

ESCOLHA IMPLÍCITA DA LEI NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: CASO FARADAY REINSURANCE V. HOWDEN NORTH AMERICA

*IMPLICIT CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL CONTRACTS:
FARADAY REINSURANCE V. HOWDEN NORTH AMERICA CASE*

Daniela Copetti Cravo*

RESUMO: A escolha da lei aplicável aos Contratos Internacionais pelas partes, a qual é embasada nos direitos humanos, é amplamente aceita no direito comparado, sendo utilizada quase que universalmente. Essa escolha poderá ocorrer de duas formas, isto é, de maneira expressa ou implícita e é, justamente nessa segunda forma, em que reside a problemática abordada pelo presente estudo, o qual possui como objeto a investigação de como a escolha implícita da lei deverá ser identificada e, posteriormente, interpretada pelo juiz ou árbitro, tendo em vista que nem sempre essa tarefa se dará de uma maneira clara e sem dificuldades. Para tanto, esse estudo utilizará a abordagem dedutiva, bem como se apoiará na análise de caso concreto e na investigação bibliográfica, de doutrina nacional e estrangeira.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia da Vontade. Escolha Implícita da Lei. Indícios.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais. 2. A Escolha Implícita da Lei nos Contratos Internacionais. 2.1. Como se Opera a Escolha Implícita. 2.2. Determinação da Lei Escolhida pelas Partes: Análise dos Indícios. 3. Análise do Caso Faraday Reinsurance Co. Ltd. v. Howden North America Inc. 3.1. Análise das Circunstâncias do Caso. 3.2. Análise dos Fundamentos Adotados como Razão de Decidir. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: *The choice of law applicable to international contracts by the parties, which is grounded in human rights, is widely accepted in comparative law, and is used almost universally. This choice can occur in two ways, namely, expressly or implicitly and it is precisely this second way in which lies the problem addressed by this study, which has as its object the investigation of how the implicit choice of law should be identified and subsequently interpreted by the judge or arbitrator, considering that not always this task will be made in a clear way and without difficulties. For this purpose, this study will use deductive approach and will be based on case law analysis and bibliographic research of national and foreign doctrine.*

KEYWORDS: *Autonomy of the Will. Choice Implicit of Law. Evidences.*

298

INTRODUÇÃO

Na seara dos contratos internacionais a autonomia da vontade caracteriza-se como a liberdade das partes de escolher a lei aplicável à relação jurídica contratual, localizando a mesma em um determinado sistema jurídico. Trata-se de um elemento de conexão que se consubstancia na vontade manifesta das partes, vinculada a um negócio jurídico com dimensão internacional.

O surgimento dessa autonomia no Direito Internacional Privado, veio como uma resposta aos canonistas italianos do século XII, que pregavam o adágio *locus regit actum*. O jurista Dumoulin, fundador legítimo da teoria, buscou quebrar tal paradigma, sustentando que

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

as partes, apesar de, em regra, estarem submetidas à lei do local da prática do ato, poderiam escolher, desde que houvesse a concordância de mútua, outra lei para reger suas obrigações.

Nesse passo, a eleição pelas partes contratantes da lei é embasada nos direitos humanos e amplamente aceita nos ordenamentos jurídicos alienígenas, tendo uma utilização quase universal. Ultimamente tem se verificado a disseminação, nomeadamente no Direito da União Europeia, da autonomia da vontade a outras áreas não tão convencionais, fora do âmbito do comércio internacional, como no Direito de Família e Sucessões e Direitos de Personalidade.

A escolha da lei, na experiência real, dá-se de duas formas: ou essa é expressamente declarada no negócio jurídico, ou encontra-se implícita no mesmo. A problemática reside, justamente, quando a escolha das partes ocorre através dessa segunda forma, pois nesse caso será necessária uma interpretação a partir das circunstâncias que envolvem o contrato, a qual nem sempre estará isenta de eventual subjetividade ou discricionariedade do juiz ou árbitro.

Desta feita, o objetivo do presente estudo é analisar como ocorre a escolha implícita da lei pelas partes e como a mesma deverá ser interpretada pelo juiz ou árbitro, apresentando quais são os indícios apontados pela doutrina como relevantes para essa determinação. Para tanto, o estudo foi dividido em duas partes, sendo que a primeira irá abordar os conceitos doutrinários acerca da escolha implícita da lei e seu procedimento de determinação. A segunda parte, por sua vez, analisará o caso *Faraday Reinsurance Co. Ltd. V Howden North America Inc* (2011) EWHC 2837, julgado em 2011, pela Suprema Corte de Justiça da Inglaterra e País de Gales, Divisão de *Queen Bench*, da Corte Comercial, que muito bem explora a questão, objeto desse estudo.

299

1 AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A autonomia da vontade¹, conforme Luiz Olavo Baptista (2011), apresenta significados diferentes no plano jurídico interno e internacional. No âmbito do direito interno,

¹ Deve-se fazer uma ressalva inicial de que, segundo Judith Martins-Costa (2005, p. 43-44), não se deve confundir a autonomia da vontade – a qual é uma “expressão que designa, concomitantemente: a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo 'um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos'; b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a ideia de uma quase que 'espontânea' composição dos interesses econômicos interprivados”

a autonomia da vontade está relacionada à liberdade das partes de contratar², que, segundo salienta Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 8), resume-se na “faculdade de celebrar ou não contratos, sem interferência do Estado”, podendo “celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados”.

Como bem coloca Irineu Strenger (2000), a força da autonomia da vontade encontra-se no contrato. Nesse sentido, exalta o autor (2000, p. 76): “a verdade inegável é que a teoria da autonomia da vontade nasceu a propósito dos contratos e até o momento atual esse é o âmbito onde ela se aloja.”

Luiz Olavo Baptista (2011) pondera que no direito internacional o significado da expressão é outro. Segundo o autor (2011, p. 43) contém essa também “a liberdade para escolher a lei aplicável ao contrato, ou seja, de localizá-lo em determinado sistema jurídico, dentro do qual terá lugar, novamente, o recurso à autonomia da vontade – esta já de direito interno – para estabelecer o conteúdo do contrato”.

Ressalva-se que a autonomia da vontade nesse plano também pode significar a escolha do foro competente para julgamento de eventual litígio. Esse tema ainda será alvo de muitos debates no meio jurídico tendo em vista as disposições previstas no novo Código de Processo Civil (CPC) aprovado, mas ainda não em vigor. Até o presente momento, a jurisprudência do STJ (STJ - REsp: 251438 RJ 2000/0024821-5, Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, Data de Julgamento: 08/08/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/10/2000 p. 173) sempre se posicionou no sentido de as partes não poderem afastar sequer a competência concorrente da jurisdição brasileira. No entanto, é provável que o posicionamento jurisprudencial evolua, tendo em vista o previsto no novo CPC no seu artigo 25, que expressamente prevê a possibilidade da cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional.

