



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

MARIA CLARA FREITAS DO CARMO

**A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NOS
CONTRATOS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

CARATINGA – MG

2018

MARIA CLARA FREITAS DO CARMO

**A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NOS
CONTRATOS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso I, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Internacional Privado

Orientador: Prof. MSc. Juliana Ervilha Teixeira Pereira

CARATINGA – MG

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso Autonomia da vontade como elemento de conexão do contratos internacionais no âmbito do Direito Internacional privado, elaborado pelo aluno Maria Clara Freitas do Carmo foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga de _____ 20____



Prof. Juliana Ervilha Teixeira Pereira



Prof. Rodolfo de Assis Ferreira



Prof. Humberto Luiz Salustiano Costa Junior

Dedico este trabalho, bem como todas as minhas conquistas acadêmicas e pessoais ao meu pai, Carlos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a esta instituição, seu corpo docente, direção e demais funcionários por proporcionarem um ambiente propício a descobertas e aprendizado muito mais que jurídico – mas humano. À minha orientadora, por toda dedicação à construção deste trabalho. À minha mãe por todo suporte do começo ao fim da graduação. Ao meu pai, mesmo havendo um universo nos separando, ainda sim se faz tão presente em meus pensamentos. A toda minha família, amigos e gata, pela companhia e apoio na caminhada. A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, meu muito obrigada!

RESUMO

A monografia se estrutura através da delimitação dos contratos internacionais e da aplicação do princípio da autonomia da vontade a estes, sob a égide do direito internacional privado brasileiro. Como ponto de partida, tem-se o intenso movimento de globalização que faz eclodir a relevância do tema, visto que cada dia mais é possível observar diversas relações contratuais envolvendo dois ou mais países. A presente pesquisa prossegue com a pesquisa da Lei de Arbitragem e da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, além de estabelecer qual a devida interpretação da norma contida no art. 9º da LINDB objetivando indicar a melhor forma de aplicação do princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão e escolha do direito aplicável nestes negócios jurídicos.

Palavras-chave: Contratos internacionais. Autonomia da vontade. Elemento de conexão.

ABSTRACT

The monography paper is structured through the delimitation of international contracts and the application of the principle of autonomy of the will to these, under the aegis of Brazilian private international law. As a starting point, the intense movement of globalization which does hatch the relevance of the topic, since increasingly it is possible to observe several contracts relations involving two or more countries. The present research is continues to research The Law of Arbitration and of the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, in addition to establish what the proper interpretation of the norm contained in art. 9 of LINDB (Law Introducing the Brazilian Law Norms) aiming to indicate the best way to apply the principle of autonomy of the will as connection element and to choose the applicable law in these legal transactions.

Keywords: International contracts. Autonomy of the will. Connection element.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
1 A APLICAÇÃO DO ARTIGO 9º DA LINDB AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	14
1.1 A natureza jurídica da norma contida no art. 9º da LINDB.....	16
2 A AUTONOMIA DA VONTADE.....	23
2.1 A autonomia da vontade e seus limites.....	23
2.2 A autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro.....	28
2.3 A autonomia da vontade na Lei da arbitragem.....	30
3 OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NO DIREITO COMPARADO E CONVENÇÕES.....	33
3.1 Convenção das Nações Unidas sobre Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980 - Decreto nº 8.237/2014).....	34
3.2 Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais - México, 1994.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema “A autonomia da vontade como elemento de conexão nos contratos internacionais no âmbito do direito internacional privado”, e como objetivo, analisar o contido no artigo 9º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro¹ em consonância com o direito pós-positivista, estudando dentro do âmbito do direito internacional privado² a observação do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais, estabelecendo, assim, parâmetros de aplicação da autonomia da vontade no direito brasileiro.

Nesse escopo, levanta-se como problema de pesquisa a possibilidade do art. 9º da LINDB ter mantido afastada a aplicação da autonomia da vontade como elemento de conexão em contratos internacionais, mesmo que mediante ao silêncio da norma em questão e consoante a positivação do princípio da autonomia da vontade no direito brasileiro presente no art. 5º, II, da CRFB/88, “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.³

Para este trabalho de conclusão de curso serão utilizados além da opinião dos doutrinadores, artigos, estudos e debates encontrados em sites da internet. Trata-se de pesquisa teórico-dogmática, também de natureza transdisciplinar, considerando o uso de diferentes ramos do Direito, especialmente no Direito Internacional Privado.

No presente, tem-se como marco teórico da pesquisa as ideias sustentadas por Valério Mazzuoli, o qual sustenta:

Em suma, pode-se dizer que tanto o direito brasileiro não proíbe a autonomia da vontade das partes quanto à ordem internacional expressamente a admite, o que induz à conclusão única de estar admitida essa autonomia entre nós. Assim sendo, o que se deve atualmente discutir não é a possibilidade de utilizar, ou não, a autonomia da vontade no direito brasileiro, mas quais os limites dessa autorizada autonomia. A regra, nesse campo, é que a autonomia da vontade está autorizada (pois não expressamente proibida) no direito brasileiro, a menos que viole a nossa soberania, ordem pública e bons costumes, bem assim as normas de Direito Internacional Público em vigor no Estado (v.g., tratados e costumes internacionais). Uma escolha contrária a esses limites será juridicamente

¹ Doravante chamada apenas LINDB.

² Doravante chamado apenas DIPr.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

inválida, quando, então, o direito aplicável será o escolhido, subsidiariamente, pela vontade objetiva do legislador.⁴

Com isto, o que se percebe é que a norma contida no diploma supracitado não afasta, em tese, a autonomia da vontade como elemento de conexão. Diante da omissão do artigo 9º da LINDB e, visto que a Constituição Federal em seu artigo 5º, II, aduz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, aliando-se ao fato de que o princípio baseia-se em costume aceito em um numerário grande de países – incluindo o Brasil –, torna-se inteligível que diante da globalização e da participação ativa do Brasil em negócios com elemento internacional, a limitação da autonomia das partes em sede de elemento de conexão voluntária pode ser prejudicial, enquanto que a aplicação da mesma em contratos internacionais respeitados os limites legais não implicaria em malefício e desrespeito à ordem pública. Ressalte-se que a autonomia da vontade não exclui, por si, a aplicabilidade do dispositivo do art. 9º da LINDB, devendo este ser observado quando as partes não se manifestarem sobre o tópico.

Para melhor compreensão da temática, o trabalho será dividido em três capítulos destinados a elidir as questões acerca da aplicação da autonomia da vontade como elemento de conexão em relação a contratos internacionais.

O primeiro capítulo irá tratar da aplicação do artigo 9º da LINDB e direito aplicado aos contratos internacionais através da Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais realizada no México em 1994. O segundo capítulo será reservado para aprofundamento do princípio da autonomia da vontade e na Lei de Arbitragem de 1996. Já o terceiro capítulo tratará do tema no direito comparado.

⁴ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 104.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Atendendo a importância da temática no campo contratual internacional, vislumbra-se como fundamental a análise de alguns conceitos centrais, objetivando, assim, a compreensão do tema.

Com base nas relações humanas modernas e no crescente fluxo de relações internacionais contratuais, vem se tornando fundamental uma percepção atualizada do instituto dos contratos internacionais que não mais se apoie apenas na letra fria da lei (Art. 9º, LINDB) acompanhando, de fato, as demandas dos negócios internacionais envolvendo o Brasil.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a conceituação de “contrato internacional”, da observação dos “elementos de conexão” e o aprofundamento na “autonomia da vontade” centrada como elemento de conexão voluntária.

O conceito comumente dado à palavra contrato dentro do direito é “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.”⁵ O contrato internacional, portanto, é o negócio jurídico pactuado entre as partes, de comum acordo, dotado de elemento de conexão internacional, sendo, seu próprio conceito, a razão pela qual se fundamenta o estudo das conexões e a possibilidade de aplicação de direito diverso do interno.

Para identificar quais são os elementos de conexão internacional que tornam o contrato em um contrato internacional que interesse ao estudo, mister se faz a conceituação do termo e devidas explicações sobre. Primeiramente, têm-se a distinção entre objetos de conexão e elementos de conexão.

O objeto de conexão é a matéria da qual versa a norma, sendo esta bens, obrigações ou outro determinado assunto que esteja ligado a um fator que tenha conexão internacional.⁶ Já o elemento de conexão é o fator que vincula internacionalmente a questão.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado, v. I: parte geral, obrigações e contratos parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 713.

⁶ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93.

[...] são os elos existentes entre as normas de um país e as de outro, capazes de fazer descobrir qual ordem jurídica resolverá a questão (material) sub judice. Em suma, os elementos de conexão são “elementos de localização” do direito aplicável, isto é, aqueles que se tomam em consideração para determinar a lei aplicável. Sua determinação é dada pelas normas de DIPr de cada país, dependendo o seu estabelecimento das tradições (costumes) e da política legislativa de cada qual.⁷

Não obstante, a nova LINDB de 1946 adotou o método conflitual como regra geral para o DIPr, assim como o Código Civil de 1916.

