



Setor de Ciências Jurídicas e Sociais

Faculdade de Direito

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS – RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO E ANÁLISE
DO DIREITO COMPARADO NORTE-AMERICANO**

Luiz Ottávio Veiga Greca

Monografia apresentada no Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito

Curitiba

2006

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS – RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO E ANÁLISE
DO DIREITO COMPARADO NORTE-AMERICANO**

por

Luiz Ottávio Veiga Greca

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção grau de Bacharel em Direito, pela Comissão formada pelos seguintes professores:

ORIENTADORA: Professora Tatyana S. Friedrich

Professora Andra Benetti

Professora Rosicler dos Santos

Curitiba, 29 de setembro de 2006.

SUMÁRIO

RESUMO	4
INTRODUÇÃO	5
II – OS CONTRATOS INTERNACIONAIS	6
1. Definição	6
2. Regras de Conexão	8
III – O PRINCÍPIO DA Autonomia da Vontade.....	11
1. Conceito	11
2. Limites à Aplicação do Princípio.....	15
a. Ordem Pública e Normas Imperativas.....	15
b. Limites Estratégicos	17
c. Contratos sem Lei e a <i>Lex Mercatoria</i>	18
c. O Depeçage	20
3. As Convenções Internacionais.	21
IV – RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO PELO DIREITO NORTE-AMERICANO ERRO! INDICADOR	
1. Noções Gerais – <i>Conflicts of Law</i> e o Sistema Unilateral de Escolha da Lei Aplicável.	Erro! Indicador não definido. 23
2. O <i>Restatement of The Law Second, Conflicts of Law</i> e a Aceitação do Princípio.....	Erro! Indicador não definido. 25
V – RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO PELO DIREITO BRASILEIRO.....	29
1. Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.....	29
2. Lei de Introdução ao Código Civil de 1942.....	32
3. A Influência das Convenções Americanas sobre o Direito Internacional Privado no Direito Brasileiro	34
4. Jurisprudência.....	38
VI – Considerações finais	41
VII – BIBLIOGRAFIA.....	42

RESUMO

Os contratos internacionais são aqueles ligados a mais de um ordenamento jurídico soberano, em razão da presença de algum elemento de conexão ou estraneidade. Para que no caso concreto seja possível definir qual desses ordenamentos será aplicável ao contrato, existem normas internas de Direito Internacional Privado chamadas “regras de conexão”, as quais variam de acordo com o direito pátrio. O princípio da autonomia da vontade no plano internacional pode ser previsto por uma dessas regras e consiste na prerrogativa de que as partes possam determinar em contrato o ordenamento jurídico a ele aplicável, conforme seus interesses. Apesar de prevista em convenções internacionais e largamente aceita em diversos países, a prerrogativa não costuma ser absoluta, sendo usualmente mitigada por questões de ordem pública, normas imperativas, entre outras limitações. Os EUA atualmente tratam da questão no Restatement 2nd e figuram entre aqueles que aceitam a aplicação do princípio. O Brasil, por sua vez, regulamenta os temas de Direito Internacional Privado dentro da atual LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, a qual não elenca dentre suas regras de conexão a autonomia da vontade no plano internacional. Apesar da falta de previsão legal e tendência jurisprudencial contrária a sua aceitação, a questão ainda é controvertida na doutrina brasileira, porquanto o diploma legal revogado pela atual LICC previa sua aplicação.

INTRODUÇÃO

O fenômeno do comércio internacional promove a circulação de bens e serviços entre diferentes países do globo e, segundo o “Relatório Estatístico de 2006” da OMC – Organização Mundial do Comércio movimentou mais de US\$ 10 trilhões em 2005. Por sua vez, a operacionalização e a auto-regulamentação dos negócios internacionais que dão origem a esse fenômeno são realizadas, assim como no plano interno, por meio de acordos de vontade entabulados entre as partes interessadas, os quais são denominados pelo Direito de contratos internacionais.

Apesar de sua grande similitude com o comércio interno, as trocas internacionais apresentam uma importante peculiaridade, a qual se reflete, por conseguinte, nos contratos internacionais. Ocorre que o cenário onde são realizados os negócios internacionais é, obviamente, multinacional e, portanto, circunscrito a um contexto jurídico no qual vigem diferentes ordenamentos soberanos. Isso significa que os contratos internacionais são ligados ou conectados a mais de um ordenamento e cada qual possui princípios e regras próprias de Direito Internacional Privado que, em tese, podem proporcionar soluções diferentes para litígios contratuais idênticos. Apesar da busca pela uniformização dessas regras por meio das convenções internacionais, essa peculiaridade envolvendo a referida modalidade contratual constitui um obstáculo importante para a integração econômica, na medida em que produz uma enorme insegurança jurídica para as partes no comércio internacional.

Em termos práticos o que ocorre é que, internamente, cada ordenamento soberano, prevendo eventuais e iminentes litígios decorrentes de contratos internacionais, possui regras próprias de conexão, as quais permitem estabelecer qual ordenamento jurídico ou corpo de leis será aplicável no caso concreto. São elas conhecidas como regras ou elementos de conexão, as quais podem remeter ao domicílio das partes, ao local de celebração ou de execução do contrato ou ainda ao disposto no próprio contrato por vontade dos contratantes. Essa prerrogativa de que as partes podem determinar em contrato o ordenamento jurídico a ele aplicável é conferida pelo princípio da autonomia da

vontade em âmbito internacional, a qual será o objeto de estudo do presente trabalho.

Primeiramente, conceituar-se-á em linhas gerais a modalidade contrato internacional para então tratar dos elementos de conexão e sua classificação. Feito isso, será possível abordar, em capítulo próprio, o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais como espécie de elemento de conexão, assim como os diferentes limites à sua aplicabilidade. Breves comentários acerca das convenções internacionais envolvendo o tema encerrarão essa abordagem.

Na seqüência, será estudada, a título de direito comparado, a recepção do instituto pelo direito norte-americano. Para isso far-se-á um breve exame do sistema unilateral de escolha da lei aplicável nos EUA, o qual é recepcionado pela disciplina dos *“Conflicts of Law”* e materializado no *“Restatement of the Law Second”*. A referência e o resumo de importantes julgados dos tribunais norte-americanos foram acrescentados ao capítulo.

Finalmente, o tema será tratado em face da legislação e doutrina brasileiras. A Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, assim como o diploma por ela revogado, servirão como objetos centrais de diversas opiniões e análises doutrinárias, as quais serviram para formar o pensamento jurídico brasileiro contemporâneo acerca da autonomia da vontade na esfera internacional. Serão então abordadas as Convenções Americanas sobre o Direito Internacional Privado e sua recepção pelo direito brasileiro. Alguns julgados, os quais integram a parca jurisprudência nacional sobre o tema foram selecionados para, em capítulo próprio, compor e concluir o presente estudo.

A recepção do princípio pelos tribunais arbitrais e o exame da Lei 9307/1996 ficará, no entanto, ao largo desse trabalho.

II – OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

1. Definição

Preliminarmente, é possível afirmar que os contratos internacionais são espécies que compreendem o gênero “Contratos de Direito

Privado” e sua grande utilidade resta na efetivação do comércio internacional. Por esse motivo, em face da complexidade e principalmente da abrangência do conteúdo desses contratos, torna-se arriscada uma definição precisa.

Dessa forma, grande parte dos doutrinadores, em detrimento de uma definição abstrata, optou por enumerar algumas características ou elementos que identificam os contratos internacionais e os diferenciam dos demais. Para que esses elementos possam ser explicados, faz-se necessária a compreensão simultânea da dinâmica dessa espécie contratual.

Em linhas gerais, os contratos internacionais estão conectados a diferentes ordenamentos jurídicos e essa conexão é produzida por um elemento do contrato, que, ao mesmo tempo, o identifica. Em termos práticos, por meio de um contrato internacional as partes regulamentam interesses patrimoniais que transcendem, por alguma razão, os limites nacionais de jurisdição. Essa razão, traduzida como elemento, faz com que o contrato passe a estar sob a égide de diferentes ordenamentos jurídicos independentes entre si e soberanos. Na denominação da doutrina, esse elemento que produz a conexão do contrato a mais de um ordenamento jurídico e o identifica como um contrato internacional é chamado de elemento de estraneidade e poderá ser, por exemplo, o domicílio das partes.¹

A doutrina classifica esses elementos de estraneidade, segundo dois critérios, para facilitar seu estudo. Segundo Luiz Olavo Baptista o primeiro deles é o critério jurídico, que reúne aqueles elementos que permitem conectar o contrato a dois ou mais ordenamentos jurídicos diferentes. Exemplos desses elementos são: nacionalidade, domicílio, objeto, entre outros. Por outro lado, o critério monetário refere-se ao fluxo de bens entre os países envolvidos na operação ou ao seu impacto econômico, ainda que potencial.

Entretanto, separadamente, os critérios jurídicos e monetário ou econômico podem não ser capazes de contemplar todas as possibilidades de negócios internacionais comumente celebrados. Dessa forma, doutrina e

¹ ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 21-27.

legislação mesclaram esses dois critérios, o que deu origem a um terceiro critério misto de determinação da internacionalidade de um contrato.²

Com base nas breves considerações acima, conclui-se, nas palavras de Irineu Strenger, que os contratos internacionais são:

(...) todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes objetivando relação patrimonial, ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.³

Por fim, é relevante afirmar que as regras de interpretação e solução de eventuais conflitos que possam decorrer dessas espécies contratuais são de direito interno e, portanto, variam entre os diferentes ordenamentos jurídicos. Dessa forma, as convenções internacionais detêm enorme importância na segurança jurídica das partes, na medida em que pretendem uniformizar essas regras de interpretação e solução de conflitos dos países signatários, já que não há normas coercitivas internacionais capazes de impor deveres e sanções pelo descumprimento de obrigações contratuais supranacionais.⁴

2. Regras de Conexão

Conforme o exposto no item anterior, os contratos internacionais são assim considerados quando apresentam um ou mais “elementos de estraneidade”, que os conectam a mais de um ordenamento jurídico. Essa multiconexão, por sua vez, é causa potencial de um conflito de normas no espaço, visto que, *a priori*, mais de um ordenamento ou legislação pode incidir no contrato.

² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais – Uma Visão Teórica e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 21.

³ STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comercio – 3ª ed., rev. e ampl.*, São Paulo: LTr, 1998, p. 81.

⁴ KUHN, João Lacerda. *A autonomia da vontade nos contratos do mercosul. Direito Internacional Privado*. Luiz Fernando Franceschini e Marcos Wachowicz (coords.). Curitiba: Juruá, 2001, pp. 45.

Por esse motivo, é atribuição do Direito Internacional Privado definir e indicar, no caso concreto de conflito de normas no espaço, a lei que deverá ser aplicada. Essa definição é feita com base em algumas regras de direito interno, chamadas de “normas de conflito”, “regras de conexão” ou ainda “elementos de conexão”.⁵ Em outras palavras, internamente, cada ordenamento soberano, prevendo eventuais e iminentes conflitos de competência territorial internacional decorrentes de contratos, possui regras próprias de conexão, as quais permitem definir o ordenamento jurídico aplicável caso a caso. Nas palavras de Nádya de Araújo, “(...) um problema de DIPri, não é, portanto, um problema de justiça material, já que o papel da norma de conflito não é escolher a que melhor convenha, mas aquela que se aplique em razão do caminho indicado pela norma de conflito.”⁶

As regras ou elementos de conexão, que norteiam a indicação da lei material aplicável, são classificados por João Grandino Rodas conforme sua relação com as seguintes categorias: capacidade das partes (pessoa jurídica ou física), aspectos extrínsecos e aspectos intrínsecos do contrato.

As regras de conexão referentes à capacidade das partes são observadas quando as partes do contrato estão ligadas a ordenamentos jurídicos distintos. Nesses casos, é atribuição do Direito Internacional Privado definir e indicar, com base nas regras de conexão, qual ordenamento deve ser aplicado para estabelecer os requisitos de capacidade das partes. Essas regras ou elementos, como já fora mencionado, são de direito interno, ou seja, a legitimidade e aplicabilidade de cada um deles depende da previsão legal de cada país. Com relação às pessoas físicas, estão dentro dessa classificação as seguintes regras: a nacionalidade dos contratantes (*lex patrie*), o domicílio (*lex domicilii*) ou ainda a territorialidade (*lex fori*). Adotada a regra da *lex patrie*, a

⁵ A designação da lei aplicável com base nas regras de conexão ou conflito é chamado método conflitual, característico do sistema multilateral, adotado pelos países europeus e latino-americanos. Esse sistema pretende tão somente determinar qual a lei que deve ser aplicada no caso concreto de um conflito de leis a partir dos elementos de conexão, não importando o conteúdo material da lei ou, em outras palavras, o resultado que se verificará após a produção dos efeitos pela aplicação da lei correta. Ver ARAÚJO, Nádya de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 25-32.

⁶ ARAÚJO, Nádya de, *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 26.

capacidade é determinada pela lei do país em que a parte tem nacionalidade e pela regra do *lex domicilii* a lei que determina a capacidade é aquela do local de domicílio da parte. Por sua vez, a *lex fori* determina que a lei a ser aplicada será aquela do local de celebração do contrato. Com relação às pessoas jurídicas, utiliza-se o critério do local onde foram celebrados seus atos constitutivos.

Por sua vez, os aspectos extrínsecos do contrato são aqueles relacionados à sua forma, a qual tem como fundamento principal a comprovação do negócio celebrado. A regra de conexão relativa a esses aspectos e predominante no Direito Internacional Privado é a *locus regit actum*, ou seja, a lei que estabelece a forma dos atos relativos ao contrato celebrado é aquela do local onde eles foram praticados.

Já as regras de conexão referentes aos aspectos intrínsecos do contrato ou de fundo são aquelas que vão indicar a lei aplicável ao conteúdo material ou à substância do contrato. Essas regras são, dentre outras, a *lex loci celebrationis*, que estabelece que a lei aplicável ao conteúdo do contrato é a do lugar onde ele foi celebrado, a *lex loci executionis*, que estabelece como lei aplicável aquela do lugar da execução da obrigação contratada, a *lex patriae* ou a *lex domicilii* das partes (ambas examinadas anteriormente) e, finalmente, a *lex voluntatis*, também conhecida como autonomia da vontade das partes em escolher a lei aplicável.⁷ Essa última será examinada não só em relação aos aspectos intrínsecos dos contratos, mas em todas as suas nuances, em capítulo próprio.

Ainda, é relevante salientar mais uma vez que as regras de conexão são definidas, distintamente, por cada ordenamento jurídico soberano. Isso significa que para as partes existe um enorme risco jurídico na seara dos contratos internacionais, tendo em vista não só a variedade de normas materiais de direito interno potencialmente aplicáveis aos contratos, mas também as diferentes possibilidades de interpretação decorrentes da existência de regras de conexão distintas em cada legislação. Para tentar mitigar essa insegurança jurídica alguns organismos internacionais buscam, através de convenções, a

⁷ RODAS, João Grandino. *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais*. in RODAS, João Grandino, *Contratos Internacionais* – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. pp. 22 - 23

harmonização ou até a uniformização das normas internas de Direito Internacional Privado, como é o caso da Conferência de Direito Internacional de Haia e o Instituto para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT.⁸

Concluindo, as regras ou elementos de conexão são definidas mediante leis internas e determinam, independentemente da vontade das partes, a legislação que será aplicada ao contrato entabulado. No entanto, passaremos em seguida a estudar a autonomia da vontade nos contratos internacionais, prerrogativa recepcionada pela legislação interna de diversos países. Com base nesse princípio, é facultado às partes o poder de indicar, com base nos seus próprios interesses, a lei que será aplicável ao contrato.

III – O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

1. Conceito

Historicamente, as primeiras concepções acerca do princípio da autonomia da vontade remontam do século XVI, quando Dumolin desenvolve na França sua teoria sobre a autonomia da vontade nos contratos, no *Consilium LIII*. No entanto, foi no século XIX que a autonomia da vontade, estudada dentro das “teorias contratualistas”, foi elevada à condição de princípio do direito contratual, tendo em vista o contexto de liberalismo econômico presente na época. Para os contratualistas, os contratos eram a expressão do livre-arbítrio, pois eram formados pelo “poder da vontade” das partes, que livremente decidiam a matéria pactuada e seus efeitos.

A partir disso, o instituto foi tratado por inúmeras escolas e correntes de pensamento ao longo do tempo, com destaque para os pandectistas. Sua importância resta na elaboração das “teorias subjetivista”, defendida por Savigny e “objetivista”, consagrada em Windscheid. Ambas as teorias são responsáveis pela formação do pensamento contemporâneo acerca do princípio da autonomia da vontade, tanto no direito interno como no direito internacional privado. Os adeptos da corrente subjetivista entendem que o objeto da autonomia é eliminar,

⁸ DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado* – 3ª ed. – Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1995, pp. 37.

através do elemento volitivo, regras imperativas que seriam regularmente aplicáveis, enquanto que os objetivistas entendem que a autonomia se limita apenas a eleger a norma aplicável ao contrato, observados os preceitos imperativos.⁹

No direito interno, o instituto é expresso como “vontade negocial” por Orlando Gomes e figura como princípio fundamental na teoria geral dos contratos privados, confundindo-se, muitas vezes, com a noção de liberdade contratual. Em termos práticos, o princípio da autonomia da vontade confere às partes, observados os limites legais internos, a liberdade de definir livremente o conteúdo de seus contratos.¹⁰ Nas palavras de Maristela Bassos:

No direito contratual o princípio da autonomia da vontade se manifesta na liberdade propriamente dita de contratar, de estipular o contrato e seu conteúdo. Significa aquela esfera de liberdade de que gozam as partes, no âmbito do direito privado, de auto-regência de seus próprios interesses, de discutir livremente as condições do contrato pretendido, bem como de escolher aquele mais conveniente. Por outras palavras, é a faculdade das partes de regerem-se por suas próprias leis, de praticar um ato jurídico determinando-lhe o conteúdo, a forma, assim como os efeitos.¹¹

No campo dos conflitos de leis no espaço, a autonomia da vontade é também conhecida como *lex voluntatis* e, conforme disposto no capítulo anterior, caracteriza-se como espécie de regra ou elemento de conexão, a qual confere às partes o poder de escolher a lei aplicável ao contrato celebrado.

A doutrina internacional se divide quanto a aceitação do princípio e mesmo entre aqueles que o defendem, existem divergências quanto às suas limitações, assim como seu âmbito de atuação. No entanto, duas grandes correntes defendem posições opostas quanto a aceitação do instituto na esfera contratual internacional.

⁹ ARAÚJO, Nádya de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 41 - 50.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil, 18ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. pp. 263 – 282.*

¹¹ BASSO, Maristela, *A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio*, in BAPTISTA, HUCK e CASELLA, *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas – Estudos em Homenagem ao Prof Irineu Strenger*, São Paulo: Ltr, 1994. p. 42.

