

**UFPR - FACULDADE DE DIREITO**

**HARUO OKAMOTO**

**A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS  
CONTRATOS INTERNACIONAIS**

**CURITIBA  
NOVEMBRO DE 2004**

**HARUO OKAMOTO**

**A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS  
CONTRATOS INTERNACIONAIS**

**Trabalho de graduação apresentado  
como Monografia de Conclusão de  
Curso, do curso de Direito da  
Universidade Federal do Paraná.**

**Professora Tatyana Friedrich**

**CURITIBA  
NOVEMBRO DE 2004**

## SUMÁRIO

<i>RESUMO</i>	<i>1</i>
<i>1. INTRODUÇÃO</i>	<i>2</i>
<i>2. HISTÓRICO DA AUTONOMIA DA VONTADE</i>	<i>5</i>
<i>3. TEORIA GERAL DA AUTONOMIA DA VONTADE</i>	<i>10</i>
<i>4. A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO</i>	<i>14</i>
4.1. Lei de Introdução ao Código Civil de 1916	14
4.2. Lei de Introdução ao Código Civil de 1942	17
<i>5. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS</i>	<i>20</i>
<i>6. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO PRÉ- CONTRATO</i>	<i>26</i>
<i>7. ARBITRAGEM</i>	<i>28</i>
<i>8. CONCLUSÃO</i>	<i>33</i>
<i>REFERÊNCIAS</i>	<i>36</i>

## TERMO DE APROVAÇÃO

HARUO OKAMOTO

A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS  
CONTRATOS INTERNACIONAIS

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

Orientadora:

*Tatyana Friedrich*

Profa. Tatyana Friedrich  
Departamento de Direito Privado, UFPR

*Vera Cecília Abagge de Paula*

Prof. Dra. Vera Cecília Abagge de Paula  
Departamento de Direito ~~Privado~~ UFPR  
PÚBLICO

*Katya Kozicki*

Prof. Dra. ~~Katya~~ Kozicki  
Departamento de Direito ~~Privado~~, UFPR

PÚBLICO  
*KS*

Curitiba, 18 de outubro de 2004

## **RESUMO**

Monografia de conclusão do curso de Direito da UFPR, abordando o tema da Autonomia da Vontade Quanto à Lei Aplicável aos Contratos Internacionais no Brasil na presente época. Observa-se que nossa legislação é inegavelmente bastante confusa e omissa quanto à consagração ou não da autonomia da vontade. Em certas situações pré-contratuais, reputa-se presente o princípio. Ademais, na seara dos contratos com cláusula arbitral, tem se tornado pacífica a aceitação do princípio. Tem a presente compilação acadêmica o objetivo de demonstrar a presença ou não do princípio nos contratos internacionais, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

## 1. INTRODUÇÃO

Para o Direito Internacional Privado, autonomia da vontade significa permitir que as partes escolham a lei aplicável ao contrato internacional. Essa possibilidade só existe no contrato internacional, pois nos contratos internos não é possível determinar qual o sistema jurídico que vai resolver suas questões. Essa é uma característica marcante dos contratos internacionais, que os individualiza em relação aos contratos internos.

Embora a doutrina não seja pacífica, contrato internacional é aquele em que há um agente internacionalizante, seja ele uma das partes, o objeto ou o foro de execução.

RECHSTEINER<sup>1</sup>, afirma que a autonomia da vontade das partes, na seara do direito internacional privado, significa que as próprias partes podem escolher o direito aplicável. Ou seja, o elemento de conexão é a própria vontade manifestada pelas partes, vinculadas a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional.

A crescente preocupação da comunidade internacional com a harmonização e uniformização dos conflitos de lei na área dos contratos internacionais, justifica-se por ser esta uma área do direito de vital interesse no desenvolvimento do comércio mundial e na tendência de formação de blocos econômicos, que juridicamente se traduzem em processos integracionistas. Veja-se, por exemplo, a União Européia, Mercosul e Nafta.

Nas últimas décadas, os Estados vêm-se preocupando em atualizar e modernizar suas leis do direito internacional privado. O Brasil ainda não reconheceu a importância de uma adequação de seu sistema normativo.

Na atual Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) vigem regras consideradas pela doutrina como sendo obsoletas. Mesmo quando comparada com a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, a lei vigente é considerada inadequada.

---

<sup>1</sup> RECHSTEINER, B. W. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996. p. 235.

Recorde-se que a norma de 16 abordava de forma confusa o tema da autonomia da vontade, e a vigente norma de 42 é omissa com relação à matéria, gerando ainda mais incertezas.

O direito brasileiro ainda precisa atualizar-se e sair da inércia em que permanece no que se trata de direito internacional privado. Apesar de grandes projetos de alteração, como o de 1960, elaborado por HAROLDO VALADÃO - Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas, e do projeto de Lei de Aplicação das Normas Jurídicas (Projeto de Lei nº 4.905/95), nossa diploma normativo permanece o mesmo.

Por outro lado, nunca como nos dias que correm, a doutrina tem dado tanto realce à *lex mercatoria* como fonte de direito aplicável à contratação internacional. Embora não possa ser considerada como sendo um ordenamento supra-nacional, a *lex mercatoria* é um importante instrumento válido aos contratos internacionais. Uma de suas características é a observância do estipulado no próprio contrato. Ou seja, a autonomia da vontade será a criadora dos direitos e das obrigações.

Já com relação à arbitragem, a Lei 9307/96 traz a autonomia de vontade para a esfera das arbitragens internas e internacionais. Entretanto, não havia certeza jurídica de que a autonomia da vontade era de fato permitida. Essa certeza começa a surgir após uma decisão jurisprudencial de 2003 que será abordada no capítulo pertinente ao tema.

Também se torna relevante que se saiba qual a lei aplicável às situações pré-contratuais. Muitas vezes ocorrem situações litigiosas decorrentes pré-contrato, o qual pode ter sido concretizado ou não em contrato. Diante de tal quadro, o ordenamento jurídico deve ser capaz de indicar a lei incidente. No contexto do presente estudo, analisar-se-á se há ou não autonomia das partes na indicação da lei aplicável aos pré-contratos.

Além do exposto, o tema abordado é de suma relevância, ao tratar da autonomia da vontade nos contratos internacionais, tendo em vista o atual panorama econômico mundial. O comércio internacional se viabiliza juridicamente através dos contratos internacionais. Se direito brasileiro não apresentar um posicionamento uno e claro com relação à lei aplicável aos contratos internacionais, e com relação à possibilidade de escolha desta lei por

parte dos contratantes, ainda mais difícil será o papel do exportador brasileiro em suas empreitadas, visto que tal insegurança será adicionada ao já exorbitante Custo-Brasil.



## 2. HISTÓRICO DA AUTONOMIA DA VONTADE

A idéia de autonomia da vontade surge na Teoria Geral do Direito, num plano interno, com SAVIGNY, para quem a vontade do sujeito reina. A autonomia da vontade (submissão voluntária), segundo o autor, é objeto de acurada atenção, quando da formulação de sua teoria da jurisdição especial da obrigação, base para a determinação da lei aplicável.

