, ao encorajar acordos privados, podem reduzir os custos de transação. O Direito desenvolve importantíssimo papel no desenvolvimento econômico haja vista ser o norte para incentivos positivos ou negativos conforme o modo como regular a atividade empresarial.

Em suma, a eficiência judicial é essencial para as relações comerciais. Um Poder Judiciário com esse perfil, que objetive minimizar os custos de transação através da segurança jurídica e respeito à autonomia e auto regulação das partes, tende a melhorar os mercados financeiros no plano interno e externo.

De se ressaltar que não se trata de conjecturas, o fato do Poder Judiciário exercer ou não influência no cenário econômico. O que se tem percebido é que os contratos internacionais apresentam cláusulas de eleição de foro com competência para os tribunais como o de Nova Iorque e o da Inglaterra e da respectiva legislação desses territórios, mesmo sem qualquer elemento de conexão das partes contratantes com estes países.

A resposta a isso perpassa pela maior ou menor força estabilizadora das decisões judiciais no âmbito das relações econômicas. Voltando para o caso específico do Brasil, Pêrsio Arida¹⁰ aborda com sapiência o problema:

“Do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do Direito é o do ‘pacta sunt servanda’. No entanto, o respeito aos contratos, tal qual entendido pelos economistas, tem sido relativizado pelas mudanças na hermenêutica jurídica decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas. Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no

¹⁰ A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In Revista Direito GV, n. 1, vol 1. São Paulo: FGV, 2005, p.07

Código Civil, de conceitos como função social da propriedade privada ou a boa fé objetiva, sem que tenham sido acompanhadas de uma jurisprudência coerente e consolidada que permita antever seu impacto sobre as decisões dos juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido por economistas.”

A imprevisibilidade das decisões judiciais, provocada muito por uma constitucionalização do direito civil, pela farta gama de princípios, permite uma ampla maleabilidade interpretativa revelando-se uma externalidade prejudicial ao mercado e à economia.

A invocação de princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato em situações em que não existem lacunas, acaba sujeitando os contratantes à relativização de normas que foram validadas pelas partes no ambiente contratual.

Por isso que, como adverte Ivo Teixeira Gico Junior¹¹, *“quando a lei e os contratos são claros, o magistrado protege o Estado Democrático de Direito e se submete ao princípio da legalidade aplicando a regra jurídica, independentemente de sua opinião idiossincrática sobre a regra em si. O magistrado é um servo da lei e não o seu senhor (hipótese geral). (...) Quando a integração e a hermenêutica das escolhas são utilizadas apenas nos casos de obscuridade, como prevê a lei e a Constituição o sistema jurídico evolui paulatinamente na direção da redução da entropia jurídica, gerando previsibilidade e ordem social.”*

Frente a esse cenário é que os indivíduos buscam níveis cada vez maiores de redução das incertezas no âmbito das relações econômicas e jurídicas. O exercício da autonomia da vontade nesse sentido resulta de um processo de interesse econômico e desejo por segurança jurídica.

Com a conscientização dos operadores de mercado quanto às dificuldades negociais decorrentes dessa oscilação jurídica interna do sistema

¹¹ Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário. *Choice Hermeneutics and the Judiciary Law-Making Function*. <https://www.researchgate.net/publication/327646609>

brasileiro, esses mesmos atores privados passaram a buscar outras jurisdições e outras leis aplicáveis às suas relações contratuais, numa verdadeira tentativa de escapar do ordenamento interno.

É inarredável a conclusão de que todo esse movimento decorre de uma necessária uniformização dos contratos e de suas cláusulas resultando em eficiência, reduzindo custos para os envolvidos. Nessa esteira, esse “movimento emigratório jurídico”, busca junto ao plano jurídico internacional a escolha de leis eficazes, sofisticadas e práticas que gerem segurança jurídica para que as partes tenham a tão desejada previsibilidade nas suas transações.

A repercussão econômica dessas escolhas é evidente em termos de macro economia, tornando-se um fator relevante. É que, na medida em que se foge de uma jurisdição nacional, há um impacto na credibilidade daquele país e, de outro lado, a jurisdição internacional escolhida, por ser tida como mais eficiente e segura, gera prestígio econômico a esse país estrangeiro eleito pelas partes.