300

– com a autonomia privada, compreendida como o processo que faculta a constituição e modelação livre das relações jurídicas pelos sujeitos quando participam, e nem com a autodeterminação, “que é noção da filosofia e princípio constitutivo do político”.

² Whashington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva (2010, p. 641), complementam a conceituação: “têm os contratantes ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, fazendo assim do contrato verdadeira norma jurídica, já que o mesmo faz lei entre as partes. Em virtude desse princípio, que é a chave do sistema individualista e o elemento de mais colorido na conclusão dos contratos, são as partes livres de contratar, contrariando ou não o vínculo obrigacional. Podem, destarte, valer-se dos contratos nominados, referidos pelo Código, como podem igualmente misturar-lhes as disposições, dando assim origem aos contratos inominados. Podem, outrossim, estabelecer as cláusulas que desejam realmente pactuar ou constituir, ampliando ou restringindo seus efeitos”.

Beat Walter Rechsteiner (2009) afirma que a autonomia da vontade, no plano internacional, nada mais é que a possibilidade das partes de escolherem o direito aplicável. Trata-se de um elemento de conexão, que se substancia na vontade manifesta das partes, a qual é vinculada a um negócio jurídico com dimensão internacional.

Luiz Olavo Baptista (2011, p. 45) faz uma interessante observação de que a autonomia da vontade como um critério de conexão é uma situação bastante peculiar: “ao invés de o sujeito submeter-se a uma lei, ele escolhe a que regerá o seu contrato. A sua vontade como que escapa ao império da lei a que normalmente se submeteria, para ir colocar-se sob o de outra, que escolheu”.

A escolha da lei aplicável pelas partes, a qual é embasada nos direitos humanos, tendo em vista que está fundamentada na liberdade dos indivíduos, valor presente na Carta Internacional dos Direitos Humanos e, no âmbito regional americano, na Convenção Americana de Direitos Humanos, é amplamente aceita em direito comparado, sendo utilizada quase que universalmente. Apesar de estar sendo disseminada em outras áreas, como no direito de família, seu principal fundamento, como uma maneira de atender à legítima expectativa das partes, como relatado no famoso caso *Bremen v. Zapata Off-Shore*, reside no comércio internacional.

Os agentes econômicos almejam e necessitam certeza e segurança, que no ambiente jurídico internacional não uniforme muitas vezes não é alcançado. Assim, segundo Luiz Olavo Baptista (2011, p. 46), “uma de suas escapatórias para uma angra legislativa segura é a escolha da lei aplicável, cujas consequências pode avaliar, e alcançam-na pelo mecanismo chamado da autonomia da vontade”.

Assim, o princípio decorre dessa importância atribuída ao interesse das partes, o qual é de extrema relevância principalmente para os agentes econômicos que atuam no comércio exterior. Nesse diapasão, a vontade das partes acaba prevalecendo sobre os interesses do tráfego jurídico e de tutela dos interesses de terceiros (LUIZ OLAVO BAPTISTA, 2011, p. 48).

Após essa breve explanação acerca do princípio que serve como regra de conexão para localização do contrato, vejamos como foi e onde se deu o surgimento do mesmo. Vindo a contrariar os canonistas italianos do século XII, que criaram o “adágio *locus regit actum* para reger os atos jurídicos privados (LUIZ OLAVO BAPTISTA, XXX, p. 30)” e que defendiam que a autonomia da vontade residia, então, na escolha do local da prática, “já que os

contratantes teriam toda a possibilidade de conhecer ou informar-se sobre o direito do local em que agiam”³, emerge a opinião de Dumoulin, jurista francês, que vem dar ao brocado uma outra consequência.

Dumoulin veio a defender que as partes, apesar de, em regra, estarem submetidas à lei do local da prática do ato, essas poderiam escolher, desde que houvesse mútua concordância, outra lei para reger as obrigações constituídas. É, por tal razão, que Irineu Strenger (2000) afirma que parece não haver discrepâncias em ser o jurista francês o fundador legítimo da teoria.

Nádia de Araújo (2003) anota que sua teoria só foi usada na prática nos séculos XIX e XX, tendo a jurisprudência francesa posicionado-se pela permissão da mesma. Já na Inglaterra houve também a aceitação, principalmente com fundamento na filosofia do *laissez-faire*, dominante no século XIX.

Agora vejamos, nessa linha de raciocínio, como o princípio foi recebido pelo Direito Internacional Privado Brasileiro. Para tanto, é necessário dividirmos a análise em três momentos históricos: (a) o período anterior à entrada em vigor do Código Civil de 1916, (b) o período posterior à introdução Código Civil de 1916 e, finalmente, (c) o período que se seguiu à Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 e que vai até aos nossos dias.

No primeiro período (a), segundo António Marques dos Santos (2002), a autonomia das partes para eleger a lei que irá regular o negócio por elas celebrado, foi defendida, pelo menos implicitamente, por Augusto Teixeira de Freitas, em meados do século XIX. Outro jurista que defendeu o princípio, nessa época, teria sido Clóvis Beviláqua, autor do projeto do Código Civil e do projeto de introdução do mesmo, apesar de não ficar bem claro, segundo António Marques dos Santos (2002), se Clóvis Beviláqua defendia, realmente, uma autonomia da vontade conflitual ou tão só a autonomia privada material.

Ainda, nesse período, importante citar o projeto desenvolvido por Lafayette Rodrigues Pereira de Código de Direito Internacional Privado. Dentro dos 120 artigos do código, destacava-se o inovador artigo 60, que possibilitava a autonomia da vontade das partes, podendo essa ser expressa ou implícita.

³ Nádia de Araújo (2003, p. 319) complementa o entendimento: “tal ideia já havia sido presentida por Rochus Curtius, glossador italiano do século XV, sob a forma de uma explicação da solução da lei do local da celebração, entendida no sentido literal da regra *locus regit actum*, adotada na época. Curtius explica a regra pela ideia de que as partes, contratando em determinado lugar, se submetiam voluntariamente, a lei daquele lugar”.

No período posterior à introdução Código Civil de 1916 (b), a introdução da expressão “salvo estipulação em contrário” veio a tornar muito mais propícia a defesa da autonomia da vontade como critério de conexão. Todavia, conforme Irineu Strenger (2000, p. 190), nem todos os autores foram unânimes em reconhecer, na aludida expressão, uma inequívoca adoção do princípio da autonomia, registrando a doutrina opiniões de Clóvis Beviláqua que em matéria de obrigações foi aceita a doutrina do Código Comercial português (art. 4º), que achou mais conforme à razão e aos intuitos da lei.