Segundo pontua NÁDIA DE ARAUJO<sup>2</sup>, *“nessa época, é singular o fato de Savigny, além de ser o grande artífice da idéia de que o poder conferido a cada pessoa permite o predomínio de sua vontade e, por conseguinte, caracteriza o direito subjetivo.”* A noção de direito subjetivo nasce, portanto, do senso de liberdade contratual, do livre-arbítrio e da capacidade de escolha do indivíduo.

A organização da sociedade em Estados nacionais possibilitou maior liberdade contratual aos indivíduos, diferenciando uns dos outros, ao mesmo tempo em que todos puderam valer-se das normas aplicáveis à coletividade.

No Direito Internacional Privado, a idéia da autonomia da vontade surge com DUMOULIN, jurista francês do século XVI, baseado num caso clássico, o *Affaire Ganet*. Segundo AGENOR PEREIRA DE ANDRADE:

os Ganet haviam-se casado em Paris, sem qualquer declaração acerca do regime de bens no casamento. Nesta cidade, no silêncio das partes, o regime era o da comunhão de bens. Posteriormente, a mulher adquirira, por herança, bens na Bretanha, onde, no silêncio das partes, o regime era o da separação de bens.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 44.

<sup>3</sup> ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1983. p. 110.

DUMOULIN então introduziu o princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado ao afirmar que o contrato pode produzir efeitos fora do território, desde que as partes assim tenham previsto.

Nas palavras de HAROLDO VALLADÃO, o autor francês apontou que:

Em especial, para as matérias referentes ao fundo dos contratos e ao regime dos bens no casamento, as disposições que dependem da vontade das partes "quae pendent a voluntate partium" ou que por estas podem ser alteradas, "vel per eas immutare possunt" – para submetê-las à lei por elas escolhida, através da vontade expressa da convenção ou presumida, do pacto tácito, decorrente de certas circunstâncias entre as quais uma é o estatuto do lugar onde contraíram, outra é o domicílio dos contraentes antigo ou recente e similares.<sup>4</sup>

Diante de tal assertiva, vislumbra-se que o renomado jurista francês concebeu o conceito da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado.

Comentando a evolução do princípio da autonomia no direito francês, o autor HAROLDO VALLADÃO assevera que "*no decorrer do individualista século XIX, o princípio da autonomia terá sua grande ênfase(...). Assim procederá em condenável exagero a jurisprudência francesa até os meados do século atual.*"<sup>5</sup> Desta feita, após a concepção do princípio da autonomia da vontade por DUMOULIN, houve uma grande propagação de tal instituto, sendo que tal corrente doutrinária enfrentou algumas posições contrárias devido ao exagero na defesa de tal tese.

Houve, neste primeiro momento, uma forte tendência pela aceitação do princípio, seguindo a linha de raciocínio de DUMOULIN. Em seguida, porém, a partir do século XIX e até a primeira metade do século, houve outra apaixonada tendência em sentido contrário, ou seja, de críticas à teoria da autonomia da vontade.

---

<sup>4</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 1968. p. 365.

<sup>5</sup> Id., *ibid.*, p. 365.

A fundamentação utilizada pela corrente doutrinária contrária à autonomia da vontade defendia a idéia de que esta retirava o poder legiferante do Estado, enquanto fonte superior de normatividade. No mesmo vértice, tal corrente doutrinária criticava DUMOULIN por ter formulado esta teoria somente para aplicá-la a um caso concreto que pretendia solucionar<sup>6</sup>.

HAROLDO VALLADÃO comenta as severas críticas apontadas por um grupo de juristas acerca do princípio da autonomia da vontade, principalmente por este ser se tornado o centro de todo o Direito Internacional Privado:

Mas o exagero com que a norma da autonomia da vontade foi formulada por alguns autores e acórdãos, sua generalização como panacéia de DIP, determinou, a partir do século XIX e até à segunda guerra mundial, por parte de outro grupo de juristas, crítica severa e apaixonada numa reação violenta pregando a supressão do princípio, a substituição pela autonomia contratual dentro da lei declarada competente pelas outras regras de DIP, por ex., do lugar da celebração ou da execução do contrato.<sup>7</sup>

Entre os críticos do instituto comentado situa-se CHARLES NIBOYET, que em 1927, defendia a idéia de que era um exagero dizer que autonomia da vontade seria o tema mais complexo do Direito Internacional Privado. Por certo, CHARLES NIBOYET tinha em mente que não se pode aceitar que uma norma imperativa no plano interno adquira o status de uma norma facultativa no plano internacional. Conforme se transcreve das palavras do autor utilizadas por OSCAR TENÓRIO: "*a autonomia da vontade considerada como poder de escolha da lei competente não existe.*"<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Este caso surgiu enquanto o autor francês exercia a profissão de advogado, recorrendo a um profundo estudo com o intuito de solucionar este e demais casos que envolvessem a autonomia da vontade nas relações internacionais.

<sup>7</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 1968, p. 367.

<sup>8</sup> NIBOYET, C. apud TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. 2. p. 174

Na mesma linha de raciocínio, IRINEU STRENGER cita as palavras de CHARLES NIBOYET, visando fundamentar a crítica que esboça acerca da teoria da autonomia da vontade: “*Não existe teoria da autonomia da vontade, porque autonomia da vontade não existe, porquanto se faz confusão entre duas concepções jurídicas muito diferentes: a de uma pseudo-autonomia da vontade e da simples liberdade de convenções em matéria de contratos.*”<sup>9</sup>

Ainda no contexto de crítica à exagerada importância dada a teoria em foco, o autor HAROLDO VALLADÃO coloca que:

O único resultado positivo obtido pela condenação do princípio da autonomia da vontade foi o texto do art. 2.403 do Código Civil Uruguaio de 1941, que declarava que as regras de competência legislativa e judicial não podem ser modificadas pela vontade das partes; esta só poderá atuar dentro da margem que lhe confia a lei competente.<sup>10</sup>

Se, por um lado, a consagração do princípio da autonomia da vontade foi considerada exacerbada, por outro, a sua negação também o foi na mesma proporção. Através do movimento pendular dialético, ocorreu uma volta ao princípio, sem seus excessos dos meados do século XIX. Na realidade, a consagração do princípio não se interrompeu na época do movimento de críticas exacerbadas contra ele.

Embora haja uma maior flexibilidade na aceitação da autonomia da vontade nos países da “*common law*”, a escolha deve harmonizar-se com os demais elementos de conexão existentes na estrutura do contrato (normalmente o domicílio das partes ou o local de constituição do contrato).

O direito brasileiro adotou a autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais. Apesar de que, nos países do Mercosul, a tendência histórica jurisprudencial sempre foi de consagração do princípio da territorialidade. Com efeito, o Brasil consagrou a autonomia da vontade no campo do Direito Internacional Privado com a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916. A

---

<sup>9</sup> NIBOYET, C. apud STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: RT, 1991. p. 295.

<sup>10</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Op. Cit., p 368-369.

compilação normativa consagrava, em seu art. 13º, o princípio em tela. Entretanto, Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 não mencionou o princípio, conforme aprofundar-se-á adiante, em capítulo pertinente ao tema.