A primeira, consagrada em Niboyet, não admite sequer a existência da autonomia da vontade. Segundo seu principal defensor, permitir que as partes disponham de liberdade irrestrita para auto-regulamentarem seus interesses atenta contra o interesse comum e retira do Estado a prerrogativa de garantir o bem comum em detrimento de aspirações e interesses individuais. Afirma ainda que a própria existência de regras ou preceitos internos imperativos e questões de ordem pública que atingem, por exemplo, a licitude do objeto dos contratos ou a capacidade das partes, limitam e até impedem que, na prática, as partes pactuem livremente sobre aspectos materiais do contrato ou ainda escolham previamente o ordenamento a ser aplicável ao instrumento.

A segunda, todavia, entende que no direito internacional a *lex voluntatis* tem amplitude muito maior que no direito interno obrigacional. Para seus adeptos, os absolutistas, o princípio confere às partes a faculdade de eleger a lei aplicável ao contrato celebrado e mesmo que a opção pela lei não esteja expressa no corpo do instrumento, ela deve ser presumida no caso concreto através da interpretação da intenção negocial das partes. No entanto, entre os adeptos da autonomia da vontade, há uma subdivisão entre os subjetivistas e os objetivistas, conforme mencionado anteriormente. Os chamados subjetivistas, afirmam que o contrato internacional escapa ao controle estatal e se submete exclusivamente às vontades dos contratantes, os quais podem, inclusive, deixar de submeter o contrato a um ordenamento jurídico soberano. Por sua vez, para os objetivistas, é o ordenamento jurídico interno que prevê a existência da autonomia da vontade como regra de conexão e, portanto, defendem limitações a sua aplicação. Essa diferença ideológica entre as escolas subjetivista e objetivista será importante para o estudo das discussões acerca dos limites à autonomia da vontade no plano internacional, conteúdo que será oportunamente abordado.¹²

Oscar Tenório, parte do estudo de ambas as correntes e propõe uma posição inclinada à corrente objetivista. Sua concepção acerca do princípio é adotada pela doutrina brasileira majoritária e admite a autonomia da vontade nos contratos internacionais. No entanto, essa autonomia não teria caráter absoluto, mas seria mitigada internamente pelas normas imperativas e preceitos de ordem

¹² STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996, pp. 662 – 677.

pública. Primeiramente, o autor propõe a divisão das regras em imperativas e facultativas. No domínio das regras imperativas, dentre as quais estão as questões de licitude do objeto, causa e estatuto pessoal, as partes não podem exercer sua liberdade de escolha da lei aplicável. Entretanto, no campo das regras facultativas, que são aquelas supletivas às matérias de ordem imperativa, a autonomia da vontade persistiria. Ainda, no caso de conflito entre normas imperativas, seriam aplicadas as regras internas de direito internacional privado.¹³

Finalmente, a concepção contemporânea e majoritária acerca do conceito de autonomia da vontade no direito internacional pode ainda ser resumida nas palavras de Marcel Cabel, o qual é citado por Irineu Strenger:

Faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando ela da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas, entendendo-se que, em caso de conflito de qualificação, entre um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que ela somente se torna eficaz na medida em que pode ser efetiva.¹⁴

A aceitação hoje da autonomia da vontade nos contratos internacionais é generalizada, sendo contemplada em convenções internacionais e recepcionada por diversos ordenamentos jurídicos. Prevalesse, no entanto, a discussão acerca dos limites de sua aplicação, tema que será abordado na sequência.

¹³ TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*. 11ª ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. pp 175 – 179.

¹⁴ STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio*. 3ª ed., rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 1998, p. 300.

2. Limites à Aplicação do Princípio

a. Ordem Pública e Normas Imperativas

Nos capítulos anteriores observamos que um contrato é dito internacional quando, pela presença de um ou mais elementos de estraneidade, ele se conecta a mais de um ordenamento jurídico soberano. Por esse motivo, existem as regras de conexão de direito internacional privado, cujo objetivo é indicar a lei material que será aplicada ao contrato. Dentre essas regras figura a autonomia da vontade, prerrogativa que pode ser conferida às partes de escolher, no momento de celebração do contrato internacional, a lei que será a ele aplicada. Isso significa que, no caso concreto, o direito do foro pode aplicar normas oriundas de outros ordenamentos jurídicos, ou seja, leis estrangeiras.

A questão que se coloca diante do presente estudo é a limitação imposta à aplicação de leis estrangeiras e, por conseguinte, à autonomia da vontade por conta da ordem pública ou pela existência de normas internas imperativas. Em outras palavras, a lei material estrangeira que seria, em tese, aplicável ao contrato, pode ter conteúdo contrário a leis consideradas imperativas ou de ordem pública pelo direito do foro e, por isso, deixaria de ser aplicada. A discussão transcende a hipótese de normas diretamente contrárias e a problemática atinge ainda casos em que, por exemplo, o direito do foro possui normas imperativas inexistentes no direito estrangeiro.¹⁵ Acerca desses casos, Antoine Kassis, citado por Nádia Araújo, explica:

(...) esse ponto é crucial para a distinção entre o contrato interno e o internacional, especialmente no que tange à liberdade das partes em escolher um outro direito para reger a questão. Não faria sentido tal liberdade se todas as normas imperativas do direito estrangeiro deixassem de ser aplicadas por causa das normas do foro, ou ainda, se imposições inexistentes no direito estrangeiro fossem obrigatórias pelo direito do foro, sendo aplicáveis ao contrato regido por outra lei.¹⁶

¹⁵ ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 33 - 40.

¹⁶ ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.

De qualquer modo, é unânime que os princípios de ordem pública e as normas imperativas internas limitam, de alguma forma, a aplicação de leis estrangeiras aos contratos internacionais do comércio. A discussão reside na definição e na aplicabilidade desses dois institutos no plano internacional.

Para o direito interno, uma lei é considerada como de ordem pública sempre que as partes não podem afastar seus efeitos através da auto-regulamentação de seus interesses. Isso pode ser observado na seara dos direitos chamados indisponíveis, aos quais o sujeito não pode, ainda que voluntariamente, renunciar. Já no direito internacional privado o conceito de ordem pública não é unívoco, pois varia de acordo com o contexto histórico, jurídico e sociológico de uma civilização em determinada época. Por esse motivo, sua observância e aplicação deve ser feita pelo juiz no caso concreto.¹⁷ Ainda, segundo Irineu Strenger, a ordem pública em direito internacional se traduz como “(...) o conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, que por serem consideradas para sobrevivência do Estado e salvaguarda de seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga, ainda que determinado pela regra dos conflitos”.¹⁸

Em suma, nos contratos internacionais a ordem pública visa proteger de leis estrangeiras os valores básicos, axiológicos, considerados essenciais a manutenção da “estrutura sociojurídica” nacional.¹⁹

A sua aplicação ocorre *a posteriori*, como forma de exceção, quando a lei considerada aplicável pelas regras de conexão é refutada no caso concreto por ser incompatível com os princípios fundamentais ou valores básicos da justiça do foro. Esse afastamento caracteriza-se como o efeito negativo da exceção, o qual é seguido de um efeito positivo, tal seja a aplicação da *lex fori*.

Por sua vez, as normas imperativas, conhecidas pelos franceses como *lois de police* limitam, assim como a ordem pública, a aplicação de leis estrangeiras. A doutrina francesa as define como um conjunto de normas consideradas de aplicação imediata, cujo conteúdo é de domínio exclusivamente

¹⁷ DOLINGER, Jacob, *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1979, pp. 329 – 330.

¹⁸ STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 449.

¹⁹ STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996, pp. 449 – 460.

interno, por proteger a organização política, econômica e social do país. Conceitualmente, é difícil diferenciar as normas imperativas dos princípios de ordem pública. Em termos práticos, a diferença reside em sua aplicabilidade. Enquanto a ordem pública é aventada sob forma de exceção, *a posteriori*, as normas imperativas são aplicadas de plano, antes mesmo que sejam utilizadas as regras de conexão para definir a lei aplicável.

Assim como para a ordem pública, a observação das normas imperativas é também realizada por discricionariedade dos juízes, que determinam a aplicação da *lex fori* em detrimento da lei estrangeira. Por esse motivo, a questão é extremamente controvertida e o baixo grau de previsibilidade nesses casos prejudica a segurança jurídica dos contratos.²⁰

b. Limites Estratégicos

Os chamados limites estratégicos ao poder de escolha das partes do direito aplicável ao contrato dizem respeito à essência internacional do contrato e à pertinência da lei escolhida pelas partes.

Quanto à essência do contrato, para que seja observado o princípio da autonomia da vontade é necessário que o contrato seja internacional e não de direito interno. Em outras palavras, ele deve estar ligado a pelo menos dois ordenamentos nacionais diferentes, senão é irrelevante se falar em escolha da lei aplicável.

Da mesma forma, a lei escolhida pelas partes deve ser pertinente à matéria do contrato internacional. Isso significa que as partes devem escolher como lei aplicável aquela que guarde alguma relação com o contrato, sob pena de ineficácia por motivo de falta de legítimo interesse das partes ou ainda fraude à lei.²¹

²⁰ ARAÚJO, Nádia de, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 95 – 101.

²¹ BASSO, Maristela, *A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio*, in Baptista, L.O.; Huck, H.M. e Casella, P.B. (org.) *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof Irineu Strenger*, São Paulo: Ltr, 1994, pp. 54 – 55.

c. Os Contratos sem Lei e a *Lex Mercatoria*

Superada a questão dos limites impostos indiretamente à autonomia da vontade por conta dos princípios de ordem pública e das normas imperativas internas, que afastam a aplicação de leis estrangeiras, discorreremos sobre outras limitações, que pretendem conter concepções mais libertárias acerca do princípio da autonomia da vontade.

