

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado**. São Paulo: Método, 2005.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2: Ações e fatos jurídicos.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Curso de direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006. v. I.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1: Parte geral; 24. ed. 2022.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Coordenador e atualizador: Edvaldo Brito. Atualizadora: Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualizadora e colaboradora: Maria Celina Bodin de Moraes. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. I: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil.

SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 13ª Edição, 2023.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.



02

IMPRESSÕES SOBRE O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO CONTEXTO DO DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO

Palavras-chave

Arbitragem. Autonomia. Precedentes. Segurança Jurídica.

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

Professora Associada de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A crescente tendência entre as empresas, de escolher os *tribunais arbitrais* como forma de solução dos litígios que envolvem seus interesses, traz à baila a realidade de que, em muitos casos, as partes escolhem – e querem escolher – o direito aplicável ao processo arbitral, antes de sua instauração, dando ensejo à aplicação, até mesmo, de direito anacional e de normas de origem não estatal,¹ para diversos casos de prestação de jurisdição no território nacional.

Há, por assim dizer, nos bastidores desses casos, o implemento de uma certa “*racionalidade econômica*”² que tenderia a superar a acusação que frequentemente se faz ao Judiciário brasileiro, de que este não teria conhecimento para julgamento de certas questões econômicas e financeiras, muito embora se possa devolver a provocação, indagando-se se os economistas conhecem a lei.

A pergunta que se impõe, nesse contexto de rica discussão, é se uma tal possibilidade – de escolha pelos litigantes do direito aplicável para a solução de determinado e específico caso –, à luz do princípio da igualdade de todos, chegaria a ser impeditivo de as partes invocarem em seu favor as regras estatais, e de ordem pública, de limites legais à excussão de seus bens ou de revisão dos contratos, à luz de cláusulas gerais, em tudo e por tudo, tão criadoras de soluções fora do contexto dos contratos (leis privadas) quanto o são as regras que derivam de normas de origem não estatal.

1 Sven Schilf. **Os princípios UNIDROIT, o conceito do direito e a arbitragem internacional**, tradução feita por Amely Dütthorn, Abraham Lincoln Ferreira de Moraes e Nina Côrtes da Veiga em cooperação com o autor, do Capítulo 2 do livro *Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut*, São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil, CAM-CCBC, 2015, p. 167.

2 Carlos Peña Gonzáles. **Sobre los dilemas economicos y eticos de un sistema de responsabilidad civil**, in Alfredo Bullard e Gastón Fernandes (editores). **Derecho civil** patrimonial, Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú, Fondo Editorial 1997, p. 216.

Ou, ao contrário, se as partes poderiam reivindicar dos tribunais estatais a solução encontrada pelos tribunais arbitrais para soluções que não foram pensadas pelos tribunais estatais.

Há tempos os economistas cobram do Judiciário postura capaz de superar os problemas de lentidão e de imprevisibilidade das decisões judiciais. Buscou-se um método que pudesse criar precedentes e gerar previsibilidade das decisões dos juízes.

O método implementado pelo sistema processual brasileiro, de 2015, de concentração nas mãos do STF e do STJ de mecanismos de vinculação dos outros Tribunais e dos juízes aos precedentes encontrados a partir de recursos repetitivos e de outros mecanismos processuais, de certa maneira, atende a essa reivindicação, da visão do mundo jurídico a partir do estudo de uma nova disciplina, denominada de “*Direito e Economia*”.

O curioso disso, entretanto, é que justamente as empresas, que tanto lutaram por uma maior previsibilidade das decisões judiciais estatais, terão a possibilidade – que o público em geral não terá – de ter acesso ao tribunal arbitral para obter a solução que, por comando de vontade, as partes queiram dar a seus particulares casos, fugindo da imposição impertinente do direito brasileiro que porventura venha a ser talhada pelo STF e STJ, a partir dos chamados recursos repetitivos ou outras formas de criação normativa que enseja a produção dos “*temas*”, dos quais derivam as “*teses*” abstratas fixadas pelos tribunais.