### 3. TEORIA GERAL DA AUTONOMIA DA VONTADE

Na ordem interna do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a autonomia da vontade possibilita que as partes fixem livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, dentro das normas imperativas e da ordem pública. É o poder, reconhecido pela ordem jurídica, de os indivíduos criarem relações jurídicas.

Por outro lado, na ordem internacional, a autonomia da vontade significa a liberdade de as partes escolherem outro sistema jurídico que não o nacional para regular o contrato. Então, no Direito Internacional Privado a autonomia das partes tem por objeto a indicação da lei aplicável ao contrato.

As várias ordens jurídicas contam com diferentes critérios para a indicação da lei aplicável aos contratos internacionais de comércio, indicação que pode acarretar conflitos. A solução de tais conflitos é o objeto de estudos do Direito Internacional Privado. Por este motivo, nos Estados Unidos, este ramo é chamado de *Conflict of Laws*.

Cumprе ressaltar que o direito internacional privado apenas aponta qual o direito aplicável e, por isso, é considerado por muitos como sendo genérico e sucinto. Genérico, porque estabelece de uma maneira ampla qual o direito a ser aplicado para a solução de um determinado fato anormal. Sucinto, porque se limita a determinar qual o direito que vai ser aplicado.

Quando o juiz se depara com um contrato internacional, deve interpretar a regra especial (colisional) e tirar dela a indicação da regra material (direito substancial) a ser aplicada ao caso concreto, que poderá ser tanto direito nacional, como estrangeiro. A regra que determina a lei aplicável às diferentes relações de direito privado são os chamados elementos de conexão.

Segundo pondera HAROLDO VALLADÃO, os elementos de conexão “são as diretrizes, chaves, as cabeças-de-ponte para a solução dos conflitos de leis, em linguagem atual são os mísseis que põem em órbita a regra de DIP”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Id., *ibid.*, p 266.

Portanto, os elementos de conexão constituem a questão central dos conflitos de leis. Ora, uma vez que a norma deste ramo do direito é meramente indicativa do direito aplicável, para resolver conflitos legais ou intersistemáticos, não haveria possibilidade de pô-la em atividade sem estabelecerem-se critérios de subordinação jurídica extraterritorial. É sempre necessário que a norma colisional tenha em seu conteúdo um meio instrumental capaz de apontar qual a ordem jurídica prevalecente na solução de pendências interespaiais.

Segundo coloca IRINEU STRENGER, *“elemento de conexão é, assim, fator de vinculação, de ligação a determinado sistema jurídico, porque é através dele que sabemos qual o direito aplicável. É o vínculo que relaciona um fato qualquer a determinado sistema jurídico”*.<sup>12</sup>

No decorrer do tempo, foram propostos vários critérios para elementos de conexão, como: o uso das leis do local da conclusão do contrato; do local de sua execução; da nacional das partes; do domicílio ou da nacionalidade do credor ou do devedor; da *lex fori* e; finalmente, o da *lex voluntatis*, lei voluntariamente apontada pelas partes, o qual interessa sobremaneira no presente trabalho.

Ora, o elemento de conexão volitivo em um determinado contrato, ou, em outras palavras, o da lei voluntariamente apontada pelas partes, nada mais é do que o próprio princípio da autonomia da vontade.

Esta autonomia age no sentido de assegurar previsibilidade ao contrato internacional de comércio, pois as partes conhecem, com antecedência, qual o direito que resolverá as possíveis pendências decorrentes de sua execução.

É certo que a autonomia da vontade pode ser vista em três planos: como meio privilegiado de designação da lei aplicável a um contrato internacional; como permissivo para as partes subtraírem o seu contrato ao direito estatal; e como instrumento de aperfeiçoamento do direito, na eliminação dos conflitos de lei, em razão da liberdade internacional na determinação do direito aplicável às contratações.

---

<sup>12</sup> STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. Op. Cit., p. 286.

Existem, doutrinariamente, duas orientações que acabam por constituir as concepções subjetivista e objetivista do conceito de autonomia da vontade.

A primeira entende que a designação do direito aplicável ao contrato obedeceria à vontade das partes. Inexistindo uma lei escolhida no contrato, caberia ao juiz aplicar-lhe a vontade hipotética dos contratantes, implícita nas cláusulas contratuais e deduzida pelo julgador. Como o contrato possui uma conexão internacional, seu raio de abrangência extrapola a rede de relações sociais do ordenamento jurídico interno e, desta forma, forçoso seria concluir-se que o contrato não estaria submisso a nenhum sistema jurídico. A escolha da lei aplicável promoveria a incorporação dessa lei ao contrato.

Em contrapartida, a concepção objetivista afirma que a lei não pode ser objeto do que fora convencionado pelos contratantes. O princípio da autonomia da vontade não permite que as partes adotem a lei aplicável, mas que a esta se submetam. A lei aplicável é, portanto, determinada pelo juiz de acordo com o que as partes tenham estipulado em relação à localização do contrato<sup>13</sup>.

Ou seja, em se tratando de conflitos de leis, ambas as orientações irão resultar na aceitação ou não aceitação do princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado e no dimensionamento do limites da sua aplicação.

A autonomia da vontade, agora no prisma da forma de se manifestar, pode ser expressa ou implícita.

No primeiro caso (escolha expressa), obviamente não encontramos maiores dificuldades quanto à intenção das partes. Segundo leciona LUIZ OLAVO BAPTISTA, sobre a escolha expressa: "*Só o obstáculo da ordem pública, o controle da internacional contrato ou a ocorrência de fraude, podem impedir a eficácia dessa escolha.*"<sup>14</sup>

No segundo caso (escolha implícita), a solução dependerá do sistema vigente no país em questão. Por exemplo, nos países onde a

---

<sup>13</sup> Cf. ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 51.

<sup>14</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 47.



manifestação da vontade das partes é regra e esta for ausente, os tribunais procurarão deduzir de certos aspectos do contrato qual seria esta vontade. Para tanto, adotam os critérios previstos pelo sistema.

Há ainda uma terceira forma, nos casos em que não há indícios, ou estes não são indicativos de uma vontade implícita das partes de submeter seu contrato a determinada ordem jurídica. O juiz então se coloca no lugar da parte e procura estabelecer – como se fosse esta – a lei aplicável. DICEY, citado por LUIZ OLAVO BAPTISTA, já falava numa *hypothetical intention*, ou seja, “a intenção que teria sido formada por pessoas sensatas na posição de X e A se a sua atenção tivesse sido dirigida a contingências que escaparam à sua atenção”.<sup>15</sup>

Entretanto, LUIZ OLAVO BAPTISTA<sup>16</sup> é enfático ao afirmar que

“o conceito de vontade presumida não corresponde à realidade, pois ou as partes nem sequer pensaram na localização do contrato, ou preferiram omitir-se, em razão das dificuldades de negociação, por ignorância ou por outra causa. Então caberia ao juiz localizar o contrato “falando em nome das partes”, ou imaginando fazê-lo. De quem é a vontade que predominou? Do juiz, é claro, ainda que fantasiada de “vontade das partes”, e daí as hesitações, a impossibilidade de se estabelecerem regras fixas e lógicas sobre a matéria, em que a munção dos autores são decisões disparatas.”