IV – A escolha dos tribunais estrangeiros nos contratos internacionais.

Passando de um plano teórico para o prático, verifica-se em contratos comerciais internacionais que a Lei de Nova York tem sido amplamente eleita como a lei aplicável para reger as previsões contratuais, o que ocorre inclusive com contratantes estrangeiros sem qualquer elemento de conexão com o território norte-americano.

Como já visto, no momento de fazer essa escolha as partes levam em consideração características especiais de um determinado direito. Se este for mais flexível, ou mesmo mais adequado às transações comerciais, chega-se a uma solução mais eficiente em caso de litígio.

Essa tendência principalmente no comércio transfornteiriço é citada pela doutrinadora Nádia de Araújo¹², quanto ao direcionamento dos contratos para o território norte-americano. Confira-se:

¹² *ob. cit, p. 78.*

“Nos Estados Unidos, onde essas regras são de caráter estadual, a maioria dos contratos de financiamento contém cláusula elegendo a lei de Nova York como aplicável, já que a legislação desse estado sempre teve a preocupação de adequar-se às necessidades do comércio transformando Nova York na capital dos negócios a partir da adoção de um aparato legislativo adequado.”

Nos contratos padrão há uma uniformidade das cláusulas de *jurisdiction*, *governing law* e de eleição de foro (*submission to jurisdiction*) utilizados pelos contratantes. O fundamento para essa escolha, consubstancia-se no fato de Nova York ter se consolidado como centro internacional financeiro e comercial. Assim, sua legislação seria considerada como mais sofisticada e capaz de solucionar casos predominantemente financeiros, diante de cláusulas complexas próprias desses tipos de contratos.

Seria o caso de se estranhar a escolha dessa jurisdição internacional levando em conta que o sistema jurídico norte-americano no âmbito da teoria da decisão é muito voltado para o denominado realismo jurídico.

Lembrando, de forma resumida, o realismo jurídico critica o formalismo jurídico, a tendência do direito de se reputar como ciência, o objetivismo, a utilização da lógica e a busca da certeza jurídica. No realismo, a verdade é relativa, na medida em que os juízes carregam para as decisões suas idiossincrasias, que são determinadas pelo entorno cultural no qual vivem, o que revela um cenário de instabilidade nas relações contratuais.

Nas palavras de Arnaldo Sampaio Godoy¹³ *“o realismo pressupõe que existem variadas maneiras de se julgar um mesmo caso, a depender da interpretação semântica, e que a personalidade do julgador é termômetro das suas decisões. Ainda, que para a Sociologia, os juízes são seres humanos dotados de personalidade, sendo produtos de determinantes sociais, julgando de acordo com os valores culturais e sociais à época. Nesse sentido, há um*

¹³ Direito e educação jurídica nos Estados Unidos. Revista Sequência, n. 48, p. 29-40, jul. 2004.

embate contra o formalismo jurídico, que defendia a jurisprudência mecânica, pois para os realistas não há justiça neutra, objetiva e asséptica.”

Em outras palavras: o método de decisão no sistema norte americano é centrado na discricionariedade do juiz, em que vai analisar o resultado da decisão e, a partir dessa escolha feita, procurar a melhor norma material para justificá-lo. Pelo que se observa, é um método que gera mais insegurança jurídica.

Ocorre que de modo muito interessante, esse cenário foi se modificando com as alterações legislativas em 1984 a partir dos artigos 5-1401 e 5-1402 da *General Obligations Law* e pelos precedentes dos tribunais de Nova Iorque que têm assegurado aos contratantes que a escolha da lei aplicável e eleição do foro serão respeitadas. Confira-se¹⁴:

*“Não obstante as disposições da subdivisão (a) desta regra [em relação ao poder de um tribunal para rejeitar uma ação por causa de foro inconveniente], **o tribunal não deve suspender ou rejeitar qualquer ação com base em foro inconveniente, quando a ação surgir de ou se relaciona a um contrato, acordo ou empreendimento ao qual se aplica a seção 5-1402 da lei de obrigações gerais, e as partes no contrato concordaram que a lei deste estado deve reger seus direitos ou deveres no todo ou em parte.**” (RashKover, Barry W., Title 14 New York choice law rule for contractual disputes avoiding the unreasonable results, Cornell Law Review, vol. 71: 227, p. 240). – grifo nosso.*