Já no período que se seguiu à Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (c), hoje denominada de Lei de Introdução às Normas Jurídicas Brasileiras, e que vai até aos nossos dias, a polêmica acerca da possibilidade ou não das partes elegerem a lei aplicável tornou-se, ainda, mais acentuada graças à omissão legislativa consubstanciada no artigo 9º da mencionada lei. Os estudiosos acabam se dividindo em dois grupos, isto é, aqueles que a defendem e, que a negam.

Nádia de Araújo (2003, p. 322) relata que com as normas da “ Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, nasceu uma nova discussão na doutrina, sobre a exclusão ou não do princípio, em face da supressão da expressão ' salvo estipulação em contrário', que antes a permitia.” Segundo a autora, “enquanto muitos acharam que isso significaria a vontade do legislador em eliminá-la, outros entenderam que a simples supressão da expressão não poderia eliminar um princípio jurídico anterior aceito”.

Irineu Strenger (2000) estrategicamente não exclui a aplicação da autonomia da vontade, conquanto que esta seja admitida pela lei do país onde se constituir a obrigação, o que configura, segundo António Marques dos Santos (2002), uma espécie de teoria de reenvio. Nesse sentido, as próprias palavras de Irineu Strenger (2000, p. 199):

o princípio da liberdade convencional inexistente na redação da lei de certa forma deu maior amplitude à sua aplicação, porquanto tal possibilidade fica adstrita ao preceito alienígena que, assim, não pode ser desrespeitado, salvo por imposição de ordem pública, ou a algumas das restrições contidas no art. 17 da Lei de Introdução.

Haroldo Valladão (1980, p. 366) defende a autonomia da vontade nos seguintes termos:

A nova Lei de Introdução de 1942, artigo 9º, não se referiu à autonomia da vontade. Era expressão proibida no regime ditatorial de que padecia o Brasil, e que explicou, também, a ausência do foro do contrato ou de eleição no Código de Processo Civil, de 1939-1940, promulgado no mesmo clima. Mas um princípio básico, qual o da autonomia, não podia desaparecer, assim, por omissão.

Nádia de Araujo (2003) sustenta que da forma que se encontra a Lei de Introdução às Normas Brasileiras – e mais especificamente o artigo 9º que bem consubstancia a soberania e hierarquia do direito interno em detrimento do direito internacional – não é possível admitir a autonomia da vontade, a não ser que haja uma revisão da Lei de Introdução ou uma adoção dos princípios consagrados na Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, realizada pela CIDIP V (México, 1994).

No entanto, essa situação brasileira é amenizada com entrada em vigor em 2014 da Convenção de Viena sobre Contrato de Compra e Venda Internacional, que, conforme veremos a frente, consagra a autonomia da vontade no seu espectro de incidência. Da mesma forma, a Lei de Arbitragem brasileira, que teve substanciais alterações em 2015, dá uma luz à questão, ao expressamente permitir, dentro de seu subprocedimentos, a autonomia da vontade. Fabiane Verçosa (2006, p. 449) bem elucida a questão suscitada:

Em face da redação de seu artigo 2º, § 1º, pode-se concluir que a Lei de Arbitragem adotou expressamente a autonomia da vontade das partes quanto à eleição da lei aplicável, desde que estas elejam a arbitragem para a solução das possíveis controvérsias entre elas advindas.

304

Alerta, no entanto, Fabiane Verçosa (2006, p. 449) que “ainda é muito discutido na doutrina, [...], se tal liberdade restringe-se apenas às arbitragens internacionais ou também se estende às arbitragens internas. [...] Entendemos que a possibilidade de eleição da lei aplicável, [...], limita-se tão-somente aos procedimentos arbitrais internacionais.”

No âmbito da América Latina, Beat Walter Rechsteiner (2009, p. 160) destaca que, na mesma linha que o Brasil, a autonomia da vontade ainda não é reconhecida como um elemento de conexão juridicamente válido, a ponto de “reger relações de direito privado com conexão internacional, em grande parte da América Latina.” Nos países do Mercosul, o único país que, atualmente, pareça prevalecer a opinião contrária seria a Argentina.

No Direito da União Europeia, por sua vez, o princípio é reconhecido expressamente no artigo 3º do Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, mais conhecido como Roma I⁴. O considerando 11 do Regulamento assim estabelece: “A liberdade das partes de

4 Segundo Carl Friedrich Nordmeier e Augusto Jaeger Junior (2010, p. 173), “o Regulamento Roma I baseia-se na Convenção de Roma sobre o direito aplicável às obrigações contratuais de 19 de julho de 1980 e a incrementa em muitos aspectos”. Trata-se uma norma harmonizadora do Direito Internacional, tendo como ponto de destaque a primazia da liberdade de escolha do direito aplicável.

escolherem o direito aplicável deverá constituir uma das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais”.

O Regulamento Roma I, em relação ao seu antecessor, que era a Convenção de Roma, não trouxe grandes modificações às obrigações contratuais, já que segundo Jirí Valdhans e Petra Mysáková, a Comissão, longe de querer estabelecer um novo conjunto de regras, visou a converter a convenção existente em um instrumento de direito comunitário.

Interessante notar que das poucas novidades trazidas com o Regulamento, a mais substancial diz respeito ao artigo 3º, que versa sobre a autonomia da vontade. O artigo 3º dispõe no seu inciso 1 que o contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Por ter o Regulamento utilizado claramente a palavra “lei”, Jirí Valdhans e Petra Mysáková concluem que houve uma limitação à autonomia da vontade, de forma que a simples escolha da *lex mercatoria* não seria possível.

Nils Vernooij Willem (2009), complementa:

Como na Convenção de Roma, o Roma I não permite que as partes contratantes adotem outras regras que não sejam leis estatais. Dessa forma, leis não estatais, tais como, *lex mercatoria*, Princípios da Lei Contratual Europeia ou Princípios dos Contratos Internacionais de Comércio do UNIDROIT, não podem ser eleitas como as leis aplicáveis ao contrato. Essa omissão intencional foi criticada como sendo fora da realidade do comércio internacional, contrariando o princípio da autonomia da vontade e sendo inconsistente com a Lei de Arbitragem de muitos países. No entanto, o Roma I não impede que as partes incorporem por referência em seus contratos leis não estatais⁵.

Essa limitação à autonomia da vontade é abordada por Luiz Olavo Baptista (2011), em sua obra sobre Contratos Internacionais, que afirma que todo o contrato internacional deve necessariamente estar ligado à lei de um estado. Para corroborar com tal entendimento, Luiz Olavo Baptista (2011) cita a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso dos empréstimos sérvios e brasileiros, onde foi afirmado que todo contrato que não é um contrato entre Estados, enquanto sujeitos de direito internacional, tem seu fundamento em alguma lei nacional.

Outras formas de manifestação da vontade das partes dizem respeito à modificação da lei eleita no futuro e ao *depeçage*, ambos previstos no Regulamento Roma I, da mesma forma como estavam anteriormente na Convenção. No que diz respeito ao *depeçage*, há uma certa preocupação no que toca à possibilidade do contrato ser coerentemente divisível e à possível instabilidade com modificações supervenientes de tais escolhas.