Diante do exposto, tem-se que a formulação de intenções hipotéticas não constitui meio hábil de demonstrar a vontade na escolha da legislação aplicável.

---

<sup>15</sup> DICEY, A. V. (1958) apud BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais*. Op. citada, p. 53.

<sup>16</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais*. Op. citada, p. 28.

## 4. A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO

Submetido o caso concreto ao juiz brasileiro, será inicialmente aplicada a Lei de Introdução ao Código Civil, que é o principal arcabouço de normas de direito internacional privado brasileiro. O juiz averiguará sua competência para dirimir o conflito e, caso positivo, qual a legislação aplicável.

### 4.1. Lei de Introdução ao Código Civil de 1916

A Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 admitia, expressamente, a escolha do direito aplicável pelas partes a um contrato internacional dentro dos limites traçados pela lei. A legislação vigente, por sua vez, é omissa quanto à mesma questão.

O princípio foi reputado permitido pela doutrina por causa da expressão existente no artigo 13: "salvo estipulação em contrário".

Dizia a norma:

*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 regeção pela lei brasileira:*

*I – Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exeqüíveis pela lei brasileira;*

*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.*

O autor IRINEU STRENGER comenta o citado artigo com propriedade:

a nossa regra de direito internacional privado deixava claro naquela expressão 'salvo disposição em contrário' o princípio da autonomia da vontade. Se as partes não se manifestassem, aplicar-se-ia a lei do local onde o contrato foi assinado. Mas elas poderiam estabelecer que outra seria a lei.

Está aí o elemento volitivo subordinando o contrato a determinada lei. O princípio da autonomia da vontade foi abandonado pela Lei de Introdução atual, porque dava margem a muita controvérsia, a muita discussão<sup>17</sup>

Da leitura do art. 13 e seu parágrafo único, não fica claro se a regra do caput é utilizada em conjunto com o parágrafo único, ou se, quando a execução for no Brasil, aplicar-se-ia a lei brasileira não só às questões da execução ou a estas questões e àquelas relativas à substância e efeito.

No entendimento de SERPA LOPES<sup>18</sup>, a expressão consagrou a teoria da autonomia da vontade. Tal autonomia, entretanto, para o autor, não era absoluta, exercendo-se unicamente no terreno supletório e não no imperativo.

CLÓVIS BEVILÁQUA, autor do dispositivo, mostrou-se favorável ao princípio:

“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 tira toda a sua eficácia social. Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza efeitos jurídicos em contrário às suas prescrições (...) 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, nas relações internacionais, escolher a lei a que se subordinem as obrigações, livremente contraídas.”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 293.

<sup>18</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v 2. p. 199-200.

<sup>19</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p 358

Entretanto, o autor declinou tê-lo adotado. Esclareceu que, em consequência do *dépeçage*<sup>20</sup>, a vontade das partes quanto a lei aplicável somente podia ser exercida com relação à substância e aos efeitos do ato. Para outros aspectos, apontados acima, como a capacidade e a execução, poderia haver a incidência de uma outra lei, diferente daquela aplicável ao contrato internacional.

Assim, para determinar qual a lei regente da capacidade de cada uma das partes, era preciso determinar seu estatuto pessoal e, para a execução, a lei do lugar onde efetuá-la, onde a autonomia da vontade não tinha lugar.

No entanto, na jurisprudência da época verifica-se que a tendência era a aplicação da lei brasileira para todos os aspectos dos contratos internacionais cuja execução se desse no território nacional.

Alguns autores se posicionaram contrariamente ao princípio. Segundo expõe HAROLDO VALLADÃO, "*Machado Villela sustentou que a opção só podia ser entre leis supletivas dentro duma lei imperativa, que seria a do lugar do contrato, e essa opinião influenciou Eduardo Espínola e Rodrigo Octavio*"<sup>21</sup>.

PONTES DE MIRANDA<sup>22</sup> afirma que seria mesmo um contra-senso conceber uma norma imperativa que permitisse a sua negação, como é o caso da letra da lei de 1916. Tal argumento, contudo, possui o mesmo teor dos argumentos formulados pelos que refutam o reenvio e justificam sua tese no fato de que uma vez indicado o direito estrangeiro pela norma de conflito do foro, deverá aquele – o direito estrangeiro – ser aplicado, não se aceitando a

---

<sup>20</sup> "Dépeçage é o método analítico dos elementos de conexão existentes no contrato internacional, largamente usados pelos americanos e limitadamente pelos europeus. Compete aos contratantes a análise do contrato, sendo, excepcionalmente, usado pelo juiz, que partirá do pressuposto de que os interessados se subordinaram unicamente à *proper law of the contract*. Trata-se do despedaçamento do contrato para fins interpretativos, mesmo que o ideal fosse manter a unidade contratual. É um modo de solucionar conflitos de leis utilizado pelos contratantes e, na hipótese de silêncio destes, pelo julgador, visando adequar a vontade das partes e respeitar a autoridade das leis vigentes em diversos Estados, que, por serem normas de ordem pública, não podem deixar de ser aplicadas." (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v 2., p. 65.)

<sup>21</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Op. Cit., p. 371..

<sup>22</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, 1935. p. 542.

devolução para a aplicação da *lex fori* por se contrapor tal aplicação à determinação inicial desta lei. A PONTES DE MIRANDA incomoda a idéia de que uma norma imperativa contivesse a sua própria negação, o que resulta na sua concepção de que "[...] a *autonomia da vontade não existia, nem como princípio nem como teoria aceitável*"<sup>23</sup>.

Entretanto, majoritariamente, é pacífico que justamente por restringir a aplicação do direito estrangeiro, o legislador a facultou dentro do sistema normativo brasileiro, já que, se não houvesse menção de nenhuma natureza, a diretriz ficaria plenamente a critério dos tribunais.

#### **4.2. Lei de Introdução ao Código Civil de 1942**

Com as normas da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, nasceu uma nova discussão na doutrina da exclusão ou não do princípio em face da supressão da expressão "salvo estipulação em contrário", que antes a permitia.

O direito pátrio atual estabelece que será a legislação do país em que constituir a obrigação que regerá a obrigação (art. 9º da LICC), assim como reputa constituída a obrigação no lugar onde reside o proponente (art. 9º, § 2º, da LICC). Assim, o direito internacional privado pátrio reputa que regerá o contrato a legislação do país em que o contrato foi celebrado - *locus regit actum*. Reputa-se celebrado o contrato no local onde foi proposto (art. 435 do novo Código Civil, que repete a regra do art. 1.087 do Código Civil revogado).

Portanto, pelo direito brasileiro, é necessário saber quem é proponente, para identificar onde o contrato foi celebrado e, assim, saber qual legislação regerá o contrato.

Essa noção, segundo MARIA HELENA DINIZ, aplica-se apenas para os contratos celebrados entre ausentes:

---

<sup>23</sup> Id., *ibid.*, p. 543.