¹⁴ N.Y. Civ. PRAC. R. 327(b) (McKinney Supp. 1984-85). Rule 327(b) was enacted as part of Assembly Bill 7307-A. 1984 N.Y. Laws ch. 421. Rule 327(b) provides in relevant part: “Notwithstanding the provisions of subdivision (a) of this rule [regarding the power of a court to dismiss an action because of inconvenient forum], the court shall not stay or dismiss any action on the ground of inconvenient forum, where the action arises out of or relates to a contract, agreement or undertaking to which section 5-1402 of the general obligations law applies, and the parties in the contract have agreed that the law of this state shall govern their rights or duties in whole or in part.” (RashKover, Barry W., Title 14 New York choice law rule for contractual disputes avoiding the unreasonable results, Cornell Law Review, vol. 71: 227, p. 240).

Verifica-se que o *forum shopping* prevalece sobre o *forum non conveniens*, de modo a propiciar segurança jurídica entre as partes na escolha contratual feita pelo Tribunal de Nova York. Como um exercício extremo da regra de autonomia, o ordenamento norte americano avança para dar primazia à liberdade das partes de estipular a lei aplicável ao seu acordo e do respeito pelo próprio Tribunal dessa escolha feita.

Num caso interessante envolvendo duas empresas brasileiras Inepar SA Industria e Construções (IIC) e IRB-Brasil Resseguros SA (IRB) houve o estabelecimento da cláusula da *lex fori*, escolhendo como sendo a lei aplicável a do Estado de Nova York, assim como o Tribunal daquele estado como o foro eleito. Contudo, foi arguido perante o Tribunal de Nova York um conflito de leis, numa tentativa de afastar o foro e a legislação daquele Estado Norte Americano. O caso foi julgado em 18 de dezembro de 2012 pelo *justice* Lippman do Tribunal de Apelações, que pontuou: “*a questão perante o Tribunal é se uma análise de conflito de leis deve ser realizada quando há uma escolha expressa da lei de Nova York no contrato de acordo com a Lei Geral [* 2] de Obrigações § 5-1401. **Sustentamos que a necessidade de uma análise de conflito de leis é dispensada pelos termos do acordo entre as partes.***”(grifamos).

A fundamentação trazida pelo magistrado norte-americano, que se transcreve na íntegra para melhor elucidação, permite extrair os motivos pelos quais houve uma clara *opção do legislador* norte americano em tornar a jurisdição e a legislação nova-iorquina mais atrativa, evitando a aplicação do *forum non conveniens*. Confira-se:

“A Lei de Obrigações Gerais § 5-1401 (1) afirma na parte relevante: “As partes de qualquer contrato. Decorrentes de uma transação que cobre, no total, não inferior a duzentos e cinquenta mil dólares. Podem concordar que a lei de este estado regerá seus direitos e deveres no todo ou em parte, independentemente de tal contrato, acordo ou empreendimento ter uma relação razoável com este estado. ”O Legislativo aprovou a lei em 1984, a fim de permitir que partes sem contatos de Nova York escolham a lei de Nova York para reger seus contratos. Antes da promulgação do § 5-1401, o Legislativo temia que

os tribunais de Nova York não reconhecessem "uma escolha da lei de Nova York [em certos contratos] com base no fato de que o contrato específico tinha" contato "ou" relacionamento "insuficiente com a New York "(Sponsor's Mem, Bill Jacket, L 1984, cap 421). Em vez de aplicar a lei de Nova York, os tribunais conduziram uma análise de conflitos e aplicariam a lei da jurisdição com "a relação mais significativa com a transação e as partes" (Zurich Ins. Co. v Shearson Lehman Hutton, 84 NY2d 309 , 317 [1994] [citando Restatement (Second) of Conflict of Laws § 188 (1)]). Como resultado, as partes seriam dissuadidas de escolher a lei de Nova York em seus contratos, e o Legislativo estava preocupado sobre como isso afetaria a posição de Nova York como um centro comercial e financeiro (ver Patrocinador Mem, Bill Jacket, L 1984, cap 421). O Memorando do Patrocinador declara: "Para incentivar as partes de contratos comerciais, mercantis ou financeiros significativos a escolher a lei de Nova York, é importante que as partes tenham certeza de que sua escolha de lei não será rejeitada por um Estado de Nova York Tribunal . . ." O Legislativo desejava que as partes com contatos multijurisdicionais se valessem da lei de Nova York se assim o designassem em suas disposições de escolha da lei, a fim de eliminar a incerteza e permitir que as partes escolhessem a lei de Nova York ."