Existem diversas espécies de elementos de conexão, variando de Estado para Estado. As conexões podem ser pessoais, reais, formais ou voluntárias, sendo menos ou mais utilizadas de acordo com o costume e a legislação de cada Estado.

Os elementos de conexão pessoais são aqueles que se associam à pessoa, quais sejam, a nacionalidade, o domicílio, a residência, a origem e a religião, sendo os mais utilizados em países da América Latina – incluindo o Brasil - o domicílio, bem como a residência que se sustenta como um elemento subsidiário.⁸

As conexões reais ou territoriais são associadas às coisas, relacionando-se à propriedade, bens móveis e imóveis. A conexão mais adotada no mundo quanto aos bens imóveis é a *lex rei sitae* (ou *lex situs*) em que o foro competente é aquele onde o bem está situado, podendo ser exprimido tal significado a partir do art. 8º da LINDB: “Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.”⁹

Entrementes, as ditas conexões formais vinculam o ato jurídico a determinado sistema normativo, sendo “relativas aos atos jurídicos em geral, tais como lugar de sua celebração (*lex loci celebrationis*), o lugar de sua execução (*lex loci executionis*) e o lugar de sua constituição (*lex loci constitutionis*).”¹⁰ Sendo assim, o local em que se celebra, executa ou constitui-se o ato será o local de onde virá a normativa jurídica que o regerá. O artigo 9º da LINDB trata em seu caput da conexão pelo local da constituição, enquanto que o parágrafo 1º trata da conexão pelo local da

⁷ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 94-95.

⁸ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 95.

⁹ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 95.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 95.

execução.¹¹ Se não, vejamos:

Art. 9º 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.¹²

Por fim, as conexões voluntárias são aquelas que, como o próprio termo indica, levam em conta a vontade das partes, podendo resolver os conflitos através da livre escolha da lei a ser aplicada, ou seja, a partir da autonomia da vontade das partes.

No Brasil, a dúvida está em saber se a autonomia da vontade das partes encontra autorização no nosso direito interno. [...] conquanto não expressamente prevista na legislação brasileira atual, a autonomia da vontade das partes é elemento de conexão costumeiro, de há muito reconhecido entre nós; é elemento conectivo válido e autorizado pela nossa ordem jurídica.¹³

A definição do que é autonomia da vontade se faz imprescindível para este trabalho monográfico ao passo em que a aplicação ou não do princípio aos contratos internacionais encabeça o problema a ser estudado.

A autonomia da vontade, como princípio do direito privado, é o direito do agente de praticar um ato jurídico de maneira a escolher como isso será feito e quais os efeitos serão aplicados.¹⁴

E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, psicológica (1º), autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas (2º).¹⁵

¹¹ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 95-96.

¹² BRASIL, 1946.

¹³ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 96.

¹⁴ NETO, Francisco Dos Santos Amaral. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional*. In: Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 207-230, p. 218. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em 23 abr. 2018.

¹⁵ NETO, Francisco Dos Santos Amaral. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional*. In: Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102,

Com isto, delinea-se a autonomia da vontade não apenas como princípio fundamentado na constituinte, mas, também, como o elemento de conexão voluntária a ser aplicado em hipótese de contrato internacional em que se estabeleça o mesmo.

1 A APLICAÇÃO DO ARTIGO 9º DA LINDB AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Encontra-se em vigor no ordenamento jurídico brasileiro o Decreto Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, conhecido como Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (anteriormente Lei de Introdução ao Código Civil¹⁶), aplicável a todas as normas do direito brasileiro. Ademais, a grande maioria das normas relacionadas a leis estrangeiras se encontra no corpo da LINDB.

A maioria das normas (não todas) do DIPr brasileiro encontra-se na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010). A LINDB tem aplicação, como o próprio nome indica, a todas as normas do direito brasileiro, orientação seguida mesmo à égide da denominação anterior (LICC – Lei de Introdução do Código Civil). É nela que se encontra o núcleo básico do sistema brasileiro de aplicação das leis estrangeiras (arts. 7º a 19).¹⁷

A LINDB possui normas que indicam qual norma será aplicada quando nos depararmos com uma situação jurídica onde estejam presentes mais de um ordenamento jurídico, utilizando regras de conexão existentes na lei por meio das quais será possível identificar os elementos de conexão que serão utilizados como critério na determinação da lei aplicável.

Por meio das normas elencadas na LINDB será possível a aplicação do direito estrangeiro (quando esse for o indicado) perante a Justiça brasileira. Tal excepciona a regra de que apenas as leis nacionais devem ser aplicadas no Brasil, pois, como se vê, poderá uma norma estrangeira ser aqui igualmente aplicada e surtir todos os seus efeitos, salvo se violar a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes.¹⁸

O art. 9º da LINDB se refere a Direito Interespacial, pois trata da definição de critérios para a resolução de conflitos no espaço entre as normas indicativas de DIPr nacionais (*lex fori*) e a lei estrangeira, definindo o critério para escolha da lei aplicável, ou o elemento de conexão, aos contratos em que se faça presente o elemento internacional. O texto legal dispõe *in verbis*:

¹⁶ Doravante chamada apenas LICC.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 43.

¹⁸ MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 43-44.

Art. 9º 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.

Como anteriormente explanado nas considerações conceituais deste trabalho monográfico, o que se infere do caput da norma supracitada¹⁹ é que o elemento de conexão que define a lei aplicável ao contrato internacional é o local em que se constitui a obrigação (*locus regit actum*), aplicando, portanto, a lei do local onde se praticou o ato de contratar.

Já o §1º, também tratado nas considerações conceituais, se refere à execução das obrigações em território brasileiro²⁰. O que é regulado no dispositivo é uma obrigação que, apesar de contraída no exterior, será executada no Brasil, ocasião em que a lei brasileira deverá ser observada e, cumprida suas exigências, se levará em conta a lei estrangeira. Contudo, se reforça que a execução propriamente dita que ocorrerá em território brasileiro seguirá a forma específica exigida pela brasileira, desta feita, respeitando a ordem pública. Como exemplo de situações onde a lei se pauta explicitamente pelo respeito à ordem pública, podemos citar a exigência legal de que a venda de um imóvel seja feita por meio de escritura pública, especificando que a transferência da propriedade somente se dará com o registro em Cartório de Registro de Imóveis da respectiva escritura pública.

Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito às partes contratantes disporem de maneira diversa. Assim, por exemplo, ninguém poderá, salvo casos especiais previstos em lei, efetuar a compra e venda de um imóvel com dispensa de escritura pública. A lei exige, em casos tais, a escritura pública, e, além disso, especifica que a transferência da propriedade somente se efetiva quando levado a registro público o respectivo título, para a devida transcrição. [...]²¹

¹⁹ Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. LINDB, 1942, art. 9º.

²⁰ 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. LINDB, 1942, art. 9º.

²¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

Adiante, o parágrafo 2º²² apenas estabelece que firmando contrato duas ou mais partes ausentes que não se encontram no mesmo território, ou seja, não são regidos pelo mesmo ordenamento jurídico, será considerado como local de constituição da obrigação o local de residência do contratante para definir a lei aplicável.

No momento presente, se faz necessária a análise da natureza jurídica desta norma para que seja possível debater sua aplicabilidade.

1.1 A natureza jurídica da norma contida no art. 9º da LINDB

Com as devidas considerações ao artigo em comento, questiona-se a natureza jurídica da norma contida no art. 9º da LINDB. Como se verá adiante, grande parte da doutrina a classifica como uma norma cogente, também conhecida como norma de ordem pública, classificada desta forma dentro do espectro da imperatividade da norma. Entretanto, adiante também será possível observar o posicionamento pelo caráter supletivo da dita norma, mas antes, se faz necessária explicações acerca do que seria uma norma de ordem pública.

Uma norma de ordem pública ou cogente é uma norma de aplicação imperativa, ou seja, é aplicada independente da vontade das partes. Difere das normas facultativas e supletivas, estas que, respectivamente, permitem que as partes escolham entre dois ou mais critérios para reger seus atos ou em casos em que não exista manifestação de vontade das partes, ou que exista com deficiência ou nulidade, permitindo disposição facultativa. Na explicação de Thaís Cíntia Cárnio:

Ao ser enfrentado o tema da autonomia da vontade nos contratos, é preciso salientar que há três espécies de disposições aplicáveis às relações contratuais: as imperativas, as facultativas e as supletivas.

São consideradas disposições imperativas aquelas que contêm critérios que necessariamente serão utilizados e aplicados na apreciação jurídica do ato, independentemente de quaisquer inferências volitivas das partes envolvidas na relação. As facultativas permitem aos particulares escolher entre dois ou mais critérios de apreciação de seus atos. Trata-se de uma possibilidade de escolha, não havendo a obrigatoriedade intrínseca às imperativas. Finalmente, as disposições supletivas referem-se à imposição de determinado critério para o caso de ser deficiente, nula ou inexistente a manifestação de vontade das partes, permitida por disposição facultativa.²³

²² A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. LINDB, 1942, art. 9º.