Os contratos *inter presentes* dependerão, por sua vez, como vimos, na seara internacional, da lei do local onde forem contraídos, não se considerando a nacionalidade, o domicílio ou a residência dos contratantes. Nos contratos por correspondência, em regra, as partes indicam o local da celebração do contrato, declarando qual das partes é o proponente, pois reputar-se-ão constituídos no lugar onde este residir e a lei desse local será a competente para qualificar e reger as obrigações contratuais avençadas<sup>24</sup>

Na mesma esteira de entendimento coloca pontualmente ORLANDO GOMES:

"O contrato entre pessoas presentes forma-se onde elas se encontram. O que se realiza entre pessoas distantes uma da outra, no lugar em que foi proposto. Interessa saber onde os contratos se formam, dentre outras razões, para determinar o foro competente e, no campo do Direito Internacional, a lei reguladora"<sup>25</sup>

Observe-se, assim, que a maior parte da doutrina afirma que, de acordo com o direito brasileiro, rege a obrigação o direito do país em que o contrato foi assinado.

O art. 435 do novo Código Civil afirma que se reputa celebrado o contrato no lugar em que foi proposto. É possível sustentar a aplicabilidade da regra quer para contratos celebrados entre presentes, quer entre ausentes. Note-se que esse dispositivo encontra-se na Seção II - Da Formação dos Contratos, do Título V - Dos Contratos em geral e não em uma parte destinada a conter normas apenas a contratos celebrados entre ausentes.

Por outro lado, há também a interpretação segundo a qual bastaria às partes escolherem um local para a assinatura do instrumento do contrato e, assim, escolherem qual o direito aplicável. Estaria portanto configurada a autonomia da vontade, que o legislador excluiu. Todavia, tal

---

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 263.

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 21ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 69.

interpretação leva a uma incongruência: não é possível admitir como correta uma interpretação de normas legais que possibilite a fraude à lei.

Contudo, a posição predominante na doutrina, como vimos, é no sentido de aplicar a regra do art. 1.087 do Código Civil revogado, repetida no art. 435 do novo Código Civil, e do art. 9º, *caput* e § 2º, da LICC, apenas aos contratos entre ausentes.

Finalmente, convém notar que poderá o direito de um país estabelecer que outro é o ordenamento jurídico aplicável ao caso. O deslinde do caso concreto poderá, portanto, ter soluções distintas se submetido a uma ou outra jurisdição.

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

Muita discussão doutrinária foi tecida e, apesar de haver várias teses pró-autonomia sendo defendidas, o assunto ainda não foi pacificado entre os doutrinadores. Por este motivo, é preciso ser cauteloso quando da redação de uma cláusula de lei aplicável em um contrato internacional, já que os tribunais brasileiros ainda não enfrentaram a questão diretamente. Nota-se nos casos pesquisados, que os juízes usaram o método conflitual para determinar a lei aplicável, sempre encontrando como resultado a lei brasileira ou a lei estrangeira, a partir de uma interpretação literal do art. 9º, *caput*.

## 5. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Conforme exposição acima, verifica-se que o tema em tela gera enormes divergências doutrinárias, quanto ao princípio da autonomia, existindo uma ampla variedade de posições.

Em matéria de contratos internacionais a determinação da lei aplicável, seja no que diz respeito aos aspectos extrínsecos ou formais, seja no que tange aos aspectos intrínsecos ou de fundo, deve ser considerada em função das particularidades do caso.

PIMENTA BUENO, em sua obra pioneira, posicionou-se em sentido contrário ao princípio da autonomia. Segundo comenta NÁDIA DE ARAUJO<sup>26</sup>, o autor colocava o conceito como livre-arbítrio das partes em regular os seus interesses como julgassem melhor. O autor supracitado mostrou-se bastante claro ao definir essa liberdade como a de clausular, finalizando com o esclarecimento de que a lei aplicável não poderia ser outra senão a do lugar em que o ato se passava ou daquele em que devesse ser executado.

Em seu Esboço de 1860, TEIXEIRA DE FREITAS<sup>27</sup> contemplou duas regras de conexão para as obrigações contratuais, a do *locus regit actum* (para a forma dos contratos) e a do *lex loci executionis* (para definição da lei aplicável aos efeitos dos contratos, entendia que deveria ser o lugar de cumprimento do contrato), tendo consagrado naquele Esboço o princípio da autonomia da vontade sob a forma do domicílio especial, no art. 1.965, conforme se transcreve:

*Art. 1965 – Não prevalece o disposto nos art. 1.936 e 1.937:*

*1º. Quando as partes nos respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior, se tiverem obrigado a responder pelo contrato no Império, ou em um país estrangeiro determinado (art. 32);*

---

<sup>26</sup> ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais*. Op. Cit., p. 94.

<sup>27</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983.



2º. Quando as partes nos respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior, tiverem obrigado a responder pelo contrato no Império, ou em um país estrangeiro determinado (art. 32).

De forma parcial, EDUARDO ESPINOLA<sup>28</sup>, aceita o princípio da autonomia somente para as matérias reguladas por leis supletivas, não contrariando as imperativas.

PONTES DE MIRANDA criticou duramente a teoria da autonomia da vontade, assim justificando o seu pensamento:

" a) na parte de cogência, há uma lei aplicável, que poderá conferir à vontade, por estranha demissão de si-mesma, o poder de desfazer tal imperatividade, quer dizer – um imperativo que se nega a si mesmo, que se faz dispositivo; b) fixados pela aplicável os limites da autonomia, dentro deles não há escolha de lei, há 'lei' que constitui conteúdo, citação, parte integrante de um querer".<sup>29</sup>

Lembra ainda o autor que o conceito de autonomia pertence ao Direito substantivo. Se uma das partes escolheu lei estrangeira, no branco que a lei imperativa deixou, ou ela substitui a lei dispositiva a sua vontade, aproveitando-se de lei estrangeira para se exprimir, ou não exprimiu suficientemente a sua vontade e fica sujeita à regra imperativa.

A edição da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, acirrou ainda mais a discussão.

OSCAR TENÓRIO situa a autonomia da vontade entre os elementos de conexão mais importantes. Porém, apesar de sua importância em outros países e na teoria do direito internacional, afirma o autor: "*a autonomia da vontade não é, a rigor, elemento de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro, embora seja reconhecida desde que consagrada na legislação de país estrangeiro.*"<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> ESPINOLA, Eduardo. Do *Direito Internacional Privado Brasileiro/Parte Especial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 8. Tomo I. p. 584-585.

<sup>29</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Internacional*. Op. Cit., p. 156.

<sup>30</sup> TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Op. Cit., p. 399.

JOÃO GRANDINO RODAS aponta para uma reflexão de OSCAR TENÓRIO sobre o princípio, da seguinte forma: “*Não há, para ele, argumentos satisfatórios para a tendência que leva a lei imperativa a perder o seu caráter do Direito Internacional Privado.*”<sup>31</sup>

Segundo AMÍLCAR DE CASTRO<sup>32</sup>, existem três tipos de normas para os contratos internacionais, leciona o autor:

“Imperativas, continentes de critérios que necessariamente são utilizados na apreciação jurídica do ato (...) Facultativas, as que, até certo momento, permitem aos particulares escolher entre dois, ou mais critérios de apreciação de seus atos (...) Supletivas, as que impõem determinado critério para o caso de ser deficiente, nula ou inexistente a manifestação de vontade das partes, permitida pela disposição facultativa.”