Percebe-se um cuidado crescente – e compreensível – com o patrimônio das empresas que litigam, para que a demora, a lentidão e a imprevisibilidade dos julgamentos não se ponham como óbice à vitalidade da vida empresarial.

É importante a preocupação, não se nega.

Mas ela não é a única. A vida privada e o patrimônio das pessoas também fomentam a vida empresarial e a circulação de riquezas e, bem por isso, devem ser cuidados pelo direito com igual desvelo.

A par da discussão – sempre aguda – sobre a constitucionalidade de o Judiciário poder editar normas com força verdadeiramente de *lei*, sem prévia autorização constitucional, pode-se dizer que o sistema do precedente judicial, com os enunciados de soluções e de interpretações jurídicas tomadas aprioristicamente, tem muitas vantagens e numerosos defeitos.

O mais grave deles é o engessamento de soluções: retira-se do processo o que melhor ele revela, de dialética jurídica constante, renovadora da jurisprudência e da vida social, a partir das impressões mais simples e da experiência cotidiana do exercício da judicatura em todos os rincões do país – ou torna-se mais lenta essa renovação, pela rapidez com que são julgados todos os outros casos alcançados pela força da decisão com conteúdo “*vinculante*”.

Para a segurança jurídica que a vida de relações exige, principalmente no que concerne ao resguardo do patrimônio da pessoa, a matéria pode fomentar situações indigestas, de desigualdade legal (uma proteção melhor e mais firme do patrimônio das empresas, em geral, no processo arbitral de grandes causas; um cuidado não tão acurado com o patrimônio da pessoa natural, nas relações triviais da vida jurídica).

O engessamento do pensamento jurídico e, mesmo, do direito brasileiro por consequência do denominado – impropriamente – *direito jurisprudencial* (súmulas vinculantes, precedentes vinculantes oriundos ou não de recursos repetitivos), pode fomentar ainda mais a *escolha* da lei aplicável, possível no procedimento arbitral brasileiro e quiçá nos processos que

tramitam nos tribunais estatais, conforme seja a forma de enfrentar a visão liberal do direito processual civil brasileiro, com a possibilidade da prática, pelas partes, dos denominados negócios jurídicos processuais (CPC 190).

Com isso as partes podem fugir à aplicação da lei, tal qual estatuída nas súmulas vinculantes e precedentes vinculantes e, ainda, escolher o tribunal para a solução de seus litígios.

Isto pode significar que a um só tempo se poderia fugir da aplicação da lei brasileira e do julgamento pelo Poder Judiciário brasileiro: apenas quando convier, submetem-se as partes à lei e ao Judiciário brasileiro. Não é preciso salientar que a hipótese pode significar quebra do *princípio da igualdade* de todos perante a lei, principalmente quanto ao trato de questões patrimoniais, consideradas de solução pautada pela liberdade das partes, sujeitas “à livre composição”.

Poderiam as partes que litigam em processo submetido à jurisdição estatal, à luz do CPC 190, celebrarem, por negócio jurídico, a obrigatoriedade da aplicação da lei, mas sem as amarras que os recursos repetitivos lhe dão? Poderiam postular para o caso de seu interesse patrimonial a aplicação de precedentes da jurisdição arbitral, tomados de lei anacional, ou de normas de origem não estatal?

De qualquer maneira, é sempre bom lembrar o alerta de Clóvis Beviláqua: “também o nosso Código Civil não se arreceia do arbítrio do juiz, dentro dos estreitos limites, em que o chama a revelar o direito, de acordo com os princípios gerais dominantes. A esses princípios gerais, compreendidos com a necessária latitude, não diferem da vossa livre investigação científica, senão porque traçam o círculo dentro do qual tem de se mover a inteligência do julgador”.³

3 Discurso proferido por Clóvis Beviláqua. **Dois discursos sobre um jurista** (1923 - 1955), Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1956, p. 7, em 26.2.1923, em homenagem a Pontes de Miranda.