⁵ Tradução da autora.

Não obstante, o inciso 3 do artigo 3º do Regulamento traz certa limitação à autonomia da vontade: “ 3. Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo.”

Simona Trávníckova afirma que esse inciso resulta das mesmas bases que a Convenção de Roma, mas especifica o uso das leis imperativas melhor do que a Convenção. A autora complementa que apesar de o Regulamento não utilizar o conceito de “leis imperativas”, o mesmo expressa exatamente a posição das regras *ius cogens*, como aquelas que não podem ser derogadas por acordo.

Além do Regulamento Roma I, a autonomia da vontade das partes também é admitida em relação às obrigações *ex delicto*. O Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 11 jul. 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II) também prevê, em seu artigo 14, a possibilidade das partes acordar em subordinar obrigações extracontratuais à lei da sua escolha.

Beat Walter Rechsteiner (2009) destaca, ainda, a abrangência do princípio para questões de regime de bens e sucessões, quando a relação for internacional. Claro que essa autonomia é ainda admitida com uma frequência muito menor do que com relação às matérias acima listadas.

Esse fator é destacado por Giácomo Biagioni (2010), quando da análise do sistema embrionário de Direito Internacional Privado da União Europeia. O autor destaca que o princípio foi importado das relações econômicas, estendendo-se, embora com características diferentes, a setores como Direito de Família, Sucessões e Direitos de Personalidade. Segundo o mesmo, isso parece a principal distinção que pode ser feita entre o Direito Internacional Privado da União Europeia e das leis nacionais dos Estados-membros nesta área, que geralmente não concedem autonomia geral da vontade, apesar de sua acrescida relevância.

Como se pode notar, o Direito da União Europeia encontra-se num estágio muito desenvolvido no que toca à autonomia da vontade, e é nesse ponto que percebemos as maiores diferenças em relação ao sistema brasileiro.

A autonomia da vontade também reside no âmbito de convenções internacionais. A primeira que nos referimos é a Convenção de Viena sobre Contrato de Compra e Venda Internacional, que teve como objetivo a elaboração de uma legislação harmônica referente a contratos de compra e venda. A Convenção já está em vigor no Brasil desde 2014 no Brasil.

Essa Convenção, que representa a busca por um aperfeiçoamento das Convenções de Haia, permite, amplamente, a autonomia da vontade, tanto para determinar a lei aplicável, quanto para afastar, até mesmo, a incidência da Convenção.

Na mesma esteira e tendo como missão a busca pela supressão de incertezas e deficiências dos institutos utilizados para o Comércio Internacional, o Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado – UNIDROIT desenvolveu princípios, que, embora não constituam fontes estatais, estabelecem regras para os contratos comerciais internacionais. Dentre esses princípios, encontra-se a autonomia da vontade.

Ainda, trazemos à tona a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V), celebrada no México em 1994, já anteriormente mencionada. A mesma ainda não foi ratificada pelo Brasil, sendo ratificada apenas pelo México e pela Venezuela. Com a sua ratificação, segundo Luiz Olavo Baptista (2011), as regras de Direito Internacional Brasileiro sofrerão certas mudanças, com a possibilidade de as relações serem submetidas à autonomia da vontade. No entanto, conforme já alertado, essas modificações somente incidirão àqueles contratos que tiverem conexão com os países ratificantes.

Uma vez vista a possibilidade de exercício da autonomia da vontade, tanto no Brasil, quanto em outros ordenamentos e em convenções internacionais, oportuno analisar como essa poderá ser operada. Isso porque, a partir do momento em que as partes pactuam suas escolhas, a essas ficam obrigatoriamente submetidas, nem que para tanto seja necessária decisão judicial ou arbitral.

2 A ESCOLHA IMPLÍCITA DA LEI NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

2.1 Como se Opera a Escolha Implícita

Na experiência real, podemos verificar que a vontade das partes no que toca à liberdade de escolha certas vezes se manifesta de maneira expressa, já outras, de maneira implícita. Diferentemente daquela, a qual não apresenta maiores dificuldades, a escolha implícita exigirá do interprete ou juiz um estudo mais profundo das circunstâncias do caso, a fim de que a real vontade das partes possa ser interpretada.

Luiz Olavo Baptista (2011, p. 52) ensina que “no início deste século e fim do século

XIX, houve na Europa Ocidental um debate doutrinário sobre a possibilidade de ocorrer uma escolha implícita da lei aplicável ao contrato”. Superada a polêmica pelos fatos, segundo o mesmo autor, consolidou-se na doutrina que o princípio da autonomia teria aplicação mesmo nos casos em que as partes não tenham assim expressamente disposto no negócio jurídico, desde que essas tenham anuído implicitamente.

Dumoulin, jurista francês e legítimo criador da autonomia da vontade no Direito Internacional⁶ conforme coloca Irineu Strenger (2000), já previa essa problemática acerca da escolha implícita da lei, postulando que a autonomia da vontade, “quando expressa, deveria ser respeitada e, quando tácita, interpretada” (ARAÚJO, 2004, p. 55). Segundo Irineu Strenger (2003, p. 128), quando nenhuma escolha expressa fosse registrada pelas partes, a lei mais apta a reger o contrato seria aquela que as partes indubitavelmente teriam considerado como devendo reger suas relações contratuais, “se a questão lhes tivesse sido colocada, logo após a conclusão do contrato”. Obviamente que, diante das peculiaridades do caso, a questão não se dá sem dificuldades e, conforme Luiz Olavo Baptista (2011, p. 52), não é tão pacífica como poderia parecer. A determinação se dará cheia de incertezas, tendo em vista a abertura à subjetividade e discricionariedade na apreciação por um árbitro ou juiz que a escolha implícita acarreta.

Nesse sentido, alerta Luiz Olavo Baptista (2011, p. 41):

Caberia ao juiz ou ao intérprete localizar o contrato, 'falando em nome das partes', ou imaginando fazê-lo. De quem é a vontade que predominará: Do juiz, é claro, ainda que fantasiada a 'vontade das partes', e daí as hesitações, a impossibilidade de se estabelecerem regras fixas e lógicas sobre a matéria, em que a munção dos autores são decisões disparatadas.