²³ CÁRNIO, Thaís Cíntia. *Contratos internacionais: teoria e prática*. Ed. 1. São Paulo: Atlas, 2009, p.

Para Beat Walter Rechsteiner:

A reserva da ordem pública é uma cláusula de exceção que se propõe a corrigir a aplicação do direito estrangeiro, quando este leva, no caso concreto, a um resultado incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica interna.²⁴

Em suas Lições Preliminares de Direito, Miguel Reale adverte que as regras jurídicas cogentes ou de ordem pública não se confundem com as regras de Direito Público que regem as relações sociais e tem como pressuposto a prevalência do interesse coletivo. Vejamos:

O primeiro tipo de regras jurídicas que nos cumpre estudar são as chamadas regras jurídicas cogentes ou de ordem pública. A expressão de ordem pública tem trazido, infelizmente, várias confusões. O emprego do adjetivo “pública” leva, às vezes, alguns espíritos a confundir essas regras com as de Direito Público, que é aquele que rege as relações sociais em que, de maneira imediata, prevalece o interesse da coletividade. Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados.²⁵

Mesmo que se estivesse diante da imperatividade presente na norma contida no art. 9º da LINDB (e não de uma norma de caráter supletivo) – posicionamento que é sustentado pela maior parte da doutrina brasileira, considerando que a determinação da lei aplicável é matéria impossível de ser derogada pela vontade das partes, a doutrina que vai na contramão abre questionamentos acerca da possibilidade ou não de que se afaste o art. 9º da LINDB em nome da aplicação do princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão ao contrato internacional.

Para Nádia de Araújo, a supressão da expressão “salvo estipulação em contrário” presente no antigo art. 13 da até então LICC acarretou a proibição da

25.

²⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 197.

²⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130-131.

autonomia da vontade, mesmo se manifestando favorável ao princípio e uma mudança que permitisse sua aplicação. Acompanham o pensamento de que houve uma supressão da autonomia da vontade encontram-se Oscar Tenório e Serpa Lopes. Contrariamente, Haroldo Valladão entende que a ausência de referência do art. 9º não significou a sua supressão²⁶, assim como Jacob Dolinger, crítico da posição atual da doutrina brasileira.

Dolinger, em atentado estudo sobre essa posição atual da doutrina brasileira, critica-a, adotando a visão de Valladão, para quem a reforma de 1942 da LICC (eliminando-se a expressão “salvo estipulação em contrário”) não impediria, ainda assim, o respeito à autonomia da vontade na escolha da lei para reger um contrato. Para Dolinger, “o art. 9º da LICC [hoje LINDB] não impõe qualquer óbice à escolha de outra lei que a *lex contractus*.” Digno de nota é o repúdio de Dolinger à eventual utilização do conceito de ordem pública como óbice à escolha da lei pelas partes, uma vez que cercear a autonomia da vontade das partes com fundamento na ordem pública seria antecipar um problema, que só existirá – eventualmente – no momento da execução do contrato, onde a ordem pública de um país pode impedir que uma lei de outro país (escolhida livremente pelas partes) possa ser aplicada por ser incompatível com o sistema jurídico da jurisdição.²⁷

No mesmo sentido, Valério Mazzuoli sustenta que a autonomia da vontade como elemento de conexão não somente não é proibido, como é legitimamente autorizado e se encontra em consonância com o princípio da autonomia da vontade positivado na Constituição Federal de 1988.

Quanto a essa discussão, mesmo que se considere a impossibilidade da aplicação da autonomia da vontade visto a possível imperatividade da norma em questão, não se pode ignorar que o Brasil encontra-se posicionado entre as grandes economias do mundo. Estando integrado em uma sociedade globalizada, imperiosa é a interpretação do art. 9º da LINDB de forma condizente ao restante do ordenamento jurídico brasileiro e com a sociedade atual.

O tempo ao qual as normas da LINDB foram instituídas era outro. Havia as sombras do período obscuro que o país entrava, uma realidade muito diferente do prisma econômico e social que visualizaríamos posteriormente a promulgação da Constituinte de 1988. “Esse ambiente de modernização conservadora do Brasil

²⁶ ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 388-389

²⁷ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 2768.

gerou impacto no ordenamento jurídico, e um dos alvos foi justamente a parte introdutória do Código Civil.”²⁸ A interpretação meramente legalista da norma não traz benefícios às partes e nem as relações econômicas do país.

Em seu livro de comentários à LINDB, André de Carvalho Ramos e Erik Frederico Gramstrup discorrem sobre o contexto histórico do momento de criação da então LICC. O processo de revisão do ordenamento jurídico brasileiro que atendesse as demandas de um novo Brasil industrial foi iniciado na década de 30, com a queda da República Velha e foi arrastado pelo período do governo Vargas (1930-1945).²⁹

Para tanto, foi criada, por intermédio do Decreto n. 19.959, de 6 de dezembro de 1930, uma Comissão Legislativa para elaborar anteprojetos que renovassem totalmente o Direito brasileiro. O Ministro da Justiça, Oswaldo Aranha, foi feito presidente da Comissão, sendo a 1ª Subcomissão juntamente a encarregada da revisão do Código Civil. Foram nomeados Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola e Alfredo Bernardes da Silva, e, no que tange ao Direito Internacional Privado, Eduardo Espínola foi o encarregado de fazer a revisão da parte introdutória do Código Civil.³⁰

O anteprojeto de Lei de Introdução do Código Civil foi posto de lado pelo Governo Vargas havendo posterior publicação de justificativa por Espínola e seu filho, em 1939. No mesmo ano, houve nova designação de Comissão para elaboração do projeto, tendo por convidados os juristas Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães. O que foi aproveitado desse projeto (a proposta de reforma da lei de introdução ao código civil) foi publicado por meio do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.³¹

Para Valladolid, a promulgação da LICC foi feita de modo apressado, tendo como razão imediata à entrada do Brasil na 2ª Guerra Mundial, ocorrida poucos dias antes, em 22 de agosto de 1942. A motivação da sua edição teria sido substituir a regra da lei da nacionalidade da antiga introdução ao Código Civil de 1916 pela da lei do domicílio, para não se aplicar o Direito estrangeiro aos nacionais do Eixo, da Alemanha e da Itália (agora súditos inimigos), que eram aqui domiciliados em virtude da forte imigração nas décadas anteriores.

²⁸ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 1875.

²⁹ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 1853-1854.

³⁰ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 1854.

³¹ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 1869.

Foi criticada a falta de debate e secretismo envolvendo a lei (“obra legislativa clandestina”, para Valladão), uma vez que a Comissão só realizou uma única reunião oficial, em 1940, na qual constou que outras reuniões anteriores teriam sido realizadas, tendo sido elaborado o projeto de lei de introdução já em 1939.³²

Com os anos, após a promulgação da LICC, houve tentativas de atualização e até mesmo sistematização das normas de DIPr, infelizmente fracassadas. Entre essas tentativas, se destacaram o anteprojeto original de Haroldo Valladão, datado de 1964, que levava o nome de Lei Geral de aplicação e Normas Jurídicas; houve, também, o projeto de lei n. 4.905 de 1995.

No primeiro caso, o anteprojeto Valladão era completo e visava à substituição de uma “Lei de Introdução ao Código Civil” para tratar do DIPr. O anteprojeto ambicionava a aprovação de uma “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”, pois, segundo Valladão, a denominação “Lei de Introdução ao Código Civil” era inapropriada, vez que tal diploma se refere ao direito pátrio como um todo e não apenas ao Código que introduz. Possuía 91 artigos e não se restringia à regulação da aplicação espacial da lei de direito privado, abrangendo, também, relações de trabalho, direito marítimo e aéreo, direitos de autor, direito cambial e de propriedade intelectual, jurisdição e cooperação jurídica internacional. Seu art. 16 era emblemático e previa um novo Direito Internacional Privado de objeto amplo muito além de uma introdução ao Código Civil: “aplicam-se, de forma direta ou indireta, normas de direito brasileiro no exterior e de direito estrangeiro no Brasil com o fim de assegurar a continuidade espacial da vida jurídica das pessoas, em virtude de regras de direito internacional privado (...)”. Em 1970, o anteprojeto foi ligeiramente alterado pela Comissão Revisora, formada por Luiz Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, pelos Professores Oscar Tenório e Valladão, recebendo a denominação de “Código de Aplicação das Normas Jurídicas” e passando a conter 93 artigos. Foi introduzido, por sugestão de Oscar Tenório, dispositivo de coordenação com os tratados de DIPr, pelo qual “os preceitos dos artigos anteriores aplicam-se, no que couber, sem prejuízo de convenções internacionais ratificadas pelo Brasil”.³³

Com o esquecimento do projeto de Valladão, em 1994 foi feita outra tentativa de modernização da LICC por comissão formada pelos professores Limongi França, Grandino Rodas (Universidade de São Paulo), Inocêncio Mártires Coelho (Universidade de Brasília) e Jacob Dolinger (Universidade Estadual do Rio de Janeiro). O Projeto de Lei n. 4.905/06 possuía 25 artigos, uma pequena diferença em relação a então LICC (hoje LINDB), enquanto que, com relação ao anteprojeto

³² RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 1863.