A Lei de Obrigações Gerais § 5-1402 (1) dispõe ainda: "qualquer pessoa pode manter uma ação ou processo contra uma empresa estrangeira, não residente ou estado estrangeiro onde a ação ou processo decorre de ou se relaciona a qualquer contrato, acordo ou empreendimento para o qual a escolha da lei de Nova York foi feita no todo ou em parte de acordo com a seção 5-1401 e que (a) é um contrato, acordo ou empreendimento, contingente ou não, em consideração ou relacionado a qualquer obrigação decorrente de uma transação cobrindo no total, não inferior a um milhão de dólares, e (b) que contenha uma disposição ou disposições pelas quais tal empresa estrangeira ou não residente concorda em se submeter à jurisdição dos tribunais deste estado. " [* 4]

A seção 5-1402 (1) abriu os tribunais de Nova York para partes que não tinham contatos em Nova York, mas que (1) participaram de uma

transação envolvendo US \$ 1 milhão ou mais, (2) concordaram em seu contrato em se submeter à jurisdição de Nova York tribunais, e (3) escolhido para aplicar a lei de Nova York de acordo com a Lei de Obrigações Gerais § 5-1401. Os estatutos lidos em conjunto permitem que as partes selecionem a lei de Nova York para reger sua relação contratual e se valer dos tribunais de Nova York, apesar da falta de contatos em Nova York. (...)

*A linguagem expressa do contrato, excluindo os princípios de conflito de leis de Nova York, não é necessária. A linguagem simples da Lei de Obrigações Gerais § 5-1401 dita que a lei substantiva de Nova York se aplica quando as partes incluem uma cláusula de escolha de lei comum de Nova York, como aparece na Garantia, em seus contratos. **O objetivo da Lei de Obrigações Gerais § 5-1401 era promover e preservar o status de Nova York como um centro comercial e manter a previsibilidade para as partes. Descobrir aqui que os tribunais devem se envolver em uma análise de conflito de leis, apesar do desejo claramente expresso das partes de aplicar a lei de Nova York, frustraria o propósito do Legislativo de encorajar uma escolha contratual previsível da lei comercial de Nova York e, principalmente, de eliminar a incerteza em relação à lei aplicável.** O objetivo da Lei de Obrigações Gerais § 5-1401 era promover e preservar o status de Nova York como um centro comercial e manter a previsibilidade para as partes. ” (grifo nosso)*

Observa-se, assim que o entendimento do tribunal norte-americano foi no sentido de que a autonomia da vontade deve prevalecer e se deve encarar que, o ambiente de incerteza jurídica ocasionado pelos aplicadores do direito, não são propícios para o crescimento econômico.

Relembrando as palavras de Luiz Olavo Baptista¹⁵: *“Os operadores do comércio internacional almejam certeza e segurança, que nesse ambiente imperfeito não conseguem. Uma de suas escapatórias para uma angra legislativa segura é a escolha da lei aplicável, cujas consequências podem*

¹⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 46.

variar, e alcançam-na pelo mecanismo chamado autonomia da vontade. O procedimento dos operadores experientes é o recurso a um bom contrato, cuidadosamente escrito, que esteja preso, como uma ostra ao casco, a uma ordem jurídica favorável, o que lhes permite prever as consequências jurídicas e a competência jurisdicional, sempre desejando não se servir desta."

Houve uma sensibilidade do Poder Legislativo assim como do Poder Judiciário norte americano para tornar a legislação assim como a sua aplicação pelo julgador seguras e eficientes. O Estado de Nova York consolidou nesse aspecto as cláusulas de *governing law* e *jurisdiction* (*lex voluntatis*) para dirimir controvérsias mesmo de partes não vinculadas pelo elemento de conexão àquele estado norte-americano.