Stefan Leible (2011) adverte, nessa linha de raciocínio, que a constatação da escolha tácita das partes deve resultar de uma maneira inequívoca dos termos do contrato, necessitando, para tanto, de bastante cautela. Só se poderá, segundo o autor, afirmar que houve uma escolha tácita do direito quando houver indícios suficientes que apontam a um ordenamento concreto. Giacomio Biagioni (2010) respalda o entendimento acima mencionando, de que a escolha tácita deve ser avaliada com especial cuidado, já que as

6 Deo Campos Dutra (2010, p. 257-258) complementa: “Uma das grandes construções do Direito Internacional Privado foi elaborada por Charles Dumoulin e tinha como intenção facilitar as relações entre indivíduos que, apesar de realizar contratos, estavam situados em ordenamento jurídicos distintos. Essa construção teve uma presença marcante no âmbito da realização de contratos internacionais, substituindo o clássico critério determinador de lei aplicável, que ora entregava ao local da celebração a lei responsável para reger a relação contratual, ora entregava a lei do local da execução, alcançando uma posição de destaque no que tange a sua aplicação hoje em dia. É o chamado princípio da Autonomia da Vontade.”

chamadas disposições individuais materiais podem nem sempre ser determinantes para a configuração da vontade tácita.

A Convenção Inter-Americana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada no México em 1994, ainda não ratificada pelo Brasil possibilita a escolha tácita, conforme podemos extrair da leitura do seu artigo 7º, que assim dispõe:

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.

O Regulamento Roma I também prevê a possibilidade de escolha tácita da lei pelas partes para regular o negócio jurídico.

Apesar de o princípio da autonomia das partes estar praticamente inalterado no Regulamento Roma I em comparação com a Convenção que o antecedeu, o mesmo sofreu uma pequena alteração no que diz respeito à escolha implícita da lei, segundo Nils Willem Vernooij (2009), que parece ter sido restringida. “Nos termos da Convenção de Roma, uma escolha implícita deve ser demonstrada 'com certeza razoável' pelos termos dos contratos ou das circunstâncias do caso, e, já pelo Regulamento Roma I, 'esta escolha deverá ser demonstrada 'claramente'", o que acaba por delimitar os critérios dos tribunais para determinar se houve ou não uma escolha implícita da lei (VERNOOIJ, 2009).

Destaca-se que no âmbito arbitral é possível encontrar disposições específicas que também consagram a possibilidade da escolha implícita. Giuditta CORDERO-MOSS e Daniel BEHN (2014, p. 6) apresentam que o artigo 42 da Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) estabelece que a escolha da lei poderá ser expressa ou implícita.

A dúvida que surge, nesse diapasão, refere-se a atitude que deve ser tomada pelo judiciário ou árbitro quando esses estiverem diante de um caso em que haja uma controvérsia acerca da escolha da lei pelas partes. Segundo Taida Begic (2005), o primeiro passo será verificar a possibilidade de escolha implícita da lei.

Após essa análise preliminar, a autora (BEGIC, 2005) afirma que o julgador poderá proceder de duas formas, quais sejam, a primeira seria tentar verificar quais seriam as verdadeiras intenções das partes, a fim de encontrar a lei adequada para resolver o litígio e

consequentemente reger o contrato, e a segunda, constatar que não houve qualquer tipo de escolha de lei.

Caso constate que houve de fato a escolha, embora implícita, a indagação evolui para saber qual é o método que deve ser utilizado para que se possa constatar qual foi a real intenção das partes no que toca à eleição da lei. Vejamos o que a doutrina vem considerando como procedimento correto para verificação da real vontade das partes.

2.2 Determinação da Lei Escolhida pelas Partes: Análise dos Indícios

Quando as partes elegem uma lei para reger suas obrigações, mas não a declaram de uma forma clara no contrato, caberá ao juiz ou ao árbitro determinar, através dos indícios localizados no contrato, qual seria a lei que foi eleita pelas Partes. Para Stefan Leible (2011), deve-se verificar, em primeiro plano, se houve o pacto de alguma matéria que determina que a competência seja exclusiva de alguma jurisdição.

Esse indício, segundo Stefan Leible (2011), possui um peso bastante substancial para se concluir que as partes teriam elegido o direito vigente do foro, havendo, portanto, a incidência do antigo princípio jurídico “*qui eligit forum vel iudicem eligit ius*”. À luz do raciocínio de Stefan Leible (2011), a aplicação da *lex fori* atenderia ao interesse das partes, tendo em vista que essas economizariam tempo na discussão acerca do direito aplicável, e ao da justiça, que aplicará o direito ao qual está familiarizada, garantido uma maior segurança ao resultado do julgamento.

Um contraponto que pode ser feito a esse posicionamento é que, embora anteriormente esse princípio tivesse aplicação, nos dias atuais é entendido de forma pacífica que a escolha do foro não implica necessariamente na escolha da lei.

Stefan Leible (2011) defende que o mesmo entendimento acerca das cláusulas de eleição de foro, valem para as cláusulas de arbitragem, tendo em vista o brocado “*qui eligit arbitrum, eligit ius*”. Só que nesse caso, no lugar de dizer que o tribunal arbitral deve utilizar o direito material do lugar de sua sede, afirma que a lei aplicável será aquela do local de realização das sessões.

Taida Begic (2005, p. 58), a respeito da identificação da lei escolhida pelas partes quando as mesmas tiverem elegido um foro arbitral, traz à tona o posicionamento estampado no caso TOPCO (*Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company*

v. *Government of the Libyan Arab Republic*). Os árbitros desse caso consignaram que a submissão de um caso à arbitragem presumiria a escolha do direito internacional como lei aplicável.

No entanto, esse posicionamento não prevaleceu em arbitragens posteriores e, como bem salienta Taida Begic (2005, p. 65), “a melhor visão seria que, embora a referência à arbitragem possa ter um impacto sobre a determinação da lei aplicável, essa não pode ser tratada como uma escolha automática da lei internacional como o direito material aplicável⁷”.

Mario Giuliano e Paul Lagarde (1982), a esse respeito, alertam que em certos casos a escolha de um fórum particular poderá significar, de alguma forma, muito embora não inequívoca, de que as partes possuíam a intenção que seu contrato fosse regulado pela lei do fórum, mas isso precisa sempre ser confirmado pelos outros termos e circunstâncias do caso.

Outro indício de peso seria a referência expressa no contrato de institutos próprios de um ordenamento jurídico, que pode se dar, segundo Luiz Olavo Baptista (2011, p. 52), por meio do uso de alguma expressão típica de algum sistema jurídico ou da referência a modelo jurídico que só existe em determinado ordenamento jurídico. Stefan Leible (2011) cita como exemplo a utilização de um operador de um jogo na internet, o qual é regulado pelas leis de um determinado estado dos Estados Unidos. Nesse caso, haveria a escolha tácita do direito, que recairia na legislação desse estado.

O mesmo acontece, conforme Stefan Leible (2011), quando o contrato leva em consideração os usos ou requisitos de um ordenamento ou mesmo quando as partes utilizam formulários ou condições *standards*, certificações, que foram arroladas de forma evidente no contrato. A esse respeito, Mario Giuliano e Paul Lagarde (1982) trazem como exemplo a utilização de uma apólice de seguro marítimo da *Lloyd's*, o que levaria ao entendimento que as partes teriam elegido a Lei Inglesa.