³³ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 1920.

de Valladão, “o projeto era sensivelmente menos ambicioso”.³⁴

Buscava, antes de mais nada, em um contexto de reformas do Governo Fernando Henrique Cardoso, o reforço da autonomia da vontade, em uma visão de estímulo à segurança jurídica de investidores estrangeiros. Ponto positivo foi a introdução, no Capítulo III (“Direito Internacional Privado”), de uma seção específica para “Cooperação Jurídica Internacional”, apesar de limitada as duas espécies tradicionais (carta rogatória e ação de homologação de sentença estrangeira). Também esse projeto não foi aprovado. Finalmente, o Projeto de Lei do Senado Federal n. 269, apresentado em 2004, pelo Senador Pedro Simon, consistia em reapresentação do Projeto de Lei n. 4.905/ 95, com alterações pontuais, tendo sido já arquivado.³⁵

Quanto ao projeto de Valladão, este se destacava também, pela defesa da autonomia da vontade. Em seu art. 51 incluiu que a substância e os efeitos das obrigações oriundas de declaração de vontade regem-se, salvo estipulação em contrário, pela lei do local em que forem contraídas. A inclusão expressa da expressão “salvo estipulação em contrário” garantiria a permissão da autonomia da vontade em todos os casos em que esta não fosse considerada abuso de direito ou ofensiva à ordem pública.³⁶

A supressão da expressão “salvo estipulação em contrário” foi desejo expresso da ditadura de Vargas. O intervencionismo econômico – capitaneado pelo Estado – era tido como essencial para superar o estágio agroexportador da economia brasileira. Via-se com desconfiança os atores econômicos internacionais, cujo peso maior fatalmente faria que a escolha livre da lei de um contrato lhes fosse benéfica.³⁷

O anteprojeto de Valladão, assim como seu sucessor, também vinha em um esforço de afirmar a segurança jurídica dos atores internacionais para a proteção de possíveis investimentos. A inclusão expressa da autonomia por meio da expressão “salvo estipulação em contrário” servia, também, para se afastar das nódoas do intervencionismo econômico de um governo autoritário.

A partir desse histórico, nos resta a questão: a regra de conexão que

³⁴ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 1924-1926.

³⁵ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 1938.

³⁶ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 2727..

³⁷ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 2732.

determina a lei aplicável aos contratos internacionais pode ser derogada ou se trata, de fato, de norma imperativa, não passível de ser afastada? Neste giro, trazemos a questão levantada por André de Carvalho e Erik F. Gramstrup em seus comentários a LINDB: “Qual é o papel da autonomia da vontade nos contratos no momento atual do DIPr?”³⁸

³⁸ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 2738.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE

2.1 A autonomia da vontade e seus limites

O que dá ensejo aos negócios e contratos é a vontade das partes em negociar, refletindo o princípio positivado da autonomia da vontade nas relações privadas.

A autonomia da vontade e seu desenvolvimento no âmbito do direito internacional privado é atribuído ao jurista francês Charles Dumoulin, no século XVI – época em que o direito francês ainda não havia sido codificado nacionalmente e divergia-se no tratamento das leis das inúmeras províncias, em uma situação semelhante à das cidades italianas com seus estatutos em que essas leis divergentes eram tratadas como direito estrangeiro mesmo vigendo dentro do território de um mesmo país.³⁹

Dumoulin, considerado um continuador das doutrinas estatutárias italianas, distingue-se daquela escola por suas ideias sobre a escolha pelas partes de uma lei para os contratos internacionais e para os regimes patrimoniais.⁴⁰

Desde então os contratos internacionais passaram por evoluções até se assemelharem ao que conhecemos hoje, trazendo consigo o desenvolvimento contínuo do instituto da autonomia da vontade e, por que não, sua ascensão. A imagem dos contratos mais atual que temos só se deu quando da revolução do transporte marítimo a vapor que impactou o mercado de trocas, desatrelando a figura do transportador e do comerciante que eram uma só pessoa, separando as atividades, tornando não mais o transporte da mercadoria em internacional, mas o contrato em si, chegando a relação direta entre vendedores e compradores e a contratação por correspondência entre ausentes.⁴¹

[...] Nesse momento, as questões de DIPr passaram a ser sobre fatos que ocorriam na entrega da mercadoria, na definição da responsabilidade de

³⁹ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.391.

⁴⁰ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.391.

⁴¹ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.392.

cada parte. [...] Hoje, o lugar da contratação, ao invés de representar um local que designa a parte com maior poder de barganha pode ser totalmente aleatória, dada a facilidade de locomoção dos comerciantes e das informações. Não é necessário comparecer, negociar e assinar um contrato em determinado lugar para definir a lei aplicável. Daí a maior importância das escolhas das partes, da lei que regerá suas relações jurídicas, bem como do local em que um litígio será julgado. Alia-se a essas duas manifestações da autonomia da vontade, a possibilidade de fugir inteiramente de um juiz nacional e escolher a arbitragem, na qual a liberdade das partes inclui a escolha não só da lei aplicável, como das normas processuais.⁴²

Posto isto, o contrato representa, portanto, a própria autonomia da vontade das partes, sendo o instrumento que viabiliza, de fato, a liberdade que se expressa do termo autonomia. As partes são livres para contratar dentro dos parâmetros da lei e observados seus requisitos, podendo sempre optar por não contratar, incidindo diretamente no que se chama liberdade de contratar. As partes também são livres no que tange a determinação do conteúdo do contrato, constituindo a liberdade contratual.

No estudo do Direito Internacional Privado, a autonomia da vontade significa que as partes podem escolher a lei aplicada ao contrato internacional, mas tão somente ao contrato internacional, não sendo possível que se vislumbre a aplicação do princípio como elemento de conexão em contratos internos.

O princípio da autonomia da vontade das partes não é, porém, fonte de direito original, desvinculada da ordem jurídica estatal. [...] pois é sempre a *lex fori* de cada país que decide se admite a autonomia da vontade das partes como elemento de conexão.⁴³

Essa é uma diferença significativa entre os dois tipos de contrato, pois, em contratos internos apenas a lei interna pode resolver controvérsias existentes na relação contratual.⁴⁴

A autonomia da vontade das partes no direito internacional privado distingue-se, fundamentalmente, da autonomia que o direito substantivo ou

⁴² ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 392.

⁴³ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 174.

⁴⁴ COSTA, Emiliano Humberto Della. *O processo de execução dos contratos internacionais*. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2005, p. 19. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_bb55ca97002b2cf6f873dbd68d3e4eea>. Acesso em: 12 de set. de 2018.

material interno de um Estado lhes concede. A primeira (autonomia da vontade das partes) tolera nos seus limites, inclusive, a derrogação de normas cogentes da última (direito substantivo ou material interno), desde que a relação jurídica tenha uma conexão internacional. A lei suíça, p. ex., estabelece, no art. 182, alínea 2, do seu Código Civil, que os nubentes ou os cônjuges estão autorizados a escolher, revogar ou modificar o seu regime de bens tão somente dentro dos limites da lei; isto é, a lei permite apenas a adoção de um regime conhecido pela lei suíça. O art. 52, alínea 1, da lei federal de direito internacional privado, de 18 de dezembro de 1987, por seu turno, estabelece o princípio de que aos cônjuges é facultado escolher o direito aplicável concernente ao regime de bens. Vale dizer que os cônjuges podem escolher um regime desconhecido no direito suíço quando a relação jurídica entre eles for internacional, no sentido da lei. O exemplo demonstra, com clareza, que mediante a escolha do direito aplicável, pode-se derogar o direito substantivo ou material cogente interno, embora sempre nos limites traçados pela *lex fori*.⁴⁵

Neste sentido, o princípio da autonomia da vontade também asseguraria que as partes pudessem escolher mais de uma lei aplicável ao contrato. Segundo Nádia de Araújo, a lei do local da celebração resolve tudo que disser respeito à substância e aos efeitos do contrato, contudo, haveria ainda a possibilidade da aplicação de mais de uma lei ao mesmo contrato às questões correlatas.⁴⁶ Essa faculdade de escolha ganhou o nome de *dépeçage*, ou fracionamento, que como o próprio nome nos remete, é uma espécie de fracionamento do contrato em partes e cada uma, mediante acordo dos contratantes, poderia ser submetida a diferentes legislações.