Via de regra, as partes, ao estabelecerem a lei aplicável ao contrato, indicam normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico nacional. No entanto, discute-se a possibilidade de as partes elegerem regras decorrentes não de um ordenamento jurídico, mas dos costumes daqueles que participam do comércio internacional, as quais, sistematizadas, constituem a chamada “*Lex Mercatoria*”. Ou ainda, discute-se sobre a absoluta auto-regulamentação das partes, através de uma autonomia da vontade ilimitada, a qual permitiria as partes contratar livremente a ponto de celebrar os chamados contratos sem lei.

Alguns autores, adeptos da corrente subjetivista – oportunamente abordada – sustentam a tese de que a prerrogativa conferida às partes de auto-regulamentar seus interesses através dos contratos internacionais transcende a mera possibilidade de indicação da lei aplicável. Para essa parte da doutrina, a dinâmica e a complexidade dos negócios internacionais exigem uma flexibilidade maior por parte dos instrumentos contratuais. Isso significa que as partes, fundadas no princípio da autonomia da vontade, poderiam submeter o contrato celebrado não a um ordenamento jurídico soberano escolhido por eles, mas a princípios ou costumes da prática comercial internacional. No entanto, essa posição só pode ser adotada por aqueles que entendem a autonomia da vontade como absoluta, ou seja, cuja existência independa da previsibilidade legal conferida por um dado ordenamento jurídico.²²

Aludida por Maristela Basso, a doutrina majoritária, entretanto, repudia essa tese, na medida em que os preceitos de ordem pública e as normas imperativas limitam e condicionam a autonomia da vontade das partes. Ainda, em

²² BASSO, Maristela, *A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio*, in Baptista, L.O.; Huck, H.M. e Casella, P.B. (org.) *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof Irineu Strenger*, São Paulo: Ltr, 1994, pp. 54 – 56.

termos práticos, admitir os contratos sem lei significa assumir um risco contratual irresponsável, pois são as normas internas de cada país que reconhecem ou admitem a existência da autonomia das partes em escolher a lei aplicável ao contrato por elas celebrado. Em outras palavras, sem amparo em nenhuma lei nacional, a autonomia da vontade carece de legitimidade.

Outrossim, a mesma autora, alertando sobre os potenciais problemas dos contratos sem lei, enfatiza que somente a lei pode impedir que a auto-regulamentação dos interesses privados produza desigualdades contratuais, mas quais a parte economicamente mais forte subjulgue os interesses da mais frágil. Em suas palavras, “(...) somente a lei pode garantir não só o equilíbrio da relação contratual, como também os interesses de terceiros (...)”.²³

Ainda na esteira dos contratos desvinculados de qualquer ordenamento jurídico estatal. Discute-se a possibilidade de as partes elegerem como lei do contrato as regras advindas dos usos e costumes do comércio, que compilados formam a chamada *Lex Mercatoria*.

Há discussões na doutrina acerca das fontes, do conteúdo e da aplicabilidade da *Lex Mercatoria*. Segundo Irineu Strenger, existem três correntes na doutrina que admitem a existência do instituto. A primeira delas afirma que a *Lex Mercatoria* é ordem jurídica autônoma, independente de qualquer ordenamento jurídico e criada tão somente a partir dos usos e costumes do comércio internacional. A segunda corrente entende que o instituto é uma alternativa ao ordenamento jurídico aplicável no caso de um litígio em matéria de comércio internacional. Finalmente, a terceira, majoritária, afirma que a *Lex Mercatoria* é um corpo de regras do comércio internacional, que atua de forma complementar ao ordenamento aplicável.²⁴

De qualquer forma, entende-se que as principais fontes da *Lex Mercatoria* são alguns princípios gerais do direito contratual, como a boa-fé e a *pacta sunt servanda*, assim como as regras gerais de comércio editadas pelas grandes associações internacionais do comércio, com destaque para a Câmara de Comércio Internacional de Paris. Ainda, entidades como a Uncitral – Comissão

²³ BASSO, Maristela, *A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio*, in Baptista, L.O.; Huck, H.M. e Casella, P.B. (org.) *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof Irineu Strenger*, São Paulo: Ltr, 1994, p. 56

²⁴ STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996, pp. 669 – 675..

das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional e o UNIDROIT exercem importante papel no desenvolvimento do instituto, uniformizando as regras e práticas do comércio internacional, que, por sua vez, são incorporadas pelos ordenamentos estatais que as reconhecem.²⁵

Portanto, partindo do posicionamento da corrente majoritária, que entende a Lex Mercatoria como um conjunto de regras complementares ao ordenamento interno aplicável, podemos afirmar que sua aplicabilidade é condicionada pela lei interna e a ela não pode contrariar. Isso implica, nas palavras de Beat Walter Rechterner, que “(...) uma decisão proferida diretamente com base na Lex Mercatoria é contrária à lei, mesmo quando as partes a tenham escolhido como o direito aplicável”.²⁶

d. O *Dépeçage*

Conforme o *Glossaire de Droit International Privé*:

O *dépeçage* ou fracionamento é um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo próprio sistema de DIPr, pois a substância pode ser regida por uma lei, enquanto a capacidade das partes será regida por outra. No segundo, as partes têm a faculdade de determinar que o contrato será regido por mais de uma lei.²⁷

Em termos práticos, isso quer dizer que, por vontade das partes, em um mesmo contrato a lei de um país pode tratar da competência das partes, enquanto que uma lei de outro ordenamento distinto pode cuidar da forma dos atos praticados. No entendimento de Martistela Basso e da doutrina majoritária esse mecanismo é possível. Entretanto, no momento da escolha dos ordenamentos jurídicos aplicáveis ao contrato, as partes devem atentar para a manutenção de uma harmonia legal, ou seja, os diferentes ordenamentos não

²⁵ RECHTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 70 – 80.

²⁶ RECHTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2005. p 71.

²⁷ *Glossaire de Droit International Prive*. Bruxelas, Bruylant: 1992, p. 123.

podem produzir um conjunto contraditório, o que para ela é extremamente difícil evitar.²⁸

A Convenção de Roma dedicou dois artigos ao tema, permitindo a sua prática tanto pela escolha expressa das partes como pelo próprio juiz no caso de omissão:

Art. 3º, § 1º – (...) le parti possono designar ela legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto de esso.

Art. 4º - Nella mistura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell'articolo 3, il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto. Tuttavia, qualora una parte del contratto sai separabile dal resto e presenti um collegamento più stretto com um altro paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi, in via eccezionale, la legge di quest'altro paese.

3. As Convenções Internacionais

A tendência de modernização e uniformização das regras gerais de comércio internacional e ao mesmo tempo dos diferentes elementos de conexão presentes no direito internacional privado interno, pretende dinamizar e ao mesmo trazer segurança jurídica para as relações comerciais internacionais. Nesse sentido, a defesa do princípio da autonomia da vontade das partes em escolher a lei aplicável aos contratos internacionais detêm singular importância. Para tanto, as convenções internacionais possuem um papel único, positivando os ensinamentos da vanguarda doutrinária e abrindo caminho para as alterações das regras internas de direito internacional privado.

A Conferência de Haia produziu algumas convenções que trataram do tema autonomia da vontade em contratos internacionais. A primeira delas foi a Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis de 1955:

Art 2º, § 1º - A venda é regida pela lei interna do país designado pelas partes contratantes.

²⁸ BASSO, Maristela, *A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio*, in Baptista, L.O.; Huck, H.M. e Casella, P.B. (org.) *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof Irineu Strenger*, São Paulo: Ltr, 1994, pp. 52 – 53.

Posteriormente, pretendendo atualizar a Convenção de 1955, foi editada em 1986 a Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda de Mercadorias, que, no entanto, não entrou em vigor. Apesar disso, contribuiu em termos doutrinários com a evolução do instituto, ao prever em seu artigo 7º a possibilidade da escolha da lei aplicável pelas partes a apenas uma parte do contrato, assim como os limites de aceitação do princípio por questões de ordem pública.

Em 1980, por sua vez, foi finalizada a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional. A referida convenção foi editada na tentativa de uniformizar as regras de comércio pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL, que se dedicou ao estudo do tema. Essa convenção entrou em vigor em 1988 e manteve o posicionamento favorável ao princípio da autonomia da vontade:

Art. 6º - As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo no disposto no artigo 12, derogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhes os efeitos.

Art. 7º - 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 não implica a escolha do direito aplicável.

Outro diploma que também desempenhou papel fundamental na uniformização do Direito Internacional Privado e na evolução do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais foi a Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. Em seu artigo 3º, caput é prevista a autonomia da vontade:

Art. 3º - Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti.

Embora restrita aos países da União Européia, a convenção substituiu as regras internas de conexão dos países signatários e passou a ser aplicável também nos casos em que, por regra de conexão, a lei de um dos países signatários fosse a aplicável em qualquer foro.²⁹

Finalmente, o Instituto para Unificação do Direito Privado – UNIDROIT também exerce importante papel na uniformização das práticas comerciais internacionais. Desde 1926, o instituto trabalha pela unificação do direito privado interno de cada país e, em 1994, publicou-se um estudo contendo cento e vinte artigos comentados, intitulado *Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais*. O objetivo principal desse conjunto de princípios é servir de parâmetro para os contratantes internacionais e ao mesmo tempo fonte de direito para os julgadores ao se depararem com um contrato internacional do comércio. Um dos primeiros artigos prevê a possibilidade das partes escolherem a lei aplicável ao contrato internacional.³⁰

IV – RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO PELO DIREITO NORTE-AMERICANO

1. Noções Gerais – *Conflicts of Law* e o Sistema Unilateral de Escolha da Lei Aplicável.

Nos Estados Unidos da América a disciplina de Direito Internacional Privado é chamada de *Conflicts of Law*, cujo nome remete a idéia de conflito de leis no espaço. A grande peculiaridade da disciplina *Conflicts of Law* no direito norte-americano é que são estudados não só os conflitos de lei em âmbito internacional, como também os conflitos interestaduais, matéria que no direito brasileiro é abordada pelo Direito Processual Civil e conhecida como conflitos de competência territorial. Essa importante diferença do sistema jurídico norte-americano decorre do seu próprio pacto federativo, o qual confere maior

²⁹ LESGUILLONS, Henry. *A Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais*, in Baptista, L.O.; Huck, H.M. e Casella, P.B. (org.). *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof Irineu Strenger*, São Paulo: Ltr, 1994, pp. 177 – 181.