Outro fator relevante é a utilização pelas partes como base do contrato de um direito específico, como a utilização e transcrição de alguns artigos do Código Francês, como bem apontam Mario Giuliano e Paul Lagarde (1982). Stefan Leible (2011), ainda, coloca como possível indício o lugar de conclusão do contrato, mas esse apenas com uma eficácia secundária.

Na inocorrência desses indícios, Stefan Leible (2011) relata que os julgadores deverão recorrer à língua do contrato, à moeda utilizada ou à residência das partes. Nesse caso, porém,

7 Tradução livre da autora.

seria necessária uma maior acumulação de indícios concretos, a fim de constatar que houve, de fato, uma eleição de lei tácita pelas partes, pois a ocorrência de apenas um desses indícios mais fracos não seria suficiente para tanto.

Luiz Olavo Baptista (2011) apresenta outros indícios, como: (i) o recurso costumeiro em negócios anteriores, (ii) a submissão expressa a uma lei em negócios anteriores, o que indicaria a vontade das partes de continuar a submeter suas relações jurídicas a mesma lei, (iii) a atitude das partes após a conclusão do contrato, (iv) a utilização no contrato de algum recurso de servidor público de determinado país, e (v) o local de pagamento. Além desses, podemos ainda elencar a nacionalidade das partes, o principal local de negócio, quando pessoa jurídica, e, como bem apresenta Daiile Toigo (2007), o único sistema jurídico em que a língua das partes pode ser inteligível.

Veja-se que, como bem conclui Luis Olavo Baptista (2011), pelos exemplos acima, a fronteira entre a vontade tácita e a intenção presumida será sempre muito tênue, o que poderá proporcionar insegurança jurídica. É por tal razão, que Taida Begic (2005, p. 59) afirma que o melhor método para definir a eleição feita pelas partes é aquele previsto no Regulamento Roma I. O artigo 3º do mencionado Regulamento dispõe que a escolha da lei deve ser expressa ou, quando tácita, demonstrada com razoável certeza pelos termos do contrato ou das circunstâncias do caso.

Nils Willem Vernooij (2009) adiciona que, sob a luz do Roma I, um dos fatores a ser levado em conta, a fim de se determinar de forma clara a escolha implícita da lei pelas partes, é verificar se houve algum acordo entre as partes, a fim de determinar a competência exclusiva de algum órgão jurisdicional. Tal indício, segundo o mesmo, caracterizar-se-ia como uma regra *soft*, constituindo uma inovação em relação à Convenção de Roma, sendo elogiada tanto pela sua eficiência, quanto criticada pela sua incompatibilidade com o princípio da autonomia das partes.

Ainda que com esses parâmetros trazidos pelo Roma I, a verificação da lei eleita tacitamente pelas partes gera certa insegurança jurídica, principalmente se levarmos em conta a possibilidade de uma certa discricionariedade dos juízes ao ponderarem os indícios localizados no contrato. Acaba que na prática, quando os juízes ou árbitros não encontrarem indícios ou esses não forem suficientes, os mesmos irão apontar como lei que regerá o contrato aquela que houver vínculos mais estreitos com a causa, numa evidente busca pela

proper law do contrato⁸.

Assim, podemos notar que a verificação da escolha implícita das partes e a definição da lei eleita pelas mesmas representam, na prática, uma grande incerteza, podendo ser consideradas como uma questão de extrema complexidade.

Essa preocupação não reside apenas nos casos judiciais, mas igualmente nos litígios arbitrais. Dougue JONES (2014, p. 930) bem alerta que a questão fica ainda mais sensível em complexos casos de arbitragem internacional que envolvam múltiplas partes. Nesses, pode se tornar impossível determinar a escolha implícita das partes e, mais ainda, assegurar que todas as partes do contrato compartilham uma intenção comum.

Para verificarmos como os magistrados ou árbitros deverão agir diante desse tema, vejamos na próxima parte desse trabalho a análise do caso *Faraday Reinsurance Co. Ltd. V Howden North America Inc.* [2011] EWHC 2837, julgado em 2011, pela Suprema Corte de Justiça da Inglaterra e País de Gales, Divisão de *Queen Bench*, da Corte Comercial.

3 ANÁLISE DO CASO *FARADAY REINSURANCE CO. LTD. V. HOWDEN NORTH AMERICA INC.*

313

3.1 Análise das Circunstâncias do Caso

Conforme visto anteriormente, a grande dificuldade prática da escolha implícita é a linha tênue que separa essa da ausência de escolha de lei pelas partes. Tal situação, dependendo como for interpretada, poderá acarretar a incidência de uma lei bastante diversa daquela que seria eleita pelas partes, tendo em vista que, na ausência de identificação de uma escolha implícita, será buscada a *proper law*, que é a lei com a qual a situação jurídica possui vínculos mais estreitos.

A fim de verificar como isso ocorre na prática, analisaremos os fundamentos de fato e de direito utilizados pela Suprema Corte de Justiça da Inglaterra e País de Gales, Divisão de *Queen Bench*, da Corte Comercial, no caso envolvendo um Contrato de Resseguro e

⁸ Para Luiz Olvavo Baptista (2011, p. 55) a *proper law* nada mais seria que abusca da lei com a qual a transação teria a conexão mais próxima e real, considerando uma série de fatores, dependendo das circunstâncias de cada caso. Cecilia Fresnedo de Aguirre (1991, p. 13) sobre o tema anota: “a expressão *proper law of a contract* refere ao sistema legal pelo qual as partes pretenderam que seu contrato fosse regulado, ou quando sua intenção não tiver sido declarada expressamente, nem puder ser inferida das circunstâncias, e é o sistema pelo qual a transação possui uma conexão mais próxima e real” (tradução autora).

Retrocessão, que teve como parte no polo ativo a empresa *Faraday Reinsurance* e no polo passivo *Howden North America Incorporation e Howden Buffalo Incorporation*, e foi julgado em 1º de novembro de 2011.

O caso em apreço diz respeito a três apólices denominadas de *excess layer policies*, as quais podem ser entendidas como a combinação de várias apólices, onde, a cada nova emissão de uma dessas, há o aumento no limite da cobertura, o qual vem a superar o limite da apólice antecedente. Essas apólices são muito utilizadas quando uma empresa necessita de uma cobertura relativamente alta, a qual não será alcançada apenas com uma apólice. Essas, todavia, não se confundem com o resseguro, que é a operação pela qual o segurador transfere a outrem, total ou parcialmente, um risco assumido através da emissão de uma ou mais apólices.