Afirma AMÍLCAR DE CASTRO<sup>33</sup> ainda que no direito não existe a suposta autonomia da vontade, mas a liberdade concedida pelo direito e por ele limitada. A liberdade das partes resume-se apenas às situações de fato, não reguladas imperativamente. Acrescenta que o direito brasileiro será aplicado, quanto à forma e quanto ao fundo, quando as obrigações se constituírem no Brasil; se celebradas no estrangeiro e se pretenda sejam atribuídos ou negados efeitos no Brasil. Não prevalece o famoso princípio da autonomia da vontade: as partes não podem escolher o direito que lhes aprouver.

OSÍRIS ROCHA considera que a referência à autonomia da vontade é uma impropriedade jurídica, ainda que muito divulgada.

A conclusão de WILSON DE SOUZA BATALHA que: “*inaceitável é a autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável. A autonomia da vontade só pode exercer-se no âmbito das normas dispositivas do direito*

---

<sup>31</sup> RODAS, João Grandino. *Contratos Internacionais*. Editora Revista dos Tribunais, 1995 – São Paulo, 1995. p. 47.

<sup>32</sup> CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 434-437.

<sup>33</sup> Id., *ibid.*, p. 437.

*reputado aplicável.*<sup>34</sup> Para o autor, portanto, a autonomia da vontade é incapaz de afastar lei imperativa, imposta pelo elemento de conexão do foro.

MARIA HELENA DINIZ<sup>35</sup>, nos seus comentários a Lei de Introdução ao Código Civil, afirma que a Lei de Introdução, no seu art. 9, não acolhe o princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão para reger contratos na seara do direito internacional privado, que deverão ser disciplinados pela lei do local onde se constituírem no que tange à forma extrínseca.

Posição semelhante é a adotada por LUIZ OLAVO BAPTISTA<sup>36</sup>, o qual entende que o art 9º, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil, como norma de ordem pública, não pode ser afastada pela vontade das partes.

Segundo ESTHER ENGELBERG, nossa norma “[...] *tem caráter imperativo e não comporta a acolhida da doutrina da autonomia da vontade, em matéria de Direito Internacional Privado.*”<sup>37</sup>

Por outro lado, situa-se como defensor da autonomia da vontade o autor HAROLDO VALLADÃO. Para ele, sempre se adotou entre nós o princípio. Demonstrando a permanente consagração do instituto no Brasil, refere-se à atual lei introdutória da seguinte forma:

“(...) a nova L.I. de 1942, art. 9o, não se referiu à autonomia da vontade. Era expressão proibida no regime ditatorial de que padecia o Brasil, e que explicou, também, a ausência do foro do contrato ou de eleição no Código de Processo Civil, de 1939-1940, promulgado no mesmo clima. Mas um princípio básico, qual o da autonomia, não podia desaparecer, assim, por omissão. Foi o que decidiu logo a jurisprudência para o foro de eleição, baseado no domicílio especial, previsto no Cód. Civ. e incluído no domicílio em geral do art. 134 do Cód. Proc. Civ.. São argumentos também aplicáveis ao art. 9o, uma vez que a Lei de Introdução adotara,

---

<sup>34</sup> BATALHA, Wilson de Souza. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*. RT, 1961. v. 2. p. 180.

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. Op. Cit.

<sup>36</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais*. Op. Cit., p 43.

<sup>37</sup> ENGELBERG, Esther. *Contratos Internacionais de Comércio*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24.

fundamentalmente, o princípio do domicílio, e aí o domicílio especial, de eleição, do contrato.”<sup>38</sup>

Ainda, corroborando o entendimento defendido pelo autor supracitado de pró-autonomia, pondera IRINEU STRENGER:

“Estamos convencidos de que a autonomia da vontade reassume no direito internacional toda aquela vitalidade que singularizou as fases mais tolerantes do voluntarismo jurídico na esfera do direito privado interno, exatamente porque a matéria num e noutro plano tem finalidades metódicas completamente diversas, sem significar que as leis imperativas perdem o seu caráter no direito internacional privado.”<sup>39</sup>

Na seara do fenômeno volitivo, completa o autor que “a vontade jurídica deve ser livre e ao mesmo tempo conformar-se ao direito”<sup>40</sup>. Observa-se portanto que ele se apresenta favorável ao princípio, consagrando o livre arbítrio do indivíduo, sem que isso faça desmerecer as normais imperativas.

NÁDIA DE ARAUJO<sup>41</sup> aponta a opinião de JACOB DOLINGER, para quem o princípio da autonomia é soberano e universalmente respeitado. Com efeito, sob o prisma da autonomia, podem as partes eleger, contratualmente, a lei aplicável, com a reserva da ordem pública. Acrescenta que a opção do legislador pela aplicação da lei do lugar onde o contrato se constituiu se deve ao princípio da autonomia da vontade (há sempre uma vontade tácita de submeter o contrato à lei do local onde ele se realizou). Somente com relação aos bens, o legislador da Lei de Introdução ao Código Civil adotou a regra da *lex causae*, excetuando-os do princípio dominante, o da *lex fori*.

NÁDIA DE ARAUJO, nas ponderações finais de sua obra, mostra seu posicionamento com relação ao tema:

---

<sup>38</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Op. Cit., p. 371

<sup>39</sup> STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. Op. Cit., p. 297.

<sup>40</sup> Id., *ibid.*, p. 298.

<sup>41</sup> ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais*. Op. Cit., p. 113.

Acreditamos que a lei brasileira precisa ser mudada para permitir a adoção da autonomia da vontade, de forma expressa, em seu texto. E à luz da posição tomada pelo Brasil durante a Conferência do México, não faria sentido adotar aquela Convenção para reger entre os países signatários e adotar outra sistemática para as relações com os demais países não signatários, pelo que entendemos que o único caminho a tomar é o adotado pelo direito dos países europeus, exemplificado pela recente modificação do Direito Italiano.<sup>42</sup>

Deste modo, verifica-se a necessidade de previsão legislativa expressa no ordenamento jurídico brasileiro, concernente à autonomia da vontade no direito internacional privado. Tal posicionamento a favor da autonomia da vontade é extremamente importante para que deixem de pairar dúvidas acerca de qual caminho traçar em casos de conflitos legais internacionais privados.

---

<sup>42</sup> Id., *ibid.*, p. 204.

## 6. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO PRÉ-CONTRATO

Tem-se que o pré-contrato gera efeitos jurídicos, independentemente se dele decorrer um contrato, ou não. Há, na prática comercial internacional, situações em que, mesmo que o contrato seja depois assinado, a situação pré-contratual é relevante para dirimir um conflito. Por outro lado, há também muitos pré-contratos que não chegam a se concretizar, mas que podem gerar situações litigiosas. É preciso, portanto, que se saiba qual sistema legal é aplicável nestas situações.