A utilização desse mecanismo pode se dar de duas formas. Vejamos:

O *dépeçage* pode ocorrer em duas hipóteses. Na primeira, pelo sistema de Direito Internacional Privado, pois a substância pode ser regida por uma lei, enquanto, por exemplo, a capacidade das partes por outra. Já na segunda hipótese, o *dépeçage* decorre da própria autonomia das partes que têm a faculdade de determinar mais de uma lei aplicável ao contrato. Neste caso, temos uma bi-partição do conceito da autonomia da vontade, pois além de escolher a lei para o contrato, poderão as partes, fazer mais de uma escolha em virtude de necessidades de mais de um ordenamento jurídico a ser aplicado.⁴⁷

Esse fracionamento é necessário para que as demandas complexas dos tempos modernos sejam atendidas, visto que esses contratos sempre estarão ligados a mais de um ordenamento jurídico. Para os que aceitam a pluralidade

⁴⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 175.

⁴⁶ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 398.

⁴⁷ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 398.

regencial (mais de um ordenamento jurídico regendo uma relação), dépeçage pode se desdobrar em questões relativas a “(i) capacidade da pessoa física ou jurídica; (ii) aos aspectos extrínsecos ou formais; (iii) aos aspectos intrínsecos ou de fundo”⁴⁸

Não bastando, fatores como a eleição de foro e as demais limitações à autonomia da vontade, como à ordem pública, devem ser levadas em consideração. Mormente, cumpre lembrar que cláusulas de eleição de foro e cláusulas de lei aplicável são distintas. “A primeira elege o local que o contrato será discutido em caso de controvérsia e a segunda, qual será a legislação aplicável, independente, do local.”⁴⁹

Mesmo sendo um princípio reconhecido internacionalmente, encontra limitações. Três limitações se fazem presentes – a lei imperativa, fraude à lei e a ordem pública.

Mesmo que seja aplicado o princípio da autonomia da vontade, com as partes podendo escolher a lei aplicável e elegerem o foro para a solução de um eventual conflito no contrato internacional, esta escolha possui limites que não podem ser ignorados. As partes devem obedecer os preceitos de ordem pública e os imperativos da lei aplicável ao contrato, principalmente, pela legislação do local onde será solucionada eventual controvérsia (eleição de foro) e, bem como, onde poderá vir a se realizar um processo de execução forçada deste contrato.⁵⁰

Sabe-se que os elementos de conexão são o meio para que se determine a lei aplicável no negócio jurídico internacional. Com isto, a fraude à lei se dá quando a parte modifica o elemento de conexão e aplica o que mais lhe convém, agindo com abuso de direito e ofendendo a ordem pública. Essa limitação, contudo, é controvertida. Para aqueles que defendem a fraude à lei como limite a autonomia da vontade, esta ocorre quando as partes escolhem legislação totalmente aleatória ao negócio e quando aplicam a lei estrangeira a um contrato de competência interna. Para aqueles que entendem que a fraude a lei não é uma limitação, se dá pela razão

⁴⁸ ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 398.

⁴⁹ COSTA, Emiliano Humberto Della. *O processo de execução dos contratos internacionais*. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2005, p. 21. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_bb55ca97002b2cf6f873dbd68d3e4eea>. Acesso em: 12 de set. de 2018.

⁵⁰ COSTA, Emiliano Humberto Della. *O processo de execução dos contratos internacionais*. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2005, p. 23. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_bb55ca97002b2cf6f873dbd68d3e4eea>. Acesso em: 12 de set. de 2018.

de que as partes poderem optar de comum acordo ao direito aplicado a relação é a própria autonomia na busca do melhor interesse para as partes, sem nenhuma intenção de fraudar a lei.⁵¹

As normas imperativas são leis que possuem aplicação direta, e por não poderem ser afastadas pelos contratantes seriam um limite à autonomia da vontade. Grande parte da doutrina se posiciona no sentido da autonomia da vontade apenas ser aplicada (na possibilidade dela ser reconhecida) quando se tratar de normas facultativas e supletivas. Sobre a regência das normas imperativas, cumpre refletir que a autonomia da vontade, *in casu*, é aplicada na formação do contrato, portanto, a lei que as partes conveniarem a ser aplicável, será a lei imperativa que não poderá ser afastada.

Assim, normas imperativas não restringem a aplicação da autonomia da vontade, pois somente irão influir no contrato após a escolha da lei aplicável a este. As regras imperativas da lei escolhida é que determinarão a validade ou não das cláusulas contratuais.⁵²

A ordem pública, como limite, se dá quando a escolha das partes leva a uma lei que contenha dispositivos não aceitos pela lei do foro, sendo até mesmo contrários a disposições de caráter imperativo.⁵³

Isso significa que, as normas de direito público sendo imperativas ou cogentes, não podem ser suprimidas pela vontade das partes se o ordenamento jurídico escolhido contiver normas absolutamente incompatíveis com as normas internas principiológicas da ordem jurídica do foro. A partir disso, poderia se dizer que a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável ao contrato só não poderia

⁵¹ GOMES, Josiane Araújo. *O princípio da autonomia da vontade e a cláusula hardship nos contratos internacionais comerciais, principalmente no âmbito do MERCOSUL*. Pesquisa resultante do Programa de Bolsa Institucional de Iniciação Científica (CNPq/UFU) – Projeto nº F-007/2008, p. 7. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/download/4374/11853>>. Acesso em: 10 de set. de 2018.

⁵² GOMES, Josiane Araújo. *O princípio da autonomia da vontade e a cláusula hardship nos contratos internacionais comerciais, principalmente no âmbito do MERCOSUL*. Pesquisa resultante do Programa de Bolsa Institucional de Iniciação Científica (CNPq/UFU) – Projeto nº F-007/2008, p. 7. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/download/4374/11853>>. Acesso em: 10 de set. de 2018.

⁵³ COSTA, Emiliano Humberto Della. *O processo de execução dos contratos internacionais*. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2005, p. 22. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_bb55ca97002b2cf6f873dbd68d3e4eea>. Acesso em: 12 de set. de 2018.

entrar em conflito com os fundamentos principiológicos próprios do Estado de Direito, como a dignidade da pessoa humana e a soberania, mas não necessariamente deveria ter previsão expressa no ordenamento jurídico de onde se deseja aplicá-la, *in casu*, no Brasil, visto que a autonomia da vontade em si é princípio reconhecido e importantíssimo do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 A autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro

No Brasil, o elemento de conexão que rege as obrigações contratuais internacionais é o lugar da constituição do contrato (*lex loci constitutionis*) e, admitidas as peculiaridades da lei internacional nos contratos executados no Brasil, o lugar da execução (*lex loci executionis*) segundo o art. 9º da LINDB.

Em relação à admissão da autonomia da vontade das partes como elemento de conexão, a norma contida no referido artigo é considerada omissa, conseqüentemente, os posicionamentos doutrinários são divididos quanto à admissão ou não da escolha do direito aplicável pelas partes.⁵⁴

Como analisado em capítulo próprio (capítulo 1, LINDB), a autonomia da vontade como elemento de conexão em contratos internacionais já foi admitida no Brasil, especificamente na Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, graças à expressão “salvo disposição em contrário” prevista no art. 13. O próprio autor do dispositivo, Clóvis Beviláqua, havia se mostrado favorável ao princípio, contudo, declinou tê-lo adotado “[...] sendo que esclareceu que, em conseqüência do dépeçage, a vontade das partes quanto a lei aplicável somente podia ser exercida com relação à substância e aos efeitos do ato.”⁵⁵ Desse modo, estava prevista a lei contratual do local da constituição do contrato, ressalvada disposição em contrário (vontade autônoma das partes em escolher o direito) ou quando a lei escolhida fosse ofensiva ao direito nacional dos contratantes ou à ordem pública.⁵⁶

⁵⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 180-181.

⁵⁵ COSTA, Emiliano Humberto Della. *O processo de execução dos contratos internacionais*. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2005, p. 24. Disponível em: <http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/P_PR_bb55ca97002b2cf6f873dbd68d3e4eea>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

⁵⁶ COSTA, Emiliano Humberto Della. *O processo de execução dos contratos internacionais*.

Mesmo com o posicionamento favorável de Beviláqua, muitos doutrinadores se posicionaram contra a aplicação do princípio.

Com a mudança da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, a expressão “salvo estipulação em contrário” foi retirada do texto, impulsionando a discussão sobre a exclusão ou não do princípio, e acerca da aplicação ou não do princípio no que diz respeito às normas relativas à substância dos contratos internacionais e seus efeitos.