Essas três *excess layer policies* foram emitidas pela empresa *General Star International Indemnity Ltd. (GSIL)* à *Howden Group Ltd.* e suas empresas subsidiárias. O período de cobertura da primeira apólice era de 22 jul. 1998 a 31 de maio de 1999, da segunda de 1º de junho de 1999 a 31 de maio de 2000 e da terceira de 1º de junho de 2000 a 31 de maio de 2001. Em 30 de novembro de 2010 todas as apólices emitidas pela GSIL, incluindo as acima mencionadas, foram transferidas à autora, *Faraday Reinsurance Co Ltd.*, nos termos da seção 111 (1) do Ato 2000 de Finanças e Serviços (*The Financial Services and Markets Act 2000*).

A primeira apólice foi concluída em Londres pelo *Lloyd Thomson Ltd* e foi submetida, nesse mesmo mercado, à operação de subscrição, isto é, *underwriting slip*. Os termos da apólice incluem um vasto número de cláusulas do mercado de Londres, tais como, da notificação de responsabilidade e as de cancelamento dos serviços dos *brokers*. Ainda, utiliza várias abreviaturas do mercado de Londres, como para designar questões de assinatura, de coleta do prêmio e do aviso prévio de cancelamento na data de aniversário.

A segunda e terceira apólices foram também concluídas em Londres pela *JLT Risk Solutions Ltd.* e submetidas ao *underwriting slip* no mesmo mercado. As apólices incorporaram cláusulas típicas das *underlying excess policies* e de disputa contratual, além de eleger expressamente a Lei Inglesa.

O processo foi ajuizado em 6 de dezembro de 2010 pela *Faraday*, tendo em vista a notificação recebida pela mesma em 23 de agosto de 2010, da qual era notificante a Ré *Howden*, que informava a ocorrência de fatos desencadeadores da cobertura da segunda e

terceira apólices, quais sejam, litígios de responsabilidade civil contra a *Howden*. Posteriormente, em 14 de janeiro de 2011, uma nova notificação da *Howden* foi recebida pela *Faraday*, a qual pretendia incluir na notificação anterior, igualmente, a primeira apólice.

O cerne da controvérsia judicial reside na determinação da lei aplicável, questão de extrema relevância ao deslinde da questão. As possíveis leis aplicáveis seriam a Lei Inglesa ou Lei Americana da Pensilvânia.

A Lei Inglesa era invocada pela Autora *Faraday Reinsurance*, tendo em vista as peculiaridades trazidas pelas apólices e as referências específicas a essa legislação, como a menção à autorização para veículos automotores de tipo especial. Já a aplicação da Lei Americana Pensilvânia foi defendida pela *Howden*, tendo em vista que o fato que desencadeou o acionamento do seguro ocorreu sob a luz desse ordenamento jurídico, além do que a questão supostamente já encontrava-se preclusa no tribunal desse estado, razão pela qual alegou, adicionalmente, a aplicação do princípio do *forum non conveniens*.

A determinação da lei é extremamente sensível, pois, dependendo onde recair a mesma, ao caso será dado um resultado totalmente diverso. Existe uma substancial diferença entre as legislações no que toca responsabilidade civil. Questões como exposição de risco, teoria dos gatilhos múltiplos e circunstâncias no momento da contratação ou no momento de disputa são pontos de divergência entre essas duas legislações, que acarretam consequências em termos de responsabilidade bastante distantes, principalmente no que diz respeito a sua extensão.

Assim, uma vez posto os principais fatos que envolvem a controvérsia e o seu cerne principal, vejamos como a Corte resolveu tal questão, bem como quais foram os fundamentos utilizados como razão de decidir.

3.2 Análise dos Fundamentos Adotados como Razão de Decidir

Apresentado o resumo dos fatos e dos principais requerimentos das partes, a Corte, a fim de produzir seu julgamento, passou a verificar se a alegação feita pela autora *Faraday* poderia ser confirmada pelos fatos do caso, bem como apoiada por fundamentos jurídicos. A *Faraday* sustentou a escolha pelo Direito inglês na forma implícita na primeira apólice e na forma expressa na segunda e na terceira apólices e, que, mesmo que assim não fosse

considerado pelo juízo, a Lei Inglesa ainda assim seria aplicável, já que seria o ordenamento com vínculos mais estreitos com o caso em apreço, o que legitimaria sua aplicação.

Esses argumentos trazidos pela *Faraday* foram considerados bastante convincentes pela corte. É, por essa razão, que a questão suscitada pela Ré sobre os critérios de conexão para determinação da lei aplicável sequer chegou a ser considerada. A *Howden* aduziu que a determinação da lei aplicável se daria ou pelas regulamentações trazidas pela Lei de Contratos de Seguro de 1982 ou pela Convenção de Roma, sobre a lei aplicável aos contratos.

Veja que a Corte refutou a formulação feita pela *Howden*, tendo em vista que considerou que houve a escolha implícita da lei, de forma que o julgamento avançou para determinar e definir qual teria sido esta lei. Vindo a confirmar o sustentado pela autora *Faraday*, que defendeu a escolha implícita da Lei Inglesa, a Corte apontou a inserção nas apólices de cláusulas padrão do mercado de Londres, tal como, aquela referente à notificação de responsabilidade solidária.

Além disso, foi ponderado que as apólices teriam, ainda, sido concluídas no mercado de Londres, o que evidenciaria também a escolha pela Lei Inglesa. A *Howden* defendeu-se de tal colocação, alegando que tanto no Relatório Giuliano-Lagarde sobre a Convenção de Roma, quanto nos precedentes judiciais, não há referência de que o local de conclusão de uma apólice possa ser considerado sozinho suficiente para demonstrar a escolha implícita da lei com uma certeza razoável, o que se aplicaria, igualmente, à inserção de um par de cláusulas referentes aos costumes do mercado de Londres.

Contrastais argumentos, a Corte asseverou que o simples fato de uma apólice ter sido concluída no mercado de Londres pode não ser um indício suficiente por si só, mas deve, de qualquer forma, ser levado em consideração. A fim de respaldar tal entendimento, o relator cita o julgamento do caso *DR Insurance Co. v. Central National Insurance Co.*[1996], que consignou o seguinte: "quando as partes entram em um mercado especial para transacionar negócios, elas podem geralmente inferir que seu relacionamento será regido pela lei em vigor nesse mercado, a menos que elas forneçam alguma clara indicação em contrário".

E, nesse sentido, não restou demonstrado pela Ré *Howden* qualquer evidência que ela e a autora não pretendiam se sujeitar à lei do local de celebração. Muito pelo contrário, conforme exposto na decisão, as indicações transmitidas pelas partes era que essas pretendiam, à época de celebração do contrato, que a relação jurídica fosse regida pela Lei Inglesa.

Por tal razão, a Corte, apoiando-se em demais precedentes de casos análogos, concluiu que as partes teriam feito a escolha, embora implícita, pela Lei Inglesa. Nessa linha de raciocínio, a Corte afastou a aplicação do princípio do *forum non conveniens*⁹, conforme requerido pela Ré *Howden*, pois, diante da aplicação da Lei Inglesa, não haveria outra jurisdição, senão aquela, para melhor julgar o presente caso, razão pela qual a jurisdição não seria declinada à Pensilvânia.