Se o contrato é de fato concluído, mas que, por alguma situação conflitual particular, se faz necessária a análise de alguns elementos de interpretação no período pré-contratual, não há muita dúvida quanto à aplicação da lei. Por certo que serão observados os elementos de conexão do contrato em si, tirando desta análise a lei aplicável ao contrato. A lei aplicável ao contrato também o será com relação ao pré-contrato.

Desta forma, se estivermos diante de um ordenamento, segundo o qual é vigente o princípio da autonomia da vontade, podemos afirmar que tal autonomia alcança também a fase pré-contratual.

Entretanto, se as partes não entrarem em acordo e o respectivo contrato não chegar a ser concluído, temos uma situação de maior complexidade. Segundo MARISTELA BASSO<sup>43</sup>, nesses casos em que surge um litígio com relação às negociações, se aplicará a *lex loci delicti*, uma vez que a responsabilidade em causa é pré-contratual. Na prática do direito internacional privado, a mesma lei tem sido aplicada nos casos de responsabilidade por enriquecimento ilícito e ruptura das negociações.

A autora questiona que: *"Pode, entretanto, ser alterado nas hipóteses em que as partes, na fase pré-contratual, tenham elaborado um acordo*

---

<sup>43</sup> BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 129-130.

*preparatório, ou nos casos em que a responsabilidade pré-contratual pode ser considerada como de natureza contratual.”<sup>44</sup>*

Observamos, portanto, que além da primeira situação descrita acima, pode haver a autonomia da vontade nos pré-contratos se as partes, neste momento, já manifestarem a sua vontade com relação à lei aplicável.

Nos casos em que o pré-contrato é reputado como dotado de natureza contratual, se a autonomia da vontade estiver presente e for aceita pelo ordenamento jurídicos, por certo que ela será aplicada.

---

<sup>44</sup> *Ib.Ibid.*, p. 130.

## 7. ARBITRAGEM

Conforme observamos, a autonomia da vontade não é reconhecida como elemento de conexão para determinar a lei aplicável no Direito Internacional Privado brasileiro.

Ora, optando pelo foro arbitral, o foco da discussão muda, e a intervenção estatal não mais se faz sentir.

O Brasil é um dos países que mais tardou a internalizar o princípio da autonomia da vontade. Hoje, observa-se na prática que a maioria dos contratos internacionais de comércio há opção pela via arbitral.

Na realidade, a constituição e a competência do árbitro têm origem contratual. As partes é que optam pelo meio arbitral para a solução das lides que venham a surgir em suas relações. Desta forma, por existir a previsão da arbitragem nos conflitos internacionais, podemos concluir que a autonomia da vontade em sentido amplo está presente. Têm, ademais, as partes, liberdade para escolher o tribunal arbitral que apreciará a causa.

Entretanto, o foco de análise neste estudo é a autonomia da vontade específica com relação à escolha da lei aplicável.

Neste sentido, o princípio é expressamente admitido pela lei 9.307/96 em seu artigo 2º, conforme se transcreve:

*“Art. 2º (...);*

*§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.*

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

Ressalta-se que não só a autonomia da vontade é admitida nos contratos internacionais, como também nos contratos de direito interno submetidos à arbitragem, constituindo uma inovação no direito brasileiro, que, como já analisamos, sempre se mostrou reticente com relação a esta teoria.

O professor JOÃO BOSCO LEE, acerca do disposto pela lei de arbitragem, afirma que:



“A redação deste artigo é ambígua. A expressão "as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem" é imprecisa e pode levantar dificuldades de interpretação. Na verdade, poderíamos sustentar que "as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem" são as que regem o procedimento arbitral e não o mérito do litígio. (...) Todavia, esse problema ainda não foi percebido pela doutrina brasileira, que parece aceitar que as partes podem escolher o direito aplicável à causa.”<sup>45</sup>

Afirma NÁDIA DE ARAÚJO:

“Permite-se, agora, às partes, em um contrato nacional ou internacional, estipular na convenção arbitral a lei aplicável, ou ainda determinar a aplicabilidade de princípios gerais do direito, além dos usos e costumes. Podem, assim, ser utilizados os “Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais”, criados pelo UNIDROIT, em 1994.”<sup>46</sup>

Ainda a autora, mais adiante em sua obra afirma que:

“Outro fator que distingue a arbitragem da Justiça comum é a possibilidade de ser usada a *lex mercatoria*, que informa uma visão cosmopolita de um direito comercial uniforme supranacional, realizando-se de forma independente daquele oriundo de uma única unidade política, com características de um direito despolitizado.”<sup>47</sup>

Entretanto, há mais de seis décadas pairava a dúvida na doutrina nacional se as partes em contratos internacionais podiam realmente indicar livremente a lei aplicável, ou se o disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (que estabelece que a lei aplicável ao contrato seria a do local onde foi firmado), era de observância obrigatória.

Restou a insegurança com relação à aplicabilidade ou não do princípio por muitos anos. Entretanto, decisão proferida pela 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo - 1º TACSP, no julgamento do Agravo de Instrumento (AI) nº 1.111.630-0, entre Total Energie e Thorey Invest Negócios confirmou dois fundamentais preceitos da Lei de Arbitragem.

---

<sup>45</sup> LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 177.

<sup>46</sup> Id., *ibid.*, p. 119.

<sup>47</sup> Id., *ibid.*, p. 122.

Primeiro, as partes firmaram no contrato que eventuais divergências seriam resolvidas por arbitragem. Após analisar a causa, a decisão afirmou ser o juízo (26ª Vara Cível) incompetente para apreciar o litígio. Tal decisão fortalece a arbitragem brasileira, e projeta uma imagem positiva às instituições estrangeiras.

O segundo preceito confirmado pela decisão, e o que mais nos interessa, finalmente referendou o instituto da autonomia da vontade como válido nos conflitos arbitrais. Ou seja, trata da possibilidade de as partes elegerem lei diversa da brasileira para dirimir a controvérsia, desde que não viole a ordem pública brasileira e os bons costumes (art. 2º § 1º). O precedente jurisprudencial criado esclarece que a LICC tem natureza supletiva, além, evidentemente, de reforçar o disposto apresentado acima, do art. 2º, § 1º da Lei nº 9.307/96.

A questão foi discutida em sede de contrato de agência ou distribuição e, com muita propriedade, acentuou o juiz relator Waldir de Souza José:

Não há invocar-se a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que só tem aplicação quando houver omissão ou controvérsia a respeito do direito aplicável à hipótese. Como a lei nº 9.307/96, em seu art. 2º, permite que as partes possam livremente escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, não se verifica o impedimento argüido. Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga.<sup>48</sup>

Vale notar, ainda, que a Lei de Arbitragem, menciona “regras de direito”, conceito mais amplo do que “lei nacional”, pois no âmbito internacional as regras de direito abarcam não apenas os ordenamentos jurídicos nacionais, mas também os princípios gerais de direito, o direito internacional público, ou até mesmo a “Lex Mercatoria”.