A polêmica perdurou, pois enquanto muitos acharam que isso significara a vontade do legislador em eliminá-la, outros entenderam que a simples supressão da expressão não poderia eliminar um princípio jurídico anteriormente aceito.⁵⁷

Ocorre que, na prática, existem contratos envolvendo empresas brasileiras que contém cláusula expressa escolhendo o direito aplicável. “A adoção dessa cláusula no contrato, aliás, está largamente divulgada no comércio internacional.”⁵⁸ O que se percebe é que apesar da divergência doutrinária, o princípio não somente é tendência internacionalmente como, por consequência dos negócios envolvendo o Brasil, dentro do próprio direito brasileiro como bem explica Valério Mazzuoli:

Tal demonstra que é tendência do direito brasileiro admitir a autonomia da vontade das partes como elemento conectivo válido, ainda que, por mero lapso, dela não tenha expressamente versado o art. 9º da LINDB, o que, contudo, repita-se, não a desautoriza entre nós. Como já destacou o STF, em Acórdão da lavra do Min. Philadelpho Azevedo, princípios básicos de nosso direito não podem desaparecer por “sua simples omissão num código ou numa lei”. Como se não bastasse, a Constituição Federal de 1988 determina, no art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, regra essa mantida de há muito na tradição constitucional brasileira, a qual, em conexão com o art. 9º, caput, da LINDB, não abre a menor dúvida sobre a permissibilidade da autonomia da vontade no direito pátrio.⁵⁹

O assunto não foi pacificado entre os doutrinadores. Mesmo diante da

Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2005, p. 24. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_bb55ca97002b2cf6f873dbd68d3e4eea>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

⁵⁷ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 395.

⁵⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 181.

⁵⁹ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 475.

aceitação a nível global, o princípio da autonomia da vontade ainda encontra diversos obstáculos em seu enfrentamento no ordenamento pátrio.

A polêmica, então, sobre os limites da autonomia da vontade no campo das obrigações no DIPr envolve o debate sobre a liberdade e igualdade formais das partes em contraponto à intervenção do Estado para combater as assimetrias reais de poder entre os agentes privados.⁶⁰

O que não se pode deixar de observar é que o Direito Internacional Privado moderno é pautado através das lentes dos direitos humanos, e a autonomia da vontade é a faceta contratual do direito à liberdade.

2.3 A autonomia da vontade na lei da arbitragem

A Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem trata de uma forma de solução de conflitos que versem sobre direitos disponíveis. Nesse modelo de heterocomposição as partes podem escolher um terceiro de confiança que solucionará o conflito, impondo essa decisão independentemente da vontade das partes.⁶¹

A referida lei teve sua constitucionalidade arguida incidentalmente, conforme o informativo 254 do STF de 10 a 14 de dezembro de 2001, “Juízo Arbitral: Constitucionalidade”. De forma acertada, o STF acolheu a tese de que o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

O Supremo Tribunal Federal corretamente entendeu que a escolha entre a arbitragem e a jurisdição é absolutamente constitucional, afirmando que a aplicação da garantia constitucional da inafastabilidade é naturalmente condicionada à vontade das partes. Se o próprio direito de ação é disponível, dependendo da vontade do interessado para se concretizar por meio da propositura da demanda judicial, também o será o exercício da jurisdição na solução do conflito de interesse.⁶²

No art. 2º da Lei está previsto que as partes podem escolher como lei aplicável às leis internacionais de comércio ou a *lex mercatória*. Decorrente disso

⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, posição 2755.

⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 110.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 110-11.

estaria o art. 9º da LINDB sem eficácia/invalidado por uma convenção de arbitragem.

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.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

[...] ⁶³

Neste sentido, em acórdão de sentença estrangeira homologada contestada acerca de cláusula compromissória submetida a convenção de arbitragem, foi estabelecido que não houve violação da ordem pública do caso em comento. Vejamos:

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. REQUISITOS. LEI N. 9.307/1996 E RESOLUÇÃO STJ N. 9/2005. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONTRATO INTERNACIONAL INADIMPLIDO SUBMETIDO AO JUÍZO ARBITRAL. COMPETÊNCIA. MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE DELIBAÇÃO. NÃO VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO STJ. HOMOLOGAÇÃO. 1. Ao apreciar pedido de homologação de sentença estrangeira, não pode o STJ examinar questões relativas a eventual irregularidade no contrato a ela vinculado ou referentes à conduta das partes, porque ultrapassam os limites fixados pelo art. 9º, caput, da Resolução STJ n. 9 de 4/5/2005. 2. Se a convenção de arbitragem foi validamente instituída, se não feriu a lei à qual as partes a submeteram (art. 38, II, da Lei n. 9.307/1996) e se foi aceita pelos contratantes mediante a assinatura do contrato, não se pode questionar, em sede de homologação do laudo arbitral resultante desse acordo, aspectos específicos da natureza contratual subjacente ao laudo homologando (AgRg na SEC n. 854/GB, Corte Especial, relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi/DJe de 14/4/2011). 3. Considera-se atendido o requisito da citação quando há manifestação da parte nos autos, em clara demonstração de conhecimento da existência de ação em que figura como parte. 4. Sentença estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que preenche as condições legais e regimentais deve ser homologada. 5. Sentença arbitral estrangeira homologada.

(STH – SEC: 4213 EX 2009/0107931-0 Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 19/06/2013. CE – CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe26/06/2013) ⁶⁴

⁶³BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Arbitragem*. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 de out. de 2018.

⁶⁴ STJ. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA: SEC 4213 EX 2009/0107931-0. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 19 de junho de 2013. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23541263/sentenca-estrangeira-contestada-sec-4213-ex-2009-0107931-0-stj>>. Acesso em: 31 de out. de 2018.

O dispositivo contido no art. 2º da Lei de arbitragem autoriza às partes a faculdade de escolher a lei aplicável com base nas normas de direito internacional privado, admitindo a autonomia da vontade como elemento de conexão. Na sentença arbitral estrangeira homologada supra, constatou-se que não houve violação da soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública, preenchendo as condições legais.

Ademais, a autonomia da vontade também foi aceita como elemento de conexão na solução de conflitos por meio da arbitragem no âmbito do Mercosul no Acordo sobre arbitragem comercial internacional de 1992, que se encontra vigente no Brasil através do Decreto nº 4.719 de 2003, que em seu art. 10 autoriza a escolha da lei aplicável pelas partes com base nas normas e princípios de direito internacional privado de forma expressa.

3 OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO NO DIREITO COMPARADO E CONVENÇÕES

Quando se fala em autonomia da vontade aplicada aos contratos internacionais como elemento de conexão no direito comparado, cumpre ressaltar que as primeiras legislações que admitiram expressamente a autonomia da vontade das partes como conectivo válido no DIPr foram o ABGB austríaco, alguns Códigos Civis de cantões suíços, a Lei de Introdução ao Código Civil italiano e o *Horei* japonês.⁶⁵

Ao tratar do Direito internacional privado europeu, o que se constata é que a autonomia da vontade como elemento conectivo definidor da lei aplicável é plenamente aceita. Na França, o marco da autonomia da vontade como conexão em contratos multinacionais foi o *American Trading Co.*

Apesar de seus opositores, como Niboyet e Pillet, a jurisprudência francesa posicionou-se pela permissão da autonomia das partes. No acórdão marco *American Trading Co.*, ao estabelecer ser a lei aplicável ao contrato a escolhida pelas partes, a Corte de Cassação expressou, pela primeira vez, de forma clara, o princípio da autonomia da vontade, ainda que não mencionasse a teoria.⁶⁶

Se tratava de um litígio sobre uma carga pertencente a empresa americana de mesmo nome transportada para um porto francês por um navio da *Quebec Steamship*, companhia canadense. No percurso, algumas mercadorias foram avariadas e, buscando ressarcimento, a *American Trading Co.* acionou a companhia cargueira *Quebec Steamship* e seu capitão, solidariamente. O conflito julgado pela Corte se revolveu em torno de uma cláusula de irresponsabilidade existente no contrato com *Quebec Steamship*, o qual a *American Trading Co.* alegou não estar de acordo com a lei do local onde o contrato fora celebrado, Nova York, Estados Unidos. Foi a primeira que a Corte de Cassação expressou de forma clara o princípio da autonomia da vontade.⁶⁷

⁶⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 175-176.

⁶⁶ ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 392-393.

⁶⁷ ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro:

Ainda na Europa, a Inglaterra mesmo que não unanimemente, adotou o princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão.

Na Inglaterra, os tribunais aceitaram a autonomia da vontade por diversas razões. Embasavam-se na filosofia do *laissez-faire*, dominante no século XIX, sendo também uma boa razão para a aplicação da *lex validitatis* (geralmente a inglesa). A autonomia da vontade foi aplicada em casos nos quais a outra lei envolvida era uma lei americana, o *Harter Act*, cuja regra obrigatória sobre responsabilidade civil no transporte de mercadoria era mais abrangente do que a lei inglesa. Podia também ser usada para evitar o sistema de regras fixas. A doutrina inglesa não adotou o princípio da autonomia de forma unânime. Dicey posicionou-se a favor, apesar de uma certa relutância, enquanto Westlake, Cheshire e Morris eram contrários. O princípio da autonomia da vontade tornou-se universalmente aceito, com adoção expressa tanto em convenções internacionais como na legislação interna de diversos países. Nos países da *common law* tem tido plena aceitação.⁶⁸

Apesar de ser mais largamente adotado na Europa e demais países de Common Law, na América do Sul e América Central o princípio da autonomia da vontade também foi aceito por alguns países. Nos próximos tópico discorreremos sobre a Convenção das Nações Unidas sobre Venda Internacional de Mercadorias realizada em Viena, em 1980 e a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais realizada no México, em 1994.