No entanto, nosso país ainda não despertou para a mesma necessidade que fomentaria o próprio crescimento econômico. Nadia Araújo¹⁶ esclarece quanto a esse aspecto: *"É que no Brasil, tanto a questão da escolha da lei aplicável quanto à eleição de foro não confere às partes a certeza de previsibilidade de que suas escolhas serão respeitadas pelos tribunais locais, se uma ação aqui for proposta, a despeito da cláusula pactuada. E esse respeito é imprescindível ao bom andamento do comércio internacional. Apesar do aumento significativo de casos sendo julgados nos tribunais pátrios, a legislação atual ainda tem ares do século XIX, afinada com as teorias oriundas da idade média."*

A mencionada doutrinadora adverte para a importância de adotar instrumentos internacionais modernos que alterem a regulação da questão no plano interno, como a adoção das convenções internacionais sobre a lei aplicável e a escolha do foro, com isso, alçando voos para o desenvolvimento econômico do país.

Poder-se-ia trazer como exemplo desses novos tempos, o que já vem disposto na Lei de Arbitragem, nº 9.307/96, em seu art. 2º §1º que preconiza

¹⁶ ARAUJO, Nadia de; JACQUES, Daniela Corrêa. **CONTRATOS INTERNACIONAIS NO BRASIL POSIÇÃO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL**. Disponível em: < <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/CONTRATOS-INTERNACIONAIS-NO-BRASIL-POSI%C3%87%C3%83O-ATUAL-DA-JURISPRUD%C3%8ANCIA-NO-BRASIL.pdf> >

verbis: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.” (destacamos).

De se observar que a *lex fori*, as cláusulas de *governing law* e *jurisdiction*, previstas nessa lei especial, conferem primazia ao princípio da autonomia da vontade das partes, como anteriormente já destacado.

O artigo 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro que estabelece como aplicável aos contratos a lei do lugar da constituição das obrigações (*lex loci contractus*) não está em sintonia com o novel cenário de comércio transnacional, diferentemente do artigo 2º, §1º da Lei de Arbitragem que avança nesse aspecto. Dessa forma, as partes podem eleger o direito material a ser utilizado para solucionar o conflito, no âmbito da arbitragem, desde que não ultrapasse as barreiras dos bens costumes e da ordem pública.

Esse alinhamento das legislações internas seria fundamental para um avanço do nosso ordenamento jurídico brasileiro e propiciaria uma sintonia com o que vem acontecendo em Estados estrangeiros nessa temática, que permitem a escolha da legislação que regerá os negócios jurídicos e que independe do elemento de conexão com o respectivo país.

O grande problema no plano normativo que se enfrenta hoje é o de que, inevitavelmente, teremos um fenômeno de litispendência quando se deparar com um conflito da legislação brasileira, que adota o direito material do local da celebração do contrato, com a legislação estrangeira que tenha sido a escolhida pelas partes num contrato. Nesse embate entre *lex loci contractus* x *lex voluntatis/lex fori* não há como impedir que haja o ajuizamento da demanda tanto perante a jurisdição brasileira quanto a estrangeira.

Na esteira do que dispõe o art. 24 do CPC, a constatação da litispendência no plano internacional, não implica a impossibilidade de permanência das jurisdições concorrentes e simultâneas. Confira-se:

“Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.”

O dispositivo em comento fez questão de pontuar a possibilidade de coincidência das duas ações - a nacional e a estrangeira - e que, nenhuma delas, terá seu prosseguimento interrompido, salvo se já tiver havido a homologação da sentença estrangeira, ou a sentença nacional tiver transitado em julgado.

Com isso, não restam dúvidas de que essa concomitância de jurisdições e ainda da possibilidade de duplicidade leis aplicáveis para dirimir o conflito entre as partes, gera um cenário de extrema insegurança jurídica, ainda mais diante de um Poder Judiciário nacional que, não raro, afasta o princípio da autonomia das partes.

V – CONCLUSÃO

Tentou-se demonstrar ao longo desse breve esboço que o mundo transformou-se e as relações econômicas transbordam para além dos limites territoriais dos países.