Finalmente, convém salientar que os países latinos, que normalmente resistiram à via alternativa de solução de conflitos, atualmente a têm utilizado, através da consagração da regra aos seus ordenamentos jurídicos. Prova maior é a inclusão, no texto do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, em sua decisão número 1/94 do Conselho do Mercado Comum, de 5 de agosto de 1994, do procedimento arbitral como via

---

<sup>48</sup> Agravo de Instrumento 1.111.630-0, 1º TACSP, 7º Câmara. p. 3.

opcional de solução de conflitos que surjam nos contratos internacionais em matéria civil ou comercial, sempre que o acordo não tenha sido obtido de forma abusiva. Dispõe o referido texto normativo:

*Artigo 4º - Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva.*

*2. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais.*

A norma transcrita introduz no âmbito do MERCOSUL a possibilidade de que as partes, no exercício da autonomia da vontade, pactuem a submissão de suas controvérsias a tribunais estatais ou arbitrais. Sem dúvida, o Protocolo de Buenos Aires constitui uma peça fundamental, não só para a uniformização do direito internacional privado entre os Estados membros do MERCOSUL, mas também para a hierarquização da teoria da autonomia da vontade.

A arbitragem vem ganhando cada vez mais espaço no direito internacional, se tornando um meio previsto contratualmente de solução de conflitos imporantíssimo. IRINEU STRENGER enuncia que:

*“Inegavelmente a arbitragem é um dos fenômenos mais atuantes no mundo contemporâneo, e não são poucas as incursões doutrinárias e legais nesse campo de alta fertilidade, sem previsão de esgotamento, em face das exigências da vida cotidiana e, especialmente, do processo intensamente desenvolvimentista do comércio internacional.”<sup>49</sup>*

Diante da exposição acerca da arbitragem esboçada acima, conclui-se que é imperiosa a necessidade do reconhecimento e propagação dos Tribunais de Arbitragem Internacional, visando consagrar definitivamente o princípio da autonomia da vontade nas relações internacionais entre os particulares. Com efeito, faz-se mister reconhecer a importância da decisão jurisprudencial supra citada, com o intuito de consagrar a uniformidade do

---

<sup>49</sup> STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. Op. Cit., p. 215.

procedimento arbitral brasileiro com relação ao princípio da autonomia da vontade.

## 8. CONCLUSÃO

Nos contratos internacionais de comércio, a autonomia da vontade diz respeito à opção quanto à lei a ser utilizada em caso de litígio. Embora a tendência mundial seja ampliar cada vez mais o espectro de abrangência da autonomia, o Brasil é um dos países que mais fazem restrições quanto à matéria.

Atualmente, as discussões sobre a legitimação da autonomia da vontade perderam muito de sua importância, pois convenções internacionais concedem expressamente às partes faculdade para a escolha da lei que regerá o contrato.

A influência desses novos diplomas internacionais determinou a modificação paulatina da legislação interna da maioria dos países, permitindo-se expressamente a autonomia. Em decorrência do direito convencional internacional, a autonomia agora é facultada pela lei e prescinde da justificação erigida pelos teóricos dos *direitos subjetivos*.

O método conflitual, criado pelo caráter nacional do direito internacional privado, que pode acarretar óbices para o comércio internacional: a competência concorrente da pluralidade de ordenamentos jurídicos; a diversidade de suas regras conflituais e materiais; a inadaptação das regras nacionais às especificidades das relações de direito internacional; as dificuldades de se conhecer o direito estrangeiro aplicável; e, também, as dificuldades da execução das sentenças estrangeiras.

Tais óbices é que explicam a existência dos “autonomistas absolutos”, para os quais as partes podem submeter o contrato a princípios da prática comercial internacional, a decisões arbitrais, ao admiti-lo auto-regulamentado, sem qualquer vinculação a uma lei (estatal).

Em síntese, nossos diplomas normativos da seguinte forma se mostraram:

“No caso específico do Brasil, por causa da linguagem no artigo 13 da Introdução ao Código Civil de 1916, foi interpretada como existente e permitida pela doutrina, mas nunca admitida pela jurisprudência. Discutia-se, àquela época, a questão dos seus limites. Com a nova Lei de

Introdução ao Código Civil, de 1942, continuou a discussão sobre a sua existência, em face da supressão da expressão salvo "estipulação em contrário", que para muitos significou a vontade do legislador em eliminá-la, enquanto para outros a simples inexistência dos termos anteriores não significava a sua proibição.<sup>50</sup>

Quanto à arbitragem, observamos que a Lei 9.307/96 consagrou o princípio da autonomia da vontade. Entretanto ainda há muita insegurança quanto a aplicabilidade ou não do princípio. Decisões jurisprudenciais, como a importantíssima decisão do TACSP abordada, abre um precedente. Este precedente, como tantos outros que vêm aflorando das diversas cortes brasileiras, demonstra que a arbitragem conta não apenas com um bom estatuto legal no Brasil, mas, principalmente, com um judiciário receptivo às mudanças, frutos dos novos tempos e consciente de que o acesso à justiça efetiva e eficaz encontra guarida também na denominada justiça cidadã, a arbitragem.

Luiz Olavo Baptista, em sua obra, apresenta uma opinião com a qual compartilho:

"Os operadores do comércio internacional (...) almejam certeza e segurança, que nesse ambiente imperfeito não conseguem. Uma de suas escapatórias para uma angra legislativa segura é a escolha da lei aplicável, cujas conseqüências podem avaliar, e alcançam-na pelo mecanismo chamado da autonomia da vontade. O procedimento dos operadores experientes é o recurso a um bom contrato, cuidadosamente escrito, que esteja preso, como uma ostra, ao casco de uma ordem jurídica favorável, o que lhes permite prever as conseqüências jurídicas e a competência jurisdicional, sempre desejando não se servir desta."<sup>51</sup>

Nada mais imperioso, neste ramo de incerteza jurídica, do que lançar mão de um contrato que amarre as circunstâncias contratuais e a legislação incidente, de forma a não restar qualquer dúvida quanto à forma de execução do contrato e a eventual composição de litígios. O contrato completo e bem redigido se faz fundamental porque o ordenamento não o é.

Uma legislação atual que verse de forma clara sobre o tema, beneficiaria os que se fazem valer de contratos internacionais em suas atividades comerciais. Por este motivo, acredito que o mais importante, independentemente

---

<sup>50</sup> ARAUJO, Nádía de. *Contratos internacionais*. Op. Cit., p. 201.

<sup>51</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais*. Op. Cit., p. 43.

da adoção ou não do princípio da autonomia da vontade, é a segurança que uma normatividade uniforme traria, gerando para o Brasil certeza e credibilidade no comércio internacional.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Sugestões Lierárias, 1983.

AMORIN, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997a.

ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BATALHA, Wilson de Souza. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*. RT, 1961. v. 2.

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

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve, 1863.

CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DEL'OMO, Florisbal de Souza. *Direito Internacional Privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ENGELBERG, Esther. *Constratos Internacionais de Comércio*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.



ESPINOLA, Eduardo. *Do Direito Internacional Privado Brasileiro/Parte Especial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 8. Tomo I.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 21ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, 1935.

RECHSTEINER, B. W. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

RODAS, João Grandino. *Contratos Internacionais*. São Paulo: RT, 1995.

SAVIGNY, F. K. V. *Metodologia Jurídica*. Tradução de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais de Comércio*. 3ª ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 1998.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, São Paulo: RT, 1991.

TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. 2.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.