³⁰ ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 133 - 153.

competência legislativa aos estados, enquanto que no Brasil o maior âmbito de competência legislativa é atribuído à União.³¹

Igualmente, para que se possa entender a aceitação e a aplicação do princípio da autonomia da vontade pelo Direito Internacional norte-americano, faz-se necessário um breve resumo acerca do chamado *sistema unilateral* de escolha da lei aplicável, o qual se contrapõe ao *sistema multilateral*, característico do direito brasileiro. Enquanto que nesse último utiliza-se o método conflitual, através do qual se determina a lei aplicável ao contrato por meio da análise das regras ou elementos de conexão. Nos países adeptos do sistema unilateral, como é o caso dos EUA hoje, a norma interna de Direito Internacional Privado não prevê a aplicação de uma lei estrangeira, mas privilegia, *a priori*, a aplicação da *lex fori*, apenas delimitando o seu domínio de atuação. Em outras palavras, o que existe no *Conflicts of Law* norte-americano é uma defesa dos interesses do foro em detrimento dos *objetivos transjurisdicionais*, como afirma Gene Shreve, comentando acerca da teoria desenvolvida por Brainerd Currie e chamada *interest analysis*:

*"In a unilateral approach, the sovereign jurisdiction entertaining the particular case may sacrifice the transjurisdictional goals of comity, reciprocity, and uniformity in order to recognize local interests and advance them by the decision."*³²

Portanto, para os tribunais norte-americanos a resolução de um conflito de lei internacional ou mesmo interestadual não se trata tão somente de uma questão de escolha da lei aplicável, em observância a determinadas regras de conexão. Pelo contrário, o julgador verifica no caso concreto os potenciais resultados produzidos por cada lei em tese aplicável e escolhe aquela que traz a solução ou produz o resultado material mais adequado ao caso. Por esse motivo, o âmbito de discricionariedade do julgador é muito maior.³³

³¹ FERRERI, Janice Helena. *Por uma nova Federação*. Coordenador: Celso Bastos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 20-22.

³² SHREVE, Gene R., *The Odds Against Teaching Conflicts*, University of Toledo Law Review, p. 587

³³ ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 29-30.

2. O *Restatement of The Law Second, Conflicts of Law* e a Aceitação do Princípio

Historicamente, o tema *conflicts of law* ganhou sua primeira importante contribuição nos EUA em 1872 com a obra “*On the Conflicts of Law*” do Juiz da Suprema Corte, Joseph Story. Segundo ele, a lei aplicável aos contratos internacionais é a *lex loci celebrationis*, mas, quando a obrigação é executada em outro país, a *lex loci executionis*. Logo em seguida, Joseph Beale foi nomeado pela *American Institute of Law* para a elaboração de um sistema único para a determinação da lei aplicável nos casos de *conflicts of law*. Estabeleceu como regra única a *lex loci celebrationis*. Esse sistema foi chamado de “*Restatement of The Law First, Conflicts of Law*” e serviu por décadas como importante fonte de direito para os tribunais norte-americanos na solução de conflitos de lei.³⁴

Posteriormente à edição do *Restatement First*, tanto a doutrina e a jurisprudência, no entanto, trataram do tema de maneira extremamente divergente. Enquanto alguns ainda se posicionavam a favor da *lex loci celebrationis*, outros importantes juristas como Cook e Lorenzen dividiram-se entre a *lex loci executionis* e a *lex voluntatis*. Essas discussões seguiram durante décadas e culminaram na edição do “*Restatement of The Law Second, Conflicts of Law*”, por Willis Reese, o qual prevê a possibilidade da escolha da lei aplicável pelas partes e a dúplici limitação a essa prerrogativa.³⁵

Em seu parágrafo 186, o *Restatement Second* estabelece que a matéria do contrato seja regulada pela lei escolhida pelas partes, senão vejamos:

§ 186 – *Issues in contract are determined by the law chosen by the parties in accordance with the rule of § 187 and otherwise by the law selected in accordance with the rule of § 188.*

Outrossim, o parágrafo 187 do referido diploma prevê que a lei escolhida pelas partes para regular o contrato celebrado deve ter relação substancial com as partes ou com o próprio negócio ou ainda algum outro fundamento relevante para não ser declarada ineficaz. Ademais, o mesmo

³⁴ ARAÚJO, Nádja de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 66 – 71.

³⁵ STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996, pp. 678 – 679.

parágrafo estabelece uma segunda limitação a essa liberdade de escolha, a qual não pode ser contrária a uma *fundamental policy* do foro, cuja noção é similar a da prevalência das normas imperativas sobre a autonomia da vontade, tema abordado em capítulos anteriores. *In verbis* (grifo nosso):

§ 187, I – The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.

II – The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either:

a) The chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or

b) Application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue³⁶ and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

III – In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.

Por sua vez, o parágrafo 188 do *Restatement Second* determina que o contrato seja regido pela lei que mantém a relação mais próxima e significativa com o negócio celebrado e com as partes, no caso de ausência de escolha expressa da lei pelas partes. Os critérios para definir a lei mais apropriada nesses casos, estão enumerados no próprio diploma, como segue:

§ 188, I – The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most

³⁶ O critério de *fundamental policy* do direito norte-americano não pode ser confundido com o de ordem pública do direito brasileiro. Assim como na França, os EUA diferenciam ordem pública de normas imperativas, na qual se inserem as *fundamental policies*, pois muitas vezes a aplicação da lei definida pelas partes não é necessariamente contrária à ordem pública, ainda que contrária a certas políticas de estado onde a ação foi proposta. Ver ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 76 – 77.

significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in § 6.

II – In the absence of an effective choice of law by the parties, the contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:

(a) the place of contracting,

(b) the place of negotiation of the contract,

(c) the place of performance,

(d) the location of the subject matter of the contract, and

(e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.

É facilmente percebível pela leitura dos referidos parágrafos do *Restatement Second* a opção do direito norte-americano pelo *sistema unilateral* de determinação da lei aplicável e a influência da teoria do *interest analysis*. Tanto é verdade que o principal objetivo do diploma foi estabelecer regras e critérios que possibilitem a determinação, caso a caso, da melhor lei a ser aplicada ao contrato. Para isso, conforme a teoria do *interest analysis*, procurou-se delimitar o âmbito de aplicação da lei estrangeira e ao mesmo tempo da *lex voluntatis*, ao estabelecer regras que fazem prevalecer a *lex fori* em razão das *fundamental policies*, ou seja dos interesses maiores do local do foro.³⁷ Ao mesmo tempo, tanto na hipótese de ausência como de escolha da lei pelas partes, o *Restatement Second* definiu regras para que a lei escolhida ou determinada pela própria lei seja aquela que guarda relações mais íntimas e significativas com as partes e com o próprio negócio celebrado.³⁸ Nesse sentido, é importante mencionar a teoria do *most real connection*, proposta por Westlake e incorporada ao referido diploma:

“The proper law of the contract is the law of the country with which the contract has its most real connection.”³⁹

³⁷ ARAÚJO, Nádya de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 70 – 77.

³⁸ TETLEY, William. *Maritime Law - Conflicts of Law Rules: How they Can Unify*. (online)

Disponível via: www.mcgill.ca/files/maritimelaw/Spain_speech_web_April8_2005.pdf. Acesso em: 22 agosto 2006.

³⁹ WESTLAKE. *A Treatise on Private International Law, with Principal Reference to its Practice in England*, 2 Ed., 1880, sect. 201 at p. 237.

Finalmente, diversos julgados acerca da aceitação do princípio da autonomia da vontade se tornaram célebres na jurisprudência norte-americana. Abaixo segue o resumo de alguns deles:

- a. *Lauritzen v. Lauren (1953)* – Caso em que um marinheiro dinamarquês ingressou na tripulação de uma embarcação também dinamarquesa, assinando um contrato regido por lei dinamarquesa. Após sofrer acidente de trabalho dentro da embarcação em mares territoriais cubanos, o marinheiro ajuizou uma ação de indenização no foro do Estado de Nova York. A corte entendeu que a lei aplicável seria a dinamarquesa, porquanto fora escolhida pelas partes e não feria nenhum interesse maior do local do foro.
- b. *Siegelman v. Cunard White Star (1955)* – Caso em que um passageiro morreu a bordo do navio da companhia Cunard White Star. No verso da passagem havia uma cláusula permitindo ao passageiro a escolha da lei aplicável no caso de conflitos contratuais. O tribunal entendeu pela aplicação da lei inglesa, onde se encontrava a sede da empresa, afirmando que a autonomia do passageiro em escolher a lei aplicável no verso da passagem não foi exercida e, portanto, aplicou-se a lei mais intimamente ligada ao negócio.
- c. *Pritchard v. Norton (1956)* – Caso de um contrato celebrado no Estado de Nova York para ser executado em Louisiana, que, no entanto, era inválido pelas leis de Nova York. O tribunal desse estado aplicou a lei de Louisiana, afirmando que as partes não tinham a intenção de celebrar contrato inválido.
- d. *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co (1972)* – Caso em que o foro de eleição pelas partes, a Suprema Corte de Londres, foi desconsiderado para o análise do contrato de frete. O tribunal de Tampa Bay rejeitou o pedido de uma das partes de reenvio da ação à justiça Inglesa, afirmando que ela não guarda qualquer relação com as partes ou com o caso e, portanto, não deveria ser considerada competente.
- e. *Wood Brothers v. Walker Adjustment Bureau (1979)* – Caso em que a Suprema Corte do Colorado definiu como aplicável a *lex fori* em razão da significativa relação que a lei mantém com o objeto da causa.

V – RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO PELO DIREITO BRASILEIRO

1. Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.

A recepção da autonomia da vontade nos contratos internacionais pelo direito brasileiro remete ao Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que, em seus artigos 4º e 5º, consagrou a *lex loci executionis*:

Art. 4º - Os contratos comerciais ajustados em país estrangeiro mas exeqüíveis no Império, serão regulados e julgados pela legislação comercial no Brasil.

Art. 5º - Presumem-se contraídas, conforme a legislação do Brasil, as dívidas entre brasileiros em país estrangeiro.

Na doutrina, dois juristas tiveram especial destaque no estudo do tema, ainda no século XIX. O primeiro deles foi Pimenta Bueno, que ao tratar das regras de conexão, consagrou o princípio da *locus regit actum*, ou seja, para ele a forma dos atos é regida pelo lugar onde são executados e, conseqüentemente, as questões materiais seguiriam essa mesma lógica. Acerca da autonomia das partes em escolher a lei aplicável ao contrato, posicionou-se contrário a idéia, reafirmando a *locus regit actum*.⁴⁰ Outro jurista que se dedicou ao tema e trouxe enormes contribuições para a disciplina de Direito Internacional Privado foi Teixeira de Freitas, no seu Esboço ao Código Civil. O jurista defendeu a existência de duas regras de conexão para os contratos internacionais: a *locus regit actum* para a forma e a *lex loci executionis* para os efeitos e conteúdo do contrato. Esse posicionamento está positivado no artigo 1962 do seu Esboço ao Código Civil.⁴¹

Finalmente, em 01 de janeiro de 1916, o tema ganhou importância legislativa com a publicação da Lei 3071/16 – Lei de Introdução ao Código Civil (LICC/1916), de autoria de Clóvis Beviláqua. O diploma legal adotou, em seu artigo 13, *caput*, a *lex loci contractus* como regra geral para determinar a lei

⁴⁰ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro, Typographia Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863. pp. 112 – 113.

⁴¹ ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 95.

aplicável às obrigações de caráter internacional, enquanto que previu hipóteses de aplicação exclusiva da lei brasileira em seu artigo 13, parágrafo único:

Art. 13 – Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.

Parágrafo único – Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

- I – Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exeqüíveis no Brasil;
- II) As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro;
- III) Os atos relativos a imóveis situados no Brasil;
- IV) Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

Após a publicação da Lei 3071/1916, seguiu-se um grande debate entre a doutrina, motivado pela expressão *salvo estipulação em contrário*, contida no artigo supra mencionado. Para parte dos autores, a expressão permitiria a *lex voluntatis*, ainda que para alguns como Rodrigo Otávio e Machado Villela, somente em caráter supletivo e limitado. Enquanto isso, outros doutrinadores mantinham-se contrários a adoção do instituto.⁴²

Dentre aqueles contrários, destacou-se Pontes de Miranda, que rechaçou o instituto da autonomia da vontade no plano internacional, chegando ao ponto de inadmitir sua existência. Para ele, a expressão contida no artigo 13 da LICC/1916, que conferiu as partes livre estipulação, não se referia à escolha da lei aplicável ao contrato entabulado, mas tão somente à possibilidade das partes auto-regulamentarem seus interesses em relação ao direito material.⁴³ Em suas próprias palavras:

“(…) se a própria lei imperativa diz que as partes podem optar por outra lei, não perde, com isso, seu caráter imperativo: a lei escolhida será lei-conteúdo, e nada mais do que isso.”⁴⁴

Haroldo Valladão, no entanto, entendia que o artigo 13 do referido diploma autorizava expressamente a possibilidade de escolha da lei aplicável

⁴² ARAÚJO, Nádya de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 91 – 104.

⁴³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Internacional Privado*, tomo I, vol II. Rio de Janeiro. Livraria José Olímpio Editora, 1935. pp. 541.

pelas partes, sem quaisquer limitações quanto ao caráter da lei. Explicava que o motivo da divergência doutrinária era uma confusão generalizada entre os conceitos de lei material, regra de conexão e regra de Direito Internacional Privado. Para ele, a autonomia das partes possuía chancela legal conferida pela própria regra interna de DIPRI contida no artigo 13 da LICC/16 e, portanto, teria eficácia plena. Prevalendo mesmo nos casos de leis imperativas.⁴⁵

Por sua vez, Eduardo Espínola criticou a comentada expressão *salvo estipulação em contrário*, afirmando que uma análise superficial poderia levar a conclusão equivocada de que a regra geral do artigo 13 permitiria às partes escolherem a lei aplicável sem quaisquer limitações. Caso nada estipulassem, ou seja, em caráter subsidiário, valeria a *lex loci celebrationis*. O jurista era defensor da autonomia da vontade, desde que restrita a matérias regulamentadas por lei em caráter supletivo, interpretativo ou facultativo. Portanto, diferentemente de Valladão, no caso de matérias de caráter imperativo, prevaleceria a *lex loci celebrationis*.⁴⁶

Acerca dessa discussão sobre a vontade do legislador e o significado da referida expressão, ainda é importante esclarecer que Clóvis Beviláqua, autor da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, era conhecido defensor do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais. *In verbis*:

“A verdadeira opinião parece-me aquela que, em primeiro lugar, atende à autonomia da vontade. Certamente não se erige o querer individual em força dominadora, cujo império desfaça as determinações das leis. De modo algum. A vontade individual, para produzir efeitos jurídicos tem de colocar-se sob a égide da lei, da qual retira todo a sua eficácia social. Colocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, conseqüentemente, lhe deve ser permitido, ns relações internacionais, escolher a lei a que se subordinem as obrigações, livremente contraídas.”⁴⁷

⁴⁵ VALADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, vol. I. 3ª ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. pp. 363 – 364.

⁴⁶ ESPÍNOLA, Eduardo, *Elementos de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 2ª ed., 1925, pp. 658 – 659.

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Ed. Freitas Bastos, 1944, p. 358.

De qualquer forma, a redação vaga e ambígua do artigo 13 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 permitiu inúmeras interpretações e posicionamentos diversos com relação à recepção do princípio pelo direito brasileiro, que persistiram até sua revogação.

2. Lei de Introdução ao Código Civil de 1942

A Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 foi substituída em 04 de setembro de 1942 pelo Decreto-Lei 4657, que instituiu a nova lei (LICC/1942), vigente até o momento. O novo diploma trouxe mudanças substanciais para o Direito Internacional Privado, especialmente com relação à aceitação da autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. Essa mudança se deu com a supressão da controvertida expressão *salvo estipulação em contrário*, contida no artigo 19 da antiga LICC. O tema passou a ser regulado pelo artigo 9º da nova lei:

Art. 9º - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que 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.

A supressão da expressão que causou controvérsia na vigência da LICC/1916 não pacificou a questão em análise. Pelo contrário, enquanto alguns doutrinadores, ainda que defensores da *lex voluntatis*, passaram a entender que o novo diploma teria expressamente vedado a possibilidade de escolha da lei pelas partes, outros continuaram a defender a validade do instituto, afirmando que a nova LICC não trouxe reais mudanças à matéria. Da mesma forma, aqueles doutrinadores outrora contrários à possibilidade de recepção do princípio pelo direito brasileiro, fortaleceram seu entendimento.

Segundo o posicionamento de doutrinadores como Oscar Tenório e Wilson Batalha, defensores da autonomia da vontade no plano internacional, a mudança trazida pela Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, em seu artigo 9º não mais permite, de forma alguma, a aplicação do referido instituto no DIPRI brasileiro. Para ambos, a liberdade das partes em escolher a lei aplicável só é possível se prevista e chancelada pelo direito interno, o que não mais ocorre com a vigência da nova lei.⁴⁸

Conforme exposto no item anterior, Haroldo Valladão faz parte da corrente favorável à ampla aplicação do princípio. Para o jurista, a prerrogativa da escolha da lei pelas partes não poderia simplesmente desaparecer com a edição da nova LICC. Em seu entendimento, o verbo *reputa-se*, utilizado no §2 do artigo 9º da LICC/1942, manteve o posicionamento anterior de que a *lex loci celebrationis* seria aplicada somente nos casos em que as partes nada estipulassem.⁴⁹

Por sua vez, os autores que outrora eram contrários ao instituto, fortaleceram seu posicionamento com a supressão da expressão *salvo estipulação em contrário*. Amílcar de Castro, seguindo os passos de Pontes de Miranda nega a existência da autonomia da vontade no plano internacional. Para o autor, as partes detêm liberdade somente para escolher o local onde celebrar o contrato e, assim, submeterem-se as suas leis. Entretanto, não são dotados de autonomia para escolher uma lei diferente da *lex loci celebrationis*.⁵⁰

Em suma, independente do posicionamento da legislação brasileira, Nádia de Araújo afirma que estão presentes na doutrina brasileira três grandes correntes, cujos posicionamentos divergem com relação à aceitação da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado. A primeira delas engloba os autores contrários ao instituto, como bem citamos Pontes de Miranda e Amílcar Castro. A segunda, sustentada por autores como Rodrigo Otávio e Eduardo Espínola, são favoráveis ao instituto desde que limitado às regras supletivas. A última compreende doutrinadores como Haroldo Valladão e Clóvis

⁴⁸ TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*. 11ª ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. pp. 326 – 342.