3.1 Convenção das Nações Unidas sobre Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980 – Decreto nº 8.327/2014)

No dia 11 de abril de 1980 foi firmada em Viena a Convenção das Nações Unidas Sobre Venda Internacional de Mercadorias. Esta Convenção foi ratificada e incorporada à lei interna brasileira e se encontra em vigor desde o dia 1º de abril de 2014 através do Decreto nº 8.327/2014.

Diferentemente do Brasil que adota uma concepção mais restrita da liberdade contratual, a maioria dos sistemas jurídicos permite que as partes indiquem a lei que regerá a relação contratual. É uma concepção mais ampla da liberdade contratual e é esta a que foi adotada pela Convenção de Viena. Além da possibilidade das partes designarem a jurisdição competente, possibilidade esta prevista no Direito Brasileiro, elas podem,

Renovar, 2011, p. 392-393.

⁶⁸ ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 393.

também, indicar qual será a lei aplicável ao contrato.⁶⁹

Apesar do art. 9º não ter sido revogado ou modificado, a incorporação dessa convenção ao ordenamento jurídico brasileiro se apresenta como uma nova oportunidade para que se reveja a situação da autonomia da vontade como elemento de conexão em contratos internacionais, respondendo, então, se a norma contida no art. 9º pode ser afastada e considerada em desuso. De toda sorte, a incorporação dessa Convenção foi muito importante, representando avanços no sentido de se aplicar a autonomia da vontade à contratos internacionais de comércio.

3.2 Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais – México, 1994

Não foi apenas o Brasil que adotou a regra da lei do local da celebração ou da execução. Em alguns países da Europa e nos Estados Unidos adotava-se o local da celebração como elemento de conexão, enquanto que em grande parte dos países da América Latina adotava-se o local da execução.

Enquanto novas ideias se desenvolviam nos Estados Unidos e na Europa, na maioria dos países da América Latina consolidou-se a regra da lei do local da celebração, e nos países do Prata (Argentina, Paraguai e Uruguai), a regra da lei do local da execução. Por seu turno, o princípio da autonomia da vontade foi muito criticado pela doutrina. Desde a codificação dos Tratados de Montevideu (1889-90/1939-40) houve manifestações contrárias à liberdade das partes de escolher livremente a lei aplicável. Novamente vislumbram-se em situações concretas as razões de cunho econômico para essa desaprovação: é que os países do cone sul, em especial o Uruguai, recebiam muitas importações de mercadorias e era comum a tentativa dos transportadores em incluir em seus contratos cláusulas de exclusão da responsabilidade em caso de danos, o que prejudicava os importadores pelos inúmeros acidentes que ocorriam no Porto, no momento do desembarque. E lei local era contrária a essas cláusulas, que aos que recebiam a mercadoria interessava aplicar. Consideravam-se também em desvantagem com relação aos transportadores e por isso não queriam permitir que esse tipo de cláusula prosperasse. Tal situação repete-se nos dias de hoje com relação ao consumidor, considerado como parte mais fraca em uma contratação com um fornecedor, razão pela qual as principais codificações e convenções internacionais sobre o tema excepcionem essa categoria da norma que

⁶⁹ PIGNATTA, Francisco A. *Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 6*. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art6.pdf>>. Acesso em: 01 de nov. de 2018.

permite a autonomia da vontade.⁷⁰

Como explicado pela professora Nádia de Araújo, a vontade das partes como elemento de conexão era criticado, principalmente no cone sul, pelo receio das cláusulas arbitrárias e prejudiciais que poderiam ser impostas em contratos comerciais, principalmente em negócios de importação e com relação aos transportadores que não queriam assumir contratualmente o risco em caso de danos no transporte.

Já na década de 90, a convenção sobre direito aplicável aos contratos internacionais, celebrada no México em 1994, passou a tratar a autonomia da vontade como regra de conexão, determinando que as partes podem escolher o direito aplicável desde que isto não ofenda normas de ordem pública.

Somente nos anos noventa do século XX, através da OEA, que promoveu a V Conferência Interamericana sobre Direito Internacional Privado, CIDIP V,9 houve consenso entre os países latino-americanos de que a situação fática modificara-se e que agora era necessário também mudar a regulamentação. E entre os motivos estavam novamente as razões econômicas, já que os países da região queriam inserir-se no mercado internacional em igualdade de condições, e se deram conta da necessidade de ter regras de conexão em que a autonomia da vontade fosse plenamente contemplada, pois na legislação dos países parceiros essa possibilidade já era uma realidade. A Convenção Interamericana, além de estabelecer a faculdade de escolha da lei aplicável como principal regra de conexão sobre o direito aplicável no Artigo 7, também inovou ao incluir como norma subsidiária para os casos de ausência de escolha da lei, a regra dos vínculos mais estreitos, segundo o Artigo 9. Essa última tem como motivação a necessidade de maior flexibilidade para as regras aplicáveis aos contratos internacionais, tendo em vista as novas circunstâncias do comércio internacional globalizado.⁷¹

Conforme se compreende do texto legal, aplicar-se-ia a autonomia da vontade como regra na escolha da lei aplicável a contratos internacionais, subsidiariamente estabelecendo que no caso das partes não escolherem o direito, prevalece a lei do Estado que possui vínculos mais estreitos com a relação jurídica. É o que se lê dos artigos:

CAPÍTULO SEGUNDO

⁷⁰ ARAÚJO, Nádia. *Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade*. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, v. 1, p. 5.

⁷¹ ARAÚJO, Nádia. *Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade*. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, v. 1, p. 5-6.

Determinação do direito aplicável

Artigo 7

O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.

A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

Artigo 8

As partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.

Artigo 9

Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato rege-se-á pelo direito do estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais.

Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro estado.⁷²

Ainda, o art. 8 da convenção admite o *dépeçage*, podendo um mesmo contrato ter sua regulamentação por mais de uma lei provinda de ordenamentos jurídicos diversos. Desta forma, as partes podem incluir particularidades de leis de Estados diferentes. Posteriormente, haveria a possibilidade de modificação do direito aplicável sem afetar a validade do contrato original e resguardando o direito de terceiros.

Uma desvantagem da convenção, todavia, é que ela se aplica tão somente perante os Estados signatários e não com relação a terceiros Estados, uma vez que não está concebida como lei uniforme ou convenção *erga omnes*.⁷³

Na oportunidade, todos os Estados-membros do Mercosul assinaram a

⁷² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre direito aplicado aos contratos internacionais*. In: Organização dos Estados Americanos. México, 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em: 02 de out. de 2018.

⁷³ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 182-183.

convenção, apesar da grande maioria – incluindo o Brasil, não ter ratificado. Todavia, a Venezuela o ratificou em 1995 e o México em 1996, portanto, ambos os países admitem a adoção da autonomia da vontade como elemento conectivo em contratos entre partes internacionais.⁷⁴

Com a ratificação desta convenção, o art. 9º da LINDB não seria mais aplicado, pondo fim aos conflitos quanto às limitações da aplicação da autonomia da vontade na seara do direito internacional privado brasileiro. Esta convenção acabaria com os conflitos sobre os limites da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro, contudo, o país se restringiu a assinar o documento, não o tendo ratificado, permanecendo então vigente o art. 9º da LINDB.

No entanto, apesar de seu sucesso entre os doutrinadores, a Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais não obteve o número de ratificações desejável e encontra-se hoje em vigor apenas no México e na Venezuela, aguardando que os países a adotem no plano interno.

Até que a Convenção do México se torne a regra de DIPr dos países da região, continuaram a coexistir diferentes regras nacionais sobre a lei aplicável aos contratos internacionais nos países da América Latina, o que não contribui para a melhora do comércio inter-regional.

A situação é especialmente crítica no Brasil, pois conforme dito no começo deste artigo, o país ainda utiliza o critério da época medieval do local da celebração. Tem havido tímidas mudanças no campo jurisprudencial e legislativo. Neste último, o melhor exemplo é a adoção plena do princípio da autonomia da vontade na Lei de Arbitragem (Lei N.º. 9.307/96) no artigo 2º, §§ 1º e 2º. Essa situação que distancia a legislação interna brasileira das regras adotadas pelos parceiros comerciais do país, em especial Estados Unidos e países europeus, adicionam elementos negativos ao chamado custo Brasil, o custo adicional que as operações com o país suportam em face da dificuldade de optar pela legislação mais adequada ao desejo das partes contratantes.⁷⁵

Apesar de sustentar o argumento de que a autonomia da vontade é aceita no ordenamento jurídico brasileiro como elemento de conexão, visto ser princípio consagrado na Constituição e a omissão do art. 9º da LINDB, se partimos do viés de que o conectivo não é aceito, assim como Nádia de Araújo, é imprescindível que o Brasil o adote diretamente, não somente ratificando a convenção que geraria apenas

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre direito aplicado aos contratos internacionais*. In: Organização dos Estados Americanos. México, 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em: 02 de out. de 2018.