A competência internacional como visto não se confunde com a extraterritorialidade do direito substancial, de modo que a soberania dos Estados, ao preverem determinadas normas de conexão, deve ceder espaço para a autonomia das partes.

Esse propósito de dar liberdade às partes para escolherem a lei que melhor as atende na busca de uma eficiência em termos econômicos, redução de custos de transação, já foi detectada pelo direito estrangeiro que autoriza

essa situação e, com isso, torna o sistema jurídico um ambiente seguro que propicia o desenvolvimento econômico.

O Brasil, no entanto, ainda não despertou para essa tendência global, de modo que o ordenamento jurídico nacional não leva em conta essa liberdade de escolha da *lex voluntatis/lex fori*, o que gera um embaraço na medida em que a jurisdição nacional concorre, portanto, com a jurisdição estrangeira.

O cenário se agrava também em função da atuação do Poder Judiciário que, utilizando-se da linha principiológica em sede de hermenêutica, relativiza contratos comerciais onde não há lacunas, criando uma instabilidade que reflete no âmbito da economia, afastando as partes de realizarem contratos comerciais sob o manto do ordenamento brasileiro.

O sistema jurídico nacional precisa caminhar *pari passu* com as necessidades econômicas e do que acontece no mundo, para que não seja qualificado como arcaico e obsoleto. O Poder Judiciário deve igualmente se voltar para essa eficiência, deixando a ideia do solipsismo judicial, que acaba por não levar em conta os impactos das decisões.

Assim, arrematando com o magistério de Candido Rangel Dinamarco¹⁷, “*a problemática da competência internacional não coincide nem se confunde com a da extraterritorialidade do direito substancial. Como expressão do poder estatal, a jurisdição de um país é exercida exclusivamente nos limites territoriais deste e sempre segundo as normas nacionais de direito processual. O direito material, ao contrário, vai além-fronteiras em muitos casos, segundo normas de superdireito representadas pelo direito internacional privado. Especialmente em contratos entre particulares, que são regidos pela disponibilidade própria do direito privado permite-se até que as partes indiquem a norma de regência, optando legitimamente pela lei do país que escolherem.*”

Fundamental, por tudo isso, uma alteração legislativa que opte por dar primazia à autonomia das partes, tal qual prevê a Lei de Arbitragem. Imprescindível igualmente a mudança das diretrizes decisórias do Poder Judiciário que respeite as balizas firmadas pelas partes nas relações

¹⁷ Instituições de Direito Processual Civil, São Paulo: Malheiros, v. I, 2004, p. 351.

contratuais. A conjugação desses elementos traria benefícios, elevando o Brasil no *ranking* mundial, como um real facilitador dos negócios que, reflexamente, promove o crescimento econômico interno e aumenta a credibilidade externa.

VI – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araújo, Nadia. Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020.

_____ Contratos internacionais no Brasil posição atual da jurisprudência no brasil. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/CONTRATOS-INTERNACIONAIS-NO-BRASIL-POSICAO-ATUAL-DA-JURISPRUDENCIA-NO-BRASIL.pdf>>

Arida, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. Revista Direito GV, n. 1, vol 1. São Paulo: FGV, 2005.

Baptista, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. São Paulo: Lex Editora, 2011.

Berger, Peter Klaus. *The New Law Merchant and the Global Market Place - Uma visão do século XXI do Direito Comercial Transnacional.* <https://www.transicionario.org/2>

Coase, Ronald. *A Firma, o Mercado e o Direito.* Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2017.

Dinamarco, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, São Paulo: Malheiros, v. I, 2004, p. 351.

Fentiman, Richard. *International Commercial Litigation.* Oxford University. Press. 2010, p. X a XII.

Gico, Ivo Teixeira Jr. Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário. *Choice Hermeneutics and the Judiciary Law-Making Function.* <https://www.researchgate.net/publication/3276646609>.

Godoy, Arnaldo Sampaio. Direito e educação jurídica nos Estados Unidos. Revista Sequência, n. 48, p. 29-40, jul. 2004.

Pereira, Micheli. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista de Direito Brasileira | Florianópolis, SC | v. 27 | n. 10 | p.201-215 | Set./Dez. 2020. Revista de Direito Brasileira 215 da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 2, n. 2. Curitiba, jan-jun/2010.