Cabível destacar que os desdobramentos desse caso não foram seguidos no *Ace European Group Ltd & Others v Howden North America Inc & Anor*, julgado pela Corte de Apelações do Reino Unido em Dezembro de 2012. Essa corte recusou-se a permitir o prosseguimento do caso no Reino Unido, muito embora a relação jurídica tivesse estreita conexão com aquela, uma vez que já havia na Pensilvânia ação no mesmo sentido (bem como decisão da Corte local reconhecendo sua competência e afastando o *fórum non conveniens*). Assim, a jurisdição norte-americana que, diferente do caso anterior (*faraday*), foi acionada com precedência a do Reino Unido, mereceria deferência.

317

CONCLUSÃO

A autonomia da vontade no âmbito internacional vem ao encontro das necessidades dos agentes econômicos que operam no comércio transfronteiriço. Como o ambiente jurídico internacional não é uniforme, a alternativa que garante mais segurança aos agentes é, sem dúvida, permitir que os mesmos elejam a lei aplicável as suas relações negociais, a fim de que possam prever, de antemão, suas obrigações e direitos.

A escolha da lei aplicável pelas partes, a qual é embasada nos direitos humanos, é amplamente aceita em direito comparado, sendo utilizada quase que universalmente. A sua utilidade é tamanha, que a mesma vem sendo, inclusive, disseminada para outras áreas, como Direito de Família e Sucessões.

Essa escolha poderá se dar de duas formas, isto é, tanto de maneira expressa, quanto implícita. Conforme visto no âmbito desse estudo, é nessa última forma que residem as

⁹Múltiplas são as variações acerca da aplicabilidade e extensão da doutrina do *forum non conveniens*, mas poderíamos defini-la, de uma forma resumida e breve, conforme colocam Thiago José Zanini Godinho e Tiago Eler (2010), como a possibilidade de uma corte estatal declinar o exercício de sua jurisdição, em razão de reconhecer a existência de um foro mais adequado para tanto.

maiores dificuldades práticas que, muitas vezes, acabam gerando incertezas jurídicas, as quais podem acarretar cruciais impactos ao formato e ao resultado de determinada demanda.

A grande problemática da questão é representada pela impossibilidade de se estabelecer regras fixas e lógicas sobre a matéria, dependendo sempre de uma análise concreta de cada caso. Isso não quer dizer, no entanto, que não devam ser observados certos indícios ou procedimentos pelos juízes ou árbitros, tais como aqueles apontados no Regulamento Roma I ou pela doutrina.

O caso analisado nesse presente estudo, além de servir como exemplo de verificação e ponderação dos indícios materializados pelas partes no contrato, alerta-nos sobre a importância, em determinados casos, de determinar de forma clara no contrato a real vontade das partes, pois caso contrário, poderá uma das partes ficar sujeita a responsabilidades as quais não estava expectando, bem como de ser demandada em tribunais estrangeiros.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

BEGIC, Taida. *Applicable Law in International Investment Disputes*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2005.

BIAGIONI, Giacomo. Tecniche Internazionale Privatistiche Fondate Sulla Volontà Delle Parti Nel Diritto Dell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, Nº 2, p. 15-34, Outubro 2010.

CORDERO-MOSS, Giuditta; BEHN, Daniel. The Relevance of the UNIDROIT Principles in Investment Arbitration. *Unif. L. Rev.*, p. 1-39, 2014.

DUTRA, Deo Campos. A Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado de Família: Uma Análise dos Artigos 7º e 8º do Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares. In: Rui Aurélio de Lacerda Badaró. (Org.). *Direito Internacional: Anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. ABDI: Selo Editorial: Sorocaba, SP, 2010. B. 1.

GIULIANO, Mario; LAGARDE, Paul. *Relatório sobre a Convenção sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais*. Disponível em: <
[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?
 uri=CELEX:31980Y1031\(01\):PT:NOT](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):PT:NOT)>. Acesso em: 1º abr. 2012.

GODINHO, Thiago José Zanini; ELER, Tiago. Considerações Acerca da Aplicação da Doutrina do Forum Non Conveniens Pelas Cortes Estadunidenses no Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Internacionais. In: Rui Aurélio de Lacerda Badaró. (Org.). *Direito Internacional: Anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. ABDI: Selo Editorial: Sorocaba, SP, 2010. B. 1.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito das Obrigações: Parte Especial Contratos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

JONES, Dougue. Choosing the Law or Rule of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties. *Singapore Academy of Law Journal*, p. 911-941, 2014.

LEIBLE, Stefan. La Importância de la Autonomía Conflictual para el Futuro del Derecho de los Contratos Internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, p. 214-233, marzo 2011.

MARTINS COSTA, Judith. *Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. Disponível em: < http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p041_066.pdf >. Acesso em: 1º abr. 2012.

MONTEIRO, Whashington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Manual de Direito Civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NORDMEIER, Carl Friedrich; JAEGER JUNIOR, Augusto. Comunitarização do Direito Internacional Privado: Recentes Impactos nos DIPr Autônomos de Alemanha e Áustria. In: Rui Aurélio de Lacerda Badaró. (Org.). *Direito Internacional: Anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. ABDI: Selo Editorial: Sorocaba, SP, 2010. B. 1.

REINO UNIDO. Suprema Corte de Justiça da Inglaterra e País de Gales, Divisão de *Queen Bench*, da Corte Comercial. Partes: *Faraday Reinsurance* e *Howden North America Incorporation e Howden Buffalo Incorporation*. Julgado 1º de novembro 2011. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2011/2837.html>>. Acesso em: 28 mai. 2012.



RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Saravia, 2009.

SANTOS, António Marques dos. In: R. M. Moura Ramos et al., (Org.): *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra, 2002.

STRENGER, Irineu. *Da Autonomia da Vontade: Direito Interno e Internacional*. São Paulo: LTR, 2000.

_____. *Contratos Internacionais do Comércio*. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2003.

TRAVNICKOVA, Simona. *Limitations of Choice of Law – Mandatory Rules and Internationally Mandatory Rules*. Disponível em: <<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2012.

VALDHANS, Jirí; MYSÁKOVÁ, Petra. *Rome I and Rome II Regulations – Allies or Enemies?* Disponível em: <<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/valdhans.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1980.

VERÇOSA, Fernanda. Arbitragem Interna v. Arbitragem Internacional: Breves Contornos da Distinção e sua Repercussão no Ordenamento Jurídico Brasileiro Face o Princípio da Autonomia da Vontade. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VERNOOIJ, Nils Willem. *Rome I: An Update on the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Disponível em: <http://www.cjel.net/online/15_2-vernooij/>. Acesso em: 1º abr. 2012.

320

Submissão: 25/03/2015

Aceito para Publicação: 10/06/2015