⁷⁵ ARAÚJO, Nádia de. *Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade*. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 1ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, v. 1, p. 6.

uma relação recíproca com os países assinantes, mas em sua ordem interna com repercussões gerais no âmbito dos contratos internacionais.

Diante dessa circunstância, o Brasil, entendemos, deveria adotar diretamente a autonomia da vontade das partes na sua legislação interna, tendo em vista a ampla aceitação do princípio no comércio internacional.⁷⁶

Mais uma vez se constata que a não admissão da autonomia da vontade como elemento conectivo nas contratações que envolvam elemento internacional se mostra prejudicial e atrasada para um país como o Brasil, inserido no contexto internacional e com possibilidade de tomar posições ainda mais importantes no globo.

⁷⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. Direito internacional privado: teoria e prática. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 182-183.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A princípio, foi definido que o contrato internacional é um negócio jurídico formado por partes de Estados distintos por meio de sua livre vontade e, por óbvio, vinculando mais de um ordenamento jurídico.

Com a conceituação de contrato internacional, a autonomia da vontade no contrato internacional se traduz na possibilidade conferida às partes de escolherem qual lei a ser aplicada ao contrato internacionalizado.

Em capítulo voltado para o estudo da aplicação do art. 9º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro aos contratos internacionais, apurou-se que grande parte das normas relacionados à aplicação do direito estrangeiro se encontram no corpo do Decreto-lei nº 4.657/4, contendo a indicação de qual norma será aplicada quando a situação jurídica nos apresentar regramento de mais de um ordenamento jurídico na mesma relação.

Se abriu questão quanto a classificação normativa do dispositivo contido no art. 9º da LINDB, divergindo a doutrina se trataria-se de norma imperativa ou supletiva. Como se aferiu, majoritariamente se classifica a norma como imperativa, norma cogente ou de ordem pública que é aplicada independente da vontade das partes, diferindo das normas supletivas que permitem que se imponha determinado critério apenas para o caso da manifestação de vontade ser deficiente, nula ou inexistente. Ademais, também foi questionado se a supressão da expressão “salvo estipulação em contrário” contida no antigo art. 13 da LICC (antes da reforma de 1942) teria sido proposital e acarretado a proibição da autonomia da vontade como conectivo em contratos internacionais.

Acompanha-se a corrente defendida por Valladão, Dolinger e Mazzuoli, como explicitado no capítulo 1, tópico 1.1, qual seja, a omissão da LINDB em tratar diretamente da autonomia da vontade como elemento de conexão não a proibiu.

Com isto, o que foi estabelecido com base na análise de ambos os posicionamentos é que a autonomia está intimamente ligada à liberdade e à liberdade contratual. A mesma autonomia que dá ensejo ao ato de contratar e traduz a vontade das partes, plenamente difundida neste sentido e resguardada pela

Constituição Federal não pode ser restringida quanto à sua aplicação na escolha da lei em contratos internacionais.

Sob esta ótica, é possível adotar como limites a sua aplicação a fraude à lei nas hipóteses em que há má-fé dos contratantes em adotar regramento jurídico completamente dissoante ao que foi firmado e que cause dano a terceiros.

Quanto à lei imperativa, esta não deverá ser considerada um obstáculo à aplicação da autonomia da vontade, vez que ela só deverá ser aplicada à partir do momento da contratação que determinou a aplicação da referida lei, portanto, não sendo capaz de gerar efeitos aos contratos antes disso.

Se tratando do limite referente à ordem pública e sua destacada relevância de maneira geral, este deverá ser preponderante no momento da execução do contrato, todavia, não devendo atuar como um fator limitante à autonomia da vontade no momento da contratação.

Analisando os limites estudados neste trabalho monográfico e a possibilidade de sua aplicação à autonomia da vontade, conclui-se pela insuficiência da norma imperativa para obstar, por si só, a autonomia da vontade. Preservar-se-á a interpretação do ordenamento jurídico como um todo, não se restringindo ao texto meramente legalista, mas considerando as necessidades e as evoluções pelas quais a sociedade passa constantemente.

Ademais, a autonomia da vontade é largamente aceita em outros países, principalmente no direito internacional privado europeu e demais países da Common Law. Ainda, na América do Sul e América Central se vislumbra alguns passos no sentido de se aceitar a autonomia da vontade em contratos internacionais.

Dando força a aceitação da autonomia da vontade, destaca-se a Convenção das Nações Unidas sobre Venda Internacional de Mercadorias de Viena, 1980, que trata em seu art. 6º da utilização da autonomia da vontade das partes para designação da jurisdição competente e a indicação da lei aplicável ao contrato. Essa Convenção foi ratificada e incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, provando, mais uma vez, que a norma do art. 9º deve ser aplicada apenas quando as partes não estipularem de modo diverso.

Neste mesmo sentido se encontra a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais realizada no México, 1994. O texto da

Convenção estabelecia que as partes poderiam escolher o direito aplicável desde que não se ofendesse normas de ordem pública. Ainda, o art. 8º da Convenção admite o *dépeçage*, podendo haver mais de uma lei de ordenamentos jurídicos diversos regendo a relação contratual, um grande avanço na matéria. Ratificada pelo México e pela Venezuela, o Brasil até o momento não a ratificou para que fosse incorporada à normativa brasileira, todavia, com a ratificação desta convenção, o art. 9º da LINDB não seria mais aplicado e se encerrariam os conflitos quanto a sua aplicação em detrimento da vontade das partes contratantes.

Considerando o exposto, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro admite a autonomia da vontade como elemento de conexão válido em matéria contratual. Data vênia, a vontade das partes não encontra óbice no art. 9º da LINDB – lei que constitui a principal fonte de normas de DIPr no Brasil, sendo esta silente quanto a aplicação e, portanto, não a proibindo. Se a lei não proíbe, o que resta é a autorização, principalmente se considerarmos que a expressão “salvo estipulação em contrário” era clara na Introdução ao Código Civil de 1916. Por isto, a norma do art. 9º da LINDB deve ser interpretada de forma à apenas ser aplicável às obrigações em que as partes não tenham utilizado a autonomia da vontade para indicar a lei aplicável ao contrato.

Consoante a isto, precisa-se reafirmar que a própria Constituição em seu texto, no art. 5º, II, dita que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, regra esta que não surgiu apenas na constituinte de 1988, sendo tradicional no ordenamento jurídico brasileiro bem como em seu amparo constitucional. Isto aliado ao conteúdo do art. 9º da LINDB não nos deixa dúvida quanto à autorização da autonomia da vontade no direito pátrio e nas relações contratuais internacionais.

O Brasil em sua posição global, de qualquer forma, carece de uma legislação moderna que revise algumas situações jurídicas provenientes dessas relações multinacionais. Mesmo que comprovadamente o instituto seja permitido, as discussões sobre sua aplicação não cessarão enquanto a lei não acompanhe a modernização exigida, ratificando a Convenção do México de 1994 e, por fim, alterando a legislação interna para que o permissivo fique claro e passe a ser amplamente adotado nas relações e nos tribunais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARAÚJO, Nádía de. *Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade*. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 1ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, v. 1, p. 433-444.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de set. de 1946. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*, Brasília, DF, set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Arbitragem*. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 de out. de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 17 de set. de 2018.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. *Contratos internacionais: teoria e prática*. Ed. 1. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA, Emiliano Humberto Della. *O processo de execução dos contratos internacionais*. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2005. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_bb55ca97002b2cf6f873dbd68d3e4eea>. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

GOMES, Josiane Araújo. *O princípio da autonomia da vontade e a cláusula hardship nos contratos internacionais comerciais, principalmente no âmbito do mercosul*. Pesquisa resultante do Programa de Bolsa Institucional de Iniciação Científica (CNPq/UFU) – Projeto nº F-007/2008. Disponível em:

<<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/download/4374/11853>>. Acesso em: 18 de set. de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado, vol. I: parte geral, obrigações e contratos parte geral*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NETO, Francisco Dos Santos Amaral. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional*. In: Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 207-230. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em 23 abr. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 110.

ORGANIZAÇÕES DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre direito aplicado aos contratos internacionais*. In: Organização dos Estados Americanos. México, 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em: 02 de out. de 2018.

PIGNATTA, Francisco A. *Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 6*. In: CISG-BRASIL.NET, março/2012. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art6.pdf>>. Acesso em: 01 de nov. de 2018.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle, s/p.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STJ. *SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA*: SEC 4213 EX 2009/0107931-0. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 19 de junho de 2013. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23541263/sentenca-estrangeira-contestada-sec-4213-ex-2009-0107931-0-stj>>. Acesso em: 31 de out. de 2018.