⁴⁹ VALADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, vol. I. 3ª ed. ver. E atual. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974. pp. 363 – 364.

⁵⁰ CASTRO, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., com notas de Osiris rocha, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987.

Beviláqua, que aceitam mais amplamente a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado.⁵¹

Finalmente, a doutrina contemporânea tem seguido tendências mundiais e se posicionado favoravelmente ao princípio. É relevante ressaltar o entendimento de Jacob Dolinger, que afirma a prevalência da autonomia da vontade das partes, observados e respeitados os limites da ordem pública. Da mesma forma, o autor conclui que a opção de legisladores como o brasileiro de consagrar a *lex loci celebrationis* é explicada pela existência de uma vontade implícita nas partes de escolher a lei do local onde a obrigação foi, por vontade delas, contratada.⁵²

Portanto, as discussões doutrinárias contemporâneas no Brasil ultrapassaram o âmbito de aceitação da autonomia da vontade nos contratos internacionais e têm se preocupado em tratar dos limites impostos ao instituto pelas questões de ordem pública e normas imperativas, abordadas anteriormente em capítulo próprio. Na visão de Irineu Strenger:

Não seria procedente nem sustentável desenvolver a noção de autonomia da vontade sem considerar o elemento de legalidade que se alia à ação volitiva individual, visto que indiscutível a força das leis imperativas na limitação e condicionamento do domínio da autonomia. Esses obstáculos se estendem ao terreno do direito internacional privado no tocante às exceções à aplicação do sistema estrangeiro, compreendendo a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes, de acordo com o nosso direito positivo, bem assim à fraude no plano da internacionalidade do indivíduo.⁵³

3. A Influência das Convenções Americanas sobre o Direito Internacional Privado no Direito Brasileiro

A primeira conferência americana que enfrentou o tema da lei aplicável aos contratos internacionais foi organizada no Peru entre os anos de 1877 e 1888, contudo o Brasil recusou o convite de participação. Seu resultado foi a

⁵¹ ARAÚJO, Nádya de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 117.

⁵² DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2001. pp. 171 – 173.

⁵³ STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 674.

edição do Tratado de Lima, o qual contemplou o tema em seus artigos 4º e 5º e consagrou a *lex loci executionis*:

Art. 4º - Os contratos celebrados fora da república serão julgados, quanto à sua validade intrínseca e efeitos jurídicos de suas estipulações, pela lei do lugar de sua celebração; porém, se esses contratos, por sua natureza ou por convenção das partes, tiverem de ser cumpridos precisamente na República, sujeitar-se-ão às leis desta. Em um e outro caso o modo de executá-lo se regulará pelas leis da república.

Art. 5º - As formas ou solenidades externas dos contratos ou de quaisquer outros atos jurídicos se regerão pela lei do lugar em que tenham sido celebrados.

As divergências decorrentes do Tratado de Lima motivaram a organização conjunta entre Argentina e Uruguai do Congresso de Montevideu em 1889, o qual contou com a participação do Brasil e pretendeu uniformizar as leis internas de Direito Internacional Privado dos países participantes. Produziu-se então o Tratado de Montevideu, do qual o Brasil não foi signatário e que consagrou por completo nos contratos internacionais a *lex loci executionis* em seus artigos 32 a 40. Aboliu assim a *lex loci celebrationis* contemplada no artigo 5º do Tratado de Lima, o que também prejudicou o *depéçage*.

Em 1940, na segunda edição do congresso, algumas mudanças foram propostas ao texto original de 1889, o qual, por sua vez, manteve-se praticamente intacto. Dentre as mudanças significativas trazidas pelo Tratado de Montevideu de 1940 podemos citar a previsão, pelo seu artigo 40, da *lex loci celebrationis* no caso de impossibilidade de determinação do lugar de execução do contrato. Iguamente a vedação ao princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, através do artigo 5º do Protocolo Adicional ao referido tratado.⁵⁴ *In verbis*:

Art. 40 – *Se riren por la ley del lugar de su celebración los actos y contratos em los cuales no pueda determinarse, a tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento.*

⁵⁴ ARAÚJO, Nádía de, Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 164 – 165.

Art. 5º - *La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que la autorice dicha ley.*

Posteriormente foram organizadas uma série de conferências pan-americanas ocorreram ao longo do final do século XIX e da primeira metade do século XX. A mais relevante em termos de contratos internacionais foi a Convenção de Havana em 1928, da qual decorreu o Código de Direito Internacional Privado – Código de Bustamante. Esse código, idealizado por Antonio Sanchez Bustamante, tentou reunir todos os temas de direito internacional privado em um único compilado e dessa forma uniformizar o DiPri de todos os países signatários. Por esse motivo trata-se de um diploma completo que, na opinião de Haroldo Valladão, fracassou ao tentar, utopicamente, abarcar e unificar tantos temas diferentes.⁵⁵ De qualquer forma, podemos destacar seu artigo 186, que estabelece como lei aplicável aos contratos internacionais, em regra, a lei comum às partes, e em caráter subsidiário, a *lex loci celebrationis*.

Art. 186 – Nos demais contratos, e para o caso previsto no artigo anterior, aplicar-se-á em primeiro lugar a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar da celebração.

Apesar das dúvidas quanto ao real significado da expressão *lei pessoal comum* ou *lei das partes* quanto a recepção da autonomia da vontade pelo Código de Bustamante, o próprio autor do diploma se posicionou a favor ao comentar seus artigos:

Nosotros entendemos que, sin perjuicio de examinar concretamente las reglas aplicables a cada uno de sus detalles, en cuanto a la esencia misma de los contratos y a sus estipulaciones y efectos deben prevalecer el criterio de la autonomía de la voluntad, o autarquía personal (...). El legislador debe inclinarse en materia de contratación ante la ley que las partes se dan a sí mismas (...). Ante el silencio

⁵⁵ VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1974, pp. 203.

*absoluto de la voluntad y la falta de todo elemento para conocerla, debe acudirse a una presunción.*⁵⁶

Finalmente, a partir da década de 1971, a Organização dos Estados Americanos – OEA realizou até a presente data seis conferências especializadas para a uniformização do Direito Internacional Privado, chamadas de CIDIPs – Conferências Especializadas Interamericanas sobre o Direito Internacional Privado. A primeira delas, CIDIP I, em 1975 no Panamá, seguida pela CIDIP II, em Montevideu, a CIDIP III, em La Paz, a CIDIP IV, em Montevideu, a CIDIP V, no México, em 1994 e a CIDIP VI, em Washington, em 2002.

Destaca-se entre elas a CIDIP V, dentro da qual se realizou a Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. O diploma permite em seus artigos 7º e 9º que as partes escolham, ainda que implicitamente, a lei aplicável ao contrato e, no caso de ausência de escolha, a eleição da lei que esteja mais intimamente ligada ao contrato celebrado.⁵⁷

Article 7 – The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same. Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.

Article 9 – If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties. The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations. Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract.

Pode-se ainda retirar dos artigos supra referidos a aceitação do *depeçage*, assim como a possibilidade de modificação posterior da lei escolhida

⁵⁶ ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais* – 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 173.

⁵⁷ FRIEDRICH, Tatiana Scheila. *Lei Aplicável aos Contratos Internacionais in Revista Brasileira de Direito Internacional* – Curitiba, v.2, n.2, jul/dez 2005. pp. 39 – 51.

pelas partes. Da mesma forma foi expressamente prevista no artigo 7º a diferença já comentada entre escolha da lei aplicável e eleição de foro.

4. Jurisprudência

Em que pese à importância do tema objeto do presente estudo, é parca a jurisprudência que trate do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais ou mesmo dos conflitos de competência internacional e os elementos de conexão. A questão é abordada pelos tribunais brasileiros sob o título “competência concorrente internacional” e a escolha da lei aplicável é normalmente confundida com a eleição de foro. Abaixo seguem quatro exemplos jurisprudenciais que tratam direta ou indiretamente da questão da autonomia da vontade, as limitações de ordem pública e a incidência dos elementos de conexão.

O primeiro julgado é o Recurso Especial em Agravo de Instrumento n.º 251.438/RJ, cujo relator é o Ministro Barros Monteiro da quarta turma do STJ. Trata-se de discussão em torno da competência da justiça brasileira para apreciação de litígio oriundo de um contrato internacional de garantia conhecido como “*performance bond*”. Nesse caso, as partes contratantes optaram por eleger explicitamente o foro e a lei de Nova York como aplicáveis ao contrato. No entanto, levada em juízo a questão, a turma julgadora do STJ manteve o entendimento das instâncias inferiores e se posicionou indiretamente contrária a autonomia da vontade, afirmando que *a competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes* e entendendo que o contrato de garantia era acessório ao de execução de serviços. Abaixo, a ementa:

EMENTA – RECURSO ESPECIAL N.º 251.438/RJ. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE CONVERSÃO DE NAVIO PETROLEIRO EM UNIDADE FLUTUANTE. GARANTIA REPRESENTADA POR “PERFORMANCE BOND” EMITIDO POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS. REL. MINISTRO BARROS MONTEIRO – QUARTA TURMA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O “*Performance bond*” emitido pelas empresas garantidoras é acessório em relação ao contrato de execução de serviços para a adaptação de navio petroleiro em unidade

flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás. Caso em que empresas as garantas se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes. Recurso especial, por unanimidade, não conhecido.

O segundo julgado é o Agravo de Instrumento n.º 70005228440, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator é o Desembargador Luís Augusto Coelho Braga. Trata-se de discussão acerca da incompetência da justiça brasileira em dirimir o conflito contratual em face da existência de cláusula de eleição de foro. O voto do relator faz menção ao artigo 1º da Conferência Especializada Interamericana sobre o Direito Internacional Privado realizada no México (CIDIP V), enquanto que o revisor Desembargador Mário José Gomes Pereira alude diretamente o princípio da autonomia da vontade, entendendo que o artigo 9º da LICC o excluiu expressamente. Dessa forma, rechaçada a prerrogativa da autonomia da vontade, deu-se provimento ao agravo e decidiu-se que a lei aplicável seria a uruguaia. Abaixo a ementa:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 70005228440/RS. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. JURISDIÇÃO CONCORRENTE. FORO DE ELEIÇÃO. ILÍCITO CONTRATUAL. REL. DESEMBARGADOR LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA – 19ª CÂMARA CÍVEL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.

O foro local não é o competente, eis que o contrato firmou a competência do Uruguai para eventual demanda, que ora se processa. Não há como se relativizar a competência do foro, eis que os agravados não são hipossuficientes – são autores de outras ações do porte que corre em primeiro grau -, podendo se deslocarem ao foro do Uruguai para se defenderem na demanda que ajuizaram contra o agravante. Agravo provido, por unanimidade.

O terceiro julgado é o Recurso Especial n.º 242.283/SP, cujo relator é o Ministro Humberto Gomes de Barros da terceira turma do STJ. Trata-se de discussão envolvendo empresa sediada nos EUA sobre a validade da cláusula de eleição de foro estrangeiro frente à questão de ordem pública. Nesse caso observa-se um posicionamento favorável a eleição de foro pelas partes e,

indiretamente, a escolha da lei aplicável, inexistindo questões de ordem pública. O relator afirma em seu voto que não há nenhuma vedação a eleição de foro nos contratos internacionais. O revisor, Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito, acompanhando o voto do relator, defende a liberdade negocial das partes e acrescenta: “(...) no momento em que restringirmos a possibilidade do foro internacional, estaremos limitando a capacidade negocial do País em um mundo que hoje, rapidamente processa os contratos em termos supranacionais (...)”

EMENTA – RECURSO ESPECIAL N.º 242.383/SP - PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282/STF E 211/STJ – REEXAME DE PROVAS E INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL – SÚMULAS 5 E 7 – JURISDIÇÃO INTERNACIONAL CONCORRENTE – ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO – AUSÊNCIA DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – VALIDADE – DIVERGÊNCIA NÃO-CONFIGURADA. REL. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS – 3ª TURMA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Em recurso especial não se reexaminam provas e nem interpretam cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7). A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos. Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário demonstrar analiticamente a simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementa ou súmula não basta. Recurso especial, por unanimidade, não conhecido.

Finalmente, o quarto e último julgado selecionado é o Recurso Extraordinário n.º 93.131-7/MG, cujo relator é o Ministro Moreira Alves. Trata-se de discussão acerca da lei aplicável a um contrato celebrado em Portugal e executado no Brasil. Os recorrentes pleiteavam a aplicação da lei inglesa, pois um contrato de financiamento assessorio ao principal foi assinado em Londres. O relatório menciona por duas vezes a vedação, por força do artigo 9º da LICC, à autonomia da vontade das partes em escolher a lei aplicável. Conforme o voto do relator decidiu-se pela *lex loci celebrationis*, ou seja, aplicação da lei portuguesa, com fulcro no artigo 9º da LICC.

EMENTA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 93.131-7/MG – EQUIPARAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA, APLICADA NO BRASIL, À LEGISLAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, PARA EFEITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO

EXTRAORDINÁRIO. DAÇÃO EM CUMPRIMENTO. SUB-ROGAÇÃO LEGAL. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS.

Inexistência de negativa de vigência do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. A lei estrangeira, aplicada por força de dispositivo de direito internacional privado brasileiro (na espécie, o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil), se equipara à legislação federal brasileira, para efeito de admissibilidade de recurso extraordinário. Não ocorrência, no caso, de dação em cumprimento (datio in solutum) e de sub-rogação legal. Negativa de vigência dos artigos 837, 592 e 593 do Código Civil Português. Recurso extraordinário, por unanimidade, conhecido e provido.

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a participação brasileira no comércio internacional permaneça em patamares próximos a 1% do volume global, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior tem como meta que 35% de todo o PIB nacional advinha do comércio exterior. Para que tal ambição se concretize é de extrema importância a otimização dos mecanismos e instrumentos envolvidos no processo de trocas comerciais internacionais, inclusive dos contratos de comércio internacional.⁵⁸

Os contratos internacionais, entendidos como instrumentos de realização do comércio global, definem, em âmbito supranacional, os termos, limites e condições dos negócios jurídicos celebrados. Por esse motivo, o poder conferido às partes de escolher, segundo seus interesses, o direito aplicável ao contrato, trás flexibilidade e segurança jurídica ao negócio entabulado.

Discorreu-se no presente trabalho sobre o avanço trazido pelas convenções de Direito Internacional Privado, com especial destaque para a CIDIP V realizada no México, que em sua Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais regulamentou o tema da autonomia da vontade em escolher a lei aplicável aos contratos internacionais de acordo com os anseios da doutrina majoritária contemporânea. Da mesma forma, foi abordado o tema na

⁵⁸ FURTADO, Clarissa. *Furlan Anuncia Diretrizes da Política Industrial*. Assessoria de Comunicação Social – Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível via: http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/ascom/noticias/noticia.php?cd_noticia=5470. Acesso em: 29 agosto 2006.

ótica do direito norte-americano, o qual também admite, dentro dos limites da ordem pública e normas imperativas, a aplicação do princípio para a determinação da lei aplicável aos contratos internacionais. O posicionamento norte-americano frente a essa questão tem raízes no sistema de conexão unilateral, que se baseia no critério da melhor lei para a definição do direito aplicável e, portanto, leva em consideração o melhor interesse das partes e a real intimidade do contrato e dos efeitos do negócio com a lei aplicável.

Muito embora tenha ficado claro, tanto nesse momento como em todo o presente estudo, a tendência mundial da uniformização das regras de conexão internas objetivando a segurança jurídica e a gradual aceitação do princípio da autonomia da vontade pelas regras internas de Direito Internacional de diversos ordenamentos jurídicos como forma de dinamizar as relações contratuais, no Brasil a questão continua regulamentada pela Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, que ainda consagra a *lex loci celebrationis* e, conforme o entendimento da doutrina majoritária, não admite a autonomia da vontade.

Outrossim, os poucos exemplos de julgados mostram ainda o equívoco cometido pelos tribunais brasileiros, confundido muitas vezes cláusula de eleição de foro com possibilidade de escolha da lei aplicável ao contrato.

Em suma, as questões relacionadas a autonomia da vontade no plano internacional, embora ainda inadmitidas e muitas vezes não compreendidas pela legislação e jurisprudência brasileira, detêm real importância no cenário mundial e seu avanço contribui para a celeridade, efetivação e segurança das relações de comércio no plano internacional.

VII - BIBLIOGRAFIA

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

ARAÚJO, Nádia de, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASSO, Maristela, *A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio*, in BAPTISTA, HUCK e CASELLA,

- Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas – Estudos em Homenagem ao Prof Irineu Strenger*, São Paulo: Ltr, 1994.
- BAPTISTA, Luiz Olavo, *Dos Contratos Internacionais: Uma Visão Teórica e Prática*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Ed. Freitas Bastos, 1944.
- BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1863.
- CASTRO, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., com notas de Osiris Rocha, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.
- DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed Renovar, 1995.
- DOLINGER, Jacob, *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Ed Renovar, 1979.
- FERRERI, Janice Helena. *Por uma nova Federação*. Coordenador: Celso Bastos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- FURTADO, Clarissa. *Furlan Anuncia Diretrizes da Política Industrial*. Assessoria de Comunicação Social – Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível via: http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/ascom/noticias/noticia.php?cd_noticia=5470. Acesso em: 29 agosto 2006.
- ESPÍNOLA, Eduardo, *Elementos de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 2ª ed., 1925;
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais*. in RODAS, João Grandino, *Contratos Internacionais*, 2ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Vários colaboradores.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil, 18ª Ed.*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- Glossaire de Droit International Prive*. Bruxelas, Bruylant: 1992.

- KUHN, João Lacerda. *A autonomia da vontade nos contratos do mercosul. Direito Internacional Privado*. Luiz Fernando Franceschini e Marcos Wachowicz (coords.). Curitiba: Juruá, 2001.
- LESGUILLONS, Henry. *A Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais*, in Baptista, L.O.; Huck, H.M. e Casella, P.B. (org.). *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof Irineu Strenger*, São Paulo: LTr, 1994.
- NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. 1ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. *A Monografia Jurídica*. 5ª. ed., rev., atu. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Internacional Privado*, tomo I, vol II. Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio Editora, 1935.
- RECHTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RODAS, João Grandino, *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais*. In, RODAS, João Grandino, *Contratos Internacionais – 2ª. ed.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- SHREVE, Gene R., *The Odds Against Teaching Conflicts*, University of Toledo. Law Review.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- STRENGER, Irineu, *Contratos Internacionais do Comércio – 3ª ed., rev. e ampl.*, São Paulo: LTr, 1998.
- STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1996,
- TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*. 11ª ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.
- TETLEY, William. *Maritime Law - Conflicts of Law Rules: How they Can Unify*. (online) Disponível via:

www.mcgill.ca/files/maritimelaw/Spain_speech_web_April8_2005.pdf.
Acesso em: 22 agosto 2006.

VALADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado; em Base Histórica e Comparativa, Positiva e Doutrinária, especialmente dos Estados Americanos. v.I. Introdução e parte geral*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974.

WESTLAKE. *A Treatise on Private International Law, with Principal Reference to its Practice in England*, 2ª ed., 1880, sect. 201.